

Verdeling van een ontoereikende WA-polis

W.H. van Boom *

[verschenen in: T. Hartlief, M.M. Mendel, Verzekering en Maatschappij, Deventer: Kluwer 2000, p. 119-130]

1. Grenzen aan de aansprakelijkheidsverzekering

Aansprakelijkheidsverzekeringen bieden geen ongelimiteerde dekking. Een gemiddelde AVP biedt tegenwoordig een dekkingslimiet van 1 of 2,5 miljoen gulden per gebeurtenis; een AVB 1 tot 5 miljoen gulden; een gemiddelde WAMPolis 5 miljoen gulden. Dat zijn hoge bedragen en in de meeste gevallen volstaan ze om alle benadeelden van de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis schadeloos te stellen.¹ Maar soms niet.² In bepaalde gevallen kan een ongeval waarbij één slachtoffer valt, de verzekeringspenningen reeds geheel opsouperen. Een AVP-dekking van 1 miljoen gulden volstaat niet altijd bij een ongeval waarbij een benadeelde met topinkomen arbeidsongeschikt raakt. Treft de gebeurtenis meer dan één benadeelde, dan komen de grenzen van de verzekerde som zeker spoedig in zicht. Bij grootschalige catastrofes is dat vrijwel altijd het geval.

Een voorbeeld hiervan is de Bovenkarspelse legionella-besmetting die zich in het voorjaar van 1999 voordeed. Gesteld dat voor die gebeurtenis aansprakelijkheid van de bubbelbad-verkoper bestaat,³ en gesteld dat deze een AVB-verzekering heeft, dan lijdt geen twijfel dat deze WA-dekking onvoldoende is om de vele getroffen en volledig schadeloos te stellen. Ons verzekeringsrecht kent geen regeling voor het probleem van de ontoereikende WA-dekking.⁴ [120] Het heeft er dus veel van weg dat degene die het eerste komt, het eerste maalt. Dit bracht de Consumentenbond in de legionella-zaak ertoe te interveniëren in kort geding om te voorkomen dat uitgekeerd zou worden aan twee slachtoffers die op hun beurt in kort geding een voorschot trachtten te krijgen op hun schadevergoedingsrechten. De Consumentenbond voorzag dat de vermoedelijke AVB-dekking van de aansprakelijk gestelde bubbelbadverkoper ontoereikend zou zijn om alle benadeelden schadeloos te stellen. Daarom vorderde zij dat de dekkingslimiet op een aparte bankrekening van een notaris zou worden gestort, waarschijnlijk met

* Mr. W.H. van Boom is als universitair hoofddocent Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, K.U.B. te Tilburg. Met dank aan de responderende medewerkers van een twaalfstal WAM-verzekeraars; zij beantwoordden bereidwillig een korte vragenlijst.

¹ Navraag bij 's lands grootste WAM-verzekeraars heeft mij bijvoorbeeld geleerd dat de gangbare dekking van 5 miljoen vrijwel altijd toereikend is. Let wel, de wettelijk verplichte dekking is in beginsel 2 miljoen gulden (oplopend tot 6 miljoen gulden bij autobussen etc.). Voor vervoer van gevaarlijke stoffen geldt een verplichte dekking van 15 miljoen gulden. Zie art. 2 en 2a Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. De meeste verzekeraars bieden aan particulieren een standaard dekking van 5 miljoen gulden.

² Zeker in het (recente) verleden, toen een WAM-dekking van 2 miljoen gulden (het wettelijk minimum) gebruikelijk was, kwam het nog wel voor dat de verzekerde som niet volstond, zo werd door een aantal WAM-verzekeraars bevestigd.

³ In kort geding oordeelde de Pres. Rb. Alkmaar (uitspraak d.d. 23 december 1999, nr. 448/1999 JJ, te raadplegen op: www.rechtspraak.nl, dossiernr. AA4000) inderdaad dat de desbetreffende bubbelbad-verkoper aansprakelijk was voor de besmetting.

⁴ Wel is in art. 6 lid 2 WAM een specifieke regeling getroffen; daarover hierna meer.

het idee dat vervolgens een onafhankelijke derde tot evenredige verdeling zou kunnen overgaan. De vordering werd om begrijpelijke redenen afgewezen, aangezien er geen steun voor in de wet te vinden is voor een dergelijke ‘fondsvorming’, de Consumentenbond evenmin als gemachtigde van de andere slachtoffers optrad en de vordering dus te ‘onbepaald’ was.⁵

Ik acht het aannemelijk dat dit soort ‘tekorten’ zich in de toekomst vaker zal voordoen, niet alleen bij grootschalige calamiteiten, maar ook als gevolg van verschijnselen als ‘toenemende claimbereidheid’, toename van het aantal regresclaims bij letselschade en verschraling van het niveau van sociale zekerheidsuitkeringen. De vraag is dan: hoe dient een aansprakelijkheidsverzekeraar in dergelijke gevallen te werk te gaan? Als het inderdaad juist is dat ons recht een stelsel kent van *first come, first served*,⁶ zoals dat thans bijvoorbeeld in Engeland geldt,⁷ dan moet naar mijn mening aan een evenwichtiger stelsel de voorkeur worden gegeven. Ook in Engeland wordt het stelsel van *first come, first served* als onbevredigend ervaren; de Law Commission heeft daarom in een recent *Consultation Paper* ingrijpende veranderingen voorgesteld.⁸ Die ontwikkelingen zijn het bestuderen waard, net als bestudering van het Duitse recht op dit punt zinvol kan zijn. Bovendien zijn in art. 6 WAM aanknopingspunten te vinden voor een andere benadering. En ik denk dat met de invoering van de directe actie jegens WA-verzekeraars een andere benadering op stapel staat.⁹[121]

2. Directe actie, actieve verzekeraar

Mijn verwachting is dat de rol van aansprakelijkheidsverzekeraar met betrekking tot de verdeling van ontoereikende verzekerde sommen zal veranderen. Van een aansprakelijkheidsverzekeraar zal in toenemende mate een actieve opstelling mogen worden verwacht bij de verdeling. Een krachtige impuls voor deze actievere rol is naar mijn mening gelegen in de zogenaamde directe actie, die het kabinet onlangs heeft opgenomen het wetsvoorstel voor titel 7.17 BW.¹⁰

Op dit moment is het zo dat een aansprakelijkheidsverzekeraar primair verantwoordelijkheid verschuldigd is aan zijn wederpartij, de verzekeringnemer c.q. verzekerde. Deze contractsband geeft aan de benadeelde als derde geen recht op uitkering, tenzij een derdenbeding van die strekking is opgenomen.¹¹ Dat is vaste rechtspraak,¹² en recentelijk nog besliste de Hoge Raad dat bijvoorbeeld de enke-

⁵ Pres. Rb. Alkmaar 23 december 1999, r.o. 7.4.1-6.

⁶ F.J. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 195, spreekt in dit verband van de ‘hazewindhondenrace’.

⁷ In *Cox vs. Bankside* [1995] 2 *Lloyd's Rep* 437 besliste de Court of Appeal dat de *Third Parties (Rights against insurers) Act 1930* slechts ertoe strekt te voorkomen dat de verzekeringspenningen in de failliete boedel terechtkomen; enige rangregeling of evenredige verdeling van de verzekerde som kan niet op deze wet worden gebaseerd en dus heeft de benadeelde die het eerste komt (c.q. als eerste een veroordeling van de aansprakelijke verkrijgt), de beste rechten. Zie Law Commission Consultation Paper no. 152/Scottish Law Commission discussion paper no. 104, *Third Parties (Rights against insurers) Act 1930; a joint consultation paper*, Londen: TSO 1998 (hierna: LCCP 152), par. 7.1 e.v.

⁸ Zie LCCP 152 (zie nt. 7), par. 15.18.

⁹ Zie over deze materie ook uitgebreid de bijdrage van Van Dam en Waal aan dit boek.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 19 529, nr. 5, art. 7.17.2.9c.

¹¹ Zie nader K.W. Brevet en C.W.M. Lieverse, ‘Verzekering en faillissement: de positie van de benadeelde en de verzekeraar als de schadeveroorzaker failliet gaat’, in: Chr. A. Baardman e.a. (red.), *Verzekering en faillissement* (preadviezen Vereniging voor verzekeringswetenschap), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 1 e.v., alwaar ook contractuele varianten worden besproken die wél een rechtstreeks recht op uitkering bewerkstelligen.

¹² Zie Brevet en Lieverse 1996, p. 9 (zie noot 11). De vordering van de verzekerde op de

le niet-nakoming van de uitkeringsplicht jegens de verzekerde geen onrechtmatige daad van de verzekeraar oplevert jegens de benadeelde.¹³ Strikt genomen heeft de gewone WA-verzekeraar dus ‘niets met de benadeelde te maken’ en is hij alleen jegens zijn verzekerde gehouden om tot uitkering over te gaan. Maar ik denk eerlijk gezegd dat een WA-verzekeraar ook nu reeds op grond van de maatschappelijke betamelijkheid verplicht is om zich de belangen van benadeelden in bepaalde mate aan te trekken, bijvoorbeeld in die zin dat hij de omvang van de verzekeringsdekking dient te melden aan de benadeelden, en dat hij ze dient te waarschuwen wanneer duidelijk is dat de verzekerde som ontoereikend zal zijn om de benadeelde(n) geheel schadeloos te stellen.¹⁴

Hoe dit ook zij, er gaat veel veranderen wanneer in titel 7.17 NBW de directe actie wordt ingevoerd. Die rechtstreekse actie zal namelijk inhouden dat benadeelden door dood of letsel hun rechten op schadevergoeding direct kunnen uitoefenen jegens de WA-verzekeraar van de aansprakelijke (indien en voor zover deze dekking verleent voor de schadeveroorzakende gebeurtenis). Daarmee zal een directe rechtsband tussen de benadeelde(n) en de WA-verzekeraar ontstaan, die de verzekeraar – meer nog dan voorheen – verplicht om zich de belangen van deze benadeelde(n) aan te trekken. Bovendien [122] is in het recentelijk voorgestelde art. 7.17.2.9c NBW een specifieke regeling getroffen om een verdeling totstand te brengen indien de verzekerde som van de WA-polis ontoereikend is. Dit ontwerp-artikel 7.17.2.9c, dat overigens alleen betrekking heeft op schade door dood of letsel, kan een aanknopingspunt zijn voor een meer algemene oplossing van het geschetste probleem.

3. Naar een (meer) evenredige verdeling van de verzekerde som?

3.1 Aanknopingspunten voor een ‘pro rata parte’ benadering

Aanknopingspunten voor een ordelijke en evenwichtige wijze van verdeling zijn te vinden in art. 6 WAM. In art. 6 lid 1 WAM is allereerst de welbekende ‘action directe’ opgenomen: de WAM-verzekeraar kan rechtstreeks door de benadeelde(n) worden aangesproken tot vergoeding van de schade. Het juridisch gevolg hiervan is dat een verbintenis ontstaat tussen WAM-verzekeraar en de benadeelde(n).¹⁵ Vervolgens bepaalt art. 6 lid 2 WAM wat er moet gebeuren als de verzekerde som ontoereikend is om alle getroffen partijen schadeloos te stellen:

Indien er bij een ongeval meer dan een benadeelde is en het totaalbedrag van de verschuldigde schadeloosstellingen de verzekerde som overschrijdt, worden de rechten van de benadeelden tegen de verzekeraar naar evenredigheid teruggebracht tot het beloop van die som. Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde een groter bedrag dan het aan deze toekomende deel heeft uitgekeerd, jegens die anderen (...) slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som.

WA-verzekeraar maakt overigens wel deel uit van het vermogen van de verzekerde en kan mogelijk indirect ten goede aan de benadeelde(n) komen, die met het oog daarop bevoorrecht zijn op de opbrengst (art. 3:287 BW).

¹³ HR 21 januari 2000, NJ 2000, 189 (Rosenberg / Winterthur).

¹⁴ Zie over een dergelijke waarschuwingsplicht bijv. LCCP 152 (zie nt. 7), par. 13.13 en 15.2.

¹⁵ C.P. Robben, *De action directe en de Wet Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: MAKLU 1993, p. 196.

In navolging van deze regeling in de WAM, stelt de wetgever voor titel 7.17 BW thans voor om in aart. 7.17.2.9c, lid 5, dezelfde ‘pro rata parte’ verdeling toe te passen op de directe actie bij dood en letsel. Dit vijfde lid luidt:

Indien bij meer benadeelden het totaalbedrag van de verschuldigde vergoedingen een verzekerde som overschrijdt, worden de bevoegdheden van die benadeelden ingevolge lid 1 en de rechten van de verzekerde tegen de verzekeraar naar evenredigheid verminderd tot het beloop van die som. Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde of een 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.

[123] Een vergelijkbare regeling is opgenomen in het Duitse § 156 Abs. 3 Versicherungsvertragsgesetz (VVG), dat geldt voor alle WA-verzekeringen, dus ook de niet-verplichte, en ook buiten gevallen van dood of letsel.¹⁶

Er moet volgens beide regelingen dus een evenredige verdeling plaatsvinden onder alle benadeelden. Wat betreft art. 6 lid 2 WAM moet daarbij worden opgemerkt dat onder ‘benadeelde’ niet alleen de verkeersslachtoffers in persoon moeten worden verstaan, maar ook hun gesubrogeerde schadeverzekeraars, regresgerechtigde sociale verzekeraars en risicodragers en andere derden.¹⁷ Van de zijde van ’s lands grootste WAM-verzekeraars is mij echter medegedeeld dat art. 6 lid 2 WAM vrijwel nooit toepassing vindt omdat bij verkeersongevallen de polislimiet van 5 miljoen gulden zelden wordt overschreden.¹⁸ Deze verzekeraars gaven ook te kennen dat evenmin vaste protocollen of procedures bestaan om te waarborgen dat in voorkomende gevallen alle benadeelden daadwerkelijk in evenredigheid worden toebedeeld. Wel bevestigen sommige WAM-verzekeraars dat zij in voorkomende gevallen de verzekeringnemer en de benadeelden die zich hebben gemeld, op de hoogte stellen van de ontstane situatie om vervolgens in evenredigheid te verdelen. Ik vind dit een juiste handelswijze die voor alle WA-verzekeringen zou moeten gelden.

3.2 ‘Pro rata parte’ en voorrang

Sommige WAM-verzekeraars verklaarden dat zij bij een ontoereikende WAM-dekking zelfs trachten in der minne een ‘rangregeling’ te bewerkstelligen. Vrijwel alle WAM-verzekeraars menen in dat verband dat de benadeelde voorrang heeft c.q. zou moeten toekomen boven regresnemers. Dat brengt mij op het punt van de voorrang. In paragraaf 3.1 werd duidelijk dat bij WAM-verzekeringen een “pond-

¹⁶ § 156 Abs. 3 VVG luidt: ‘Sind mehrere Dritte vorhanden und übersteigen ihre Forderungen aus der die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers begründenden Tatsache die Versicherungssumme, so hat der Versicherer nach Maßgabe des Abs. 2 die Forderungen nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu berichtigen. Ist hierbei die Versicherungssumme erschöpft, so kann sich einer Dritter, der bei der Verteilung nicht berücksichtigt worden ist, nachträglich auf die Vorschrift des Abs. 1 nicht berufen, wenn der Versicherer mit der Geltendmachung dieser Ansprüche entschuldbarerweise nicht gerechnet hat.’

¹⁷ Zie over dit begrip ‘benadeelde’ in art. 6 WAM bijv. Robben 1993, p. 196 e.v. (zie noot 15).

¹⁸ Dit werd ook reeds ter gelegenheid van de wijzigingswet WAM 1983 (*Kamerstukken II* 1982/83, 14 281, nr. 6, p. 12-13) van de zijde van de regering opgemerkt: ‘(...) dat blijkens ervaring van verzekeringsmaatschappijen slechts bij hoge uitzondering het totale schadebedrag de verzekerde som overschrijdt. Zodra het tegendeel zou blijken, zou er aanleiding zijn de krachtens artikel 22 Wam vastgestelde sommen te verhogen.’ Die noodzaak bestaat thans blijkbaar niet, omdat WAM-verzekeraars gewoonlijk niet de wettelijke minimumdekking van 2 miljoen gulden aanbieden, maar een ruimere dekking van 5 miljoen gulden.

ponds” gewijze verdeling moet plaatsvinden. Maar WAM-verzekeraars [124] gaven vrijwel unaniem als antwoord¹⁹ op mijn vraag of zij deze regel navolgen, dat benadeelden *in persoon* voorrang wordt verleend boven regresnemers (*i.e.*, regresgerechtigde schadeverzekeraars en sociale verzekeraars). Ook van de zijde van deze regresnemers lijkt dit als normaal te worden ervaren. Zij plegen in de praktijk voorrang te geven aan de benadeelde, teneinde deze niet te duperen.²⁰

Deze ‘gewoonteregel’ geeft grond om aan te nemen dat, in overeenstemming met de strekking van sociale verzekeringswetgeving, schadeverzekering en andere vormen van risico-overdracht, bij wijze van *rechtsregel* aangenomen moet worden dat uitoefening van het verhaalsrecht niet ten nadele van de benadeelde mag strekken.²¹ In art. 2 VOA, dat het regres van overheidslichamen regelt, is reeds een dergelijke regel verwoord; ook art. 7.17.2.25 BW gaat uit van voorrang van de benadeelde boven zijn gesubrogeerde schadeverzekeraar. Terecht wordt daarom ook in de literatuur verdedigd dat hier sprake is van een beginsel dat algemene gelding toekomt.²² Dit beginsel werkt mijns inziens aldus uit – op papier althans – dat het totaal van de vorderingen van de benadeelde en ‘zijn’ regresnemers bij elkaar genomen dient te worden en dat uit dit totaalbedrag eerst de benadeelde zijn schade vergoed krijgt ingeval van een ontoereikende verzekerde som.²³ Art. 7.17.2.9c NBW lijkt overigens een andere benadering voor te staan. Nu volgens de regering de in dat artikel [125] neergelegde directe actie beperkt blijft tot de vordering van de door dood of letsel getroffen benadeelde ‘in persoon’, moet blijkbaar worden aangenomen dat een voorrangregeling in die gevallen niet nodig is. Het zevende lid van art. 7.17.2.9c moet volgens de regering voorkomen dat anderen de verzekerde, die de benadeelde schadeloos hebben gesteld, via de directe actie regres nemen op de verzekeraar van de veroorzaker.²⁴

¹⁹ Gegeven het feit dat de WAM-dekking vrijwel altijd volstaat, zal bij beantwoording van deze vraag mede geput zijn uit ervaringen bij AVB en AVP dossiers.

²⁰ Verschillende WAM-verzekeraars stelden mij uit eigen ervaring op de hoogte van deze praktijk. Zie ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24 169, nr. 6, p. 32, *Kamerstukken II* 1989/90, 21 528, nr. 1, p. 17, Robben 1993, p. 160 (zie noot 15); T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2e druk Deventer: Kluwer 1999, p. 107, en HR 10 maart 1995, *NJ* 1997, 525 (Tiel Utrecht Schadeverzekering NV / Ipenburg).

²¹ In deze zin voor het Duitse recht § 67 VVG (verhaalsrecht schadeverzekeraars) en § 116 SGB X (verhaalsrecht sociale verzekeraars). Zie bijv. H. Becker & K.E. Böhme, *Kraftverkehrhaftpflichtschäden*, 19e druk Heidelberg: Müller 1994, R I, rdnr. 10. Beide bepalingen worden beschouwd als toepassing van het algemenere adagium “nemo subrogat contra se”; zie daarover diepgaand E. v. Olshausen, *Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß*, Keulen: Heymanns 1988, p. 235 e.v. Zie ook nog W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, par. 3.9.2.

²² Overigens moet worden geconstateerd dat elke voorrang van de benadeelde boven regresnemers op gespannen voet staat met de bewoordingen van art. 6 lid 2 WAM, dat wat mij betreft in zoverre als achterhaald moet worden gezien. Aangezien deze bepaling is gebaseerd op een verdragsverplichting (nl. art. 6 van de gemeenschappelijke bepalingen bij de Benelux-overeenkomst van 1966, *Trb.* 1966, 178), is daar echter niet gemakkelijk van af te stappen. Vgl. *Kamerstukken II* 1982/83, 14 281, nr. 6, p. 13. Wel laat de Benelux-overeenkomst toe dat vrijwillig een andere dan evenredige verdeling plaatsvindt: zie B-GH 26 juni 1996, *NJ* 1997, 526 m.nt. MMM (Tiel Utrecht / Ipenburg).

²³ In Duitsland spreekt men daarom van een ‘relatieve voorrang’; zie daarover E. Stiefel, E. Hofmann, *Kraftfahrtversicherung – Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung*, München: Beck 1995, § 20, rdnr. 163. Het gaat om voorrang tussen de benadeelde en ‘zijn’ regresnemer. De voorrang werkt dus niet ten nadele of ten voordele van andere benadeelden (en ‘hun’ regresnemers).

²⁴ Art. 7.17.2.29c, lid 7, Ontwerp BW luidt: ‘De leden 1 tot en met 6 missen toepassing voor zover de benadeelde schadeloos is gesteld (...)’. Overigens sluiten bewoordingen van lid 7 in het geheel niet uit dat ook regresnemers een directe actie toekomt, wanneer het begrip ‘benadeelde’ in art. 7.17.2.9c dezelfde betekenis zou toekomen als in art. 6

3.3 *Berekening en inschatting*

Het voorgaande lijkt redelijk simpel: de WA-verzekeraar verzamelt alle claims en keert, zodra een optelsom indiceert dat de verzekerde som ontoereikend is, in beginsel *pro rata parte* uit aan de benadeelden, en hij verleent voorrang aan benadeelden in persoon boven ‘hun’ regresnemers. Maar om een optelsom te kunnen maken, heeft men getallen nodig. Die zijn vrijwel nooit gelijktijdig beschikbaar. En als ze wel beschikbaar zijn, dan moeten ze in vergelijkbare grootheden worden uitgedrukt. Dat kan betekenen dat aanspraken op periodieke uitkeringen eerst in een contante som moeten worden omgerekend om de cijfermatige vergelijkbaarheid te vergroten.²⁵ Een andere complicatie is dat cijfers vaak slechts voorlopig zijn en later nog bijstelling behoeven. Gaat het om een letselgeval, dan zal bijvoorbeeld de doktersrekening voor verleende eerste hulp vrij spoedig vaststaan. Maar zolang de medische eindtoestand van de benadeelde niet is ingetreden, kan de mate van arbeidsongeschiktheid en dus de omvang van de toekomstige inkomstenderving niet met zekerheid worden vastgesteld.²⁶

Als een WA-verzekeraar een inschatting maakt of de verzekerde som toereikend is, dan zal hij dus, met verdiscontering van goede en kwade kansen, een inschatting moeten maken van het aantal claims en de vermoedelijke hoogte van de verschillende claims. Daartoe lijken WA-verzekeraars bij uitstek [126] geschikt, omdat bij hen de claims bij elkaar plegen te komen.²⁷ Zij zullen op basis van hun ervaring en de informatie die voorhanden is, in veel gevallen redelijk kunnen inschatten hoe de afwikkeling van het dossier zal verlopen. Daarbij zouden claims die wel zijn ingediend, maar waarvan de hoogte nog niet definitief is vastgesteld, veiligheidshalve op het hoogst mogelijke bedrag kunnen worden gesteld.²⁸ Als bijvoorbeeld de mate van arbeidsongeschiktheid tussen 80 en 100 procent wordt geschat, dan zou voorlopig van 100 procent moeten worden uitgegaan. Met niet-ingediende, maar wel te verwachten claims moet uiteraard ook rekening worden gehouden.²⁹

De beschreven inschattingen en berekeningen worden door de WA-verzekeraar mede gemaakt uit eigenbelang. Dat geldt in de eerste plaats voor de WAM-verzekeraar. Op grond van art. 6 lid 2 WAM kan hij zich jegens niet-schadeloosgestelde benadeelden namelijk alleen dan op het bereiken van de dekkinglimiet beroepen, indien hij ten tijde van uitkering aan andere benadeelden *te goeder trouw* was. Als men met mij wil aannemen dat in ons recht geen plaats is voor het stelsel van *first come, first served*, dan volgt hieruit dat deze regel ook

WAM. Daar omvat het begrip ‘benadeelde’ namelijk wel derden zoals (sociale) verzekeraars. Zie (de hoofdttekst bij) noot 17. Slechts uit de toelichting op art. 7.17.2.29c (*Kamerstukken II 1999/00*, 19 529, nr. 5, p. 41) volgt dat het begrip ‘benadeelde’ enger moet worden begrepen. Erg duidelijk is ook dit enge begrip ‘benadeelde’ echter niet; behoren bijv. ‘derde-benadeelden’ als bedoeld in art. 6:107 en 107a BW er ook toe?

²⁵ Zie E.R. Prölls A. & Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 26e druk München: Beck 1998, § 156, rdnr. 19, Geigel/Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozeß*, 22e druk München: Beck 1997, rdnr. 13-105; vgl. N. Sprung, ‘Das Verteilensverfahren bei Deckungssummenüberschreitung in der Kfz-Haftpflichtversicherung’, *Versicherungsrecht* 1992, p. 658.

²⁶ Sprung 1992, p. 658 (zie noot 25).

²⁷ Een van de ondervraagde WAM-verzekeraars gaf te kennen dat wanneer bij een ongeval meerdere benadeelden betrokken zijn, de afwikkeling van de zijde van de WAM-verzekeraar niettemin door verschillende schadecorrespondenten plaatsheeft. In dergelijke gevallen is uiteraard wel nodig dat op een of andere wijze communicatie c.q. coördinatie plaatsvindt, opdat het ‘totaalbeeld’ behouden blijft.

²⁸ Zie Prölls/Martin 1998, § 156, rdnr. 19 (zie noot 25).

²⁹ Sprung (1992, p. 658 (zie noot 25)) meldt dat de bewijslast in dit verband rust op de verzekeraar.

voor andere WA-verzekeringen geldt. Zo is uitdrukkelijk in Duitsland bepaald.³⁰ Dit leidt er toe dat de WA-verzekeraar niet te goeder trouw is indien hij op het moment waarop hij de uitkering deed, in redelijkheid rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat anderen hierdoor niet (volledig) aan hun trekken zouden komen.³¹ Als de WA-verzekeraar dus reden heeft om te twifelen aan de toereikendheid van de verzekerde som, dan doet de vervolgvraag zich voor: *hoe* moet de ‘failliete boedel’ worden afgewikkeld, en *wie* is daarvoor verantwoordelijk?

4. Verificatie en vereffening in eigen beheer

Als de verzekerde som ontoereikend is, doet zich een concursus van crediteuren voor. Men zou het met een faillissementssituatie kunnen vergelijken, maar er is een belangrijk verschil. Bij faillissement bestaat een strikt formele scheidslijn tussen de gang van zaken voor en na faillietverklaring: voor faillissement geldt het *first come, first served* en er is pas sprake van een eventuele [127] verdeling in evenredigheid. Voordat het faillissement is uitgesproken, kunnen schuldeisers die een opeisbare vordering hebben hun rechten gewoon vervolgen totdat ‘de kas leeg is’.³² Zodra het faillissement is uitgesproken, wordt een onafhankelijke curator aangesteld die garant staat voor een evenredige verdeling. Een dergelijk formeel overgangsmoment ontbreekt bij de concursus van crediteuren van de WA-verzekeraar. Voor de WAM geldt bijvoorbeeld dat de WAM-verzekeraar zélf tot evenredige verdeling dient over te gaan. De WAM-verzekeraar is dan in wezen debiteur en curator tegelijk, en het moment waarop hij de ene pet voor de andere verwisselt is ook nog eens in grote mate van zijn eigen inzichten afhankelijk. Hij heeft immers het beste zicht op het verloop van de aantallen claims en hun hoogte.

Is dit de meest wenselijke gang van zaken? Moet er niet, zoals bij faillissement, een onafhankelijke vereffenaar worden aangewezen om alle partijen recht te doen? Het is een moeilijke vraag, die de wetgever in het kader van titel 7.17 NBW onder ogen zal moeten zien. Want een directe actie zonder enige voorziening op dit vlak is eigenlijk niet compleet. Ook in Engeland is men zich daarvan bewust, maar een definitieve oplossing is nog niet gekozen. De Law Commission stelt voor om de verdeling van een ontoereikende som te laten plaatsvinden door middel van de bijzondere gerechtelijke procedure, en wel op aanvraag van een of meer benadeelden of van de WA-verzekeraar. De genoemde mogelijkheden in dit verband zijn gerechtelijk depot van de verzekerde som of – in voorkomende gevallen – depot onder de faillissementscurator van de aansprakelijke. De kosten van deze bijzondere procedures moeten op een of andere wijze in mindering worden gebracht van de te verdelen som.³³ Ook in ons land is wel eens gesuggereerd dat ‘fondsvorming’ door storting op een neutrale rekening mogelijk zou moeten zijn,³⁴ maar tot op heden is er geen bijzondere procedure voor ontwikkeld. Dat heeft de Consumentenbond ook gemerkt, getuige de uitslag van het kort geding dat ik in de inleiding noemde. Er zijn natuurlijk wel voorbeelden van procedures voor de verdeling van limitatiefondsen in het vervoer-

³⁰ Zie § 156 Abs. 3 VVG, aangehaald in noot 16. Het zal in elk geval ook gelden voor de directe actie bij dood of letsel, indien het recentelijk voorgestelde art. 7.17.2.9c daadwerkelijk tot wet zal worden verheven.

³¹ Geigel/Schlegelmilch 1997, rdnr. 13-104 (zie noot 25).

³² Dit is anders in de uitzonderlijke gevallen genoemd in art. 47 Fw.

³³ Zie LCCP 152, par. 15.18 (zie noot 7).

³⁴ Zie bijv. B. Wachter, ‘Het ontwerp wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen’, *RM Themis* 1962, p. 458.

recht, verdeling van opbrengst van executoriaal beslag, van gemeenschappelijke eigendom et cetera, maar geen van die regelingen is hier toepasselijk.

En misschien is een gerechtelijke procedure ook wel wat veel eer voor een probleem als het onderhavige. Een gerechtelijke procedure vertraagt en juridificeert de schadeafwikkeling nog verder en kost dus geld. WA-verzekeraars hebben in het gros van de gevallen waarschijnlijk genoeg specifieke kennis en kunde in huis om zélf verdeling te bewerkstelligen. Wellicht kan daarom beter worden volstaan met een aantal algemene richtlijnen voor WA-verzekeraars [128] in titel 7.17 NBW, opdat in voorkomende gevallen een ordelijke en evenwichtige verdeling plaatsvindt onder leiding van de verzekeraar.³⁵

De regering lijkt met art. 7.17.2.9c NBW wat dit aangaat de sleutels van de stad geheel in handen van de WA-verzekeraar te leggen. In dat artikel wordt namelijk dezelfde regeling toegepast als in art. 6 lid 2 WAM is neergelegd: de verzekeraar zelf verdeelt in evenredigheid en kan zonedig zijn goede trouw inroepen jegens benadeelden die te laat komen. Geen gerechtelijke procedure, geen bijzonder toezicht op de verdeling. Daar staat echter tegenover dat de WA-verzekeraar niet als onafhankelijke vereffenaar kan worden gezien; de betalingen moeten immers uit zijn portemonnee komen! Het is dus wellicht ook het overwegen waard – zoals in Engeland – om een ‘lichte’ gerechtelijke procedure in te voeren. Die zou dan op initiatief van de WA-verzekeraar, de aansprakelijke of een van de betrokken benadeelden kunnen worden geëntameerd. De President van de rechtbank zou dan bijvoorbeeld een rechter-commissaris kunnen aanwijzen die toeziet op de verdeling door de WA-verzekeraar. Het voordeel van een ‘lichte’ procedure is bijvoorbeeld dat de r-c de bevoegdheid zou toekomen om een uiterste verificatiedatum vast te stellen, zodat benadeelden die zich nadien melden of die nadien de omvang van hun vordering bijstellen, zonder meer weggestuurd kunnen worden. Dat is voor een WA-verzekeraar – als deze de verificatie en verdeling in eigen beheer zou laten plaatsvinden – moeilijker. Die zal wat dit betreft met name worden afgerekend op zijn eigen goede trouw. Is de verzekerde som *geheel* uitgekeerd, dan kunnen benadeelden die zich nadien pas aanmelden, geen uitkering meer krijgen van de verzekeraar indien deze met de tardieve aanspraak geen rekening had behoeven te houden. Maar totdat de dekkingslimiet is bereikt, kunnen benadeelden zich – zo lijkt het – blijven melden. In Duitsland wordt voor dat geval aangenomen dat de WA-verzekeraar dan verplicht is om de aandelen te herberekenen en het tussentijds eventueel teveel uitgekeerde terug te vorderen!³⁶ Dat is voor WA-verzekeraars – die dan naast verzekeraar en vereffenaar ook nog eens incassobureau worden – uiteraard een zware administratieve belasting. Terugvordering zal dus wel niet vaak gebeuren; het effect zal mogelijk veeleer zijn dat een WA-verzekeraar liever wacht met uitkeren totdat voldoende claims binnen zijn gekomen om in één keer tot aan de dekkingslimiet uit te keren; de kans dat hij dan nadien nog een claim moet honoreren is kleiner dan wanneer hij deelbetalingen doet. Dat komt een snelle schadeafwikkeling uiteraard niet ten goede.³⁷ Het voordeel van vereffening [129] onder leiding van een r-c zou dus kunnen zijn dat de goede trouw van de WA-verzekeraar ten aanzien van het bestaan van nadere vorderingen niet langer relevant is voor de rechtsgeldigheid van de vereffening.

³⁵ Vgl. de voorbeelden van ‘rangregeling’ die Sprung (1992, p. 659 (zie noot 25)) noemt.

³⁶ Prölss & Martin 1998, §156, rdnr. 24 (zie noot 25). In Duitsland bestaat om die reden ook de praktijk om betalingen onder ontbindende voorwaarde te doen. Zie ook Sprung 1992, p. 659 (zie noot 25). Vgl. Hof Den Haag 3 december 1981, VR 1982, 48 (Zurich/Van Croonenborg), zij het dat onduidelijk is of het hof hier een voorwaardelijke betalingsplicht formuleert.

³⁷ Daar staat tegenover dat vertraging in de nakoming door de WA-verzekeraar tot verschuldigheid van rente leidt.

Ik zie kortom argumenten voor en tegen een aparte procedure. Als uitgangspunt zou mijns inziens moeten gelden dat de WA-verzekeraar zelf de verificatie en vereffening uitvoert, terwijl een eventueel over zijn schouders meekijkende r-c slechts in uitzonderingsgevallen het roer overneemt.

5. Tenslotte: enige rudimentaire verplichtingen

Of men nu van mening is dat de WA-verzekeraar zelf tot verdeling moet overgaan of juist de regie uit handen moet geven, in elk stelsel moeten tegengestelde belangen worden verzoend. Benadeelden willen volledige schadevergoeding ontvangen, en zij zullen aandringen op een spoedige afhandeling, zonodig met voorschotten. Een WA-verzekeraar die deze claims te snel afwikkelt, loopt het risico met nieuwe claims te worden geconfronteerd. En wanneer de verzekeraar rekening had behoren te houden met deze nagekomen claims, dan bestaat het risico dat hij die – eventueel tot boven de verzekerde som – moet toewijzen. Het gevolg van deze dreiging kan zijn dat de afwikkeling vertraging oploopt, omdat de verzekeraar zijn positie veilig wil stellen. Dat is niet wenselijk, maar het lijkt een moeilijk oplosbaar probleem.

Een (begin van) oplossing hiervoor zou een al dan niet gerechtelijk gecoördineerde verdeling zijn, met termijnen voor verificatie. Op een gegeven moment moeten de boeken kunnen worden gesloten. Maar ook dan blijft er een moeilijk op te lossen probleem: vanaf welk moment is een WA-verzekeraar gehouden om een dergelijke verificatieprocedure aan te vangen c.q. aan te vragen?³⁸ Vanaf welk moment moet een WA-verzekeraar rekening houden met een tekort?

Welk stelsel ook gekozen wordt, waarschijnlijk zal het er op aankomen of een redelijk handelend WA-verzekeraar in de gegeven omstandigheden tot dezelfde keuzes zou hebben kunnen komen. En vanuit het ijkpunt van de redelijk handelende WA-verzekeraar kan nu reeds een aantal verplichtingen worden geformuleerd die met het voorgaande verband houden: naar mijn mening is een WA-verzekeraar verplicht om benadeelden die zich hebben gemeld, in voorkomende gevallen te waarschuwen voor het gevaar dat de verzekerde som niet zal volstaan c.q. dat anderen al volledige uitkeringen hebben ontvangen.³⁹ [130] A fortiori geldt dat de WA-verzekeraar tegenover de verzekerde verplicht is om te waarschuwen wanneer voorzienbaar is dat de dekking ontoereikend zal zijn. En het zal na het voorgaande niet verbazen dat ik ook van mening ben dat een WA-verzekeraar tevens verplicht is om zijn medewerking te verlenen aan ordelijke en evenwichtige verdeling van een ontoereikende som.

³⁸ En, als een bijzondere procedure in het leven zou worden geroepen, hoe sanctioneert men een eventuele plicht om deze procedure in werking te stellen? Met een schadevergoedingsplicht, zodat een benadeelde eerst moet trachten zijn schade van de verzekerde aansprakelijke vergoed te krijgen? Of met een uitkeringsplicht tot boven de verzekerde som?

³⁹ Vgl. LCCP 152, par. 13.13 en 15.2 (zie noot 7).