

De afwikkeling van massaschade via Claim Afwikkelingsfaciliteiten: een grensoverschrijdende verkenning

Mr. C.J.M. van Doorn en prof. mr. I.N. Tzankova¹

1. Inleiding

1.1. Massaschade: over de grenzen heen

Massaschade is een verschijnsel dat in meerdere opzichten grensoverschrijdend is en zich niet aan rechtsregels houdt die bedacht zijn om het economische en maatschappelijke leven ordelijk te laten verlopen. Zo houdt massaschade geen rekening met landsgrenzen. Door de toenemende globalisering en onderlinge economische verwevenheid, strekt een schadetoebrengend voorval dat een groot aantal betrokkenen raakt zich al snel over meerdere jurisdicties uit.² Ook houdt massaschade geen rekening met de grenzen van traditionele rechtsgebieden. De aard van het schadevoorval kan zich kenmerken door zowel private als openbare orde elementen, hetgeen met name speelt als de publieke gezondheid of veiligheid in het gedrang komt. Massaschade gaat dan over de grenzen van het privaat- en het bestuursrecht heen.

In deze bijdrage kijken wij eveneens over de grenzen van het privaat- en bestuursrecht heen en gaan wij op zoek naar 'common ground' bij de afwikkeling van massaschade. Die is wat ons betreft evident aanwezig. Of een geval van massaschade via het privaatrecht dan wel via het bestuursrecht wordt afgewikkeld, onder de eindstreep wordt vaak een schadefonds gevormd dat op een rechtvaardige manier verdeeld moet worden over de individuele benadeelden. Deze schadefondsen kunnen een uiteenlopende basis of grondslag hebben en afhankelijk daarvan meer in het privaatrecht of het bestuursrecht gesitueerd zijn. Zo kennen we de collectieve schikkingen die in het kader van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade tussen belangenorganisaties van benadeelden en schadeveroorzakers gesloten zijn en de vorming van een schadefonds inhouden. We kunnen ook denken aan de schadefondsen die gevormd zijn in het kader van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen, het Schadefonds Geweldsmisdrijven, het Instituut Asbestslachtoffers, maar ook aan ad hoc schadefondsen zoals de fondsen opgericht naar aanleiding van de Cafébrand in Volendam, de Bijlmerramp, de vuurwerkramp in Enschede of het speciaal voor de slachtoffers van seksueel misbruik in het jongensinternaat Bleijerheide³ opgericht fonds. Ook in internationaal verband, met name in Amerika, worden in een geval van massaschade geregeld schadefondsen opgericht, vanuit verschillende grondslagen, om de schade van individuele benadeelden te compenseren. Men denke aan het 9/11 schadefonds, het BP-schadefonds om de gevolgen voor Amerikaanse slachtoffers van de olieramp te compenseren of het fonds ter afwikkeling van de schade ontstaan door het gebrekkige anticonceptiemiddel Dalkon Shield.

Hoewel de gebeurtenissen die tot schade leiden veel aandacht krijgen in de media en in de juridische literatuur, is er relatief weinig bekend over de manier waarop een fonds wordt ingericht en de wijze waarop de vorderingen van de slachtoffers conform de schadefondsen worden afgewikkeld. In de

¹ Karlijn van Doorn is als docent en onderzoeker verbonden aan het Departement Privaatrecht van Tilburg University, Ianika Tzankova is advocaat bij Barents Krans te Den Haag en als bijzonder hoogleeraar Mass Claim Dispute Resolution verbonden aan het Departement Privaatrecht van Tilburg University.

² Dat brengt complexe vragen over het toepasselijke recht en de bevoegde rechter mee waar het internationaal privaatrecht geen eenduidig antwoord op geeft, zie bijvoorbeeld het onderzoek van H. Van Lith, 'The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law', Den Haag: WODC 2010.

³ <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3390158/2013/02/07/Fonds-slachtoffers-misbruik-Bleijerheide.dhtml>

literatuur worden deze afwikkelingsfaciliteiten samengevat onder de overkoepelende term Claims Resolution Facilities (ofwel 'Claim Afwikkelingsfaciliteiten', ook wel 'CAf'). Een belangrijk aspect in het kader van deze CAf is de vraag hoe het totaal beschikbare bedrag in het fonds verdeeld wordt over de individuele benadeelden en hoe dat wordt gelegitimeerd. Wat de genoemde schadefondsen immers gemeenschappelijk hebben, is dat zij nooit toereikend zijn om de volledige schade van alle benadeelden te vergoeden. Er zal steeds water bij de wijn moeten worden gedaan.

1.2. Plan van aanpak

Middels deze bijdrage willen wij een eerste aanzet geven tot het op meer fundamentele wijze nadenken over en vergaren van 'best practices' die ingezet kunnen worden bij (toekomstige) inrichting en afwikkeling van schadefondsen. Daartoe zullen wij in deze bijdrage verschillende aspecten in dit verband nader belichten en beschouwen.

Allereerst gaan wij in op het meer overkoepelende fenomeen van Claim Afwikkelingsfaciliteiten, CAf (paragraaf 2). De algemene vraagstukken die in dat kader spelen en de problematische aspecten die worden onderkend, komen aan de orde. Dat de inzet van CAf in een categorie gevallen tot een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade leidt, beschouwen wij als een gegeven en een startpunt van onze verkenning.

Ten aanzien van de inrichting en afwikkeling van schadefondsen en CAf'en wordt procedurele rechtvaardigheid geregeld als aandachtspunt genoemd. Volgens de theorie van procedurele rechtvaardigheid is voor de acceptatie van de uitkomst van een procedure van belang dat de procedure aan een aantal vereisten voldoet. Volgens de theorie zal de betrokkene in dat geval eerder geneigd zijn om de uitkomst te accepteren, ook als deze niet optimaal of zelfs nadelig is. Wij zullen meer uitgebreid bij de theorie van procedurele rechtvaardigheid en het belang daarvan voor de afwikkeling van massaschade stilstaan in paragraaf 3.

Vervolgens zullen wij vanuit de bestaande kennis en theorieën over CAf en procedurele rechtvaardigheid, enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwen en analyseren. Deze Nederlandse gevallen van massaschade en de als reactie daarop gevormde schadefondsen bespreken we in paragraaf 5. Voor een goed begrip van de grondslag en het kader waarbinnen enkele van deze fondsen gevormd zijn, bespreken wij daaraan voorafgaand het bestaande juridische (privaatrechtelijke) kader om massaschade collectief af te wikkelen en schadefondsen op te richten (paragraaf 4).

In paragraaf 6 reflecteren we vervolgens op de afwikkelingsfaciliteiten rondom de besproken schadefondsen en de gehanteerde verdeelmechanismen. We stellen vast op welke punten er sprake is van 'common ground' en signaleren positieve ontwikkelingen en verbeterpunten. In paragraaf 7 sluiten we deze bijdrage af met een samenvatting, een conclusie en enkele stellingen ter discussie.

Onze ambitie in het kader van deze bijdrage is vooral verkennend. Wij trachten om het thema collectieve afwikkeling van massaschade in een nieuw en breder kader te plaatsen en over de grenzen van het privaatrecht en bestuursrecht heen te kijken. Wij willen de vele vragen die bij het ontwerp van een CAf beantwoord moeten worden, voor het voetlicht brengen en vooral de aandacht vestigen op het voordeel dat er te behalen valt als er meer aandacht is voor procedurele rechtvaardigheid.

2. Claim Afwikkelingsfaciliteiten

2.1. Definitie Claim Afwikkelingsfaciliteit

'Claim Afwikkelingsfaciliteit' (CAf) is een generieke term die gebruikt wordt om een grote verscheidenheid aan entiteiten te beschrijven die claims tegen potentiële schadefondsen verwerken en afhandelen.⁴ De inrichting van Claim Afwikkelingsfaciliteiten roept veel vragen op. Een paar voorbeelden ter illustratie: hoe moeten de fondsen onder de benadeelden worden verdeeld, wat zijn relevante criteria, verdeelsleutels en subcategorieën, hoe om te gaan met frauduleuze claims, hoe worden 'due process' en procedurele rechtvaardigheid vertaald in het ontwerp van de CAf, welke netwerken zijn nodig, hoe de logistieke uitdagingen aan te pakken om de faciliteiten in ontwikkelingslanden te laten werken?

2.2. Negen Elementen

De Claim Afwikkelingsfaciliteiten verschillen aanzienlijk in vorm. De basis voor de CAf kan een nationale dan wel internationale wettelijke basis zijn, publiek- of privaatrechtelijk, een gerechtelijke uitspraak⁵ of een schikkingsovereenkomst. De CAf kan worden opgericht op initiatief van een partij die verantwoordelijk wordt gehouden voor een voorval dat massaschade heeft veroorzaakt en zelfs door een partij die zelf niet verantwoordelijk wordt gehouden voor het voorval, maar om een andere reden belang kan hebben bij een bepaalde vorm van afwikkeling, zoals aansprakelijkheidsverzekeraars, moederondernemingen of de overheid.

De CAf kan pro-actief worden opgericht voorafgaand aan een gerechtelijke procedure, na de procedure en kan zelfs geïntegreerd worden in de procedure. "De variëteit aan beschikbare opties om een Claim Afwikkelingsfaciliteit te ontwikkelen is overweldigend. Een van de theoretische kenmerken van een dergelijke faciliteit is de mogelijkheid om de faciliteit volledig af te stemmen op specifieke behoeften van elke zaak", aldus McGovern.⁶

McGovern onderzoekt het fenomeen al langere tijd en heeft negen verschillende elementen onderkend aan de hand waarvan elke CAf kan worden geanalyseerd of verklaard.⁷ Deze houden verband met (1) de functie van de faciliteit,⁸ (2) de metafoor die het beste de karakteristieken van de faciliteit omvat,⁹ (3) de legitimatiegrondslag en/of financieringsbron,¹⁰ (4) de omvang en gelijksoortigheid van de claims, (5) de organisatie van de CAf,¹¹ (6) de criteria op basis waarvan het in aanmerking komen voor een vergoeding onder de CAf wordt bepaald,¹² (7) de schademethodiek,¹³ (8) compensatie¹⁴ en (9) implementatie.¹⁵ Deze elementen worden hierna kort nader toegelicht.

Functie van de faciliteit

In het algemeen kunnen CAf'en twee mogelijke functies vervullen. Zij kunnen worden ingezet om het totale fondsbedrag vast te stellen en dat onder de individuele benadeelden te verdelen. Zij kunnen ook worden ingezet om alleen de fondsen uit te keren. Tot slot kunnen CAf'en ook worden opgezet

⁴ F.E. McGovern, 'The What and Why of Claims Resolution Facilities', 57 *Stanford Law Review* 1361-1389 (2005).

⁵ In 'Alternative Courts? Litigation-induced Claims Resolution Facilities', 57 *Stanford Law Review* 1429 (2005), bespreekt D.R. Hensler de 'privately designed, financed, and administered organizations for giving away money, established as a result of the settlement of mass litigation in trial and bankruptcy courts.'

⁶ McGovern 2005, p. 1362.

⁷ McGovern 2005, p. 1362-1375.

⁸ McGovern 2005, p. 1363-1365.

⁹ McGovern 2005, p. 1365-1366.

¹⁰ McGovern 2005, p. 1366-1367.

¹¹ McGovern 2005, p. 1368-1370.

¹² McGovern 2005, p. 1370-1371.

¹³ McGovern 2005, p. 1372-1373.

¹⁴ McGovern 2005, p. 1373-1374.

¹⁵ McGovern 2005, p. 1374-1375.

om voorzieningen of remedies te treffen die niet concreet leiden tot de uitkering van een financiële vergoeding, maar eerder bepaalde voorzieningen verstrekken.

Karakteristieke metafoor

Gelet op het feit dat een CAF een variëteit aan toepassingen kent, is een van de eerste uitdagingen bij het adresseren van de legitimiteitsvraag de bepaling van de metafoor die de faciliteit het beste karakteriseert. De aansprakelijkheidsmetafoor (“tort methaphor”) houdt in dat de partij die schade heeft veroorzaakt de kosten daarvan moet internaliseren door benadeelden in de oorspronkelijke toestand, van voor het voorval, te brengen door het exacte bedrag aan schade te vergoeden. De welzijn-metafoor (“welfare paradigm”) gaat uit van een vangnet aan sociale voorzieningen dat ervoor moet zorgen dat in bepaalde basisbehoeften wordt voorzien. Er is geen verband met een onrechtmatige daad noch zijn er anderszins tekortkomingen die tot de schade hebben geleid. De humanitaire metafoor (the “war reparations metaphor”) impliceert meerdere elementen, zoals vergelding en genoegdoening.

Hoe meer de partij die de schade heeft veroorzaakt hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden, hoe waarschijnlijker het is dat de schadeafwikkeling als noodzakelijkerwijs een individuele aangelegenheid zal worden ervaren. Daartegenover staat dat hoe meer de schade gezien wordt als pech of een uiting van ‘het lot’, hoe eerder een gestandaardiseerde collectieve afwikkeling als adequaat zal worden geaccepteerd.

De legitimatiegrondslag en/of financieringsbron

CAF'en kunnen worden opgericht bij wet of bij een bestuursbesluit. Zij kunnen voortvloeien uit internationale publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden, een privaatrechtelijke collectieve actie, een faillissement, een collectieve schikking of een eenzijdig aanbod. De fondsen kunnen ter beschikking worden gesteld door een overheid, internationale organisaties of een of meerdere partijen die verantwoordelijk worden gehouden. Zowel de basis voor de fondsvorming, alsmede de afkomst van de gelden zijn van invloed op het bepalen van het toepasselijke metafoor en de inrichting van de CAF, in termen van organisatie, methodologie en betalingsmethoden. Doorgaans wordt aangenomen dat hoe sterker de link is met de overheid, hoe meer legitimiteit de CAF geniet. En omgekeerd: een ad hoc opgerichte CAF, zal meer moeite moeten doen om haar bestaan en design te legitimeren.

Omvang en gelijksoortigheid van de claims, toekenningscriteria en schademethodiek

Met betrekking tot het design van een CAF merkt McGovern op dat wanneer de benadeelden meer gelijk gesitueerd zijn, de tolerantie voor fijnmazige ongelijkheden bij de schadebepaling groter zal zijn als daar tegenover een bepaalde efficiëntie in het afwikkelingsproces staat. De CAF'en worden dan ook doorgaans opgericht volgens het ‘inquisitorial’ model en niet volgens het ‘adversarial’ model. Dat betekent dat een neutrale derde de claims actief onderzoekt en beoordeelt en dat er minder ruimte voor partijen en hun belangenbehartigers is om het vaststellingsproces ‘over te nemen’.

Reeds de enkele aanwezigheid of beschikbaarheid van een schadefonds zal (frauduleuze) claims kunnen aantrekken van partijen die eigenlijk niet tot de groep van gerechtigden behoren. Het uitfilteren hiervan noopt tot een afweging en balanceren tussen het beheersen van transactiekosten en het buiten de deur houden van claims die niet in de CAF thuis horen. Er zijn wel bepaalde standaardrichtlijnen die gevolgd kunnen worden bij de bepaling van de kring van gerechtigden. Er zijn minstens tien verschillende methoden voor de schadeuitkeringen, die variëren van de gelijke verdeling van de schadefondsen onder alle benadeelden tot het doorlopen of nabootsen van een heuse gerechtelijke procedure, waar bewijzen en argumenten worden gepresenteerd aan een panel dat vervolgens een beslissing neemt. Het is ook mogelijk dat een en dezelfde CAF meerdere van die schadevaststellingsprocedures openstelt, afhankelijk van de mate van zekerheid die als wenselijk wordt bevonden voordat een bepaalde uitkering wordt gedaan. Doorgaans is het zo dat hoe hoger de

uitkering, hoe meer zekerheid er moet zijn dat de benadeelde daartoe gerechtigd is, hoe zwaarder het beoordelingsproces. We zien dat bijvoorbeeld terug in de Dalkon Shield-zaak waarin de benadeelden drie afwikkelingsmodaliteiten ter beschikking stonden.¹⁶ Afwikkelingsmodaliteit 1, ontworpen voor benadeelden met claims van lage waarde vanwege gebrek aan bewijs of beperkt lichamelijk letsel, gaf recht op een vast bedrag aan vergoeding. Afwikkelingsmodaliteit 3, opgezet voor de benadeelden met het meest ernstige letsel, bevatte de meest op het individu gerichte aanpak.¹⁷ Het verzamelen van empirische data over de keuzes die benadeelden maakten, leerde dat een groot deel van de benadeelden, ook benadeelden die in eerste instantie voor verdeelsleutel 3 opteerden, uiteindelijk koos voor de meer standaard verdeelsleutel 1.¹⁸

Compensatiemogelijkheden

De mogelijkheden in relatie tot de inrichting van CAF'en wordt slechts beperkt door de verbeeldingskracht van hun ontwerpers. Uitgangspunt is vergoeding in geld. Dat kan zijn in de vorm van contanten, aandelen of andere financiële instrumenten of waardepapieren. Het is ook mogelijk dat de compensatie in natura plaatsvindt, denk aan medische ingrepen of andere gezondheidszorg faciliteiten, woningherstel, aanbieden van opleidingen en dergelijke.

Implementatie

Eén van de minst besproken maar meest belangrijke variabelen in CAF'en ziet op de manier van implementatie en het operationeel maken daarvan. Sommige faciliteiten zijn onderworpen aan een (gerechtelijk) toezicht vóór, tijdens en na het operationeel maken daarvan. Anderen zijn ten aanzien van het ontwerp van de processen die worden gevolgd onderworpen aan een gerechtelijk toezicht, maar niet ten aanzien van de toepassing daarvan. Wanneer de faciliteit deel uitmaakt van een meer omvattende schikking, kan ze een relatief klein onderdeel zijn van een groter geheel dat aan toetsing is onderworpen. Met name wanneer de oprichting van de CAF niet opgelegd is van overheidswege, maar van een gerechtelijk of zelfregulerend besluit, lijkt er minder aandacht te zijn voor de resultaten van het 'schadeuitdelingsproces' of de implementatie. Het ligt aan het beleid en de deskundigheid van een specifiek gerecht of rechter of het ontwerp, het functioneren en het resultaat van de compensatieregeling worden gevolgd, geëvalueerd en gerapporteerd. Zodra ze operationeel zijn, zijn sommige faciliteiten volledig transparant, andere zijn slechts transparant voor de individuele begunstigen, en weer andere zijn ondoorgrondelijk voor derden.

In het kader van CAF moet tot slot een onderscheid worden gemaakt tussen het ontwerp en de implementatie van CAF'en die zien op letselschade én van CAF'en die met andere (financiële) zaken van doen hebben. Met name in letselschadezaken kunnen een inadequaat ontwerp en implementatie van de claimafwikkelingsfaciliteit resulteren in ontevredenheid bij cliënten en toename van de emotionele kosten van de claimafwikkeling.

2.3 Een onderzoeksagenda voor CAF

Zoals hiervoor al werd aangegeven, varieert de mate van publieke controle of monitoring van het ontwerp, de implementatie en het functioneren van CAF'en. Er zijn voorbeelden van CAF'en die zijn opgezet op verzoek van een gerecht, wetgever, regering of toezichthouder die officiële verslagen

¹⁶ Zie in dat verband nader C.J.M. van Doorn en M. de Bruijn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade: verdeelsleutels voor individuele benadeelden', *NJB* 2013-41, p. 2856-2863.

¹⁷ G.M. Vairo, 'Georgine, the Dalkon Shield Claimants Trust and the rhetoric of Mass Tort Claims Resolution', *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 31-79 (1997), p. 133-138, zie ook K.R. Feinberg, 'The Dalkon Shield Claimants Trust', *Law and Contemporary Problems* vol. 53-4 (1990), p. 105-112.

¹⁸ Vairo 1997, p. 134. Ook in Amerikaanse verdeelplannen voor fondsen die gevormd zijn voor schade ten gevolge van de blootstelling aan asbest zien we een dergelijke keuzemogelijkheid voor de te volgen verdeelsleutel terug, zie F.E. McGovern, 'The Evolution of Asbestos Bankruptcy Trust Distribution Plans', *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 62-163 (2006), p. 173.

hebben uitgebracht van hun bevindingen en activiteiten (bijvoorbeeld van het aantal eisers dat zich meldde bij de CAF ten opzichte van het totale aantal geschatte eisers, het gemiddelde bedrag aan individuele schadevergoedingen en de totale kosten van het schadetoedelingsproces, waaronder begrepen niet alleen de vergoedingen, maar ook de transactiekosten). Hoe belangrijk de evaluatie van CAF'en ook moge zijn, er blijken geen algemene richtlijnen te bestaan die een dergelijke evaluatie faciliteren. In 1990 publiceerde het RAND-instituut¹⁹ een onderzoek naar het – toen nieuwe – fenomeen van CAF'en.²⁰ Het RAND-onderzoek benoemde enkele sleutelvragen ten aanzien van het functioneren van CAF'en die men empirisch zou moeten beantwoorden om te weten of de rol van dergelijke faciliteiten in het claimafwikkelingsproces gerechtvaardigd was. Het onderzoek werd in 2004 opnieuw uitgebracht.²¹ Het onderzoek stelde opnieuw een onderzoeksagenda naar CAF'en voor, waarvan de resultaten zouden kunnen bijdragen aan de verbetering van het functioneren van bestaande CAF'en. Tegelijkertijd zou dat bijdragen aan de verbetering van toekomstige alternatieven voor CAF'en.

De RAND-onderzoeksagenda bevatte een voorstel voor de ontwikkeling van een rechtsvergelijkende database, waardoor een studie naar het afwikkelingspatroon van verschillende faciliteiten in termen van uitkomsten, transactiekosten en procedurele rechtvaardigheid²² mogelijk zou zijn. De onderzoeksagenda benadrukte ook de behoefte aan meer en betere informatie over hoe effectief de faciliteiten in werkelijkheid zijn, in termen van 'doen wat ze beloven en horen te doen', maar ook in termen van het voorkomen van nadere of vervolgprocedures. Tot slot bepleitte de onderzoeksagenda dat de rechters die doorgaans de oprichting en ontwerp van de CAF'en moeten goedkeuren, meer zouden moeten weten over de reactie van benadeelden op de faciliteiten: hoe goed begrijpen eventuele gerechtigden wat zij moeten doen om compensatie te verkrijgen; hoe tevreden zijn zij met de uitkomst; zijn er bepaalde groepen die specifieke problemen ondervinden in het kader van de CAF?²³

Andere determinanten met betrekking tot de CAF'en die werden genoemd in de RAND-studie en die niets van doen hebben met hun inrichting of implementatie, maar die mogelijk een belangrijk effect hebben (gehad) op hun functioneren, zijn:

- a. het beleid dat gevolgd is bij het bepalen van de vergoedingen;
- b. de volgorde van betalingen;
- c. de manier waarop potentiële gerechtigden attent zijn gemaakt op de mogelijkheden onder een CAF;
- d. in hoeverre ervoor gekozen is om de uitvoering van de CAF over te laten aan een nieuw ad hoc opgerichte en op zichzelf staande organisatie in plaats van het inschakelen van een bestaande private of publieke instelling om de fondsen te verdelen;
- e. wat was het wervings- en selectiebeleid ten aanzien van het personeel dat nodig was voor de CAF; en

¹⁹ De RAND Corporation is een van oorsprong Amerikaanse denktank, in 1946 opgezet door de Amerikaanse luchtmacht. In mei 1948 werd RAND een onafhankelijke organisatie zonder winstoogmerk. RAND is een samentrekking van research and development. RAND-onderzoek richt zich op het ontwikkelen van oplossingen voor complexe problemen door onderzoekers van verschillende academische specialisaties bij elkaar te brengen en op het verschaffen van praktische begeleiding door inzicht te verschaffen in beleidskeuzen en barrières voor beleidsimplementaties.

²⁰ D.R. Hensler, 'Assessing Claims Resolution Facilities, What We Need to Know', *Law and Contemporary Problems*, v. 53, no. 4, Autumn 1990, p. 175-188; M.A. Peterson, 'Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities', *Law and Contemporary Problems*, v. 53, no. 4, Autumn 1990, p. 113-136.

²¹ D.R. Hensler, *Assessing Claims Resolution Facilities, What We Need to Know*, RAND Corporation reprint series 2004.

²² Zie hierover nader paragraaf 3 van deze bijdrage.

²³ Hensler 1990, p. 177-181.

- f. de rol die toebedeeld is aan advocaten in het kader van een CAF, zowel aan hen die benadeelden vertegenwoordigen als aan de advocaten die optreden namens de claimafwikkelingsfaciliteiten.²⁴

Bijna tien jaar na de heruitgave in 2004 van het RAND-onderzoek uit 1990, moeten wij constateren dat het onderzoek nog altijd relevant en bijzonder up to date is. Hoewel er een aantal vergelijkende studies is geweest naar het functioneren van de CAF,²⁵ is er weinig verbetering opgetreden in onze kennis over het functioneren en de inrichting van dergelijke faciliteiten.

Know how met betrekking tot de inrichting en uitvoering van claimafwikkelingsfaciliteiten die het resultaat zijn van een gerechtelijke activiteit is zeldzaam en ziet vooral op het ontwerp van de kennisgeving die wordt gestuurd aan bekende en onbekende leden van de groep benadeelden.²⁶ Zoals een onderzoek van het RAND Instituut, uitgevoerd in 2008, het verwoordde²⁷: 'Een sluier van geheimzinnigheid valt over class action litigation vanaf het moment dat de rechter een schikking goedkeurt en uiteindelijk is maar weinig informatie beschikbaar over het aantal class members dat daadwerkelijk compensatie ontvangt.'

Dit heeft ten minste twee duidelijke nadelen: er is geen leerproces én er is geen mogelijkheid om te evalueren of het distributieproces überhaupt wel succesvol is geweest en, voor zover van toepassing, of de voorafgaande gerechtelijke procedure de tijd en moeite wel rechtvaardigde.

3. Massaschade en het belang van procedurele rechtvaardigheid

3.1. De theorie van procedurele rechtvaardigheid

Zoals hiervoor vermeld, bevatte de onderzoekagenda van het RAND-instituut een voorstel voor de ontwikkeling van een rechtsvergelijkende database, waardoor een vergelijkende studie naar de afwikkeling van schadeclaims volgens verschillende CAF'en mogelijk zou worden. Een aspect waarop de data geanalyseerd zouden moeten worden volgens de RAND-onderzoekagenda, is de procedurele rechtvaardigheid. De RAND-onderzoekagenda geeft aan dat bij het ontwerpen van CAF'en advocaten, rechters en andere betrokkenen vaak meer gericht zijn op de uitkomst of het eindresultaat voor de benadeelde: wie krijgt welk bedrag, voor welk letsel, en welke andere verliezen komen voor vergoeding in aanmerking?²⁸ Uit onderzoek blijkt echter dat ook de procedure die wordt gevolgd om het resultaat te behalen, van belang is voor de waardering van het eindresultaat door de benadeelde.

²⁴ Hensler 1990, p. 184.

²⁵ Een verzameling van tien 'case studies' naar het functioneren en de inrichting van CAF'en, kan worden gevonden in een publicatie uit 2007 van H.M. Holtzmann en E. Kristjansdottir, *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford University Press 2007. Het boek behandelt een scala aan onderwerpen die variëren van het kiezen van een locatie voor de CAF, administratie, personeelsbeleid en computer support, tot de deelname van eisers in de planning van het claim proces, het gebruik van sampling en de inzet van communicatie en andere aanverwante meer of minder praktische zaken.

²⁶ Rust Consulting, Inc. & Kinsella Media, LLC, Plain Language Primer for Class Action Notice (undated), http://www.kinsellamedia.com/Knowledge_Sharing.aspx; Rust Consulting, Inc., Class Action Settlements: What You Should Know About Claim Filing Services, <http://www.rustconsulting.com/pdfs/ClaimFilingServices.pdf>; T.B. Hilsee, S.R. Wheatman & G.M. Intepido, 'Do You Really Want Me To Know My Rights? The Ethics Behind Due Process In Class Action Notice Is More Than Just Plain Language: A Desire To Actually Inform', 18 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 1359-1382 (2005).

²⁷ N.M. Pace & W.B. Rubinstein, *How Transparent Are Case Outcomes: Empirical Research on the Availability of Class Action Claims Data*, RAND Working Paper Series WR-599-ICJ, 2008.

²⁸ Hensler 1990, p. 178.

De theorie van procedurele rechtvaardigheid is in 1975 op de kaart gezet door Thibaut en Walker.²⁹ Zij kwamen tot de conclusie dat partijen betrokken bij een civielrechtelijk geschil een voorkeur hadden voor procedures die hen de mogelijkheid gaven enige input te leveren ten opzichte van procedures die die mogelijkheid niet in zich hadden. Sterker nog: procedures die partijen actief betrokken bij het proces werden door hen als meer rechtvaardig ervaren, ook al pakte de uitkomst van de procedure negatief voor hen uit. Thibaut en Walker hebben aldus laten zien dat partijen niet alleen geïnteresseerd zijn in de uitkomst van hun geschil; het proces dat doorlopen wordt om die uitkomst te bereiken is ook belangrijk. Negatieve eindoordelen worden meer geaccepteerd wanneer zij de uitkomst zijn van een procedure die door partijen als eerlijk en rechtvaardig wordt ervaren. Onderzoek nadien bevestigt dit beeld grotendeels.³⁰ Tyler en Lind hebben gezocht naar een verklaring voor dit verschijnsel. Zij denken dat mensen zo veel waarde hechten aan procedures die gevolgd worden vanwege de normatieve functie die hiervan uit gaat. Volgens Tyler en Lind ontnemen mensen hun eigen identiteit aan het feit dat ze deel uitmaken van bepaalde groepen in de samenleving. Wanneer een individu in een procedure met waardigheid en respect behandeld wordt, bevestigt dat de status en de positie die het individu in de groep heeft.³¹

Er is veel onderzoek gedaan naar de factoren die het concept procedurele rechtvaardigheid invullen. Tyler concludeert in 1988 dat er geen universele en allesbepalende factoren aan te wijzen zijn. De ideale procedure bestaat daarom ook niet: de procedure moet altijd toegesneden zijn op de situatie en is tijd- en cultuurgebonden.³² Wel overlappen de resultaten uit de diverse onderzoeken elkaar³³ en kan uit de onderzoeken een aantal factoren gedestilleerd worden dat in ieder geval een rol speelt. Erg belangrijk voor mensen is de mogelijkheid tot *inspraak in het proces*. Door participatie in het proces hebben mensen de mogelijkheid om hun verhaal te doen. Zij willen gehoord worden en hebben behoefte aan een 'voice'. Een volgende factor van belang is *toegang hebben tot een neutrale beslisser*. De procedure voor die neutrale beslisser moet consistent en nauwkeurig zijn, dat wil zeggen dat procedures duurzaam moeten zijn voor verschillende mensen door de tijd heen en dat beslissingen moeten worden genomen op basis van correcte informatie. Rechtvaardigheidsoordelen

²⁹ J. Thibaut en L. Walker, *Procedural justice: a psychological analysis*, Hillsdale NJ: Erlbaum 1975.

³⁰ Zie onder meer E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988, T. R. Tyler, 'The Relationship of the Outcome and Procedural Fairness: How Does Knowing the Outcome Influence Judgement About the Procedure?', *Social Justice Research* 1996 vol. 9 nr. 4, p. 311-32. Zie verder H.F.M. Crombag en P.J. van Koppen, 'Rechtvaardigheid', in P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen, De psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002. Zie echter ook K. van den Bos, 'Assimilation and contrast in organizational justice: the role of primed mindsets in the psychology of the fair process effect', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2002 vol. 89, p. 866-880, die laat zien dat de ervaren procedurele rechtvaardigheid in wisselwerking staat met hoe mensen de verkregen uitkomst ervaren. Kritisch is M.J. Lerner, 'The Justice Motive: Where social psychologists found it, how they lost it and why they may not find it again', *Personality and Social Psychology Review* 2003-7, p. 388-399.

³¹ T.R. Tyler en E.A. Lind, 'A relational model of authority in groups', in M.P. Zanna, *Advances in Experimental Social Psychology*, San Diego: Academic Press 1992, p. 115-191 en T.R. Tyler, 'Psychological Models of Justice Motive: Antecedents of Distributive and Procedural Justice', *Journal of Personality and Social Psychology* 1994 vol. 67 nr. 5, p. 850-863. Zie ook H. Tajfel, *Differentiation between social groups: studies in the social psychology of inter-group relations*, New York: Academic Press 1978.

³² Zie T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 vol. 22 nr. 1, p. 103-136, m.n. p. 128-132

³³ Zo zetten Thibaut en Walker 'proces controll' af tegen 'decision controll', Thibaut en Walker 1975; onderscheidt Leventhal zes relevante factoren: 'consistency, the ability to suppress bias, decision quality or accuracy, correctability, representation and ethicality', G.S. Leventhal 'What Should Be Done with Equity Theory?' in K. J. Gergen e.a., *Social Exchange: Advances in Theory and Research*, New York: Plenum Press 1980; en noemen Tyler en Lind 'standing (being treated with dignity and respect), trust (honesty, the absence of bias and making an informed decision based on the facts of the case) and neutrality (ethical behaviour, act fairly)', Lind en Tyler 1988, en Tyler en Lind 1992.

worden eveneens beïnvloed door de *informatie die mensen ontvangen met betrekking tot de procedure, maar ook over de uitkomst daarvan*. Wanneer mensen uitleg, advies en begeleiding krijgen omtrent de te volgen procedure en de uitkomst die daaruit volgt wordt toegelicht, zal dit bijdragen aan het gevoel rechtvaardig te worden c.q. zijn behandeld. Ook een *respectvolle en waardige bejegening* maakt dat mensen meer tevreden zijn over de procedure en het gevoel hebben rechtvaardig behandeld te zijn.³⁴

3.2. Procedurele rechtvaardigheid en afwikkeling van massaschade

Het concept van procedurele rechtvaardigheid is op verschillende deelgebieden onderzocht en gebleken is dat eerlijke procedures op veel terreinen belangrijk zijn.³⁵ Procedurele rechtvaardigheid houdt verband met de tevredenheid over juridische beslissingen in civiele geschillen, maar speelt ook in procedures buiten de rechtszaal en in schikkingprocessen.³⁶ Hoewel de rol van procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve schikkingsovereenkomsten ter afwikkeling van massaschade nog niet als zodanig is onderzocht, is er wel meer bekend over waar benadeelden waarde aan hechten in zaken die geëindigd zijn middels een schikking.³⁷ Benadeelden willen hun zaak geschikt zien op een waardige, zorgvuldige en onbevooroordeelde wijze. In dat verband is voor benadeelden van belang dat ze kunnen deelnemen in de oplossing van hun schikking: dat ze hun mening kenbaar kunnen maken over problemen en voorgestelde oplossingen. Wij vermoeden dat deze uitingen van procedurele rechtvaardigheid ook van belang zijn in het kader van collectieve schikkingsovereenkomsten of schadefondsen ter afwikkeling van massaschade.³⁸ De RAND-onderzoeksagenda gaat hier eveneens van uit. De onderzoeksagenda pleit ervoor om conform de wijze waarop diverse onderzoeken de ervaren procedurele rechtvaardigheid bij verschillende manieren om geschillen op te lossen in kaart hebben gebracht, zo ook de ervaren procedurele rechtvaardigheid in het kader van verschillende CA'ën te onderzoeken en in kaart te brengen.³⁹

Naar ons idee is aandacht voor aspecten van procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve afwikkeling van massaschade onmisbaar. In een geval van massaschade is er veelal een beperkte som geld beschikbaar om de schade van vele benadeelden te voldoen. Dat kan zijn omdat

³⁴ Er zijn onderzoekers die deze laatste twee belangen niet onder procedurele rechtvaardigheid scharen, maar spreken over onafhankelijke vormen van rechtvaardigheid. Het belang van informatie over de procedure en de uitkomst is in hun visie een uiting van informatieve rechtvaardigheid en het belang van een respectvolle en waardige bejegening van interpersoonlijke rechtvaardigheid. Zie voor meer informatie J.A. Colquitt, 'On the Dimensionality of Organizational Justice: A Construct Validation of a Measure,' *Journal of Applied Psychology* 2001, p. 386-400 en J van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, (diss. Tilburg UvT) 2010, p. 23-25.

³⁵ Procedurele rechtvaardigheid beïnvloedt bijvoorbeeld de houding van mensen tegenover autoriteiten (zie T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 vol. 22 nr. 1, p. 103-136 en p. 128 voor verdere verwijzingen, T. R. Tyler, *Why people obey the law*, New Haven and London: Yale University Press 1990) en speelt in werksituaties en organisaties een rol (T.R. Tyler en A. Caine, 'The role of distributional and procedural fairness in the endorsement of formal leaders', *Journal of Personality and Social Psychology* 1981-41, p. 642-655 en Lind en Tyler 1988, hoofdstuk 7 en 8).

³⁶ Zie E.A. Lind, R.J. MacCoun e.a., 'In the eye of the beholder: Tort litigants' evaluations of their experiences in the civil justice system', *Law and Society Review*, 1990-24, p. 953-996.

³⁷ T.R. Tyler, 'A psychological perspective on the settlement of mass tort claims', *Law and Contemp. Probs.* 1990 vol. 53, p. 199-205. Tyler verwijst naar twee RAND-studies: R. MacCoun e.a., *Alternative Adjudication: An evaluation of the New Jersey Automobile Program*, RAND 1988 en E.A. Lind e.a., *The Perception of Justice, Tort Litigants' Views of Trial, Court-Annexed Arbitration and Judicial Settlement Conferences*, RAND 1989.

³⁸ Zie daarover ook C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *NTBR* 2010-10, p. 387-396.

³⁹ Zie Hensler 1990, p. 178-179

er slechts beperkte verzekerde sommen beschikbaar zijn of kan verband houden met (dreigende) insolventie van de schadeveroorzakers. Daarbij is het in geval van een massaal schadegeval veelal ondoenlijk om alle individuele omstandigheden van alle betrokken individuele benadeelden in het afwikkelingsproces te verdisconteren. Een collectieve afwikkeling van massaschade kenmerkt zich aldus hierdoor dat benadeelden per definitie nagenoeg nooit een volledige vergoeding van de door hen geleden schade krijgen. Juist het feit dat de verkregen vergoeding nooit de geleden schade volledig zal compenseren, maakt dat de procedure die doorlopen moet worden om een vergoeding of een andere voorziening te verkrijgen, van groot belang is. Door ervoor te zorgen dat tenminste het fondsverdelings- en schadeuitdelingsproces aan de beginselen van procedurele rechtvaardigheid voldoen, wordt de acceptatie van de uitkomst vergroot, hetgeen ook de legitimatie van de CAF ten goede zal komen.

4. Een collectieve afwikkeling van massaschade in het privaatrecht: het juridische kader

In Amerika is in de wetenschap aandacht gevraagd voor CAF'en (door onder meer de RAND-onderzoeksagenda en diverse publicaties van McGovern) en de nodige ervaring met CAF'en en de collectieve afwikkeling van massale schadegevallen opgedaan in de praktijk. Men kan daarbij denken aan de oprichting van schadefondsen buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht om (zoals het 9/11 schadefonds), maar vooral ook aan schadefondsen opgericht in het kader van de in het civiele aansprakelijkheidsrecht gelegen 'damages class action'.⁴⁰ In het kader van een 'damages class action' kan een benadeelde de rechter benaderen om ten behoeve van een groep benadeelden met gelijksoortige belangen (de 'class') schadevergoeding te vorderen. In Nederland kent men binnen het privaatrecht in hoofdzaak twee manieren om tot een collectieve afwikkeling van massaschade over te gaan: de collectieve actie ex art. 3:305a BW en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM).

4.1. Collectieve actie

In art. 3:305a BW is de mogelijkheid van een collectieve actie voor belangenorganisaties opgenomen.⁴¹ Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen. Uit de statuten moet blijken welke belangen de organisatie zich aangetrokken heeft en alleen voor die belangen kan zij in rechte optreden. De organisatie moet deze belangen behartigen, dat wil zeggen feitelijk werkzaam zijn op dit gebied.⁴² De rechtsvordering die de belangenorganisatie instelt moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Dat betekent dat via art. 3:305a BW groepsbelangen, maar ook meer algemene belangen behartigd kunnen worden.⁴³ Hoe groot de groep andere personen precies moet zijn, kan niet in een concreet getal uitgedrukt worden. De wetgever heeft zich op dit punt aangesloten bij de voor invoering van art. 3:305a BW reeds bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad⁴⁴ door te overwegen dat de vraag of door de collectieve actie een meer effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming valt te bereiken, een belangrijke rol zal spelen.⁴⁵ Vereist is wel dat de belangen van de groep personen voldoende

⁴⁰ Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure.

⁴¹ Wet van 6 april 1994, *Stb.* 269 en *Stb.* 391. Zie voor meer informatie hieromtrent N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

⁴² Aan een ad hoc opgerichte organisatie wordt niet de weg naar de rechter afgesneden, aangezien de wetgever toevoegt dat deze voorwaarde niet inhoudt dat de rechtspersoon zelf al een bepaalde periode als belangenorganisatie werkzaam moet zijn geweest, *Kamerstukken II 1991/1992*, 22 486, nr. 3, p. 20.

⁴³ *Kamerstukken II 1991/1992*, 22 486, nr. 3, p. 21-22.

⁴⁴ Zie *Kamerstukken II 1991/1992*, 22 486, nr. 3, p. 3-7 en met name HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 (De Nieuwe Meer).

⁴⁵ *Kamerstukken II 1991/1992*, 22 486, nr. 3, p. 7 en 22-23.

gelijksoortig zijn, zij moeten zich voor bundeling lenen.⁴⁶ Een door een belangenorganisatie verkregen uitspraak heeft slechts bindende kracht tussen deze organisatie en de gedaagde schadeveroorzaker. Individuele benadeelden zijn derhalve niet juridisch aan de uitspraak gebonden, maar kunnen wel de gevolgen daarvan ondervinden door een beroep te doen op de uitspraak.⁴⁷

In art. 3:305a lid 3 BW heeft de wetgever een belangrijke beperking aangebracht: de door de belangenorganisatie in te stellen vordering kan niet strekken tot een schadevergoeding te voldoen in geld. Een volwaardige 'damages class action' zoals die in Amerika mogelijk is, kennen we dus in Nederland niet. Volgens de wetgever roept het openstellen van een dergelijke vordering juridisch-technische complicaties in het leven. Zo zal de schadeomvang per individu verschillend zijn en vergen vragen als eigen schuld en causaliteit een individuele benadering. Het volledig verdisconteren van individuele omstandigheden zou strijdig zijn met het wezen van het collectieve actierecht.⁴⁸ Met de in 2005 ingevoerde Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)⁴⁹ heeft de wetgever de leemte die art. 3:305a lid 3 BW laat, willen opvullen.

4.2. Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)⁵⁰

De WCAM is gebaseerd op de ervaringen met de Amerikaanse 'damages class action'.⁵¹ Opvallend is dat in Amerika de meeste gevallen van massaschade waarvoor een 'damages class action' aanhangig is gemaakt, niet met een einduitspraak eindigen, maar door middel van een schikking. Op deze schikkingspraktijk is de WCAM geënt.

De WCAM geeft de bevoegdheid om de rechter te verzoeken een schikkingsovereenkomst strekkende tot collectieve schadeafwikkeling verbindend te verklaren voor de gehele groep van benadeelden. De overeenkomst dient gesloten te zijn tussen één of meer partijen die zich hebben verbonden tot vergoeding van de schade en één of meer stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge hun statuten de belangen van de betrokken benadeelden behartigen.⁵² In beginsel zijn partijen vrij in het inrichten van hun overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling. De schikkingsovereenkomst kan bestaan uit schadecategorieën (ook wel, naar Amerikaans voorbeeld, 'damage scheduling' genoemd). Aan de hand van een aantal factoren (zoals de aard en omvang van de schade) wordt dan bepaald binnen welke schadecategorie een benadeelde valt en welke daarmee corresponderende schadevergoeding hij vervolgens verkrijgt. Door deze wijze van afwikkeling kunnen allerlei in een civiele procedure te beantwoorden individuele rechtsvragen buiten beschouwing blijven.⁵³

Wanneer de rechter de collectieve schadeafwikkelingsovereenkomst verbindend verklaart, heeft deze tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij elke gerechtigde als partij geldt.⁵⁴ De verbindendverklaring heeft

⁴⁶ Kamerstukken II 1991/1992, 22 486, nr. 3, p. 7 en 27-28.

⁴⁷ Kamerstukken II 1991/1992, 22 486, nr. 3, p. 26-27.

⁴⁸ Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30. Zie in dit verband de in november 2011 door de Tweede Kamer aangenomen Motie Dijkema, waarin aan de regering wordt gevraagd te komen met een stappenplan om collectief schadeverhaal door belangenorganisaties mogelijk te maken.

⁴⁹ Wet van 27 juli 2005, *Stb.* 2005, 340 jo. 380. De wet is gewijzigd met ingang van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 255 jo. 256 met het in werking treden van de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.

⁵⁰ De materieelrechtelijke component van de wet is neergelegd in art. 7:907-910 BW, art. 1013-1018 Rv regelen procedurele kwesties. Zie voor meer literatuurverwijzingen C.J.M. van Doorn, 'Bewerking van art. 7:907- 7:910 BW', in: A-G Castermans (red.), *II. Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl.).

⁵¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 4-5.

⁵² Art. 7:907 lid 1 BW, vgl. art. 3:305a lid 1 BW.

⁵³ Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5-6.

⁵⁴ Art. 7:908 lid 1 BW.

voor de benadeelden aldus het gevolg dat zij partij worden bij de overeenkomst. Door deze rechtsgevolgen wordt de benadeelde feitelijk de mogelijkheid ontnomen om over het geschil dat voorwerp is van de schikkingsovereenkomst alsnog, buiten de overeenkomst om, de rechter te benaderen.⁵⁵ De wetgever beseftte dat deze consequentie op gespannen voet staat met belangrijke rechtsbeginselen, als het beginsel van partijautonomie en het recht op toegang tot de rechter van art. 17 Gw en art. 6 EVRM. Om recht te doen aan deze beginselen heeft de wetgever voor benadeelden de mogelijkheid gecreëerd om zich binnen een bepaalde termijn door middel van een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring te onttrekken aan de verbindendheid: de 'opt out'-mogelijkheid.⁵⁶ Inmiddels zijn zes schikkingen krachtens de WCAM verbindend verklaard, de zevende zaak loopt.⁵⁷

5. Enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwd

In deze paragraaf zullen wij enkele Nederlandse schadefondsen nader beschouwen en analyseren op welke wijze er tot een verdeling van de beschikbare gelden gekomen is, welke mogelijkheden er voor benadeelden zijn om te participeren en welke verdeelsleutels gehanteerd worden.⁵⁸ Allereerst gaan wij in op twee schadefondsen die in het kader van het civiele aansprakelijkheidsrecht tot stand zijn gekomen: het DES-schadefonds (paragraaf 5.1) en de Duisenberg-schikking (paragraaf 5.2). Beide schadefondsen zijn voortgevloeid uit een collectieve schikking die door het Hof Amsterdam verbindend is verklaard krachtens de WCAM. In de volgende paragrafen bezien wij de afwikkeling van seksueel misbruik in de Rooms-Katholieke kerk (paragraaf 5.3) en het Instituut Asbestslachtoffers (paragraaf 5.4) nader. Deze twee schadefondsen zijn buiten het civiele aansprakelijkheidsrecht tot stand gekomen, onder politieke of maatschappelijke druk en/of op initiatief van (potentiële) schadeveroorzakers.

5.1. DES

Het DES-hormoon is in de jaren 60 door zwangere vrouwen gebruikt om vroeggeboorten en miskramen te voorkomen. Zowel vrouwen en mannen geboren uit moeders die tijdens de zwangerschap DES hebben gebruikt, als de moeders zelf, hebben ten gevolge van DES lichamelijke aandoeningen opgelopen van verschillende aard en ernst. Na jarenlang procederen,⁵⁹ is er in 2000 een schikking tot stand gekomen tussen DES-producenten, hun verzekeraars en Stichting DES Centrum. De Stichting DES-Centrum treedt als belangenbehartiger op voor iedereen die tijdens de zwangerschap is blootgesteld aan DES. Tijdens de onderhandelingen zijn partijen bijgestaan door juridisch en medisch deskundigen. De schikking hield de oprichting van een DES-schadefonds in. In 2006 is deze schikking verbindend verklaard door het Hof Amsterdam.⁶⁰

Het DES Fonds is bedoeld om uitkeringen te doen aan DES-moeders die tijdens hun zwangerschap DES gebruikten (DES-moeders) en aan de dochters (DES-dochters) en zonen (DES-zonen) uit die zwangerschappen. Om te komen tot een verdeling van het beschikbare schadebedrag van 38 miljoen euro, zijn de benadeelden gegroepeerd afhankelijk van de vraag of het gaat om de vrouwen zelf die

⁵⁵ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414, nr. 3, p. 3-4.

⁵⁶ Zie art. 7:908 lid 2-3 jo. art. 7:907 lid 1 sub f BW.

⁵⁷ Dit zijn de DES-schikking (Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461 waarover L.M. van Bochove en C.J.M. van Doorn, "Eerste WCAM-beschikking: DES-zaak nu ten einde? Annotatie bij Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461", *TvC* 2007-1, p. 17-22); de Duisenberg-regeling in de Dexia-zaak (Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427, waarover C.J.M. van Doorn, "De tweede WCAM-beschikking is een feit, tijd voor een terugblik en een blik vooruit", *AV&S* 2007-3, p. 105-114); de Vie d'Or-schikking (Hof Amsterdam 29 april 2009, *LJN* BI2717), de Shell-schikking (Hof Amsterdam 29 mei 2009, *LJN* BI5744), De Vedior-schikking (Hof Amsterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ2691) en de Converium-schikking (Hof Amsterdam 12 november 2010, *LJN* BO3908 en Hof Amsterdam 17 januari 2012, *LJN* BV1026). De behandeling van de in de DSB-zaak getroffen schikking loopt nog, zie voor meer informatie www.dsbcompensatie.nl.

⁵⁸ Zie in dit verband nader Van Doorn en De Bruijn 2013.

⁵⁹ Met als belangrijke uitkomst HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (*DES*)

⁶⁰ Hof Amsterdam 1 juni 2006, *LJN* AX6440 (*WCAM-beschikking in DES-zaak*)

DES hebben geslikt of om dochters of zonen. Voor deze drie groepen benadeelden zijn vervolgens categorieën opgesteld op basis van de aandoening⁶¹ en een leeftijdsbegrenzing⁶². De aandoeningen zijn soms, afhankelijk van aard en ernst, nader onderverdeeld in subcategorieën.⁶³ Om voor een vergoeding in aanmerking te komen, zal de DES-benadeelde een aanvraagformulier moeten invullen en bewijsstukken moeten sturen naar het DES-schadefonds. In hoofdzaak zal de benadeelde de aanwezigheid van een aandoening waarvoor een uitkering kan worden verkregen alsmede blootstelling aan DES moeten bewijzen.⁶⁴ Het DES-schadefonds streeft er naar om de beslissing op de aanvraag binnen 4 maanden per post toe te zenden, waarna het compensatiebedrag uiterlijk 2 maanden later wordt overgemaakt. Mochten er tussentijds vragen zijn of extra gegevens benodigd zijn, dan wordt er met de DES-benadeelde contact opgenomen.⁶⁵

Om de hoogte van de vergoeding vast te stellen, is per subcategorie een schatting gemaakt van hetgeen voor een persoon in die subcategorie gemiddeld genomen de schade zal zijn. Hierbij is de schade waarvan het aannemelijk is dat zij uit andere hoofde wordt of kan worden vergoed, zoals door verzekering, buiten beschouwing gelaten. Rekening is gehouden met de gevolgen van de aandoening op fysiek, psychisch en sociaal-economisch vlak. De bedragen die worden uitgekeerd zijn bedoeld als een vergoeding van kosten en/of smartengeld, soms ook ter compensatie van verlies van arbeidsvermogen. De schatting heeft geleid tot een basisschadebedrag per subcategorie.⁶⁶

Voor de uiteindelijke uitkering van het bedrag wordt op het basisbedrag nog een correctie toegepast. De correctie ziet onder andere op de omstandigheid dat niet vaststaat dat er aansprakelijkheid bestaat voor de schade als gevolg van een aandoening. Een volledige uitkering van het basisbedrag zou om deze redenen niet redelijk zijn.⁶⁷ Tevens wordt de correctie toegepast om rekening te houden met de kans dat een DES-aandoening werkelijk het gevolg is van blootstelling aan DES tijdens zwangerschap (het attributief risico).⁶⁸ De uitkeringen variëren anno 2013 van ruim €200,- tot een kleine € 150.000,-.⁶⁹

5.2. Dexia

De Dexia-affaire is breed uitgemeten in de media. Duizenden klanten van de Dexia bank bleven achter met een restschuld doordat zij deelnamen aan een aandelenleaseplan dat beleggen met geleend geld inhield en uiteindelijk onvoldoende winst behaalde. Na een uitzending begin 2002 van het consumentenprogramma TROS-Radar bleek dat het om grote aantallen gedupeerden ging. Naar aanleiding van de tv-uitzending zijn belangenorganisaties opgericht die samen met bestaande belangenorganisaties collectieve acties ex art. 3:305a BW startten en/of onderhandelingen voerden. De zaak trok de aandacht van de politiek, maar een bemiddelingspoging van de Commissie Geschillen Aandelenlease mislukte. In april 2005 werd met het sluiten van de Duisenberg-regeling een belangrijke mijlpaal bereikt.⁷⁰

⁶¹ Er zijn alleen categorieën opgesteld voor aandoeningen waarvan de relatie met blootstelling aan DES medisch-wetenschappelijk is bewezen.

⁶² De leeftijdsbegrenzing is nodig om vast te stellen dat voldoende waarschijnlijk is dat de aandoening te maken heeft met blootstelling aan DES.

⁶³ DES-rapport 2005, p. 14 en 17-22.

⁶⁴ *DES-rapport. Rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor DES-schade*, Amsterdam 5 juli 2005 (te downloaden via http://www.desfonds.nl/Wat_is_de_procedure.aspx), p. 33-44. De bewijsmiddelen die gebruikt kunnen worden, worden heel uitvoerig omschreven.

⁶⁵ Zie http://www.desfonds.nl/Wat_is_de_procedure.aspx.

⁶⁶ DES-rapport 2005 p. 15 en 28-32.

⁶⁷ DES-rapport 2005, p. 16.

⁶⁸ DES-rapport, p. 15-16 en 24-27. De toepassing van het attributief risico is in feite toepassing van het leerstuk proportionele aansprakelijkheid. Beide zijn instrumenten die worden ingezet in geval van onzekerheid over de schadeoorzaak.

⁶⁹ De bedragen worden ieder jaar geïndexeerd.

⁷⁰ Zie over de Dexia-affaire nader: N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RM Themis* 2007-2, p. 51-60.

De Duisenberg-regeling is een collectieve schikking tussen de Dexia bank en vier belangenorganisaties die de belangen van gedupeerde beleggers behartigen. Gedupeerde beleggers krijgen krachtens deze regeling een deel van hun schade vergoed. Twee bij de Duisenberg-regeling betrokken stichtingen hebben voor het ondertekenen van de schikkingsovereenkomst hun achterbannen geraadpleegd. 82% resp. 78% van de benadeelden die zich bij de stichting hebben aangesloten, hebben vóór de regeling gestemd.⁷¹ Begin 2007 wordt deze collectieve schikking op grond van de WCAM verbindend verklaard door het Hof Amsterdam.⁷²

In de Duisenberg-regeling worden de benadeelden hoofdzakelijk in twee groepen verdeeld: de groep benadeelden waarbij de echtgenoot of de geregistreerde partner de aandelenleaseovereenkomst niet heeft meegetekend en de groep waarbij dit niet speelt.⁷³ Ook het type beleggingsovereenkomst dat de benadeelde klant met Dexia-bank heeft gesloten is relevant voor de te verkrijgen compensatie.⁷⁴ De benadeelden kunnen 10%, 67% of 100% van de restschuld vergoed krijgen.⁷⁵ Op het moment dat de aandelenleaseovereenkomst van een benadeelde klant afloopt of vroegtijdig wordt beëindigd, wordt de Duisenberg-regeling uitgevoerd. Wanneer er sprake is van een vergoeding, ontvangt de klant automatisch gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de restschuld. Eventueel vindt verrekening plaats met bedragen die de klant nog aan Dexia verschuldigd is.

5.3. Misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk

Als gevolg van vele meldingen over en onderzoek naar seksueel misbruik van minderjarigen in de Rooms-Katholieke kerk⁷⁶ is in november 2010 de commissie Lindenbergh opgericht. De commissie Lindenbergh heeft de opdracht gekregen de Konferentie Nederlandse Religieuzen en de Nederlandse Bisschoppenconferentie te adviseren aangaande een collectieve compensatieregeling voor slachtoffers van seksueel misbruik. De door de Commissie Lindenbergh opgestelde regeling is tot stand gekomen zonder voorafgaande onderhandelingen met belangenorganisaties en buiten de rechtspraak om. Ter voorbereiding op het ontwerpen van de regeling heeft de commissie Lindenbergh wel contact gehad met diverse slachtoffers ten einde hun gedachten op het punt van genoegdoening te vernemen. De opdracht aan de commissie Lindenbergh is beperkt, ze brengt dan ook expliciet tot uitdrukking dat voor genoegdoening financiële compensatie alleen ontoereikend is.⁷⁷

In oktober 2011 is in aanvulling hierop en wederom in opdracht van de Konferentie Nederlandse Religieuzen en de Nederlandse Bisschoppenconferentie de Stichting Meldpunt Misbruik RKK opgericht. Dit meldpunt bestaat uit een bestuur, een platform hulpverlening, een klachtencommissie

⁷¹ Dat blijkt uit punt 32 van het ingediende verzoekschrift tot verbindendverklaring van de Duisenberg-regeling, zie [www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Dossier Dexia](http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Dossier%20Dexia).

⁷² Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJF* 2007, 266.

⁷³ De aandelenleaseovereenkomst kan worden gekwalificeerd als huurkoop: art. 1:88 lid 1 sub d BW en art. 1:89 BW zijn dan van toepassing hetgeen betekent dat de overeenkomst vernietigbaar is (zie HR 28 maart 2008, *LJN* BC2837 (*Dexia/van Tuijl c.s.*). In dat geval moet Dexia van de partner van de benadeelde tijdig en op correcte wijze de zogenaamde Eega-brief hebben ontvangen.

⁷⁴ Het gaat dan om aflossingsproducten (overeenkomsten waarbij de geldlening, die ten behoeve van de aankoop van effecten van Dexia is verkregen, gedurende de looptijd van de overeenkomst door middel van periodieke betalingen wordt afgelost) enerzijds en restschuldproducten (overeenkomsten waarbij de lening pas aan het einde van de looptijd van de overeenkomst dient te worden afgelost) anderzijds.

⁷⁵ Een schematische weergave van de Duisenberg-regeling is te downloaden via [www.dexialease.nl/De Duisenberg regeling/Schema regeling](http://www.dexialease.nl/De%20Duisenberg%20regeling/Schema%20regeling).

⁷⁶ Zie over de problematiek ook R. Kool, 'Afrekenen met kerkelijk seksueel misbruik', *NJB* 2012, 340.

⁷⁷ Rapport commissie Lindenbergh, *Compensatie na seksueel misbruik van minderjarigen. Advies aan de Bisschoppenconferentie en de Konferentie van Nederlandse Religieuzen*, 20 juni 2011 (te raadplegen via www.klokk.nl), onder 1.6.

en een compensatiecommissie. De compensatiecommissie heeft tot doel de (op sommige punten aangevulde/aangepaste) compensatieregeling van de Commissie Lindenbergh uit te voeren.⁷⁸ Slachtoffers kunnen een beroep doen op de compensatieregeling, wanneer zij het bewijs van seksueel misbruik kunnen leveren.⁷⁹ Het bewijs kan worden geleverd door een schriftelijk stuk waarin erkenning van het misbruik plaatsvindt door de dader of de betrokken RKK-instelling of door een vonnis van de Nederlandse rechter. Een benadeelde die deze bewijsmiddelen niet voorhanden heeft, kan zijn klacht voorleggen aan de klachtencommissie van het Meldpunt Misbruik RKK. Het slachtoffer moet zijn klacht vervolgens omzetten in een klaagschrift⁸⁰, eventueel met hulp van een juridisch adviseur. De klacht wordt behandeld in een besloten hoorzitting, waarbij in principe betrokken partijen en de juridisch adviseur aanwezig zijn. Het slachtoffer hoeft de potentiële dader niet te ontmoeten, wanneer hij dat niet wenst.⁸¹ Wanneer de klacht gegrond wordt verklaard, levert dat eveneens een bewijsmiddel op waarmee het slachtoffer voor compensatie in aanmerking kan komen. Het slachtoffer dient een aanvraagformulier in te vullen en de bewijsmiddelen mee te sturen naar de compensatiecommissie. De aanvraag wordt in beginsel schriftelijk behandeld door de compensatiecommissie, een mondelinge behandeling zal slechts bij hoge uitzondering plaatsvinden.⁸² Na ontvangst van het aanvraagformulier, zal de compensatiecommissie een afschrift daarvan en een antwoordformulier ter invulling toezenden aan de betrokken RKK-instelling. De compensatiecommissie komt vervolgens zo spoedig mogelijk, eventueel na het inwinnen van nadere informatie, tot een beslissing.⁸³ De uitspraken van de compensatiecommissie gelden als bindend advies voor de betrokken RKK-instelling en zijn voor geen van de partijen vatbaar voor hoger beroep.⁸⁴ Betaling van een eventuele vergoeding door de RKK-instelling dient binnen 6 weken na de uitspraak te geschieden.⁸⁵

De compensatieregeling bevat 5 categorieën waarin de slachtoffers gebracht kunnen worden. De categorieën zijn gerelateerd aan de aard, ernst en frequentie van het misbruik. Hierbij worden soms abstracte omschrijvingen gebruikt, bijvoorbeeld 'uitzonderlijke gevallen van seksueel misbruik'. Per categorie wordt een bedrag aan financiële compensatie vastgesteld: 2 categorieën kennen vaste compensatiebedragen (van €7.500,- en €25.000,-); 3 categorieën kennen een bandbreedte in het compensatiebedrag (compensatie tot €5.000,-, tussen €10.000,- en €20.000,-, en maximaal €100.000,-).⁸⁶ Er is gekozen voor een bandbreedte binnen deze categorieën omdat hieronder gevallen van seksueel misbruik vallen die qua aard, zwaarte en frequentie zeer uiteenlopend kunnen

⁷⁸ Zie voor meer informatie www.meldpuntmisbruikrkk.nl>Compensatiecommissie>Documenten. Daar zijn ook de compensatieregelingen te vinden waarin het advies van de commissie Lindenbergh is neergelegd. Naast een Compensatieregeling voor minderjarige slachtoffers is er ook een compensatieregeling voor meerderjarigen in het leven geroepen.

⁷⁹ Art. 4 van de Regeling Lindenbergh en art. 7 Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸⁰ De klachtencommissie rapporteert dat veel klachten niet worden omgezet in een klaagschrift. De klachtencommissie onderzoekt de oorzaken hiervan nader, zie www.meldpuntmisbruikrkk.nl>klachtencommissie>statistieken voortgang.

⁸¹ Zie meer uitgebreid de Procedure regeling Klachtencommissie seksueel misbruik in de RK Kerk op www.meldpuntmisbruikrkk.nl>klachtencommissie.

⁸² Art. 23 Compensatieregeling Minderjarigen. Een verschijning van partijen wordt indien nodig alleen in categorie vijf-zaken bepaald, waarover art. 19-21 Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸³ Art. 16-18 Compensatieregeling Minderjarigen. Op www.meldpuntmisbruikrkk.nl>compensatiecommissie>statistieken voortgang is te lezen dat de gemiddelde behandeltermijn in 2013 gemiddeld 4 maanden is (waar deze in 2012 nog ruim een jaar was).

⁸⁴ Art. 32 Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸⁵ Art. 34 Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸⁶ Art. 3 van de Regeling Lindenbergh en art. 5 Compensatieregeling Minderjarigen. Voor een maximumbedrag is gekozen in verband met de verhouding tussen de bedragen in de verschillende categorieën, zie Rapport Lindenbergh, onder 3.5 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.

zijn. Binnen de bandbreedte kan dan rekening worden gehouden met de individuele omstandigheden van het geval.⁸⁷ De zwaarste categorie moet ook worden gezien als een hardheidsclausule: deze categorie geldt behalve voor de uitzonderlijke gevallen van seksueel misbruik ook voor de slachtoffers die in de twee daaraan voorafgaande categorieën vallen, maar die vanwege de ernstige financiële gevolgen van dat misbruik voor een uitzonderingspositie in aanmerking komen.⁸⁸ Bij het vaststellen van de compensatiebedragen per categorie heeft de commissie Lindenbergh zich laten inspireren door in Nederland door de rechter in gevallen van seksueel misbruik toegewezen smartengeldbedragen.⁸⁹ De vergoeding heeft het gemengde karakter van een compensatie voor uitgaven in verband met het seksueel misbruik⁹⁰ en smartengeld, in de zwaarste categorie komt hier nog compensatie voor eventueel verlies aan arbeidsvermogen bij.⁹¹ Op 7 augustus 2013 is er gemiddeld een bedrag van € 27.289,- per aanvraag uitgekeerd.⁹²

5.4. Instituut Asbestslachtoffers (IAS)

Het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) is in 2000 opgericht en een gezamenlijk initiatief van werkgevers- en werknemersorganisaties, het Comité Asbestslachtoffers, het Verbond van verzekeraars en de overheid. Het doel is om voor de vele asbestslachtoffers met de ziekte mesothelioom⁹³ tot een snelle afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken te komen en de slachtoffers nog bij leven genoegdoening en maatschappelijke erkenning te geven in de vorm van een compensatiebedrag.⁹⁴ Voor deze slachtoffers is het vaak lastig schadevergoeding te ontvangen omdat de (voormalig) werkgever niet meer bestaat, failliet is gegaan, of het verjaringverweer van de werkgever hen parten speelt. Tot 2003 opereerde het IAS alleen voor slachtoffers die als werknemer met asbest in aanraking zijn gekomen en aan mesothelioom lijden. Sinds 2007 kunnen alle benadeelden, dus ook niet-werknemers, die de ziekte mesothelioom hebben gekregen door contact met asbest in Nederland een beroep doen op het IAS.⁹⁵

Wanneer slachtoffers bij leven een beroep doen op het IAS, kunnen zij in aanmerking komen voor een tegemoetkoming van de overheid. De regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS) is bedoeld voor werknemers met mesothelioom alsmede huisgenoten van werknemers die aan mesothelioom lijden. Andere asbestslachtoffers met mesothelioom kunnen een beroep doen op de regeling Tegemoetkoming Niet-loondienstgerelateerde slachtoffers mesothelioom (TNS). Ook bepaalde nabestaanden hebben recht op een vergoeding als het asbestslachtoffer bij leven een

⁸⁷ Rapport Lindenbergh, onder 3.4 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸⁸ Rapport Lindenbergh, onder 3.5 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.

⁸⁹ Rapport Lindenbergh onder 1.7 en 3.4 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen.

⁹⁰ Zoals therapiekosten of reiskosten.

⁹¹ Rapport Lindenbergh, onder 3.1 alsmede de toelichting op de Compensatieregeling Minderjarigen. De commissie maakt expliciet dat in een aantal gevallen de compensatie de schade zal dekken en dat dat in een aantal gevallen niet zo zal zijn.

⁹² www.meldpuntmisbruikrkk.nl/compensatiecommissie/statistieken/voortgang. Op de website zijn ook de door de compensatiecommissie gedane uitspraken (geanonimiseerd) te lezen.

⁹³ Wanneer een slachtoffer met asbest heeft gewerkt en zich bij dit slachtoffer de ziekte mesothelioom openbaart, staat medisch gezien nagenoeg vast dat asbest hier de oorzaak van is.

⁹⁴ www.asbestslachtoffers.nl/regeling/tegemoetkoming. In 2012 resulteerde bijna 90% van de aanvragen bij het IAS in een tegemoetkoming of schadevergoeding bij leven, aldus de website. Zie in dit verband ook M.G. Faure en T. Hartlief. 'Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', *RMThemis* 1998-7, p. 211-228 en meer uitgebreid E. De Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Utrecht/Gent), Antwerpen: Intersentia 2013.

⁹⁵ Kritisch over het IAS en het daaraan ten grondslag liggende Convenant Asbestslachtoffers is L. Charlier, 'Tien jaar Convenant Asbestslachtoffers: een trieste balans', *NJB* 2008, 1506.

aanvraag in het kader van de regeling heeft gedaan.⁹⁶ De tegemoetkoming (TAS/TNS) bedraagt in 2013 het standaardbedrag van €18.907,- en strekt tot tegemoetkoming in immateriële schade.⁹⁷ De tegemoetkoming heeft het karakter van een voorschot (op een eventuele vergoeding door de werkgever); TAS en TNS zijn dan ook vangnetregelingen.

Na aanmelding bij het IAS vult een medewerker van het IAS telefonisch samen met het asbestslachtoffer een aanvraagformulier in. Vervolgens gaat de IAS-medewerker na hoe het contact met asbest heeft plaatsgevonden, dit vervolgesprek geschiedt telefonisch of bij het slachtoffer thuis. Het IAS verifieert vervolgens de bij het slachtoffer gestelde diagnose en adviseert vervolgens de Sociale VerzekeringsBank (SVB) om al dan niet tot uitkering van de tegemoetkoming aan het asbestslachtoffer over te gaan. Het streven is deze procedure binnen 2 maanden af te ronden.⁹⁸

Wanneer het asbestslachtoffer bij een werkgever aan asbest is blootgesteld, ondersteunt en bemiddelt het IAS vervolgens bij het aansprakelijk stellen door het slachtoffer van zijn (voormalig) werkgever of diens verzekeraar. Het IAS brengt hieromtrent een niet-bindend advies uit.⁹⁹ Aanvaardt de voormalig werkgever aansprakelijkheid, dan ontvangt de benadeelde een bedrag aan schadevergoeding. Het normbedrag voor 2013 is €61.205,-. Dit bedrag valt uiteen in een standaardbedrag van € 55.077,- ter vergoeding van immateriële schade¹⁰⁰, een bedrag van € 3.064,- voor materiële schade als bedoeld in art. 6:107 BW en nogmaals een bedrag van € 3.064,- voor overlijdensschade als bedoeld in art. 6:108 BW. Wanneer het asbestslachtoffer kan aantonen dat deze laatste schadeposten hoger zijn, kan het bedrag aan door de werkgever te betalen schadevergoeding verhoogd worden.¹⁰¹ De eerder uitgekeerde tegemoetkoming wordt hiermee verrekend. Het IAS streeft ernaar dit traject binnen 6 maanden af te ronden.¹⁰²

6. 'Common ground' en procedurele rechtvaardighedslessen naar aanleiding van de vier besproken Nederlandse schadefondsen

6.1. 'Common ground': analyse van de vier Nederlandse schadefondsen en hun CAf

Wanneer we de vier Nederlandse schadefondsen en hun Claimafwikkelingsfaciliteit (CAf) nader bezien, wordt de eerder in theorie gesignaleerde variëteit aan CAf'en direct ook in de praktijk zichtbaar. We kunnen de negen elementen die Mc Govern heeft onderscheiden, herkennen in de verschillende hiervoor besproken Nederlandse CAf'en. Zonder op alle negen elementen in te willen gaan, bespreken we wel enkele algemene lijnen die ons opvallen.

Allereerst valt op dat er verschillende legitimerende grondslagen spelen. Zoals aangegeven zijn de schadefondsen in de DES- en Dexia-zaak voortgevloeid uit rechterlijke uitspraken en daarop volgende schikkingsonderhandelingen tussen (potentiële) schadeveroorzakers (en hun verzekeraars) en organisaties die de belangen van benadeelden behartigen. De schikkingsovereenkomsten, die de inrichting van een schadefonds ten behoeve van de benadeelden impliceerden, zijn vervolgens ter goedkeuring aan de rechter voorgelegd, hetgeen hun legitimatie zal vergroten. De opgetuigde

⁹⁶ www.asbestslachtoffers.nl>regeling>tegemoetkoming. Een meer uitgebreide beschrijving van de regelingen en de te volgen procedure is te vinden in S. de Lang en A.J. Van, 'Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest', in: *Handboek Personenschade 2008*, Hoofdstuk 2075, p. 1-142.

⁹⁷ Het bedrag wordt ieder jaar geïndexeerd.

⁹⁸ www.asbestslachtoffers.nl>regeling>procedure

⁹⁹ Charlier is erg kritisch over deze bemiddelende rol en het niet-bindende advies van het IAS, zie Charlier 2008.

¹⁰⁰ Het slachtoffer komt voor smartengeld in aanmerking als hij zelf al een verzoek tot bemiddeling bij het IAS heeft gedaan en de werkgever aansprakelijk heeft gesteld. Zie www.asbestslachtoffers.nl>regeling>schadevergoeding.

¹⁰¹ www.asbestslachtoffers.nl>regeling>schadevergoeding. De bedragen worden jaarlijks geïndexeerd.

¹⁰² www.asbestslachtoffers.nl>regeling>procedure

compensatieregeling voor gevallen van misbruik in de Rooms-Katholieke kerk is in opdracht van de organisatie achter de schadeveroorzakers en na politieke en maatschappelijke druk tot stand gekomen. Iets soortgelijks zien we terug bij het Instituut Asbestslachtoffers, dat gebaseerd is op een convenant tussen organisaties van werkgevers en werknemers, verzekeraars en de overheid. Ook hier hebben politieke en maatschappelijke druk een rol gespeeld. De betrokkenheid van de overheid bij het Instituut Asbestslachtoffers, zal kunnen bijdragen aan de legitimiteit ervan.

Ook in de functies die de diverse schadefonds hebben, zien we verschillen. In de DES- en Dexia-schikking wordt de nadruk gelegd op financiële vergoeding en over andere vormen van compensatie wordt in de bereikte schikkingsovereenkomsten niet of nauwelijks gesproken. De belangenorganisaties kunnen op het terrein van genoegdoening een belangrijke rol vervullen, zo heeft in de DES-zaak het DES Centrum sterk ingezet op informatievoorziening en lotgenotencontact.¹⁰³ Andersoortige motieven zien we explicieter terug in de kerkelijk misbruik- en asbestaffaire: genoegdoening en maatschappelijke erkenning spelen een grote rol bij het oprichten van het schadefonds. Bij beide initiatieven zien we dat het slachtoffer er voor andersoortige hulp dan enkel financiële compensatie terecht kan (bemiddeling, doorverwijzing naar (medisch) deskundigen). Waar met andere woorden in de DES- en Dexia-schikkingsovereenkomst vooral de 'tort metaphor' zal spelen, zal de karakteristieke metafoor in de andere schadefonds ruimer zijn en meer gericht op het welzijn van het slachtoffer.

In de criteria op basis waarvan wordt bepaald wie welke vergoeding krijgt, zien we veel variëteit. Iedere schadefonds hanteert een eigen verdeelsleutel.¹⁰⁴ De mogelijkheden om tot passende verdeelsleutels te komen worden deels ingegeven door het type schadevoorzak en de aard van de schade.¹⁰⁵ Zo wordt geregeld gebruik gemaakt van een categorie-indeling, zowel in gevallen van personenschade (DES, kerkelijk misbruik) als in gevallen van zuivere vermogensschade (Dexia). De aard van de schade lijkt wel te bepalen hoe gemakkelijk het is vergaand te differentiëren en (sub)categorieën op te nemen. In de DES-schikking vindt aan de hand van de verschillende DES-aandoeningen vergaande differentiatie plaats, terwijl de categorie-indeling voor de slachtoffers van seksueel misbruik basaal van opzet is. Dat zal met bewijsproblematiek te maken hebben. De schadeoorzaak en de soort schade spelen hierbij zonder meer een rol. Ten gevolge van het misbruik is primair psychisch letsel ontstaan, hetgeen naar zijn aard lastiger te rubriceren en te bewijzen zal zijn dan het lichamelijk letsel dat primair in de DES-zaak speelde. Zuivere vermogensschade, zoals aan de orde in de Dexia-affaire, is qua aard weer gemakkelijker in een bedrag uit te drukken en te categoriseren dan lichamelijk of geestelijk letsel. De aard van de schade had daarom geen beletsel hoeven vormen voor een verdergaande categorisering van benadeelden in de Duisenberg-regeling.

In de DES-regeling is er naast de vergaande categorie-indeling geen ruimte voor het in aanmerking nemen van specifieke, individuele omstandigheden, evenmin als in de basale Duisenberg-regeling.¹⁰⁶ De in opzet eveneens basale categorie-indeling van de Compensatieregeling kerkelijk misbruik biedt die ruimte wel. Daar wordt gewerkt met bandbreedtes en een hardheidsclausule. Door het werken met bandbreedtes kan binnen een bepaalde categorie de vergoeding zoveel mogelijk toegespitst worden op de individuele benadeelde, op een wijze die vergelijkbaar is met het opnemen van subcategorieën. De hardheidsclausule in de Compensatieregeling kerkelijk misbruik biedt ruimte om

¹⁰³ Zie voor meer informatie www.descentrum.nl.

¹⁰⁴ De mogelijkheid van meerdere verdeelsleutels of afwikkelingsmodaliteiten in één schadefonds die in Amerika soms wordt geboden (paragraaf 3.2), zien we in Nederland niet terug.

¹⁰⁵ Zie in dit verband nader Van Doorn en De Bruijn 2013.

¹⁰⁶ Zie ook J.M. Barendrecht en C.J.M. van Doorn, 'Richtpunten voor massale geschillen: het schikkingsspel in de aandelenleaseaffaire', *NJB* 2007, 2127, p. 2605-2612.

aan uitzonderlijke gevallen tegemoet te komen, maar blijft binnen de categorie-indeling door deze gevallen in de zwaarste categorie onder te brengen.

De verdeelmethode gehanteerd door het IAS voor compensatie van asbestschade is geheel anders van aard. Ieder slachtoffer dat voor een vergoeding in aanmerking komt op basis van de vastgestelde criteria krijgt in ieder geval een standaardbedrag aan tegemoetkoming in immateriële schade uitgekeerd. Het IAS bemiddelt en ondersteunt het slachtoffer in het traject om de werkgever aansprakelijkheid jegens het individuele slachtoffer te laten erkennen, teneinde meer schadevergoeding (die eveneens deels is genormeerd) van de werkgever te verkrijgen.

6.2. Lessen vanuit het oogpunt van procedurele rechtvaardigheid

Eerder benadrukten wij het belang dat wij zien voor procedurele rechtvaardigheid in het kader van een collectieve afwikkeling van massaschade. Zonder tot een uitputtende analyse te willen komen, benoemen wij hier enkele interessante ontwikkelingen in de eerder beschreven Nederlandse schadefondsen en hun CAf die vanuit het oogpunt van procedurele rechtvaardigheid interessant zijn en nadere bestudering en/of navolging verdienen. We richten hier de aandacht op een belangrijk aspect van procedurele rechtvaardigheid, het hebben van een 'voice'.

Vanwege het collectieve karakter van de schadeafwikkeling in een geval van massaschade, is het ondoenlijk om alle benadeelden direct inspraak te laten hebben in de wijze van afwikkeling. Met name in de WCAM-zaken (DES en Dexia) is er niet of nauwelijks ruimte voor een op het individu gerichte aanpak en het verdisconteren van individuele omstandigheden. We zien hier dan een belangrijke rol weg gelegd voor de belangenorganisaties die de belangen van de individuele benadeelden behartigen.¹⁰⁷ Het zijn de belangenorganisaties die ervoor moeten zorgen dat de benadeelden gehoord worden en een 'voice' hebben in het proces. Zij vertegenwoordigen de benadeelden in de onderhandelingen met (potentiële) schadeveroorzakers en hun verzekeraars. De rechter verifieert in het kader van de WCAM-procedure of de belangenorganisatie met wie een schikkingsovereenkomst is gesloten wel voldoende representatief is ter zake van de belangen van benadeelden ten behoeve van wie de schikkingsovereenkomst is gesloten.¹⁰⁸ Positief is een ontwikkeling die we hebben gesignaleerd in de Dexia-zaak: daar hebben enkele belangenorganisaties alvorens zich te conformeren de bereikte collectieve regeling ter goedkeuring aan hun achterban van benadeelden voorgelegd. Op deze wijze kunnen individuele benadeelden zich direct uitspreken over het behaalde resultaat.

Vertegenwoordiging van individuele benadeelden zien we eveneens terug inzake de afwikkeling van de asbestproblematiek, waar een convenant met onder meer werknemersorganisaties aan de oprichting van het IAS ten grondslag lag. Voor zover wij dat kunnen beoordelen ontbreekt een dergelijke vertegenwoordiging van slachtoffers bij de afwikkeling van de massale schade inzake het kerkelijk misbruik. Op een andere wijze komen het IAS en het Meldpunt Misbruik RKK (ook) toe aan de mogelijkheid tot zeggenschap voor de individuele benadeelde in zijn afwikkelingsproces. Ze kennen in hun aanpak en communicatie meer mogelijkheden om het individu centraal te stellen en/of individuele omstandigheden te verdisconteren. Zo bemiddelt en ondersteunt het IAS bij het aansprakelijk stellen van de individuele werkgever waarvoor het slachtoffer heeft gewerkt, hetgeen ruimte voor de werknemer biedt om zich te laten horen en individuele omstandigheden aan de orde te stellen. De compensatiecommissie van het Meldpunt Misbruik RKK geeft op basis van schriftelijke input van het individuele slachtoffer, ieder slachtoffer een plaats in de categorie-indeling. De

¹⁰⁷ Zie ook Van Doorn 2010, p. 387-396.

¹⁰⁸ Art. 7:907 lid 3 sub f BW.

compensatiecommissie komt tot een individuele uitspraak¹⁰⁹ waarin aan ieder slachtoffer, binnen de marges van de categorie-indeling een individuele schadevergoeding wordt toegekend. In uitzonderlijke gevallen is er de mogelijkheid van een mondelinge behandeling. Wanneer het slachtoffer voordien een klacht heeft voorgelegd aan de klachtencommissie vindt een behandeling hiervan aan de hand van een door het slachtoffer opgesteld klaagschrift in een besloten hoorzitting plaats voor deze klachtencommissie. Het IAS en het Meldpunt Misbruik RKK stroomlijnen aldus de afwikkeling van het massale schadegeval door een categorie-indeling aan de toe te kennen compensatie ten grondslag te leggen of een standaardvergoeding toe te kennen, maar bieden op eigen wijze mogelijkheden voor benadeelden om zich te laten horen.

7. Tot slot: samenvatting, conclusie en stellingen ter discussie

Massaschade is een verschijnsel dat in meerdere opzichten over grenzen heen gaat. Door de toenemende globalisering en onderlinge economische verwevenheid, strekt een schadetoebrenkend voorval dat een groot aantal betrokkenen raakt zich al snel over meerdere jurisdicties uit. Ook kan de aard van het schadegeval zich kenmerken door zowel private als openbare orde elementen, waardoor massaschade over de grenzen van het privaatrecht en het bestuursrecht heen gaat.

Wij hebben in deze bijdrage eveneens over grenzen heen gekeken. De afwikkeling van massaschade kent immers een 'common ground': onder de eindstreep zal vaak een schadefonds gevormd en op een rechtvaardige manier onder de individuele benadeelden verdeeld moeten worden. Deze schadefonds, ook wel Claim Afwikkelingsfaciliteiten genoemd, vertonen een grote mate van diversiteit. In de literatuur heeft men geprobeerd om de analyse daarvan te vergemakkelijken door negen elementen te onderscheiden op basis waarvan bestaande CAF'en nader te verklaren zijn. Ondanks het feit dat CAF'en wijdverspreid en veel voorkomend zijn, is er weinig bekend over het functioneren daarvan. Onduidelijk is wat de determinanten zijn die ervoor zorgen dat een CAF als geslaagd kan worden aangemerkt. Het Rand Instituut heeft al in 1990 een onderzoeksagenda opgesteld die onze kennis over CAF'en verder diende te brengen. Een van de onderwerpen die daarop te vinden is, betreft de vraag in hoeverre een CAF rekening houdt met aspecten van procedurele rechtvaardigheid. In deze bijdrage hebben wij vier schadefonds nader bestudeerd. Twee daarvan hebben een zuiver privaatrechtelijke grondslag (DES en Dexia), twee een meer privaatrecht/publieke grondslag (Asbestinstituut en Misbruik Rooms-Katholieke kerk). Wij hebben deze CAF'en nader geanalyseerd op basis van enkele in de literatuur onderscheiden elementen die een CAF kenmerken en ontwikkelingen gesignaleerd met betrekking tot een aspect van procedurele rechtvaardigheid, het hebben van een voice.

Onze conclusie is dat meer zicht op het daadwerkelijk functioneren van de CAF gewenst is. Door het verzamelen van data en statistieken over de afwikkeling van een geval van massaschade middels een daarvoor ingezet schadefonds kan meer zicht op het functioneren ervan verkregen worden. Met name data over uitkomsten en transactiekosten zijn ons inziens gemakkelijk vast te leggen. Het zou al heel mooi zijn als deze data systematisch vastgelegd worden ten aanzien van de vier door ons belichte Nederlandse schadefonds. Deze schadefonds laten immers al een diversiteit in aanpak en afwikkeling van massaschade zien. De bestudering van deze schadefonds door ons leert echter ook dat met name wanneer de CAF niet is opgelegd van overheidswege, maar er sprake is van een door de rechter verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst, weinig informatie over afwikkeling en voortgang beschikbaar is.¹¹⁰

Een collectieve afwikkeling van massaschade middels schadefonds, zo leert de huidige praktijk, is gangbaar. Wij verwachten dat de frequentie waarmee massaschade zich voordoet alleen maar zal

¹⁰⁹ De door de commissie gedane uitspraken zijn te raadplegen op www.meldpuntmisbruikrkk.nl.

¹¹⁰ Op de websites van het IAS en Meldpunt Misbruik RKK wordt (zij het soms beperkt) inzicht gegeven in voortgang, aantallen en uitgekeerde bedragen.

toenemen. Door de verzamelde data nader te onderzoeken en te vergelijken kunnen 'best practices' ontwikkeld worden voor het ontwerp, de organisatie en het uitvoeren van een specifieke CAF. Aandacht voor aspecten van procedurele rechtvaardigheid (en tevredenheid onder benadeelden) is daarbij van groot belang. Meer kennis over de organisatie, het ontwerp en de uitvoering van schadefondsen helpt aan de verbetering van het afwikkelingstraject en het optimaliseren van Claimafwikkelingsfaciliteiten.

Naar aanleiding van deze bijdrage hebben wij de volgende vier stellingen geformuleerd die ter discussie kunnen dienen:

Stelling 1. Voor Claimafwikkelingsfaciliteiten is ten onrechte te weinig aandacht in wetenschappelijk onderzoek.

Stelling 2. Procedurele rechtvaardigheid kan een collectieve afwikkeling van massaschade maken of breken.

Stelling 3. Een collectieve afwikkeling van massaschade moet het uitgangspunt zijn, de uitdaging is om individuele belangen en omstandigheden hierbinnen zoveel mogelijk te waarborgen en in aanmerking te nemen.

Stelling 4. De afwikkeling van massaschade is een onderwerp dat altijd in een multi-disciplinair teamverband benaderd moet worden.