

Immateriële schadevergoeding in collectieve actie

*Mr. D.J. Beenders en mr. J.A.M. Gijsbers**

1 Inleiding

Het is inmiddels vier jaar geleden dat de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in werking is getreden. Een van de belangrijkste wijzigingen die de WAMCA heeft meegebracht, is de mogelijkheid om schadevergoeding in collectieve actie te vorderen. Sindsdien maken belangenorganisaties veelvuldig gebruik van deze mogelijkheid en zien wij tussen de ingestelde schadevorderingen steeds vaker vorderingen tot immateriële schadevergoeding. Dat is vanwege verschillende – in dit artikel te bespreken – oorzaken wel te verklaren, maar ook opmerkelijk. De subjectieve aard van de immateriële schadevergoeding lijkt immers op voorhand niet makkelijk in te passen in het abstracte(re) partijdebat van de collectieve actie. Een kritische en vroegtijdige blik op de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de afwikkeling van immateriële schadevordering in collectieve actie mogelijk is, is daarom wenselijk.

Tijdens het schrijven van dit artikel heeft de rechtbank Amsterdam vonnis gewezen in de collectieve actie tegen verschillende TikTok-entiteiten en heeft zij zich onder meer over voornoemde vraag uitgelaten. Deze uitspraak richt een schijnwerper op de complexiteit van de afwikkeling van immateriële schadevergoeding in collectieve actie en bevestigt onze opvatting dat de WAMCA handvatten biedt om reeds in de ontvankelijkheidsfase de geschiktheid van immateriële schadevorderingen in collectieve actie te toetsen.

In deze bijdrage bespreken we in paragraaf 2 de totstandkoming van de mogelijkheid tot schadevordering in collectieve actie. Vervolgens staan wij in paragraaf 3 stil bij de achtergrond, en de in rechtspraak ontwikkelde maatstaf, van de immateriële schadevergoeding. In paragraaf 4 bespreken wij in hoeverre de immateriële schadevordering zich leent voor behandeling in collectieve actie. Tot slot gaan we in paragraaf 5 en 6 in op twee in de WAMCA neergelegde ontvankelijkheidsvereisten die het mogelijk maken vroegtijdig de geschiktheid van de immateriële schadevordering vast te stellen. Dit doen we onder meer aan de hand van de recente TikTok-uitspraak.

Wij concentreren ons in dit artikel op de categorie immateriële schade als gevolg van een ‘persoonsaantasting op andere wijze’ zoals neergelegd in art. 6:106 lid 1 sub b BW, en die niet bestaat uit aantoonbaar geestelijk letsel. Waar wij spreken over immateriële schadevergoeding doelen wij specifiek op het type schadevergoeding. Hoewel in de TikTok-zaak immateriële schade onder de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) werd gevorderd, spitst deze bijdrage zich niet specifiek toe op de immateriële schadevorderingen als gevolg van inbreuken op de AVG.¹

2 Sinds invoering WAMCA is (immateriële) schadevergoeding in collectieve actie mogelijk

Sinds 1 januari 2020 is het mogelijk om schadevergoeding in collectieve actie te vorderen. Bij de implementatie van de voorganger van de WAMCA (de Wet collectieve actie) per 1 juli 1994 wees de wetgever de mogelijkheid tot schadevergoeding in collectieve actie nog expliciet af, omdat hij meende dat de toekenning van schadevorderingen voor een groep te complex zou zijn en dat schadevergoeding uitsluitend op individuele basis kon worden vastgesteld.² Om deze redenen was het in collectieve actie voorheen alleen mogelijk om een verklaring voor recht te vorderen, waarna betrokkenen op individuele basis schadevorderingen konden instellen. Op 27 juli 2005 trad de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) in werking en werd het mogelijk om, al dan niet met de in collectieve actie verkregen verklaring voor recht, schikkingen algemeen verbindend te verklaren. In de schikkingen die tijdens WCAM-procedures werden getroffen, werd geëxperimenteerd met de toekenning en begroting van collectieve schadevorderingen. Gedupeerden werden bijvoorbeeld in verschillende groepen onderverdeeld en per groep werden vraagstukken zoals de omvang van de schade, causaliteit en toerekening beoordeeld. Deze schikkingen bleken de wetgever te inspireren om het bij de invoering van de WAMCA mogelijk te maken schadevergoeding te vorderen. Daarmee gaf de wetgever gehoor aan de toenemende wens voor financieel verhaal in collectieve actie.

Met deze versoepeling achtte de wetgever het tegelijkertijd noodzakelijk de ontvankelijkheidsvereisten voor de claim-

* Mr. D.J. Beenders is advocaat bij Van Doorne te Amsterdam. Mr. J.A.M. Gijsbers is advocaat bij Van Doorne te Amsterdam. Auteurs staan regelmatig aan de verdedigende kant in massaschadezaken.

1 Voor dit onderwerp verwijzen we graag naar E. Troll, Zijn er drempels voor (het mogen aannemen van) immateriële schade onder de AVG?, *MvV* 2023, afl. 9, p. 337-342.
2 Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29-31 (MvT).

organisatie aan te scherpen. Zo beoogde de wetgever de balans tussen enerzijds de ruime(re) toegang tot de rechter en anderzijds de belangen van de gedaagde te waarborgen.³ De ontvankelijkheidsvereisten hebben deels betrekking op verschillende organisatorische aspecten, zoals *governance*, financiering en representativiteit. Daarnaast zijn in de WAMCA ontvankelijkheidsvereisten geformuleerd die betrekking hebben op de door de belangenorganisatie ingestelde vorderingen, zoals de toets van gelijksoortigheid en de toets of summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van de vordering. Op deze twee vereisten gaan we in paragraaf 5 en 6 nader in. De belangenorganisatie dient stuk voor stuk aan de ontvankelijkheidsvereisten te voldoen, bij gebreke waarvan zij in de eerste fase van de procedure niet-ontvankelijk in haar vordering wordt verklaard.

Het belangrijkste doel van de aanscherping van de ontvankelijkheidsvereisten is om een onwenselijke claimcultuur te voorkomen. De aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten werken op deze manier als een filter, waarmee de wetgever wilde voorkomen dat de collectieve actie ‘een vrijplaats wordt voor commercieel ingestelde organisaties, die de belangen van de personen voor wie zij opkomen op de tweede plaats hebben staan’.⁴

3 Achtergrond en maatstaf van de immateriële schadevergoedingsvordering

Immateriële schade is te beschrijven als schade die wordt veroorzaakt door verdriet of ander leed. Deze schade is niet in geld uit te drukken: de schade wordt namelijk niet in het vermogen, maar in het (mentale) welzijn van de benadeelde geleden. De wetgever heeft deze schade in art. 6:95 BW gedefinieerd als ‘ander nadeel dan vermogensschade’. Art. 6:106 BW bevat een gesloten stelsel van gevallen waarin een recht op dit type vergoeding bestaat, waaronder in lid 1 sub b de categorie van ‘de aantasting van de persoon op andere wijze’.⁵ Daarvan kan sprake zijn als (1) de benadeelde aantoonbaar geestelijk letsel heeft of (2) de aard en de ernst van de normschending dit meebrengen.⁶ Zoals toegelicht, concentreren we ons in dit artikel op de tweede categorie.

Anders dan bij vermogensschade heeft vergoeding van immateriële schade niet de functie van *herstel* van het leed van de benadeelde (de gedachte van de wetgever was namelijk dat leed niet met geld ongedaan gemaakt kan worden), maar is het bedoeld als *verzachting* van het leed.⁷ De hoogte van de immateriële schadevergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld,

waarbij de rechter alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel moet betrekken.⁸

Nederland is altijd relatief terughoudend geweest, zowel bij de toekenning als bij het bepalen van de omvang van de immateriële schadevergoeding. De wetgever heeft de lat voor toekenning van immateriële schadevergoeding hoog gelegd en heeft willen voorkomen dat alles wat de mens psychisch of emotioneel raakt een recht op immateriële schadevergoeding geeft.⁹ Bij de totstandkoming van het Nieuw BW in de jaren zeventig werden zelfs twijfels geuit over de wenselijkheid van vergoeding van immateriële schade. Zo werd overwogen dat dit type schade niet door geld te vergoeden is en ervoor moet worden gewaakt dat de indruk wordt gewekt dat ‘de waarden waar het hier om gaat’ in geld zouden kunnen worden uitgedrukt. Daar werd tegen ingebracht dat immateriële schadevergoeding een nuttige functie kan vervullen, omdat zij dient als vergoeding van wel geleden maar niet aantoonbare materiële schade, mits terughoudend toegepast.¹⁰ Voornoemde terughoudendheid is nog steeds het uitgangspunt en rechters benadrukken in hun uitspraak vaak dat de lat voor immateriële schadevergoeding (zeer) hoog ligt.¹¹ De gedachte dat leed in beginsel niet met geld te vergoeden is, lijkt door te sijpelen in de relatief lage bedragen die in Nederland aan immateriële schadevergoeding worden toegekend. De meeste bedragen variëren van enkele honderden tot enkele duizenden euro’s, uiteraard afhankelijk van de ernst van het geval, en worden veelal toegekend in gevallen waarbij ook sprake is van ernstig lichamelijk letsel (bijvoorbeeld door verkeersongevallen of geweldsincidenten).¹² Voornoemde bedragen zijn aanzienlijk lager dan in andere Europese landen zoals Duitsland¹³ en zeker in vergelijking met de

3 Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14.

4 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT).

5 Andere categorieën hebben betrekking op immateriële schade als gevolg van opzettelijk handelen of lichamelijk letsel, als de benadeelde in zijn eer of goede naam is aangetast, of indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene.

6 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 en HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519.

7 Asser/Sieburgh 6-II 2021/147. Art. 6:106 lid 2 (oud) BW: overgang van en beslag op recht immateriële schadevergoeding.

8 TM en EV I, Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 377 en 388.

9 Vgl. bijv. EV I, Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 387.

10 Mondeling overleg, Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 382. Volgens Lindenbergh is de functie van immateriële schadevergoeding het meest trefend verwoord door toenmalig Minister van Justitie Van Agt: ‘Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituuut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij met die schadevergoeding kan doen.’ S.D. Lindenbergh, Smartengeld, Deventer: Kluwer 1998, p. 7 en S.D. Lindenbergh, Smartengeld: tien jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 12.

11 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (Groningenveld/NAM), r.o. 4.4.4, Rb. Overijssel 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2686, Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3438 en Rb. Midden-Nederland 8 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2947.

12 De ANWB Smartengeldgids houdt gerechtelijke uitspraken bij waarin immateriële schadevergoeding is toegekend en geeft een overzicht van de verschillende schadegevallen en toegekende bedragen.

13 A.J. Verheij, De hoogte van smartengeld: een vergelijking tussen Nederland en Duitsland, in: M. Donkerlo (red.), Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade, Den Haag: ANWB 2019, p. 6-10.

Verenigde Staten.¹⁴ De immateriële schadevergoeding heeft in Nederland dan ook een bescheiden rol in civiele procedures.

Sinds het EBI-arrest in 2019 is het vaste rechtspraak dat schade als gevolg van persoonsaantasting op andere wijze met concrete gegevens moet worden onderbouwd.¹⁵ De Hoge Raad heeft nog niet verduidelijkt wat hij precies onder concrete gegevens verstaat. Beter gezegd: hij heeft in twee arresten vooral verduidelijkt wanneer daar géén sprake van is. In de kwestie van het EBI-arrest vorderde een gedetineerde immateriële schadevergoeding voor het feit dat hij ten onrechte in een zwaarder beveiligde gevangenis had gezeten dan waartoe hij was veroordeeld. De gedetineerde onderbouwde zijn immateriële schade aan de hand van de (onbetwiste) stellingen dat hij dagelijks tussen de vier en acht keer aan zijn kleding werd gefouilleerd, dagelijks handboeien om kreeg, bij verschillende gelegenheden werd gevisiteerd, en hij zijn kinderen niet heeft kunnen zien, omdat bezoek achter een glaswand moest plaatsvinden en hij zijn kinderen daarmee niet wilde confronteren. De Hoge Raad vond echter dat de gedetineerde onvoldoende had concreetiseerd welk nadeel hij had geleden en wat het verschil in regime zou zijn geweest als niet het EBI-regime was toegepast. In het Groningse aardbevingsarrest overwoog de Hoge Raad dat het enkele feit dat de benadeelden in het aardbevingsgebied wonen, in combinatie met een persoonlijke verklaring over zijn of haar beleving van de invloed van de aardbevingen, niet voldoende is om te spreken van concrete gegevens.¹⁶ Het valt in de praktijk daarom nog te bezien hoe immateriële schade met concrete gegevens kan worden onderbouwd. Mogelijk heeft de Hoge Raad bewust geen inkleuring aan het begrip concrete gegevens gegeven, omdat de betekenis ervan per geval zal verschillen en hij – gelet op de terughoudendheid waarmee immateriële schade dient te worden toegekend – geen afvinkbenadering heeft willen faciliteren. Voor de hand ligt dat aansluiting moet worden gezocht bij de in het vermogensrecht gehanteerde terminologie van de concrete (tegenover abstracte) schadevaststelling. Bij concrete schadevaststelling wordt zo veel mogelijk rekening gehouden met de bijzonderheden en de individuele omstandigheden waarin de benadeelde zich bevindt, terwijl bij abstracte schadevaststelling (vooral om redenen van doelmatigheid) juist wordt geabstraheerd van deze omstandigheden en wordt bekeken hoe groot in het algemeen de te verwachten schade is van een schuldeiser die in een gelijk-

soortige positie verkeert.¹⁷ Het vereiste van onderbouwing met concrete gegevens lijkt dus te veronderstellen dat de benadeelde niet kan volstaan met te stellen wat de schade van een gemiddeld persoon in een soortgelijke situatie zou zijn: hij dient zijn *daadwerkelijke* (en dus persoonlijke) schade te onderbouwen. Deze uitleg past in het subjectieve karakter van de immateriële schadevergoeding.

In het EBI-arrest heeft de Hoge Raad een uitzondering geformuleerd op het uitgangspunt dat immateriële schade met concrete gegevens moet worden onderbouwd. Onderbouwing met concrete gegevens is niet nodig als, gelet op de aard en de ernst van de normschending, de nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde ‘zo voor de hand liggen’ dat een persoonsaantasting kan worden aangenomen.¹⁸ Als voorbeelden van bedoelde uitzonderingssituatie haalt de Hoge Raad het Oudejaarsrellen-arrest en het Baby Kelly-arrest aan. Bij het Oudejaarsrellen-arrest ging het om een situatie waarin een echtpaar ruim drieënhalve uur in hun eigen huis door een groep relschoppers werd bedreigd en waarbij hun huis ook was vernield. Bij het Baby Kelly-arrest bestond de persoonsaantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder, waardoor zij niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen. Uit de ernstige feiten die ten grondslag lagen aan beide arresten kan worden afgeleid dat de Hoge Raad bedoeld heeft om de uitzonderingsregel terughoudend toe te passen.¹⁹

4 De (on)geschiktheid van de immateriële schadevergoedingsvordering in collectieve actie en de wenselijkheid van vroegtijdige behandeling

Belangenorganisaties maken regelmatig gebruik van de mogelijkheid om een vordering tot immateriële schadevergoeding in collectieve actie in te stellen. Wij zien daarvoor verschillende oorzaken en noemen er drie.

In de eerste plaats is de omvang van de mogelijke individuele vergoeding voor immateriële schade vaak gering en overstijgt zij veelal niet de griffie- en advocaatkosten. Hierdoor is het als individu in de meeste gevallen niet de moeite waard om immateriële schade in een procedure te vorderen. De mogelijkheid van het vorderen van schade in collectieve actie heeft dit veranderd. Als onderdeel van een grote groep is het als individu ineens aantrekkelijk geworden om geringe schadebedragen te vorderen (strooischade): de proceskosten kunnen immers over de gehele groep worden verdeeld.

Een tweede oorzaak is gelegen in het belang dat een claimorganisatie en procesfinancier zouden kunnen hebben bij het in-

14 Voor de Verenigde Staten is dat verschil overigens deels te verklaren door het feit dat schadevergoeding in de Verenigde Staten een punitief karakter kan hebben, terwijl het in Nederland als doel heeft om de benadeelde in de positie waarin zij zich zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben bevonden, terug te brengen. Zo was de ruim \$ 2 miljoen die McDonald's aanvankelijk aan een vrouw moest betalen vanwege ernstige brandwonden als gevolg van te hete koffie met name bedoeld om McDonald's te straffen en berekend aan de hand van de omzet van McDonald's. Dergelijke punitieve schadevergoedingen kennen wij onder Nederlands recht niet.

15 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI), r.o. 4.2.1.

16 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, r.o. 2.13.5.

17 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/35 en C.J.M. Klaassen, Schadevergoeding: algemeen, deel 2 (Mon. BW nr. B35), Deventer: Kluwer 2007/10.

18 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI), r.o. 4.2.1.

19 Zie ook T.F. Walree, Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens (Onderneming en Recht nr. 126), Deventer: Wolters Kluwer 2021/6.3.

stellen van een zo hoog mogelijke totale vordering. Het is voor belangenorganisaties niet eenvoudig om een collectieve actie gefinancierd te krijgen. Het financieren van een collectieve actie is voor een procesfinancier immers alleen aantrekkelijk als de individuele vorderingen van de mensen die hij vertegenwoordigt tezamen hoog genoeg zijn: pas dan kan een mogelijke *return on investment* worden behaald.²⁰ Ook met het oog op de financiering kan het daarom voor een belangenorganisatie potentieel interessant zijn om naast de initiële vordering tevens een immateriële schadevordering in te stellen.

Ten derde zijn onder de WAMCA verschillende procedures over vermeende datalekken aanhangig gemaakt.²¹ Dit type geschillen leent zich bij uitstek voor collectieve actie, omdat bij datalekken veel personen tegelijk worden getroffen. De toename van het aantal procedures over vermeende datalekken betekent ook een toename van het aantal immateriële schadevorderingen: gedupeerden van een datalek vorderen namelijk in de regel immateriële schade omdat vaak geen andere (aantoonbaar materiële) schade is aan te wijzen.

De vraag die rijst, is of het wel mogelijk is om immateriële schade in collectieve actie vast te stellen. Een positieve beantwoording van deze vraag is niet vanzelfsprekend. Anders dan vermogensschade is immateriële schade niet in geld uit te drukken en niet (objectief) vast te stellen door een vermogensvergelijking te maken tussen de werkelijke toestand en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Immateriële schade is daarentegen afhankelijk van individuele gevoelens en percepties. Deze schade wordt door benadeelden op een eigen manier ervaren en dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis kan een verschillende impact hebben, bijvoorbeeld qua intensiteit of duur. Om immateriële schade(vergoeding) dus vast te kunnen stellen moet in ieder geval naar de persoonlijke situatie van de benadeelde worden gekeken.

Voornoemde subjectieve kenmerken maken het vaststellen van immateriële schade een complexe aangelegenheid en dit geldt te meer in een collectieve actie. In een collectieve actie wordt het debat immers op basis van algemene(re) feiten gevoerd: eventuele schade wordt voor het collectief vastgesteld en de rechtbank kan daarbij minder goed rekening houden met de individuele belangen van gedupeerden. Het is daarom de vraag of in het abstracte(re) partijdebat van de collectieve actie voldoende ruimte zal zijn om de individuele omstandigheden van benadeelden mee te nemen.

Niet alleen het vaststellen, maar ook het begroten van de omvang van de immateriële schadevergoeding in collectieve actie

is ingewikkeld. De Hoge Raad heeft in de Groningse aardbevingszaak in antwoord op prejudiciële vragen overwogen dat het hoogstpersoonlijke karakter van de immateriële schadevergoeding meebrengt dat zij niet forfaitair (oftewel volgens een vast bedrag) vastgesteld kan worden. Alleen als de nadelige gevolgen op grond van de aard en de ernst van de normschending ‘zo voor de hand liggen’ (met andere woorden: als sprake is van uitzonderingsgevallen zoals bedoeld in het EBI-arrest) en het aannemelijk is dat de schade van de gedupeerden ten minste een bepaald bedrag is, is een schadebegroting van een minimumbedrag (bodemforfait) mogelijk.²²

‘De omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, laat zich niet “min of meer forfaitair” vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. Dat laat onverlet dat de rechter kan oordelen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor bewoners van een bepaald gebied boven het Groningenveld zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen (vgl. hiervoor in 2.13.2) en dat de rechter daarbij aannemelijk kan achten dat de door deze aantasting in de persoon geleden schade voor deze bewoners ten minste een bepaald bedrag belooft.’

De afwikkeling van de immateriële schadevergoeding in collectieve actie is dus complex en lijkt niet altijd mogelijk. Het kan daarom efficiënt en effectief zijn om vroegtijdig in de collectieve actie het debat over de geschiktheid van de immateriële schadevordering te voeren. Daarmee kan mogelijk een langdurige en kostbare procedure worden voorkomen, of kan de omvang van een collectieve actie worden ingeperkt door het deels niet-ontvankelijk verklaren van vorderingen. Dat biedt zowel de gedaagde als de belangenorganisatie (en ook de eventuele procesfinancier) in een vroegtijdig stadium beter inzicht in de proceskansen. Partijen zullen daardoor eerder geneigd zijn hun aanvankelijke positie te herzien, hetgeen een realistischer speelveld voor een eventuele schikking geeft. Bovendien wordt voorkomen dat de (kansarme) vordering van gedupeerden in de inhoudelijke fase alsnog wordt afgewezen en de gedupeerden hun vordering kwijt zijn. Bij een niet-ontvankelijkheidsverklaring behouden gedupeerden daarentegen de kans om hun schade alsnog buiten de collectieve actie met concrete gegevens te onderbouwen.

Gelet op voorgaande is het vroegtijdig beantwoorden van de (deels materiële) vraag naar de geschiktheid wenselijk. De in de WAMCA neergelegde ontvankelijkheidsvereisten bieden volgens ons daarvoor handvatten. In de volgende paragrafen bespreken wij deze handvatten: eerst het ontvankelijkheidsvereiste van gelijksoortigheid en daarna het ontvankelijkheidsvereiste van de summier toets van ondeugdelijkheid.

²⁰ Recent heeft de rechtbank Amsterdam een vergoeding van het vijfvoudige van de investering van een procesfinancier als een passend maximum van de *return on investment* gehanteerd. Zie Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.68.5.

²¹ Ongeveer 10% van de aanhangig gemaakte WAMCA-zaken heeft betrekking op privacygeschillen.

²² HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6.

5 De toets of de immateriële schadevorderingen voldoende gelijksoortig zijn

De rechter dient in de ontvankelijkheidsfase te toetsen of de vorderingen gelijksoortig zijn.²³ Het gelijksoortigheidsvereiste brengt mee dat de collectieve vorderingen zich lenen voor bundeling. Art. 1018c lid 5 sub b Rv bepaalt dat inhoudelijke behandeling van de collectieve actie alleen plaatsvindt als het voeren van deze 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. In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister nog toegelicht dat moet kunnen worden geabstraheerd van de bijzonderheden van individuele gevallen.²⁴

In de ontvankelijkheidsfase zal in voorkomende gevallen ook de vraag moeten worden beantwoord of de door de belangenorganisatie ingestelde immateriële schadevorderingen bundelbaar zijn. Op 25 oktober 2023 heeft de rechtbank Amsterdam deze vraag beantwoord in een collectieve actie tegen verschillende TikTok-entiteiten. Deze TikTok-entiteiten waren door verschillende belangenorganisaties aansprakelijk gesteld omdat zij onrechtmatig gebruikersgegevens zouden verzamelen en doorverkopen. De belangenorganisaties vorderden onder meer immateriële schadevergoeding voor de gebruikers als gevolg van het vermeende misbruik van deze gebruikersgegevens. Volgens de rechtbank waren de vorderingen tot immateriële schadevergoeding bij gebrek aan bundelbaarheid echter niet-ontvankelijk. Wij geven de relevante overweging van de rechtbank hieronder weer:²⁵

‘De rechtbank is van oordeel dat ten aanzien van het gebruik van de TikTok Dienst een eventuele vordering tot immateriële schadevergoeding van iedere gebruiker zozeer afhangt van de individuele situatie van die gebruiker, dat geen sprake is van een bundelbare (voldoende gelijksoortige) vordering. Het betoog van de stichtingen dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen gegeven de aard en de ernst van de privacy schendingen wordt niet gevolgd. Ook daarvoor is nodig dat nadelige gevolgen voor alle gebruikers voor de hand liggen, en daar is in dit geval geen sprake van. Dit geval wijkt wat dat betreft dan ook af van gevallen zoals die eerder in de rechtspraak aan de orde waren, zoals immateriële schade bij aardbeving. De vorderingen tot vergoeding van immateriële schade zijn dus niet voldoende bundelbaar en daarom niet ontvankelijk.’

De rechtbank Amsterdam overwoog dat een eventuele immateriële schadevergoeding ‘zozeer afhangt van de individuele situatie van die gebruiker’ dat geen sprake was van een bundelbare vordering. In het licht van het subjectieve karakter en de in rechtspraak neergelegde criteria voor het aannemen (‘met

concrete gegevens’) en het begroten (‘met inachtneming van alle omstandigheden’) van immateriële schade is dit een begrijpelijke beslissing. Deze kenmerken brengen immers mee dat niet geabstraheerd kan worden van de individuele omstandigheden van benadeelden en staan daarom in beginsel in de weg aan de inhoudelijke behandeling van de immateriële schadevordering in collectieve actie.²⁶

Voornoemd probleem doet zich niet voor als sprake is van een uitzonderingssituatie als bedoeld in het EBI-arrest: onderbouwing met concrete gegevens is immers niet nodig als de nadelige gevolgen, gelet op de aard en de ernst van de normschending, zo voor de hand liggen. In dergelijke gevallen kan de belangenorganisatie dus abstraheren van de bijzondere individuele omstandigheden. Ook de begroting van de omvang van de schade hoeft in de ‘uitzonderingsgevallen’ zoals bedoeld in het EBI-arrest geen probleem op te leveren. De Hoge Raad heeft in de Groningse aardbevingszaak immers verduidelijkt dat de rechter in die gevallen de schade kan begroten door middel van een bodemforfait.

Denkbaar zijn echter ook situaties waarin de vraag of – op zichzelf – sprake is van een uitzonderingsgeval als bedoeld in het EBI-arrest niet voldoende gelijksoortig is. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn als er sprake is van verschillende normschendingen naar aard (type normschending) en/of ernst (wijze van normschending), waardoor de gevolgen van deze normschendingen uiteen lopen. In dat verband wijzen wij op een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 19 mei 2023, waarin een werknemer immateriële schadevergoeding vorderde als gevolg van de blootstelling aan chroom-6. De rechtbank overwoog dat bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de normschending ‘dermate voor de hand liggen’ tevens moest worden beoordeeld of sprake was van een reële, gerechtvaardigde angst voor de blootstelling aan chroom-6. Dat vergde volgens de rechtbank een individuele beoordeling van de aard van de werkzaamheden en de kans op blootstelling aan chroom-6.²⁷ Het valt te betwijfelen of een dergelijke casus waarbij verschillende omstandigheden, zoals de duur van de werkzaamheden en de leeftijd van de werknemer, een rol spelen, in collectieve actie als voldoende gelijksoortig zou worden gezien.

Een vordering tot immateriële schadevergoeding lijkt dus bij gebrek aan gelijksoortigheid in beginsel in de ontvankelijkheidsfase te stranden en inhoudelijke behandeling ervan zou slechts kunnen plaatsvinden als de rechtbank reeds in de ontvankelijkheidsfase kan vaststellen dat de gestelde schade ‘zo voor de hand ligt’.²⁸ Dit lijkt ons een passende en evenwichtige

23 Art. 1018c lid 5 sub b Rv en art. 3:305a lid 1 BW.

24 Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6, p. 18.

25 Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.44.4.

26 Op grond van art. 1018c lid 5 sub b Rv en art. 3:305a lid 1 BW.

27 Rb. Den Haag 19 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:7138.

28 Dit laatste is mogelijk anders wanneer de immateriële schadevordering het gevolg is van een schending onder de AVG. Op basis van het Oostenrijkse Post-arrest kunnen namelijk in het geval van schendingen onder de AVG vraagtekens worden geplaatst bij de haalbaarheid van een beroep op een uitzonderingssituatie als bedoeld in het EBI-arrest (namelijk dat schade ‘zo voor de hand ligt’). Zie Troll 2023.

uitkomst. Enerzijds doet deze benadering recht aan het subjectieve karakter van de immateriële schadevordering en wordt voorkomen dat de individuele nuances in collectieve actie verloren zouden gaan. Anderzijds menen wij dat dit een gewenste uitweg is voor de ernstige(re) gevallen, waar evident sprake is van schade en de eventuele complexiteit van bewijsaanlevering in collectieve actie niet in de weg mag staan aan de compensatie van benadeelden. Nadeel is wel dat een deel van de benadeelden hierdoor mogelijk in collectieve actie een lagere vergoeding krijgt dan wat aan hen in een reguliere procedure zou worden toegekend: het gaat immers om een minimumbedrag.²⁹ Gelet op de proceseconomische voordelen van de collectieve actie zullen zij dat mogelijk op de koop toe nemen.

6 De toets of summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van de immateriële schadevorderingen

Niet alleen het gelijksoortigheidsvereiste kan in de ontvankelijkheidsfase een horde opwerpen voor de immateriële schadevordering, ook moet de rechtbank reeds in de ontvankelijkheidsfase toetsen of summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van de vorderingen (art. 1018c lid 5 sub c Rv).³⁰

De wetgever heeft met dit ontvankelijkheidsvereiste beoogd om een onwenselijke claimcultuur te voorkomen.³¹ De wet geeft geen definitie van het begrip ‘summierlijk ondeugdelijke vordering’. In de literatuur wordt ook wel gesproken over een op voorhand – naar haar inhoud – evident ondeugdelijke of ongefundeerde vordering.³² Het doel van de wetgever is om in ‘uitzonderlijke gevallen’ een collectieve vordering reeds voor de inhoudelijke behandeling van tafel te krijgen als deze niet deugt.³³ Rechter lijken tot nu toe terughoudend te zijn in het niet-ontvankelijk verklaren op deze grond. Tot voor kort is (voor zover bij ons bekend) nog maar één uitspraak gewezen waarin de rechtbank de eiser niet-ontvankelijk in haar vorderingen had verklaard, omdat summierlijk van de ondeugdelijkheid ervan bleek.³⁴ In die zaak vorderden Stichting Ademvrij en ANBB kort gezegd om de ten tijde van de coronapandemie geldende mondkapjesplicht buiten werking te stellen, maar gold deze verplichting ten tijde van de behandeling van deze zaak niet meer, en was daarom niet duidelijk welk belang eisers nog bij hun vorderingen hadden.

Dit ontvankelijkheidsvereiste brengt mee dat de rechtbank ook ten aanzien van een immateriële schadevordering reeds in de ontvankelijkheidsfase zal moeten beoordelen of summierlijk van de ondeugdelijkheid ervan blijkt. De rechtbank Amsterdam heeft zich in de hierboven aangehaalde TikTok-zaak over deze vraag gebogen. In deze procedure hadden eisers immateriële schadevergoeding gevorderd en gesteld dat schade ‘zo voor de hand lag’. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van een uitzonderingssituatie als bedoeld in het EBI-arrest en dat dit geval ‘afweek van de eerdere gevallen in rechtspraak, zoals immateriële schade bij aardbevingen’. Hoewel de rechtbank deze overweging in haar vonnis plaatst onder het kopje ‘Bundelbaarheid van de vorderingen tot vergoeding van immateriële schade’, heeft deze overweging weinig te maken met de bundelbaarheid; eerder betreft het een (summier) inhoudelijke beoordeling van de vorderingen. Het lijkt er daarom op dat de rechtbank op grond van art. 1018c lid 5 sub c Rv summierlijk heeft getoetst of sprake is van een uitzonderingssituatie als bedoeld in het EBI-arrest. Dat zou sinds de invoering van de WAMCA de tweede keer zijn dat een rechtbank een vordering op die grond niet-ontvankelijk verklaart.

Men zou zich kunnen afvragen of de belangenorganisaties daarmee wel voldoende gelegenheid hebben gekregen hun standpunten toe te lichten of aan te vullen. De wetgever spreekt immers van ‘uitzonderlijke gevallen’ waarin een dergelijke niet-ontvankelijkheidsverklaring mogelijk is. Wij menen echter dat de wetgever met de bewoordingen ‘uitzonderlijke gevallen’ heeft bedoeld dat niet het gehele inhoudelijk debat naar voren dient te worden gehaald. Enkel waar al summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid dient de belangenorganisatie in haar vordering niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De vraag of sprake is van een uitzonderingssituatie als bedoeld in het EBI-arrest leent zich volgens ons goed voor een summierre beoordeling. De vraag of schade ‘zo voor de hand ligt’, laat zich naar haar aard immers eenvoudig beantwoorden en behoeft geen uitgebreide beoordeling. Als nadere en/of uitgebreide toelichting van de gestelde nadelige feiten nodig is, kan worden afgevraagd of deze nadelige gevolgen wel ‘zo voor de hand liggen’. Bovendien is bij de uitzonderingsgevallen sprake van een dubbele hoge lat: immateriële schade dient op zichzelf al terughoudend te worden toegepast en daarnaast moet sprake zijn van (zeer) ernstige feiten zoals in het Oudejaarsrellen-arrest of Baby Kelly-arrest. Daarbij moet worden bedacht dat de invoering van de WAMCA het materiële schadevergoedingsrecht niet heeft gewijzigd en dat immateriële schadevergoeding dus ook in collectieve actie terughoudend dient te worden toegekend. Het lijkt dus mogelijk om in de gevallen waarin op grond van de door de eisende partij aangedragen standpunten reeds evident is dat de nadelige gevolgen niet ‘zo voor de hand liggen’, de vordering niet-ontvankelijk te verklaren.

²⁹ De WAMCA gaat immers uit van finaliteit, hetgeen meebrengt dat benadeelden die woonachtig zijn in Nederland en geen gebruik hebben gemaakt van hun ‘opt-out’-recht gebonden zijn aan de beslissing in collectieve actie. Zie art. 1018 lid 1 Rv.

³⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11, 12 en 16 (MvT).

³¹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11, 12 en 16 (MvT).

³² J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij, in: T.M.C. Arons e.a. (red.), Collectief schadeverhaal (Serie Onderneming en Recht nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 78; en P. Wissink, De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe ‘inhoudelijk’ mag de voorfase zijn?, TCR 2021, afl. 1, p. 1-14; D. Horeman & M.V.E.E. de Monchy, De summierre ondeugdelijkheidstoets in de WAMCA: het brede belang van een zwaardere invulling, MvV 2021, afl. 7-8, p. 270-274.

³³ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39 (MvT).

³⁴ Rb. Den Haag 16 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11258.

7 Conclusies

Het subjectieve karakter van de immateriële schadevergoeding, dat onder meer wordt geïllustreerd door het vereiste dat schade met concrete gegevens moet worden onderbouwd, en de restrictie dat de schadeomvang niet forfaitair mag worden vastgesteld, maakt de afwikkeling ervan in collectieve actie niet altijd mogelijk. De WAMCA bevat toereikende filters om de geschiktheid reeds in de ontvankelijkheidsfase vast te stellen, hetgeen tevens uit de TikTok-uitspraak is af te leiden. Een algemene toepassing van deze vroegtijdige toetsing is gelet op de proceseconomische voordelen toe te juichen en stelt gedupeerden in staat hun vordering – desgewenst – alsnog in een reguliere procedure in te stellen. Bovendien is het in lijn met zowel de terughoudende toepassing van de immateriële schadevergoeding als de intensieve toetsing van de ontvankelijkheidsvereisten die de wetgever voor ogen had.

In ieder geval kan het onderwerp immateriële schadevergoeding als gevolg van de invoering van de WAMCA op hernieuwde aandacht rekenen. Wij houden met belangstelling in de gaten hoe rechters in de toekomst omgaan met de beoordeling van immateriële schadevorderingen in collectieve actie.