

Verzekerbearheid: vloek of zegen?

AV&S 2023/29

Redactioneel

Voordat ik bij het Verzekeringsinstituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam in dienst trad, heb ik een kleine twee jaar als juridisch adviseur bij een verzekeraar gewerkt. Een pracht van een baan, al viel me op dat ik vooral aansprakelijkheidskwesties aan het beoordelen was. Dat dit mij opviel, zegt al hoe blanco ik erin ging. Ik had net negen jaar als senior gerechtssecretaris bij de Rotterdamse rechtbank gewerkt en wat me aan het werk bij een verzekeraar aantrok, was het specialistische karakter ervan. Een verzekeraar leek me bezig te zijn met verzekeringsrecht; ik was toe aan verdieping binnen een bepaald vakgebied en in wezen kwam ik daarmee terug op de keuze die ik tijdens mijn studietijd gemaakt had. Het vak Verzekeringsrecht werd in de tijd dat ik aan de EUR studeerde verzorgd door *good old* Wansink en ondanks de goede verhalen die ik van jaargenootjes over het vak en de hoogleraar hoorde, sprak het me niet aan. Verzekeringsrecht gaat over kleine lettertjes en over de vraag of je wel of geen uitkering krijgt. Het leek me destijds allemaal te smal en ik volgde het vak daarom niet. Hoezeer ik fout zat, leerde ik dus bij Juridische Zaken. Natuurlijk ging het om betaalde premie, polisbepalingen en dekking. Maar het ging ook om regulier vermogens- en verbintenissenrecht, om afd. 6.5.3 BW en bij aansprakelijkheidsverzekeringen speelde (juist ook, zeg ik nu) de aansprakelijkheidsvraag een veel grotere rol dan ik had gedacht. Ik schreef veel adviezen over wat ik later “A” zou gaan noemen en tussendoor leerde ik het nodige over “V”.

Toen ik na mijn tijd bij Allianz de overstap naar de EUR had gemaakt, raakte ik meer V-ingevoerd en ik leerde dat A en V elkaar ook op de inhoud (kunnen) beïnvloeden. Ton Hartlief blikt in zijn bijdrage in dit themanummer terug op het jaar 2011,² maar mijn gedachten op dit terrein gaan terug naar 1990. Hartlief en Tjittes bespraken in dat jaar in een Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht de invloed van verzekeringen op civiele aansprakelijkheid.³ Zij waren niet de eersten die dat deden,⁴ maar het was voor mij het eerste stuk dat ik las over deze materie. *Food for thought* was het. En wat mij betreft is dat – een jaar of twintig nadat ik het preadvies las – nog steeds zo. Ik dacht er vaak over na en schreef er incidenteel over.⁵

Ook tijdens mijn colleges aan de EUR komt de materie aan bod. “A en V zijn een setje”, leer ik mijn studenten altijd. Ik leer ze dat de aansprakelijkheidsverzekering een product is waarbij de verzekeringnemer zich indekt tegen risico's die hij in zijn vermogen kan lijden, doordat daar een schuld aan toegevoegd kan worden. Aan de orde is de zogenoemde *third party*-verzekering en zij is bedoeld om (het vermogen van) de (potentiële) schadeveroorzaker te beschermen tegen (mogelijke) aansprakelijkheidsclaims. Tijdens mijn colleges stip ik aan dat de aansprakelijkheidsverzekering ook in het belang van slachtoffers kan zijn. Aansprakelijkheid

1 Prof. mr. N. (Mop) van Tiggele-van der Velde is hoogleraar Verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (Verzekeringsinstituut) en de University of Curaçao. Zij is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Citeerwijze: N. van Tiggele-van der Velde, 'Verzekerbearheid: vloek of zegen?', AV&S 2023/29.

2 Zie T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid & Verzekering anno 2023', AV&S 2023/32, waarin hij verwijst naar een eerdere bijdrage van zijn hand in dit blad (T. Hartlief, 'Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?', AV&S 2011/18).

3 R. van den Bergh, M. Faure, T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid. Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande bv (1990).

4 Hoe mooi: H. Drion sprak aan 'mijn' universiteit een oratie uit over Verzekering en aansprakelijkheidsrecht (oratie Rotterdam, 1955).

5 Zie J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, 'De rode draden in het verzekeringsrecht. Over het spanningsveld tussen zekerheid bieden en nee verkopen', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red), *De praktijk van 15 (+) jaar 'nieuw' verzekeringsrecht* (R&P VR9), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 1.3.7 e.v.

raakt immers aan de rol en positie van het gevonden slachtoffer, de bedoelde *third party*, en wanneer de verzekeraar bij vastgestelde aansprakelijkheid opkomt voor de door het slachtoffer geleden schade, dan is dat ook voor laatstgenoemde van belang. Het risico dat de schade op de dader niet (goed) verhaalbaar is ('de kale kip'), wordt daarmee weggenomen.

De algemene aansprakelijkheidsverzekering biedt het slachtoffer dus comfort en dat wordt nog versterkt bij verplichte verzekeringsvormen als de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, de WAM. De bescherming van het slachtoffer is – naast de bescherming die de verplichting tot verzekeren zelf inhoudt – gelegen in het hem in art. 6 WAM toegekende eigen recht op schadevergoeding. Dat houdt in dat de benadeelde zich rechtstreeks kan wenden tot de WAM-verzekeraar bij wie de schade is verzekerd en dat contractuele verweermiddelen van de verzekeraar niet kunnen worden tegengeworpen aan het slachtoffer (de zogenoemde decontractualisatie). Bescherming dus van het slachtoffer en in het kader van de WAM ben ik daar een voorstander van. De risico's die deelname aan het verkeer meebrengen, zijn groot en we zijn elk potentieel slachtoffer met een aanwijsbaar belang bij vergoeding van (mogelijke) schade. En voor de verzekeraar is dit mechanisme ook prima. Hij heeft onder omstandigheden de mogelijkheid van verhaal en vooral: dit is het wettelijk systeem waar hij zijn premiestelling op af kan stemmen; de onderlinge verhoudingen zijn helder.

Tijdens mijn colleges ga ik ook in op de vraag of het slachtofferbelang altijd een even zware rol mag spelen. We verkennen de materie – natuurlijk – mede aan de hand van het *Hangmat*-arrest.⁶ Ik begin graag speels ("Zou je je eigen partner aanspreken, de aansprakelijkheidsverzekering weggedacht?"), waarna we ingaan op de aspecten van verzekering die de Hoge Raad benoemt. We bespreken in ander verband de rol die de Hoge Raad genomen heeft in het *Shaken Baby*-arrest.⁷ Natuurlijk verdient het (hier: extreem kwetsbare) slachtoffer bescherming, maar dient die werkelijk van de verzekeraar te komen? De verzekeraar is er, ik benoemde dat hiervoor, om het vermogen van de aansprakelijke partij te beschermen, maar geeft het pas om de tussen die aansprakelijke partij en zijn verzekeraar overeengekomen spelregels te negeren? De Hoge Raad kent in zijn uitspraak gewicht toe aan factoren die ertoe doen, maar is dat voldoende om te komen tot dekking onder polis? Waarom mag de wens om te komen tot "een redelijk en maatschappelijk aanvaardbaar resultaat" (r.o. 3.6.3) inbreken op de overeenkomst (met opzetuitsluiting) die tussen de verzekerde en de verzekeraar is gesloten? Is met deze bewoordingen een nieuwe art. 6:248-light-toets geïntroduceerd en waar laat dat de meer eigenlijke route van de derogerende werking van art. 6:248 BW die (wel) inbreuk kan maken op hetgeen (in dit geval) uit de overeenkomst voortvloeit? Veel vragen die ik geneigd ben ontkennend te beantwoorden. Ik voel mee met de benarde positie van de baby én de vader, maar ik mis aandacht voor de werking van het contract tussen de verzekerde en de verzekeraar. En vooral voel ik weerstand wanneer "de maatschappelijke betekenis van verzekering" ingezet wordt om tot slachtofferbescherming te komen. Het is de weerstand die ik ook voelde bij het arrest *NN/Onderlinge*, waarin de Hoge Raad "de functie van de aansprakelijkheidsverzekering in het maatschappelijk verkeer en de redelijke verwachtingen aan de kant van de verzekerde" benoemde om in weerwil van de polis tot dekking te komen.⁸ In de setting van de werkgeversaansprakelijkheid waarin dat gebeurde, kon ik ermee leven en inmiddels zeker. In zijn *Ziektebeeld*-arrest van 6 november 2020 heeft de Hoge Raad in de functie van de verzekering en de redelijke verwachtingen van de verzekerde immers geen aanleiding gezien om (andermaal) tot een (te) ruime uitleg van de verzekeringsdekking te komen.⁹ De geest is terug in de fles en wat mij betreft gaat de kurk er stevig op. En al schrijvend, zo realiseer ik me, raak ik wat weg van het onderwerp waar dit themanummer om draait.

6 HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465.

7 HR 13 april 2018, NJ 2018/463.

8 Zie HR 30 maart 2012, NJ 2012/687.

9 Zie (opgelucht op dit punt en kritisch over het *Onderlinge/NN*-arrest) N. van Tiggele-van der Velde, 'Het *Ziektebeeld*-arrest als sluitstuk op twee fronten', AV&S 2021/2.

“Verzekerbearheid: vloek of zegen?”

Het antwoord op de vraag zal afhangen van de partij aan wie je haar stelt. Illustratief is de ontwikkeling die heeft plaatsgevonden op het terrein van de verzekeringsplicht ingevolge art. 7:611 BW. Het dossier is bekend: sinds 2008 heeft voor de werkgever een verzekeringsplicht te gelden voor dekking door schade van de werknemer die zich in het verkeer begeeft.¹⁰ Bescherming van de werknemer, dus, door dekking onder de door de werkgever te sluiten behoorlijke verzekering. Of – secundair – door aansprakelijkheid van de werkgever aan te nemen in het geval laatstgenoemde de verzekeringsplicht schendt. A gebaseerd op een V-plicht. De werknemer beschermd (zegen!), maar de werkgever...? De zegen kwam voor hem eerst in 2011 uit dezelfde hoek waar de initiële vloek vandaan kwam: de Hoge Raad creëerde dekking.¹¹ De werkgever beschermd (zegen!), maar voor de verzekeraar...?

De vraag of verzekerbearheid als een zegen te zien is, is ook aan de orde geweest bij de afwikkeling van de schade door overstromingen en extreme regenval in de zomer van 2021. De Wet tegemoetkoming schade bij rampen (Wts) biedt tegemoetkoming, maar – ingevolge art. 4 lid 3 Wts – alleen indien het nadeel “redelijkerwijs onverzekerbaar, niet anderszins verhaalbaar of onvermijdbaar” is. Vloek of zegen?

Wat de beantwoording van de vraag nog wat compliceert, is dat een heuse definitie van het begrip ‘verzekerbaarheid’ niet eens te vinden is, ook niet in de “*Paper Verzekerbearheid, onderscheid en solidariteit*” van het Verbond van Verzekeraars over deze materie. Wel worden daarin de contouren geschetst van omstandigheden die de verzekerbaarheid bepalen: verzekeraars hebben informatie nodig om risico’s te kunnen beoordelen; beheersmaatregelen (preventie/gedeeltelijke uitsluitingen) kunnen nodig zijn om tot (redelijke) premiestelling te kunnen komen, maar ook (samenwerking met) de overheid en/of poolvorming kunnen nodig zijn.¹²

De geschetste contouren sluiten aan bij de voorwaarden voor verzekerbearheid die Faure in zijn bijdrage in dit themanummer schetst.¹³ Faure neemt het overstromingsrisico als voorbeeld, nu dat in Nederland tot het nodige debat over de verzekerbaarheid heeft geleid en daarmee wordt welhaast ongemerkt van verzekeringsvorm gewisseld. In zijn bijdrage is immers dekking onder de private inboedel- en opstalverzekering aan de kant van de benadeelde zelf aan de orde; de zogenoemde *third party*-verzekering. Faure bespreekt de risico’s vanuit rechts-economisch perspectief en legt de bal om de voorwaarden voor verzekerbearheid te creëren bij de markt en de overheid neer. En verplichte opslag voor het overstromingsrisico bij een vrijwillig gesloten opstalverzekering in combinatie met herverzekering door de Staat kan naar zijn oordeel wonderen doen. “*Zolang dat niet gebeurt, zal een risico dat theoretisch perfect verzekerbaar is in Nederland in belangrijke mate de facto nog altijd onverzekerd blijven.*”

Het overstromingsrisico staat ook centraal in de bijdrage Rijnhout, Van Helmond en Schelfhout en ook deze auteurs benoemen de door Faure genoemde optie.¹⁴ Zij starten met een schets van de compensatiesystematiek zoals deze in Nederland heeft te gelden en bespreken dit vanuit de ervaringen van de gedupeerden van de overstromingen in Limburg in de zomer van 2021. Verzekerden, zo laat het door de auteurs geschreven WODC-onderzoek zien, zijn onvoldoende in staat om risico’s van natuurrampen goed te taxeren, zich daar vervolgens ook afdoende tegen te verzekeren en in de nasleep van een ramp de compensatie vanuit zowel de private verzekering als die uit het publieke schadefonds op elkaar af te stemmen. Rijnhout, Van Helmond en Schelfhout komen na een korte rechtsvergelijking tot

10 Zie HR 1 februari 2009, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo*) en NJ 2009/331 (*Koiker/Taxicentrale Nijverdal*), alsook HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*). Vanwege de samenhang tussen de (niet nagekomen) verzekeringsplicht en aansprakelijkheid, is die aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag waartoe de verzekering, zo deze wel gesloten zou zijn, tot uitkering zou zijn gekomen.

11 Ik doel hiermee op het hiervoor in de hoofdttekst besproken arrest *Onderlinge/NN*.

12 www.verzekeraars.nl/media/8300/paper-verzekerbearheid-onderscheid-en-solidariteit-11-2019.pdf.

13 M. Faure, ‘Verzekerbearheid van uit rechtseconomisch perspectief’, *AV&S* 2023/30.

14 R. Rijnhout, C. van Helmond & D. Schelfhout, ‘Compensatie ‘verzekerde’ bij rampschade: het perspectief van gedupeerden’, *AV&S* 2023/31.

alternatieven voor afwikkeling die voor een deel aan de ervaren knelpunten tegemoetkomen.

Aan de orde zijn daarmee twee artikelen waarbij het (ingetreden) overstromingsrisico een grote rol speelt en in een themanummer over 'verzekerbearheid' zal dat niet verbazen. Wat ook niet verbazen zal, is dat in dit themanummer een bijdrage is opgenomen van eerdergenoemde Hartlief. In zijn bijdrage 'Aansprakelijkheid & Verzekering anno 2023' bespreekt hij hetgeen aandacht verdient in 2023 aan de hand van een zestal ontwikkelingen.¹⁵ Hartlief concludeert dat er inmiddels sprake is van een zekere rust aan het A&V-front. Vooruitgang hoopt, maar verwacht hij niet per se, op bepaalde punten te zullen krijgen van de wetgever. Hartlief stelt vast dat de Hoge Raad in de afgelopen jaren enkele malen expliciet aandacht heeft besteed aan het verzekeringsaspect en (dreigende) verzekeringsproblemen, maar dat van *assurance oblige* in de oorspronkelijke zin, aansprakelijkheid vanwege verzekering, ook anno 2023 geen sprake is. Dat stelt (in ieder geval: mij) gerust. Natuurlijk benoemt Hartlief ook bezorgdheid over een aantal ontwikkelingen. *Food for thought*. Andermaal. En zo hoort het ook te zijn. In vol besef van waar we onderdeel van uitmaken, gaan we een volgende ontwikkelingsfase in. Het symposium van 22 november 2023 onder de naam "Verzekerbearheid: vloek of zegen?", waar het voorliggende themanummer op gebaseerd is, zal aan die ontwikkeling bepaald weer bijdragen.

Wordt vervolgd!

15 T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid & Verzekering anno 2023', AV&S 2023/32.