

# VERZEKERING VAN MASSASCHADE

Massaschade leidt tot een aantal complicaties als het gaat om de verzekering ervan. Bij massaschade betreft het een grote groep gedupeerden met elk een belang bij de ene verzekering van dezelfde schadeveroorzaker. De omvang van massaschade is meestal groot en de verzekerde som van de schadeveroorzaker is vaak ontoereikend. Het massale karakter zet zowel de dekking van de schadeveroorzaker als het geaccepteerde risico van de verzekeraar op scherp. Dit laatste artikel van een drieluik over massaschade schetst een aantal complicerende verzekeringsissues, zoals ontoereikende dekkingslimieten en serieschadenclausules.

**B**ij verzekering van massaschade valt vooral te denken aan verzekering van de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker van massaschade. Specifiek spelen vooral een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering (AVB) en/of een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (D&O) een rol bij massaschade. Verzekeringsdekking van massaschade is in de basis niet anders dan verzekeringsdekking van 'reguliere' schade. De complicaties van massaschade bij verzekering zijn evenwel gelegen in de omvang van de totaalschade en met name in de cumulatie van claimanten en schades. Massaschade leidt daarmee tot een cumulatierisico voor de verzekeraar.

## LIMITERING VAN DEKKING

De wettelijke aansprakelijkheid van een schadeveroorzaker is in beginsel ongelimiteerd, maar de verzekeraar zal het risico van die aansprakelijkheid niet ongelimiteerd willen overnemen. Dat geldt al bij normale schade, maar nog meer bij massaschade door het cumulatierisico. De dekking van aansprakelijkheid is daarom beperkt tot bepaalde limieten.

De meest bekende limitering is de verzekerde som, ofwel het maximaal verzekerd bedrag per verzekerde gebeurtenis (aanspraak of schade). De verzekerde som vormt per verzekerde gebeurtenis de bovengrens aan dekking. Het spiegelbeeld daarvan is het eigen risico, dat als het ware de ondergrens van de dekking vormt.

Naast de verzekerde som geldt als bovengrens veelal een jaarlimiet. De jaarlimiet is een maximumbedrag per verzekeringsjaar en maakt dat ongeacht de hoeveelheid schades en hun omvang in een verzekeringsjaar de dekking niet verder gaat dan een bepaald bedrag. Anders loopt de verzekeraar het risico alsnog een veelvoud van de verzekerde som te moeten dekken.

Zodra de omvang van de schade de verzekerde som en/of de jaarlimiet overstijgt en met name wanneer dan ook sprake is van meerdere claimanten, rijst de vraag hoe de verzekerde som en/of de jaarlimiet moet worden besteed en verdeeld. Van die situatie is bij massaschade al snel sprake.

## SERIESCHADENCLAUSULES

Bij de verzekerde som geldt de voorvraag of deze slechts één keer geldt voor een totale massaschade,

of dat de verzekerde som meerdere keren beschikbaar is, bijvoorbeeld steeds per schade of aanspraak van een individuele gedupeerde. Dit is een vraag met een grote financiële impact. Het maakt immers nogal uit of een verzekerde som (bijvoorbeeld een aantal miljoen euro) slechts één keer geldt of steeds per individuele gedupeerde beschikbaar is (en dus cumuleert).

Hoe vaak de verzekerde som bij een massaschade beschikbaar is, wordt beïnvloed door de eventuele aanwezigheid van een *serieschadenclausule* in de polis. Een serieschadenclausule bepaalt dat schades die met elkaar verband houden of uit eenzelfde voorval voortvloeien, als één schade worden gezien – als een 'serieschade'. De verzekerde som, maar ook het eigen risico, geldt dan één keer voor de serieschade, zodat zowel de verzekeraar als de verzekerde kan profiteren van een serieschadenclausule.

Een voorbeeld van zo'n serieschadenclausule biedt artikel 1.8 NBA 2014. Daar staat:

*'[...] Aanspraken, al dan niet tegen meer verzekerden ingesteld, worden als één aanspraak beschouwd als deze met elkaar verband houden of uit elkaar voortvloeien, of uit hetzelfde handelen of nalaten voortvloeien of uit een opeenvolgend handelen of nalaten met dezelfde oorzaak voortvloeien en worden geacht bij verzekeraars te zijn aangemeld ten tijde dat de eerste aanspraak is aangemeld.'*

Het laatste deel van deze bepaling maakt in zo'n geval ook duidelijk dat aanspraken die na de verzekeringstermijn worden ingesteld alsnog onder de ver-

## Massaschade leidt tot een cumulatierisico voor de verzekeraar

zekering van de eerste aanspraak vallen. Voor die latere aanspraken wordt aldus afgeweken van het algemene *claims made* karakter van de aansprakelijkheidsverzekering, dat maakt dat aanspraken in beginsel slechts gedekt zijn als zij binnen de verzekeringstermijn zijn ingesteld en aangemeld. Een serieschadenclausule beïnvloedt dan dus ook de allocatie van de schade in verzekeringsjaren en leidt dan tot een vorm van uitloopdekking.



is dat artikel 7:955 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) over de verzekerde som bepaalt dat dit het hoogste bedrag is waartoe de verzekeraar 'als gevolg van eenzelfde voorval kan worden verplicht'. De wet spreekt daarmee over een causaal verband met 'eenzelfde voorval'. Daarin zou het plaatsvinden van een eenmalig wilsbesluit als een bepaalde schadeveroorzakende keuze gelezen kunnen worden, waarmee artikel 7:955 lid 1 BW in wezen een wettelijke serieschadenbepaling biedt.

Het gaat dan om de uitleg van de wettelijke term 'eenzelfde voorval'. Over de succeskans van deze lezing bestaat geen bekende rechtspraak of literatuur en ook de wetsgeschiedenis van artikel 7:955 lid 1 BW zwijgt hierover. Interessant is dat er wel enige jurisprudentie bestaat over de uitleg van de term 'gebeurtenis' in een polis waarbij geen sprake was van een serieschadenclausule. In die jurisprudentie is meermalen geoordeeld dat onder 'gebeurtenis' redelijkerwijs soms niet (meer) elke individuele beschadiging moet worden begrepen, maar de gezamenlijke achterliggende oorzaak daarvan. Verdedigbaar lijkt ons dat zo'n redelijke uitleg ook kan opgaan voor de wettelijke term 'voorval'.

Het geldend recht zonder expliciete serieschadenclausule is dus nog niet uitgekristalliseerd, maar van een groot verschil hoeft dus niet per se sprake te zijn. Dat is voor massaschade van belang, want massaschade is per definitie een serieschade.

#### SCHADEREGELING BIJ ONTOEREIKENDE DEKKING

Als eenmaal vaststaat dat maar één of een paar keer de verzekerde som beschikbaar is, blijkt bij massaschade niet zelden sprake te zijn van een ontoereikende dekking voor de totaalschade. Voorbeelden uit het verleden zijn de Volendamse cafébrand (200 benadeelden, 50 miljoen euro totaalschade, maar AVB-dekking tot 1,13 miljoen euro) en de Enschedese vuurwerkramp (meer dan 2.000 benadeelden, meer dan 600 miljoen euro totaalschade, maar AVB-dekking tot 1,13 miljoen euro). Hoe moet de verzekeraar dan omgaan met de ontoereikende dekking en de diverse schadeclaims?

In een dergelijk geval zal de ver-

#### DE LEER VAN HET EENMALIG WILSBESLUIT

Een serieschadenclausule veronderstelt een samenhangend causaal verband tussen alle schades. Dat verband vormt de rechtvaardiging om al die schades als in wezen één schade te zien. De essentie van dat samenhangend verband is dat de diverse schades of claims *inherent* aan elkaar zijn. Dat wil zeggen dat het ontstaan van de diverse schades niet ten opzichte van elkaar toevallig mag zijn, maar onvermijdelijk met elkaar moet samenhangen. In die zin dat de schades of claims naar de normale loop van omstandigheden in meervoud vallen.

Zo'n samenhangend verband kan terug te voeren zijn tot één bepaalde beslissing, waaruit vervolgens diverse schadegevallen voortvloeien. Te denken valt aan de beslissing voor een bepaalde productsamenstelling van een medicijn, die vervolgens tot schades bij de diverse medicijngebruikers leidt. Een ander voorbeeld is een bepaalde onrechtmatige beslissing van bestuurders die vervolgens leidt tot waardeverlies van

de diverse aandeelhouders. Dergelijke beslissingen leiden inherent tot een schade in meervoud, die daarom in de kern als één schade gezien kunnen worden.

In de jurisprudentie en literatuur geldt dit als de leer van het eenmalig wilsbesluit. Daaruit volgt tegelijkertijd ook dat het samenhangend verband doorbroken wordt als het besluit heroverwogen wordt of had

moeten worden, bijvoorbeeld omdat het schadeloosbrengend gedrag zo onzorgvuldig is dat de uitvoering op zichzelf staat.

Doorbreking leidt tot de 'start' van een nieuwe serieschade.

#### SERIESCHADE ZONDER SERIESCHADENCLAUSULE

Niet altijd bevat een verzekering een serieschadenclausule. Geldt dan een onverkort cumulatierisico van verzekerde sommen of kunnen ook dan samenhangende schades als één serieschade gelden? Interessant

Een serieschadenclausule veronderstelt een samenhangend causaal verband tussen alle schades



zekeraar mogelijk willen afzien van het voeren van verweer tegen de claims, omdat dan wel vaststaat dat de verzekerde som opgesoupeerd zal worden. Afzien van verweer voorkomt dan het verbeuren van rente en het maken van verdere kosten in een voor de verzekeraar gelopen race. De verzekerde zal echter wel baat kunnen hebben bij het voeren van verweer, waarbij de kosten van verweer vaak bovenop de verzekerde som tot een bepaald bedrag meeverzekerd zijn. Veelal komt op grond van de polis de verzekeraar een zekere vrijheid toe bij de schaderegeling. Aangenomen wordt echter dat een verzekeraar op grond van de redelijkheid en billijkheid rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de verzekerde en daarom niet zomaar de verzekerde som beschikbaar mag stellen of een regeling mag aangaan om zich daarna te onttrekken aan de kwestie.

### VERDELING VAN EEN ONTOEREIKENDE VERZEKERDE SOM

Een volgende kwestie die bij een ontoereikende dekking rijst, is de vraag naar de verdeling van de verzekerde som als er meerdere claimanten zijn. De verzekeraar heeft dan niet de keuzevrijheid om naar eigen believen de verzekerde som ter beschikking te stellen, zoals onder het mom 'wie het eerste komt, wie het eerste maalt'.

Die beperkte bewegingsvrijheid geldt het duidelijkst bij letselschade. Dan geldt immers artikel 7:954 lid 5 BW (directe actie), dat bepaalt dat de verschuldigde uitkering dan plaatsvindt naar evenredigheid van de schade van elk der benadeelden. Als een verzekeraar dan aan een benadeelde bovenmatig uitkeert, gaat het bovenmatige deel niet af van de resterende som voor de overige benadeelden, tenzij de verzekeraar te goeder trouw was. Van dat laatste lijkt bij massaschade niet snel sprake, omdat dan wel duidelijk is dat er vele claimanten zullen zijn. Aanvullende betaling ligt dan op de loer. Een verzekeraar doet er dan verstandig aan om pas

**Hoe moet de verzekeraar omgaan met ontoereikende dekking en de diverse schadeclaims?**

uit te keren zodra zeker is wie de benadeelden zijn en hoe de schadevergoeding moet worden verdeeld. Tot dan heeft de verzekeraar het recht om zijn uitkeringsverplichting op te schorten.

Onduidelijk is of een verzekeraar dat opschortingsrecht kan gebruiken als voor een massaschade een collectieve schikking op grond van de WCAM algemeen verbindend is verklaard en benadeelden zich onttrekken aan die schikking (opt-out). Zie daarover ons eerste artikel in *de Beursbengel*, nr. 888. In zo'n geval is niet meer zeker hoe de schadeverdeling onder alle benadeelden zal zijn, maar zou een algeheel opschortingsrecht de effectiviteit van de WCAM elimineren. Mogelijk geldt het opschortingsrecht dus dan niet. En mag, en zelfs moet, de verzekeraar dan aan de andere benadeelden uitkeren op basis van de collectieve schikking, zij het naar evenredigheid van de verzekerde som.

Een wettelijke verdelingsleutel en -regeling bestaat niet voor massaschade met (alleen) materiële schade of financiële schade. Toch wordt aangenomen dat ook in zulke gevallen een verzekeraar zich de belangen van alle potentiële gedupeerden zal moeten aantrekken en zich zal moeten inspannen voor een evenredige verdeling van de verze-

kerde som. De civiele zorgplicht van een verzekeraar biedt daarvoor een juridische basis. De exacte uitwerking ervan zal per situatie kunnen verschillen.

### AFRONDING EN SLOT DRIELUIK

De verzekering van massaschade is in uitgangspunt niet anders dan de verzekering van reguliere schade. Het massale karakter leidt echter alsnog tot diverse mogelijke complicaties, zoals de vaststelling van de verzekerde som(men), de verdeling daarvan en de schaderegeling. Verzekeraars en makelaars doen er goed aan hier rekening mee te houden. Het zijn knelpunten die wij hebben geschetst, maar die nog niet allemaal juridisch zijn uitgekristalliseerd.

Hiermee sluiten wij ons drieluik over massaschade en verzekering af. Eerder verschenen artikelen over het collectief schikken van massaschade (*de Beursbengel*, nr. 888) en over het collectief vorderen van schadevergoeding bij massaschade (*de Beursbengel*, nr. 889). ●

Mr. D.K. (Daan) Baas, mr. J.S. (Jonathan) Overes en mr. dr. W.C.T. (Wim) Weterings Daan Baas en Wim Weterings zijn advocaten (partners) en Jonathan Overes is senior juridisch medewerker bij Dirkzwaager legal & tax en maken deel uit van het team Massaschade & Verzekering.