

Directe actie in relatie tot massaschade

18

In dit artikel wordt de positie besproken van de AVB-verzekeraar die partij is bij een overeenkomst waarin massapersonenschade collectief wordt afgewikkeld wanneer een benadeelde kiest voor de zogenaamde op-
 out-mogelijkheid en de verzekerde som ontoereikend is. Hoe verhoudt art. 7:954 lid 5 BW zich dan tot de verplichtingen van de AVB-verzekeraar die voortvloeien uit de verbindend verklaarde overeenkomst? Moet hij deze verplichtingen in een dergelijk geval onverkort nakomen of moet hij deze juist opschorten? De Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade en de regeling van de directe actie lijken – indien sprake is van een ontoereikende verzekerde som – niet goed op elkaar afgestemd.

1. Inleiding

Per 1 januari 2006 is het nieuwe verzekeringsrecht en daarmee art. 7:954 BW in werking getreden. Dit artikel kent een directe actie toe aan een slachtoffer met schade door dood of letsel jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker, indien laatstgenoemde (onverplicht) een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. De directe actie verleent het slachtoffer een rechtstreeks vorderingsrecht. Dit betekent dat hij kan verlangen (en zo nodig in rechte kan afdwingen) dat de verzekeraar rechtstreeks aan hemzelf het bedrag betaalt, dat de verzekeraar aan zijn verzekerde verschuldigd is ter zake van door de verzekerde aangerichte personenschade. Ingevolge art. 7:955 BW is de verzekerde som het hoogste bedrag van de schadevergoeding tot uitkering waarvan de verzekeraar als gevolg van eenzelfde voorval kan worden verplicht (behoudens het bepaalde in art. 7:959 BW). De strekking van de directe actie is te bewerkstelligen dat indien een schadeveroorzaker zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt, de verzekeringspenningen zo veel als mogelijk en ook zo voorspoedig als mogelijk bij de benadeelde terecht komen.² De aansprakelijkheidsverzekeraar kan blijkens art. 7:954 lid 3 in beginsel niet meer bevrijdend betalen aan zijn

verzekerde; hij dient de schade direct af te wikkelen met de benadeelde.^{3,4}

Het vijfde lid van art. 7:954 BW bevat een regeling voor het geval er meerdere benadeelden met personenschade zijn, terwijl de verzekerde som niet voldoende is om alle schade te dekken. In dat geval dient de verzekerde som naar evenredigheid van de vorderingen te worden verdeeld onder de benadeelden. De wet bepaalt het aldus dat de verschuldigde uitkering naar evenredigheid wordt toegerekend aan de schade van elk der benadeelden alsmede, voor zover de benadeelden zowel schade door dood of letsel als andere schade lijden, aan deze verschillende schadesoorten. Het rechtstreeks vorderingsrecht komt de benadeelden dan uitsluitend toe voor het (evenredige) gedeelte dat aan hen is toegerekend ter zake van hun schade door dood of letsel.⁵ Art. 7:954 en dus ook het vijfde lid ervan vormt dwingend recht. Van dit artikel kan niet ten nadele van de benadeelde(n) worden afgeweken (aldus art. 7:963 lid 4 BW).

Art. 7:954 lid 5 zal vrijwel altijd een rol spelen wanneer sprake is van massaschade in de vorm van letsel- of overlijdensschade, tot welke schade ik mij in deze bijdrage beperk.⁶ Om deze reden is in de literatuur bepleit dat aansprakelijkheidsverzekeraars in gevallen van massaschade gebruikmaken van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) om te komen tot een efficiënte collectieve afdoening van massaschade. Daarbij is erop gewezen dat het verstandig is de verzekeraar deel te laten nemen aan de door de rechter verbindend te verklaren overeenkomst gelet op de rechtstreekse aanspraken van de benadeelden jegens de verzekeraar ingevolge art. 7:954 BW. Een verzekeraar dient de schade immers rechtstreeks af te wikkelen met de benadeelden die bij een massaschade zijn betrokken. Door partij te worden bij de collectieve schikking kan de verzekeraar erop toezien dat de door hem verschuldigde uitkering naar evenredigheid

1. Mr. M. Keijzer-de Korver is werkzaam bij Wetenschappelijk bureau Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.

2. Dit blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis met betrekking tot art. 7:954 BW. Zie daartoe M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius en J.G.J. Rinkes, *Boek 7, Titel 17 BW Verzekering*. Deventer: Kluwer 2007, p. 149-168.

3. Zie J.H. Wansink, 'De directe actie ex art. 7:954 BW bij rampschade', *AV&S* 2007, 35, p. 233.

4. Wat er kan gebeuren indien de verzekerde som onverhoopt in handen komt van de verzekerde blijkt uit Rb. Alkmaar 9 juni 2010, *LJN* BM7163 betreffende de legionellabesmetting tijdens de Westfriese Flora in 1999: toen de aansprakelijkheid van de verzekerde eenmaal in rechte was vastgesteld, bleek de voor de slachtoffers bestemde verzekeringsuitkering volledig door de verzekerde te zijn aangewend ter voldoening van zijn eigen (proces- en onderzoeks)kosten.

5. Zie Hendrikse, Martius, Rinkes, a.w., p. 161 (Tweede nota van wijziging, toelichting), alsmede N. Frenk en E.R. Salomons, 'De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen', *WPNR* 18 maart 2006/6658, p. 206. Wansink had het mooier gevonden als de vergoeding van personenschade volledig prevaleerde boven die van andere schade, maar daarin voorziet art. 7:954 lid 5 dus niet. Zie J.H. Wansink, 'De directe actie ex art. 7:954 BW bij rampschade', *AV&S* 2007, 35, p. 235.

6. Voorts ga ik er in deze bijdrage van uit dat sprake is van dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering, zodat de verzekeraar een uitkering is verschuldigd.

wordt toegerekend op de wijze als is voorzien in art. 7:954 lid 5 BW.^{7, 8} De wetgever heeft erop gewezen dat het bovendien voor een verzekeraar van belang kan zijn om partij te zijn bij de collectieve overeenkomst in verband met het bepaalde in art. 1015 Rv.⁹ Dit artikel voorziet in de mogelijkheid voor partijen bij de overeenkomst van wie in een procedure schadevergoeding wordt gevorderd om tijdens de behandeling van het verzoek tot verbindendverklaring schorsing te vragen van die lopende procedure.

2. Probleemstelling

Maar hoe is de situatie wanneer gerechtigden tot een vergoeding gebruikmaken van hun zogenaamde opt out-mogelijkheid door aan te geven dat zij niet gebonden willen zijn aan de verbindend verklaarde collectieve schikking (art. 7:908 lid 2 en 3 BW)? Deze zogenaamde 'opt outers' kunnen alsnog in een civiele procedure volledige schadevergoeding vorderen van de aansprakelijke partij en een directe actie instellen tegen haar (eventuele) aansprakelijkheidsverzekeraar. Staat het de aansprakelijkheidsverzekeraar in dat geval wel vrij om de verbindend verklaarde collectieve schikking na te komen door de overeengekomen uitkeringen aan de wel gebonden benadeelden te voldoen? Of moet de aansprakelijkheidsverzekeraar de nakoming van zijn verplichtingen uit de collectieve schikking opschorten, aangezien hij door het uitstappen van de benadeelden (hangende de daarop volgende procedures, mogelijk in drie instanties) geen zekerheid heeft over de hoogte van de aan hen toe te wijzen bedragen en dus niet in staat is de verzekerde som naar evenredigheid te verdelen?¹⁰ In deze bijdrage probeer ik een antwoord te vinden op deze precare vragen.

3. Art. 7:954 lid 5, tweede en derde volzin

De betreffende vragen vloeien voort uit de tweede en derde volzin van art. 7:954 lid 5 BW.¹¹ De tweede volzin bevat een regeling voor het geval de verzekeraar 'per ongeluk' aan een benadeelde meer heeft betaald dan

waarop hij ingevolge zijn aandeel recht had. De volzin bepaalt:

'Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde of de verzekerde een groter bedrag dan het aan deze toekomende deel heeft uitgekeerd, jegens de andere benadeelden slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som.'

Wanneer een aansprakelijkheidsverzekeraar partij is bij een verbindend verklaarde collectieve schaderegeling en hij geconfronteerd wordt met een of meer 'opt outers', kan niet gezegd worden dat de verzekeraar onbekend is met het bestaan van vorderingen van deze andere benadeelden. Het is hem juist bekend dat deze benadeelden geen genoegen nemen met het schadebedrag waarop zij ingevolge de collectieve schikking aanspraak hadden kunnen maken. Indien vervolgens in de civiele procedure komt vast te staan dat aan deze benadeelden een hogere schadevergoeding toekomt dan waarvan werd uitgegaan in het kader van de collectieve schikking, dan zou dat betekenis kunnen hebben voor de verdeling naar evenredigheid van de door de verzekeraar verschuldigde uitkering als bedoeld in art. 7:954 lid 5, eerste volzin. Kan dan gezegd worden dat de verzekeraar, ondanks zijn bekendheid met het feit dat van de opt out-mogelijkheid gebruik is gemaakt, te goeder trouw (vgl. art. 3:11 BW) aan de benadeelden die wel gebonden worden door de verbindend verklaarde schikking hun in de overeenkomst vastgestelde aandeel heeft uitbetaald? Of loopt de verzekeraar het risico dat hij uiteindelijk gehouden is tot het doen van uitkeringen boven de verzekerde som, omdat hij geacht wordt niet te goeder trouw te zijn overgegaan tot de in de overeenkomst vastgelegde pro rata uitkeringen?

Bij twijfel over de vraag welk aandeel in de uitkering aan een benadeelde toekomt, komt de verzekeraar ingevolge de derde volzin van art. 7:954 lid 5 een opschortingsbevoegdheid toe. De volzin bepaalt:

'De betaling aan de benadeelden kan worden opgeschort voor zover in verband met het in de eerste zin bepaalde op redelijke gronden kan worden betwijfeld welk bedrag dient te worden voldaan.'

Hangende de onderhandelingen over een overeenkomst tot collectieve schaderegeling komt de verzekeraar deze opschortingsbevoegdheid zonder meer toe en wel tot aan het moment waarop deze overeenkomst onherroepelijk verbindend is verklaard door het Hof Amsterdam. Maar of zo'n opschortingsbevoegdheid ook nadien nog bestaat, valt te bezien. Kan de aansprakelijkheidsverzekeraar betogen dat door de civiele procedure, die wordt gevoerd na de keuze van een of meer benadeelde(n) om uit te

7. Zie onder meer N. Frenk en F.R. Salomons, 'De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen', *WPNR* 18 maart 2006/6658, p. 207, R.S. Meijer, 'Massaschade', *AA* 2007, p. 751, N. Frenk, 'Massaschade: de Nederlandse benadering', *AV&S* 2007, 33, p. 217, alsmede A.R.J. Croiset van Uchelen, 'De verbindendverklaring volgens de WCAM als procesvorm', *AV&S* 2007, 34, p. 224.
8. In de DES-zaak waren de verzekeraars van de aansprakelijke farmaceutische bedrijven, naast hun verzekerden, partij bij de overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling. Zie Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461.
9. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 10-11 en p. 27.
10. Met deze vragen lijkt de verwachting van Hengeveld, dat het niet ondenkbaar is dat de directe actieregeling voor massaschade meer nieuwe problemen brengt dan zij oude problemen oplost, te worden bewaarheid. Zie W.J. Hengeveld, 'De afwikkeling van 'voorbij' rampen', *AV&S* 2007, 36, p. 241.
11. Zie Hendrikse, Martius, Rinkes, a.w., p. 165 en 168 met betrekking tot art. 7:954 lid 5 BW.

stappen, op redelijke gronden kan worden betwijfeld welk bedrag hij aan de respectievelijke benadeelden moet voldoen? Weliswaar is duidelijk dat de 'uitgestapte' benadeelden een opeisbare vordering hebben, maar hangende de civiele procedure is niet duidelijk tot welk bedrag. Een bevestigende beantwoording van voornoemde vraag zou betekenen dat benadeelden die ervoor kiezen gebruik te maken van de opt out-mogelijkheid, de afwikkeling van de massa(personen)schade conform de verbindend verklaarde overeenkomst jarenlang zouden kunnen frustreren. Het mag duidelijk zijn dat dat in elk geval nooit de bedoeling van de wetgever is geweest. Veeleer lijkt het erop dat de wetgever de regeling van art. 7:954 lid 5, tweede en derde volzin, niet heeft afgestemd op de thans te bespreken Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade.

4. Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade¹²

Vijf maanden voor de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht was de WCAM in werking getreden.¹³ Enkele met deze wet beoogde voordelen zijn dat de (mogelijk) aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars in belangrijke mate zekerheid verkrijgen over hun financiële verplichtingen tegenover de benadeelden, terwijl de benadeelden binnen korte tijd op eenvoudige wijze een reëel schadebedrag krijgen. Voor alle betrokken partijen geldt bovendien als voordeel dat zij niet jarenlang hoeven te procederen met alle procesrisico's en hoge kosten van dien.¹⁴ De WCAM heeft met het oog op deze (en andere) voordelen de mogelijkheid opengesteld om een overeenkomst over de collectieve afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige schadevorderingen door het Hof Amsterdam verbindend te laten verklaren voor alle benadeelden. Uitgangspunt daarbij is dat de beschikbare financiële middelen evenredig worden verdeeld over alle benadeelden ten behoeve van wie de collectieve overeenkomst is gesloten. Een WCAM-overeenkomst is de uitkomst van onderhandelingen in een situatie van onzekerheid omtrent de uitkomst van een eventuele procedure, waarbij door alle partijen concessies zijn gedaan en kansen zijn geschat om tot een vaststelling te komen van hetgeen waarover tussen partijen onzekerheid of geschil bestaat.¹⁵ De wettelijke regeling is erop gericht te bewerkstelligen dat na de verbindendverklaring van de overeenkomst deze spoedig en volledig kan worden

uitgevoerd. In het onderstaande bespreek ik in hoofdlijnen de wettelijke bepalingen om dit duidelijk te maken.

In art. 7:907 lid 2 BW zijn de minimumvereisten vastgelegd waaraan de overeenkomst moet voldoen. Zo moet de overeenkomst een omschrijving bevatten van de groep of groepen van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, alsmede een zo nauwkeurig mogelijke raming van het aantal personen dat tot deze groep(en) behoort. In de overeenkomst dient een categorale indeling van de benadeelden te worden gemaakt naar gelang van de aard en de ernst van hun schade. Daarbij moet worden vastgesteld welke schadevergoeding met welke schade-categorie correspondeert.

Art. 7:907 lid 3 BW bepaalt onder welke omstandigheden het Hof het verzoek tot verbindendverklaring moet afwijzen. Dit is onder meer het geval, indien de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op onder andere de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden; indien onvoldoende (financiële) zekerheid is gesteld voor de voldoening van de vorderingen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten; indien de overeenkomst niet voorziet in een onafhankelijke vaststelling van de vergoedingen, alsmede indien de belangen van de gerechtigden anderszins onvoldoende zijn gewaarborgd. Voorts geldt de eis dat als partijen zijn overeengekomen dat een rechtspersoon belast zal zijn met de uitkering van de vergoedingen, deze rechtspersoon partij moet zijn bij de overeenkomst.

Blijkens de memorie van toelichting zijn er verschillende mogelijkheden om te waarborgen dat de vergoedingen die de overeenkomst toekent ook daadwerkelijk kunnen worden voldaan. Dit kan bijv. door de voor uitkering bestemde bedragen te storten op een geblokkeerde derdenrekening of in een door een stichting beheerd schade-fonds, waarbij de gestorte bedragen alleen kunnen worden aangewend voor het doen van uitkeringen aan benadeelden. De rechter dient zich ervan te vergewissen of het fonds, gezien het aantal benadeelden in relatie met de vergoedingen die aan hen worden toegekend, over voldoende middelen beschikt of kan komen te beschikken. Daarbij is uiteraard van belang of het aantal benadeelden dat de overeenkomst vermeldt volgens de rechter geen te lage inschatting is. Ook de belangen van toekomstige benadeelden (dat zijn de benadeelden die gedurende de behandeling van het verzoek tot verbindendverklaring nog niet met hun schade bekend konden zijn) zal de rechter in ogenschouw moeten nemen; voorziet de overeenkomst bijv. in een zodanige reservering voor deze toekomstige benadeelden dat te verwachten valt dat de overeenkomst ook voor hen kan voorzien in een redelijke vergoeding?¹⁶

12. In de literatuur is buitengewoon veel aandacht besteed aan de WCAM. Ik verwijs naar het (overigens niet uitputtende) overzicht in het artikel van A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 25 oktober 2008/6772, p. 799, voetnoot 3, alsmede naar de literatuurverwijzingen in Bijzondere overeenkomsten 2 (C.J.M. van Doorn), art. 7:907-910, Deventer: Kluwer (losbl.).

13. De WCAM is in werking getreden per 27 juli 2005 en is vastgelegd in art. 7:907 t/m 910 BW (in de titel betreffende de vaststellings-overeenkomst) en in art. 1013 t/m 1018 Rv.

14. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 1.

15. Aldus Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427, *LJN* AZ7033 (Dexia), r.o. 6.6.

16. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 13-15.

Het Hof Amsterdam heeft met betrekking tot deze afwijzingsgrond opgemerkt dat indien niet is gewaarborgd dat de WCAM-overeenkomst na verbindendverklaring kan worden uitgevoerd, dat wil zeggen dat elk van de rechthebbers de vergoeding kan krijgen die hem ingevolge de WCAM-overeenkomst toekomt, de verbindendverklaring daarop dient af te stuiten. Bij het oordeel of de naleving van de WCAM-overeenkomst is gewaarborgd, dient te worden betrokken welk (maximaal) totaalbedrag er naar redelijke verwachting met die naleving gemoeid zal zijn, aldus het hof.¹⁷

Ingevolge art. 7:908 lid 1 BW heeft een onherroepelijk verbindend verklaarde overeenkomst tussen de contractspartijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst, waarbij iedere gerechtigde als partij geldt.¹⁸ Dit betekent dat partijen bij de overeenkomst zich jegens elkaar hebben gebonden aan een vaststelling van hetgeen rechtens tussen hen geldt, dit ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil daaromtrent (art. 7:900 BW).

Om de WCAM te laten voldoen aan fundamentele rechtsbeginselen zoals het beginsel van partijautonomie (waarbij men zelf bepaalt of, tegen wie en waarover geprocedeerd wordt) en het in art. 17 Grondwet en art. 6 EVRM neergelegde grondrecht op toegang tot de onafhankelijke rechter, is de al eerder genoemde opt out-mogelijkheid in de wet opgenomen (art. 7:908 lid 2 en 3). Iedere benadeelde kan binnen een bepaalde termijn schriftelijk mededeling doen aan de daartoe in de overeenkomst aangewezen persoon dat hij niet gebonden wil zijn aan de verbindend verklaarde overeenkomst. Na het verstrijken van deze termijn is duidelijk welke benadeelden aan de overeenkomst gebonden zijn en welke niet.

Art. 7:908 lid 4 bepaalt dat een beding dat een partij bij de overeenkomst ten nadele van de gerechtigden tot een vergoeding van een verbintenis bevrijdt, na een verbindendverklaring nietig is. Onder de in dit artikellid genoemde voorwaarden bestaat slechts de mogelijkheid voor de partijen die zich bij de overeenkomst hebben verbonden tot schadevergoeding om gezamenlijk de verbindend verklaarde overeenkomst op te zeggen. Dit mag dan alleen wanneer mocht blijken dat te veel gerechtigden van de opt out-mogelijkheid gebruik hebben gemaakt. Het vijfde lid van art. 7:908 bepaalt voorts dat na de verbindendverklaring de partijen die de overeenkomst hebben gesloten en de gerechtigden tot een vergoeding geen beroep meer kunnen doen op een aantal vernietigingsgronden.

17. Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN AZ7033, r.o. 7.18 e.v. (Dexia).

18. De verbindendverklaring van de overeenkomst geeft de benadeelden niet een voor tenuitvoerlegging vatbare titel; zij krijgen slechts een contractuele aanspraak. Vgl. onder meer Chr.F. Kroes, 'The beauty and the beast? Over 'class actions', de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter', *NTBR* 2008, 36, p. 273.

Slechts op één grond kan de rechter de (gedeeltelijke) ontbinding uitspreken van de verbindend verklaarde overeenkomst, namelijk indien aan een benadeelde wel een vergoeding is toegekend, maar uitkering daarvan uitblijft (art. 7:905 BW). Door deze ontbinding herleeft voor de betreffende benadeelde de mogelijkheid om – buiten de overeenkomst om – in rechte volledige schadevergoeding te vorderen.

Blijkens art. 7:909 lid 2 kan een gerechtigde ook naar de civiele rechter stappen als de beslissing over de toekenning van een schadevergoeding niet binnen een daartoe te stellen redelijke termijn wordt verkregen. De rechter bepaalt dan welke vergoeding de benadeelde ingevolge de overeenkomst toekomt; de schade wordt in dat geval dus wel overeenkomstig de verbindend verklaarde overeenkomst afgewikkeld.

Art. 7:909 lid 5 voorziet in een regeling voor het geval de overeenkomst is gesloten op basis van een maximumbedrag voor uitkeringen en er een groter aantal gerechtigden blijkt te zijn dan in de verbindend verklaarde overeenkomst was voorzien.¹⁹ De na deze constatering nog verschuldigde vergoedingen worden dan (in principe)²⁰ naar evenredigheid verminderd tot het beloop van het op dat moment nog overgebleven bedrag. Reeds uitgekeerde vergoedingen blijven onaangetast. De betaling van nog verschuldigde vergoedingen kan worden opgeschort, indien op redelijke gronden kan worden betwijfeld welk bedrag dient te worden voldaan. De partijen die zich bij de overeenkomst tot storting van het maximumbedrag hebben verbonden, kunnen dus tot niet meer schadevergoeding worden aangesproken dan tot het overeengekomen maximum.²¹ Blijkt dit maximumbedrag ontoereikend te zijn, dan worden de benadeelden gekort op hun rechten. Dit vijfde lid ziet op de situatie dat de beschikbare fondsen niet toereikend blijken te zijn om alle gerechtigden op een vergoeding de volledige uitkering te doen waarop zij ingevolge de overeenkomst recht hebben. Dit is dus een andere situatie dan waarop ik mij in deze bijdrage richt.

19. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 22. De situatie waarin er meer benadeelden blijken te zijn dan was voorzien, zal zich voornamelijk voordoen in het geval de overeenkomst ook voorziet in vergoedingen aan toekomstige benadeelden. Vooral dan is denkbaar dat de inschatting van het aantal benadeelden achteraf gezien te laag is geweest. Het moment waarop deze toekomstige benadeelden ingevolge art. 7:908 lid 3 BW kunnen laten weten gebruik te willen maken van de opt out-mogelijkheid, is doorgaans ook het moment waarop al duidelijk is dat de nog verschuldigde vergoedingen naar evenredigheid zullen worden verminderd. Zie ook *Kamerstukken I* 2004/05, 29 414, nr. C (MvA), p. 9-10.

20. In de vaststellingsovereenkomst kan blijkens art. 7:909 lid 5 BW een afwijkende regeling omtrent de wijze van inkorting worden opgenomen die met het oog op de specifieke belangen van de verschillende benadeelden ook te rechtvaardigen is. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7 (nota n.a.v. het verslag), p. 38-39.

21. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7 (nota n.a.v. het verslag), p. 33.

Art. 7:910 lid 1 BW regelt het geval dat ook andere schuldenaren, die geen partij zijn bij de collectieve overeenkomst, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade. De regeling strekt ertoe dat op de schuldenaar die wel partij is bij de overeenkomst geen regres kan worden genomen door die andere hoofdelijke schuldenaren tot boven het bedrag dat de partijschuldenaar ingevolge de overeenkomst als vergoeding verschuldigd is. Aldus blijft voor hem de verkregen zekerheid omtrent de totale financiële verplichtingen tegenover de benadeelden behouden.

Tot slot wijs ik op het tweede lid van art. 7:910 BW dat een regeling geeft voor het geval alle gerechtigden zijn voldaan, er verder geen aanspraken meer zijn te verwachten en er een restant is overgebleven. De partijen die zich hebben verbonden tot de schadevergoeding kunnen dan niet eigenmachtig de door hen gestorte gelden weer naar zich toehalen. Nee, ze zullen het Hof Amsterdam moeten verzoeken om degene die de gelden beheert te bevelen het restant aan deze partijen naar evenredigheid van ieders bijdrage uit te keren.

5. De verbindend verklaarde collectieve overeenkomsten

Het Hof Amsterdam heeft sinds de invoering van de WCAM vijf collectieve overeenkomsten verbindend verklaard.²² Hoewel de directe aanleiding voor het uitdenken en invoeren van de WCAM de DES-zaak was, is de WCAM tot nu toe alleen in die zaak ingezet op het gebied van het personenschaderecht (naast dat van de productenaansprakelijkheid). De andere zaken betroffen de aansprakelijkheid voor financiële producten (Dexia, Vie d'Or) en het effecten- en ondernemingsrecht (Shell, Vedior).

De door mij aan de orde gestelde vragen speelden niet in de DES-zaak. De aansprakelijke, kapitaalcrachtige farmaceutische bedrijven en hun aansprakelijkheidsverzekeraars boden voldoende verhaal om eenieder schadeloos te stellen.²³ Het feit dat één van de DES-dochters gebruik had gemaakt van haar opt out-mogelijkheid,²⁴ heeft kennelijk niet de uit art. 7:954 lid 5 BW voortvloeiende vragen doen rijzen. Was dit wellicht het geval, omdat het totaal van de verzekerde sommen niet tekortschoot om alle benadeelden te voldoen? Ik kan hier slechts naar gissen. Hoe dit ook zij, voor de beantwoording van mijn vragen kan ik geen aanknopingspunten vinden in de jurisprudentie.

6. Opschortingsrecht aansprakelijkheidsverzekeraar na opt out?

In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de WCAM en de directe actie zijn de betreffende vragen – voor zover ik heb kunnen nagaan – niet onder ogen gezien. Ook in de literatuur heb ik op dit punt geen discussie gevonden.²⁵ Naar mijn mening is de derde volzin van art. 7:954 lid 5 BW echter niet verenigbaar met de situatie waarin een aansprakelijkheidsverzekeraar partij is bij een verbindend verklaarde collectieve schaderegeling en één of meer benadeelden gebruikmaken van de opt out-mogelijkheid. Gelet op de bepalingen in de WCAM meen ik dat de aansprakelijkheidsverzekeraar in zo'n geval eenvoudigweg geen beroep kan doen op een opschortingsrecht. De WCAM heeft immers allerlei voorzieningen ingebouwd om ervoor te zorgen dat de gelden die blijken de overeenkomst bestemd zijn om de benadeelden (geheel of gedeeltelijk) schadeloos te stellen, ook daadwerkelijk en binnen een redelijke termijn terechtkomen bij die benadeelden. Zo heeft de aansprakelijkheidsverzekeraar de verzekerde som veelal moeten storten op een geblokkeerde derdenrekening of in beheer moeten geven aan een speciaal daartoe opgerichte stichting en kan hij aldus niet meer zelfstandig beschikken over die verzekerde som.

Een nadere discussie over aanspraken op schadevergoeding wordt met de onherroepelijke verbindendverklaring van de overeenkomst uitgesloten, behoudens ten aanzien van de 'opt outers'. De in de overeenkomst neergelegde schadevergoedingsregeling is bindend voor partijen, dus ook voor de aansprakelijkheidsverzekeraar die partij is bij de overeenkomst.

In dit verband wijs ik ook op art. 236 Rv. Hierin is bepaald dat beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht hebben. Hoewel dit artikel is geschreven voor vonnissen, leent dit zich voor analogische toepassing op beschikkingen, waarin beslissingen zijn gegeven over een rechtsbetrekking in geschil.²⁶ Blijkens de memorie van toelichting op de WCAM zijn de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst voor de benadeelden te vergelijken met een rechterlijke beslissing aangaande een rechtsbetrekking in geschil die bindende kracht heeft. Een vaststellingsovereenkomst heeft evenals het gezag van gewijsde tot gevolg dat in een geding geen hernieuwde discussie kan plaatsvinden over datgene wat in de overeenkomst is bepaald over wat rechtens geldt.²⁷

22. Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006, 461 (DES); Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007, 427 (Dexia; zgn. 'Duisenbergregeling'); Hof Amsterdam 29 april 2009, NJ 2009, 448 (Vie d'Or); Hof Amsterdam 29 mei 2009, NJ 2009, 506 (Shell); Hof Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior).

23. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 7 (nota n.a.v. het verslag), p. 2.

24. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 9.

25. Ik schrijf dit met enige schroom, aangezien er met betrekking tot met name de WCAM zoveel publicaties zijn verschenen, dat ik niet de illusie heb dat ik alle literatuur heb gelezen.

26. Aldus HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 83 met betrekking tot art. 67 Rv. (oud).

27. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 4.

Aangenomen moet dan ook worden dat een onherroepelijke beslissing van het Hof Amsterdam tot verbindend-verklaring van een collectieve schikking inzake massaschade eveneens dit gezag van gewijsde toekomt.²⁸ Dat betekent dat aansprakelijkheidsverzekeraars niet meer kunnen terugkomen op de overeengekomen evenredige verdeling van de verzekerde som onder de benadeelden die partij zijn bij de collectieve schikking, wanneer andere benadeelden besluiten uit de overeenkomst te stappen.

Een opschortingsrecht om te bezien of de verdeling ingevolge art. 7:954 lid 5 BW er anders zou moeten komen uit te zien, zou bovendien betekenen dat *'de tijd, moeite en kosten die gepaard gaan met de procedure om tot een verbindendverklaring te komen, dan achteraf gezien voor niets zijn genomen c.q. gemaakt'*. Dat heeft de wetgever nu juist willen voorkomen met onder meer het bepaalde in art. 7:908 lid 4 en 5.²⁹

Mijn conclusie is dan ook dat de aansprakelijkheidsverzekeraar tekortschiet in de nakoming van de vaststellings-overeenkomst als hij zich zou beroepen op het opschortingsrecht van art. 7:954 lid 5, derde volzin BW. De benadeelden kunnen in dat geval de aansprakelijkheidsverzekeraar (naast de andere partijen die zich in de overeenkomst hebben verbonden tot schadevergoeding) dagvaarden tot nakoming van de vaststellings-overeenkomst. De rechter, gebonden aan de onherroepelijke beschikking van het Hof Amsterdam, zal benadeelden dan – volgens mij – zonder meer de benodigde executoriale titel verschaffen, zodat de schade alsnog overeenkomstig de vaststellingsovereenkomst zal worden afgewikkeld. Dit lijkt dan wel te wringen met art. 7:954 lid 5, tweede volzin, gezien de bekendheid van de verzekeraar met de vorderingen van de 'opt outers'.

7. Beslissingskader civiele rechter na opt out

De rechter aan wie de uitgestapte benadeelde zijn (individuele) vordering heeft voorgelegd, zal voor wat betreft de directe actie toepassing moeten geven aan art. 7:954 lid 5, eerste volzin BW ter bepaling van het gedeelte van de verzekerde som dat naar evenredigheid toekomt aan de uitgestapte benadeelde.³⁰ Uit het arrest van de Hoge Raad inzake de aandelenleaseaffaire van 5 juni 2009 (RvdW 2009, 683; *De Treek/Dexia*) maak ik op dat de rechter daarbij niet verplicht is om zich te richten naar de in de collectieve overeenkomst vastgestelde verdeling, die door het Hof Amsterdam is goed bevonden. De Hoge Raad overwoog in genoemd arrest in r.o. 4.9.2: *'Met deze opt out-mogelijkheid is niet verenigbaar dat de rechter bij*

de beoordeling van een individuele zaak gehouden is zich te richten naar hetgeen in het kader van een vaststellings-overeenkomst als bedoeld in art. 7:907 BW is overeengekomen, ook niet in die zin dat hij zou moeten motiveren dat en waarom hij daarvan inhoudelijk op enigerlei wijze afwijkt'. Een verbindend verklaarde collectieve schikking kan volgens de Hoge Raad bovendien niet worden aangemerkt als een weergave van een 'in Nederland levende rechtsovertuiging' als bedoeld in art. 3:12 BW, waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval eisen.³¹

Toch kan het naar mijn mening niet anders dan dat de civiele rechter in het kader van de directe actie na een opt out acht slaat op de collectieve schikking, aangezien deze essentiële informatie bevat met betrekking tot aantallen benadeelden, de omvang van hun schade en – vooral – het totaal beschikbare vermogen. De rechter heeft deze informatie nodig om het evenredige aandeel van de individuele, uitgestapte benadeelde te kunnen bepalen jegens de aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar.

Daarnaast geldt dat de benadeelde in het kader van de directe actie alleen rechtstreekse betaling aan zichzelf kan vorderen van hetgeen de verzekerde van zijn verzekeraar te vorderen heeft. Het spreekt voor zich dat alle betalingen die de verzekeraar op grond van de verbindend verklaarde schikking aan de niet uitgestapte benadeelden moet verrichten, in mindering strekken op hetgeen de verzekerde nog van zijn verzekeraar kan vorderen. Slechts het verschil oftewel het overblijvende gedeelte van de verzekerde som (bestaande uit de pro rata delen die in de vaststellingsovereenkomst waren bestemd voor de benadeelden die later zijn uitgestapt) kan de rechter naar mijn mening weer naar evenredigheid verdelen onder deze 'opt outers'. Zou de rechter anders beslissen, dan zou dat kunnen betekenen dat de aansprakelijkheidsverzekeraar mogelijk tot meer gehouden kan worden dan tot maximaal de verzekerde som. Dit is evenwel in strijd met art. 7:955 BW en met de directe actie als zodanig, waarbij de verzekeraar alle verweren die hij aan de verzekerde kan tegenwerpen ook aan de benadeelde kan tegenwerpen. De directe actie gaat immers niet zo ver dat de verzekeraar tegenover de benadeelde een ruimere dekking moet bieden dan waartoe hij jegens zijn verzekerde is gehouden.

28. Zo ook F.B. Falkena en M.F.J. Haak, 'De nieuwe wettelijke regeling afwikkeling massaschade', *AV&S* 2004, 37, p. 199.

29. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 19-20.

30. Dit geldt uiteraard alleen indien de rechter oordeelt dat de verzekerde aansprakelijk is jegens de benadeelde; is dat niet het geval, dan wordt de vordering van de uitgestapte benadeelde volledig afgewezen.

31. Ook in de parlementaire geschiedenis is vastgelegd dat de civiele rechter ten aanzien van benadeelden die gebruik hebben gemaakt van de opt out-regeling, bij de vaststelling van de schadevergoeding niet gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst en de zaak op zijn eigen merites zal beoordelen. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7 (nota n.a.v. het verslag), p. 21. Het Hof Amsterdam heeft hierover geoordeeld dat de civiele rechter de vrijheid heeft om bij zijn beslissing aan de beschikking van het Hof de betekenis toe te kennen die hij geraden zal achten; zie Hof Amsterdam 25 januari 2007, *LJN* AZ7033 (*Dexia*), r.o. 7.30.

Qua directe actie lijkt er – indien de verzekerde som lager is dan de totale schade – voor een 'opt outer' dan ook niet heel veel te winnen ten opzichte van de collectieve schikking.³² De aansprakelijkheidsverzekeraar is naar mijn mening jegens de 'opt outers' toch slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som, ondanks het feit dat niet is voldaan aan het vereiste in de tweede volzin van art. 7:954 lid 5 BW dat hij onbekend is met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden.

Een vordering tegen de schadeveroorzaker zelf biedt de civiele rechter in elk geval wel alle vrijheid om een beslissing te nemen die afwijkt van de collectieve schikking. De 'opt outer' loopt daarbij evenwel het risico dat de schadeveroorzaker onvoldoende verhaal biedt tot betaling van een hogere schadevergoeding dan in de collectieve schikking was voorzien, aangezien zijn financiële middelen met de voldoening aan de verbindend verklaarde overeenkomst veelal zullen zijn uitgeput. Een pyrrusoverwinning ligt dan ook in het verschiet.

De omstandigheid dat een 'opt outer' in een geval van massa(personen)schade, waarbij de verzekerde schadeveroorzaker onvoldoende verhaal biedt en er sprake is van een ontoereikende verzekerde som, in het merendeel van de gevallen niet beter af zal zijn door het instellen van een individuele procedure, lijkt mij overigens geen

32. Dit is wellicht anders in het geval er meerdere 'opt outers' zijn en de vordering van een of meer 'opt outer(s)' alsnog (geheel of gedeeltelijk) wordt afgewezen.

onoverkomelijk probleem. Het individuele belang mag wat mij betreft in deze specifieke omstandigheden wijken voor het collectieve belang.

8. Problematiek meenemen in evaluatie WCAM

Drie jaar na de inwerkingtreding van de WCAM is de Tweede Kamer overgegaan tot het evalueren van de wet. Uit de evaluatie is de behoefte aan enkele aanvullende maatregelen en technische aanpassingen van de WCAM naar voren gekomen.³³ De door mij gesignaleerde problematiek is in deze evaluatie niet aan de orde gekomen. Het komt mij echter voor dat het zinvol is dat ook de wetgever zich hierover buigt teneinde de werking van de WCAM verder te perfectioneren. Naar mijn mening zou de wetgever er in elk geval goed aan doen om in de wet te bepalen dat zodra een benadeelde met letsel- of overlijdensschade gebruikmaakt van de opt out-mogelijkheid de tweede en derde volzin van art. 7:954 lid 5 BW niet van toepassing zijn. Laat de wetgever deze problematiek doordenken, voordat zij actueel wordt.

33. *Kamerstukken II 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 4 e.v.* Uit de evaluatie kwamen de volgende bevindingen naar voren: a. de WCAM voorziet niet in een oplossing als de onderhandelingsbereidheid ontbreekt; b. dat de WCAM breed inzetbaar is, komt niet altijd goed tot uitdrukking in de terminologie van de regeling; c. de samenloop van individuele procedures en de behandeling van een verzoek tot verbindendverklaring van een schikking is van invloed op het succes van de WCAM-schikking. Opmerkelijk genoeg wordt in deze evaluatie (ook) geen aandacht besteed aan de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de WCAM, die met name in de Shell-zaak het Hof Amsterdam voor lastige vragen stelden.