

## Aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering: alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering?

Prof. mr. J.G.J. Rinkes

Hoogleraar privaatrecht Open Universiteit, bijzonder hoogleraar Europees consumentenrecht Universiteit Maastricht, raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Arnhem, rechter-plaatsvervanger Rechtbank Amsterdam en verbonden aan ACIS.

### 1. Inleiding

Het is de vraag of de huidige praktijk van de aansprakelijkheidsverzekering afdoende is om te kunnen voldoen aan het tweeledige doel ervan: verzekeren (financieel) dekking te verlenen tegen doorgaans onbeheersbare schaderisico's, en benadeelden een betere verhaalspositie te verlenen. Beperkingen in dekking en verhaalsmogelijkheden lijken steeds verder toe te nemen, ook vanwege de uitdijende last van het aansprakelijkheidsrecht. De in de aanhef van deze paragraaf genoemde doelstelling bevat een dichotomie, een tweedeling, en geeft aan dat zich tegenover de verzekeraar ten minste twee wederpartijen bevinden: verzekerde en benadeelde.

Op welke wijze kan daar in concrete aansprakelijkheidsverzekeringopolissen recht aan worden gedaan? Met de belangen van *beide* partijen moet rekening worden gehouden. Of is hier sprake van een tegenstelling die onverenigbaar is? Frenk<sup>1</sup> heeft in 2000 aandacht gevraagd voor de mogelijkheid om de huidige praktijk van de aansprakelijkheidsverzekering opnieuw te bezien: het is mogelijk om over te gaan tot *directe* verzekering. Frenk omschrijft het onderscheid tussen de directe schadeverzekering en de aansprakelijkheidsverzekering als volgt (a.w., p. 2): *Bij een directe schadeverzekering is de schade van de benadeelde verzekerd, bij een aansprakelijkheidsverzekering de aansprakelijkheid van de veroorzaker van de schade.* Dit pleidooi heeft veel aandacht gekregen, zie bijvoorbeeld Elzas in de Wansink-bundel, die met name praktische aspecten van het voorstel bespreekt.<sup>2</sup> Uitgebreid is deze materie geanalyseerd door De Vor in 2002.<sup>3</sup>

Het lijkt erop dat de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht en de nieuwe toezichtwetgeving de aandacht van de onderhavige problematiek enigszins heeft doen afzwakken. Er zijn echter nog andere problemen gesignaleerd, zoals de kwestie van wettelijk (ontoelaatbaar) ingrijpen in bestaande polissen, aldus Frenk (2000, p. 13). In ieder geval gaat het (aldus Frenk) erom dat verzekeraars niet ruimhartig dekking verlenen voor onbeheersbare risico's. Een paardenmiddel (een verbod van de wetgever om bepaalde risico's te dekken) zou betekenen dat bepaalde risico's niet in dekking mogen worden genomen en/of een (financiële) bekommernis om de slachtoffers ervan sterk in te perken, aldus Frenk.

In de onderhavige bijdrage wordt de beschreven problematiek hernieuwd aan de orde gesteld. De reden daarvoor is dat de discussie over de grenzen van de aansprakelijkheidsverzekering (dekkingsomvang en uitsluitingen) niet zelden tot problemen leidt, maar meer nog dat de

---

<sup>1</sup> N. Frenk, De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast, AV&S December 2000, p. 2-13, hierna: Frenk 2000. Vgl. ook idem, NJB 1999/32. P. 1547 en oratie, Naar echte eigen schuld, Amstelveen: deLex, 2006.

<sup>2</sup> R. Elzas, Niemand draagt zijn eigen schade, in: Van daden en draden, Liber Amicorum J.H. Wansink, Deventer: Kluwer 2006, p. 209 e.v.

<sup>3</sup> E. de Vor, De directe schadeverzekering: een alternatief voor de uitdijende aansprakelijkheidslast, EUR 2002.

uitdijende aansprakelijkheidslast en ‘nieuwe’ en onvoorzienbare risico’s tot veel problemen leiden voor verzekeraars en verzekeringnemers, terwijl dit zo belangrijke onderdeel van de verzekeringsmarkt in verregaande mate ongereguleerd is. De vraag is of deze situatie voldoende robuust is voor de toekomst van het aansprakelijkheidsverzekeringsrecht. De PEICL besteden aandacht aan ‘general liability’, maar niet meer dan dat; dit is van belang omdat het Europees Parlement op 8 juni 2011 de PEICL als onderdeel van het CFR heeft geaccepteerd als een ‘optional instrument’.<sup>4</sup> Op Europees niveau is veel aandacht besteed aan de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, maar ook niet meer dan dat. Het is bevreemdend dat een schier niet te overzien (uitdijend) aansprakelijkheidsrecht en de daaraan verbonden aansprakelijkheidsverzekering vrijwel uitsluitend in de rechtspraak zijn ontwikkeld, terwijl wettelijke en dogmatische grondslagen onvoldoende helder zijn. Dit betekent niet dat de vrijheid van verzekeraars om de omvang van de dekking te bepalen moet worden beknot; het is wel een pleidooi voor herbezinning op de grondslagen van de aansprakelijkheidsverzekering. Denkbaar is ook dat geconcludeerd moet worden dat aansprakelijkheidsverzekering niets anders is dan schadeverzekering, en geen andere grondslagen kent. Dit staat echte haaks op het specifieke karakter ervan (van oorsprong ‘open’ basisdekking voor de ‘aansprakelijkheid voor geleden schade’, nu: in beginsel dekking voor elke uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het vergoeden van schade, aldus Wansink<sup>5</sup>). Dorhout Mees<sup>6</sup> omschreef de aansprakelijkheidsverzekering als de verzekering die *niet* dekt het verlies van enig vermogensbestanddeel, maar het ontstaan van een schuld door een onzeker voorval. Onder ‘vorderingen tot schadevergoeding op derden ter zake van door de verzekerde geleden schade’ als bedoeld in art. 7:962 BW is ook begrepen het verhaalsrecht dat de verzekerde ontleent aan art. 6:10 (bijdrageplicht hoofdelijk schuldenaren) en 6:12 (subrogatie) BW.<sup>7</sup> In de praktijk (aldus Wansink) wordt een enger begrip gehanteerd: verzekeringen die betrekking hebben op verbintenissen wegens toegebrachte schade. Dit alles lijkt erop te duiden dat aansprakelijkheidsverzekering ten doel heeft te voorkomen dat er inkomens- of vermogensschade ontstaat aan de zijde van de verzekeringnemer door de risico’s van alledag; de positie van de benadeelde blijft in dit perspectief echter onderbelicht. In deze bijdrage wordt gepoogd een aanzet te geven tot discussie over de onderliggende vraagpunten: wat is de aard van de aansprakelijkheidsverzekering, en welk doel/welke doelen dient deze ultimo?

## 2. Aard en ratio van de aansprakelijkheidsverzekering<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> EP 2011/2013 (INI).

<sup>5</sup> J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Wansink 2006), op p. 13-14. Inbegrepen is de aansprakelijkheid voortvloeiende uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, alsmede de aansprakelijkheid overeenkomstig de norm van een goed werkgever.

<sup>6</sup> Geciteerd door Wansink 2006, op p. 200.

<sup>7</sup> Hoge Raad 9 juli 2010, LJN: BM3952: ‘3.3 Een hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar wiens aansprakelijkheidsverzekeraar de schade heeft vergoed, staat voor de toepassing van art. 6:10 en 6:12 gelijk met een schuldenaar die de schade uit zijn eigen vermogen heeft vergoed, zodat ook in dat geval de schuld ten laste van hem is gedelgd in de zin van die bepalingen, ongeacht bovendien of die assuradeur de schadepeningen aan de schuldenaar, als zijn verzekerde, of rechtstreeks aan de schuldeiser heeft uitgekeerd. Die omstandigheden houden immers verband met het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering van de betrokken schuldenaar, die zijn medeschuldenaren niet aangaat en waarvan zij niet behoren te profiteren.’

<sup>8</sup> Een eensluidende definitie van het begrip aansprakelijkheidsverzekering ontbreekt; wel zijn de grenzen aangegeven door het algemene verzekeringsrecht, zie onder meer het Aardbeienmandjesarrest van 7 februari 1913, besproken door Wansink 2006 op p. 199.

In de derde druk van zijn boek *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* schetst Wansink<sup>9</sup> de bakens voor de aansprakelijkheidsverzekering zoals wij die heden ten dage kennen. Kort weergegeven gaat het daarbij om het volgende (deels instemmend met Bongers 1964):

- 1-aansprakelijkheidsrisico's bedreigen een ieder elk ogenblik;
- 2-tegen de mogelijke financiële gevolgen daarvan is bijna niemand voldoende opgewassen;
- 3-dit (sociale) aspect schept extra verplichtingen voor verzekeraars, die bij schaderegeling en redactie van de polis de belangen van derden-gelaedeerden niet buiten beschouwing mogen laten;
- 4-dekking wordt verleend voor 'de aansprakelijkheid uit welke hoofde dan ook', hetgeen impliceert
- 5-dat de verzekeringstechnische begrenzing van de dekking elders in de polis moet worden gevonden.

Naar aanleiding hiervan kan het volgende worden opgemerkt.

*Punt 3* heeft geleid tot het verlenen van rechten aan derden-gelaedeerden: Bongers<sup>10</sup> beschrijft dat dit allereerst uiting kreeg in de polisredactie en bij schaderegeling, vervolgens zou leiden tot een privilege op de schadepenningen dan wel een rechtstreekse vordering op de assuradeur, al dan niet gecombineerd met een mogelijke introductie van een wettelijke plicht tot het sluiten van een WA-verzekering. Veel hiervan is inmiddels gerealiseerd.

De directe actie is een feit: de (algemene) directe actie van art. 7:954 BW<sup>11</sup> biedt – aldus Engelhard<sup>12</sup> – bescherming voor de benadeelde in die zin dat bevorderd wordt dat de verzekeringsuitkering, althans het deel ervan dat betrekking heeft op personenschade, ook daadwerkelijk die benadeelde ten gunste komt. Deze beschermingsgedachte wordt gerechtvaardigd doordat de benadeelde veelal zonder toedoen schuldeiser van de verzekerde wordt, en de verzekerde zijn recht op de verzekeringsuitkering juist ontleent aan de claim die

---

<sup>9</sup> Wansink 2006, p. 1 e.v.

<sup>10</sup> Aangehaald door Wansink 2006 t.a.p.

<sup>11</sup> Dit type regeling is niet uniform in EU-verband. Art. 7:954 lid 1 BW bepaalt: Indien in geval van een verzekering tegen aansprakelijkheid de verzekeraar ingevolge artikel 941 de verwezenlijking van het risico is gemeld, kan de benadeelde verlangen, dat indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is, het bedrag dat de verzekerde daarvan ter zake van de schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, aan hem wordt betaald, en lid 2 houdt in: De benadeelde kan zonder melding deze betaling verlangen indien de verzekerde een rechtspersoon was die heeft opgehouden te bestaan en de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde niet op een ander is overgegaan. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld de Duitse regeling ter zake in § 115 Versicherungsvertragsgesetz VVG (1) Der Dritte kann seinen Anspruch auf Schadensersatz auch gegen den Versicherer geltend machen, (1) wenn es sich um eine Haftpflichtversicherung zur Erfüllung einer nach dem Pflichtversicherungsgesetz bestehenden Versicherungspflicht handelt oder (2) wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden ist oder (3) wenn der Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt ist. Der Anspruch besteht im Rahmen der Leistungspflicht des Versicherers aus dem Versicherungsverhältnis und, soweit eine Leistungspflicht nicht besteht, im Rahmen des § 117Abs. 1 bis 4. Der Versicherer hat den Schadensersatz in Geld zu leisten. Der Versicherer und der ersatzpflichtige Versicherungsnehmer haften als Gesamtschuldner. Zie tevens § 110 VVG Insolvenz des Versicherungsnehmers Ist über das Vermögen des Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der Dritte wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs abgesonderte Befriedigung aus dem Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers verlangen.

<sup>12</sup> E.F.D. Engelhard, Directe actie en gevolg van erkenningen, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer (Serie Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht Deel 2) 2011, p. 405-433.

de benadeelde op hem heeft. Engelhard beschrijft vervolgens (t.a.p.) vijf typen risico's voor bescherming van de benadeelde onder de WA-polis.<sup>13</sup>

Het onderwerp 'schaderegeling' verdient voortdurend aandacht, ook al omdat de precieze protocollen en beleidsregels bij schade-afhandeling natuurlijk verschillen per verzekeraar en niet kenbaar zijn. Over schade-afhandeling is wettelijk gezien weinig tot niets expliciet geregeld, al is ook dit onderwerp sterk in beweging. Dat komt niet in de laatste plaats door veranderingen op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht en inzake oneerlijke handelspraktijken. Te late betaling, onheuse bejegening van gelaedeerden en oneerlijke handelspraktijken (voor verzekeraars met name art. 6:193b jo. 6:193i onder d BW) kunnen aanleiding zijn tot aansprakelijkheid van verzekeraars, aldus Van Tiggele.<sup>14</sup> Van Tiggele lijkt te pleiten voor een schade-afwikkelingsregime met een wettelijke grondslag. Dat deze kwestie belangrijk is blijkt ook uit HR 26 februari 2010, LJN: BK4995, (rov. 4.4):

*'Het voorgaande leidt tot het praktische resultaat dat de (vrijwarings)procedure van een verzekerde tegen de verzekeraar kan worden voortgezet ook nadat de verzekerde een uitkering heeft verkregen van een andere verzekeraar op wie de vordering overgaat, omdat de verzekerde de procedure dan als lasthebber kan voortzetten ten behoeve van die andere verzekeraar als materiële procespartij, ongeacht het tijdstip waarop die uitkering en overgang hebben plaatsgevonden. Dit strookt bovendien met de door het Verbond van Verzekeraars vastgestelde 'Schaderegeling schuldloze derde', die erin voorziet dat degene (..) die buiten zijn schuld schade lijdt als gevolg van een schadegeval waarbij twee of meer aansprakelijkheidsverzekeringen van andere betrokken partijen (mogelijk) dekking bieden, niet verstoken mag blijven van een schadeuitkering vanwege een dispuut tussen de betrokken verzekeraars wie van hen de schade moet dragen, en dat daarom een van die verzekeraars (veelal degene die als eerste wordt aangesproken) de schade afwikkelt, zonodig tegen overdracht van vorderingen ter zake van het schadegeval, waarna tussen de betrokken verzekeraars onderling wordt uitgemaakt wie van hen de schade moet dragen.'*

*Punt 4* is problematischer: in de voorbije jaren is sprake geweest van ingrijpende wijzigingen in de omvang van de dekking en de omschrijving hiervan. Belangrijke onderdelen hiervan zijn het claims made-beginsel en de gewijzigde inzichten over de grenzen waarbinnen dekking mag worden verleend voor *opzettelijk* veroorzaakte schade.<sup>15</sup>

In zijn boek 'weerstaat' Wansink naar eigen zeggen de verleiding om uitvoerig te spreken over de relatie tussen aansprakelijkheid en de aansprakelijkheidsverzekering (het aansprakelijkheidsrecht is alleen effectief als middel tot slachtofferbescherming als de verzekering daartoe de middelen verschaft); in verband daarmee laat Wansink ook de problematiek van de onverzekerbare aansprakelijkheid en daarvoor als alternatieven aangedragen nieuwe verzekeringsvormen zoals de directe verzekering buiten beschouwing. Wansink verwijst daartoe naar het preadvies van Hartlief uit 2004, het pleidooi van Frenk (2000) voor directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast, alsmede naar zijn eigen standpunt in deze discussie (2000).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl. ook M. Keijzer-de Korver, Directe actie in relatie tot massaschade, AV&S augustus 2010, p. 129-135, die een aantal problemen in dit verband aanduidt, en voor aanvullende maatregelen pleit.

<sup>14</sup> N. van Tiggele-van der Velde, oratie Radboud 2009, Onverkwikkelijke afwikkeling van schade – Een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid?, AV&S juni 2010, p. 87-96

<sup>15</sup> Zie hierover de bijdrage van Hendrikse in de onderhavige bundel.

<sup>16</sup> Zie de verwijzingen op p. 2 Wansink 2006 noot 4.

### 3. Nadere invulling van het begrip aansprakelijkheidsverzekering

De aansprakelijkheidsverzekering kent geen afzonderlijke wettelijke regeling.<sup>17</sup> In het voorontwerp Dorhout Mees voor het nieuwe verzekeringsrecht was de afdeling Schadeverzekering nader onderverdeeld in onder meer een paragraaf 'aansprakelijkheidsverzekering'. Aan aparte bepalingen ter zake bleek geen behoefte, en de enige destijds (voorontwerp) bestaande aparte bepaling voor de aansprakelijkheidsverzekering werd ondergebracht in art. 7:953 BW (verbod erkenningen); daarnaast werd toegevoegd een bepaling inzake de directe actie (art. 7:954 BW).<sup>18</sup> Een wettelijke regeling van aansprakelijkheidsverzekering is echter niet zeldzaam, zie bijvoorbeeld § 100-124 van het Duitse Versicherungsvertragsgesetz.<sup>19</sup>

Inzake de stelling dat bij aansprakelijkheidsverzekering gekozen moet worden voor een ruime opvatting (zie hierboven) wijst Wansink met name op HR 3 september 1993, S&S 1994, 14.<sup>20</sup>

De Hoge Raad overwoog in dit arrest onder meer:

#### ‘3.2

*In onderdeel 2 van het middel wordt het hof, kort samengevat, verweten te hebben geoordeeld dat de verzekering het risico van die aansprakelijkstelling dekte, zonder aan te geven op welke rechtsgrond aansprakelijkheid berustte.*

*Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het hof in zijn r.o. (15) zonder daarvoor een genoegzame motivering te geven, heeft geoordeeld dat ‘de door de overheid gemaakte kosten van bodemsanering zijn te beschouwen als door de overheid door een onrechtmatige daad geleden schade’, mist het feitelijke grondslag. Waar het hof overweegt dat het niet het oordeel van de Rb. deelt ‘dat de door de overheid gemaakte kosten van bodemsanering zijn te beschouwen als voor rekening van ZHD door de overheid gemaakte kosten en niet als door de overheid door een onrechtmatige daad van ZHD geleden schade’ (r.o. 15), verwerpt het hof slechts het oordeel waartoe de Rb. was gekomen. Die overweging kan niet aldus worden*

---

<sup>17</sup> Zie Wansink 2006, p. 201-202: de bepalingen waarin voor aansprakelijkheidsverzekering in titel 7.17 BW een bijzondere regeling is opgenomen (artt. 7:953, 954, 936 lid 5 en 942 lid 1 BW) zien enkel op de aansprakelijkheidsverzekering in enge zin: verzekeringen die als zodanig worden beschouwd in het maatschappelijk verkeer (met een kanttekening voor art. 7:942 lid 1 BW, tweede zin, hetgeen mogelijk ook ruimere toepassing van de verjaringsregeling mogelijk maakt indien de verzekerde voor het instellen van een vordering afhankelijk is van de derde die hem aansprakelijk stelt: leent zich ook voor toepassing bij aansprakelijkheidsverzekering in ruime zin – bijvoorbeeld ziektekostenverzekering - aldus Wansink 2006, p. 202, noot 10). Het gaat bij verzekering in enge zin om ‘verzekering tegen aansprakelijkheid’, tegen ‘het risico van het ontstaan van vorderingen van derden ter zake van wettelijke of contractuele aansprakelijkheid van de verzekerde’, zie Wansink 2006, p. 202, noot 9.

<sup>18</sup> Vgl. Asser-Clausing-Wansink 2007, p. 17.

<sup>19</sup> § 100 Leistung des Versicherers: Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten auf Grund der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden, und unbegründete Ansprüche abzuwehren. Interessant is dat het Duitse recht nadrukkelijk wijst op de rechtsbijstandcomponent inzake de claim, die onherroepelijk deel uitmaakt van de dekking. Hier te lande wordt dit in de polisvoorwaarden geregeld. Andere landen kennen evenals Nederland geen afzonderlijke regeling, vgl. het Zwitserse Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, art. 59-61.

<sup>20</sup> Wansink 2006, p. 14 e.v., p. 22-23.

*gelezen dat het hof van oordeel is dat wèl sprake is van een door ZHD jegens de overheid gepleegde onrechtmatige daad.*

*Het hof heeft in zijn r.o. (12) en (13) door uitlegging van de verzekeringsovereenkomst de inhoud daarvan aldus vastgesteld:*

*‘De polis, een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven van 1982, geeft een ruime dekking, nl. dekking van het financiële nadeel dat voor de verzekerde ontstaat indien hij aansprakelijk is of wordt gesteld voor materiële en/of immateriële schade voortvloeiend uit of verband houdend met alle activiteiten als onder andere op- en/of overslagbedrijf, en huurder/exploitant van (haven)terreinen, en zonder onderscheid te maken tussen wettelijke aansprakelijkheid en contractuele aansprakelijkheid, zonder beperking tot schade door onrechtmatige daden, zonder uitsluiting van zgn. negatieve wanprestatie, en zonder uitsluiting van milieuaansprakelijkheid.’*

*Naar het kennelijke oordeel van het hof is deze dekking zo ruim dat zij het risico van aansprakelijkstelling omvat ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid. Daarvan uitgaande kon het hof ermee volstaan te beoordelen dat ZHD aansprakelijk was gesteld, zonder vast te stellen of eventuele aansprakelijkheid van ZHD berustte op het niet nakomen van een verbintenis dan wel op het plegen van een onrechtmatige daad of op een andere grond. Daarbij verdient nog te worden opgemerkt dat de grondslag van aansprakelijkheid van ZHD jegens de gemeente Klundert, de Staat en JCO niet gelijk behoefde te zijn. Het oordeel van het hof is niet ontoereikend gemotiveerd, onderdeel 2 faalt daarom.’*

En

### **3.3**

*Onderdeel 3 van het middel is gericht tegen de hiervoor onder (3.2) samengevatte overwegingen van het hof, voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat ZHD door de gemeente Klundert, de Staat en JCO ‘aansprakelijk werd gesteld’. Het onderdeel voert aan dat de term aansprakelijkstelling kan betekenen:*

- i. de mededeling dat uit een gebeurtenis wettelijke of contractuele verplichtingen voortvloeien die moeten worden nagekomen, dan wel*
- ii. de aanzegging dat degene tot wie de aansprakelijkstelling is gericht, door schending van een wettelijke of contractuele verplichting schade heeft veroorzaakt, die hij moet vergoeden.*

*Het onderdeel, waarin het hof wordt verweten dat het heeft nagelaten aan te geven welk van de twee genoemde vormen van aansprakelijkstelling het hier voor ogen heeft gehad, mist feitelijke grondslag.*

*Het hof heeft geoordeeld, dat ZHD aansprakelijk werd gesteld voor de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis, te weten het opslaan van het, als chemisch afval ontmaskerde, industriegips. Vervolgens heeft het hof onderzocht of de verzekering tegen aansprakelijkheid daarvoor dekking verleende. Het hof heeft derhalve niet in het midden gelaten welke betekenis het aan het begrip ‘aansprakelijk stellen’ toekende, maar dat begrip gebezigd in de ‘gebruikelijke, onder (ii) genoemde zin. Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden.’<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> Ik laat de door Wansink uitgewerkte problematiek inzake ‘gebruiken en opvattingen ter beurze’ in dit arrest onbesproken, zie Wansink 2006, p. 14-15 noot 8.

Een ruime dekking, en een ruime beoordelingsvrijheid als consequentie. Dekking van het financiële nadeel dat voor de verzekerde ontstaat indien hij aansprakelijk is of wordt gesteld voor materiële en/of immateriële schade voortvloeiend uit of verband houdend met alle activiteiten zonder onderscheid te maken tussen wettelijke aansprakelijkheid en contractuele aansprakelijkheid, zonder beperking tot schade door onrechtmatige daden, zonder uitsluiting van zgn. negatieve wanprestatie, en zonder uitsluiting van milieuaansprakelijkheid is zo ruim dat zij het risico van aansprakelijkstelling omvat ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid. Dan volstaat het vaststellen *dat* er een aansprakelijkstelling was, zonder dat de grondslag daarvan vastgesteld behoefde te worden. De vraag wat aansprakelijkstelling dan inhoudt is ook eenvoudig te beantwoorden: in gebruikelijke zin: de aanzegging dat degene tot wie de aansprakelijkstelling is gericht, door schending van een wettelijke of contractuele verplichting schade heeft veroorzaakt, die hij moet vergoeden. De ‘open dekking’ laat aldus alle ruimte, met mogelijk het indenniteitsbeginsel als laatste redmiddel.<sup>22</sup>

Deze dekkingsomvang wordt op een specifiek verzekeringstechnische manier ingeperkt door het in de algemene voorwaarden neergelegde schadebegrip: dekking uitsluitend voor schade aan personen of aan zaken.<sup>23</sup> Verdere begrenzingen bestaan in de polisvoorwaarden, en betreffen de dekking naar tijd, bedrag, met bijzondere aspecten zoals bijvoorbeeld het gebruik van exoneratie- of aansprakelijkheidsbedingen door ondernemers.<sup>24</sup>

Een voorbeeld van de specifieke problemen die het aansprakelijkheidsrecht<sup>25</sup> met zich brengt voor de aansprakelijkheidsverzekering is te vinden in Hoge Raad 8 oktober 2010, LJN: BM6095:

Art. 6:174 BW vestigt ook risicoaansprakelijkheid ten aanzien van medebezitter. De bezitter van een gebrekkige opstal is uit hoofde van art. 6:174 BW ook aansprakelijk voor schade die als gevolg van dit gebrek wordt geleden door andere medebezitter(s). In aanmerking genomen dat de wetgever aansprakelijkheid tegenover een medebezitter niet heeft uitgesloten, is dit naar maatschappelijke opvattingen, gelet op de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat de benadeelde medebezitter zelf dat gedeelte van de schade draagt dat overeenkomt met zijn aandeel in de opstal, zodat hij op grond van art. 6:174 BW in zoverre geen aanspraak heeft op schadevergoeding jegens de andere bezitter(s). Slechts indien aan de zijde van de benadeelde medebezitter ook andere omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, zoals eigen nalatigheid of onachtzaamheid, kan aanleiding bestaan zijn schade op de voet van art. 6:101 BW voor een groter deel dan zijn aandeel in de opstal voor zijn rekening te laten.

Interessant in deze zaak is de achterliggende argumentatie, die hoofdzakelijk wetsgeschiedenis en de beschermingsgedachte betreffen:

*‘4.3.3 Over de grondslag van de aansprakelijkheid van art. 6:174 bevat de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling de volgende passage.*

---

<sup>22</sup> Wansink 2006, p. 24-25.

<sup>23</sup> Id., p. 26 e.v. Er bestaan grensgevallen die doorgaans op coulance-basis gedekt worden, aldus Wansink t.a.p.

<sup>24</sup> Id., p. 163-165. Er is natuurlijk veel meer: zie bijvoorbeeld de vraag of vertegenwoordigingsbevoegdheid bij contractsovername onder de aansprakelijkheidsverzekering valt, waarover HR 26 september 2008, LJN: BD7598 (81 RO-zaak), en de bekende zaak over uitsluiting van dekking voor seksuele gedragingen HR 23 april 2010, LJN: BL6024.

<sup>25</sup> Mogelijke dekkingsvragen op grond van zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking blijven buiten beschouwing, zie daarvoor Wansink 2006, p. 16 e.v.

*"Het ontwerp heeft de afzonderlijke regel voor schade door bouwwerken veroorzaakt, gehandhaafd (...). Wat de rechtsgrond is van deze bijzondere aansprakelijkheid, is zowel hier te lande als in het buitenland betwist. De reden waarom in het ontwerp het onderhavige artikel is opgenomen, is de volgende. Gebouwen en andere met de grond verenigde werken plegen een lange levensduur te hebben. Wanneer wellicht vele tientallen jaren na het bouwen van het werk door de gebrekkige toestand daarvan een ongeluk plaatsvindt, zou het voor de benadeelde vaak moeilijk, zo niet ondoenlijk zijn om uit te zoeken of dat gebrek is teweeggebracht door een fout bij de bouw of door een onderhoudsverzuim en zo ja, aan wie die fout of dat verzuim kan worden toegerekend. Vandaar dat de wetboeken van ouds aan de benadeelde het recht geven zich voor schadevergoeding te wenden tot degene tot wiens vermogen het bouwwerk behoort, zodat deze persoon het risico krijgt te dragen, dat het gebrek niet of niet bewijsbaar is terug te voeren tot de fout van een ander op wie hij regres kan nemen. Er is thans te minder reden om op deze gedachtengang terug te komen, nu de eigenaar of bezitter van het bouwwerk zich voor een geringe premie kan verzekeren tegen de gevolgen van deze wettelijke aansprakelijkheid."*  
(T.M., Parl. Gesch. Boek 6, blz. 753)

*Het in deze passage genoemde primaire argument betreft het belang van benadeelden niet te worden belast met het vaak moeilijke onderzoek (waaraan valt toe te voegen: en bewijslevering) of het gebrek aan een fout is te wijten, en, zo ja, aan wiens fout, hetgeen zeker voor derden zal gelden. Andere passages uit de parlementaire geschiedenis (vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.2, 4.9.3 en 4.9.5) passen bij het beeld dat de wetgever vooral aan dit belang van derden heeft gedacht. Ook de Hoge Raad heeft voormeld belang genoemd in HR 13 juni 1975, LJN AC3080, NJ 1975/ 509, waar het ging om de strekking van art. 1405 (oud) BW.*

*Aan de wetsgeschiedenis kan echter geen (voldoende) houvast worden ontleend ten gunste van het standpunt dat de wetgever de risicoaansprakelijkheid van de bezitter heeft willen beperken tot die jegens derden en dat hij aanspraken in situaties als de onderhavige heeft willen uitsluiten. De wetgever heeft immers bij de totstandkoming van art. 6:174 niet kenbaar aandacht besteed aan de onderhavige situatie van aanspraken van de ene medebezitter tegen de andere en de parlementaire stukken bieden omtrent de strekking van art. 6:174 niet meer duidelijkheid dan dat met die bepaling in ieder geval is beoogd het bedoelde belang van derden te beschermen.*

*4.3.4 De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal. Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [verweerster] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van [verweerster]. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen.*

*4.3.5 Het behoort tot de algemene doelstelling van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld dat niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden op grond van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Deze beschermingsgedachte gaat evenzeer op voor de benadeelde medebezitter.*



*Het behoeft geen betoog dat het belang van de benadeelde medebezitter, die zijn schade niet (eenvoudig) elders vergoed kan krijgen, om te worden beschermd door het aannemen van aansprakelijkheid van de (mede)bezitter en de daardoor geboden mogelijkheid van verhaal onder de aansprakelijkheidsverzekering van de andere medebezitter, een zwaarwegend belang is. Zoals in de onder 4.3.3 opgenomen passage uit de wetsgeschiedenis is vermeld, wordt vanouds aan de benadeelde het recht gegeven zich voor schadevergoeding te wenden tot degene tot wiens vermogen het bouwwerk behoort. Met dit uitgangspunt strookt niet elke aanspraak jegens de bezitter aan de medebezitter te onthouden op de enkele grond dat deze opstal ook tot het vermogen van de medebezitter behoort. Het feit dat degene die als (enig) bezitter schade ondervindt als gevolg van een gebrek in de opstal niet zichzelf of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken en de eigen schade zelf moet dragen, is geen voldoende klemmende reden de benadeelde medebezitter geen enkele aanspraak jegens de andere bezitter(s) toe te kennen.*

*Een benadeelde derde kan voor de door hem als gevolg van het gebrek geleden schade iedere bezitter van de opstal, die tegenover hem hoofdelijk aansprakelijk is (art. 6:180 lid 1), voor het geheel aanspreken. In hun onderlinge verhouding zijn de bezitters in beginsel verplicht in de schuld en in de kosten bij te dragen voor het gedeelte van de schuld dat hun in hun onderlinge verhouding aangaat (art. 6:10 lid 1 BW). Dit gedeelte moet in het algemeen worden gesteld op het gedeelte dat overeenkomt met ieders aandeel in de opstal. Dit heeft tot effect dat de schade in zo'n geval wordt gedragen door de bezitters gezamenlijk. Indien de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek geen enkele aanspraak zou hebben tegenover andere bezitters van de opstal, zou hij de schade volledig zelf moeten dragen en zouden de andere bezitters niets behoeven bij te dragen, hoewel ook zij in dezelfde relatie tot de gebrekkige opstal staan als de medebezitter die schade lijdt ten gevolge van het gebrek. Het is, vorenbedoeld uitgangspunt in aanmerking genomen, uit maatschappelijk oogpunt redelijker de schade van de benadeelde over alle bezitters te verdelen dan uitsluitend de benadeelde medebezitter de schade te laten dragen.*

*Dat de onderhavige aanspraak zich binnen een samenlevingsverband afspeelt, vormt geen reden om een aanspraak van de medebezitter niet te honoreren. Ook in gevallen waarin aansprakelijkheid in samenlevingsverband wordt aanvaard, zoals in die waarin aanspraken tussen ouders en kinderen ontstaan, gelden in beginsel de gewone aansprakelijkheidsregels (vgl. HR 11 april 1975, LJN AC1932, NJ 1975/373).*

*De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico's van de in art. 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174. Door [eiser I] en Achmea is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van art. 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van de premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden.*

*4.4 Het vorenstaande brengt mee dat de eerste klacht van onderdeel 1, dat de rechtbank zou hebben miskend dat art. 6:174 slechts aansprakelijkheid vestigt van de bezitter jegens derden (in de zin van niet-medebezitters), faalt. De tweede klacht, dat de rechtbank de grond van deze aansprakelijkheid zou hebben gezocht in art. 6:180 mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden.'*

Deze uitspraak laat zien dat het aansprakelijkheidsverzekeringsrecht direct beïnvloed wordt door nadere vaststelling van de regels inzake aansprakelijkheid in met name Boek 6 BW, en de uitleg daarvan die in de rechtspraak wordt gevormd. Voor aansprakelijkheidsverzekeraars is dit geen eenvoudige kwestie, met name bij het bepalen van de dekkingsgraad.

#### 4. Problemen in verband met aansprakelijkstelling

De toepassing van het aansprakelijkheidsrecht in ingewikkelde kwesties is niet eenvoudig, zo leert HR 16 april 2010, LJN: BL2229 (wrongful birth):

*‘ 3.4.3 Onderdeel 1 van het middel bestrijdt dit oordeel, maar tevergeefs. De genoemde brief van 11 mei 1998 vermeldt niet dat de correspondentie in het vervolg via MediRisk zou lopen, zo betoogt het onderdeel, want er staat:*

*"Zodra wij het machtigingsformulier in ons bezit hebben, zullen wij de relevante gegevens doorsturen naar onze verzekeraar MediRisk. Via hen zult u daarna verder geïnformeerd worden over de behandeling van [de] aansprakelijkstelling".*

*Deze passage, waarin moeilijk iets anders kan worden gelezen dan dat het Ziekenhuis te kennen geeft de behandeling van de aansprakelijkstelling en de informatieverstrekking daarover verder aan haar verzekeraar MediRisk over te laten, laat de conclusie die het hof daaruit trekt, te weten dat de correspondentie in het vervolg via MediRisk zou lopen, heel wel toe, zodat geenszins onbegrijpelijk is het oordeel dat [verweerster] uit die passage redelijkerwijze heeft mogen begrijpen dat MediRisk gemachtigd was om de correspondentie betreffende de stuiting van de verjaring in ontvangst te nemen. Dat wordt niet anders door de in het onderdeel geciteerde mededeling die het Ziekenhuis in diezelfde brief doet, namelijk: "Ik verzoek u allereerst al uw correspondentie in deze aan ondergetekende te adresseren", omdat het hof kennelijk, en in het licht van de eerder geciteerde passage alleszins begrijpelijk, met name uit het gebruik van het woord "allereerst" heeft afgeleid dat deze mededeling slechts betrekking had op correspondentie in de periode tot het moment dat het Ziekenhuis na ontvangst van het machtigingsformulier de zaak aan MediRisk ter verdere behandeling had overgedragen.*

*3.5.1 De rechtbank heeft geoordeeld, kort gezegd, dat het Ziekenhuis niet voor de gestelde schade aansprakelijk is omdat geen causaal verband (in de zin van condicio sine qua non-verband) bestaat tussen de geboorte van [de zoon] en de medische fout van [de gynaecoloog]. Die geboorte moet namelijk worden aangemerkt als gevolg van de eigen beslissing van [verweerster] om na de tweede controle op 25 maart 1998 (zie hierboven in 3.1.1 (iii)) geen tweede abortus te ondergaan, aldus de rechtbank.*

*3.5.2 In rov. 4.7 van het tussenarrest heeft het hof echter geoordeeld, kort samengevat, dat bij het persoonlijke karakter van de beslissing omtrent het al of niet afbreken van de zwangerschap - nadat was gebleken dat de vacuümcurettagage was mislukt - niet past dat de beslissing van [verweerster] om geen tweede abortus te ondergaan tot gevolg zou hebben dat zij haar aanspraak op schadevergoeding geheel of gedeeltelijk verliest. De beslissing van [verweerster] om de zwangerschap niet meer af te breken brengt daarom niet zonder meer mee dat de geboorte van [de zoon] niet meer aan [de gynaecoloog] kan worden toegerekend als gevolg van diens beroepsfout, aldus het hof.*

*3.5.3 Onderdeel 2 verwijt het hof, kort samengevat, daarmee een oordeel te hebben gegeven*

*omtrent de omvang van de vergoedingsplicht van het Ziekenhuis, hoewel het hof een dergelijk oordeel niet kon geven in deze procedure, waarin verwijzing naar de schadestaatprocedure is gevorderd. Het hoort de rechter in de schadestaatprocedure vrij te staan tot het oordeel te komen dat in het licht van de beslissing van [verweerster] om de zwangerschap niet meer af te breken niet de gehele schade op de voet van art. 6:98 BW aan het Ziekenhuis kan worden toegerekend, aldus het onderdeel.*

*3.5.4 Dit betoog miskent de strekking van art. 612 Rv., welke moet worden begrepen in het licht van art. 6:97 BW. Zoals is uiteengezet door de regering tijdens de parlementaire behandeling van beide bepalingen - in overeenstemming met reeds voordien vaste rechtspraak (zie daarvoor onder meer HR 1 juli 1992, nr. 14661, LJN ZC0658, NJ 1992, 711) -, begroot de rechter, indien hij een veroordeling tot schadevergoeding uitspreekt, in beginsel de schade in zijn vonnis voorzover hem dit mogelijk is, ook als slechts schadevergoeding op te maken bij staat is gevorderd maar voldoende is gesteld en is komen vast te staan om te kunnen veroordelen tot een bepaald bedrag. Eerst als deze begroting niet mogelijk is spreekt hij een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat uit. De keuze daartoe maakt de rechter desnoods ambtshalve. Zie voor een en ander Parl. Gesch. Nieuw BW, Boek 6, p. 339 (MvA II bij art. 6.1.9.3 (art. 6:97)); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 269 (MvT Inv. bij art. 612 Rv.).*

*Uit een en ander volgt dat de rechter, voorzover hem dat mogelijk is in het licht van het debat van partijen en met in achtneming van het contradictoire beginsel (hoor en wederhoor), de geschilpunten die partijen verdeeld houden dadelijk kan beslissen, ook als dat geschilpunten zijn die op zichzelf genomen in de schadestaatprocedure nog (verder) aan de orde kunnen worden gesteld, zoals vragen van causaal verband.*

*Het onderdeel bestrijdt niet dat het hof in het licht van het in de beide feitelijke instanties gevoerde partijdebat de mogelijkheid had het onderhavige geschilpunt te beslissen. Op grond van het voorgaande faalt het onderdeel.*

*3.6.1 Het Ziekenhuis heeft in het kader van haar verweer dat het causaal verband tussen de schade en de beroepsfout van [de gynaecoloog] ontbreekt, gesteld dat [verweerster] de tweede abortus niet wenste omdat zij tijdens het consult op 25 maart 1998 heeft gezegd dat zij, nu de situatie zo was, haar kind eigenlijk toch wilde behouden. [Verweerster] heeft betwist dat zij dit zou hebben gezegd.*

*3.6.2 Het hof heeft in zijn tussenarrest in rov. 4.8 beslist dat het Ziekenhuis de last heeft deze mededeling te bewijzen omdat het zich daarop beroept om van aansprakelijkheid te zijn bevrijd, en het heeft het Ziekenhuis tot dat bewijs toegelaten.*

*3.6.3 Onderdeel 3 betoogt dat het hof daarmee dit verweer van het Ziekenhuis ten onrechte heeft aangemerkt als een bevrijdend verweer en heeft miskend dat [verweerster] de bewijslast draagt van het causaal verband in de zin van condicio sine qua non-verband tussen de schade die zij stelt geleden te hebben en de beroepsfout van [de gynaecoloog].*

*3.6.4 Blijkens hetgeen het hof in rov. 4.7 van zijn tussenarrest - in cassatie onbestreden - heeft overwogen, was het hof van oordeel dat het causaal verband tussen de beroepsfout van [de gynaecoloog] en de schade die [verweerster] heeft gesteld, is gegeven en dat dit causaal verband niet wordt verbroken door de beslissing van [verweerster] om geen tweede abortus te ondergaan. In rov. 4.8 heeft het hof overwogen dat dit anders is als waar is dat, zoals het Ziekenhuis heeft aangevoerd, [verweerster] zich op 25 maart 1998 had bedacht en inmiddels een kind wenste. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het Ziekenhuis een feit*

*heeft gesteld dat, indien bewezen, zou meebrengen dat de beslissing van [verweerster] om geen tweede abortus te ondergaan het door het hof aangenomen causaal verband alsnog zou verbreken. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat het Ziekenhuis het bewijsrisico van dat feit draagt en het Ziekenhuis tot het bewijs daarvan toegelaten. Onderdeel 3 faalt dus.'*

## 5. Problemen met aansprakelijkheid

In het kader van de onderhavige bijdrage is geen ruimte voor een (zelfs beknopte) bespreking van de stand van het aansprakelijkheidsrecht in Nederland. Enkele bekende voorbeelden volstaan om aan te geven dat aansprakelijkheid als dekkingsgrondslag zeker niet altijd 'a moveable feast' is:

Hoge Raad 9 oktober 2009, LJN: BI8583:

*'Shock-schade. Aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 onder b BW? Vordering tot schadevergoeding van nabestaanden van kinderen die ten gevolge van moedwillige doodslag – waarvoor de dader is veroordeeld – om het leven zijn gekomen. Aard van de normschending – een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval – geen reden voor verruiming van de in het Taxibus-arrest (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240) aangewezen omvang van de schadevergoedingsplicht. Vereiste van waarneming of directe confrontatie van het ongeval niet terzijde te stellen of af te zwakken vanwege aard of ernst van de normschending, zoals opzettelijk begaan daarvan.'*

Hoge Raad 9 juli 2010, LJN: BL3262

*'Vuurwerkkramp Enschede. Onrechtmatige overheidsdaad door nalaten effectieve maatregelen te treffen? Gevaarzetting? Staat niet aansprakelijk voor schade aan omliggend bedrijf. Geen verzuim Staat maatregelen te treffen tegen hem bekende gevaren. Kelderluikcriteria? Veiligheidsbeleid niet in strijd met effectbenadering ten aanzien van inrichtingen met een massa-explosiegevaar. Toelaten tot getuigenbewijs; criterium (vgl. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270).'*

Hoge Raad 18 december 2009 LJN: BK0873

*'Alternatieve causaliteit (6:99 BW). Hoofdelijke verbondenheid voor schade (6:102 BW). Regres verzekeraar bij wie voertuig dat eerste ongeval heeft veroorzaakt op verzekeraar voertuig dat tweede ongeval heeft veroorzaakt (6:10, 102 en 101 BW). Indien niet valt vast te stellen in welke mate de gebeurtenissen waarvoor zij aansprakelijk zijn, hebben bijgedragen tot de gehele schade, bestaat behalve onder bijzondere omstandigheden, draagplicht voor gelijke delen.'*

Problemen bij de vaststelling welke dekking precies bestaat, en of wellicht sprake is van 'loze dekking', komen bijvoorbeeld voor bij zorgverzekeringen, vgl. Hoge Raad 10 juni 2011, LJN: BQ0700, alwaar A-G Spier een interessante vergelijking trekt met de aansprakelijkheidsverzekering:

*'3.15 Als 's Hofs opvatting juist zou zijn dat, niettegenstaande de op grond van de bewoordingen van de ONVZ-polisvoorwaarden gegeven dekking, ONVZ gelet op het wettelijk stelsel niet gehouden zou zijn tot uitbetaling, dan zou de consequentie zijn dat een deel van de*

*premie moet worden terugbetaald. Dat staat wellicht niet met zoveel woorden in de onder 3.14 genoemde bepalingen, maar een redelijke wetstoepassing kan moeilijk tot een ander resultaat leiden. Het gevolg van een tegengestelde opvatting zou immers zijn dat ONVZ de premie die betrekking heeft op hetgeen wél is gedekt maar op grond van die dekking niet behoeft te worden uitgekeerd in eigen zak mag steken. Dat kan niet de bedoeling zijn.*

*3.16 Simpel als de verplichting tot terugbetaling moge lijken, in de praktijk zal zij allicht leiden tot onoverkomelijke problemen. Immers moet worden gevreesd dat de premie die betrekking heeft op de "loze dekking" niet kan worden vastgesteld. Verzekeraars zullen ongetwijfeld roepen dat deze (nagenoeg) nihil is (hoe onwaarschijnlijk dat ook moge klinken) en verzekerden zullen betogen dat deze aanzienlijk is (wat denkbaar, maar zonder nadere gegevens, evenmin erg waarschijnlijk is). Soortgelijke discussies zijn bekend uit de wereld van de aansprakelijkheidsverzekeringen. De ervaring van velen (ook van mij) is dat het volstrekt onmogelijk is om enige nuttige informatie te krijgen over de premievaststelling van en de allocatie aan bepaalde risico's. Alleen al dit praktische probleem zet m.i. de bijl aan de door het Hof bereikte uitkomst.'*

## 6. Grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering: aansprakelijkheid uit overeenkomst of uit de wet

Onder het vóór 1992 geldende BW was duidelijk dat alle verbintenissen hun ontstaansgrondslag<sup>26</sup> hadden of uit overeenkomst of uit de wet (zie het toenmalige art. 1269 BW). In het arrest Quint-te Poel<sup>27</sup> heeft de Hoge Raad overwogen dat de genoemde regeling niet toelaat om aan te nemen, dat tussen twee personen een verbintenis ontstaat in alle gevallen, waarin naar het oordeel van de rechter de redelijkheid en billijkheid verlangt, dat de een tegenover de ander een zekere prestatie verricht. De woorden 'uit de wet' in art. 1269 BW hielden naar het oordeel van de Hoge Raad geenszins in dat elke verbintenis rechtstreek op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen, die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel der wet past en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen.<sup>28</sup>

In het huidige BW is deze kwestie geregeld met de invoering van art. 6:1 BW: Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit. Uit ongeschreven recht vloeien slechts verbintenissen voort, voor zover de wet er naar verwijst (ruime strekking: een oplossing moet wel in het systeem van de wet passen). Voor de aansprakelijkheidsverzekering geldt dat doorgaans 'ruime dekking' wordt verleend en de verzekeraar dus rekening dient te houden met tal van mogelijke aansprakelijkheidsgronden, variërend van art. 6:74 BW en specifieke regelingen als art. 6:76-78 BW<sup>29</sup> naast art. 6:97-98 BW, art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit), art. 6:100 BW, art. 6:101-102 BW (eigen schuld en medeschuld, art. 6:106 e.v. BW (ander nadeel<sup>30</sup>), art. 6:107a BW (verhaalsrecht werkgever, art. 6:108-110 BW en de gehele titel 3 van Boek 6 BW (onrechtmatige daad), nog afgezien van tal van bijzondere

---

<sup>26</sup> Zie voor deze materie met name H.C.F. Schoordijk, De verbintenis uit de wet – Enige gedachten over een rechtsontwikkeling, in: Verspreid werk van prof. mr. H.C.F. Schoordijk, Deventer: Kluwer 1991, p. 99-127.

<sup>27</sup> HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

<sup>28</sup> Geeft de wet 'geen teken van leven', dan geldt dat de methode moet worden toegepast van het moduleren, het variëren van een aantal casus op een thema: er is een stelsel, een 'open systeem', aldus Schoordijk, a.w., p. 125-127.

<sup>29</sup> En mogelijke samenloop daarbij met art. 6:162 BW.

<sup>30</sup> Zie over het schadebegrip Wansink 2006, p. 25 e.v. Denk ook aan art. 6:10 en 6:12 BW, zie paragraaf 2.

aansprakelijkheidsregelingen.<sup>31</sup> Gezien hetgeen hiervoor in paragraaf 3 is beschreven legt dit een zware last op aansprakelijkheidsverzekeraars, risicobeheersers, actuarissen en (sovabiliteits-)toezichhouders.<sup>32</sup> Daarbij dient met name aandacht te bestaan voor nieuwe risico's; voor de bekende en bestaande risico's dient vooral te worden gewerkt met een deugdelijke inventarisatie van de toerekeningsmomenten van respectievelijk een tekortkoming in de nakoming (zie art. 6:74 lid 1 BW i.f.) en onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 3 BW).<sup>33</sup> Bij onrechtmatige daad is het antwoord op de vraag of in een concreet geval buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden aangenomen afhankelijk van het gewicht dat wordt toegekend aan de gezichtspunten: 'ieder draagt zijn eigen schade'<sup>34</sup> en 'berokken een ander geen schade'. Als gemeenschappelijke grondslag voor alle genoemde aansprakelijkheidsregelingen noemt Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-IV<sup>35</sup> de *billijkheid*.<sup>36</sup>

Deze vrij ecletische opsomming van aansprakelijkheidsrisico's legt een zware last op de risicobeheersing door aansprakelijkheidsverzekeraars.

## 7. Risicobeheersing

Het aansprakelijkheidsrecht zelf staat voortdurend onder druk van nieuwe inzichten. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de toepassing van het voorzorgsbeginsel.<sup>37</sup> Het gaat daarbij met name om nieuwe risico's tengevolge van de toenemende complexiteit van de samenleving, en de wijze waarop daarmee moet worden omgegaan. Risico is perceptie, en heeft te maken met onzekerheid en anticipatie,<sup>38</sup> maar tevens met het beheersen van risico's: *governance* van risico's. De ontwikkelingen gaan snel, en het is niet altijd nuttig voor bijvoorbeeld overheidsorganen om met ingrijpen of regelgeving te wachten tot *alle* risico's wetenschappelijk gezien geïnventariseerd zijn. Het voorzorgsbeginsel wil daartoe behulpzaam zijn. Bij dit beginsel (het *precautionary principle*) gaat het om de functie ervan: *the expression of a philosophy of anticipated action, not requiring that the entire corpus of scientific proof be collated in order for a public authority to be able to adopt a preventive measure [...] an anticipatory regulatory approach in face of uncertainty*.<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> Het trefwoord 'aansprakelijk' komt op [wetten.overheid.nl](http://wetten.overheid.nl) (geraadpleegd 21 september 2011) bij zoeken op 'Verdragen' 409 keer voor (dit betreft in hoofdzaak, maar niet alleen, aansprakelijkheid voor autoriteiten; ik noem uit deze grote verscheidenheid bijvoorbeeld de Overeenkomst inzake de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van het zeevervoer van nucleaire stoffen, Brussel, van 17-12-1971); bij zoeken op 'wetten' zijn er 117 vindplaatsen, variërend van het BW tot de Locaalspoor- en Tramwet. Veel van deze bepalingen houden overigens in dat een autoriteit (de Staat) *niet* aansprakelijk is; zeer vaak is er wel degelijk sprake van enige vorm van aansprakelijkheid dan wel een verplichting tot verzekering, zie bijvoorbeeld de Wet ruimtvaartactiviteiten van 24 januari 2007, art. 3 lid 4: 'hoogst mogelijke dekking' tegen de hiermee verbonden risico's is een vereiste voor het verkrijgen van een vergunning.

<sup>32</sup> De Wet op het financieel toezicht kent geen bijzondere bepalingen voor aansprakelijkheidsverzekeraars, anders dan die voor schadeverzekeraars. Zie verder de volgende paragraaf.

<sup>33</sup> Zie over deze toerekeningsmomenten H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 361 e.v.

<sup>34</sup> Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-IV (2010) nr. 19-21: het gaat hier om een ethisch of een technisch-juridisch beginsel, waarbij de afwentelingsgedachte een rol kan spelen (maar niet doorslaggevend is: bevestiging van het gezichtspunt 'ieder draagt zijn eigen schade', een impliciete afwijzing van het concept van directe verzekering?).

<sup>35</sup> Nr. 27.

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld HR 10 april 2009, LJN: BH1197 (3 kruiwagens paardenmest per week storten onrechtmatig?), HR 8 januari 2010 LJN: BJ9352 (Alfa Romeo, distributiestelsel, ongunstige positie concurrent), HR 15 mei 2009 LJN: BH1193 (waarschuwing tegen kwakzalver en botsende grondrechten).

<sup>37</sup> Zie hierover het themanummer AV&S 'Het voorzorgsbeginsel & nieuwe risico's', AV&S oktober 2010.

<sup>38</sup> Vgl. A.Ch.H. Franken en I. Giesen, *Het voorzorgsbeginsel: over nieuwe en onzekere risico's*, in AV&S themanummer voornoemd, p. 155-156.

<sup>39</sup> N. de Sadeleer, *The Precautionary Principle in EU Law*, in AV&S themanummer voornoemd, p. 173.

Vanuit verzekerings- en risicomanagementperspectief leert – aldus Hoftijzer<sup>40</sup> - de praktijk dat er ten minste vier mogelijkheden bestaan om met nieuwe risico's om te gaan: (a) risico's inschatten en voldoende premie ontvangen; (b) risico's managen en maatregelen nemen om risico's te beheersen (beperkingen in polisdekking); (c) risico's niet verzekeren, en (d) via herverzekering het risico beperken: single losses en accumulation losses overdragen aan een herverzekeraar. Deze mogelijkheden bestaan natuurlijk ook bij reeds bekende risico's.

In zijn voornoemde belangwekkend pleidooi voor de ontwikkeling van directe schadeverzekeringen beschrijft Frenk<sup>41</sup> de polistechische maatregelen die kunnen worden genomen om te grote (onvoorzienbare) aansprakelijkheidsrisico's in te dammen: beperking van de dekking naar tijd, risicodifferentiatie, preventieve maatregelen, uitsluiting van de dekking van specifieke risico's en maximum verzekerde of genormeerde bedragen en/of uitsluiting van bepaalde schadecomponenten.

Risicobeheersing heeft een directe band met solvabiliteit, en solvabiliteit van verzekeraars is heden ten dage geen 'small beer': zie de Regeling solvabiliteitsmarge en technische voorzieningen verzekeraars van 11 december 2006.

Risicobeheersing is (ook) voor verzekeraars een verplichting, vgl. het Besluit prudentiële regels Wft van 12 oktober 2006:

#### *Artikel 17*

- *1. De bedrijfsvoering van een betaalinstantie, clearinginstantie, entiteit voor risico-acceptatie, kredietinstantie, premiepensioeninstantie, verzekeraar of bijkantoor als bedoeld in artikel 3:17, eerste lid, 3:23, 3:24a, 3:24b, 3:26 of 3:27 van de wet omvat:*
  - *a. een duidelijke en adequate organisatiestructuur;*
  - *b. een duidelijke en adequate verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden;*
  - *c. een adequate vastlegging van rechten en verplichtingen;*
  - *d. eenduidige rapportagelijnen; en*
  - *e. een adequaat systeem van informatievoorziening en communicatie.*
- *2. De bedrijfsvoering is afgestemd op de aard, omvang, risico's en complexiteit van de werkzaamheden van de financiële onderneming of bijkantoor.*
- *3. De bedrijfsvoering wordt op een inzichtelijke wijze vastgelegd.*
- *4. De effectiviteit van de organisatie-inrichting en van de procedures en maatregelen wordt ten minste jaarlijks op onafhankelijke wijze getoetst. Daartoe beschikt de financiële onderneming of het bijkantoor over een organisatieonderdeel dat deze interne controlefunctie uitoefent. De financiële onderneming of bijkantoor voorziet erin dat gesignaleerde tekortkomingen worden opgeheven.*

#### *Artikel 20*

- *1. Een betaalinstantie, clearinginstantie, entiteit voor risico-acceptatie, kredietinstantie, premiepensioeninstantie, verzekeraar of bijkantoor als bedoeld*

---

<sup>40</sup> A.A.A. Hoftijzer, Het voorzorgbeginsel vanuit verzekerings- en risicomanagementperspectief, in: AV&S themanummer voornoemd, p. 201.

<sup>41</sup> Frenk 2000.

*in artikel 17 beschikt over een informatiesysteem dat een effectieve beheersing van de bedrijfsprocessen en de risico's mogelijk maakt en dat voorziet in interne en externe informatiebehoefte.*

- *2. De financiële onderneming of bijkantoor beschikt over procedures en maatregelen om de integriteit, voortdurende beschikbaarheid en beveiliging van geautomatiseerde gegevensverwerking te waarborgen.*
- *3. De functiescheidingen binnen de geautomatiseerde gegevensverwerking sluiten aan bij de organisatiestructuur.*

#### **§ 4.2. Risicomanagement**

##### **Bepalingen ter uitvoering van artikel 3:17, tweede lid, aanhef en onderdeel c, van de wet**

#### **Artikel 23**

- 1. Een beheerder van een instelling voor collectieve belegging in effecten, beleggingsonderneming, betaalinstelling clearinginstelling, entiteit voor risico-acceptatie, kredietinstelling, verzekeraar of bijkantoor als bedoeld in artikel 3:17, eerste en derde lid, 3:22, 3:23, 3:24a, 3:24b, 3:26 of 3:27 van de wet voert beleid gericht op het beheersen van relevante risico's.*
- 2. Onder relevante risico's, bedoeld in het eerste lid, worden in het bijzonder verstaan het concentratierisico, krediet- en tegenpartijrisico, liquiditeitsrisico, marktrisico, operationeel risico, renterisico voortvloeiend uit niet-handelsactiviteiten, restrisico, securitisatierisico en verzekeringsrisico. Een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling als bedoeld in artikel 3:17, eerste of derde lid, 3:22, 3:23 of 3:27 van de wet houdt tevens rekening met de risico's die voortvloeien uit de macro-economische omgeving waarin de onderneming actief is en die verband houden met de stand van de conjunctuurcyclus.*
- 3. Het beleid wordt vastgelegd in procedures en maatregelen ter beheersing van relevante risico's en geïntegreerd in de bedrijfsprocessen.*
- 4. De procedures en maatregelen, bedoeld in het derde lid, bestaan onder meer uit autorisatieprocedures, limietstellingen, limietbewaking en procedures en maatregelen voor noodsituaties en zijn afgestemd op de aard, de omvang, het risicoprofiel en de complexiteit van de werkzaamheden van de financiële onderneming of bijkantoor.*
- 5. De procedures en maatregelen, bedoeld in het derde lid, worden vastgelegd en ter kennis gebracht van alle relevante bedrijfsonderdelen van de financiële onderneming of het bijkantoor.*
- 6. De financiële onderneming heeft een onafhankelijke risicobeheerfunctie die op systematische wijze een onafhankelijk risicobeheer uitvoert dat gericht is op het identificeren, meten en evalueren van de risico's waaraan de financiële onderneming of het bijkantoor is of kan worden blootgesteld. Het risicobeheer wordt zowel uitgevoerd ten aanzien van de financiële onderneming of het bijkantoor als geheel als ten aanzien van de onderscheiden bedrijfsonderdelen.*
- 7. De risicobeheerfunctie beschikt over de nodige autoriteit en toegang tot alle noodzakelijke*



informatie om haar taken te kunnen uitoefenen.

### Artikel 23b

1. De procedures en maatregelen, bedoeld in artikel 23, derde lid, die zijn gericht op het liquiditeitsrisico hebben betrekking op het beheer van de actuele en toekomstige netto financiële positie en behoeften.
2. [..].

### Artikel 23c

1. De procedures en maatregelen, bedoeld in artikel 23, derde lid, die zijn gericht op het beheersen van het operationeel risico zijn eveneens gericht op zelden voorkomende, zeer ernstige gebeurtenissen.
2. [...]

## 8. Balans

Risicobeheersing van bestaande en toekomstige aansprakelijkheidsrisico's verdient dus alle aandacht. De precieze koppeling die daarbij wordt aangebracht tussen solvabiliteit en de civielrechtelijke risico's welke door aansprakelijkheidsverzekeraars worden gedekt is onbekend, en maakt deel uit van de bedrijfsvoering die voor externe accountants en de toezichthouder controleerbaar moet zijn. Uitspraken in algemene zin over de juridische houdbaarheid van de daarbij gehanteerde uitgangspunten, veronderstellingen en gehanteerde modellen zijn helaas niet mogelijk, vgl. de verzuchting van A-G Spier, weergegeven in paragraaf 5 hierboven: 'De ervaring van velen (ook van mij) is dat het volstrekt onmogelijk is om enige nuttige informatie te krijgen over de premievaststelling van en de allocatie aan bepaalde risico's.' Duidelijk is dat de civilist die zich bezig houdt met aansprakelijkheidsverzekering hier met een 'black box'<sup>42</sup> van doen heeft. Hetzelfde geldt voor de verwerking daarin van de hierboven weergegeven opties voor risicobeheersing bij aansprakelijkheidsverzekering die door Hoftijzer en Frenk zijn gerubriceerd.

Deze situatie maakt het evenmin mogelijk om helderheid te scheppen inzake de vraag of de aansprakelijkheidsverzekering in de huidige vorm de in de eerste paragraaf genoemde doelstellingen *verzekerden (financieel) dekking verlenen tegen doorgaans onbeheersbare schaderisico's, en benadeelden een betere verhaalspositie verlenen* kan bereiken. Het gaat hierbij – gezien de Nederlandse verzekeringsmarkt – om substantiële bedragen, vgl. over de jaren 2005-2009 (bedragen in mln euro):

Technische voorzieningen, netto	Voor niet verdiende premies	4659	4541	5374	5001	5050
	Voor te betalen schaden/uitkeringen	20030	19062	18045	17257	18824
	Overige technische voorzieningen.	366	345	376	253	349

Op een totaal aan activa in deze periodes van respectievelijk

<sup>42</sup> 'In science and engineering, a black box is a device, system or object which can be viewed solely in terms of its input, output and transfer characteristics without any knowledge of its internal workings', aldus Wikipedia. Getransformeerd naar aansprakelijkheidsverzekering: Premie in, schadevergoeding uit, schaderegeling als geleider.

46326 59761 64540 60772 64039

(bron: CBS, Schadeverzekeraars: financiële gegevens, 17 december 2010).<sup>43</sup>

Als balans kan ten minste enige zorg worden uitgesproken over de robuustheid van het systeem van aansprakelijkheidsverzekering in Nederland. Hernieuwde aandacht voor mogelijke alternatieven hiervoor, als beschreven, lijkt op zijn plaats.

---

<sup>43</sup> Cijfers over (succesvolle) aansprakelijkstellingen worden niet systematisch verzameld door CBS.