

Art. 7:910 in het wetsvoorstel massaschade: contractuele werking ten nadele van een derde?

W.H. van Boom, hoogleraar privaatrecht Universiteit van Tilburg

[verschenen in: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 6578 (2004), p. 384-387]

In het onlangs aan de Tweede Kamer aangeboden wetsvoorstel Collectieve Afwikkeling Massaschade (nr. 29 414) wordt een belangrijk onderdeel aan het collectiveringsproces van ons vermogensrecht toegevoegd: de mogelijkheid om een vaststellingsovereenkomst waarin een aansprakelijke partij met een belangenorganisatie tot een evenwichtige schadevergoedingsregeling is gekomen, algemeen verbindend te verklaren (hierna: de a.v.v.). Het wetsvoorstel is opgesteld naar aanleiding van de complexe DES-zaak, waarbij verschillende slachtoffers en verschillende aansprakelijke partijen betrokken zijn. Als het wetsvoorstel - met onmiddellijke ingang - inwerkingtreedt, kan het DES-dossier ook volgens de nieuwe regeling worden afgewikkeld. Alle huidige en toekomstige slachtoffers die onder de noemer van het contract gebracht kunnen worden, zijn dan van rechtswege aan de vaststellingsovereenkomst gebonden. Zij hebben wel de mogelijkheid om zich binnen redelijke termijn van de binding aan het contract te onttrekken; dit wordt wel de 'opt out' regeling genoemd.

De kern van het wetsvoorstel zal in de artikelen 7:907-910 BW worden ondergebracht, dus in de titel van de vaststellingsovereenkomst. Daarnaast wordt de procedurele kant van de a.v.v. in het wetboek van Rechtsvordering geregeld. Het Hof Amsterdam zal worden belast met de beoordeling van het a.v.v.-verzoek. De voorwaarden waar het verzoek onder andere aan moet voldoen, zijn onder andere dat het geboden bedrag aan schadevergoeding redelijk is, dat de vergoedingen op onafhankelijke wijze worden vastgesteld, en de belangenorganisatie voldoende representatief is.

Het wetsvoorstel lijkt op het eerste gezicht een evenwichtig kader te scheppen voor afwikkeling van massaschade, hoewel uiteraard nog moet blijken hoe het Hof Amsterdam zich deze nieuwe taak zal kwijten. Wat echter duidelijk *niet in orde* is aan het wetsvoorstel, is het voorgestelde art. 7:910 lid 1. Dit luidt:

1. Indien een hoofdelijke schuldenaar de schade van een gerechtigde tot een vergoeding vergoedt voor meer dan het gedeelte dat hem in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren aangaat, dan heeft hij, indien de overeenkomst in de vergoeding van deze schade voorziet, voor dit meerdere voor het gedeelte van de schuld dat de hoofdelijke schuldenaren die partij bij de overeenkomst zijn gezamenlijk aangaat, in afwijking van de artikelen 10 en 12 van Boek 6 uitsluitend recht op de vergoeding die de gerechtigde tot een vergoeding ingevolge de overeenkomst zou toekomen. De gerechtigde tot een vergoeding is verplicht zich te onthouden van [385] elke gedraging die afbreuk doet aan dit recht van de hoofdelijke schuldenaar.

Wat is hier niet in orde? Laten we een voorbeeld nemen van een gebrekkig medicijn dat schade veroorzaakt. Het medicijn is door ongeveer 60 producenten op de markt gebracht, en in geen van de individuele schadegevallen is nog vast te stellen welk product door welk slachtoffer is gebruikt. Elk van de producenten is dan op grond van art. 6:99 BW en het bekende DES-arrest (HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535) aansprakelijk voor de gehele schade van élk van de getroffen, tenzij de aangesproken producent kan bewijzen dat de schade van

de concrete benadeelde niet het gevolg is van gebruik van door hem in het verkeer gebrachte product. De benadeelde hoeft niet aan te tonen hoe groot de kring van potentiële veroorzakers is; evenmin is in beginsel noodzakelijk dat elk van de potentiële veroorzakers aansprakelijk is. Uiteraard is wel noodzakelijk dat van de aangesproken producent vaststaat dat hij toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Dat zou de inzet van verschillende procedures kunnen worden, maar in ons voorbeeld willen een flink aantal producenten en de slachtoffers de uitkomst daarvan niet afwachten: een stichting waar zich naar schatting 90% van alle getroffen bij hebben aangesloten, sluit een vaststellingsovereenkomst met 50 van de 60 producenten. Met de vaststellingsovereenkomst is een marktaandeel van ongeveer 75% vertegenwoordigd. De 10 resterende producenten zijn niet bereid gebleken om te schikken, omdat zij oprecht menen dat zij niet aansprakelijk zijn. Ter gelegenheid van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst is de slachtoffers een vaste vergoeding van €150.000 aan smartengeld en inkomstenderving in het vooruitzicht gesteld.

Het Hof Amsterdam keurt de vaststellingsovereenkomst goed. In de procedure zijn de niet-meewerkende producenten uiteraard niet gehoord, en zij zijn dan ook niet gehouden om de vaststellingsovereenkomst uit te voeren. Door de a.v.v. van de vaststellingsovereenkomst zijn de slachtoffers wel partij bij de vaststellingsovereenkomst geworden: zij worden gezien als de begunstigen van een derdenbeding en zij zijn hun recht om de wederpartij aan te spreken tot *volledige* vergoeding – behoudens tijdige ‘opt out’ – kwijtgeraakt.¹ Dat is de prijs die men betaalt voor zekerheid: de slachtoffers verliezen de kans op een grotere individuele vergoeding, maar zij besparen uiteraard ook proceskosten en lopen niet het risico van algeheel verlies van hun rechtszaak.

Maar verliezen de slachtoffers ook hun schadevergoedingsrecht tegenover de aansprakelijke producenten die *niet* in de vaststellingsovereenkomst deelnemen? Dat lijkt niet het geval te zijn. Deze andere aansprakelijken zijn immers van rechtswege hoofdelijk voor de *gehele schade* aan te spreken, en de a.v.v. van de vaststellingsovereenkomst doet aan de omvang van hun schadevergoedingsplicht niet af. Een individueel slachtoffer kan dus kiezen: ook als hij niet voor de opt-out kiest, kan hij toch kiezen tussen een aanspraak van €150.000 op het consortium van de producenten die de vaststellingsovereenkomst ondertekenden en een aanspraak volgens de regels van afdeling 6.1.10 BW op de overige tien aansprakelijke producenten. Een slachtoffer dat voor de moeilijke weg kiest en er in slaagt om een van deze tien hoofdelijke debiteuren veroordeeld te krijgen voor een bedrag van – laten we zeggen – € 350.000, brengt daarmee een verandering teweeg in de interne draagplicht van de aansprakelijke partijen. Want voor dat geval bepaalt art. 7:910 lid 1 BW dat de betalende debiteur op de producenten die wél partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst, slechts regres kan nemen voor maximaal €150.000. Zou hij regres kunnen nemen volgens de hoofdregels, dan zou hem regres toekomen naar rato van de interne draagplicht. Voor dit geval zou dat waarschijnlijk regres naar gelijke delen (50/60 van €350.000 = €291.666) of naar rato van het marktaandeel van de wél contracterende debiteuren (75/100 van €350.000 = €262.500) zijn. Hoe dan ook zou het regresbedrag hoger uitvallen dan het plafond uit de overeenkomst.

“De hoofdelijke schuldenaar treedt aldus in de plaats van de gerechtigde tot een vergoeding, en kan alleen verhaal nemen ‘op de overeenkomst’”

¹ Art. 7:908 lid 2 bepaalt dit: “De verbindendverklaring heeft geen gevolg ten aanzien van een gerechtigde tot een vergoeding die binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na de in artikel 1017 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde aankondiging van de beschikking door een schriftelijke mededeling aan de in artikel 907 lid 2, onder f, bedoelde persoon heeft laten weten niet gebonden te willen zijn.”

aldus de Memorie van Toelichting. Dat kan wel zo zijn, maar *waarom eigenlijk?* Beoogd wordt, aldus de Memorie, te bereiken dat geen verhaal op de partijen buiten de overeenkomst om kan worden genomen. Deze partijen hebben immers aan hun verplichtingen voldaan door bijvoorbeeld te storten in een fonds. Ook dat kan allemaal juist zijn, maar het verklaart niet waarom het voldoen aan deze verplichting tegenover de benadeelden ook bevrijdt tegenover de andere hoofdelijke debiteuren. Zolang in de omvang van hun externe aansprakelijkheid niets verandert, waarom zou er dan wel iets in hun nadeel moeten veranderen in de interne draagplicht?

Uit de toelichting volgt dat het kabinet tegemoet wil komen aan de behoefte aan zekerheid van de partijen die de vaststellingsovereenkomst sluiten: zij willen niet via een omweg alsnog worden aangesproken voor het meerdere. Dat is een begrijpelijke wens, maar de oplossing gaat wel ten koste van hoofdelijke debiteuren die niet bij het contract betrokken zijn geweest. Tenslotte geeft de toelichting aan dat het verhaalsplafond van de vaststellingsovereenkomst uiteraard niet aanwezig is als het een geval betreft waarin het slachtoffer niet [386] gebonden is aan de vaststellingsovereenkomst (het slachtoffer dat de 'opt out' heeft gekozen). Dan zijn alle hoofdelijk aansprakelijke debiteuren volgende de gewone regels van art. 6:102 jo. 6:6 e.v. BW regresplichtig en -gerechtigd. De crux zit dus in het bestaan van en de binding aan de vaststellingsovereenkomst: die beoogt de betrokken debiteuren zekerheid te geven, en die geeft de wetgever door toe te staan dat deze debiteuren door het verhaalsplafond uit de overeenkomst als verweermiddel tegen de derde-aansprakelijke inroepen. Dat gaat naar mijn mening te ver. Het is niet alleen een forse inbreuk op het stelsel van hoofdelijkheid, dat zelfstandigheid van regresrechten vooropstelt, en dat niet toestaat dat derden worden benadeeld in hun zelfstandige regresrechten door een vaststellingsovereenkomst waar zij niet mee hebben ingestemd. Het trekt ook ten onrechte niet de hele idee van de vaststellingsovereenkomst door naar de verhouding tussen slachtoffer en derde-aansprakelijke. Een slachtoffer dat bewust voor de zekerheid van de schadevergoeding op grond van de vaststellingsovereenkomst kiest, moet niet van twee walletjes kunnen eten door buiten de overeenkomst om zijn resterende schade te verhalen op andere, niet bij het contract betrokken aansprakelijken.

Een juistere oplossing, die zowel recht doet aan het beschermingsdoel van de wetgever als aan de regel dat contracten slechts partijen binden kan, zou dus niet zozeer moeten zijn dat het regresrecht van de niet-contracterende aansprakelijke wordt beperkt, maar dat de mogelijkheden van het slachtoffer om buiten het contract om voor dezelfde gebeurtenis vergoeding te krijgen van een andere debiteur, worden beperkt. In het eerste lid zou daarom de volgende regel – of een rechtsregel van gelijke strekking – moeten worden toegevoegd:

“Het is de gerechtigde tot een vergoeding niet toegestaan om buiten de overeenkomst vergoeding te verkrijgen van een hoofdelijke mede-aansprakelijke tot een hoger bedrag dan de vergoeding uit overeenkomst.”²

Een dergelijke regel bestrijkt uiteraard niet de vergoedingen die het slachtoffer kreeg voordat de vaststellingsovereenkomst bindend was geworden, maar voor die gevallen geldt dat de betaling ook de latere partijen bij de vaststellingsovereenkomst al heeft bevrijd.³ Het regresrecht voor die betaling kan naar mijn mening niet worden gekort door art. 7:910 lid 1 BW, want dan zou een reeds ontstaan regresrecht door een later contract waarbij deze

² Pleitbaar is ook een rechtsregel die ongeveer als volgt luidt: “Indien een gerechtigde tot vergoeding schadevergoeding vordert en verkrijgt van een hoofdelijke schuldenaar die niet partij bij de vaststellingsovereenkomst is, verwerpt hij daarmee de gebondenheid aan de vaststellingsovereenkomst.”

³ Dit is in overeenstemming met de hoofdregel van art. 6:7 lid 2 BW.

aansprakelijke niet is betrokken worden verkort. Is dat niet het zonder enige tegenprestatie ‘onteigenen’ van een reeds bestaand vermogensrecht?⁴

Overigens kan met een geheel andere ratio de regel van art. 7:910 lid 1 mogelijk wél worden verdedigd. Wat art. 7:910 lid 1 in de praktijk wellicht bewerkstelligt, is dat aansprakelijke partijen door de dreiging van contractuele werking te hunner nadeel, geneigd zijn om aan te schuiven aan de onderhandelingstafel en om betrokken te blijven bij de vaststellingsovereenkomst. Doen zij dat namelijk, dan zijn zij er betrekkelijk zeker van dat de vaststellingsovereenkomst het plafond is voor hun aansprakelijkheid: de betrokkenheid bij de overeenkomst geeft op die manier meer zekerheid voor wat betreft de omvang van hun schadelast. Ik sluit niet uit dat dit een valide grondslag voor art. 7:910 lid 1 oplevert, maar een nadere uitwerking van de zijde van de wetgever zou dan noodzakelijk zijn. Bovendien rijst de vraag waarom deze prikkel niet ook in de algemene regeling van de hoofdelijkheid wordt ingebouwd. Ik ben er kortom niet zonder meer van overtuigd dat dit een goede grond voor art. 7:910 lid 1 oplevert.

Tenslotte nog dit: het voorgestelde art. 7:910 lid 1 beoogt regresrechten van hoofdelijke debiteuren te beperken. Maar hoe zit het met andere regresrechten, die naar heersende opvatting weliswaar niet uit hoofdelijkheid voortvloeien,⁵ maar daar wel nauw verwant aan zijn? Ik denk aan het regresrecht van degenen die afgeleide schade lijden. Wat zijn de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst voor de verhaalsrechten van loondoorbetalingsplichtige werkgevers (art. 6:107a BW) en derden die ten behoeve van het slachtoffer uitgaven doen (art. 6:107 BW), of voor gesubrogeerde schadeverzekeraars die aan het slachtoffer uitkeringen heeft gedaan voordat de vaststellingsovereenkomst tot stand kwam? Van opvolgers onder algemene en bijzondere titel stelt de memorie van toelichting dat zij als vanzelf gebonden zijn: zij kunnen niet meer krijgen dan hun voorganger.⁶ Strikt genomen kan dit alleen slaan op overgang die na de a.v.v. plaatsvindt, tenzij men de opvolgers ook een “opt out” mogelijkheid geeft. En van sociale verzekeraars met een eigen regresrecht dat niet op subrogatie is gebaseerd, stelt de toelichting dat deze niet gebonden zijn aan de vaststellingsovereenkomst. Maar dat geeft niet, aldus kort gezegd de toelichting, want de vaststellingsovereenkomst zal zich ook niet om die schadeposten bekommeren. Dat klinkt logisch, maar hoeft het in de praktijk niet te zijn. Een vaststellingsovereenkomst hoeft niet alleen smartengeld te betreffen, maar kan ook bijvoorbeeld verzorgingskosten of gederfd inkomen omvatten. Dan is het zaak om goed in de gaten te houden of derden zoals werkgevers en naasten wel of niet in de vaststellingsovereenkomst betrokken zijn [387] c.q. of zij gebonden zijn aan het resultaat. Als de wetgever daarover geen duidelijke taal spreekt, moet het Hof Amsterdam dan maar extra alert zijn op de schadeposten die onder de vaststelling vallen: schikkingen over schadeposten waarvan niet ongebruikelijk is dat een derde deze voor zijn rekening neemt, verdienen extra waarborgen.

Mijn conclusie luidt dat de wetgever het thans voorgestelde art. 7:910 lid 1 BW dient te heroverwegen. In elk geval moet de positie van *alle* regresgerechtigden duidelijker worden gemaakt, niet alleen die van hoofdelijke debiteuren. En wat die hoofdelijke debiteuren betreft moet het artikel ófwel worden aangevuld met de hierboven geformuleerde regel, ófwel dient er een geheel andere motivering voor te worden gegeven. In dat laatste geval zou de wetgever binding aan een contract waarbij men niet partij is als instrument hanteren om om

⁴ Men kan dit probleem mogelijk ondervangen door de niet-contracterende aansprakelijke partijen het “opt in” recht te geven om zich bij de vaststellingsovereenkomst aan te sluiten (zodat zij door middel van derdenbeding zich de bescherming kunnen verschaffen van het verhaalsplafond).

⁵ In afwijking van deze heersende opvatting: W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg 1999.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 10.

aansprakelijke personen tot een coöperatieve houding te prikkelen. Dat zou een nieuw tijdperk in het privaatrechtelijk beleid van de wetgever inluiden.