

Beoordeling en afwikkeling van schade door de rechter in collectieve actie

*Diederik van der Kooij en Frank van Es**

Bespreking van: D.L. Barbiers, Beoordeling en afwikkeling van schade door de rechter in collectieve actie (diss. Nijmegen; Onderneming 63 Recht nr. 159), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

1. Inleiding

Op 3 april 2025 promoveerde Daan Barbiers¹ aan de Radboud Universiteit op een proefschrift over de beoordeling en afwikkeling van schade door de rechter in collectieve actie. De keuze voor dit onderwerp is een schot in de roos. Bij de invoering van art. 3:305a BW per 1 juli 1994 met de Wet collectieve actie (WCA) werd het collectief vorderen van geldelijke schadevergoeding uitdrukkelijk uitgesloten. Volgens de wetgever zou de behandeling van zo'n vordering tot te grote complicaties leiden.² In een periode van ongeveer 25 jaar veranderde de wetgever daarover van inzicht. Per 1 januari 2020 heeft hij met de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) toch een collectieve schadevergoedingsvordering mogelijk gemaakt. Belangrijk voor deze omwenteling was dat volgens de wetgever de praktijk met de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) had laten zien dat massaschade zich wel degelijk collectief laat afwickelen.³ Een schikking die strekt tot vergoeding van massaschade is echter heel wat anders dan een door de rechter vast te stellen collectieve schadeafwikkeling.⁴ De met de WAMCA ingevoerde regeling roept tal van praktische en fundamentele vragen op omtrent de beoordeling en afwikkeling van massaschade.

Praktisch rijst de vraag hoe de in art. 1018i lid 2 Rv neergelegde opdracht aan de rechter om ervoor zorg te dragen dat de hoogte van de toegekende vergoedingen 'redelijk' is, dient te worden begrepen.⁵ Mag de rechter op basis hiervan afwijken van het geldende materiële aansprakelijkheids- en schadever-

goedingsrecht? Hoe fijnmazig moet of hoe grofstoffelijk mag verder het categoriseren van benadeelden plaatsvinden?⁶ Gelden daarvoor normen of gezichtspunten? Zou bijvoorbeeld de rechter de onder de WCAM verbindend verklaarde eenvoudige, maar minder genuanceerde⁷ Duisenbergregeling zelf in een vonnis kunnen neerleggen?⁸ In welke mate kan voorts een door een rechter vast te stellen schadeafwikkeling open worden gelaten, zodat er bij de uitvoering door een *claims administrator* bijvoorbeeld nog individuele bewijslevering ter zake van causaal verband en/of bepaalde schadeposten kan plaatsvinden? En waar liggen uiteindelijk de grenzen aan de mogelijkheid van schadeafwikkeling in collectieve actie? Meer fundamenteel rijst de vraag of normen van het materiële aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht anders worden ingevuld als een bepaald schadegeval vaak voorkomt. Voor specifieke gevallen is dat al geruime tijd aanvaard,⁹ maar geldt dat wellicht breder en onder welke omstandigheden kan daar dan een beroep op worden gedaan? Tevens is de vraag of het procesrecht meebrengt dat wanneer in een collectieve procedure de rechtsverhoudingen voor vele personen tegelijk worden vastgesteld, genoeg kan worden genomen met minder nauwkeurigheid. Het procesrecht dient ter verwezenlijking van materiële rechten, maar daaraan zijn wél breed geaccepteerde grenzen gesteld, onder meer juist vanwege het belang van het finaal kunnen vaststellen van de rechtsverhouding.¹⁰

* Mr. dr. D.A. van der Kooij is advocaat bij Houthoff te Amsterdam. Mr. F. van Es is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

Beide auteurs zijn werkzaam in de collectieve-actiepraktijk en staan doorgaans gedaagde partijen bij.

1 Daan Barbiers is thans medewerker bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad.

2 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29-30 (MvT).

3 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

4 Zo signaleren ook J.L. Smeehuijzen & A.J. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee', *NJB* 2018/1241, par. 3.1.

5 Zie bijv. Smeehuijzen & Verheij 2018, par. 3, C.M.D.S. Pavillon, 'Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade?', *RMThemis* 2019, afl. 4, par. 2.2.2 en R. Rijnhout, *Van compensatieconflicten naar betekenisvol compenseren* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 23-25.

6 Verschillende auteurs hebben bijv. fijnmazige categorisering bepleit, zie met name A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017, afl. 11, p. 325-331 en J.T. Hiemstra, 'Productaansprakelijkheid bij massaschade', *VR* 2023/82, p. 219.

7 Sinds de verbindendverklaring zijn tientallen arresten van de Hoge Raad gewezen over de afwikkeling van effectenleaseovereenkomsten waarin nuances zijn aangebracht. Zie over de uitspraken van de Hoge Raad bijv. J.B.M. Vranken, 'De afwikkeling van massaschade door de rechter lijkt onbegonnen werk', *NJB* 2020/2805.

8 Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (*Dexia*), zie over de Duisenbergregeling: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Duisenberg-regeling>.

9 Denk aan de wettelijke rente van art. 6:119 BW en casco'schade aan auto's, waarover HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*), r.o. 3.6.1-3.6.2.

10 Te denken valt aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en de daarin geldende termijnen, de tweeconclusieregel, de beperkte mogelijkheid om terug te komen op bindende eindbeslissingen, eisen aan een (tweede) bewijsaanbod en de beperkte cassatietoetsing. Zie over de ongelijksoortige en soms conflicterende desiderata zoals snelheid en kwaliteit in het procesrecht H.J. Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 15.

Gelden dergelijke grenzen breder onder de WAMCA en hoe werkt dat precies uit?

Een dissertatie over dit onderwerp was, kortom, zeer welkom. Barbiers, onder begeleiding van promotoren Carla Klaassen en Ruud Hermans, heeft de handschoen opgenomen om dit belangrijke en moeilijke terrein verder te ontginnen.

2. Vraagstelling, methode en opzet van het onderzoek

De centrale onderzoeksvraag van Barbiers luidt:

‘In hoeverre en op welke wijze bieden het Nederlandse aansprakelijkheids-, schadevergoedings- en procesrecht ruimte aan de rechter in een collectieve actie om schade te beoordelen en af te wikkelen?’¹¹

Barbiers formuleert deze vraag tegen de achtergrond van het door hem signaleerde spanningsveld tussen de volgende polen. Enerzijds verlangt het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat de rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval de (eventueel) verschuldigde schadevergoeding vaststelt. Anderzijds kan in een collectieve actie beperkt zicht bestaan op de individuele omstandigheden van personen voor wie wordt opgekomen, omdat zij geen partij zijn bij de collectieve actie. Voorts beoogt de wetgever dat de massaschade snel, eenvoudig en finaal wordt afgewikkeld, hetgeen moeilijk voorstelbaar is als met tal van individuele omstandigheden rekening moet worden gehouden.¹² De vraag is hoe de rechter in dit spanningsveld kan en/of moet navigeren.

Als methode van onderzoek kiest Barbiers voor de rechtsvindingsmethode. Dit houdt volgens hem in dat hij op objectieve wijze op basis van rechtsbronnen (met name wettelijke voorschriften en jurisprudentie) zijn onderzoeksvraag wil beantwoorden.¹³ Waar het gaat om de uitleg van de wet benadrukt Barbiers dat een democratische rechtsstaat impliceert dat de rechter de wet en de strekking daarvan centraal stelt.¹⁴ Literatuur staat in dienst van de analyse van het recht en bronnen met betrekking tot andere rechtssystemen (met name van Engeland, Canada en België) worden gebruikt ter inspiratie.¹⁵ Het relatief precies expliciteren van de methode, zoals Barbiers doet, achten wij zinvol. De gekozen methode is naar ons oordeel passend en nuttig. Wel is het in onze opvatting te beperkt om de literatuur alleen in dienst van de analyse van het recht te stellen. Wij denken dat een proefschrift ook expliciet moet laten zien hoe de belangrijkste bevindingen zich verhouden tot hetgeen waartoe andere auteurs zijn gekomen, en daarvoor dient meer gedaan te worden dan alleen rechtsvinding.¹⁶ In het vervolg van de recensie noemen wij enkele punten waar wij dit hebben gemist.

Barbiers brengt beperkingen aan in zijn onderzoek. Hij legt de focus op de toepassing van de leerstukken causaal verband en schadebegroting (inclusief voordeelstoerekening).¹⁷ Andere in afdeling 6.1.10 BW geregelde aspecten van de vaststelling van de verplichting tot schadevergoeding, zoals de schadetoerekening (art. 6:98) en eigen schuld (art. 6:101), worden buiten beschouwing gelaten. Eveneens buiten beschouwing blijven de niet in afdeling 6.1.10 BW geregelde aspecten, zoals de vaststelling van aansprakelijkheid en de verjaring.¹⁸ Dat Barbiers beperkingen heeft aangebracht is begrijpelijk. De rechter zal bij de beoordeling en afwikkeling van massaschade doorgaans echter wel tegen een of meer van deze andere kwesties aanlopen en dan eveneens in het door Barbiers signaleerde spanningsveld dienen te navigeren. Dit vraagt om nader onderzoek waarbij onder meer aan de orde kan komen of Barbiers' opvattingen zich ook laten toepassen bij de beoordeling van bijvoorbeeld verjaring of eigen schuld.

Het proefschrift van Barbiers bestaat uit vijf delen. Het eerste deel is inleidend, het tweede deel gaat breder in op collectieve schadevergoedingsacties in het privaatrecht, het derde deel behandelt uitgangspunten bij de beoordeling en afwikkeling van collectieve schadevergoedingsacties, het vierde deel gaat over causaal verband en schade, en het vijfde sluit het werk af.

3. Uitkomsten van het onderzoek

3.1 De deelconclusies

Barbiers is op grond van zijn onderzoek tot de volgende deelconclusies gekomen. Hij neemt tot uitgangspunt dat de collectieve actie op de voet van art. 3:305a BW een afgeleide is van aanspraken van individuele belanghebbenden en de uitkomst van de collectieve actie dus ‘herleidbaar’ moet zijn tot deze aanspraken.¹⁹ Tegelijkertijd geldt dat het doel van een collectieve schadevergoedingsactie is om tot een ‘snelle, eenvoudige en finale’ afwikkeling van massaschade te komen.²⁰ Belangrijke ‘inspiratiebronnen’ voor de beoordeling en afwikkeling van schade door een rechter in collectieve actie zijn met name de procesrechtelijke regeling voor prejudiciële vragen, de *Peeters/Gatzen*-vordering en de WCAM. Daarnaast kan volgens Barbiers inspiratie worden geput uit buitenlandse regelingen, waarbij met name het vorderen van een totaalbedrag aan schadevergoeding een interessant perspectief is.²¹

Een verdere conclusie van Barbiers is dat de rechter in een collectieve actie standaardgevallen beoordeelt, die nader kunnen worden uitgewerkt gedurende de collectieve procedure. Door te abstraheren van individuele omstandigheden kunnen kostenvoordelen en een snellere, eenvoudigere en meer eenvoudige schadeafwikkeling worden bereikt. Daar staat tegenover

11 Barbiers 2025, p. 7.

12 Barbiers 2025, p. 6.

13 Barbiers 2025, p. 15-16.

14 Barbiers 2025, p. 21.

15 Barbiers 2025, p. 22.

16 Vgl. Asser/Vranken *Algemeen deel***** 2014/4.

17 Barbiers 2025, p. 11.

18 Hetzelfde geldt voor IPR-kwesties, zoals bijv. toepasselijk recht, waarbij ook de vraag kan zijn of de veelheid van gevallen maakt dat het recht van één rechtstelsel kan worden toegepast in plaats van de verschillende rechtssystemen die de individuele vorderingen beheersen.

19 Barbiers 2025, p. 379.

20 Barbiers 2025, p. 380.

21 Barbiers 2025, p. 380-381.

dat met maatwerk juist over- of ondercompensatie kan worden voorkomen. Oplossingen voor dit spanningsveld moeten volgens Barbiers worden gevonden in de ruimte die het recht biedt of, na rechtontwikkeling, kan bieden.²² Huidig recht begrenst de collectieve beoordeling en afwikkeling van schade via het gelijksoortigheids- en gemeenschappelijkheidsvereiste. Als een massaschadegeval te complex is, te veel verschillende juridische en feitelijke vragen oproept, en/of omstandigheden te individueel zijn bepaald, strandt een vordering op deze eisen. Barbiers identificeert verschillende factoren die voor de beoordeling hiervan relevant zijn.²³

Ten aanzien van de regeling van art. 1018i-1018j Rv concludeert Barbiers dat een rechter de schade per categorie gedeeltelijk kan laten afwikkelen door een derde partij. De mogelijkheid om hierbij rekening te houden met individuele omstandigheden kan de drempel van het gelijksoortigheidsvereiste in de ontvankelijkheidsfase verlichten. Verder ziet hij binnen de wettelijke regeling ruimte voor het toewijzen van een totaalbedrag voor het collectief waarvoor wordt opgekomen, hoewel hij wenselijk acht dat de wetgever duidelijkheid biedt over de vraag in hoeverre dit afbreuk mag doen aan het compensatiebeginsel op individueel niveau. Ook nadere verduidelijking verdient volgens hem de rol van de rechter als executierechter bij de uitvoering van de collectieve schadeafwikkeling.²⁴

De laatste deelconclusies geeft Barbiers de prikkelende titel ‘Compensatie eist abstractie’. Uitgangspunt van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is een beoordeling aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De benadeelde krijgt dan niet minder dan een vergoeding die correspondeert met de door hem geleden schade en de aangesproken partij hoeft niet méér te vergoeden. Toch zijn er volgens Barbiers heel wat voorbeelden waarin de rechter mag of moet abstraheren. Volgens hem is de rechtvaardiging gelegen in snellere, eenvoudiger en meer eenvormige vaststelling van schadevergoeding. Om het toekennen van schadevergoeding mogelijk te maken is abstractie soms nodig. Indien vaststaat dat de aangesproken partij een risico op schade heeft veroorzaakt of in stand gelaten, kan dat bovendien een rechtvaardiging zijn om schadevergoeding toe te kennen, ondanks dat onzekerheid bestaat over de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan zonder aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis. Het belang van abstractie blijkt volgens Barbiers uit de vele reeds gesloten massaschikkingen en andersoortige collectieve schadeafwikkelingen. Onder de WAMCA is volgens hem meer ruimte voor abstractie dan in individuele procedures, met name door teleologische interpretatie van het collectieve actierecht. Hij ondersteunt deze uitkomst ook met argumenten op basis van de tekst, systematiek en historie van de wet en rechtsvergelijking.²⁵

3.2 De slotsom

Barbiers’ slotsom is de volgende.²⁶ De rechter mag zich in een collectieve actie bedienen van abstracties die de rechter ook in individuele procedures mag toepassen, en mag tevens verdergaand abstraheren, zolang aan het gelijksoortigheids- en gemeenschappelijkheidsvereiste is voldaan. Met abstracties bedoelt Barbiers dat met bepaalde omstandigheden geen rekening wordt gehouden. Waartoe meer abstractie zal leiden, is volgens hem niet goed in algemene zin aan te geven. Het is steeds aan de rechter om, gezien de bekende omstandigheden van het geval, te beoordelen wat in een concrete collectieve actie een gerechtvaardigde abstractie is. Volgens Barbiers moet de rechter zich daarbij laten leiden door de algemene richtlijn dat het recht voldoende maatwerk dient te leveren en te veel abstractie niet wenselijk is, maar abstractie nodig is om uitkomsten te bereiken bij voorkeur op een efficiënte en consistente wijze. Ten aanzien van deze voorgestane aanpak rees bij ons de vraag of dat meer of anders is dan het ‘maatwerk op macroniveau’ waarover Tzankova in haar in 2007 gepubliceerde dissertatie schreef.²⁷

4. Méér abstractie in collectieve actie?

Zoals in het voorgaande bleek, is de meest belangwekkende conclusie van Barbiers dat in een collectieve actie meer abstractie mogelijk is dan in individuele procedures. Hij baseert die conclusie op verschillende pijlers, die elk een nadere bespreking waard zijn.

4.1 Snelle, eenvoudige en finale afwikkeling?

Barbiers laat als een rode draad door zijn boek lopen de opvatting dat de doelstelling van de WAMCA is een ‘snelle, eenvoudige en finale’ afwikkeling van massaschade.²⁸ Juist vanwege deze doelstelling dient volgens hem in een collectieve actie door de rechter verdergaand te kunnen worden geabstraheerd.²⁹ Een dergelijk verband achten wij op zichzelf niet onlogisch. De vraag rijst echter waaruit blijkt dat de wetgever het genoemde doel voor ogen heeft gehad. Barbiers verwijst ter onderbouwing naar de memorie van toelichting, waarin staat dat beoogd is ‘efficiënte en effectieve’ collectieve afwikkeling van massaschade ‘te bevorderen’.³⁰ In onze ogen is dit iets anders dan een snelle, eenvoudige en finale afwikkeling van massaschade als doelstelling aanmerken. Temeer omdat de memorie van toelichting bij de hiervoor bedoelde passage, wijst op de problemen onder het toenmalige regime (een chaos van vele individuele vorderingen en het door verschillende belangenorganisaties in meerdere procedures procederen over de

²⁶ Barbiers 2025, p. 390-391.

²⁷ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 138. Tzankova bedoelde daarmee dat per concreet massaschadegeval gezocht wordt naar een zo optimaal mogelijke differentiatie binnen de groep die recht doet aan de verschillende belangen van de verschillende soorten schadelijders om daarmee de afwijking van de individuele afdoening acceptabel te maken.

²⁸ Barbiers 2025, p. 6, 32, 63-65, 135, 154-156, 163, 178, 380 en 390.

²⁹ Barbiers 2025, p. 154-157, 163, 174-175 en 195.

³⁰ Barbiers 2025, p. 63. Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1 (MvT).

²² Barbiers 2025, p. 381-382.

²³ Barbiers 2025, p. 382-383.

²⁴ Barbiers 2025, p. 384-386.

²⁵ Barbiers 2025, p. 387-390.

zelfde gebeurtenis) die het wil voorkomen.³¹ Op één plaats in de memorie van toelichting, bij de specifieke toelichting op art. 1018i Rv, is de combinatie van snel en eenvoudig wel te lezen.³² Het gaat daar over de vraag of een benadeelde op basis van de door de rechter vastgestelde regeling voor de collectieve schadeafwikkeling snel en eenvoudig een bedrag kan verkrijgen.³³ Barbiers verwijst daar niet naar ter onderbouwing van de drieslag. Dat lijkt ook niet onterecht, omdat de opmerking geen betrekking heeft op de collectieve procedure als geheel.³⁴

Het snel, eenvoudig en finaal afwikkelen van massaschade zou in onze ogen ook wel een zeer ambitieuze doelstelling zijn. Een dergelijke doelstelling zou zich minder goed verhouden tot de gecompliceerde WAMCA-procedure (waarin bijvoorbeeld lang niet altijd 'snel' en 'eenvoudig' tot een oordeel over ontvankelijkheid kan worden gekomen) en tot de inherente complexiteit van massaschade. Het zou bovendien schuren met andere gerechtvaardigde belangen, zoals de zorgvuldigheid van de afwikkeling.

Wij vragen ons gelet op de door Barbiers gegeven onderbouwing af of de steeds herhaalde drieslag wel een voldoende zuivere weergave is van de bedoeling van de wetgever. Wat ons betreft luistert die weergave nauw, omdat daarvan afhangt of³⁵ en in welke mate de wetgever heeft beoogd dat in collectieve actie verdergaand kan worden geabstraheerd dan in individuele procedures.

4.2 Compensatie eist abstractie?

Een volgende pijler voor Barbiers' conclusie dat in collectieve actie meer abstractie mogelijk is, wordt gevormd door zijn interpretatie van reguliere abstracties in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Hij ziet abstractie zowel bij de vaststelling van het causaal verband als bij de vaststelling van de schadeomvang.³⁶ Abstracte schadevaststelling is al vele decennia een van de hoekstenen van het schadevergoedingsrecht. Wij begrijpen zijn belangstelling hiervoor: als het materiële recht het abstraheren van omstandigheden toelaat, kan dat van pas komen in een collectieve procedure.

Barbiers schrijft dat de rationale van abstracte schadevaststelling in de kern is om eenvoudiger, sneller en meer eenvormig de schade te begroten.³⁷ Wij vragen ons af of dit in zijn algemeenheid juist is. Zo geldt naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat bij zaaksbeschadiging de eigenaar als uitgangspunt een nadeel heeft van de omvang van de waardevermindering die de zaak heeft ondergaan, en dat bedrag, ook wanneer niet is hersteld en zelfs wanneer niet zal worden hersteld, in

het algemeen gelijk zal zijn aan de objectieve herstelkosten.³⁸ Verder geldt dat wanneer na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verzorging of huishoudelijke hulp in de privésfeer wordt verleend, onder omstandigheden sprake kan zijn van vermogensschade, die te begroten is op de kosten van professionele hulpverleners.³⁹ Met behulp van de eerste regel werd in het klassieke arrest *Telefoonkabel*⁴⁰ aangenomen dat de PTT waarvan een telefoonkabel beschadigd was, die zij in eigen bedrijf liet herstellen, waardoor zij vanwege de beschadiging geen kosten maakte, door de beschadiging toch schade leed. In het standaardarrest *Thecongeval*⁴¹ werd aan de hand van de tweede regel aangenomen dat de door ouders verrichte verpleging en verzorging van hun dochter, die door een ongeval ernstige brandwonden had opgelopen, als schade voor vergoeding in aanmerking kwam, ook al werden voor deze verpleging en verzorging geen kosten gemaakt. In deze standaardgevallen wordt naar onze indruk niet van casusspecifieke details geabstraheerd met het oog op eenvoud of snelheid, maar wordt beoogd tot een reële schadevergoeding te komen, ook als (nog) geen kosten zijn gemaakt.⁴² Men kan zich afvragen of in deze gevallen überhaupt van omstandigheden wordt 'geabstraheerd' die relevant zijn voor de schadeomvang.⁴³ Onzes inziens illustreren deze gevallen dat het bij abstracte schadevaststelling veeleer gaat om de invulling van het schadebegrip en het bepalen van

31 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1 (MvT).

32 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52 (MvT).

33 Vgl. art. 7:907 lid 3 sub b BW, waarin is bepaald dat de beoordeling door de rechter van de hoogte van de in een collectieve vaststellingsovereenkomst toegekende vergoedingen dient plaats te vinden onder meer gelet op 'de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden'.

34 Barbiers 2025, p. 153 gaat daar ook van uit.

35 Smeehuijzen & Verheij 2018, par. 3 betogen dat nadere abstractie in collectieve actie niet wenselijk is, en kennelijk ook niet is beoogd, en dat schaalvoordeel op andere wijze behaald kan worden.

36 Barbiers 2025, hoofdstuk 5 en 6.

37 Barbiers 2025, p. 297-298, en zie ook p. 374 en 388.

38 Zie bijv. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenberg (*Liander/Aon*), r.o. 3.1.2 en HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

39 Zie onder meer HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Thecongeval*), r.o. 3.3.2-3.3.3 en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.5.1.

40 HR 16 juni 1961, ECLI:NL:HR:1961:137, *NJ* 1961/444, m.nt. L.E.H. Rutten (*Telefoonkabel*).

41 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2912, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Thecongeval*).

42 In deze zin A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 35 sub a, die het komen tot een reële schadevergoeding als eerste doel van abstracte schadevaststelling noemt, en zie in vergelijkbare zin S.D. Lindenberg, 'Abstracties bij vaststelling van schade', in: S.D. Lindenberg & A.C.H. Franken, *Abstracte schadeberekening* (VASR-preadvises), Deventer: Kluwer 2013, par. 4.1 en S.D. Lindenberg, annotatie bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247 (*Liander/Aon*), nr. 6. Vgl. in dit verband ook HR 6 juni 2025, ECLI:NL:HR:2025:853 (*X/AZM*), r.o. 3.2.2.

43 Zo schrijft Hebly dat bij de begrotingsregels bij zaakschade van abstraheren latere omstandigheden, zoals het wel of niet daadwerkelijk herstellen, geen sprake is. Zie M.R. Hebly, 'Over vaststelling van zaakschade', *NTBR* 2020/2, par. 2.1. Barbiers 2025 schrijft in zijn deelconclusie bij hoofdstuk 6 dat er in feite een omstandigheid wordt aangenomen (zoals het maken van kosten) die zich niet heeft voorgedaan (p. 374). Het aannemen van omstandigheden is in onze ogen iets wezenlijk anders dan het abstraheren van omstandigheden. De vraag rijst dus hoe Barbiers kan volhouden dat sprake is van abstracte schadebegroting waarin de rechter van één of meerdere omstandigheden van het geval abstraheert (zoals hij definieert op p. 295), wanneer hij van mening is dat de rechter in feite omstandigheden aanneemt.

welke feitencomplexen rechtens als schade gelden.⁴⁴ Uit de recente jurisprudentie spreekt bovendien dat het ook bij abstracte schadevaststelling erom gaat de werkelijke schade te vergoeden en de benadeelde zo veel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd.⁴⁵

Er zijn wel enkele vrij specifieke situaties waarin expliciet met het oog op eenvoud en snelheid omstandigheden die normaliter van invloed zijn op de hoogte van de schade buiten beschouwing worden gelaten: bij casco-schade aan auto's en bij de toekenning van wettelijke rente.⁴⁶ In deze gevallen kan door de abstractie duidelijke onder- of overcompensatie ontstaan, die omwille van eenvoud en snelheid op de koop toe wordt genomen. Wat ons betreft zijn dit toch meer randgevallen dan dat zij de kern van het leerstuk abstracte schadevaststelling vormen.⁴⁷ Smeehuizen en Verheij hebben er bovendien op gewezen dat het in deze gevallen om relatief geringe schade gaat, en betoogd dat efficiëntie als reden voor uniforme afdoening eerder aanvaardbaar is naarmate de schade geringer is (zoals bijvoorbeeld bij strooischade). Bij grotere schade menen zij dat al snel wrijving met fundamentele beginselen ontstaat.⁴⁸ Die gedachtegang kunnen wij goed volgen en hij lijkt ons ook belangrijk in de verdere doordenking van de mogelijkheid van abstrahering bij schadevaststelling in collectieve actie. Wij hadden graag gelezen hoe Barbiers tegen deze opvatting van Smeehuizen en Verheij aankijkt en in het bijzonder of en in welke mate in zijn visie de omvang van de individuele schade van belang is voor de aanvaardbaarheid van abstrahering.

4.3 Ernst van de gebeurtenis relevant?

Een volgende interessante pijler voor de mogelijkheid van meer abstractie in collectieve actie vindt Barbiers in de ernst

van de gebeurtenis. Hij schrijft dat een gebeurtenis die aansprakelijkheid vestigt ten opzichte van veel personen ernstiger is dan eenzelfde soort gebeurtenis die slechts ten opzichte van één of enkele personen aansprakelijkheid vestigt. De grotere ernst rechtvaardigt in zijn opvatting meer abstractie.⁴⁹ Dit punt krijgt in de deelconclusies aanzienlijke aandacht, maar wordt eerder in het proefschrift alleen hier en daar aangestipt.⁵⁰ In de deelconclusies wordt de gedachte door Barbiers onderbouwd onder verwijzing naar de rechtvaardiging voor het toekennen van schadevergoeding ondanks het bestaan van causaliteitsonzekerheid (bij de omkeringsregel, kansschade en proportionele aansprakelijkheid). De rechtvaardiging hiervoor is volgens hem dat wanneer vaststaat dat een aangesproken persoon een risico op schade heeft veroorzaakt of in stand heeft gelaten waardoor de schade mogelijk is ontstaan, het niet aanvaardbaar is de onzekerheid over het causaal verband geheel voor rekening van de benadeelde te laten komen. Het gewicht van deze rechtvaardiging is volgens hem in de massaschadecontext groter en zou daarom meer abstractie rechtvaardigen.⁵¹

Hoewel Barbiers dat niet zegt, zal dat gelet op deze rechtvaardiging onzes inziens abstractie ten gunste van benadeelden moeten zijn. Verder zal gelet op deze rechtvaardiging nodig zijn dat zonder de abstractie schadeafwikkeling niet goed mogelijk is. Bij ons rijst wel de vraag hoe de ontwikkelde gedachte in te passen en te rijmen is met de bestaande doctrinaire kaders waarin voor de schadevaststelling doorgaans de ernst van de schadeveroorzakende gebeurtenis niet relevant is. Ook rijst de vraag naar de precieze uitwerking: wat als de verwijtbaarheid miniem is maar wel massaal schade ontstaat, en maakt het verder uit of door de gedaagde langdurig en op grote schaal verwijtbaar is gehandeld of is juist het grote aantal benadeelden relevant? En: hoe moet het abstraheren in zijn werk gaan?

Een verschijnsel van het soort dat Barbiers op het oog heeft, lijkt zich intussen al te hebben voorgedaan in de Dexia-jurisprudentie van de Hoge Raad over specifiek de tussenpersonenproblematiek.⁵² Tussenpersonen mochten bij het afsluiten van effectenleaseovereenkomsten daarover niet adviseren, tenzij daarvoor een vergunning was verleend. Wanneer Dexia wist of behoorde te weten dat een tussenpersoon adviseerde zonder vergunning, was het voor haar verboden om de effectenleaseovereenkomst aan te gaan en handelde zij onrechtmatig door dat toch te doen. De vraag rees of in zo'n situatie de afnemer nog eigen schuld aan de schade kon hebben. In de reguliere gevallen van zorgplichtschending van Dexia, vanwege het niet waarschuwen voor het restschuldrisico of vanwege het niet onderzoeken van de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer, was aangenomen dat de veroor-

⁴⁴ Zie daarover nader D.A. van der Kooij, 'Wat is vermogensschade? Een overzicht van tien verschillende soorten nadeel', *RMThemis* 2021, afl. 4, p. 159-174. In de na afronding van deze recensie verschenen publicatie S.D. Lindenberg, 'Rechtvaardigheid bij de afwikkeling van schadeclaims tegen de overheid? Bespreking van de oratie van C.N.J. Kortmann', *O&A* 2025/23, p. 65-66 benadrukt Lindenberg ook dat het bij abstractie in het schadevergoedingsrecht gaat om de invulling van het schadebegrip.

⁴⁵ Zie bijv. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, *NJ* 2020/247, m.nt. S.D. Lindenberg (*Liander/Aon*), r.o. 3.3.2, waarin de Hoge Raad niet wil abstraheren van het feit dat Liander als netbeheerder storingsherstel in eigen beheer uitvoert omwille van het vergoeden van de 'werkelijke schade', en HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenberg (*Donata/New India Assurance*), r.o. 3.3.4, waarin de Hoge Raad benadrukt dat juist door het vergoeden van de marktwaaarde van de verloren zaak wordt bewerkstelligd dat benadeelde zo veel mogelijk in de positie wordt gebracht als waarin hij zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben verkeerd.

⁴⁶ Art. 6:119 BW in combinatie met HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR0220, *NJ* 2007/481, m.nt. J. Hijma (*Abold/Staat*), r.o. 3.5.4 en HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel (*Reaal/Athlon*), r.o. 3.6.1-3.6.2.

⁴⁷ Vgl. ook Lindenberg 2025, p. 66 die betoogt dat bij abstracte schadevaststelling geen over- of overcompensatie plaatsvindt, maar juist de daadwerkelijk geleden schade wordt vergoed.

⁴⁸ Smeehuizen & Verheij 2018, par. 3.2. Vgl. over de werking van art. 6:119 BW bij te late uitkering door een verzekeraar ook N. van Tiggele-van der Velde, *Onverwikkeld afwikkeling van schade* (oratie Nijmegen), Arnhem: Drukkerij Roos en Roos 2009.

⁴⁹ Barbiers 2025, p. 389.

⁵⁰ Zie Barbiers 2025, p. 176, 303, 354 en 374.

⁵¹ Barbiers 2025, p. 389.

⁵² HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, *NJ* 2017/9, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Beckers/Dexia*) en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *NJ* 2019/98, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Timmermans/Dexia*).

zaakte schade in beginsel steeds voor een derde deel voor rekening van de afnemer bleef vanwege diens eigen schuld.⁵³ Ter zake van de tussenpersonenproblematiek oordeelde de Hoge Raad in het kader van art. 6:101 BW dat de billijkheid in beginsel eist dat de vergoedingsplicht van Dexia geheel in stand blijft.⁵⁴ De Hoge Raad oordeelde dat het contracteren in weerwil van het genoemde verbod 'Dexia zwaar moet worden aangerekend', en dat de inhoud van het door de tussenpersoon gegeven advies niet van belang is, evenmin als een eventueel eigen inzicht van de afnemer in het aan te schaffen product.⁵⁵ Van deze laatste twee omstandigheden wordt dus door de Hoge Raad geabstraheerd. Op zichzelf, afgezien van deze abstractie, lijken deze omstandigheden ons wel relevant te kunnen zijn in het kader van de billijkheidscorrectie, bijvoorbeeld als de schade bestaat in een restschuld, maar de adviseur daarvoor juist uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd en de afnemer duidelijk inzicht had in het product en de mogelijkheid van een restschuld. Mogelijk lijkt dat de schaal van de schending van het verbod door Dexia, eventueel in combinatie met de wens om de schadeafwikkeling niet verder te compliceren, de Hoge Raad tot deze abstractie heeft gebracht.

Het verband dat Barbiers op het spoor is tussen de ernst van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis – waarbij deze ernst mede gevormd wordt door de ernst en schaal van het verweten gedrag, het aantal benadeelden en/of hun schade – en de mogelijkheid tot abstrahering is wat ons betreft dus interessant en verdient nadere verkenning en uitwerking. Wel illustreert de besproken zaak dat de prijs die voor meer abstractie wordt betaald goed in ogenschouw moet worden genomen, en dat wanneer abstractie tot structurele overcompensatie leidt onzes inziens relatief snel op een punt wordt gekomen waar de resultaten van de abstractie zich minder goed laten uitleggen.⁵⁶

4.4 Betekenis van de opt-outmogelijkheid

Een als laatste te bespreken pijler, nu van procesrechtelijke aard, voor meer abstractie ziet Barbiers in de opt-outmogelijkheid van de personen in de nauw omschreven groep waarop de collectieve actie betrekking heeft. Deze opt-outmogelijkheid waarborgt dat een betrokkene zijn zaak op individueel niveau aan de rechter kan voorleggen. De stilzwijgende in-

stemming draagt 'zo bezien' volgens Barbiers bij aan de rechtvaardiging van verdere abstractie in een collectieve schadevergoedingsactie. Hij maakt daarbij de kanttekeningen dat een individuele procedure niet altijd een reële mogelijkheid zal zijn, en tevens dat de aangesproken partij niet kan opt-outen uit de collectieve actie.⁵⁷

Wij zijn het met Barbiers eens dat het niet opt-outen als stilzwijgende instemming van een betrokkene met het voeren van de collectieve procedure moet worden gezien.⁵⁸ Maar of dit kan bijdragen aan meer abstractie hangt onzes inziens ervan af of een betrokkene ten tijde van de beslissing om al dan niet te opt-outen redelijkerwijs kan verwachten dat in de collectieve actie méér zal worden geabstraheerd. Wij betwijfelen of dat in het algemeen de verwachting zal kunnen zijn. Het is namelijk ook denkbaar dat heel verfijnd wordt gecategoriseerd,⁵⁹ en dat delen van de door de rechter vastgestelde schadeafwikkeling nader zullen worden geconcretiseerd door een *claims administrator* aan de hand van de individuele omstandigheden van betrokkenen.⁶⁰ De parlementaire geschiedenis van de WAMCA wijst bovendien bepaald niet eenduidig in de richting van meer abstractie. Zo wordt daarin dadelijk benadrukt dat het materiële recht niet verandert,⁶¹ en wordt bijvoorbeeld ook vermeld dat de tweede opt-outmogelijkheid na een goedgekeurde collectieve vaststellingsovereenkomst nodig is, omdat de daarin toegekende bedragen 'redelijk [kunnen] zijn en toch [kunnen] afwijken van wat voor een bepaalde individuele gedupeerde rechtens is. Daarom is wenselijk dat gedupeerden een kans krijgen zich te onttrekken aan een goedgekeurde schikking door een tweede opt-out.'⁶² Deze overweging impliceert dat de rechter bij de vaststelling van een collectieve schadeafwikkeling niet kan afwijken van wat voor een bepaalde individuele gedupeerde rechtens is, anders zou daarvoor net als bij een schikking een tweede opt-out nodig zijn. Wat ons betreft kleurt dit de verwachtingen die de benadeelde redelijkerwijs kan hebben van een door de rechter vast te stellen collectieve schadeafwikkeling.

Niettemin achten wij goed denkbaar dat onder omstandigheden het niet opt-outen door betrokkenen meer abstractie rechtvaardigt. Met name zal dit wat ons betreft het geval zijn wanneer in de dagvaarding de schadevergoedingsvordering wordt uitgewerkt voor bepaalde categorieën benadeelden, categoriebreed bepaalde schadebedragen worden gevorderd en/of een bepaalde begrotingsmethode wordt voorgesteld en de rechtbank een en ander overneemt in de beschrijving van de collectieve vordering in het art. 1018e Rv-vonnissen, op basis waarvan betrokkenen hun opt-outbeslissing nemen. Op deze manier kan de betrokkene door niet te opt-outen namelijk impliciet ermee instemmen dat voor hem een bepaald bedrag

53 Dit volgt uit het zogenoemde 'hofmodel', gebaseerd op Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981 en Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978; tegen beide uitspraken is het cassatieberoep verworpen in HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bouwbuis/Dexia*) respectievelijk HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, m.nt. J.B.M. Vranken (*Van der Heijden/Dexia*).

54 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, *NJ* 2017/9, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Beckers/Dexia*), r.o. 5.7.

55 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *NJ* 2019/98, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Timmermans/Dexia*), r.o. 3.6.4.

56 Naar ons oordeel op begrijpelijke gronden kon gerechtshof Amsterdam (Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3101, r.o. 3.70.1) zich minder goed vinden in de benadering van de Hoge Raad en nam dit hof de vrij ongebruikelijk stap om deze benadering ter discussie te stellen, met een vernietiging van het hofarrest tot gevolg (HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *NJ* 2019/98, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Timmermans/Dexia*)).

57 Barbiers 2025, p. 157-158.

58 Zie voor een nadere uitwerking D.A. van der Kooij & R.H.E. Becker, 'Een schadestaatprocedure onder de WAMCA?', *MvV* 2025, afl. 4 par. 2.3.

59 Zoals bepleit door: Rijsterborgh 2017, p. 325-331; Pavillon 2019, par. 2.2.2 en Hiemstra 2023, p. 219.

60 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 54-55 (MvT).

61 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1 (MvT).

62 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 7, p. 9 (NvW).

wordt gevorderd, ook als zijn individuele omstandigheden aanspraak op een hoger bedrag zouden kunnen geven, of dat zijn schade volgens een bepaalde methode wordt vastgesteld.

4.5 Slotsom over abstractie

Al met al zijn wij niet volkomen overtuigd door de aangedragen onderbouwing voor meer abstractie in collectieve actie en zien wij verschillende haken en ogen. Ook is wat ons betreft wezenlijk hoeveel verder die abstractie zou gaan en van welke omstandigheden dat afhangt. Deze kwesties blijven enigszins onderbelicht. Tot slot stippen wij aan dat de vraag naar de mogelijkheden tot abstrahering ook kan spelen bij de toepassing van leerstukken zoals bijvoorbeeld eigen schuld (het hiervoor besproken *Dexia*-arrest illustreert dat) en verjaring. Barbiers laat als gezegd deze leerstukken om begrijpelijke redenen buiten beeld. Nader onderzoek daarnaar zou interessant zijn, waarbij wat ons betreft het streven zou moeten zijn om tot een leerstukoverstijgende theorie te komen.

5. Totaalschadebedrag

Naast de vraag of in collectieve actie meer abstractie mogelijk is, staat de vraag of een totaalschadebedrag kan worden toegewezen. Mede gelet op het doel van een ‘snelle, eenvoudige en finale’ afwikkeling van massaschade, betoogt Barbiers dat de rechter daartoe kan overgaan en de gedaagde kan veroordelen tot betaling van zo’n totaalbedrag.⁶³ Hij wijst daarbij wel op de noodzaak van de beschikbaarheid van een methode om de totale schade vast te stellen.⁶⁴ Barbiers bespreekt voorts diverse vragen waartoe de toekenning van zo’n totaalschadebedrag leidt: mag verdeling van het totaalbedrag op individueel niveau leiden tot afwijking van het compensatiebeginsel,⁶⁵ wat moet gebeuren als het totaalbedrag te laag blijkt, en wat als het overschiet?⁶⁶ Hij is van mening dat het de voorkeur verdient wanneer de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk beslist of bij de verdeling van een totaalbedrag mag worden afgeweken van het compensatiebeginsel op individueel niveau. Zijn voorkeur lijkt verder te zijn dat pas tot verdeling wordt overgegaan na een aanmeldperiode van benadeelden, om zo te voorkomen dat bij een ontoereikend totaalbedrag degenen die zich eerder aanmelden mogelijk meer krijgen uitgekeerd dan degenen die zich later melden.⁶⁷ Barbiers acht het terugvloeien van een overschot naar zowel de gedaagde als een ‘andere bestemming’ mogelijk.⁶⁸

Een voor de praktijk belangrijke vraag is hoe zo’n totaalbedrag dient te worden vastgesteld zonder eerst individuele schades van de betrokkenen te begroten. In het geval van een inbreuk op het mededingingsrecht gebeurt dat in zekere zin. Voor de schadeomvang is dan namelijk van belang welke prijsopslag het gevolg is geweest van de inbreuk. Voor de vaststelling daarvan wordt met statistische methoden en gemiddelden

gewerkt en kunnen doorgaans niet eenvoudig betrouwbare resultaten per individuele transactie worden verkregen. Het gevolg daarvan kan zijn dat de schade zich wel voor een groep benadeelden laat vaststellen, maar niet (nauwkeurig) per individueel geval. Buiten de situatie van een inbreuk op het mededingingsrecht is echter de vraag welke methoden bestaan voor vaststelling van een totaalbedrag, zonder eerst individuele schades te begroten, en wanneer dat dus mogelijk is. Laat zich bijvoorbeeld bij een grootschalige inbreuk op de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een totaalschadebedrag vaststellen zonder individuele schades te beoordelen? Een andere manier om een totaalbedrag te bepalen zonder eerst alle individuele schades vast te stellen, is door enkele individuele schades nauwkeurig te begroten en vervolgens met behulp van statistische methoden een totaalbedrag te berekenen. Tzankova heeft in haar dissertatie deze ‘sampling’-methode kort besproken.⁶⁹ De vraag rijst hoe deze methode uitwerkt en in welk type zaken zij geschikt zou kunnen zijn. Wanneer verder op individueel niveau de schade van alle benadeelden begroot kan worden, is de vraag waarom een rechter de vaststelling van een totaalbedrag aangewezen zou achten. Het zou dan de aansprakelijkheid van de gedaagde begrenzen, maar met de risico’s dat enerzijds benadeelden hun op individueel niveau vaststelbare schade niet vergoed krijgen wanneer zich meer benadeelden aanmelden dan verwacht, en dat anderzijds de gedaagde te veel betaalt als zich minder benadeelden aanmelden dan verwacht en het overschot niet terugvloeit naar de gedaagde. In de gevallen waar de schade zich op individueel niveau laat vaststellen, is om deze redenen de vaststelling van een totaalbedrag wellicht vooral interessant in een vaststellingsovereenkomst, maar niet in een vonnis. Wij hadden graag Barbiers’ gedachten over genoemde punten gelezen.

6. De redelijkheidstoets van art. 1018i lid 2 Rv

Een van de prangende onduidelijkheden in de regeling omtrent de door de rechter vast te stellen schadeafwikkeling is de opdracht aan de rechter van art. 1018i lid 2 Rv. De rechter dient ervoor zorg te dragen dat, voor de toepassing van afdeling 6.1.10 BW, de schadevergoeding waar mogelijk in categorieën wordt vastgesteld en dat de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk is. Het tweede element van deze opdracht doet denken aan de vrijwel gelijkkluidende redelijkheidstoets van de WCAM, zoals neergelegd in art. 7:907 lid 3 sub b BW. De vraag rijst hoe de opdracht van art. 1018i lid 2 Rv begrepen dient te worden; brengt de eis van een redelijke hoogte van toegekende vergoedingen mee dat kan worden afgeweken van normen van het materiële aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?⁷⁰ Barbiers zegt hier helaas weinig over. Hij noemt vrij terloops enkele opvattingen van andere auteurs en laat zijn eigen opvatting hierover in het midden.⁷¹ Het is wat ons betreft jammer dat juist op dit onderdeel, de uitleg van een

63 Barbiers 2025, p. 177-178.

64 Barbiers 2025, p. 178.

65 Barbiers 2025, p. 180.

66 Barbiers 2025, p. 180-184.

67 Barbiers 2025, p. 182.

68 Barbiers 2025, p. 183.

69 Tzankova 2007, p. 108-109.

70 Zie bijv. T. Hartlief, ‘Massaschade en de regelende rechter’, *NJB* 2017/2138, p. 2935, Smeehuijzen & Verheij 2018, par. 3, Pavillon 2019, par. 2.2.2 en Rijnhout 2023, p. 23-25.

71 Barbiers 2025, p. 156-157.

wetsbepaling waar rechters mee zullen moeten werken, geen concrete duiding wordt gegeven. Op dit punt kijken we uit naar verder onderzoek en jurisprudentie.

7. Gelijksortigheid en gemeenschappelijkheid

7.1 *Verhouding tussen gelijksoortigheid en gemeenschappelijkheid*

De mogelijkheid van afwikkeling van schade door de rechter in collectieve actie wordt volgens Barbiers begrensd door de twee eisen dat (1) de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen (art. 3:305a lid 1 BW) en (2) de collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering, doordat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn (art. 1018c lid 5 sub b Rv). Hoewel hij signaleert dat deze eisen mogelijk niet precies hetzelfde inhouden,⁷² worden ze afwisselend gebruikt in het proefschrift.⁷³ Wij zullen bij de nadere bespreking van Barbiers' opvattingen hierna korthedshalve spreken van de gelijksoortigheidseis.

7.2 *Beoordeling van de gelijksoortigheid: factoren*

Bij de toepassing van de gelijksoortigheidseis is het volgens Barbiers zoeken naar de juiste balans. Als relatief eenvoudig wordt aangenomen dat sprake is van gelijksoortige belangen, komen meer gevallen in aanmerking voor een collectieve afwikkeling, maar bestaat ook het risico dat collectieve afwikkeling in de inhoudelijke fase praktisch onmogelijk blijkt te zijn of in ieder geval niet langer efficiënt, of dat het debat te abstract wordt. Een terughoudende benadering van de gelijksoortigheidseis kan deze risico's beperken, maar dan komen weer minder gevallen in aanmerking voor collectieve afwikkeling.⁷⁴

Barbiers onderscheidt vier factoren die bepalen of in een concrete zaak voldaan is aan de gelijksoortigheidseis.⁷⁵ De eerste twee factoren zien op (1) de verscheidenheid aan juridische vragen en (2) de relevantie van individuele omstandigheden. Deze factoren volgen reeds uit de wet en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.⁷⁶ Daarnaast acht hij relevant (3) de beschikbaarheid van methoden om rekening te houden met individuele omstandigheden, en (4) de mogelijkheid om meer abstractie toe te passen dan in individuele procedures. De derde factor staat, zoals Barbiers terecht ook opmerkt, op gespannen voet met het gangbare begrip van de gelijksoortigheidseis zoals dat volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.⁷⁷ Door de vierde factor wordt belangrijk dat al in de ontvankelijkheidsfase duidelijk is welke mate van abstractie kan worden toegepast.

7.3 *Moment van categoriseren en moment van beoordeling gelijksoortigheid*

Volgens Barbiers hoeven verschillen in de relevante individuele omstandigheden niet altijd aan gelijksoortigheid in de weg te staan, omdat de rechter bij de schadeafwikkeling op grond van art. 1018i lid 2 Rv kan werken met categorieën van belanghebbenden en dus tot op zekere hoogte kan differentiëren.⁷⁸ Hij lijkt echter niet van opvatting dat dit ook betekent dat de rechter reeds in zijn ontvankelijkheidsoordeel een (voorlopige) indeling van categorieën moet maken voor de beoordeling van de gelijksoortigheid. Hij schrijft namelijk dat de rechter ook pas na zijn gelijksoortigheidsoordeel standaardgevallen kan onderscheiden,⁷⁹ die in de procedure verder kunnen worden uitgewerkt.⁸⁰

Hoewel deze gedachte van nadere uitdieping en verdere differentiatie gedurende de procedure wat ons betreft aansluit bij de realiteit van een collectieve actie, menen wij dat de rechter in bepaalde gevallen wel gehouden kan zijn bij het gelijksoortigheidsoordeel al een indeling in categorieën te maken. Voor het aannemen van bundelbaarheid moet aan de hand van de vordering, het verweer en de onderbouwing daarvan worden beoordeeld of individuele omstandigheden een rol zullen spelen in de inhoudelijke fase, zo lijkt ook Barbiers aan te nemen.⁸¹ Voor zover bepaalde verschillende individuele omstandigheden een zelfstandige inhoudelijke beoordeling vergen, staan deze in onze ogen alleen niet in de weg aan een gebundelde behandeling in collectieve actie als dit kan worden ondervangen met categorieën.⁸² Die categorieën kunnen gedurende de procedure nader worden uitgewerkt tot bepaalde standaardgevallen. Niet overtuigend is wat ons betreft echter wanneer een rechter oordeelt dat voldaan is aan de gelijksoortigheidseis op de enkele grond dat later nog categorieën kunnen worden gemaakt.⁸³

Barbiers stelt dat een rechter geneigd kan zijn tot terughoudendheid in de ontvankelijkheidsfase zodra vaststaat dat een of meer van de ingestelde vorderingen voldoen aan de gelijksoortigheidseis, zoals een verklaring voor recht ten aanzien van de onrechtmatigheid. De procedure vindt in dat geval hoe dan ook doorgang. De gedachte is dat het risico op een later gebleken gedeeltelijk onbehandelbare collectieve schadevergoedingsvordering in de ontvankelijkheidsfase dan makkelijker voor lief kan worden genomen.⁸⁴

Het niet serieus toetsen aan de ontvankelijkheid van de schadevergoedingsvordering achten wij onwenselijk. Hierdoor worden partijen mogelijk gedwongen om in de inhoudelijke fase een debat te voeren over punten die zich niet lenen voor bundeling vanwege te veel uiteenlopende feitelijke en rechtsvragen. Dat schuurt met de bedoeling van de wetgever bij art. 1018c lid 5 Rv, namelijk het voorkomen van een kostbaar

72 Barbiers 2025, p. 120, voetnoot 73.

73 Bijv. Barbiers 2025, p. 122, 123-134 en 383.

74 Barbiers 2025, p. 121-122.

75 Barbiers 2025, p. 122-134.

76 Art. 3:305a lid 1 BW; art. 1018c lid 5 sub b Rv; HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*BEH/Plazacasa*), r.o. 4.2.

77 Barbiers 2025, p. 127.

78 Barbiers 2025, p. 191.

79 Barbiers 2025, p. 31 en 105.

80 Barbiers 2025, p. 106.

81 Barbiers 2025, p. 192. Zijn formulering is wellicht iets terughoudender.

82 Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 18.

83 Zie bijv. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, *JOR* 2024/245, m.nt. D.A. van der Kooij, r.o. 4.18.

84 Barbiers 2025, p. 193.

en lang inhoudelijk debat, dat later onnodig blijkt omdat de vordering toch niet tot toewijzing kan leiden.⁸⁵ Aan de andere kant zien wij met Barbiers dat een rechter in de ontvankelijkheidsfase nog niet volledig kan overzien hoe het inhoudelijke debat zich gaat ontwikkelen, waardoor het lastig kan zijn om een gedegen oordeel te geven over de gelijksoortigheid.

Een alternatieve oplossingsrichting is om het ontvankelijkheidsoordeel ten aanzien van de schadevergoedingsvordering aan te houden en de collectieve procedure eerst te doorlopen ten aanzien van de gevorderde verklaringen voor recht over de aansprakelijkheid van de gedaagde(n). Een voordeel daarvan is dat het inhoudelijke debat zich alvast verder kan ontwikkelen en de stellingen en relevante omstandigheden over en weer veel duidelijker zijn bij de eventuele latere beoordeling van de gelijksoortigheid voor de schadevergoedingsvordering. Mogelijk kan een rechter dan beter inschatten of, al dan niet aan de hand van categorieën, een collectief oordeel gegeven kan worden over de schade en de omvang van de verplichting tot schadevergoeding. Het aanhouden van het ontvankelijkheidsoordeel ten aanzien van de schadevergoedingsvordering zou ook meebrengen dat voor deze vordering in een later stadium een exclusieve belangenbehartiger wordt aangewezen en de opt-outmogelijkheid wordt gegeven. Ook dat zal dan meer geïnformeerd kunnen gebeuren.

7.4 Grenzen aan de mogelijkheid van afwikkeling van schade in collectieve actie

Barbiers onderkent dat er grenzen bestaan aan de beoordeling en afwikkeling van schade door de rechter in collectieve actie.⁸⁶ Enigszins in het midden blijft in het proefschrift onder welke omstandigheden een massaschadegeval te complex is om in een collectieve actie te behandelen. De mogelijkheid tot het vorderen van een geldsom in collectieve actie is met name in het leven geroepen door de positieve ervaringen met enkele massaschikkingen.⁸⁷ Een rechterlijk oordeel lijkt echter toch snel ingewikkelder te liggen, omdat de concrete rechtsverhoudingen moeten worden vastgesteld, terwijl een schikking slechts een (redelijk) compromis vergt. Waar de grenzen voor een rechterlijk oordeel precies liggen, blijft de vraag. Die grenzen zullen wellicht ook pas gestalte krijgen in de rechtspraak die nog moet komen.

8. Tot besluit

Over het boek van Barbiers valt uiteraard nog veel meer te zeggen dan waarvoor deze bijdrage ruimte bood. In het voorgaande hebben wij getracht enkele van de in onze ogen meer wettelijke punten uit te lichten. De discussie die over deze punten gevoerd kan worden, doet niet af aan onze waardering voor zijn werk. Barbiers heeft een hooggebergte beklommen en dat dwingt op zichzelf al respect af. Deze beklimming heeft bovendien geresulteerd in een vlot lezend boek met tal van in-

teressante ideeën en gedachten. Het boek reikt bouwstenen aan voor de afwikkeling van massaschade in collectieve actie en voor verder onderzoek naar de mogelijkheden, werking en grenzen daarvan. De ontwikkelde ideeën en gedachten zullen zo bijdragen aan de ontwikkeling van het recht en ons inzicht daarin.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39 (MvT).

⁸⁶ Barbiers 2025, p. 383.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5 (MvT): 'De praktijk met de WCAM heeft laten zien dat ook massaschade zich wel degelijk collectief laat afwikkelen.'