

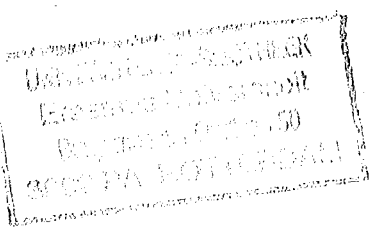
DE INVLOED VAN VERZEKERING OP DE CIVIELE AANSPRAKELIJKHEID

Preadviezen, uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht

door
Prof. mr. R. van den Bergh
Dr. M. Faure, LL.M.
Mr. T. Hartlief
Mr. R.P.J.L. Tjittes

1990
Koninklijke Vermande bv, Lelystad
Uitgevers sinds 1750

663
D
92



ISBN 90 6040 942 6/CIP
NUGI 692

© 1990 Koninklijke Vermande BV - Lelystad

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUD

Blz.

Invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: Een rechtseconomische analyse

Inleiding	9
1. Hoofddijnen van de economische analyse van het ongeval- lenrecht	10
2. Economische analyse van verzekeringen: basisbegrippen ..	16
3. Wetgevend ingrijpen in verzekeringsmarkten: economische analyse	19
3.1 De beperking van aansprakelijkheid als remedie voor on- verzekerbbaarheid	20
3.2 De invoering van verplichte verzekering	24
3.3 De invloed van verzekering verklaard vanuit de belangen- groepentheorie	32
4. De invloed van verzekeringen op de rechtspraak	36
4.1 De invloed van de verzekerbbaarheid op de aansprakelijk- heid	36
4.2 De invloed van het verzekerd zijn op de aansprakelijkheids- vraag	39
4.3 Overeenkomsten over verzekering	42
Conclusie	45

Privaatrechtelijke aspecten

1. Inleiding	55
1.1 Algemeen	55
1.2 Opzet	57
1.3 Vormen van verzekering	58
1.4 Verzekeringen en de ontwikkeling van het aansprakelijk- heidsrecht	58
1.4.1 Technische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht	59
1.4.2 Preventie en de invloed van verzekeringen daarop	63
1.5 Slot inleiding	64
2. Aansprakelijkheidsverzekering	65
2.1 Formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm	65

	Blz.
2.1.1 Verzekering volgt aansprakelijkheid	65
2.1.2 Wie kan het beste het risico dragen?	66
2.1.3 Verzekerbaarheid	70
2.1.4 Slot formulering en vaststelling van de aansprakelijkheid- snorm	70
2.2 Causaal verband	71
2.2.1 Ontwikkeling	71
2.2.2 Toerekening naar redelijkheid	71
2.2.3 De invloed van verzekeringen	72
2.2.4 Slot causaal verband	74
2.3 Eigen schuld	74
2.3.1 Algemeen	74
2.3.2 De invloed van verzekeringen	74
2.3.3 Bepierking of afschaffing van eigen schuld	76
2.3.4 Verzekering en reflexwerking van art. 31 WVV	77
2.3.5 Slot eigen schuld	79
2.4 Draagplicht	79
2.4.1 Risicoverdeling	79
2.4.2 Billijkheidscorrecties	80
2.4.3 Slot draagplicht	81
2.5 Matiging en limitering	81
2.5.1 Rechterlijke matiging	81
2.5.1.1 Algemeen	81
2.5.1.2 Matigingsrecht	82
2.5.1.3 Matigingsverbod	83
2.5.2 Limitering	84
2.5.2.1 Algemeen	84
2.5.2.2 Verzekerbaarheid	87
2.5.2.3 Hoogte van de limiet	88
2.5.3 Slot matiging en limitering	88
3. Verzekeringen aan de kant van de benadeelde	89
3.1 Algemeen	89
3.2.1 Schadeverzekeringen	90
3.2.2 Sommenverzekeringen	91
3.2.2.1 Tussensels	93
3.2.3 Sociale verzekeringen	94
3.2.4 Verzekeringen aan de kant van de benadeelde als mati- gingsfactor	95
3.3 Tijdelijke regeling verhaalsrechten	95
3.4 Slot verzekeringen aan de kant van de benadeelde	96

	Blz.
4. Vervanging van aansprakelijkheid door verzekering ...	97
4.1 Inleiding	97
4.2 Buitenland	98
4.3 Nederland	98
4.4 Slot vervanging van aansprakelijkheid door verzekering	100
5. Slotbeschouwing	100
5.1 De plaats van verzekeringen in het aansprakelijkheids- recht	100
5.2 Verzekeringsaspecten	101
5.3 Verzekeringsaspecten uit de verborgen sfeer	103
Informatie over de Vereniging voor Burgerlijk Recht	117

**DE INVLOED VAN VERZEKERING OP DE CIVIELE
AANSPRAKELIJKHEID:
een rechtseconomische analyse**

Prof. mr. R. van den Bergh en Dr. M. Faure, LL.M.

Inleiding

In toenemende mate beïnvloedt verzekering het aansprakelijkheidsrecht. Zowel in de wetgeving, de jurisprudentie als in de doctrine wordt bij de bespreking van aansprakelijkheidsvraagstukken rekening gehouden met de invloed van het verzekeringsgebeuren. Sommige voorstellen gaan zelfs zo ver dat het gehele aansprakelijkheidsrecht voor bepaalde ongevals-situaties dient te worden vervangen door een algemeen verzekeringssysteem. Het valt nochtans op dat vele voorstellen slechts één functie van het aansprakelijkheidsrecht benadrukken, namelijk de vergoeding van slachtoffers. Uit ontevredenheid over de compenserende functie van de fout-aansprakelijkheid wordt dan voorgesteld om het aansprakelijkheidsrecht, dat aan de compensatiedoelstelling slechts in bepaalde mate kan voldoen, geheel te verlaten.

In dit preadvies zullen de onderscheiden functies van aansprakelijkheidsregels en verzekering worden geanalyseerd. Daarbij zal gebruik worden gemaakt van de economische analyse van het recht. Deze methode is in de jaren zestig tot ontwikkeling gekomen in de Verenigde Staten van Amerika en heeft in de jaren tachtig ook in Europa een stormachtige evolutie doorgemaakt. Vooral nu verzekerings- en verzekerbaarheidsargumenten vaak in het debat worden betrokken over (de hervorming van) het aansprakelijkheidsrecht, lijkt het zinvol om ook de (verzekerings)economische grondslagen van zowel het aansprakelijkheidsrecht als het verzekeringsprobleem bloot te leggen. Vervolgens kan dan worden onderzocht in hoeverre beide systemen elkaar (dienen te) beïnvloeden. Opvallend is dat juristen vaak pleiten voor een grotere 'efficiëntie' van het aansprakelijkheidsrecht, zonder dat de economische methode erbij wordt betrokken om te bepalen hoe een efficiënt aansprakelijkheidsrecht eruit zou dienen te zien. Evenzeer is het opvallend dat verzekerbaarheid vaak als argument wordt ingeroepen, bijvoorbeeld om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken, zonder dat het verzekerbaarheidsprobleem vanuit de verzekeringseconomie wordt geanalyseerd. In dit preadvies zal daarom getracht worden deze vragen in hun juiste economische context te plaatsen en ze te beantwoorden aan de hand van de micro-economische methode.

In hoofdstuk 1 zullen eerst de uitgangspunten van de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht worden besproken. In dit hoofdstuk zal de economische doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht worden blootgelegd en zal worden onderzocht welke aansprakelijkheidsregels aan deze economische doelstelling kunnen beantwoorden. Het is noodzakelijk om eerst de economische grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht bloot te leggen, omdat anders geen zinvolle uitspraken kunnen worden gedaan, noch over de vraag of de omvang van aansprakelijkheid om redenen van verzekeraarbaarheid dient te worden beperkt, noch over de vraag of de beschikbaarheid van verzekering de aansprakelijkheidsstelling moet beïnvloeden. Om deze vragen te kunnen beantwoorden dient ook kort te worden stilgestaan bij de economische functie van verzekering. In hoofdstuk 2 zullen daarom de beginselen van verzekering worden uiteengezet. In de daarop volgende hoofdstukken komt de centrale vraag aan de orde hoe verzekering het aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt en of deze beïnvloeding vanuit efficiëntieoogpunt wenselijk is. In hoofdstuk 3 wordt besproken in hoeverre verzekering leidt tot regulerend ingrijpen. Twee voorbeelden van een dergelijk ingrijpen, die beide aan bod zullen komen, zijn een beperking van de omvang van de aansprakelijkheid om verzekeraarheidsredenen en de invoering van een wettelijke plicht voor de schadeveroorzaker om zijn aansprakelijkheid te verzekeren. In dit hoofdstuk zal eveneens aandacht worden besteed aan de reguleringstheorie zoals deze in de 'Public Choice' literatuur werd ontwikkeld. Deze theorie kan een verklaring bieden voor wetgevend ingrijpen met betrekking tot aansprakelijkheid en verzekering, dat niet verklaarbaar is vanuit een efficiëntieanalyse. In hoofdstuk 4 komt de invloed van verzekering op de aansprakelijkheidsbepaling in de jurisprudentie aan de orde. Vaak wordt geargumenteed dat de verzekeraarbaarheid of de concrete beschikbaarheid van verzekering betrokken dienen te worden bij het bepalen van de zorgvuldighedsnorm in het aansprakelijkheidsrecht. Beide tendensen in de jurisprudentie zullen op hun efficiëntie worden geanalyseerd. Tenslotte zullen enkele besluiten worden geformuleerd.

1. Hoofdpijnen van de economische analyse van het ongevalrecht

Voor een goed begrip van de economische analyse van het ongevalrecht is het onontbeerlijk de uitgangspunten van deze benadering voor ogen te houden. Deze uitgangspunten verschillen van de wijze waarop de meeste juristen het ongevalrecht beschrijven. Zonder twijfel beschouwen de meeste juristen de billijke vergoeding van het slachtoffer als de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht. Nochtans is deze visie onverzoenbaar met de basisregel van de foutaansprakelijkheid:

slachtoffers ontvangen geen vergoeding indien zij schade oplopen ten gevolge van een gedrag dat niet als foutief kan worden gekwalificeerd. Dit foutcriterium is irrelevant als het er echt om gaat slachtoffers volledig te vergoeden. In de economische analyse wordt het aansprakelijkheidsrecht in de eerste plaats gezien als een geheel van regels die tot doel hebben de maatschappelijke kosten van ongevallen te minimaliseren.¹⁾ Deze doelstelling kan worden bereikt door de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer ertoe aan te zetten economisch optimale zorg aan te wenden, en door hen ervan te weerhouden gevaarlijke activiteiten in een te hoge mate uit te oefenen (efficiënt activiteitsniveau). Het foutcriterium is in deze economische optiek wel zinvol: wie niet de door het recht vereiste zorg besteedt zal gehouden zijn de schade die hij aan anderen berokkent te vergoeden. Als de door het recht vereiste zorg overeenstemt met de economisch efficiënte zorg kan de doelstelling van minimalisering van de maatschappelijke kosten van ongevallen worden bereikt.

Uit het voorgaande volgt niet dat in de economische analyse aan het probleem van de schadevergoeding geen aandacht wordt besteed. Schadeloosstelling van slachtoffers is in de economische analyse geen op zichzelf staand doel, maar een middel om de schadeveroorzaker prikkels te geven tot aanwending van optimale zorg. Vaak wordt ten onrechte een tegenstelling gezien tussen de doelstelling van economische efficiëntie, zoals deze in de rechtseconomische literatuur wordt vooropgesteld, en de compensatiedoelstelling van het aansprakelijkheidsrecht, die door juristen wordt benadrukt. Geenszins offert de doelstelling van efficiëntie het belang op van 'onschuldige slachtoffers' door deze onvergoed te laten. In zijn pionierswerk *The Costs of Accidents* heeft Guido Calabresi een, ondertussen klassiek geworden, beschrijving gegeven van de doelstellingen van het ongevalrecht, die het gesignaleerde misverstand uit de weg ruimt.

Calabresi heeft de ongevalskosten ingedeeld in drie categorieën: primaire, secundaire en tertiaire kosten. Primaire ongevalskosten omvatten de verwachte schade (dit is de omvang van de schade vermenigvuldigd met de probabiliteit dat zich een schadegeval voordoet) en de kosten van voorzorg om de schade te voorkomen. De omvang van deze kosten is afhankelijk van het aantal en de ernst van de ongevallen. Met ongevallen gaan ook secundaire kosten gepaard. Het nemen van voorzorgsmaatregelen kan immers nooit volledig alle schadegevallen uitsluiten. De kosten van de door deze ongevallen aangerichte schade moeten worden verdeeld over de verschillende leden van de maatschappij. Met tertiaire kosten worden de kosten voor de behandeling van de uit ongevallen voortspruitende schadeclaims bedoeld. Met een primaire reductie van ongevalskosten be-

doelt Calabresi de vermindering van het aantal en de ernst van ongevallen. Met secundaire kostenreductie bedoelt hij een verbetering van de spreiding van de geleden schade. Deze twee vormen van kostenreductie veroorzaken tertiaire kosten. Het ongevallenrecht is efficiënt te noemen wanneer de som van deze drie kostencategorieën wordt geminimaliseerd. Dit betekent dat rechtsregels nodig zijn om het aantal en de ernst van ongevallen te reduceren; vervolgens zijn rechtsregels nodig om het aangerichte verlies optimaal te spreiden. Ten slotte mogen de administratieve kosten voor de behandeling van ongevallen niet zo hoog zijn dat ze de primaire en secundaire kostenreductie ongedaan maken.²⁾

De door juristen vooropgestelde doelstelling van slachtofferbescherming is een doorgaans misleidend, ofschoon occasioneel nuttig, populair voorstel tot reductie van secundaire ongevalskosten. De term 'secundair' betekent geenszins dat deze kosten onbelangrijk zijn. De door ongevallen aangerichte schade is immers aanzienlijk: medische verzorging, tegemoetkomingen voor arbeidsongeschikten, en dergelijke. Deze kostenreductie komt nochtans slechts ter sprake indien de maatregelen voor primaire kostenreductie hebben gefaald. Omdat men beter geen slachtoffer is dan een door het recht beschermd slachtoffer, staat in de economische analyse het voorkomen van ongevallen op de eerste plaats.³⁾ Aansprakelijkheidsregels worden daarom beoordeeld op hun vermogen het aantal en de ernst van de ongevallen te reduceren. Het vooruitzicht aansprakelijk te worden gesteld *ex post* kan de mogelijke schadeveroorzaker er *ex ante* toe aanzetten de nodige zorg te nemen. Schadevergoeding is in deze benadering geen doel op zich, maar een instrument van ongevallenpreventie. Het aansprakelijkheidsrecht is efficiënt indien het de mogelijke schadeveroorzakers ertoe aanzet efficiënte zorg te besteden, waardoor de doelstelling van primaire kostenreductie kan worden gerealiseerd. Deze doelstelling houdt in dat het aantal ongevallen op een maatschappelijk optimaal niveau wordt gebracht. Ongevallenvoorkoming kan immers meer kosten dan het opbrengt in termen van reductie van de verwachte schade. Een aantal ongevallen is dus economisch onvermijdbaar. De schade die door deze ongevallen wordt aangericht moet op optimale wijze worden verdeeld.

Juristen die het aansprakelijkheidsrecht voornamelijk zien als een schadevergoedingsmechanisme hanteren wat de spreiding van de geleden schade betreft vaak criteria die onder de noemer 'deep pocket-approach' kunnen worden gegroepeerd. Vaak wordt verdedigd de schade op de rijken te leggen om zo een rechtvaardige verdeling (redistributie van rijk naar arm) te realiseren: 'richesse oblige'. Ook wordt vaak geargumenteed dat diegene die verzekerd is het best de schade kan dragen 'assurance oblige'.⁴⁾ Wanneer deze 'rechtvaardigheids' principes blindelings worden toegepast, zon-

der aandacht voor de voorafgaande vraag naar de primaire kostenreductie, kunnen belangrijke inefficiënties worden gecreëerd. Rechtvaardigheid heeft zijn prijs en de economische analyse kan leren welk bedrag op het prijskaartje voor rechtvaardigheid te lezen staat. Dat wil niet zeggen dat economisch efficiënte oplossingen toch moeten worden doorgevoerd indien zij in het normatief vlak niet acceptabel blijken. Het is niet de taak van de rechtseconoom de eindbeslissing te nemen wat wel en wat niet normatief aanvaardbaar is. Maar daar staat dan wel tegenover dat de juristen, die deze normatieve keuze maken, niet aan de economische analyse het recht mogen ontzeggen de inefficiënties van de gekozen oplossing bloot te leggen. Slachtofferbescherming tegen om het even welke prijs kan belangrijke welvaartsverliezen inhouden, zodat wat aan secundaire ongevalskosten uitgespaard wordt volledig ongedaan gemaakt wordt door een verhoging van de primaire ongevalskosten.⁵⁾

Om deze redenen staat in deze bijdrage de primaire ongevalskostenreductie centraal. Eerst zal worden aangegeven hoe het aansprakelijkheidsrecht tot de gewenste minimalisering van de maatschappelijke kosten van ongevallen kan bijdragen. Daarbij wordt aanvankelijk abstractie gemaakt van het bestaan van verzekeringen. Dit is nodig om de weerslag van de verzekeringsdekking beter te kunnen begrijpen. Het voorhanden zijn van verzekering heeft immers een belangrijke invloed op de primaire kostenreductie. Ook over de rol van de verzekering als instrument van secundaire ongevalskostenreductie zal in deze bijdrage worden behandeld. Met name zal worden aangetoond dat verzekering geen optimaal instrument voor risicospreiding hoeft te zijn.

De vermindering van de primaire ongevalskosten wordt bereikt door het aantal en de ernst van de ongevallen te reduceren. Deze maatschappelijke kosten van ongevallen kunnen in een mathematische formule als volgt worden weergegeven:

$P(x,y) S + A(x) + B(y)$, waarbij

A = de schadelijder

B = de schadeveroorzaker

A(x) : de kosten van zorg (x) van A

B(y) : de kosten van zorg (y) van B

P = de waarschijnlijkheid dat zich een schadegeval voordoet

S = de omvang van de schade, indien zich een schadegeval voordoet

$P(x,y) S$ = de verwachte schade, gegeven dat A(x) besteedt aan zorg en B(y).

De totale primaire ongevalskosten bestaan dus enerzijds uit de verwachte

schade ($p(x, y) S$) en anderzijds uit de kosten van zorg van het slachtoffer ($A(x)$) en die van de dader ($B(y)$). Voor de rechtseconoom bestaat de kunst er nu in om de optimale niveaus van zorg x^* en y^* te vinden, waar de marginale kosten van zorg gelijk zijn aan de marginale opbrengst in vermindering van de verwachte schade.⁶⁾ Indien deze optimale niveaus zijn vastgesteld, rijst vervolgens de vraag hoe het recht partijen in een ongevalsituatie prikkels kan geven om deze zorgniveaus aan te wenden. Het aansprakelijkheidsrecht is dus efficiënt te noemen wanneer het daders en schadelijders ertoe aanzet efficiënte zorg uit te oefenen en een efficiënt activiteitsniveau aan te nemen. Efficiënte zorg wordt bereikt waar de marginale kost van een additionele eenheid zorg gelijk is aan de marginale opbrengst in de vorm van vermindering der verwachte schade. Deze niveaus van zorg zijn dus x^* en y^* . Economisch optimale zorg staat niet gelijk met zo hoog mogelijke zorg. Te veel zorg leidt immers tot verspilling. Daarvan is sprake wanneer het besteden van een additionele eenheidszorg meer kost dan het opbrengt in termen van vermindering van de verwachte schade.⁷⁾ Ook het activiteitsniveau moet efficiënt zijn. Met dit activiteitsniveau wordt de *kwantiteit* van de activiteit, die aan de oorzaak van de schade ligt, bedoeld. Het ongevalsrisico kan immers niet alleen worden verminderd door hogere zorg aan te wenden, maar ook door de gevaarlijke activiteit minder vaak uit te oefenen.⁸⁾ Het opdrijven van gevaarlijke activiteiten is inefficiënt wanneer het nut dat de maatschappij uit de activiteit put lager is dan de kosten die door de gevaarlijke activiteit worden veroorzaakt.

De vraag of aansprakelijkheidsregels de maatschappelijke kosten van ongevallen minimaliseren moet verschillend worden beantwoord naargelang het gaat om unilaterale dan wel bilaterale schadegevallen. Bij een unilateraal schadegeval wordt verondersteld dat het ongevalsrisico enkel door één partij, namelijk de dader wordt beïnvloed. Bij bilaterale schadegevallen heeft ook het gedrag van het slachtoffer een invloed op de ongevalskosten.

In een unilateraal schadegeval is risico-aansprakelijkheid efficiënt te noemen. Onder deze rechtsregel zal de dader prikkels hebben om zowel efficiënte zorg uit te oefenen als om een efficiënt activiteitsniveau aan te nemen. De reden daarvan is dat bij risico-aansprakelijkheid de maatschappelijke kosten van ongevallen volledig worden geïnternaliseerd. De dader moet steeds de schade vergoeden, zodat hij gedwongen wordt met de voor derden nadelige externe effecten van zijn handelen rekening te houden. Onder risicoaansprakelijkheid zijn de kosten van de dader gelijk aan de maatschappelijke kosten. De dader kan deze kosten minimaliseren door het kiezen van efficiënte zorg en van een efficiënt activiteitsniveau. De ef-

ficiëntie van risico-aansprakelijkheid in een unilateraal schadegeval is wel afhankelijk van de schadevergoeding die door het recht aan de schadelijder wordt toegekend. Deze moet gelijk zijn aan de reële schade. Anders is er immers een volledige internalisering van de door de ongevalssituatie veroorzaakte externaliteiten mogelijk.⁹⁾

In unilaterale ongevalssituaties is schuldaansprakelijkheid niet volledig efficiënt te noemen. Deze rechtsregel kan prikkels geven tot het uitoefenen van efficiënte zorg, maar zet ertoe aan de gevaarlijke activiteit uit te oefenen in een mate die het maatschappelijk optimaal niveau overstijgt. Bij de appreciatie van de fout wordt in de regel immers geen rekening gehouden met de omvang waarin de activiteit wordt uitgeoefend: Zo is te veel kilometers autorijden (tegen de toegelaten maximumsnelheid) geen fout. Onder schuldaansprakelijkheid is het activiteitsniveau dus te hoog. Bovendien zal schuldaansprakelijkheid slechts tot het nemen van optimale zorg aanzetten indien de door het recht vereiste betamelijke zorg gelijk is aan de efficiënte zorg. Wanneer de fout beoordeeld wordt aan de hand van de maatstaf van de *Bonus pater familias* is het niet te vermijden dat in bepaalde gevallen een te hoge of te lage standaard van zorg zal worden gekozen. Nochtans kunnen de kosten van een classificatie in niveaus van zorg zeer hoog oplopen, zodat ze de voordelen van de individualisering op het niveau van de prikkels tot het nemen van efficiënte zorg opheffen.¹⁰⁾

In bilaterale ongevalssituaties zijn verschillende aansprakelijkheidsregels efficiënt te noemen als de taak van de rechtsregels er enkel in bestaat prikkels tot het nemen van efficiënte zorg te verschaffen. Wanneer de efficiëntie enkel aan de hand van deze maatstaf wordt gemeten, zijn zowel schuldaansprakelijkheid als risico-aansprakelijkheid als systemen van gedeelde aansprakelijkheid efficiënt. Steeds zullen zowel de dader als het slachtoffer een prikkel hebben om efficiënte zorg aan te wenden. Indien in bilaterale ongevalssituaties niet alleen efficiënte zorg moet worden genomen om de ongevalskosten te minimaliseren maar daartoe tevens een efficiënt activiteitsniveau vereist is, zijn geen algemeen geldende uitspraken over de efficiëntie van aansprakelijkheidsregels mogelijk. De zoëven genoemde regels zijn slechts economisch optimaal indien bij de vaststelling van de efficiënte zorg tevens rekening wordt gehouden met het activiteitsniveau. Het incalculeren van een optimaal activiteitsniveau bij de beoordeling van de efficiënte zorg is evenwel niet altijd mogelijk. Daarom zijn er bij bilaterale ongevalssituaties slechts 'second best'-oplossingen. Risico-aansprakelijkheid verdient de voorkeur indien men een gevaarlijke activiteit van daders wil beperken, ook als deze met inachtneming van efficiënte zorg wordt uitgeoefend. Schuldaansprakelijkheid verdient daarentegen de

voorkeur wanneer het maatschappelijk gezien verkieslijk is de activiteit van schadelijders te reduceren.

Wanneer verzekeringen beschikbaar zijn moet de efficiëntie van aansprakelijkheidsregels worden herbeoordeeld. De schade wordt dan immers niet volledig gedragen door degene die door het recht aansprakelijk wordt gesteld. Daarom moet de verzekeraar de prikkels tot het nemen van efficiënte zorg, die normalerwijze uitgaan van het aansprakelijkheidsrecht, overnemen. Voor een goed begrip van de efficiëntie-analyse is inzicht nodig in de rol van de verzekeringen vanuit welvaartsoogpunt. Op dit laatste zal in het volgende hoofdstuk worden ingegaan.

2. Economische analyse van verzekeringen: basisbegrippen

Verzekering doet de maatschappelijke welvaart toenemen omdat de verzekeraar het risico wegneemt van risico-averse personen. Personen die risico-avers zijn bekommeren zich niet enkel om de verwachte schade bij een ongeval (p. S.). Hun houding ten aanzien van risico wordt beïnvloed door de absolute grootte van de schade (S). Risico-averse personen zijn bereid een bepaalde som geld te betalen (premie) om het risico van hen te laten wegnemen. De premie zal in de ideale verzekeringsmarkt precies gelijk zijn aan de verwachte schade (actuariel juiste premie). In de werkelijkheid zal ten gevolge van transactiekosten op niet-volkomen competitieve verzekeringsmarkten de werkelijk gevraagde premie hoger zijn dan de actuariel juiste premie.

De taak van de verzekeraar bestaat erin om risico's te identificeren die van gelijke waarde zijn maar tevens onafhankelijk van elkaar. Deze onafhankelijke risico's worden verzameld om het totale risico te verminderen. De wet van de grote getallen verhoogt de accuraatheid van de voorspelling van het verwachte verlies. Het totale risico is kleiner dan de som van de individuele risico's. Na de risico's te hebben verzameld moeten ze opnieuw worden ingedeeld in afzonderlijke en eng omliggende risicogroepen. Dit is nodig om *averechtse selectie* te vermijden.¹¹⁾ Averechtse selectie is het gevolg van de geneigdheid van personen die een relatief hogere risicofactor vormen om verzekeringsdekking te zoeken. De verzekering moet financieel aantrekkelijk blijven voor elk lid van de verzekeringsgroep. De premie zal worden bepaald in verhouding tot het gemiddelde risico. Hoe groter het verschil tussen de gemiddelde risico's en de lage risico's, hoe groter de kans dat de laatste een premie zullen moeten betalen die gevoelig uitstijgt boven het verwachte verlies. Bij grote afwijkingen tussen de te betalen premie en de actuariel juiste premie is de kans groot dat de lage risico's

de risicogroep verlaten. Ten gevolge van hun vertrek zal de premie moeten toenemen. Het nieuwe bedrag zal op zijn beurt te hoog zijn voor de lage risico's die nog in de verzekeringsgroep gebleven zijn. Een nieuwe uittocht van goede risico's is daarvan het gevolg. Dit proces van averechtse selectie is cumulatief en kan uiteindelijk een hele risicogroep ontrafelen. De ervaring in de Verenigde Staten van Amerika toont aan dat averechtse selectie verzekeringsmarkten kan doen instorten.¹²⁾ Wanneer ten gevolge van averechtse selectie de premies onbetaalbaar worden en verzekeringsdekking niet langer beschikbaar is, treedt een aanzienlijk welvaartsverlies op. Risico-averse personen kunnen immers niet langer tegen betaling van een premie het risico afwentelen op verzekeraars. Verzekeraars, die dank zij de wet van de grote getallen het risico beter kunnen dragen, verliezen de mogelijkheid hun diensten tegen betaling aan te bieden. Zowel winstmaximalisatie bij verzekeraars als nutsmaximalisatie bij verzekerden wordt dus onmogelijk.

Het is daarom van groot belang om de risico-groepen zo eng mogelijk te houden, wil men averechtse selectie beperken. Een dergelijke enge aflijning van risicogroepen wordt bemoeilijkt door *asymmetrische informatie*. Dit informatieprobleem ligt aan de basis van het probleem der averechtse selectie. Bij verzekeringen is de informatie immers ongelijk verdeeld. De verzekeraar weet niet welke risico's goed of slecht zijn, terwijl de verzekerden deze informatie wel bezitten. Akerlof heeft aangetoond dat asymmetrische informatie tot algehele kwaliteitsverslechtering zal leiden indien individuele kwaliteitsverlaging niet door het marktmechanisme kan worden afgestraft. Doordat alleen op een gemiddelde kwaliteitsverslechtering wordt gereageerd, creëert asymmetrische informatie markten voor waardevolere producten: markten voor 'citroenen' ('lemons').¹³⁾

Een enge definitie van risicogroepen is gemakkelijker te realiseren bij eerste-partij-verzekeringen. In de verzekeringspolissen kan gemakkelijk een onderscheid gemaakt worden naargelang de karakteristieken van de verzekerden (leeftijd, gezondheid, schadeverleden) en de karakteristieken van het verzekerde goed (veiligheidsmechanismen). De premie kan ook gemakkelijk worden gedifferentieerd naargelang het niveau van de gewenste verzekeringsdekking (bijv. de verschillen in verzekerd bedrag bij de levensverzekering).

De mogelijkheid de risicogroepen te definiëren in functie van de karakteristieken van de verzekerden maakt de controle van het *moreel risico* eenvoudiger. Moreel risico ontstaat wanneer het gedrag van de verzekerde door de beschikbaarheid van de verzekeringdekking wijzigt en daardoor het risico toeneemt. Moreel risico kan worden gecontroleerd door het gedeeltelijk blootstellen van de verzekerde aan risico of door een controle van het gedrag van de verzekerde door de verzekeraar en een dienovereen-

koinstige aanpassing van de premie.¹⁴⁾ Bij een controle van het moreel risico wordt goed gedrag van de verzekerde beloond. Dit zal verhinderen dat goede risico's de groep verlaten. De controle van het moreel risico en van het ermee gepaard gaande gevaar van averechtse selectie is veel moeilijker bij derde-partij-verzekeringen. Zo zal een producent van gevaarlijke producten verzekeringsdekking moeten kopen voor al diegenen die door zijn producten schade lijden. Het afbakenen van risicogroepen is nu veel moeilijker. Dit kan gebeuren door reclame, design en marketingtechnieken, maar uiteindelijk zal de gemiddelde verzekeringspremie hoger liggen dan bij eerste-partij-verzekeringen, waardoor het risico van averechtse selectie verhoogt. Omdat de verzekeringspremies worden doorgerekend in de verkoopprijs van de producten kunnen deze bij een verzekeringscrisis onbetaalbaar worden. Dit is opnieuw een belangrijk welvaartsverlies. Bovendien gaat de inefficiëntie hier gepaard met een herverdeling in averechtse richting. Hoge prijzen zijn immers niet verzoenbaar met een politiek die de zwakken en armen wil beschermen.

Opdat verzekering tot een verhoging van de maatschappelijke welvaart zou leiden, moet het moreel risico worden gecontroleerd en moet averechtse selectie kunnen worden uitgesloten. Wanneer de verzekeraar volledige informatie heeft over het gedrag van de verzekerde, is controle door de verzekeraar met aanpassing van de premie als instrument ter controle van moreel risico te verkiezen boven het blootstellen van de verzekerde aan risico. Indien de verzekeraar geen perfecte controle kan uitoefenen over het gedrag van de verzekerde, moet de verzekerde ook gedeeltelijk worden blootgesteld aan risico. Het optimale dekkingsniveau is in dit geval ondermeer afhankelijk van de mogelijkheden en de kosten van controle door de verzekeraar.

Hierboven zijn enkele essentiële beginselen van de verzekeringstechniek uiteengezet. Dit heeft een aantal inzichten opgeleverd die onmisbaar zijn voor de beoordeling van de invloed van verzekering op de efficiëntie van aansprakelijkheidsregels.¹⁵⁾ Indien geen verzekeringsdekking beschikbaar zou zijn, zou risico-aansprakelijkheid tot een optimale risico-allocatie leiden indien slachtoffers een afkeer van risico hebben. Anderzijds zou schuldaansprakelijkheid het maatschappelijk optimum realiseren indien ouders risico-avers zouden zijn. In veel situaties zullen echter zowel dader als slachtoffer een afkeer van risico hebben. Dan is geen van beide aansprakelijkheidsregels optimaal. De beschikbaarheid van verzekeringsdekking kan dit ongewenst resultaat tegenhouden. Als verzekeringsdekking beschikbaar is zullen, onder een regime van risico-aansprakelijkheid, ouders een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten. De schade van de slachtoffers wordt dan volledig door de dader vergoed en zij nemen daar-

om geen verzekeringsdekking. Onder een stelsel van schuldaansprakelijkheid zullen slachtoffers die een afkeer van risico hebben een eerste-partij-verzekering afsluiten. Daders verzekeren zich dan niet tenzij vergissingen over het niveau van efficiënte zorg (y^*) of over de actuele zorg bij ouders of rechters mogelijk zijn.

Het oordeel over de efficiëntie van de aansprakelijkheidsregels blijft ongewijzigd indien de verzekeraar de taak van het aansprakelijkheidsrecht in het vlak van de prikkels volledig overneemt. Dit is problematisch terwille van het moreel risico. Aangezien het moreel risico beter kan worden gecontroleerd bij eerste-partij-verzekering moet vanuit efficiëntie-overwegingen de voorkeur naar schuldaansprakelijkheid uitgaan bij ernstige problemen van moreel risico. De omstandigheid dat ook averechtse selectie beter kan worden vermeden bij eerste-partij-verzekeringen dan bij derde-partij-verzekeringen is een bijkomend element om schuldaansprakelijkheid te verkiezen boven risico-aansprakelijkheid.¹⁶⁾

3. Wetgevend ingrijpen in verzekeringsmarkten: economische analyse

In het eerste hoofdstuk werden de hoofdlijnen van de economische analyse van onrechtmatige daad uiteengezet. In het tweede hoofdstuk werden de economische motieven voor verzekering toegelicht. Daar werd reeds geïllustreerd hoe verzekering het ongevalrecht beïnvloedt, daar de verzekeraar de prikkelwerking die van aansprakelijkheidsregels uitgaat (gedeeltelijk) overneemt. In dit en het volgende hoofdstuk zal nu de centrale vraag worden aangesneden: wat is, rechtseconomisch gezien, de invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid?

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre verzekeringsvragen tot *wetgevend* ingrijpen aanleiding dienen te geven in het domein van de civiele aansprakelijkheid. Eerst zal worden stilgestaan bij de vraag of verzekeraarproblemen tot een beperking van de civiele aansprakelijkheid door de wetgever dienen te leiden (3.1). De wetgever grijpt ook in de verzekeringsvrijheid in door verzekering in sommige gevallen verplicht te stellen. In dit hoofdstuk zal tevens worden onverzocht of er rechtseconomische argumenten kunnen worden gevonden voor de introductie van verplichte verzekering (3.2). Uit 3.1 zal blijken dat, hoewel er weinig rechtseconomische argumenten zijn, om op grond van verzekeringsproblemen de omvang van de aansprakelijkheid te beperken, dit nochtans vaak in de wetgeving gebeurt. Evenzo zal uit 3.2 blijken dat verplichte verzekering vaak wordt ingevoerd hoewel daarvoor geen steun in de economische analyse te vinden is. Daarom zal in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk worden onderzocht of de belangengroepentheorie een verklaring kan bieden voor de invoering van inefficiënte wetgeving (3.3).

3.1 De beperking van aansprakelijkheid als remedie voor onverzekerbaarheid

Zeer vaak wordt door de wetgever naar voren geschoven dat bij onbeperkte aansprakelijkheid het risico niet meer door een aansprakelijkheidsverzekering gedekt zou kunnen worden.¹⁷⁾ Doorgaans wordt daarbij verwezen naar bepaalde catastroferisico's waarbij, indien deze zich zouden voordoen, het risico onverzekerbaar zou zijn. De onverzekerbaarheid wordt dus vooral gezien in de onverwacht hoge omvang van de schade.¹⁸⁾ Dit argument heeft er toe geleid dat de aansprakelijkheid van de exploitant van een kerncentrale wettelijk werd beperkt tot een bepaald maximumbedrag. Hetzelfde gebeurde met de aansprakelijkheid van een olietanker voor de schade die door olie-verontreiniging werd veroorzaakt. Opvallend is dat in beide gevallen de beperking van aansprakelijkheid in de meeste rechtssystemen werd ingevoerd ter uitvoering van internationale verdragen en dat deze beperking doorgaans gepaard ging met de invoering van een verplichte verzekering. Wat dit laatste betreft kan men de argumentatie begrijpen: de wetgever oordeelt dat een verzekeringsplicht slechts kan worden uitgevoerd indien het risico ook daadwerkelijk verzekerbaar is en om dit te garanderen wordt de civiele aansprakelijkheid bij wet beperkt tot een verzekerbaar bedrag. Maar ook buiten deze gevallen wordt thans de beperking van aansprakelijkheid besproken als remedie voor verzekeringsproblemen. Dit is onder meer het geval bij de recente discussies over de verzekerbaarheid van milieuschade¹⁹⁾ en bij de professionele aansprakelijkheidsverzekering.²⁰⁾

Het is opvallend dat dit verzekerbaarheidsargument uitsluitend verwijst naar de absolute hoogte van de verwachte schade. Vanuit verzekerings-economisch oogpunt is dit slechts één van de elementen waarmee men bij de beoordeling van de verzekerbaarheid van een gegeven risico rekening dient te houden.²¹⁾ Zoals in hoofdstuk 2 werd uiteengezet bestaan er twee belangrijke problemen die grenzen aan de verzekerbaarheid kunnen stellen: het moreel risico en averechtse selectie. Indien het moreel risico niet gecontroleerd kan worden, kan het risico inderdaad 'onverzekerbaar' zijn doordat de waarschijnlijkheid dat het risico zich verwezenlijkt door het enkele feit dat men verzekerd is, wordt verhoogd.²²⁾ Indien het gedrag van de verzekerde niet gecontroleerd kan worden, hetzij door controle door de verzekeraar, hetzij door de verzekerde gedeeltelijk bloot te stellen aan risico, zal het risico, maatschappelijk gezien, onverzekerbaar zijn omdat verzekering dan tot een verhoging van het ongevalsrisico leidt. Indien onverzekerbaarheid ten gevolge van een te hoog moreel risico een reëel gevaar is, is de aangewezen wetgevende reactie evenwel het *verbieden* van de verzekering.²³⁾ Overigens is juist dit gevaar voor een oncontroleerbaar

moreel risico de reden dat in de negentiende eeuw aansprakelijkheidsverzekering in West-Europa verboden was en dat dit thans in de Sovjetunie nog steeds verboden is.²⁴⁾ Het is evenwel duidelijk dat deze vorm van onverzekerbaarheid geenszins een argument vormt om de aansprakelijkheid naar het bedrag te beperken. Het probleem is immers niet de aansprakelijkheid, maar de beschikbaarheid van verzekering zelf. Indien enig wetgevend optreden als remedie voor het moreel risico wenselijk is, is dit bijgevolg veeleer een verbod van verzekering dan een beperking van de aansprakelijkheid van de verzekerde.²⁵⁾ Dit laatste laat immers voor het verzekerde bedrag het moreel risico bestaan en neemt bovendien de prikkels die aansprakelijkheidsregels zouden geven weg.

Ook averechtse selectie²⁶⁾ kan tot onverzekerbaarheid leiden. George Preist heeft aangetoond dat averechtse selectie in de Verenigde Staten tot een verzekeringscrisis heeft geleid (hierop wordt in paragraaf 4.1 nog verder ingegaan). Priest wijst erop dat de hoge verwachte schade alleen niet tot de onverzekerbaarheid van een bepaald risico leidt.²⁷⁾ Dit is slechts het geval indien het inperken van risicogroepen onmogelijk wordt, waardoor de goede risico's de verzekeringsgroep zouden verlaten. Dit is precies het averechtse selectieprobleem: de goede risico's verlaten de groep omdat de gemiddelde premie voor hen te hoog wordt, waardoor de premie in de overblijvende groep opnieuw stijgt en de (dan) goede risico's op hun beurt de groep verlaten. Uiteindelijk ontstaat op deze wijze een spiraalwerking waarbij de hele verzekeringsgroep uit elkaar kan vallen. Zoals reeds werd aangestipt is de grondslag voor averechtse selectie niet de hoogte van de verwachte schade, maar wel de informationele asymmetrie tussen verzekeraar en verzekerde.²⁸⁾ Alleen de verzekerde weet of hij een goed of een slecht risico vormt en indien hij deze informatie niet kan doorgeven aan de verzekeraar zal deze de groep te ruim maken, waardoor averechtse selectie ontstaat omdat de 'goede' verzekerde wel ziet dat de gemiddelde premie te hoog is en dus de verzekeringsgroep verlaat. Dit probleem is slechts op te lossen indien de verzekeraar de groepen zo klein mogelijk maakt, waarbij de premie zo nauwkeurig mogelijk is afgestemd op het individuele risico dat de verzekerde vormt. Hieruit volgt dat averechtse selectie geen reden is om de aansprakelijkheid te beperken,²⁹⁾ aangezien dit de averechtse selectie an sich niet oplost.³⁰⁾

Komen wij nu tot de eigenlijke vraag: kan de hoogte van het schadebedrag tot onverzekerbaarheid leiden en indien dit het geval is, dient het bedrag van de aansprakelijkheid dan wettelijk te worden beperkt? Normalerweise vereist een goede schadeberekening dat het schadebedrag bij voorkeur klein zou zijn, terwijl de schadefrequentie hoog is. Door de werking van de wet van de grote getallen kan het risico bij een hoge frequentie

beter gespreid worden en kunnen de verwachte schadebedragen nauwkeuriger worden geschat.³¹⁾ Nochtans betekent dit niet automatisch dat hoge bedragen onverzekerbaar zouden zijn. In de eerste plaats dient ermede rekening te worden gehouden dat voor grote risico's herverzekering beschikbaar is en dat bij hoge bedragen vaak de risico's samengebracht worden in nationale 'verzekeringspools'. Dit is in Nederland onder meer het geval voor het nucleaire risico. Door deze 'pooling' wordt mededinging uitgesloten. Bovendien werken deze verzekeringspools voor zeer grote risico's ook internationaal samen.³²⁾ Daaruit volgt dat door deze verzekeringstechnieken (pooling en herverzekering) ook voor hoge risico's aanzienlijke bedragen bijeengebracht kunnen worden, hoewel de probabiliteit van een schadegeval laag is, de verwachte schade zeer hoog en er evenmin betrouwbare statistieken bestaan. Men dient in dit verband slechts aan de verzekering van ruimte-activiteiten te denken. Bovendien is bij ernstige risico's zoals nucleaire ongevallen verzekeringstechnisch de moeilijkheid niet zozeer gelegen in de omvang van de schade indien het risico zich voordoet, doch veeleer in de onvoorspelbaarheid van het risico. Het is met betrekking tot het nucleaire risico bijvoorbeeld bekend dat de schattingen betreffende het risico van een 'melt-down' sterk verschillen.³³⁾ Indien er enige onverzekerbaarheid bestaat, vloeit deze dus vooral voort uit de onvoorspelbaarheid van het risico en dat kan niet worden weggenomen door het bedrag van de aansprakelijkheid te beperken.

Hieruit volgt dat men de onverzekerbaarheid van een risico zeker niet te vlug dient aan te nemen, aangezien rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheden op de wereldmarkt die via pooling en herverzekering ook voor de 'Nederlandse' risico's ter beschikking staan. In dit verband rijst eveneens de vraag *hoe* de beschikbaarheid van verzekering dient te worden bepaald. Indien de wetgever meent maatregelen te moeten treffen omdat er sprake zou zijn van onverzekerbaarheid van risico's met een hoge verwachte schade, dient er minstens een ernstige objectieve actuariële studie naar de beschikbaarheid van verzekeringsdekking te worden uitgevoerd. Men zou daarbij de beschikbaarheid van verzekering ook kunnen afleiden uit de bereidheid van de verzekeringsmarkt om een bepaald risico te dekken. Op een competitieve verzekeringsmarkt zou dit wellicht een goed beeld geven van de beschikbaarheid van verzekering. Maar het probleem is dat juist bij de grote risico's zoals zeewater-verontreiniging door olie en nucleaire ongevallen de mededinging door de 'pooling' van risico's is uitgesloten. Het nucleaire risico wordt in Nederland verzekerd door één nucleaire verzekeringspool³⁴⁾ en olieschade wordt verzekerd door enkele grote Protection & Indemnity-Clubs³⁵⁾, waartussen geen concurrentie bestaat.³⁶⁾ Daaruit volgt dat men de verzekerbaarheid nooit kan beoordelen op grond van de beweringen van een monopolistische verze-

keraar dat verzekering voor hoge bedragen niet beschikbaar zou zijn. Dat deze informatie veelal onbetrouwbaar is, moge blijken uit het voorbeeld van de Belgische wet van 22 juli 1985 betreffende de aansprakelijkheid van de exploitant van een kerncentrale. Tijdens de commissiewerkzaamheden werd regelmatig contact opgenomen met de nucleaire verzekeringspool, Syban genaamd, om te informeren of verzekeringsdekking voor een bedrag van meer dan 4 miljard Belgische frank beschikbaar zou zijn, hetgeen door Syban steeds werd ontkend.³⁷⁾ Dat deze werkwijze weinig betrouwbaar is blijkt wel uit het feit dat voor schade aan de nucleaire installatie zelf bedragen van meer dan 40 miljard Belgische frank beschikbaar zijn. Het is onduidelijk waarom voor aansprakelijkheid tegenover derden slechts een bedrag van 4 miljard frank beschikbaar zou zijn, terwijl de schade aan de installatie zelf wel voor 40 miljard verzekerd kan worden.³⁸⁾ Uit dit voorbeeld volgt dat men onverzekerbaarheid niet kan afleiden uit beweringen van verzekeraars over de beschikbaarheid van verzekering, zeker indien er sprake is van concentratie op de verzekeringsmarkt.³⁹⁾ Er dient een onafhankelijk actuariel onderzoek te worden uitgevoerd, waarbij ook rekening dient te worden gehouden met mogelijkheden van verzekering op de wereldmarkt.

De fundamentele vraag blijft evenwel of een beperkte beschikbaarheid van verzekering (indien deze vast zou staan) dient te leiden tot een beperking van de aansprakelijkheid. Hierbij dient eraan herinnerd te worden dat het aansprakelijkheidsrecht tot doel heeft de potentiële dader ertoe aan te zetten efficiënte zorg aan te wenden. De zorg is ook gerelateerd aan de omvang van de schade waarvoor de dader aansprakelijk zal worden gesteld.⁴⁰⁾ Indien bijgevolg de aansprakelijkheid wordt beperkt zal de dader het ongeval beschouwen als een ongeval dat een schade veroorzaakt die gelijk is aan het begrensde bedrag van de aansprakelijkheid. De dader zal dan ook de zorg aanwenden teneinde te vermijden dat zich een schadegeval voordoet dat een schade veroorzaakt die gelijk is aan het beperkte bedrag van de aansprakelijkheid, en niet de zorg die noodzakelijk is om de totale schade te minimaliseren. Hieruit volgt dat een beperking van aansprakelijkheid inefficiënt is voor zover de wettelijke grens lager wordt gesteld dan de werkelijke potentiële schade. In dat geval zal de dader immers geen prikkel hebben om optimale zorg aan te wenden, zijnde de zorg die noodzakelijk is om de totale ongevalskosten (waarin begrepen de totale schade) te minimaliseren. Niet alleen leidt een beperking van aansprakelijkheid tot inefficiënties. Men kan ook argumenteren dat het vanuit rechtvaardigheidsoogpunt onwenselijk is, indien er tenminste vanuit wordt gegaan dat de integrale vergoeding van alle slachtoffers van een ongeval een eis der rechtvaardigheid is. Daaraan zal niet kunnen worden

voldaan indien de grens der aansprakelijkheid lager is dan de werkelijke schade: dan zullen hetzij niet alle slachtoffers vergoeding ontvangen, hetzij niet alle slachtoffers integraal schadeloos gesteld worden.

Een duidelijk alternatief is om de omvang van de aansprakelijkheid los te koppelen van de verzekeringsvraag.⁴¹⁾ Er is geen enkele reden waarom de (beweerde) beperkte beschikbaarheid van verzekering tot een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid zou dienen te leiden. Men kan de aansprakelijkheid van de dader onbeperkt laten, zodat zijn prikkels tot het nemen van optimale zorg niet worden aangetast. Tegelijkertijd kan de verzekeraar de beschikbaarheid van de dekking in zijn polisvoorwaarden beperken. Dat heeft als voordeel dat de potentiële dader voor het gedeelte dat niet door verzekering is gedekt zelf aansprakelijk blijft en dus positieve prikkels zal houden tot het aanwenden van zorg. Zelfs indien een verplichte aansprakelijkheidsverzekering zou worden ingevoerd dient de aansprakelijkheid nog niet te worden beperkt. Men kan dan wel een beperking van de verzekeringsplicht overwegen tot een verzekeraar bedrag, maar tegelijkertijd de aansprakelijkheid onbeperkt laten.

Samenvattend dient eerst te worden vastgesteld dat problemen van onverzekerbaarheid verzekeringseconomisch vooral worden gezien in het morele risico en de averechtse selectie en niet in de omvang van de schade, waar juristen de onverzekerbaarheid schijnen te situeren. Daarenboven moet worden opgemerkt dat men de beschikbaarheid van verzekering niet louter kan beoordelen aan de hand van beweringen van een (monopolistische) verzekeraar. Bij de beoordeling van deze vraag dient ook de beschikbaarheid van verzekering op de werkdmarkt (via pooling en herverzekering) te worden bestudeerd. Tenslotte: zelfs indien blijkt dat verzekeringsdekking slechts beperkt beschikbaar is, is dit geen argument om de aansprakelijkheid te beperken. Een begrenzing van de aansprakelijkheid zou immers zowel vanuit efficiëntie- als vanuit rechtvaardigheidsoogpunt verwerpelijk zijn.

3.2 De invoering van verplichte verzekering

a. Inleidende opmerkingen

In de rechtsleer worden vaak argumenten voor verplichte verzekering gehoord. Wat betreft de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad brengt dit mee dat de potentiële dader uitsluitend een bepaalde activiteit mag uitoefenen (bijvoorbeeld autorijden of een kerncentrale exploiteren) indien een verzekeringsdekking beschikbaar is. In hoofdstuk 2 is geargumenteerd dat verzekering een belangrijke invloed op de civiele aansprakelijkheid heeft; in deze paragraaf zal worden onderzocht of er economische argumenten

bestaan om deze beïnvloeding door middel van regulering verplicht te stellen.

Juristen zien een verplichte aansprakelijkheidsverzekering als een middel om het slachtoffer van een onrechtmatige daad vergoeding te garanderen. Het kadert zo in de tendens van juristen om het aansprakelijkheidsrecht voornamelijk als een instrument van slachtofferbescherming te zien.⁴²⁾ Verplichte aansprakelijkheidsverzekering zou een waarborg zijn voor het slachtoffer, dat steeds vergoeding ontvangt, ook bij insolventie van de schadeveroorzaker. In de economische analyse worden geheel andere voordelen van verzekering gezien. Verzekering wordt gezien als een bescherming voor een risico-averse dader. Het verwachte nut van de risico-averse dader kan worden verhoogd door het risico van hem weg te nemen en te verschuiven naar een verzekeringsmaatschappij. Het is belangrijk te beseffen dat voor de econoom verzekering een voordeel is voor de verzekerde dader, terwijl juristen aansprakelijkheidsverzekering als een middel zien om het slachtoffer te beschermen. Deze twee visies dienen niet noodzakelijk tegenstrijdig te zijn. Hoewel de grondslagen voor verzekering anders liggen, kunnen de argumenten samenvallen. Zo kan, zoals zal worden geïllustreerd, de vrees van juristen dat het slachtoffer onvergoed zal blijven ook in economische termen worden vertaald: de insolventie van de dader kan als een negatief extern effect worden gezien dat niet wordt geïnternaliseerd zonder een verzekeringsplicht. Nu zal worden ingegaan op de mogelijke economische argumenten voor verplichte verzekering.

b. De verhoging van het verwachte nut

Uitgebreide literatuur over de vraag naar verzekering toont aan dat verzekering de sociale welvaart kan verhogen door risico weg te nemen van personen die een afkeer van risico hebben.⁴³⁾ Deze voordelen van verzekering zijn onbetwist. De vraag rijst evenwel of deze voordelen zo groot zijn dat zij een invoering van een verzekeringsplicht rechtvaardigen. De vraag naar verzekering is immers afhankelijk van de mate waarin iemand een afkeer heeft van risico. De graad van risico-aversie zal dus voor elk individu verschillend zijn: het is duidelijk dat zeer welvarende personen slechts een geringe mate van risico-aversie hebben ten aanzien van wat voor hen relatief geringe risico's zijn. Zo zal Rockefeller niet sterk avers zijn om bijvoorbeeld het risico te lopen f 1000,— te verliezen, maar zal een bijstandsmoeder wel een afkeer hebben van een dergelijk risico indien dit zou betekenen dat zij daardoor in haar eerste levensbehoeften niet meer zou kunnen voorzien. Concreet volgt daaruit dat Rockefeller waarschijnlijk geen vraag naar verzekering voor het risico van verlies van f 1000,— zal hebben⁴⁴⁾, maar de bijstandsmoeder wel. Dit verklaart ook waarom sommige bedrijven voor industriële risico's uitsluitend een excess-verzekering

nemen en voor de lagere bedragen zelf het risico nemen.

Indien men nu met deze verschillen geen rekening houdt en een veralgemeende verzekeringsplicht invoert, heeft dit als nadeel dat daders die normalerwijze geen verzekeringsdekking zouden nemen omdat er geen vraag naar dekking bestaat, toch verplicht worden om verzekering aan te schaffen. Deze plicht verzekering te kopen, hoewel er geen vraag bestaat, verstoort de normale werking van de verzekeringsmarkt en heeft een negatieve invloed op de sociale welvaart omdat personen verzekering dienen aan te schaffen, hoewel dit hun verwachte nut niet verhoogt. De premie wordt immers hoger dan de actuariële waarde ervan,⁴⁵⁾ en iemand die neutraal is ten opzichte van risico zal nooit vrijwillig een premie betalen die hoger is dan de actuariële waarde van het risico. Doordat een veralgemeende verzekeringsplicht dit onderscheid tussen de verzekerden, wat betreft de vraag naar verzekering, niet maakt, wordt een sociaal verlies gecreëerd. Hieruit volgt dat het enkele feit dat verzekering het verwachte nut kan verhogen de introductie van een verzekeringsplicht niet rechtvaardigt, aangezien deze nutsverhoging niet noodzakelijk van toepassing is op elk individu dat onder de verzekeringsplicht valt. Zelfs indien vast zou staan dat verzekering voor een bepaalde groep individuen steeds het verwachte nut verhoogt, is ook dit overigens nog geen argument om verzekering verplicht te maken. In de veronderstelling dat individuen perfect geïnformeerd zijn over het risico waaraan zij zijn blootgesteld en over de beschikbaarheid van verzekering, is er geen enkele reden om door regulering de aanschaf van verzekering verplicht te stellen.

c. Verplichte aansprakelijkheidsverzekering als remedie voor de insolventie van de schadeveroorzaker

Indien een schadeveroorzaker een ongeval veroorzaakt met een schadeomvang die zijn persoonlijk vermogen overstijgt, zal de schade (of een deel daarvan) onvergoed blijven. In dit geval zal een deel van de schade op de maatschappij worden geworpen, aangezien het slachtoffer via sociale verzekeringen een vergoeding zal krijgen voor ziektekosten en compensatie voor gederfde inkomsten. Dit heeft als gevolg dat een deel van het negatieve externe effect (de schade) dat door de dader wordt veroorzaakt, niet door hem wordt geïnternaliseerd.

Dit insolventieprobleem kan worden opgelost door de dader te verplichten een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten die dekking zal verlenen aan slachtoffers, ook indien de dader insolvent zou blijken te zijn. De internalisering vindt dan plaats door de dader te verplichten *ex ante* een premie te betalen die minstens overeenkomt met het verwachte verlies. Toch rijst de vraag of deze insolventieproblemen niet met lagere kosten kunnen worden opgelost dan door een aansprakelijkheidsverzekering. In

de eerste plaats kan aan verplichte eerste-partij-verzekering worden gedacht. Dit is een systeem waarbij niet de daders, maar de slachtoffers zelf een verzekering nemen, die hen dekking verschaft voor het geval zij slachtoffer worden van een schadegeval. Een dergelijke slachtofferverzekering bestaat in de meeste West-Europese landen reeds in de vorm van een verplichte verzekering tegen ziekte en invaliditeit in het kader van de sociale zekerheid. Het voordeel van een dergelijke verzekering, waarbij het slachtoffer zelf verzekeringsdekking voor zijn verwachte schade neemt, is dat een betere aflijning van de risicogroepen mogelijk wordt. Bij slachtofferverzekering kan het slachtoffer alle informatie over het risico dat hij *zelf* vormt (bijvoorbeeld zijn leeftijd, uitgeoefend beroep, inkomsten) rechtstreeks doorgeven aan de verzekeraar. Dit laat de verzekeraar op zijn beurt toe om met deze bijzondere eigenschappen rekening te houden. Dit betekent dat hij bijvoorbeeld bij loonverzekering de lage en hoge inkomensgroepen kan scheiden en dat de premie nauwkeurig kan worden aangepast aan het risico. Op die manier kan het risico van averechtse selectie worden voorkomen. Dit ligt veel moeilijker bij aansprakelijkheidsverzekering omdat de verzekeraar dan het risico verzekert dat zijn verzekerde aansprakelijk wordt gesteld en aan een derde schadevergoeding moet betalen. In dat geval is een aflijning in nauwe risicogroepen problematisch omdat de omvang van het risico voor een groot deel wordt bepaald door het inkomen van het potentiële slachtoffer van de verzekerde dader, iets waarover de verzekeraar geen informatie heeft.

Wat betreft het voorkomen van averechtse selectie lijkt slachtofferverzekering dus de voorkeur te genieten boven aansprakelijkheidsverzekering. Nochtans kan ook slachtofferverzekering, zeker in het kader van de sociale zekerheid, niet onvoorwaardelijk worden aanbevolen. De hoge administratieve kosten en de inefficiënties die door de bureaucratie worden veroorzaakt kunnen de voordelen van slachtofferverzekering geheel of gedeeltelijk wegnemen.⁴⁶⁾ Overigens dient men zich, bij de discussie over de invoering van verplichte aansprakelijkheidsverzekering, te realiseren dat deze verplichte slachtofferverzekering via de sociale zekerheid reeds bestaat. Daarom is het veelal twijfelachtig of verplichte verzekering werkelijk iets aan de slachtofferbescherming kan toevoegen. Veelal schijnt men niet te beseffen dat zowel voor het loonverlies als voor de medische kosten reeds verplichte verzekering bestaat, zodat het onduidelijk is voor welke schade het slachtoffer nog door de verplichte verzekering beschermd dient te worden. Vaak blijft uitsluitend de zogenaamde 'morele schade' onvergoed, maar het is de vraag of het gerechtvaardigd is om uitsluitend voor deze schade een systeem van verlichte verzekering in te voeren.⁴⁷⁾ Het enige effect van de invoering van een verzekeringsplicht is veelal dat de gesubrogeerde sociale verzekeraar zich in een subrogatoire vordering

richt tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar. Dit dient men zich steeds te realiseren indien men de invoering van verplichte aansprakelijkheidsverzekering overweegt.

Een *tweede* alternatief vormt de vergoeding van slachtoffers door een schadefonds. Een dergelijk fonds kan gevoed worden door heffingen op de potentiële schadeveroorzakers. Het fonds keert uitsluitend uit indien de schadeveroorzaker insolvelabel blijkt te zijn en niet bij elk schadegeval, zoals bij verplichte verzekering het geval is. Een dergelijk schadefonds lijkt verschillende voordelen te hebben boven een aansprakelijkheidsverzekering. Een schadefonds grijpt uitsluitend in wanneer de dader *ex post* insolvelabel blijkt te zijn. Daardoor blijft de prikkelwerking die van aansprakelijkheidsregels uitgaat bewaard en keert het fonds slechts in uitzonderlijke gevallen uit. Dit heeft enerzijds als pluspunt dat het morele risico, dat bij aansprakelijkheidsverzekering steeds een probleem vormt, niet speelt en anderzijds dat de administratieve kosten van een fonds lager kunnen zijn dan de kosten van het verzekeringsapparaat, dat immers bij elk schadegeval uitkeert. Ook kan door een fonds het hierboven beschreven welvaartsverlies, dat ontstaat bij een veralgemeende verzekeringsplicht, worden vermeden. Bij verplichte verzekering wordt immers iedereen die een bepaalde activiteit uitoefent verplicht verzekeringsdekking te nemen, of dit nu zijn verwacht nut verhoogt of niet. Bij een schadefonds dienen weliswaar alle potentiële schadeveroorzakers door een heffing te betalen bij te dragen aan het fonds, maar dit veroorzaakt voor de risico-neutrale schadeveroorzaker een geringer nutsverlies dan de verzekeringspremie. Omdat het fonds uitsluitend dient uit te keren voor de gevallen van insolventie zal de bijdrage aan het fonds veel geringer zijn dan de premie onder verplichte verzekering, zodat het nutsverlies ook geringer is. Overigens kan, ook bij een schadefonds de schadeveroorzaker nog steeds verzekeringsdekking nemen, rekening houdend met zijn graad van risico-aversie en de daaraan gekoppelde geïndividualiseerde vraag naar verzekering.

Samenvattend: Verplichte aansprakelijkheidsverzekering kan een aangewezen middel zijn om de insolventie-externaliteit op te lossen, maar er zijn andere mechanismen beschikbaar om dit probleem op te lossen met lagere kosten.

d. Informatieproblemen

Informatieproblemen worden vaak naar voren geschoven als grond voor een regulerend ingrijpen in de werking van het marktsysteem.⁴⁶⁾ Dit informatietekort kan aan de hand van twee verschillende aspecten worden bestudeerd. In de eerste plaats rijst de vraag of de dader steeds over voldoende

de informatie beschikt om zijn vraag naar verzekering te kunnen beoordelen. In de tweede plaats rijst de vraag of de informationele asymmetrie tussen verzekeraar en verzekerde efficiënte uitkomsten belet.

Opdat de potentiële schadeveroorzaker zijn nut zou kunnen maximaliseren dient hij over informatie te beschikken betreffende zijn blootstelling aan risico en betreffende de beschikbaarheid van verzekering. Dit zal hem toelaten om op een efficiënte wijze te beslissen over de noodzaak een aansprakelijkheidsverzekering aan te schaffen. Indien deze informatie onvolledig is, wordt zijn beslissingsproces negatief beïnvloed. Zo zou bijvoorbeeld een onderschatting van het risico ertoe kunnen leiden dat hij beslist om geen verzekeringsdekking te nemen, hoewel dit zijn verwachte nut zou verhogen. Teneinde dit te verhelpen, zou de wetgever kunnen beslissen om verzekering verplicht te stellen. Dit informatieprobleem, tegelijk met het hoger vermelde insolventieprobleem, is vermoedelijk een grondslag voor de invoering van een veralgemeende verzekeringsplicht voor aansprakelijkheid voor motorvoertuigen in West Europa, al heeft het slachtofferbeschermingsargument natuurlijk ook een belangrijke rol gespeeld. Inderdaad: wellicht onderschat de gemiddelde autobestuurder het risico dat hij een ongeval met hoge schade veroorzaakt en wellicht zal in vele gevallen de schade hoger zijn dan zijn individuele vermogen, zodat een insolventierisico reëel is. Maar ook dan blijft gelden dat dit insolventierisico met lagere kosten dan door de invoering van een verplicht aansprakelijkheidsverzekeringssysteem kan worden geholpen. Overigens is het voor de wetgever moeilijk te beoordelen of de gemiddelde schadeveroorzaker inderdaad slecht geïnformeerd is over het ongevalsrisico. Indien vast zou staan dat de schadeveroorzakers wel goed geïnformeerd zijn en de wetgever niettemin een verzekeringsplicht zou invoeren 'voor hun eigen bestwil', kan dit alleen als een maatregel van paternalistische aard worden gezien.

Hierboven werd reeds vermeld dat het probleem der averechtse selectie veroorzaakt wordt doordat de verzekerden wel weten of zij een goed of een slecht risico vormen, maar de verzekeraars niet. Daarom kan ook alleen de verzekerde beoordelen of hij er belang bij heeft om de verzekeringsgroep te verlaten. Nu kan men geneigd zijn te denken dat averechtse selectie kan worden opgelost door verzekering verplicht te maken. Dit heeft evenwel als nadeel dat dan precies verzekerden verplicht worden om verzekering aan te schaffen, terwijl dit hun nut niet verhoogt. Daarentegen hebben vooraanstaande verzekeringseconomen voorgesteld om, indien de overheid de informatie over het ongevalsrisico met lagere kosten kan verzamelen dan de verzekeraars, de overheid zelf de verzekering te laten verstrekken.⁴⁹⁾ Opvallend is dus dat in de literatuur de informatiekos-

ten die bij averechtse selectie ontstaan als een argument worden gezien om, onder omstandigheden, de overheid de informatie te laten verschaffen, maar niet om een slecht werkend privaat verzekeringssysteem verplicht te stellen.

e. Verdere verfijningen

Tot nu toe werd vastgesteld dat verplichte verzekering weliswaar behulpzaam kan zijn om insolventie- en informatieproblemen op te lossen, maar dat in de eerste plaats het nadeel bestaat dat een welvaartsverlies ontstaat doordat verzekering verplicht wordt gesteld, ook indien dit het verwachte nut van de dader niet verhoogt en, in de tweede plaats, andere mechanismen voorhanden zijn om het insolventierisico aan lagere kosten te verhelpen. Er zijn twee verdere problemen die de wenselijkheid van verplichte verzekering beperken.

In de eerste plaats blijft bij verzekering het morele risico steeds om de hoek loeren. Er zijn twee mogelijke reacties om dit morele risico in te dammen: de verzekeraar kan ofwel het gedrag van zijn verzekerde controleren en de premie daaraan aanpassen ofwel zijn verzekerde gedeeltelijk blootstellen aan risico (bijvoorbeeld door de dekking te beperken of door een 'eigen risico' in te voeren).⁵⁰⁾ Dit laatste wordt nu vaak beperkt door de wetgeving die verplichte verzekering instelt. Dit heeft als gevolg dat het morele risico uitsluitend beperkt wordt door de controle die de verzekeraar uitoefent. Indien nu deze controle niet doelmatig wordt uitgeoefend,⁵¹⁾ heeft dit als gevolg dat het morele risico blijft bestaan. Wanneer het morele risico blijft bestaan, is het gevolg dat het verplicht maken van dit systeem uitsluitend negatieve effecten heeft omdat het het ongevalsrisico zal verhogen: dat is immers precies het effect van het morele risico. Shavell gaat zelfs zo ver te stellen dat indien een moreel risico blijft bestaan en de wetgever enig regulerend ingrijpen met betrekking tot verzekering wenst uit te voeren, dit slechts kan bestaan in het *verbieden* van de verzekering.⁵²⁾ Het verplicht stellen van verzekering indien het morele risico niet kan worden beperkt, is dus totaal uitgesloten.

Ook werd tot nu toe verondersteld dat de verzekeringsmarkten competitief waren. In de realiteit blijkt evenwel dat de mededinging op de verzekeringsmarkt zeer vaak wordt beperkt.⁵³⁾ Op Europees vlak hebben de verzekeraars regelmatig geargumenteed dat zij van de toepassing van het EEG-mededingingsrecht uitgesloten dienen te worden. En schijnbaar met succes, want er ligt thans een ontwerp-verordening betreffende een groepsvrijstelling voor verzekeringen voor.⁵⁴⁾ Indien er nu geen mededinging op de markt bestaat heeft dit als gevolg dat de premies veel hoger zul-

len zijn dan de verwachte actuariële premie. Door de monopolistische prijsbepaling zal de premie veel hoger zijn dan wat de nutsmaximaliserende verzekerde zou willen betalen. Indien dit het geval is nemen de nadelen van verplichte verzekering alleen maar toe, omdat de premie nu de actuariële premie nog veel sterker zal overstijgen. Dit betekent dat, indien verzekering op een monopolistische verzekeringsmarkt verplicht wordt gemaakt, de inefficiënties alleen maar zullen toenemen en dit een ernstig welvaartsverlies zal betekenen. Dit dient men zich steeds te realiseren indien in Westeuropese rechtsstelsels de invoering van verplichte verzekering wordt overwogen, gelet op de sterke mate van concentratie op de verzekeringsmarkten in de meeste Westeuropese landen.⁵⁵⁾

De concentratie op de verzekeringsmarkt heeft niet slechts negatieve effecten voor wat de risicospreidende functie van verzekering betreft. Het heeft ook een negatieve invloed op de prikkels van de verzekeraar om het gedrag van de verzekerde te controleren teneinde het morele risico in te dammen. Een monopolistische verzekeraar maakt hogere winsten via zijn premie-inkomen en heeft daarom onvoldoende prikkels om tot een nauwkeurige aflijning van de risicogroepen te komen. Empirische studies over de concentratie op de Duitse verzekeringsmarkt hebben dan ook aangetoond dat in de Duitse Bondsrepubliek het ongevallenniveau hoger ligt dan op markten met meer mededinging, zoals bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk.⁵⁶⁾

Hieruit volgt dat verzekering inefficiënt is indien er een hoge concentratie op de verzekeringsmarkt bestaat en dat het verplicht maken van verzekering in een dergelijk geval tot een welvaartsverlies kan leiden. Deze algemene uitspraak dient evenwel te worden genuanceerd: een beperking van de mededinging kan noodzakelijk zijn omdat vele kleine verzekeraars wellicht niet de mogelijkheid hebben om zeer grote risico's te dekken. Indien dan afspraken over gemeenschappelijke dekking verboden zouden worden, zou voor bepaalde risico's in het geheel geen dekking beschikbaar zijn, wegens de te geringe capaciteit van elke individuele verzekeraar. Daarom dient pooling van risico's te worden toegelaten omdat dit juist concurrentiebevorderend kan werken: indien enkele kleinere verzekeraars de gelegenheid krijgen om samen één soort risico te dekken kunnen zij weer concurreren met grotere verzekeringsmaatschappijen. Pooling van risico kan daarom het verzekeringsaanbod en tegelijk de mededinging op de verzekeringsmarkt bevorderen.⁵⁷⁾ Een voorwaarde is wel dat de concurrentiebeperkingen die met de pooling gepaard gaan inderdaad leiden tot mededinging op een hoger niveau; de mededingingsbeperking is niet verantwoord indien deze uiteindelijk de verbruikers niet ten goede komt in de vorm van een ruimer verzekeringsaanbod en concurrentiële premies. Ook zou geargumenteed kunnen worden dat concurrentiebeperking op

de verzekeringsmarkt noodzakelijk is, juist om te garanderen dat het morele risico wordt gecontroleerd. Indien er immers scherpe prijsconcurrentie op de verzekeringsmarkt zou bestaan en verzekeraars over een gering eigen vermogen zouden beschikken, zouden zij geen prikkel meer hebben om het morele risico adequaat te controleren en elk risico verzekeren om hun plaats op de markt te vrijwaren. Maar deze argumentatie kan nooit bijkomende individuele concurrentiebeperkingen rechtvaardigen aangezien in bijna alle Westeuropese landen voor vele verzekeringstakken premieregulering bestaat, terwijl vereisten inzake het minimumkapitaal dienen te garanderen dat verzekeraars hun verplichtingen kunnen nakomen.

3.3 De invloed van verzekering verklaard vanuit de belangengroepentheorie

a. Inleidende opmerkingen

In 3.1 werd uiteengezet dat er, rechtseconomisch gezien, weinig argumenten zijn om op grond van de (beweerde) onverzekerbaarheid van een bepaald risico de omvang van de aansprakelijkheid te beperken. In 3.2 werd geargumenteed dat er betere alternatieven zijn om het insolventierisico te verhelpen dan door de invoering van een verzekeringsplicht; ook werd aangetoond dat een dergelijke verzekeringsplicht zeker problematisch voorkomt indien er een te hoge concentratie is op de verzekeringsmarkt.

Nochtans kan worden vastgesteld dat vele rechtsstelsels een beperking van aansprakelijkheid voor bepaalde risico's invoeren en dat evenzeer verplichte verzekering wordt ingevoerd op geconcentreerde verzekeringsmarkten, waar dus verwacht kan worden dat zulks tot een welvaartsverlies zal leiden. In deze paragraaf zal een verklaring worden gezocht voor het feit dat de wetgever in sommige gevallen de voorkeur geeft aan de invoering van inefficiënte wetgeving, die tot verspilling van resources leidt.

b. De belangengroepentheorie in hoofdlijnen

Economen die tot de school van de 'Public Choice' worden gerekend, hebben veel aandacht besteed aan de rol die belangengroepen spelen bij de totstandkoming van wetgeving.⁵⁸⁾ In deze 'Public Choice'-benadering worden micro-economische modellen gebruikt ter verklaring van reguleringsprocessen.⁵⁹⁾ Ook in deze benadering staat de *homo economicus* centraal; alleen wordt nu de regelgever zelf als economisch wezen bestudeerd. Men gaat er van uit dat ook politici nutsmaximalisatie nastreven. Dit verklaart waarom politici vooral reguleringen tot stand zullen brengen die voordelen toekennen aan politiek belangrijke groeperingen, die op hun

beurt de politici steunen door het verlenen van politieke macht. In deze visie wordt de politicus niet langer gezien als iemand die het 'algemeen belang' nastreeft, maar als een nutsmaximaliseerder die voornamelijk regulering zal uitvaardigen die zijn eigen belangen maximaliseren. In de 'Public Choice' literatuur wordt het gedrag van de politici zelf tot voorwerp van onderzoek gemaakt en wordt bestudeerd of het dienen van belangengroepen kan verklaren waarom de overheid veelal verzuimt bij haar taak het 'algemeen belang' te dienen.⁶⁰⁾ Regulering wordt in deze visie verklaard als het resultaat van vraag en aanbod op een politieke markt. Aan de vraagzijde bevinden zich verscheidene belangengroepen die voor hen gunstige regulering vragen. Aan de aanbodzijde treden politici op die hun eigen nut willen maximaliseren. Dit realiseren zij door reguleringen uit te vaardigen ten gunste van belangengroepen die hen steunen, bijvoorbeeld door directe stemmenwinst of door actieve steun bij verkiezingspropaganda.

De vraag rijst natuurlijk hoe politici er in een democratie in kunnen slagen hun eigen nut te maximaliseren door voordelen toe te kennen aan belangengroepen. Dit is voor een groot deel te wijten aan *informatiekosten*, zijnde de uitgaven die een individu moet doen om te achterhalen wat de impact is van een bepaalde wettelijke regeling op zijn welvaart. Precies door dit informatietekort wordt het welvaartsverlies dat ontstaat door belangengroepen te bevoordelen veelal niet eens bemerkt. Zo zal een individuele consument niet kunnen nagaan wat de weerslag is van een wijziging in het economisch recht (bijvoorbeeld invoeren van vestigingsvergunningen) op zijn individuele welvaart. Vaak verkopen de politici een wetgeving die belangengroepen bevoordeelt ook als een voordeel voor het grote publiek. Dit is vaak het geval met reguleringen die onder de noemer 'consumentenbescherming' of 'slachtofferbescherming' worden gepresenteerd.⁶¹⁾ Het succes van een belangengroep is ook afhankelijk van de hoogte van de transactiekosten, zijnde de kosten die gemaakt moeten worden om individuen bijeen te brengen om een gemeenschappelijk belang politiek te verdedigen. Alleen indien een groep relatief lage transactiekosten heeft zal zij erin slagen voordelen op te strijken door middel van regulering ten nadele van het grote publiek dat niet is georganiseerd. Overigens bemerkt het grote publiek de welvaartsoverdracht naar de belangengroepen niet omdat het welvaartsverlies over de hele groep wordt verspreid.

Hieruit volgt dat de belangengroepen de politici naar hun hand zullen weten te zetten indien de belangengroep goed georganiseerd is en zij met de regulering een duidelijk doel nastreeft waarover overeenstemming bestaat. Dan zullen de transactiekosten immers laag zijn.⁶²⁾ Indien de informatiekosten voor het publiek om de welvaartsoverdracht naar de belan-

gengroep te herkennen bovendien hoog zijn, zijn de ideale voorwaarden voor een belangengroepenregulering gecreëerd.

c. De invloed van belangengroepen bij verzekeringsregulering

In 3.1 werd reeds aangegeven dat de belangengroep der verzekeraars door de wetgever vaak wordt gehoord over de verzekeraarbaarheid van bepaalde risico's. Uit de parlementaire voorbereiding van de Belgische wet van 22 juli 1985 betreffende de aansprakelijkheid van de exploitant van een kerncentrale blijkt duidelijk dat de politici met de wensen van de nucleaire industrie en hun verzekeraars rekening hebben gehouden. Om de vraag te beantwoorden welk bedrag verzekeraar zou zijn, merkte de minister uitdrukkelijk op dat eerst bij de monopolistische verzekeraar van het nucleaire risico navraag diende te worden gedaan of een hoger bedrag wel verzekeraar zou zijn. Na een ontkennend antwoord dienaangaande van Syban, stemde de (toenmalige) christen-democratische/liberale meerderheid tegen een verhoging van de aansprakelijkheidsgrens.

Overigens werd zowel door de nucleaire industrie als door de verzekeraars druk uitgeoefend om het bedrag der aansprakelijkheid van de exploitant van een kerncentrale te beperken. Dat het in het belang van de nucleaire industrie is om hun aansprakelijkheid te beperken lijkt evident: ook een aansprakelijkheidsbeperking kan gezien worden als een welvaartsoverdracht naar de nucleaire industrie ten nadele van de potentiële slachtoffers van een kernramp (het publiek in het algemeen). Op het eerste gezicht kan het evenwel vreemd lijken dat de nucleaire industrie in dit streven werd gesteund door hun verzekeraar, aangezien daardoor ook de vraag naar verzekering vermindert en, zo zou men denken, het premie-inkomen van de verzekeraar. Ons werd door makelaars medegedeeld dat een verzekeraar van het nucleaire risico de voorkeur geeft aan de dekking van zaakschade in plaats van aansprakelijkheid.⁶³⁾ Een verklaring daarvoor kan het feit zijn dat de administratieve kosten van de behandeling van claims bij aansprakelijkheidsverzekering veel hoger kunnen zijn dan bij zaakschadeverzekering. Dit verklaart wellicht waarom de verzekeraar de nucleaire industrie steunde bij het pleidooi voor een beperking van de omvang van de aansprakelijkheid.

Dit Belgische voorbeeld maakt ook duidelijk dat het succes van de belangengroepen voorspelbaar was op grond van de aangegeven theoretische uitgangspunten. In de eerste plaats is de nucleaire industrie, door gebrek aan competitie, beperkt tot een aantal ondernemingen die eenzelfde duidelijk belang verdedigen. Er is ook slechts één verzekeraar van het nucleaire risico. Daardoor zijn de transactiekosten voor de groep, om een gemeenschappelijk belang bij de overheid te kunnen verdedigen, relatief laag. Daarenboven zijn de informatiekosten voor het publiek om te ach-

terhalen dat door deze regulering een welvaartsoverdracht naar de belangengroepen wordt gerealiseerd prohibitief hoog. De ingevoerde regulering is immers zeer ingewikkeld omdat een aantal schijnbare voordelen voor de slachtoffers worden ingevoerd, zoals objectieve aansprakelijkheid en verplichte verzekering. Slechts na een grondige analyse van de ingevoerde regulering realiseert men zich dat de situatie van het slachtoffer *in globo* niet wordt verbeterd.⁶⁴⁾

Overigens kan ook op meer gebieden van het ongevallenrecht de invloed van de verzekeringswereld als lobbygroep worden opgemerkt. De voor de hand liggende redenen voor het voorspelbare succes van de verzekeraars als belangengroep werden reeds gegeven: de verzekeraars zijn (ook in Nederland⁶⁵⁾ goed georganiseerd, zodat zij bij de lobbying lage transactiekosten ondervinden. Bovendien beschikken zij over een informatievoordeel tegenover het publiek én ten opzichte van de overheid. De politici vertrouwen vaak immers blindelings op de informatie die door de verzekeraars wordt verstrekt over — bijvoorbeeld — de verzekeraarbaarheid van een bepaald risico.⁶⁶⁾ Deze beïnvloeding kan ook een verklaring bieden voor het feit dat verplichte verzekering in de wetgeving ook kan worden aangetroffen in gevallen waarin dit niet efficiënt blijkt te zijn, overeenkomstig de in 3.2 gegeven criteria. Het is bijvoorbeeld merkwaardig dat verplichte aansprakelijkheidsverzekering ook wordt ingevoerd in gevallen waarin duidelijk andere mechanismen voorhanden zijn om het insolventierisico tegemoet te treden met lagere kosten, zoals eerste-partij-verzekering. Ook werd aangegeven dat het gebruik van een schadefonds vanuit efficiëntie-oogpunt relatieve voordelen heeft ten opzichte van verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Nochtans treft men deze fondsen in de wetgeving veel minder vaak aan dan verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Hier biedt de belangengroepentheorie wellicht een verklaring: bij een schadefonds wordt de traditionele verzekeringsmarkt gepasseerd en zou een belangrijk deel van het risico niet meer via de private verzekeringsmarkt, maar via een verplichte bijdrage aan een schadefonds worden gedekt. Het beheer van deze schadefondsen berust doorgaans bij de overheid. Men kan dus weinig enthousiasme van verzekeraars voor dergelijke schadefondsen verwachten. In dit verband merken van Empel en Ritsema op dat tijdens de voorbereiding van de Europese Richtlijn Produktaansprakelijkheid eveneens de invoering van een compensatiefonds als alternatief voor producentenaansprakelijkheid werd overwogen. De verzekeraars verzetten zich daar evenwel tegen en toonden zich, uit vrees een belangrijk marktsegment te verliezen, voorstander van individuele producentenaansprakelijkheid als vergoedingsbron voor slachtoffers van produktschade.⁶⁷⁾ Hun stem is blijkbaar gehoord want de aansprakelijkheid

van de producent vormt de grondslag van de Richtlijn.⁶⁸⁾

Overigens valt het op dat, indien men in de wetgeving een compensatiefonds invoert, dit bijna steeds wordt gecombineerd met een vorm van verplichte verzekering.⁶⁹⁾ Daardoor lijkt als het ware een garantie te zijn geboden dat ook bij de invoering van een schadefonds in die gevallen de rol van de verzekeraars gewaarborgd blijft. Men mag immers niet vergeten dat verplichte verzekering voor verzekeraars een ideale manier is om een vraag naar het verzekeringsprodukt bij wet te waarborgen. In België kent men thans 46 gevallen van verplichte verzekering en een zeer sterke concentratie op de verzekeringsmarkt. Daardoor kan de concurrentie aan de aanbodzijde worden uitgesloten en bovendien door monopolistische prijszetting de hoogte van de premies worden bepaald. Elders hebben wij betoogd dat het invoeren van verplichte verzekering in een dergelijk geval in het geheel niet de slachtoffers beschermt, maar uitsluitend de verzekeraars die door verplichte aanschaf van verzekering een bij wet gegarandeerde vraag naar verzekering krijgen.⁷⁰⁾

4. De invloed van verzekering op de rechtspraak

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre verzekeringsvragen de aansprakelijkheidsbepaling in de jurisprudentie (dienen te) beïnvloeden. In de eerste paragraaf zal aandacht worden besteed aan de tendens in de jurisprudentie om in een ongevalssituatie één van beide partijen aansprakelijk te stellen omdat deze zich het beste zou hebben kunnen verzekeren (4.1). In de tweede paragraaf zal aandacht worden besteed aan een tendens in de jurisprudentie om het verzekerd zijn van één van de partijen als grondslag te nemen voor een aansprakelijkheidsstelling (4.2). Ten slotte zal de rol van verzekering bij de contractuele aansprakelijkheid worden bestudeerd (4.3).

4.1 De invloed van de verzekerbareheid op de aansprakelijkheidsvraag

In sommige jurisprudentie en bij sommige auteurs⁷¹⁾ is geargumenteed dat bij de aansprakelijkheidsbepaling rekening dient te worden gehouden met de verzekerbareheid van het risico. Dit vindt soms zijn weerslag in de overweging dat de rechter die partij aansprakelijk dient te stellen die met de laagste kosten verzekeringsdekking kan nemen. Deze partij zou de partij zijn die zich het goedkoopste kan verzekeren ('the cheapest insurer') en de taak van de rechter zou er nog slechts in bestaan om te bepalen welke partij in een ongevalssituatie 'the cheapest insurer' is om die vervolgens ook aansprakelijk te stellen voor het ongeval.⁷²⁾ In deze situatie wordt de partij die zich beter kan verzekeren aansprakelijk gesteld, ook al had hij in

het concrete geval geen verzekeringsdekking genomen. Omdat hij zich beter kan verzekeren, moet hij zich ook maar verzekeren, zo luidt de argumentatie. Dit beginsel wordt ook aangeduid als 'assurabilité oblige'.⁷³⁾ Blijkbaar kunnen ook enkele rechtseconomen niet aan de verleiding weerstaan om deze op het eerste gezicht aantrekkelijke oplossing te kiezen, namelijk om die partij aansprakelijk te stellen die zich heeft verzekerd. Zo betoogde Holzhauser onlangs: 'Het is echter ook mogelijk om te kijken naar de verzekerbareheid van een dergelijk risico. Als de fabriek een verzekering heeft afgesloten tegen dergelijke calamiteiten dan pleit dat er voor om het bedrijf dat de graafmachine exploiteert niet aansprakelijk te stellen. De vraag waar het om draait is dan wie zich het gemakkelijkst (goedkoopst, meest efficiënt) tegen een dergelijk risico kan verzekeren,' en verder: 'Het is economisch efficiënt een zo duidelijk mogelijke risicoafbakening te scheppen. Betrokkenen kunnen en zullen zich daarop instellen, door middel van verzekering en doorberekening: de contractprijs zal worden beïnvloed door de regeling die partijen treffen inzake verzekering. Daarmee wordt het — zoals hiervoor aangegeven — van belang welke partij zulks het goedkoopst kan doen. In het algemeen zal dat degene zijn die het verlies moet dragen.'⁷⁴⁾

In sommige gevallen krijgt dit verzekerbareheidsargument een andere vorm: dan wordt een voorkeur voor een welbepaalde aansprakelijkheidsregel uitgesproken op basis van de betere geschiktheid van de dader of het slachtoffer om zich te verzekeren. Wat betreft de aard van de verzekeringsdekking die zal worden genomen bestaat inderdaad een belangrijk verschil tussen schuld-aansprakelijkheid en risico-aansprakelijkheid. Het slachtoffer, dat een afkeer van risico heeft, zal een eerste-partij-verzekering nemen: een schadeverzekering of een ziekteverzekering. De dader, die een afkeer van risico heeft, zal daarentegen een aansprakelijkheidsverzekering nemen. Het slachtoffer zal geen verzekering nemen, omdat hij door de werking van de risico-aansprakelijkheidsregel altijd volledige vergoeding zal ontvangen van de dader. Bij risico-aansprakelijkheid worden de slachtoffers, die een afkeer van risico hebben, als het ware door de dader verzekerd. Bij schuld-aansprakelijkheid, zo werd in Hoofdstuk 1 geargumenteed, zal de dader de in het recht vereiste betamelijke zorg aanwenden teneinde te vermijden dat hij aansprakelijk wordt gesteld. De rationele dader zal dan ook geen aansprakelijkheidsverzekering afsluiten⁷⁶⁾ omdat hij door het uitoefenen van betamelijke zorg kan vermijden dat hij het slachtoffer schadeloos dient te stellen. Slachtoffers zullen in deze situatie steeds hun eigen schade moeten dragen. Als zij een afkeer van risico hebben zullen zij een eerste-partij-verzekering afsluiten. Hieruit volgt dat een risico-aansprakelijkheid ertoe zal leiden dat daders, die een

afkeer van risico hebben, een aansprakelijkheidsverzekering zullen afsluiten, terwijl schuldaansprakelijkheid ertoe zal leiden dat slachtoffers, die een afkeer van risico hebben, een eerste-partij verzekering zullen afsluiten.

Wat volgt hier nu uit voor de verzekeraarheidsvraag? Sommigen pleiten voor aansprakelijkheidsverzekering omdat dit een besparing van transactiekosten op zou leveren. Op deze grondslag wordt bijvoorbeeld ten aanzien van produktaansprakelijkheid geargumenteed dat risico-aansprakelijkheid uit hoofde van de fabrikant aangewezen is, omdat deze zich dan zal verzekeren. Een schuldaansprakelijkheid zou ertoe leiden dat elke consument verzekeringsdekking zou nemen. Dit zou inefficiënt zijn omdat elke consument dan separaat een contract zou moeten sluiten met een verzekeraar en daardoor zouden de transactiekosten te hoog oplopen.⁷⁷⁾

Wat valt er rechtseconomisch over dit verzekeraarheidsargument te zeggen? In de eerste plaats lijkt het voor een rechter onmogelijk om in een concrete ongevalssituatie de partij te zoeken die zich had kunnen verzekeren met de laagste kosten (the cheapest insurer) om deze vervolgens aansprakelijk te stellen. Hierbij dient immers voor ogen te worden gehouden dat de rechter steeds moet nagaan of alle partijen efficiënte zorg hebben nageleefd om vervolgens de dader aansprakelijk te stellen indien deze de efficiënte zorg niet heeft nageleefd (of deze steeds aansprakelijk stellen indien een risico-aansprakelijkheid zou worden toegepast). De aansprakelijkheidsstelling dient immers alle betrokkenen in een ongevalssituatie prikkels te geven om efficiënte zorg aan te wenden en dit streven lijkt men niet voorop te stellen indien er slechts naar de 'cheapest insurer' wordt gezocht. Daar komt bij dat het vanuit efficiëntie- en rechtvaardigheidsoogpunt merkwaardig lijkt om een partij aansprakelijk te stellen, alleen omdat de rechter oordeelt dat hij in een concreet geval in de beste positie verkeerde om zich te verzekeren. Het is overigens de vraag hoe een rechter in concreto *ex post* kan beoordelen welke partij zich beter kan verzekeren. Veelal zal dit oordeel niet op een actuariële studie worden gebaseerd, maar uitdraaien op de aansprakelijkheidsstelling van de werkgever, de producent, het bedrijf, dat schade veroorzaakte aan een 'onschuldig slachtoffer'.

Dit brengt ons bij het argument van Lehmann dat in het algemeen producenten objectief aansprakelijk dienen te zijn zodat zij zich beter zouden kunnen verzekeren dan de consumenten.⁷⁸⁾ Daarbij wordt uit het oog verloren dat reeds een veralgemeende verzekering tegen loonverlies en ziekte wordt geboden via de sociale zekerheid en aanvullende vrije verzekeringen, zodat dergelijke polissen wel degelijk op de markt beschikbaar zijn. Lehmann suggereert dat elk slachtoffer een nieuwe polis zou moeten af

sluiten voor elk nieuw risico.⁷⁹⁾ De facto bestaan natuurlijk ziekteverzekeringen die potentiële slachtoffers alomvattend voor een groot aantal verschillende risico's verlenen. Het is helemaal niet overtuigend aangetoond dat de transactiekosten bij aansprakelijkheidsverzekering door daders lager zouden zijn dan bij een eerste-partij-verzekering door slachtoffers.⁸⁰⁾ In dit verband kan ook het eerder vermelde onderzoek van Priest worden aangehaald, waaruit juist het tegendeel bleek. Eerste-partij-verzekering brengt mee dat slachtoffers hun eigen schade rechtstreeks verzekeren, hetgeen een engere aflijning van risicogroepen mogelijk maakt. Omdat het slachtoffer zelf informatie heeft over zijn individuele kenmerken, die het risico beïnvloeden, kan de premie aan zijn individuele toestand worden aangepast en kunnen kleine risicogroepen worden gevormd, waardoor het risico van averechtse selectie kan worden vermeden. Bij aansprakelijkheidsverzekering daarentegen verzekert men niet de eigen schade van de dader, maar het risico dat hij aansprakelijk zal worden gesteld en aan derden schadevergoeding dient te betalen. Of deze derde, aan wie bijvoorbeeld loonverlies betaald zal moeten worden, rijk of arm is en of het dus om een goed of een slecht risico gaat, is voor de verzekeraar onvoorspelbaar. Dit brengt mee dat de risicogroep te breed wordt, dat wil zeggen dat de goede en slechte risico's samen gegroepeerd worden, waardoor het risico van averechtse selectie opduikt. Precies deze averechtse selectie kan onverzekeraarheid veroorzaken.

Indien men dus met de verzekeraarheid van het risico rekening zou willen houden is dit een argument vóór de schuldaansprakelijkheid en tegen de risico-aansprakelijkheid en niet andersom, zoals soms wel eens wordt beweerd. Schuldaansprakelijkheid zal er immers toe leiden dat slachtoffers een eerste-partij-verzekering nemen, hetgeen een betere aflijning van risicogroepen toelaat dan bij de aansprakelijkheidsverzekering die daders zullen nemen bij risico-aansprakelijkheid. Hieruit blijkt dat een ondoordachte redenering zoals het aansprakelijk stellen van daders/producenten, omdat zij zich beter zouden kunnen verzekeren, gebaseerd is op onjuiste ideeën over verzekeraarheid en bovendien juist averechts kan werken; door de averechtse selectie kan namelijk een beperking van de beschikbaarheid van verzekering optreden.

4.2 De invloed van het verzekerd zijn op de aansprakelijkheidsvraag

In deze situatie gaat men nog een stap verder aangezien de aansprakelijkheid niet wordt bepaald op grond van de betere verzekeraarheid van een der partijen, maar uitsluitend op basis van het verzekerd zijn van een van de partijen. In dit geval wordt de aansprakelijkheidsvraag omzeild door de partij die zich verzekerd heeft tot schadeloosstelling te verplichten.

Dit kan als 'assurance oblige' worden aangeduid.

Deze invloed van verzekering op het verbintenissen- en aansprakelijkheidsrecht is reeds herhaaldelijk door juristen bestudeerd.⁸¹⁾ Volgens sommige auteurs wordt door de jurisprudentie minstens stilzwijgend, maar een enkele keer zelfs uitdrukkelijk, rekening gehouden met de beschikbaarheid van verzekering bij het bepalen van de aansprakelijkheidsvraag.⁸²⁾ Rechters zouden er bijvoorbeeld toe geneigd zijn om bij de keuze tussen een verzekerde automobilist en een onverzekerde voetganger, de automobilist aansprakelijk te stellen, zodat de verzekeraar moet betalen, ook al staat de schuld van de automobilist niet duidelijk vast. De achterliggende idee is duidelijk een herverdeling, waarbij het 'onschuldige slachtoffer' wordt beschermd ten koste van de 'rijke' verzekeraar.⁸³⁾

Nochtans kunnen er tegen deze tendens, om bij de aansprakelijkheidsbepaling in een concrete ongevalssituatie rekening te houden met de verzekeringsvraag, vanuit efficiëntie-oogpunt bezwaren worden geformuleerd. Overigens zal eveneens worden aangetoond dat deze tendens die op rechtvaardigheidsgronden wordt verdedigd ('de rijke verzekeraar moet het arme slachtoffer betalen') ook vanuit rechtvaardigheidsoogpunt problematisch is.⁸⁴⁾

a. In de eerste plaats is de tendens om een verzekerde automatisch aansprakelijk te stellen problematisch omdat dit de invloed van een aansprakelijkheidsstelling op de prikkels tot het nemen van zorg miskent. Indien een niet-verzekerde weet dat hij, indien hij in een ongeval met een verzekerde wordt betrokken, steeds integraal schadeloos gesteld kan worden, zal hij geen prikkel hebben om zelf de efficiënte zorg aan te wenden. In Hoofdstuk 1 werd uiteengezet dat het ongevalsrisico verminderd kan worden door *beide* partijen A en B efficiënte zorg te laten aanwenden. Indien nu het slachtoffer A weet dat hij steeds vergoed zal worden indien de dader B is verzekerd, zal A niet de efficiënte zorg x^* aanwenden, maar minder dan de efficiënte zorg ($A(x) < x^*$). Hieruit volgt dat het automatisch aansprakelijk stellen van de verzekerde partij aan het potentiële slachtoffer niet de juiste prikkels geeft tot het aanwenden van efficiënte zorg en daarom op termijn tot een te hoog ongevallenniveau zal leiden. De tendens reduceert immers de prikkels tot het nemen van zorg bij niet-verzekerden, verhoogt daardoor het ongevallenniveau en leidt dus zeker niet tot slachtofferbescherming. Indien voorkomen van ongevallen ook als een eis der rechtvaardigheid wordt gezien⁸⁵⁾ kan worden geargumenteed dat de besproken tendens reeds op grond van deze argumentatie noch tot efficiëntie, noch tot een grotere rechtvaardigheid leidt.

b. De tendens tot aansprakelijkheidsstelling van verzekerden beïnvloedt niet alleen de prikkels van het slachtoffer tot het nemen van zorg. Het heeft ook een negatieve invloed op de prikkels tot het nemen van zorg van de potentiële daders. Indien de verzekerde dader *ex ante* weet dat hij steeds automatisch aansprakelijk gesteld zal worden indien hij schade veroorzaakt aan een onverzekerde slachtoffer zal dit eveneens zijn prikkels (y^*) tot het nemen van zorg verminderen, zodat de actueel uitgeoefende zorg voor de dader lager zal zijn dan de efficiënte zorg ($B(y) < y^*$).

c. Het merkwaardige is overigens dat verzekerden door een automatische aansprakelijkheidsstelling bestraft worden. Een risico-neutrale dader, die zijn nut wilde maximaliseren door een verzekeringspolis af te sluiten, wordt nu gesanctioneerd door automatisch tot schadeloosstelling te worden verplicht, indien het slachtoffer onverzekerde is. Het effect daarvan is dat deze jurisprudentie op termijn aan partijen prikkels geeft om zich niet te verzekeren. Ook risico-averse partijen zijn door deze rechtspraak beter af indien zij niet verzekerd zijn, omdat zij dan (onder een schuld-aansprakelijkheidsregel) niet aansprakelijk zullen worden gesteld indien zij geen schuld hebben aan het ongeval. De normale vraag naar verzekering wordt derhalve verstoord. Op het gevaar af aansprakelijk te worden gesteld louter omdat hij over een verzekeringspolis beschikt, zal ook een risico-averse partij een prikkel hebben om geen verzekeringspolis af te sluiten, hoewel dit zijn verwachte nut zou maximaliseren.

d. Ook dient te worden benadrukt dat het idee dat het aansprakelijk stellen van de (rijke) verzekeraar om het arme slachtoffer te beschermen op onjuiste ideeën over de werking van verzekering is gebaseerd. De aansprakelijkheidsstelling zal immers tot gevolg hebben dat de verzekeraar de premie of het eigen risico zal verhogen, zodat de gevolgen op de dader worden afgewenteld, hoewel hij, ook zonder schuld, aansprakelijk werd gesteld. Ook dit is dus vanuit rechtvaardigheidsoogpunt verwerpelijk, aangezien de last uiteindelijk niet op de verzekeraar, maar toch op de verzekerde dader terecht komt. Het lijkt inderdaad merkwaardig dat de voorzichtige dader die een verzekeringspolis afsloot *ex post* gesanctioneerd wordt door een aansprakelijkheidsstelling, waardoor zijn premie zal stijgen. Daarentegen wordt het slachtoffer dat geen verzekeringsdekking nam hiervoor beloond, door de schadelast van hem weg te nemen en deze op de verzekerde dader te schuiven. Overigens wordt daarbij vaak uit het oog verloren dat het 'onschuldige' slachtoffer veelal reeds is beschermd door een ziekte- en/of loonverliesverzekering in het kader van de sociale zekerheid. Het enige effect van de automatische aansprakelijkheidsstelling van de verzekerde dader is dan dat het ziekenfonds van het

slachtoffer zich in een subrogatoir verhaal kan richten tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader.

e. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat de besproken tendens vanuit verzekeringstechnisch oogpunt problematisch is. De verzekeraar dekt immers niet meer het risico dat zijn verzekerde een ongeval veroorzaakt en aansprakelijk wordt gesteld, maar het risico dat zijn verzekerde in een ongeval wordt betrokken met een niet-verzekerde. Daaruit volgt dat het risico wordt verhoogd door het enkele feit dat de dader over een verzekeringspolis beschikt. Dit maakt een risicoberekening voor de verzekeraar onmogelijk omdat de verzekerde immers uitsluitend aansprakelijk gesteld zal worden indien hij schade veroorzaakt aan een niet-verzekerde. Dit is verzekeringsstatistisch zeer moeilijk voorspelbaar.

4.3 Overeenkomsten over verzekering

Tot nog toe werd de invloed van verzekering op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad besproken. Daar bleek dat vanuit de economische analyse gepleit werd om bij de aansprakelijkheidsbepaling in beginsel geen rekening te houden met (de beschikbaarheid van) verzekering, zodat de prikkelwerking van aansprakelijkheidsregels volledig bewaard kan blijven. De vraag rijst evenwel of deze strengheid ten aanzien van de invloed van verzekering eveneens dient te worden toegepast in de contractuele context.

Indien partijen in een contractuele relatie tot elkaar staan zijn in beginsel vrije onderhandelingen mogelijk. Coase heeft erop gewezen dat indien de transactiekosten gelijk zijn aan nul steeds een optimale allocatie van resources zal volgen, ongeacht de toepasselijke rechtsregel.⁸⁶⁾ Dit betekent dat indien partijen volledig geïnformeerd zijn en vrij kunnen onderhandelen de vraag welke partij aansprakelijk zal worden gesteld geen invloed heeft op de efficiënte uitkomst. Deze regel heeft in de contractuele context veel belang. Veronderstel dat een leverancier van een produkt een overeenkomst sluit met een afnemer, waarbij de producent zich verbindt om dit produkt te leveren tegen een bepaalde prijs, en de afnemer zich verbindt om deze prijs te betalen. Het risico dat zich bij deze transactie voordoet is dat het produkt dat wordt geleverd schade veroorzaakt aan de afnemer. Dit is het typische voorbeeld van een produktaansprakelijkheidszaak.⁸⁷⁾ Het Coase-theorema is daarbij relevant omdat de leverancier en de afnemer in contact tot elkaar staan via het prijsmechanisme. De goed geïnformeerde koper zal immers het produkt slechts aankopen indien het nut dat hij daaruit put hoger is dan de volle prijs. Deze volle prijs bestaat uit de kostprijs + verwachte schade die het produkt kan veroorzaken. In-

dien de producent op grond van het recht aansprakelijk zou zijn voor de veroorzaakte schade zou hij deze verwachte schade toevoegen aan de kostprijs. Het gevolg daarvan is dat de marktprijs gelijk wordt aan de volle prijs. De afnemer koopt dan het produkt alleen indien het nut dat hij daaruit put hoger is dan de volle prijs, zodat een optimaal resultaat zal volgen. Indien de afnemer zelf de schade dient te dragen, zal de marktprijs uitsluitend de kostprijs van het produkt weergeven. Maar de geïnformeerde afnemer zal de verwachte schade toevoegen aan de marktprijs en zal bijgevolg wederom rekening houden met de volle prijs.

Hieruit volgt dat in een contractuele relatie waarin aan de voorwaarden van het Coase-theorema is voldaan de prijs informatie geeft over de risicoverdeling tussen partijen. In de veronderstelling dat beide partijen geïnformeerd zijn over de risico's van het betreffende produkt zal, zelfs indien expliciete onderhandelingen over de risicoverdeling uitblijven, informatie over de risicoverdeling worden gegeven via het prijsmechanisme. Het belangrijke van het prijsmechanisme is dat die expliciete onderhandelingen over elk aspect van het contractuele arrangement overbodig maakt. Indien de marktprijs gelijk is aan de volle prijs weet de koper dat de leverancier het ongevalsrisico draagt. Indien daarentegen de marktprijs gelijk is aan de kostprijs van het produkt en niet de verwachte schade reflecteert zal de afnemer weten dat de leverancier het ongevalsrisico niet draagt.

Hoewel op grond van het Coase-theorema werd geargumenteerd dat, indien de transactiekosten gelijk zijn aan nul, de vraag wie aansprakelijk wordt gesteld voor de verwachte schade geen invloed heeft op de allocatieve efficiëntie, is dit verschil wel belangrijk voor de vraag welke partij een vraag naar verzekering heeft. Indien de leverancier immers het ongevalsrisico draagt zal hij, indien hij een afkeer van risico heeft, een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten om het risico dat hij de schade van zijn afnemer dient te vergoeden, te dekken. Indien daarentegen de afnemer zelf het ongevalsrisico dient te dragen, zal hij een schadeverzekering afsluiten indien hij een afkeer van risico heeft. Hieruit volgt dat de vraag welke partij zich zal verzekeren kan worden afgeleid uit de informatie die wordt verkregen via het prijsmechanisme. Indien beide partijen een afkeer van risico hebben zal, indien de marktprijs de volle prijs reflecteert de leverancier een verzekeringsdekking nemen, terwijl de afnemer zich zal verzekeren indien de marktprijs gelijk is aan de kostprijs. Bemerkt dat zelfs dit verschil geen invloed heeft op de allocatieve efficiëntie, zolang de voorwaarden van het Coase-theorema vervuld blijven. Indien immers de leverancier zich verzekert zal hij de premie toevoegen aan de prijs, die in beginsel gelijk zal zijn aan de verwachte schade. Indien de afnemer zich ver-

zekert zal hij bij zijn koopbeslissing de premie (die in beginsel gelijk is aan de verwachte schade) toevoegen aan de marktprijs.

Vooraleer de vraag te beantwoorden hoe deze beginselen dienen te worden toegepast in concrete aansprakelijkheidscases dient nog te worden opgemerkt dat Skogh in recent onderzoek nog een stap verder gaat. Hij argumenteert dat partijen veelal overeenkomen dat één van beide zich dient te verzekeren om transactiekosten te reduceren. Hij meent dat de transactiekosten voor partijen om over alle aspecten van een contractueel arrangement gedetailleerde bepalingen in een geschreven overeenkomst op te nemen, veel te hoog zijn. Daarom transfereren partijen het risico aan een verzekeraar die een polis met standaardvoorwaarden aanbiedt die op de contractuele relatie van toepassing zijn. In die zin reduceert verzekering de transactiekosten.⁸⁸⁾

Keren wij nu naar de centrale vraag: dient verzekerbareheid of de beschikbaarheid van verzekering de aansprakelijkheidsvraag te beïnvloeden? Het antwoord hierop ligt totaal anders dan bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De verzekeringsplicht wordt immers gereflecteerd in de marktprijs: indien de marktprijs de verwachte schade (of de premie) niet weerspiegelt, weet de afnemer dat hij zich zelf dient te verzekeren (indien hij een afkeer van risico heeft) omdat hij het ongevalsrisico zelf dient te dragen. Indien daarentegen de marktprijs wel de verwachte schade reflecteert weet de leverancier dat hij het ongevalsrisico draagt en zal hij zich (indien hij een afkeer van risico heeft) verzekeren. De vraag is bij contractuele aansprakelijkheid bijgevolg niet zozeer: wie kan zich het beste verzekeren, maar: welke partij kan, op grond van de prijs, geacht worden degene te zijn die het ongevalsrisico draagt?

De taak van de rechter in deze context is dus om precies te bepalen of de marktprijs het ongevalsrisico reflecteert en om op grond daarvan de aansprakelijkheid te bepalen. Indien de voorwaarden van het Coase-theorema vervuld zijn, zal het overigens geen verschil maken welke partij aansprakelijk wordt gesteld omdat de volle prijs (waarop de koper zijn koopbeslissing baseert) steeds de verwachte schade (of bij verzekering: de premie) reflecteert. De rechtspraak waarbij wordt geargumenteed dat op grond van een lage prijs kan worden aangenomen dat de leverancier het ongevalsrisico niet zou dragen en de afnemer bijgevolg geacht wordt de verwachte schade zelf te dragen lijkt bijgevolg met deze analyse te stroken. Indien evenwel de voorwaarden van het Coase-theorema niet vervuld zijn is het in een contractuele setting belangrijk dat de jurisprudentie de aansprakelijkheid duidelijk bepaalt. Dit heeft als voordeel dat de partijen zelf tenminste weten wie het ongevalsrisico draagt en bijgevolg: wie zich dient

te verzekeren. Indien de afnemer immers niet aan de hand van de prijs kan bepalen of hij het ongevalsrisico draagt, maar uit de jurisprudentie duidelijk blijkt dat hij zijn eigen schade dient te dragen, zal hij zijn eigen schade verzekeren.

Hoe wordt het nu opgelost indien in een contractuele relatie één der partijen zich inderdaad heeft verzekerd? Gelet op het bovenvermelde kan het feit dat ofwel de afnemer ofwel de leverancier zich heeft verzekerd beschouwd worden als een indicatie voor het feit dat deze partij geacht werd het ongevalsrisico te dragen. Maar ook indien er werkelijk verzekerd werd, zal de premie steeds tegen kostprijs worden toegevoegd. Hieruit volgt dat indien inderdaad degene die het ongevalsrisico zal dragen zich verzekerd heeft er geen bezwaar tegen bestaat om deze partij ook aansprakelijk te stellen. Indien dit de afnemer is die een schadeverzekering nam zal hij zijn premie toevoegen aan de marktprijs om zijn koopbeslissing te bepalen. Indien de leverancier een aansprakelijkheidsverzekering nam, zal de marktprijs de premie reflecteren.

Conclusie

In dit preadvies werd de economische analyse van het recht gebruikt om de invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid te onderzoeken. Daarbij werd aangetoond hoe door een gecombineerd gebruik te maken van noties uit de welvaartseconomie, de verzekeringseconomie, de mededingingstheorie en de Public Choice een quasi-volledige verklaring van het bestaande recht kan worden gegeven. De voornaamste besluiten kunnen in de vorm van stellingen worden geformuleerd:

1. De economische doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is de minimalisering van de sociale kosten van ongevallen, zijnde de kosten van zorg en de verwachte schade.
2. Een rechtsregel wordt efficiënt genoemd indien hij aan de partijen in een ongevalssituatie prikkels geeft tot het aanwenden van efficiënte zorg en een optimaal activiteitsniveau.
3. Het niveau van zorg is efficiënt indien de marginale kosten van zorg gelijk zijn aan de marginale opbrengst in reductie van de verwachte schade, want op dat punt worden de sociale kosten van ongevallen geminimaliseerd.
4. In een unilateraal schadegeval leidt risico-aansprakelijkheid zowel tot efficiënte zorg als tot een efficiënt activiteitsniveau; schuldaansprake-

lijkheid geeft de dader wel prikkels tot het aanwenden van efficiënte zorg, maar leidt tot een te hoog activiteitsniveau bij het slachtoffer.

5. Verzekering is slechts efficiënt indien averechtse selectie kan worden tegengegaan en het morele risico kan worden gecontroleerd.
6. Het morele risico kan worden gecontroleerd hetzij door de verzekerde gedeeltelijk bloot te stellen aan risico, hetzij door een controle van het gedrag van de verzekerde door de verzekeraars met een dienovereenkomstige aanpassing van de premie.
7. Risico-aansprakelijkheid leidt ertoe dat daders een aansprakelijkheidsverzekering zullen afsluiten en slachtoffers zich niet zullen verzekeren. Schuld-aansprakelijkheid leidt ertoe dat slachtoffers een schadeverzekering zullen afsluiten.
8. Bij de beoordeling van de verzekerbearheid van een zeker risico dient ook de beschikbaarheid van verzekering op de wereldmarkt (via pooling en herverzekering) te worden bestudeerd; deze beschikbaarheid dient niet alleen aan de hand van beweringen van een verzekeraar te worden beoordeeld.
9. Vanuit efficiëntie-oogpunt is de onbeschikbaarheid van verzekering voor een onbeperkte aansprakelijkheid geen reden om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken. Zelfs bij invoering van een verzekeringsplicht kan deze plicht beperkt worden tot een bepaald bedrag, maar dient de aansprakelijkheid onbeperkt te blijven teneinde efficiënte prikkels tot het nemen van zorg te behouden.
10. De introductie van een verzekeringsplicht kan verklaard worden door informatieproblemen en door het insolventierisico, al bestaan er wel mogelijkheden die dit laatste probleem met lagere kosten kunnen verhelpen; daarbij kan gedacht worden aan de introductie van een schadefonds of verplichte eerste-partij-verzekering.
11. De invoering van verplichte verzekering heeft vermoedelijk nadelige effecten die niet opwegen tegen de voordelen ervan, indien verzekeringsmarkten niet competitief zijn en het morele risico niet kan worden gecontroleerd.
12. Indien een limitering van aansprakelijkheid of verplichte verzekering worden geïntroduceerd, hoewel daartoe vanuit welvaartseconomisch

oogpunt geen grond bestaat, kan dit veelal verklaard worden als het resultaat van lobbying door belangengroepen. De 'Public Choice' voorspelt dat deze belangengroepen vooral succesvol zullen zijn in het verkrijgen van voor hen gunstige regulering indien de transactiekosten om het gemeenschappelijk belang te verdedigen laag zijn en de informatiekosten voor het publiek hoog.

13. Het is in een concrete ongevalssituatie voor de rechter niet mogelijk om te bepalen wie 'the cheapest insurer' zou zijn en om op grond daarvan de aansprakelijkheid te bepalen. Bovendien blijkt, in tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, dat slachtoffers zich beter kunnen verzekeren (door een schadeverzekering) dan daders (door een aansprakelijkheidsverzekering).
14. De in de jurisprudentie heersende tendens om de partij die over een aansprakelijkheidsverzekering beschikt automatisch aansprakelijk te stellen is vanuit efficiëntie oogpunt verwerpelijk omdat het de functie van aansprakelijkheidsregels wat betreft het geven van prikkels tot efficiënte zorg negeert. Deze tendens is bovendien vanuit rechtvaardigheidsoogpunt verwerpelijk omdat een voorzichtige dader die zich verzekerde zelfs zonder schuld steeds *ex post* aansprakelijk gesteld zal worden, hetgeen premieverhoging tot gevolg zal hebben.
15. Bij contractuele aansprakelijkheid zal die partij aansprakelijk gesteld worden, die op grond van de prijs geacht kan worden het ongevalsrisico te dragen. Een indicatie daarbij kan het feit zijn dat die partij zich heeft verzekerd. In een typische Coase-situatie heeft de risicoverdeling geen invloed op de allocatieve efficiëntie, noch op de verdeling van inkomens, aangezien het ongevalsrisico (en in geval van verzekering: de premie) steeds zal worden doorberekend in de prijs.

Noten

- ¹⁾ Calabresi, G., *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1978, 24.
- ²⁾ Zie voor een samenvatting van het gedachtengoed van Calabresi, Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989 (hierna afgekort als *Objectieve aansprakelijkheid*), 51-55.
- ³⁾ Zie het artikel van Faure, M. en Van den Bergh, R., 'Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer', (Belgisch) *Intermediair*, 18 december 1987, 9-13.
- ⁴⁾ Zie paragraaf 4.2.
- ⁵⁾ Ook gaat het benadrukken van slachtofferbescherming als voornaamste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht uit van kortzichtige ideeën over rechtvaardigheid. Door de primaire kostenreductie te verwaarlozen kunnen immers meer slachtoffers ontstaan, wat nauwelijks vanuit rechtvaardigheidsoogpunt te verantwoorden is. Door ongevalleureductie als prioritaire doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht centraal te stellen zijn slachtoffers beter gediend dan door een overdreven aandacht voor schadeloosstelling, waarbij ongevalleenvoorkoming wordt verwaarloosd. Daarover meer uitgebreid bij Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid*, 26-49. Zie ook Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 295-297, die stelt dat er in het ongevalrecht geen principiële tegenstelling tussen efficiëntie en rechtvaardigheid bestaat.
- ⁶⁾ In dit eenvoudige model wordt verondersteld dat er slechts 2 partijen zijn A en B; dat A steeds schadelijker is en B schadeveroorzaker en nooit andersom; dat partijen risico-neutraal zijn en dat door meer zorg de verwachte schade afneemt.
- ⁷⁾ Deze uitspraak geldt uitsluitend binnen dit beperkte model, waarin de veronderstelling van risico-neutraliteit geldt. Indien partijen een afkeer van risico hebben kan het optimale niveau van zorg hoger liggen omdat hogere zorg (naast verzekering) ook een middel is om risico weg te nemen van partijen die een afkeer van risico hebben.
- ⁸⁾ Op de invloed van het activiteitsniveau op het ongevalsrisico werd het eerst gewezen door Diamond, P., 'Single Activity Accidents', *Journal of Legal Studies*, 1974 107-164 en nadien uitgewerkt door Shavell, S., 'Strict Liability versus Negligence', *Journal of Legal Studies*, 1980, 1-25.
- ⁹⁾ Zie voor een andere toelichting bij dit resultaat: Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid*, 73-75; Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, 6-9.
- ¹⁰⁾ Zie over de efficiëntie van de schuldaansprakelijkheid: Faure, M. en Van den Bergh, R., 'Efficiënties van het fout-criterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht', *Rechtskundig Weekblad*, 1987-88; 1105-1119.
- ¹¹⁾ Dit fenomeen wordt in Nederland ook door het begrip anti-selectie aangeduid.
- ¹²⁾ Priest, G., 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590.
- ¹³⁾ Akerlof, G., 'The Market for "Lemons": Quality, Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500.
- ¹⁴⁾ Daarover Shavell, S., 'On Moral Hazard and Insurance', *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.
- ¹⁵⁾ Zie Shavell, S., 'On liability and Insurance', *Bell Journal of Economics*, 1982, 120-132.
- ¹⁶⁾ Zie over de verschillen tussen eerste-partij-verzekering en aansprakelijkheidsverzekering ook Van Dam, C.C., *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1989, 205-206.
- ¹⁷⁾ Voor een overzicht van de (toekomstige) aansprakelijkheidsbeperkingen naar Nederlands recht, zie het proefschrift van De Vries, F., *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990.
- ¹⁸⁾ Dus de S in p. S.
- ¹⁹⁾ Zie daarover De Vries, F., o.c., 106-112; Robesin, M., 'Verzekering', in *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade*, Koeman, Ouwerkerk, W. en Van Dunné, J., (Ed.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 133-150; Wansink, J., 'Milieuschade en verzekering' in: *Jonge Balie Congres 1989, Zand erover? Milieurecht in de advocatenpraktijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 48-59.
- ²⁰⁾ Zie daarover de NJV 1987 preadviezen van F. Arisz en J. Kamphuisen. *Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen*. Zie ook De Vries, F., o.c., 98-105.
- ²¹⁾ Zie Arrow, J., *Aspects of the Theory of Risk-Bearing*, Helsinki, Yrjö Jahnssonin Säätiö, 1965, 54-55.
- ²²⁾ Zie Pauly, M., 'The Economics of Moral Hazard: Comment', *American Economic Review*, 1968, 531-537.
- ²³⁾ Zie aldus Shavell, S., 'The Judgment Proof Problem', *International Review of Law and Economics*, 1986, 43-58.
- ²⁴⁾ Zie Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 214-215.
- ²⁵⁾ Zie voor dezelfde conclusies met betrekking tot professionele aansprakelijkheidsverzekering: Faure, M. en Van den Berg, R., 'Compulsory Insurance for Professional Liability', *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1989, 308-330.
- ²⁶⁾ De Engelse term is *adverse selection*.
- ²⁷⁾ Zie Priest, G., 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590.
- ²⁸⁾ Zie over dit probleem het basisartikel van Akerlof, G., 'The Market for "Lemons": Quality, Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500.
- ²⁹⁾ Ook een hoge verwachte schade kan immers verzekerd worden, op voorwaarde dat de groep bestaat uit gelijkaardige (hoge) risico's.
- ³⁰⁾ Averechtse selectie zou opgelost kunnen worden door de invoering van een verzekeringsplicht. Dit leidt er immers toe dat ook goede risico's in de groep moeten blijven. Maar dat heeft weer als nadeel dat een inefficiëntie ontstaat doordat goede risico's gedwongen worden een voor hen te hoge premie te betalen. Dit wordt verder besproken in 3.2 van dit hoofdstuk.
- ³¹⁾ Zie onder meer Voute, A., 'De grenzen van de verzekeraarbaarheid', paper gepresenteerd op de vergadering van de Vereniging voor Verzekeringswetenschap op 24 april 1987, 3-4.
- ³²⁾ Zie Dow, J.C., 'The Organisation and Development of International Liability Capacity and National Market Pools, with Special Reference tot new "Nuclear Countries"', in: *Nuclear Third Party Liability and Insurance - Status and Prospects, Munich Symposium OECD*, 1985, 177-181.
- ³³⁾ Zie Evans, N. en Hope, C., *Nuclear Power: Future, Costs and Benefits*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 61-73.
- ³⁴⁾ Zie daarover Hamburger, M., 'De aansprakelijkheidsverzekering in Nederland voor schade door kernongevallen in West-Europa', *Nederlands Juristenblad*, 1986, 1335-1340. Vgl. Van Maanen, G., 'Pleidooi voor verbetering van de rechtspositie van slachtoffers van kernongevallen', *NJB*, 1986, 1342-1345.

- ³⁵⁾ Deze P&I clubs zijn verenigingen van scheepseigenaren. Daarover Coghlin, T.G., 'Protection and Indemnity Clubs', *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1984, 403-416.
- ³⁶⁾ De Europese Commissie heeft een kartelafpraak tussen 17 P&I clubs ontheven van het kartelverbod overeenkomstig art. 85, lid 1 EEG-verdrag. Daarover Faure, M. en Van den Berg, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 331-336.
- ³⁷⁾ Parl. St., Senaat, 1983-84, 593/3, 65.
- ³⁸⁾ Voor meer details: Faure, M. en Van den Bergh, R., 'Liability for Nuclear Accidents in Belgium from an Interest Group Perspective', *International Review of Law and Economics*, 1990, forthcoming.
- ³⁹⁾ Overigens wijst ook De Vries er op dat verzekeraarheid veelal bepaald wordt door wat de verzekeraar bereid is te verzekeren (De Vries, F., o.c., 73-85).
- ⁴⁰⁾ Zie Landes, W. en Posner, R., 'Tort Law as a Regulatory Regime', *Journal of Legal Studies*, 1984, 417.
- ⁴¹⁾ Voor andere alternatieven voor wettelijke limitering zie De Vries, F., o.c., 225-237.
- ⁴²⁾ Zie Van Wassenae van Catwijck, A.O.J., 'Slachtofferbescherming', *Verkeersrecht* 1989, 253-255.
- ⁴³⁾ Zie onder meer Arrow, K., o.c.; Borch, K., 'Recent Developments in Economic Theory and their Application to Insurance', *The Astin Bulletin*, 1963, 322-341; Pratt, J., 'Risk Aversion in the Small and the Large', *Econometrica*, 1964, 122-136; Raviv, A., 'The Design of an Optimal Insurance Policy', *American Economic Review*, 1979, 84-96.
- ⁴⁴⁾ Hij neemt dus geen verzekering totdat zijn risico-aversie stijgt; dus voor hogere bedragen zou hij zich wel verzekeren.
- ⁴⁵⁾ Dit is de probabiliteit x de verwachte schade.
- ⁴⁶⁾ Deze nadelen spelen uitsluitend indien de slachtofferverzekering in het kader van de sociale zekerheid door de overheid wordt aangeboden, maar bijvoorbeeld niet indien, zoals dit in Nederland veelal het geval is, de verzekering door private verzekeringsmaatschappijen wordt aangeboden.
- ⁴⁷⁾ Voor een ontkennend antwoord: Adams, M., 'Warum kein Ersatz für Nichtvermogensschaden?', in *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung* Schäfer, H.B. en Ott, K., (Ed.), 1989, 210-217.
- ⁴⁸⁾ Zie Schwartz, A. en Wilde, L., 'Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis', *University of Pennsylvania Law review*, 1979, 630-682; Mackaay, E., *Economics of Information and the Law*, Boston, Kluwer 1982.
- ⁴⁹⁾ Zie Johnson, W., 'Choice of Compulsory Insurance under Adverse Selection', *Public Choice*, 1977, 23-35; Pauly, M., 'Overinsurance and Public Provision of Insurance: the Roles of Moral Hazard and Adverse Selection', *Quarterly Journal of Economics*, 1974, 44-62; Rothschild, M., en Stiglitz, J., 'Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay On The Economics of Imperfect Information', *Quarterly Journal of Economics*, 1976, 629-649.
- ⁵⁰⁾ Zie Shavell, S., 'On Moral Hazard and Insurance', *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.
- ⁵¹⁾ Hetgeen vaak het geval is.
- ⁵²⁾ Zie Shavell, S., 'The Judgement Proof Problem' *International Review of Law and Economics*, 1986, 59-75; Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, 342.
- ⁵³⁾ Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Restrictions of Competition on the Belgian Insurance Market and the Applicability of Antitrust Law*, ongepubliceerde paper verkrijgbaar bij de auteurs, PB 9520, 2300 RA Leiden.
- ⁵⁴⁾ Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling af-

gestemde feitelijke gedragingen binnen de verzekeringssector, PB C 16 van 23 januari 1990.

- ⁵⁵⁾ Voor een overzicht zie Finsinger, J., *Versicherungsmärkte*, Frankfurt 1983; Finsinger, J., *Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten, Wettbewerbsbeschränkungen, Staatliche Eingriffe und ihre Folgen*, München 1988.
- ⁵⁶⁾ Zie Adams, M., *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985. Dit wordt evenwel ook door een strikte premieregulering in de Duitse Bondsrepubliek veroorzaakt.
- ⁵⁷⁾ Zie daarover: Frech III, H. en Samprone, J., 'The Welfare Loss of Excess Non Price Competition', *Journal of Law and Economics*, 1980, 429-440.
- ⁵⁸⁾ Zie over deze 'Public Choice' benadering het baanbrekende werk van de pausen van deze beweging, Gordon Tullock en Nobelprijswinnaar James Buchanan; Buchanan, J. en Tullock, G., *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, 1962; Buchanan, J., *Rent Seeking and Profit Seeking' in Toward a theory of the rent seeking society*; Buchanan, J., Tollison, R. en Tullock, G. (eds), Texas, A. and M. University Press, 1980.
- ⁵⁹⁾ Zie Frey, B., *Modern Political Economy*, Oxford, Martin Robertson, 1978, 66.
- ⁶⁰⁾ Zie ook Baeck, L., Ongena, H. en Cools, J.P., 'Begripsbepaling en situering van het dereguleringsdenken', in: *Sociaal-economische deregulering, achttiende Vlaams wetenschappelijk economische congres*, Brussel, 1987, 29-47.
- ⁶¹⁾ Hier wordt de vlag van het 'algemeen belang' gebruikt om de lading van de welvaarts-overdracht te bedekken. Voor voorbeelden zie Faure, M. en Van den Bergh, R., 'Belangenroepen dicteren het algemeen belang', (Belgisch) *Intermediar*, 11 januari 1988.
- ⁶²⁾ Zie Olson, M., *The Rise and Decline of Nations*, 1982, 26-27 en 41; Posner, R., 'Theories of Economic Regulation', *Bell Journal of Economics*, 1974, 345; McCormick, R.E. en Tollison, R., *Politicians, Legislation and The Economy: An Inquiry into the Interest Group Theory of Government*, 1982, 17.
- ⁶³⁾ Dit kan ook de verklaring zijn waarom de schade aan de nucleaire installatie zelf in België wordt verzekerd voor 40 miljard BF, terwijl een aansprakelijkheidsdekking voor meer dan 4 miljard BF 'onverzekeraar' zou zijn.
- ⁶⁴⁾ Voor een grondige analyse zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid*, 350-363.
- ⁶⁵⁾ In dit verband kan op het Verbond van verzekeraars in Nederland worden gewezen.
- ⁶⁶⁾ De belangengroepentheorie beweert dus geenszins dat politici 'corrupt' zouden zijn door belangengroepenwetgeving te realiseren. Indien zij zich bewust zijn van de welvaarts-overdracht naar de belangengroep handelen zij slechts als nutsmaximaliseerders, zonder dat hieraan een moreel waardeoordeel wordt verbonden. In andere gevallen zullen zij zelf over onvoldoende informatie beschikken om te beseffen dat de regulering een welvaarts-overdracht naar de belangengroep realiseert.
- ⁶⁷⁾ Zie Van Empel, M. en Ritsema, H., *Aansprakelijkheid voor producten*, Deventer, Kluwer, 1987, 53.
- ⁶⁸⁾ Zie Faure, M. en Vanbuggenhout, W. 'De Europese Richtlijn Produktaansprakelijkheid: Harmonisatie en Consumentenbescherming?', *Rechtskundig Weekblad*, 1987-88, 1-14.
- ⁶⁹⁾ Bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door kernongevallen, bij zeewaterverontreiniging door olie en bij de verplichte autoverzekering.
- ⁷⁰⁾ Faure, M. en Van den Bergh, R., *Restrictions of Competition on the Belgian Insurance Markets and the Applicability of Antitrust Laws*, ongepubliceerde paper, verkrijgbaar bij de auteurs PB 9520, 2300 RA Leiden.
- ⁷¹⁾ Zie o.m. Lehman, M. *Bürgerliches Recht und Handelsrecht — eine juristische und ökonomische Analyse*, Stuttgart, C.E. Poeschel Verlag, 1983, 123.

- ⁷²⁾ Calabresi, G., *The Costs of Accidents*, hoofdstuk 4 en voor een kritiek op dit begrip Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 214.
- ⁷³⁾ Simoens, D., 'Hoofdlijnen in de evolutie van het aansprakelijkheidsrecht', *Rechtskundig Weekblad*, 1980-81, 1961-1990 en 2025-2036.
- ⁷⁴⁾ Zie Holzhauser, R., 'Onrechtmatige daad' in *Inleiding Rechtseconomie*, 142, 143.
- ⁷⁵⁾ Zie verder Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid*, 132 e.v.
- ⁷⁶⁾ Hij zou uitsluitend een verzekering kunnen afsluiten om het risico te dekken dat rechters zich vergissen over het vereiste niveau van betamelijke zorg of over de door de dader uitgeoefende zorg en hem daarom — ten onrechte — toch aansprakelijk stellen.
- ⁷⁷⁾ Aldus o.m. Lehmann, M., o.c., 123.
- ⁷⁸⁾ Lehmann schrijft: 'Eine spezifische Versicherung des Abnehmers gegen Pruduktgefahren wäre sehr unökonomisch, denn jeder einzelne Verbraucher müßte einen eigenen Versicherungsvertrag — für welche Produktrisiken? — abschließen; die damit vergundene Transaktionskosten wären prohibitiv.' (Lehmann, M., o.c., 123).
- ⁷⁹⁾ Bijvoorbeeld een aparte polis tegen lichamelijke schade als gevolg van een auto-ongeluk, als gevolg van een sportongeval, als gevolg van een huiselijk ongeval, als gevolg van een transport per trein etc.
- ⁸⁰⁾ Zie Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, 214: 'But victims ordinarily purchase insurance policies protecting them against generally described risks (such as loss of life due to any cause). Hence it is not necessary for victims to purchase additional policies protecting them against each new risk they bear; for victims to be insured against additional risks does not mean that additional administrative costs must be incurred.'
- ⁸¹⁾ Zie o.m. Ehrenzweig, A., 'Assurance Oblige. A Comparative Study', *Law and Contemporary Problems*, 1950, 445-454, de inaugurele rede van H. Drion, Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, inaugurele rede uitgesproken aan de Economische Hogeschool Rotterdam op 27 oktober 1955, Den Haag, Marinus Nijhof; Van Dam, C.C., o.c., 207-208, Van Wassenauer van Catwijck, A., *Eigen schuld*, diss., Tjeenk Willink, Groningen, 1971, 22-26; Van Wassenauer van Catwijck, A., 'Aansprakelijkheid en de grenzen der verzekeraarbaarheid', *Verkeersrecht*, 1988, 367-369. Ook in België werd dit vraagstuk bestudeerd door W. van Gerven 'De invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht', *Rechtskundig Weekblad* 1962-63, 777-792.
- ⁸²⁾ Zie voor Engelse en Nederlandse jurisprudentie: Holzhauser, R. 'Onrechtmatige daad' in *Inleiding Rechtseconomie*, Holzhauser, R. en Teyl, e.a. R. (Red.), Arnhem, Gouda Quint, 1989, 142-143; Van Wassenauer van Catwijck, A., *l.c.*, 367-368 en voor Belgische jurisprudentie terzake: Simoens, D., *l.c.*
- ⁸³⁾ In het Belgisch aansprakelijkheidsrecht bestaat ook een tendens om bij de 'billijkheids'-aansprakelijkheid van geesteszieken overeenkomstig art. 1386bis (Belgisch) BW rekening te houden met het verzekerd zijn der geesteszieke (zie o.m. Rb. Antwerpen 3 oktober 1986, R.W., 1986-87, 2162).
- ⁸⁴⁾ Hier blijkt dus weer dat de rechtseconomie zich niet alleen met efficiëntie, maar ook met rechtvaardigheid bezig houdt en dat op basis van een efficiëntie-analyse belangrijke inzichten kunnen worden verkegen in de distributieve gevolgen van rechtsregels. Daardoor worden doorgaans ook meer genuanceerde inzichten verkregen dan op basis van vage ideeën over rechtvaardigheid, die door juristen wel eens worden verkondigd, zoals 'slachtofferbescherming' of consumentenbescherming'. Zie Faure, M., 'Rechtseconomie en privaatrecht: kunnen rechtsregels bijdragen tot de reductie van ongevallskosten?' in: *Rechtseconomie en Recht*, Hondius, E., Schippers, J. en Siegers, J. (Red.), ter perse.
- ⁸⁵⁾ De eerste wijze om slachtofferbescherming te realiseren is immers te voorkomen dat ongevallen ontstaan.
- ⁸⁶⁾ Coase, R., 'The Problem of Social Cost' *Journal of Law and Economics* 1960, 1-44.

- ⁸⁷⁾ Voor een overzicht van de economische analyse van produktaansprakelijkheid zie Faure, M., 'Produktaansprakelijkheid', in *Inleiding Rechtseconomie*, Holzhauser, R. en Teyl, R., (Ed.), Arnhem, Gouda Quint BV, 1989,
- ⁸⁸⁾ Aldus Skogh, G., 'The Transactions Cost Theory of Insurance: Contracting Impediments and Costs', *Journal of Risk and Insurance* 1989, 726-732.

**DE INVLOED VAN VERZEKERINGEN OP DE CIVIELE AANSPRAKELIJKHEID:
Privaatrechtelijke aspecten**

Mr. T. Hartlief en Mr. R.P.J.L. Tjittes.

1. Inleiding

1.1 Algemeen

Het is zo'n vijfendertig jaar geleden dat H. Drion zijn bekende oratie in Rotterdam uitsprak over verzekering en aansprakelijkheidsrecht. Dat dit inmiddels meer dan een kwart eeuw geleden is doet er niet aan af dat de beginwoorden daarvan voor veel juristen nog steeds actueel zijn: 'Na een lange periode waarin de verzekering (...) met argwaan door de juristen werd bekeken, is zij zich in later jaren steeds meer als een belangrijke factor bij de vorming van het aansprakelijkheidsrecht in de rechtsgeleerde belangstelling gaan verheugen.'¹⁾

De vloed van binnenlandse en buitenlandse literatuur die over dit onderwerp verschenen is kan zonder overdrijven gigantisch genoemd worden en erkent in beginsel de invloed van verzekeringen op de omvang van de aansprakelijkheid (schadevergoeding) en — voorzichtiger — de vaststelling en formulering van de aansprakelijkheidsnorm.

Ook de wetgever — waarbij we gezien de geplande spoedige inwerkingtreding van het NBW zoveel mogelijk het oog richten op dit NBW en in verband daarmee de NBW-wetgever — erkent die invloeden. Dit gegeven speelt ook voor de buitenlandse wetgever. Zo merkt Atiyah voor de Engelse situatie op: '(...) we can trace many important statutes back to the influence of liability insurance in one form or another.'²⁾ Bij nieuwe aansprakelijkheden (produktaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen e.d.) houdt de huidige wetgever terdege rekening met de verzekeringsaspecten bij de opzet van de nieuwe regeling. Een voorbeeld waarbij de wetgever heeft gedacht aan de invloed van verzekeringen op de omvang van de aansprakelijkheid is art. 6:109 lid 2 NBW, waarin is bepaald dat de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding niet mag matigen 'tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken'. Een voorbeeld waarbij de wetgever heeft gedacht aan de invloed van verzekeringen op de vaststelling en formulering van de aansprakelijkheidsnorm is te vinden in de toelichtende parlementaire stukken op afdeling 6.3.2 NBW, waarin het opleggen van ten dele nieuwe risico-aansprakelijkheden voor bepaalde personen of zaken wordt gefundeerd met de

opmerking dat het voor de aansprakelijke persoon makkelijker is om zijn aansprakelijkheid terzake te verzekeren, dan het voor de potentiële benadeelde is zich tegen eventuele schade te verzekeren.

De rechtspraak daarentegen is veel terughoudender met het expliciet een beroep doen op het verzekeringsaspect als factor bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding, laat staan met iemand mede op die grond al dan niet aansprakelijk te achten. De invloed van verzekering op de formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm en de omvang van de aansprakelijkheid blijft in vonnissen en arresten — behoudens een enkele zwaluw als het Vliegtuigvleugel-arrest³⁾ — veelal onuitgesproken.⁴⁾ Nederland vormt daarbij geen uitzondering op landen als de Verenigde Staten of de Bondsrepubliek Duitsland.⁵⁾ Hoewel het speculeren blijft, is het waarschijnlijk dat verzekeringsaspecten bij de rechterlijke oordeelsvorming over de aansprakelijkheidsvraag een rol spelen. Indirect is dat af te leiden uit het commentaar ten aanzien van bepaalde rechtspraak dat het aannemen van aansprakelijkheid in deze gevallen erg onredelijk zou zijn indien de (rechts)persoon hiertegen niet verzekerd was.⁶⁾ Een enkele keer wijst ook een Advocaat-Generaal op dit aspect. Aan duidelijkheid niets te wensen overlatend is de toelichting van raadsheer Bloembergen in zijn tijdelijke functie als waarnemend A.-G. (art. 6B RO) in de door hem voorgestelde cassatie in het belang der wet in de zaak GA-FLIC/Mulder⁷⁾: 'En niet alleen *kan* de rechter met verzekeringsaspecten rekening houden, het komt me voor dat hij, als het kan, het ook moet doen. Verzekeringen beïnvloeden de positie van slachtoffers en aansprakelijke personen zo fundamenteel, dat het van weinig realiteitszin zou getuigen dit aspect bij de rechterlijke vorming van het aansprakelijkheidsrecht buiten beschouwing te laten.'

Dat de aanwezigheid van verzekeringen invloed heeft op de formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm en de omvang van civiele aansprakelijkheid is volgens een groot aantal juristen in overeenstemming met de menselijke geest, ook de geest van de rechter.⁸⁾

Naast invloed op de formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm en de omvang van de aansprakelijkheid kan verzekering nog een ander effect hebben, namelijk dat acties worden ingesteld die anders achterwege gelaten zouden worden.⁹⁾ Hierbij kan gedacht worden aan het aansprakelijk stellen van familieleden, burens of zakenrelaties, tegen wie dit anders omwille van de goede verstandhouding nagelaten zou worden. Verzekering leidt tot een depersonalisatie van aansprakelijkstelling: je richt je uiteindelijk niet op je vrouw of handelspartner, maar op een anonieme verzekeringsmaatschappij. De onderlinge verstandhouding kan zo, ondanks aansprakelijkstelling, goed blijven. Ook is het mogelijk dat gezien de solvabiliteit van de verzekeringsmaatschappij een actie wordt in-

gesteld waar dit anders nagelaten zou worden. Zo erkent de gemeente Oisterwijk in de zaak 'Ricky van Rooij', waarin de 15-jarige ontoerekeningsvatbare Ricky brand heeft gesticht ten gevolge waarvan een school geheel is afgebrand (geschatte schade 2 miljoen gulden)¹⁰⁾: 'Als de ouders niet tegen dergelijke risico's verzekerd waren geweest, dan denk ik niet dat we hen aansprakelijk gesteld zouden hebben.'¹¹⁾

1.2 Opzet

Teneinde enig inzicht te krijgen in de invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid komen in dit preadvies — noodzakelijkerwijs summier¹²⁾ — de onderstaande onderwerpen aan de orde. In de inleiding wordt aandacht besteed aan de invloed die verzekeringen hebben op de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van een veranderende samenleving op met name technisch gebied. Daarna besteden wij aandacht aan het verzekeringsaspect bij het formuleren en vaststellen van de aansprakelijkheidsnorm, het vaststellen van causaal verband, het beoordelen van eigen schuld van de benadeelde, het vaststellen van de draagplicht en bij de toepassing van matiging en limitering van de verbintenis tot schadevergoeding. Voor de duidelijkheid maken wij een onderscheid in aansprakelijkheidsverzekeringen (Hoofdstuk 2) en verzekeringen aan de kant van de benadeelde (Hoofdstuk 3). Om overlapping te voorkomen worden de zojuist genoemde vragen aan de orde gesteld in het hoofdstuk over de aansprakelijkheidsverzekering. Bovendien is de invloed van deze categorie verzekeringen op de genoemde terreinen belangrijker dan die van verzekeringen aan de kant van de benadeelde. In Hoofdstuk 3 komen specifieke vragen betreffende verzekeringen aan de kant van de benadeelde. We besteden onder meer aandacht aan subrogatie van de schadeverzekeraar, cumulatie van vorderingen aan de kant van de benadeelde en voordeeltsoerekening. Tot slot wijden wij nog enige woorden aan hetgeen in binnenland en buitenland is geopperd omtrent de mogelijkheden van vervanging van aansprakelijkheid door verzekering op met name het terrein van de verkeersaansprakelijkheid.

In dit preadvies wordt geen onderscheid gemaakt tussen delictuele (onrechtmatige daad) en contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie). Een dergelijke onderverdeling doet voor ons betoog niet of nauwelijks ter zake. Zo spelen bij de vestiging van delictuele en contractuele aansprakelijkheden dezelfde vragen van met name toerekening een rol (een onrechtmatige daad resp. een tekortkoming in de nakoming kan aan de dader worden toegerekend indien zij is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak

die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt — artt. 6:162 lid 3 resp. 6:75 NBW). Ook de verbintenissen tot schadevergoeding welke voort kunnen vloeien uit een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of wanprestatie worden beheerst door dezelfde rechtsregels (afd. 6.1.10 NBW).

Daarnaast kan er op gewezen worden dat, ter voorkoming van problemen van samenloop, veelal ook de aansprakelijkheid uit overeenkomst voor zover voortvloeiend uit bepaalde vormen van wanprestatie onder de dekking van de aansprakelijkheidsverzekering valt.¹³⁾ Wel is het zo dat bepaalde verzekeringsaspecten belangrijker zijn op het terrein van de delictuele aansprakelijkheid. Het accent ligt dan ook meer op deze laatste vorm van aansprakelijkheid. Zo komen bijvoorbeeld verzekeringsaspecten bij de invulling van het leerstuk van de (beperkende werking van de) goede trouw bij garanties en exoneratieclausules niet aan de orde.¹⁴⁾

1.3 Vormen van verzekering

Voor een goed begrip van de invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid is het goed een onderscheid te maken tussen twee verzekeringsvormen: de verzekeringen aan de kant van de benadeelde en de verzekeringen aan de kant van de schadeveroorzaker.

Als we nagaan welke verzekeringen een schade aan de kant van de benadeelde of diens goederen dekken, komen we tot het volgende beeld. De benadeelde kan bijvoorbeeld een beroep doen op een schade- of ongevalverzekering (ook wel first party insurance of eigen verzekering genoemd) of recht hebben op een uitkering krachtens sociale verzekeringen. Aan de zijde van de schadeveroorzaker speelt de aansprakelijkheidsverzekering (third party insurance) de belangrijkste rol. Deze wordt onderscheiden in een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) en een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB). De laatste kan worden aangevuld met onder meer dekking tegen milieuaansprakelijkheid via het Milieuaansprakelijkheidsverzekering Samenwerkingsverband (MAS) en een Medische Aansprakelijkheidsrisicoverzekering (MAR). Verder is het mogelijk dat een schadeveroorzaker een schadeverzekering ten bate van potentiële slachtoffers sluit. Het bekendste voorbeeld daarvan is wel de auto-ongevallen inzittenden verzekering.

1.4 Verzekeringen en de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht

Om een goed inzicht te krijgen in de invloed van verzekeringen op de aansprakelijkheid is het van belang te weten wat met aansprakelijkheid en verzekeringen beoogd wordt. Allereerst zal worden ingegaan op de in-

vloed van de veranderende maatschappij, met name in technisch opzicht, op het aansprakelijkheidsrecht. Aansprakelijkheid heeft in belangrijke mate te maken met verplaatsing van schade. Het blijkt dat verzekeringen daarbij van toenemende betekenis zijn. Verder wordt aan het aansprakelijkheidsrecht een zekere preventief effect toegeschreven.¹⁵⁾ Aandacht wordt besteed aan de vraag of verzekeringen invloed hebben op deze functie van het aansprakelijkheidsrecht en of verzekeringen ook een zeker preventief effect hebben.

1.4.1 Technische ontwikkeling en verplaatsing van schade

Aan de deelname in het maatschappelijk verkeer zijn risico's verbonden. Als zich in een gegeven geval zo'n risico verwezenlijkt kan de daaruit voortvloeiende schade slechts afgewenteld worden op een ander indien daarvoor een goede reden bestaat.¹⁶⁾ Immers, uitgangspunt in ons recht is nog steeds dat een ieder zijn eigen schade draagt.¹⁷⁾ Een systeem van aansprakelijkheid maakt een uitzondering op dit beginsel mogelijk door, zo een ander aansprakelijk gesteld kan worden, de schade op deze persoon af te wentelen door ten laste van zijn vermogen de benadeelde een schadevergoeding toe te kennen.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft derhalve de functie geleden schade te verplaatsen van de ene persoon (de benadeelde) naar een ander (de aansprakelijke persoon). De grondslag voor die verschuiving ligt in beginsel besloten in de schuld (fout) van een persoon die tot de schade aan de benadeelde heeft geleid. Deze schuld hield aanvankelijk met name morele verwijtbaarheid in, welke gedachte te baseren is op de verantwoordelijkheid van personen voor controleerbare handelingen.¹⁸⁾ In een eenvoudige samenleving is dit vergeldingsmodel, zoals Van Dunné dit noemt,¹⁹⁾ genoegzaam. Echter aan het einde van de negentiende eeuw komen ten gevolge van de technische ontwikkelingen, industrialisatie en gemotoriseerd verkeer op, terwijl daarnaast de industriële en handelsactiviteiten gepaard gaan met een schaalvergroting.²⁰⁾ Het wil dan voorkomen dat een schuld-begrip dat voornamelijk gekleurd is door morele verwijtbaarheid en dat subjectief van aard is tekortschiet. De veroorzaker van een bepaalde schade valt bij het gebruik van een technisch ingewikkeld apparaat, gevaarlijke stof of voertuig moreel niet altijd iets te verwijten, en daarom zou hij niet aansprakelijk zijn. Vanuit slachtofferoogpunt kan dit tot onbillijkheden aanleiding geven. Verkeers- en veiligheidsnormen, die strekken ter bescherming van het slachtoffer, kunnen dan ook nauwelijks anders dan gepaard gaan met een meer geobjectiveerd schuld-begrip of risico-aansprakelijkheden. Een duidelijk voorbeeld vormt de toepassing in de rechtspraak van art. 31 WWV. Dit artikel legt het risico van de schadelijke gevolgen van een aanrijding met een voetganger of fietser in beginsel bij de

eigenaar van de auto.²¹⁾ De achterliggende gedachte daarbij is dat de automobilist voor het niet-gemotoriseerde verkeer gevaren schept en daarom met het risico dat het gevaar zich verwezenlijkt moet worden belast.²²⁾ Ook via de achterdeur komt de schuld niet binnen: zo worden strenge eisen gesteld aan overmacht in art. 31 lid 1 WVV en is de mogelijkheid om eigen schuld ex art. 31 lid 6 WVV aan te nemen beperkt.

Een ruimere toerekening kan in de eerste plaats gevonden worden in een uitholling van het schuldbegrip door objectivering daarvan, waarbij veelal wordt uitgegaan van de normale redelijk handelende persoon, doch soms ook van de perfecte mens.²³⁾

Bekend is het geval van de 'Meppelse ree'²⁴⁾, waarin een bestuurder naar links uitweek voor een plotseling overstekende ree en diens gevolg op de linkerweghelpt van een drukke éénbaansweg frontaal op een andere automobilist botste. Naar het oordeel van het Hof was er sprake van error in extremis, maar de Hoge Raad vernietigde het arrest door onder meer te overwegen dat niet geoordeeld kan worden dat de automobilist 'van zijn wijze van rijden — hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn — rechtegens geen enkel verwijt valt te maken'. 'Schuld' in dit geval houdt, zoals ook de Hoge Raad van oordeel is, geen enkele morele verwijtbaarheid in. Naast de mogelijkheid van objectivering van het schuldbegrip kan gewezen worden op de invoering van risico-aansprakelijkheden (vgl. afd. 6.3.2 NBW). Hierbij doet schuld, ook schuld in de zin van morele verwijtbaarheid niet ter zake. Door de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht staat steeds meer de toerekening centraal.²⁵⁾ Buiten het denken in termen van ruimere toerekening kan ook bescherming geboden worden via het bewijsrecht door bijvoorbeeld uit te gaan van een vermoeden van schuld of een mededelingsplicht aan te nemen.²⁶⁾

Gesteld kan worden dat door de technische en maatschappelijke ontwikkeling gepaard gaande met schaalvergroting vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming de behoefte bestaat aan een vergaande aansprakelijkstelling. Hieraan kan worden tegemoet gekomen door onder meer het schuldbegrip te objectiveren en door risico-aansprakelijkheden in het leven te roepen.²⁷⁾ Nu is het zo dat deze verplaatsing van schade ook voor de veroorzaker dragelijk moet zijn. Verplaatsing van schade kan bij een lichte fout of bij een risico-aansprakelijkheid zelfs zonder fout voor de schadeveroorzaker een vermogensrechtelijke doodsteek meebrengen.²⁸⁾ Hier kunnen verzekeringen goede diensten bewijzen. Verzekeringen maken enerzijds dat van werkelijke vergoedingskansen gesproken kan worden en anderzijds dat de aansprakelijkheidslast van de veroorzaker dragelijk wordt. Verzekering gaat immers naar veelal wordt aangenomen een stapje verder dan het enkele verplaatsen van schade van het ene individu-

ele vermogen naar het andere individuele vermogen, door de schade te spreiden²⁹⁾ over de gehele premie-betalende groep gedurende een langere tijd.³⁰⁾ Recent wees A.-G. Mok in zijn conclusie voor HR 6 april 1990, RvdW 1990, 80 Janssen/Nefabas hier op: 'Bij invoering van het nieuwe recht (= risico-aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen TH/RPJLT) langs legislatieve weg weten werkgevers tevoren waar zij aan toe zijn. Zij kunnen voorzieningen treffen, bijvoorbeeld in de vorm van een verzekering, en daarmee kunnen zij bij het bepalen van hun marktgedrag (o.m. van hun afzetprijzen) rekening houden.'

Aansprakelijkheidsverzekeringen kunnen dus zowel in het belang van veroorzakers als van slachtoffers zijn. Het toenemend besef hiervan heeft geleid tot andere opvattingen over de rol van aansprakelijkheidsverzekeringen. Aanvankelijk beoogde een aansprakelijkheidsverzekering enkel het vermogen van mogelijke schadeverwekkers-verzekerden te vrijwaren indien en voorzover zij tegenover derden tot schadevergoeding waren gehouden. De aansprakelijkheidsverzekering neigt echter steeds meer een instrument te worden ter bescherming van slachtoffers.³¹⁾ Dit blijkt vooral uit verplichte verzekeringen voor bepaalde gevaarscheppende activiteiten (o.a. de WAM, de WAKO en de Jachtwet). Men moet overigens in het achterhoofd houden dat een verplichte verzekering niet automatisch inhoudt dat de benadeelde een integrale schadevergoeding via de verzekeraar van de schadeveroorzaker ontvangt. De verbintenis van de verzekeraar om schade te vergoeden wordt bepaald door de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Beperkingen kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het eigen risico, dat wil zeggen het bedrag dat de verzekerde zelf blijft dragen, en de hoogte van de verzekerde som tot welke de verzekeraar de schade ten hoogste de schade vergoedt.³²⁾ Oftewel: 'An insurance policy is like old under-wear. The gaps in its cover are only shown by accident.'³³⁾

Dat aansprakelijkheidsverzekeringen neigen een instrument te worden ter bescherming van het slachtoffer blijkt temeer uit het feit dat de verzekeringsovereenkomst of de wet (o.a. art. 6 WAM, art. 12b Jachtwet en de Belgische wet betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen³⁴⁾ en het CLC³⁵⁾) het soms mogelijk maken dat het slachtoffer direct de verzekeraar van de schadeveroorzaker kan aanspreken (action directe).³⁶⁾ Dit eigen recht gaat veelal gepaard met een decontractualisatie, in die zin dat de contractuele verweermiddelen van de verzekeraar niet kunnen worden tegengeworpen aan het slachtoffer. Op deze manier wordt voorkomen dat daar waar het juist de bedoeling is slachtoffers tegemoet te komen, ondanks de verplichte verzekering geen uitkering zou worden gedaan. Bij aansprakelijkheidsverzekeringen kan

daarom intussen gesproken worden van een nevenschikking van dader- en slachtofferbescherming.³⁷⁾

Een ruime aansprakelijkstelling is vanuit slachtofferoogpunt noodzakelijk en is voor veroorzakers dragelijk door verzekeringsmogelijkheden. De in het bovenstaande genoemde tendens tot oprekking van het aansprakelijkheidsrecht door objectivering en het invoeren van risico-aansprakelijkheden kan het beste gepaard gaan met een verzekering aan de kant van de veroorzaker. Objectivering in het aansprakelijkheidsrecht roept verzekering op.³⁸⁾ Niet zozeer de sanctie op een verwijtbare gedraging staat dan centraal, maar het toedelen van risico's. Van Dunné spreekt in dit kader van een toedelingsmodel.³⁹⁾ Verzekeringen maken het derhalve mogelijk dat bepaalde aansprakelijkheden worden aangenomen. Het slachtofferoogpunt is daarbij doorslaggevend. Terreinen waarbij dat oogpunt van het grootste belang is, en daarbij gaat het veelal om terreinen waarvoor een verplichte verzekering geldt of waarvoor een verzekering zeer gebruikelijk is, worden gekenmerkt door een kleuring van het materiële recht.⁴⁰⁾ Leerstukken als causaal verband en eigen schuld worden daarbij op een bijzondere wijze ingevuld. De verzekering aan de kant van de veroorzaker is een onderdeel van de slachtofferbescherming.⁴¹⁾ De strekking van deze regelingen noopt tot een voor slachtoffers gunstige uitleg. Een uitleg die voor veroorzakers ook niet tot onaanvaardbare consequenties behoeft te leiden, omdat deze verzekerd is of behoort te zijn. Deze tendens is met name aanwezig in het verkeer waar de WAM-verzekering verplicht is.⁴²⁾ Deze tendens leidt in een aantal gevallen tot aansprakelijkheid waar die anders zou hebben ontbroken. Illustratief is hiervoor het betoog van A.-G. Biegman-Hartogh voor het arrest 'Meppelse ree'.⁴³⁾ Naar haar oordeel zou het: 'bepaald onredelijk zijn de gelaedeerde Lanting met alle door het falen van Vos veroorzaakte schade te laten zitten; en zulks temeer nu niet de nabestaanden van Vos, maar zijn assuradeur voor de schadeperningen kan opkomen (...)'⁴⁴⁾

Bijzondere slachtofferbescherming eist zoveel mogelijk vergoeding. Iets dat mede wordt bereikt door een eigen invulling van de genoemde leerstukken. Scholten spreekt van een collectivistisch gezichtspunt.⁴⁵⁾ Het is niet zo dat deze tendens zich alleen voor zal doen bij verplichte verzekering. Ook bij zeer gebruikelijke verzekering kan dat het geval zijn. Dat is ook terecht, omdat de wetgever in zijn keuze voor een al dan niet verplichte verzekering niet altijd even consequent is.⁴⁶⁾

Kort en goed, de technische ontwikkelingen hebben geleid tot een ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht die zonder verzekeringen niet goed mogelijk zou zijn geweest. Het aansprakelijkheidsrecht houdt zich meer en meer bezig met het toedelen van risico's, welke toedeling mede door

verzekeringen mogelijk wordt gemaakt. Het geheel overziend merkt Fleming ten aanzien van de huidige rol van het aansprakelijkheidsrecht dan ook op dat het '(...) has come to perform a not insignificant function of distributing losses in our society and has thereby assumed an active and vital role as a social regulator. This role was thrust upon it as the result of changes in the social and economic environment, especially the rise of liability insurance, which the lawyer had little, if any, opportunity to influence.'⁴⁷⁾

1.4.2 Preventie en de invloed van verzekeringen daarop

In het voorgaande is de toenemende betekenis van verzekeringen in het huidige aansprakelijkheidsrecht in grote lijnen geschetst. In deze paragraaf komt aan de orde wat dit betekent voor de zekere preventieve functie die wordt toegeschreven aan het aansprakelijkheidsrecht. Dit preventieve effect wordt veelal in verband gebracht met een eventueel strafkarakter van aansprakelijkheid of schadevergoeding. Over deze preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht, in die zin dat daardoor voor de toekomst beoogd wordt dat de schadeveroorzaker zelf (speciale preventie) of andere potentiële schadeveroorzakers (generale preventie) van schadeveroorzakende gedragingen af zullen zien, zodat de samenleving wat veiliger wordt, bestaan nogal wat twijfels.⁴⁸⁾ Zo is Bloembergen van oordeel dat: 'Schadevergoeding dient om de schade van de benadeelde op te vangen, niet om bij wege van private straf of de *punitive damages* van de common law de schuldige te straffen. Als straf is de schadevergoeding dan ook ten enenmale ongeschikt.'⁴⁹⁾ Volgens H. Drion daarentegen vormt de gedachte van preventie nog steeds een belangrijke ratio van ons aansprakelijkheidsrecht. Het feit dat het aansprakelijkheidsrecht meerdere ratio's heeft en dat het belang van de preventie-gedachte zal variëren al naar gelang de verschillende situaties waar aansprakelijkheid voor schade bestaat (denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen gevallen waarin de nadruk meer valt op de ongewenstheid van het gedrag dan op de ongewenstheid van het gevolg van het gedrag), rechtvaardigt zijns inziens niet het volledig over boord zetten daarvan. Bovendien is hij van oordeel dat: 'Zolang het schuldelement een zo belangrijke rol in het aansprakelijkheidsrecht blijft spelen, zal men de preventie-gedachte niet met goed succes kunnen uitbannen zonder haar onder een andere naam weer naar binnen te smokkelen.'⁵⁰⁾

Van verzekeringen wordt nog wel eens gedacht dat zij geen preventieve werking hebben, doch eerder het tegendeel bewerkstelligen. In oudere literatuur wordt wel de vrees uitgesproken dat (aansprakelijkheids)verzekeringen aanleiding geven tot een situatie waarin gevaarscheppende gedra-

gingen niet van de lucht zijn omdat de schadeveroorzaker denkt 'wat maakt het uit, ik ben toch verzekerd'.⁵¹⁾

Natuurlijk is het zo dat door de aanwezigheid van verzekeringen het aansprakelijkheidsrecht een deel van zijn directe preventieve functie verliest. Het is immers niet meer de veroorzaker zelf die de schade moet betalen maar diens verzekeraar. Maar ook binnen het verzekeringsrecht bestaan mogelijkheden om eventuele zorgeloosheid te beteugelen, die met name in de verzekeringsvoorwaarden geregeld zijn.⁵²⁾ Uitkering bij opzet zal veelal uitgesloten zijn. Verder kan het bij het regelmatig een beroep doen op de verzekering mogelijk zijn dat de verzekeraar de premie van de schuldige verzekerde verhoogt. De verzekerde behoudt aldus enig financieel belang bij het voorkomen van schade aan anderen. Ook valt te denken aan de mogelijkheid van opzegging van de verzekering als de verzekerde het bont maakt. Voorts is het mogelijk dat de verzekeraar bij wijze van sanctie het eigen risico verhoogt of instelt. Een wat positievere benadering is bekend onder autobezitters: indien de verzekerde een bepaalde periode schadevrij heeft gereden en diens gevolg geen beroep heeft gedaan op de verzekering krijgt hij een korting op de premie (no-claim-systeem, sinds een aantal jaren vervangen door het bonus-malus-systeem). Schadeverzekeringen en de meeste sociale verzekeringen hebben eigenlijk geen invloed op het preventieve effect van het aansprakelijkheidsrecht omdat de verzekeraar die een uitkering heeft gedaan door subrogatie respectievelijk een verhaalrecht alsnog verhaal kan zoeken op de schadeveroorzaker.⁵³⁾

Uit het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat de eventuele preventieve werking die het aansprakelijkheidsrecht heeft niet in belangrijke mate wordt aangetast door de invloed van verzekeringen. Verschillende bevoegdheden uit met name de verzekeringsovereenkomst hebben eveneens een preventief karakter.

1.5 Slot inleiding

In een breed kader is de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht en de rol van verzekeringen daarin aan de orde gekomen. Verzekering en verzekeringsmogelijkheden blijken echter ook van invloed te zijn op een minder abstract niveau. In de volgende hoofdstukken komt de meer concrete invloed van verzekeringsaspecten op de vaststelling en formulering van de aansprakelijkheidsnorm en de omvang van de civiele aansprakelijkheid aan de orde.

2. Aansprakelijkheidsverzekering

2.1 Formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm

2.1.1 Invloed op de vestiging van aansprakelijkheid? Verzekering volgt aansprakelijkheid

Als juristen het hebben over de invloed van verzekering op de aansprakelijkheid, blijkt dat zij vooral doelen op de vraag of in een concreet geschil de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de kant van de veroorzaker mag leiden tot het oordeel dat deze daarom aansprakelijk is.⁵⁴⁾ En aan de andere kant of de aanwezigheid van een eigen verzekering aan de kant van de benadeelde tot het oordeel mag leiden dat in dit geval geen aansprakelijkheid van de veroorzaker wordt aangenomen, zodat de benadeelde de schade zelf moet dragen. Over het algemeen zijn juristen van mening dat dit een bedenkelijke ontwikkeling zou zijn, zo zeer zelfs dat een aantal van hen van oordeel is dat 'verzekeringen geen invloed mogen hebben op aansprakelijkheid'.

Komt het nu voor dat rechters in een procedure aansprakelijkheid aannemen op grond van het feit dat de veroorzaker verzekerd is? Voorbeelden van een expliciete motivering in deze zin zijn zeldzaam, maar bekend is het oordeel van Lord Denning in *Nettleship vs. Weston*: 'Morally the learner driver is not at fault; but legally she is liable to be because she is insured and the risk should fall on her.'⁵⁵⁾

Hier is sprake van aansprakelijkheid vanwege verzekering. Dan een geval waarin de veroorzaker niet aansprakelijk wordt geacht, omdat de benadeelde nu eenmaal zelf verzekerd is. Ook weer een bekende (Deense) zaak, genoemd door Ussing: een bakkersknecht rijdt met zijn bestelfiets de etalage van een winkel binnen, maar de rechter acht de werkgever van de knecht niet aansprakelijk, omdat de winkelier een schadeverzekering heeft gesloten.⁵⁶⁾

Wat is er nu tegen een benadering als deze, die de verzekering in een bepaald geval in de beoordeling van al dan niet aansprakelijkheid meeneemt? In de eerste plaats past zij slecht in ons systeem van schuld- of fout-aansprakelijkheid.⁵⁷⁾ Wij kennen — afgezien misschien van bijzondere door de wetgever in het leven geroepen aansprakelijkheden — nu eenmaal een systeem van 'faute oblige' en niet van 'richesse of assurance oblige'.⁵⁸⁾ Het is niet zo dat een bepaalde vermogenspositie of het feit dat er een verzekering is tot aansprakelijkheid leidt. Daar is meer voor nodig. Een (bekende) poging om het verzekeringsaspect toch de fout-aansprakelijkheid binnen te loodsen mislukte. De fout zou dan zitten in het nagelaten hebben een verzekering af te sluiten. De ouders van een 13-jarig meisje werden uit onrechtmatige daad aangesproken, omdat zij hadden nagela-

ten een aansprakelijkheidsverzekering voor het kind te sluiten. De Hoge Raad maakt met de stelling dat ouders deze verplichting hebben korte metten en overweegt: 'dat de hier te lande bestaande rechtsopvattingen met betrekking tot de in het maatschappelijk verkeer tegenover eens anders persoon of goed betamende zorgvuldigheid, het bestaan van een verplichting van die strekking vooralsnog echter niet meebrengen;' ⁵⁹⁾

Zou niet verzekeren inderdaad onrechtmatig zijn, dan wordt in wezen verhoeld waar het om gaat. Bovendien betreft het een gekunstelde constructie. Uiteindelijk zou niet de schadeveroorzakende gedraging onrechtmatig zijn, maar het feit dat voor dergelijke schade geen (aansprakelijkheids-)verzekering is afgesloten. In wezen gaat het om de vraag wie de veroorzaakte schade dient te dragen.

Logischerwijze is een aansprakelijkheidsverzekering bovendien een gevolg van aansprakelijkheid. Niet andersom, aansprakelijkheid als gevolg van een aansprakelijkheidsverzekering: 'Haftung und Haftpflichtversicherung stehen im Verhältnis von Grund und Folge.' ⁶⁰⁾

Verder zou een hiervan afwijkende opvatting tot gevolg hebben dat in het ene geval wel aansprakelijkheid wordt aangenomen, terwijl die in het andere geval ontbreekt, omdat er geen verzekering is. Het zou dan als het ware lonend zijn om niet tegen aansprakelijkheid verzekerd te zijn.

Er valt nog meer in te brengen tegen het afleiden van al dan niet aansprakelijkheid uit de omstandigheid van daadwerkelijke verzekering aan de kant van een der partijen. ⁶¹⁾ Het is onjuist om te beweren dat de veroorzaker aansprakelijk is omdat hij, gezien zijn aansprakelijkheidsverzekering zelf denkt dat hij aansprakelijk is. Het is even onjuist om te zeggen dat de schade gedragen moet worden daar waar hij is gevallen op grond van het feit dat de benadeelde zelf verzekerd is. ⁶²⁾ Zo merkt Scholten op: 'Verzekerd zijn zonder meer kan niet alles zeggen, het kan immers zeer wel dat men zich alleen verzekert omdat men niet het risico wil lopen dat de wederpartij die schadevergoeding verschuldigd is, tot betaling niet in staat is.' ⁶³⁾

2.1.2 Wie kan het beste het risico dragen?

Daadwerkelijk aanwezige verzekeringen hebben ons inziens geen invloed op de vestiging van de aansprakelijkheid. Verzekeringen en verzekeringsmogelijkheden hebben daarentegen wel invloed op het formuleren en vaststellen van de aansprakelijkheidsnorm. Het gaat daarbij dan niet zozeer om de vraag of deze veroorzaker in dit geschil aansprakelijk is omdat hij verzekerd is, maar om de vraag bij wie in een bepaald soort gevallen het risico dat schade wordt veroorzaakt gelegd moet worden. ⁶⁴⁾ Bij dit oordeel is een belangrijk — niet het enige — gezichtspunt wie zich het bes-

te kan indekken tegen de eventuele schade of wie de schade het beste kan spreiden bijvoorbeeld door zich te verzekeren of door schade de prijs van produkten of diensten door te berekenen. Het is heel mogelijk dat men bij de beantwoording van deze vraag tot het oordeel komt dat dit niet de veroorzaker is, maar het slachtoffer zelf of eventueel een derde. Hijmans van den Bergh geeft als voorbeeld: 'de individuele klant: sleepschipper, aflader, bewaargever kan zich als regel goedkoper tegen schade verzekeren, dan de sleepbootreder, de vervoerder of het veem. Want bij deze laatsten moet de assuradeur met een vrij 'duur' gemiddelde van toe-vertrouwde goederen rekening houden, terwijl hij omtrent de goederen van den sleepschipper, aflader of koopman-bewaargever alles weet en dus goedkoper kan zijn.' ⁶⁵⁾

De vraag wie het beste het risico kan dragen en als onderdeel daarvan wie zich eventueel het beste kan verzekeren, is niet alleen een vraag die de wetgever zich stelt bij de totstandkoming van nieuwe aansprakelijkheidsregelingen, of die partijen zich kunnen stellen bij de totstandkoming van een contract, maar ook een vraag die de rechter zich stelt bij het vaststellen of er sprake is van een fout, zij het dat deze aanmerkelijk minder ruimte en keuzevrijheid heeft dan de wetgever. ⁶⁶⁾

Een bekend voorbeeld van overwegingen van de wetgever op dit punt, biedt de keuze voor de bezitter of beroeps- en bedrijfsmatige gebruiker als aansprakelijke persoon bij de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 NBW; de aansprakelijkheid behoort in beginsel te rusten op iemand: 'die, gezien vanuit de benadeelde, gemakkelijk is op te sporen en voor wie het als regel ook een voor de hand liggende maatregel kan worden beschouwd zich tegen het risico van deze aansprakelijkheid te verzekeren, zo hij dit risico niet zelf wenst te dragen'. ⁶⁷⁾

Een ander voorbeeld. Bij de regeling van de gevaarlijke stoffen (artt. 6.3.2.7a ev NBW) is gekozen voor gesegmenteerde aansprakelijkheid: aansprakelijk is degene in wiens handen de stof is op het moment dat de schade wordt veroorzaakt. De verzekeraar heeft daarbij het voordeel dat hij beter kan overzien wat het risico is, zodat de polisvoorwaarden daarop kunnen worden afgestemd: 'Verwacht mag worden dat een dergelijke verzekering gemakkelijker te verkrijgen en goedkoper zal zijn dan een dekking van alle schade door afvalstoffen veroorzaakt, nadat deze het bedrijf waarvan zij afkomstig zijn, hebben verlaten.' ⁶⁸⁾

Partijen bevinden zich eveneens in een positie om rekening te houden met verzekeringsaspecten in die zin dat zij tot een bepaalde risicoverdeling kunnen komen, waarbij iedere partij zich zo nodig kan verzekeren. ⁶⁹⁾ Overlappend zal hierbij niet altijd vermeden kunnen worden. Aan de andere kant zullen partijen soms overgaan tot het uitsluiten van bepaalde aansprakelijkheid omdat risico's anders ondragelijk kunnen worden. Van

Dunné stelt bijvoorbeeld naar aanleiding van een van de BOVAG-zaken dat: 'de BOVAG-garagehouders konden van de verzekeraars geen dekking krijgen voor de risico's (...), vandaar de uitsluiting in hun standaardvoorwaarden.'⁷⁰⁾

Ook de rechter kan in een aantal gevallen met de risicoverdelingsvraag rekening houden. Een voorbeeld vormt het arrest Baarns beslag.⁷¹⁾ Een koper van een huis had de koopprijs in handen van de notaris gegeven, die de prijs aan de verkoper overdroeg, vervolgens de akte opstuurde, die wordt ingeschreven, een dag nadat executoriaal beslag op het huis is gelegd door de Ontvanger. Advocaat-Generaal Franx: 'Het ligt eerder op de weg van de notaris zijn aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige te verzekeren (...) dan op die van de koper om zijn risico (...) te verzekeren. (...) Het verzekeringsaspect tendeeft ernaar dat de notaris die de kooppenningen meteen doorgeeft aan de verkoper, zonder te wachten totdat de eigendom vrij van hypotheek en beslagen op de verkoper is overgegaan, aansprakelijk is uit wanprestatie.'⁷²⁾ De Hoge raad lijkt met dit aspect inderdaad rekening te houden: 'Een zodanige praktijk (...) brengt noodzakelijkerwijs mee dat de notaris de koper aan bepaalde, in beginsel vermijdbare risico's bloot stelt, waarvan deze in de regel niet op de hoogte zal zijn en waartegen deze zich ook moeilijk kan wapenen.' (cursivering van ons TH/RPJLT) Deze praktijk kan de notaris dan ook niet van zijn aansprakelijkheid ontslaan, wanneer een zodanig risico zich verwezenlijkt.'⁷³⁾ Dit laatste illustreert bovendien dat het verzekeringsaspect niet doorslaggevend is, maar dat andere omstandigheden eveneens van belang zijn, zoals in dit geval de vermijdbaarheid van de risico's.

Bij de vaststelling van het feit of er van fout sprake is, gaat het in belangrijke mate om de vraag wie — naar verkeersopvattingen — het risico moet dragen. Deze verkeersopvattingen hebben bij de toerekening een wettelijke basis gekregen in de artt. 6:75 en 6:162 lid 3 NBW. Bij de vraag wie het risico moet dragen kunnen als zojuist is uiteengezet de verzekeringsaspecten een rol spelen. In de doctrine wordt in dit kader aan de *aanwezigheid* van verzekeringen nog een rol toebedeeld. Uit de aanwezigheid van verzekering zou namelijk mede afgeleid kunnen worden wat de verkeersopvattingen meebrengen. Vooral Hartkamp heeft zich voor deze opvatting sterk gemaakt,⁷⁴⁾ waarbij hij bijval heeft gekregen van onder meer Bloembergen en Franx.⁷⁵⁾ Hij baseert zich daarbij vooral op het arrest Fokker/Zentveld waarbij de Hoge Raad aansprakelijkheid afwijst mede omdat de benadeelde tegen schade verzekerd is: 'dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening komt.'⁷⁶⁾

Uiteindelijk gaat het om de vraag wie het beste het risico kan dragen, waarbij een vraag als wie kan zich het beste verzekeren van invloed kan zijn. Het antwoord op de vraag wat de verkeersopvattingen dan meebrengen kan dan afgeleid worden uit de aanwezigheid van verzekeringen. Maar ook de al dan niet gebruikelijkheid van verzekeringen is dan van belang. Een voorbeeld. Het Hof Amsterdam overwoog in een geval waarin de werkgever schadevergoeding op grond van wanprestatie vorderde van een boekhouder dat deze niet aansprakelijk was onder meer omdat gezien diens functie bepaalde fouten tot grote schade konden leiden zeker wanneer daarbij van hoger hand weinig toezicht werd uitgeoefend en: 'Daarbij komt dat het tot nu toe in de Nederlandse arbeidsverhoudingen niet gebruikelijk (cursivering van ons TH/RPJLT) is dat werknemers zich verzekeren tegen aansprakelijkheid jegens de werkgever wegens in dienstbetrekking gemaakte fouten.'⁷⁷⁾ Deze omstandigheid mocht het Hof inderdaad in de beoordeling meenemen aldus de Hoge Raad.

De hier besproken benadering moet echter met voorzichtigheid worden gebruikt. Hartkamp wijst daar zelf al op.⁷⁸⁾ Het is immers zoals hierboven (2.1.1) reeds is opgemerkt soms zo dat verzekeringen voor de zekerheid worden gesloten waar onduidelijk is hoe de aansprakelijkheidsvraag moet worden beantwoord of waar men wil voorkomen dat men de dupe wordt van insolventie van de ander.

Aan omstandigheden als wie zich het best of goedkoopst kan verzekeren komt binnen de risicotoeделingsvraag dus betekenis toe. Dat betekent niet dat hier een pleidooi wordt gehouden voor het behoren te verzekeren als aansprakelijkheidsgrond,⁷⁹⁾ het *assurabilité* oblige, in rechterlijke procedures. Het gaat om de vraag wie het risico dat schade veroorzaakt wordt behoort te dragen, waarbij een der omstandigheden vormt de vraag wie zich pleegt te verzekeren of wie zich het beste kan verzekeren. Dat wil dus niet zeggen dat degene die zich het goedkoopst kan verzekeren aansprakelijk is respectievelijk de schade zelf dient te dragen.⁸⁰⁾ Om een voorbeeld te geven; op basis van vergoedingsmotieven is het goed mogelijk dat het slachtoffer zelf zijn schade zou dienen te dragen,⁸¹⁾ omdat hij zich het makkelijkst kan verzekeren, terwijl uit preventie-, spreidings- of andere aansprakelijkstellingsmotieven de andere partij toch aansprakelijk dient te zijn.⁸²⁾ Dat laatste kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien juist zij invloed kon uitoefenen op de schadeveroorzakende activiteit. Zo speelde bijvoorbeeld, zoals reeds eerder is vermeld, in het arrest Baarns Beslag niet alleen het verzekeringsaspect een rol maar ook het feit dat de risico's waaraan de koper door de notaris werd blootgesteld vermijdbaar waren.

2.1.3 Verzekerbaarheid

Er is in de formuleringsfase nog een andere invloed van verzekeringen aan te wijzen. Bij het formuleren van een norm die leidt tot aansprakelijkheid buiten klassieke schuld door de rechter of de wetgever moet men zich er rekenschap van geven of deze aansprakelijkheid nog wel verzekeraar is.⁸³⁾ Verzekerbaarheid dus als grens voor aansprakelijkheid. Volgens Nieuwenhuis is dit de enige invloed van verzekeringen op de vestiging van aansprakelijkheid buiten schuld.⁸⁴⁾ In onze opvatting kan het verzekeringsaspect ook van betekenis zijn voor de vraag of er in een bepaald soort gevallen aansprakelijkheid bestaat. Maar inderdaad: *in beginsel* moet geen aansprakelijkheid buiten schuld worden aangenomen, waar deze niet te verzekeren is.⁸⁵⁾ Niet alleen is dat onwenselijk voor potentiële aansprakelijke personen,⁸⁶⁾ bovendien: 'kan worden gezegd dat een niet verzekerbare aansprakelijkheid, althans uit een oogpunt van slachtofferbescherming, goede zin mist.'⁸⁷⁾

De tendens om aansprakelijkheid verzekeraar te houden blijkt vooral in het wetgevingsstadium duidelijke gevolgen te hebben. In het bovenstaande is al gewezen op de invloed bij de keus voor de aansprakelijke persoon, die zich bovendien kan uiten in kanalisatie (afd. 6:3.2 NBW en de artt. 1407a ev BW) en segmentering van aansprakelijkheid (artt. 6:3.2.7a e.v. NBW), een andere uiting is de mogelijkheid van individuele matiging door de rechter (art. 6:109 NBW) en collectieve matiging: de limitering van de aansprakelijkheid (art. 6:110 NBW) die beide in 2.5 uitvoeriger aan de orde zullen komen.

2.1.4 Slot formulering en vaststelling van de aansprakelijkheidsnorm

Uit het voorgaande is gebleken dat verzekeringen geen invloed hebben op de vestiging van aansprakelijkheid, maar dat het verzekeringsaspect een rol speelt in de fase waarin de aansprakelijkheidsnorm geformuleerd of vastgesteld wordt. Aansprakelijkheids- en eigen verzekeringen zijn van betekenis bij de verdeling van risico's, bij de vraag derhalve wie met een bepaald risico opgezaaid moet worden. Bij deze vraag speelt *mede* een rol wie zich pleegt te verzekeren of wie zich het beste kan verzekeren. Deze vraag kan bij de totstandkoming van een contract aan de orde komen, maar kan bovendien door de wetgever meegenomen worden bij de inrichting van een aansprakelijkheidsregeling en kan zelfs door de rechter worden gesteld bij de vaststelling van een (ongeschreven) aansprakelijkheidsnorm. Bij deze risicoverdeling gaat het niet om verzekeringen in een *concreet geval*, maar om verzekeringen in dit *soort gevallen*. Tenslotte spelen aansprakelijkheidsverzekeringen in de formuleringsfase van de aansprakelijkheidsnorm nog een andere rol in die zin dat de verzekeraar in beginsel

de voorwaarde of begrenzing vormt van aansprakelijkheid buiten schuld.

2.2 Causaal verband

2.2.1 Ontwikkeling

Naar algemeen wordt aangenomen behoeft de schuldenaar slechts de schade te vergoeden die het gevolg is van zijn wanprestatie of onrechtmatige daad.⁸⁸⁾ Welk causaliteitsbegrip men daarbij aanhangt is met name afhankelijk van de visie die men op het aansprakelijkheidsrecht heeft (zie 1.4). Degenen die de vergeldingsgedachte hoog in het vaandel hebben staan verlangen een duidelijk oorzakelijk verband en stellen daar strenge eisen aan. Het leerstuk van de causaliteit wordt in die visie uitsluitend gebruikt om aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker te beperken.⁸⁹⁾ Een dergelijke causaliteitstheorie als bijvoorbeeld de adequatietheorie levert problemen op bij het vaststellen van causaal verband in onder meer predispositie gevallen.⁹⁰⁾ Immers, het betreft hier in wezen onvoorzienbare gevolgen. Niet voor niets moest de adequatietheorie af en toe enorm worden opgerekt om tot aanvaardbare resultaten te kunnen komen.⁹¹⁾ Denk aan het bekende Haringstalletje-arrest.⁹²⁾ Van een begrenzing is dan geen sprake meer.⁹³⁾ In het kader van de leer van de adequate veroorzaking mag ook geen rekening worden gehouden met verzekering, omdat dit geen invloed heeft op de waarschijnlijkheid van het gevolg.⁹⁴⁾ Aanhangers van de modernere causaliteitstheorie, de toerekening naar redelijkheid, kijken daarentegen in hoeverre het redelijk is om de schade aan de veroorzaker toe te rekenen.⁹⁵⁾ In deze gedachtengang is de mogelijkheid dat de schade afgewenteld kan worden op een sociale- of particuliere verzekeraar een factor die van belang kan zijn bij de al dan niet toerekening van een schadepost.

2.2.2 Toerekening naar redelijkheid

Dat er een causaal verband vereist is tussen de toerekenbare tekortkoming in de nakoming (wanprestatie) of de onrechtmatige daad en de uiteindelijke schade blijkt uit de wet: art 6:74 lid 1 NBW ('daardoor') respectievelijk art. 6:162 lid 1 NBW ('dientengevolge'). In beginsel⁹⁶⁾ is als minimum voorwaarde vereist dat een dergelijke gebeurtenis een onmisbare voorwaarde vormt voor het ontstaan van de schade (*conditio sine qua non*).⁹⁷⁾ De eis van het causaal verband wordt vervolgens verder uitgewerkt in art 6:98 NBW. Hierin is bepaald dat voor vergoeding 'slechts' in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij hem als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Dit met name gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Het arti-

kel is in overeenstemming met de heersende leer en de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds de jaren zeventig.⁹⁸⁾

De toerekeningsleer beoogt de rechter de vrijheid te geven het vaststellen van de aansprakelijkheid en de omvang van de te vergoeden schade van geval tot geval te beoordelen. Uit het arrest Van Hees/Esbeek kan worden afgeleid dat de rechter bij diens causaliteitsoordeel moet letten op alle omstandigheden van het geval.⁹⁹⁾ Volgens Schut wordt, anders dan voorheen, de schade niet meer in een rechte lijn met de daad als de oorzaak ervan geplaatst, maar in een meerzijdig functioneel toerekeningsverband waarbij ook allerlei andere factoren dan de causaliteit in enge zin bepalend zijn voor dit toerekeningsverband.¹⁰⁰⁾ Er wordt ook wel gesproken van een multifactor benadering.¹⁰¹⁾ Langemeijer merkt in dit verband op dat het de redelijkheid van de uitkomst is die van gevaltype tot gevaltype een verschillende uitkomst lijkt te indiceren.¹⁰²⁾ In wezen staat dan niet meer de causaliteit in enge zin voorop maar de toerekening.¹⁰³⁾ De omstandigheid dat een schadepost gedekt wordt of kan worden door een verzekering aan de kant van de schadeveroorzaker of de benadeelde kan — zoals in de volgende paragraaf aan de orde komt — dan ook meegewogen worden als een van de vele factoren die van invloed zijn op de toerekeningsvraag.

Volgens de NBW-wetgever en de doctrine dient de rechter bij diens uiteindelijke oordeel aan te geven aan welke factoren hij betekenis heeft gehecht om een bepaalde schade al dan niet aan de aansprakelijke persoon toe te rekenen.¹⁰⁴⁾ De factor verzekering kan hierdoor wellicht wat meer uit de sfeer van slechts een verborgen invloed gehaald worden.

2.2.3 De invloed van verzekeringen

Zoals hierboven reeds kort is aangestipt, is een van de omstandigheden die bij de toerekeningsvraag een rol speelt of er verzekeringen terzake van de schade bestaan of behoren te bestaan aan de zijde van de aansprakelijke persoon en/of de gelaedeerde. Er kan niet vaak genoeg op gewezen worden dat verzekering slechts een aspect is, naast andere, voor de vraag of een schadepost als gevolg van een onrechtmatige daad of wanprestatie aan de schadeveroorzaker kan worden toegerekend. De verschillende gezichtspunten die voor de beoordeling van de toerekeningsvraag van belang zijn, zoals de aard van de aansprakelijkheid en de schade, de voorzienbaarheid en dergelijke, moeten steeds zo veel mogelijk in onderling verband worden gezien. Bijvoorbeeld bij overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen (...) die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich in het concrete geval mogen voordoen.¹⁰⁵⁾ Deze beschermende strekking en het bestaan van een wette-

lijke aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van bijvoorbeeld een automobilist, kunnen het rechtvaardigen dat de door deze veroorzaakte verkeersschade spoedig en ruim wordt toegerekend. Ten aanzien van deze ruime toerekening bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen merkt G.J. Scholten op dat dit rechtvaardig is in de gevallen waarin verzekering wettelijk verplicht is (veelal aanrijdingen). Zoals reeds in 1.4.1 is vermeld wijst de wet hier naar zijn opvatting op inachtneming van een collectivistisch gezichtspunt, dat met zich meebrengt dat zoveel mogelijk alle schade vergoed wordt. De gevallen waarin de verzekering wel aanwezig, maar niet verplicht is nemen naar zijn opvatting een tussenpositie in; het collectivistische aspect is hier zwakker aanwezig.¹⁰⁶⁾

Hoewel de NBW-wetgever over het verzekeringsaspect bij causaliteit zwijgt en ook de rechtspraak niet expliciet blijkt geeft rekening te houden met verzekeringen bij het oordeel omtrent de toerekening van bepaalde schadeposten, wordt deze invloed in de literatuur vrijwel algemeen erkend.¹⁰⁷⁾ Ook in het buitenland wordt daar zo over gedacht. Markesinis merkt bijvoorbeeld op: 'La pratique de l'assurance et des considérations économiques jouent également un grand rôle dans la solution des problèmes de causalité.'¹⁰⁸⁾

Reeds Köster, die beschouwd wordt als de vader van de toerekening naar redelijkheid, wees in zijn oratie (punt d van zijn schema) op het verzekeringsaspect, zij het dat hij in zijn oratie alleen de omvang van de schade bij buitencontractuele aansprakelijkheid behandelde.¹⁰⁹⁾ Ook in het bekende schema van Brunner in *Verkeersrecht* van 1981, vormt de factor dat er sprake is van een WA-verzekering aan de kant van de schadeveroorzaker of een schadeverzekering aan de kant van de benadeelde (aarselend) reden om de schade eerder respectievelijk minder snel toe te rekenen.¹¹⁰⁾ Van gelijke strekking is de opvatting van Schoordijk, dat de verzekeringsmogelijkheid en de verzekeringsplicht die iemand naar maatschappelijke normen heeft de causaliteit in verruimende zin beïnvloeden.¹¹¹⁾ En ook Hartkamp is de opvatting toegedaan dat de rechter eerder geneigd is aan te nemen dat aan het vereiste van causaal verband is voldaan indien sprake is van verzekeringsdekking.¹¹²⁾

Van Schellen drukt het nog scherper uit door te stellen dat 'de grote verwarring op causaal terrein' niet zal ophouden 'voordat men tot het inzicht komt dat het feit van verzekerd-zijn van de laedens een kern-factor in de beoordeling hoort te zijn, en wel een factor die aansprakelijkheid-bevorderend werkt. Veel mensen die dit in hun hart ook vinden, durven het niet openlijk te zeggen en nemen hun toevlucht tot een gangbare theorie die tot gelijke resultaten voert. Dat is denk-oneerlijkheid.'¹¹³⁾

2.2.4 Slot causaal verband

Sinds de toerekening naar redelijkheid het geldende causaliteitscriterium is, kan de rechter bij de causaliteitsvraag rekening houden met verzekeringen aan de kant van zowel de schadeveroorzaker als de benadeelde. De literatuur kent aan deze factor bij het toerekenen van schadeposten grote betekenis toe. De wetgever en de rechtspraak laten zich er daarentegen niet uitdrukkelijk over uit. Gezien de mogelijkheid en het grote belang om verzekeringen bij het toerekeningsoordeel te betrekken, dient de rechter ons inziens dit aspect — zo hij dit in een aanhangige zaak van belang acht — ook in zijn oordeel tot uitdrukking te brengen.

2.3 Eigen schuld

2.3.1 Algemeen

Wanneer de schade ten gevolge van wanprestatie of een onrechtmatige daad mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen. Maatstaf hierbij is de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Hoewel hier sprake is van een causaliteitsmaatstaf,¹¹⁴⁾ wordt nog steeds gesproken van het leerstuk van de 'eigen schuld'. Een billijkheidscorrectie, met als gevolg dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, is mogelijk op grond van de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten (schuld criterium) of de andere omstandigheden van het geval. Een en ander blijkt uit art. 6:101 lid 1 NBW, dat in zijn geheel het geldende recht terzake weergeeft.¹¹⁵⁾

2.3.2 De invloed van verzekeringen

J. Drion wees al in 1963 op de invloed van verzekeringen op het leerstuk van de eigen schuld: 'In gevallen van schadeveroorzaking, waarin de dader voor wettelijke aansprakelijkheid verzekerd pleegt te zijn — omdat de WA-verzekering gebruikelijk of zelfs wettelijk verplicht is — terwijl de benadeelde zich meestal niet tegen eigen schade verzekerd heeft, zal de neiging bestaan een eng begrip 'eigen schuld' te verdedigen, omdat men aldus een ruimer verhaal op de WA-verzekeraar verkrijgt en daarmee een grotere spreiding van de schade. Omgekeerd, in de gevallen van schadeveroorzaking waarin de benadeelden zelf verzekerd plegen te zijn, doch de daders niet of niet volledig, zou men met een eng begrip 'eigen schuld' veel schade aan de risicospreiding via de verzekering onttrekken.'¹¹⁶⁾ Ook hier gaat het om een invloed samenhangend met een collectivistisch gezichtspunt (1.4.1).

Later is de invloed van verzekeringen op de eigen schuld uitgebreid aan de orde gesteld door Van Wassenauer van Catwijck.¹¹⁷⁾

Het verzekerd zijn of kunnen zijn van de schuldenaar dan wel van de schadelijder kan invloed hebben op het aannemen van en op de omvang van eigen schuld van de benadeelde in het concrete geval. Is de schuldenaar — al dan niet verplicht — tegen aansprakelijkheid verzekerd, dan kan het billijk geoordeeld worden een beroep op eigen schuld minder snel of in beperkte mate te honoreren. In de omgekeerde situatie (de benadeelde heeft een verzekering gesloten, die de door hem geleden schade dekt) is het mogelijk dat eigen schuld juist eerder of in omvangrijkere mate wordt aangenomen.¹¹⁸⁾ Wij merken verder nog op dat een uitkering van een verzekering aan de kant van de benadeelde in het algemeen onafhankelijk is van eventuele eigen schuld (vgl. art. 7:17.2.9 NBW).¹¹⁹⁾

De vraag die vervolgens rijst is welke wettelijke aanknopingspunten er bestaan om de invloed van verzekeringen in concreto op het leerstuk van de eigen schuld te baseren. In de eerste plaats kan ons inziens daartoe de causaliteitsmaatstaf, de hoofdregel van art. 6:101 lid 1 NBW, dienen.¹²⁰⁾ Hierbij kan aansluiting gezocht worden bij hetgeen is bepaald in het causaliteitsartikel art. 6:98 NBW. Korthedshalve verwijzen wij daarvoor naar hetgeen is gezegd in 2.2.3.

Meestal wordt de invloed van verzekeringen in dit verband echter gebaseerd op de billijkheidscorrectie. In deze zin bijvoorbeeld Van Wassenauer van Catwijck. Hij verwijst hierbij naar art. 3:12 NBW, welk artikel bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening moet worden gehouden met onder andere de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.¹²¹⁾ Daaronder valt zijns inziens ook het verzekeringsaspect.¹²²⁾ Ook Hartkamp wijst er op dat het feit dat de aansprakelijkheid van de laedens door verzekering is gedekt tot toepassing van de billijkheidscorrectie kan leiden.¹²³⁾

Wij zijn het met Van Dunné eens dat de rechter de omstandigheden en factoren die voor de billijkheidscorrectie van belang zijn in de uitspraak dient op te nemen.¹²⁴⁾ Ons inziens volgt dit reeds uit het feit dat het toepassen van de billijkheidscorrectie 'uitzonderingsrecht' betreft. Het gebruik maken van een uitzondering op de hoofdregel verdient altijd een grondige motivering. Ook de Hoge Raad stelt deze strenge motiveringseis.¹²⁵⁾

Aanvankelijk besteedde ook de NBW-wetgever aandacht aan het onderhavige onderwerp. Zo bepaalde de toelichting op art. 6.3.6 Ontwerp 1961, de voorloper van art. 6:101 NBW, dat: 'Tot de omstandigheden die voor het billijkheidsoordeel relevant kunnen zijn, behoren o.a.: (...) de aanwezigheid en de omvang van een aansprakelijkheidsverzekering (...).'¹²⁶⁾ In

de parlementaire stukken vanaf het Gewijzigd Ontwerp is deze passage niet meer opgenomen. Naar de reden daarvan kunnen wij slechts gissen.

2.3.3 Beperking of afschaffing van eigen schuld

Het leerstuk van de eigen schuld speelt in de praktijk een belangrijke rol in het verkeersaansprakelijkheidsrecht. De stelling dat ook de benadeelde wat beter uit had moeten kijken komt veelvuldig voor. Echter, bij bepaalde verkeersongevallen is de mogelijkheid om eigen schuld ex art. 31 lid 6 WWV aan te nemen, met name waar het ongevallen met zeer jeugdige kinderen betreft, beperkt vanwege het beschermende karakter van de WWV.¹²⁷⁾ Dit artikellid zal overigens op het moment van inwerkingtreding van het NBW komen te vervallen, omdat het door de wetgever overbodig wordt geoordeeld naast art. 6:101 NBW.¹²⁸⁾ Deze ver reikende aansprakelijkheid voor motorrijtuigen kan niet los worden gezien van het verzekeringsaspect.¹²⁹⁾ De wettelijke verzekeringsplicht vervult als het ware een complementaire functie ten aanzien van de in de WWV neergelegde verzwaarde aansprakelijkheid voor de automobilist. En als gezegd, dit heeft zijn invloed op het aannemen, of beter gezegd het beperken van de mogelijkheid om een beroep te doen op eigen schuld van het verkeersslachtoffer. Ook de Hoge Raad lijkt deze opvatting te zijn toegedaan in het recente arrest 'Ingrid Kolkman'.¹³⁰⁾ In het kader van het oordeel dat in gevallen als deze, waar zeer jonge kinderen bij betrokken zijn, de billijkheid eist dat de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel voor de gehele door het kind geleden schade aansprakelijk is, tenzij de gedragingen van het kind opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van de aanrijding opleveren, overweegt de Hoge Raad: '(...) dat art. 31 WWV mede tot strekking heeft om kinderen (...) te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerd verkeer — *waarvoor een verplichting tot verzekering van aansprakelijkheid bestaat* (cursivering van ons TH/RPJLT) — voor hen meebrengt.' Ons inziens blijkt hieruit dat de Hoge Raad het verzekeringsaspect expliciet bij zijn oordeel heeft betrokken, in die zin dat de verplichte verzekering het collectivistisch gezichtspunt versterkt.

Gezien het vorenstaande pleit Wachter er voor in WWV-zaken geen beroep op eigen schuld van het slachtoffer te aanvaarden.¹³¹⁾ Ook de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid concludeert in beide door haar voorgestelde systemen — verkeersverzekering en risico aansprakelijkheid — dat aan eigen schuld geen betekenis moet worden toegekend, behoudens ingeval van opzettelijke schadetoebrenging.¹³²⁾ Deze voorstellen hebben recent een vervolg gekregen in de notitie Verkeersaansprakelijkheid van minister Hirsch Ballin, waarover in 4.3 meer volgt.¹³³⁾ De vorenstaande tendens is ook buiten ons land waar te nemen. Zo is in Frankrijk naar aanleiding van het bekende arrest Desmares (CdC 2me civ. 21 juli 1982, D 1982,

449 m.nt. Larroumet, rectificatie in D 1982, 487),¹³⁴⁾ dat het beroep op eigen schuld van het slachtoffer zeer sterk inperkte, de bescherming van slachtoffers van het gemotoriseerde verkeer sinds enige tijd in de wet geregeld (Wet van 5 juli 1985, 85-677, de zogenaamde Loi Badinter)¹³⁵⁾ In deze wet wordt onder meer een beroep op overmacht of eigen schuld in geval van letselschade van voetgangers, fietsers en inzittenden uitgesloten. Markesinis wees er kort na het wijzen van dit arrest op dat het de verzekering is die het mogelijk maakt dat arresten als Desmares worden gewezen ter bescherming van het slachtoffer.¹³⁶⁾

Zoals het er nu naar uitziet komt de wetgever in Nederland er niet aan toe om binnen afzienbare tijd een beroep op eigen schuld in gevallen als de vorenstaande te beperken. Ons inziens biedt de huidige opvatting omtrent eigen schuld voldoende mogelijkheden om tot het gewenste resultaat te komen.

2.3.4 Verzekering en reflexwerking van art. 31 WWV

In het vorenstaande is reeds aan de orde gekomen dat de ontwikkeling van bescherming van slachtoffers van het gemotoriseerde verkeer door verscherping van de aansprakelijkheid voortvloeit uit de strekking van de WWV en kan worden verklaard en aanvaardbaar gemaakt door de verplichte verzekering (WAM). Bij de afwikkeling van de schade op grond van de WWV, welke alleen van toepassing is voor de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van een motorrijtuig voor schade door aanrijding toegebracht aan niet met dat motorrijtuig vervoerde personen of goederen, leidt dit tot het beperken van een beroep op eigen schuld van het verkeersslachtoffer.

Hoe ligt dit nu in de spiegelbeeldige situatie waarin een voetganger of een fietser wordt aangesproken tot vergoeding van door hen toegebrachte schade door aanrijding van een auto? Dit betreft de vraag naar de reflexwerking van art 31 WWV, die uitvoerig door de Hoge Raad aan de orde is gesteld in het arrest GAFLIC/Mulder en op bijzonder instructieve wijze door waarnemend A.-G. Bloembergen in de toelichting op deze vordering tot cassatie in het belang der wet wordt besproken.

Het oordeel van de Hoge Raad in het arrest GAFLIC/Mulder komt er op neer dat, met name op grond van het beschermende karakter van 31 WWV, in de verhouding tussen de eigenaar van de auto en de bij een aanrijding betrokken voetganger of fietser, de schade aan de auto in beginsel voor rekening van de autoeigenaar komt, behoudens door hem te bewijzen overmacht of eigen schuld. De verzwaarde aansprakelijkheid van art. 31 WWV heeft derhalve reflexwerking voor het omgekeerde geval dat een automobilist een fietser of voetganger aanspreekt tot schadevergoeding op grond van art. 1401 BW/art. 6:162 NBW. In de vorige subparagraaf is

reeds vermeld dat aan het beroep van de automobilist op eigen schuld van de fietser of voetganger hoge eisen worden gesteld.

Het is interessant om, zoals Bloembergen doet, het verzekeringsaspect bij deze reflexwerking te betrekken om te bepalen of een dergelijke reflexwerking aanvaardbaar is. De belangen van de automobilisten en de voetgangers en fietsers moeten daarbij afgewogen worden.

Naar de opvatting van Bloembergen laat art. 6:101 lid 1 NBW de rechter grote vrijheid, zodat naar zijn mening niet valt in te zien waarom de rechter niet de vrijheid zou hebben om met verzekeringsaspecten rekening te houden. Bloembergen acht zowel van belang of er in concreto een verzekering is als hoe de verzekeringssituatie in het algemeen is. Als we kijken welke schadeposten door verzekering gedekt zijn aan de kant van de benadeelde automobilist en/of de schadeveroorzakende fietser of voetganger, dan levert dat het volgende beeld op. Schade aan de auto (blikshade) is aan de zijde van de potentieel benadeelde automobilist slechts in ongeveer 40% van de schadegevallen gedekt door een cascoverzekering (WA + casco). De verplichte standaard WA-verzekering van de autoeigenaar dekt deze schade niet. Als de automobilist persoonlijke schade lijdt, levert dit een gevarieerder beeld op. Medische kosten en een groot deel van de inkomstenschade zijn veelal gedekt (sociale of particuliere verzekeringen en -voorzieningen), doch de top van de inkomensschade en de immateriële schade is vrijwel nooit gedekt. Daartegenover staat aan de kant van de schadeveroorzakende fietsers of voetgangers, dat 85% van de particuliere huishoudens in Nederland beschikt over een algemene aansprakelijkheidsverzekering.¹³⁷⁾ Dit 'verzekeringsplaatje', om een modewoord te gebruiken, pleit tegen het aanvaarden van de reflexwerking van art. 31 WvW met betrekking tot onder meer eigen schuld. De beschermende strekking van de WvW weegt echter zwaarder blijkens de Hoge Raad in navolging van Bloembergen. Hieruit spreekt wederom het vaker genoemde collectivistische gezichtspunt (1.4.1).

Bloembergen zou, met toepassing van de billijkheidscorrectie, reflexwerking niet willen aanvaarden als zich in concreto cumulatief de volgende omstandigheden voordoen:

- a. de fout van de fietser of de voetganger staat vast;
- b. de aansprakelijkheid van de fietser of de voetganger is door verzekering gedekt;
- c. het gaat bij de automobilist om letselschade; en
- d. de schade die de automobilist vergoed wil hebben is niet door verzekering gedekt.

Kortmann bekritiseert deze opsomming, door de aanvaarding van een

uitzondering niet in de eerste plaats te willen laten afhangen van de vraag of er in concreto is verzekerd aan de kant van de schadeveroorzaker en de benadeelde, maar of van automobilisten of fietsers op grond van het gebruik of een rechtsplicht in redelijkheid kan worden verwacht dat zij een verzekering hebben afgesloten.¹³⁸⁾ Ook naar onze opvatting hangt het aannemen van een billijkheidsuitzondering in een concreet geval niet alleen af van de daadwerkelijke verzekeringspositie, maar ook van de gebruikelijkheid van verzekering in dit soort gevallen. Immers, ook dit is een factor die van betekenis moet zijn bij de vaststelling van de concrete billijkheid.

2.3.5 Slot eigen schuld

Bij de invulling van het leerstuk van de eigen schuld is de invloed van verzekeringen, zeker volgens de literatuur, aan de kant van zowel de schadeveroorzaker als het slachtoffer van belang. In de eerste plaats wijzen wij op het collectivistische gezichtspunt, dat het sterkst blijkt bij verplichte verzekeringen. Een en ander leidt tot een eng begrip eigen schuld (expliciet erkent de Hoge Raad dit in het arrest Ingrid Kolkman) en het aannemen van reflexwerking van een verzwaarde aansprakelijkheid bij het al dan niet aanvaarden van een beroep op eigen schuld. Bij verkeersaansprakelijkheid voor automobilisten tegenover de ongemotoriseerde medemens gaan zelfs stemmen op om het beroep op eigen schuld van het slachtoffer te beperken of uit te sluiten. In concrete gevallen biedt de billijkheidscorrectie de mogelijkheid om gezien de eventuele verzekeringen over en weer tot een genuanceerd oordeel te komen. De verzekeringspositie is hier een — zij het niet altijd de zwaarstwegende — factor waar rekening mee gehouden moet worden. De rechter dient bij de toepassing van de billijkheidscorrectie zijn oordeel uitvoerig te motiveren.

2.4 Draagplicht

2.4.1 Risicoverdeling

Verzekeringen hebben niet alleen invloed op de aansprakelijkheid jegens een derde maar ook op de verhouding tussen de aansprakelijke personen onderling. Indien meerdere personen verplicht zijn jegens een benadeelde dezelfde schade te vergoeden, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:102 NBW). Onderling moeten zij in de schade bijdragen volgens de maatstaf van art. 6:101 NBW, dat wil zeggen: 'in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.' Voor zover iemand meer voldoet heeft hij verhaal op de andere aansprakelijke personen (art. 6:10 NBW). Hiermee is de hoofdregel die het NBW hanteert geschetst.¹³⁹⁾ De draagplicht wordt in belangrijke mate

beïnvloed door de eventueel aanwezige rechtsverhouding tussen de aansprakelijke personen.¹⁴⁰⁾ Afweging van omstandigheden die tot de schade hebben bijgedragen is het meest eenvoudig in gevallen waarin de aansprakelijkheid berust op art. 6:162 NBW, omdat dan een afweging van fouten gemaakt kan worden. In dat kader spelen de eventuele risicoverdeling en daarmee mogelijk het verzekeringsaspect zoals die in de formuleringsfase van belang kunnen zijn (2.1.2) een rol. Een dergelijke risicoverdeling kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de eventuele rechtsverhouding van partijen. Bij het vaststellen van de aansprakelijkheid komt de rechter tot een verdeling, die jegens de benadeelde niet tot uiting komt (alle personen zijn immers hoofdelijk aansprakelijk) doch onderling gevolgen heeft.

Toepassing van de hoofdregel van de artt. 6:102 jo 6:101 NBW is minder eenvoudig indien een van de personen 'slechts' kwalitatief aanspreeklijk is. In dat geval vallen er geen fouten af te wegen. Toch betekent dat niet dat degene die fout-aansprakelijk is steeds ook draagplichtig is. Vooral in gevallen, waarin deze laatste persoon slechts een niet zo ernstige fout heeft gemaakt, is het van belang dat de wetgever zich bij de vraag wie in het algemeen de meest gereede partij is om het risico van schade te dragen heeft uitgesproken voor de kwalitatief aansprakelijke persoon. Bij de keuze voor deze persoon spelen als al eerder opgemerkt ook verzekeringsaspecten een rol. In gevallen van een lichte fout van een ander zal de kwalitatief aansprakelijke persoon daarom draagplichtig moeten zijn.

2.4.2 Billijkheidscorrecties

Tot dusver is alleen gebleken dat verzekeringen via de risicoverdeling een rol kunnen spelen in de verhouding tussen de aansprakelijke personen onderling, maar Van Wassenae van Catwijk verdedigt dat de concrete verzekerings situatie daarnaast van invloed kan zijn bij de billijkheids correcties die men bijvoorbeeld aantreft via art. 6:102 lid 1 in art. 6:101 evenals in de artt. 6:165 lid 2 en 6:170 lid 3 NBW.¹⁴¹⁾ Zoals hierboven in de paragraaf over eigen schuld (2.3) is gebleken staat Van Wassenae van Catwijk niet alleen in zijn opvatting. Ook Hartkamp en Van Dunné zijn van mening dat bij de billijkheid de economische positie van partijen een rol speelt.¹⁴²⁾ Volgens art. 6:170 lid 3 NBW is de werkgever draagplichtig, tenzij de ondergeschikte opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld.¹⁴³⁾ Hierop is weer een uitzondering mogelijk op basis van de omstandigheden van het geval. In theorie kan de concrete verzekeringspositie één van deze omstandigheden zijn, maar in de verhouding werkgever-werknemer ligt het niet voor de hand dat dit er toe leidt dat de werknemer draagplichtig is.

2.4.3 Slot draagplicht

Verzekeringen kunnen van belang zijn in de verhouding tussen meerdere aansprakelijke personen bij een risicoverdeling die door partijen, de wetgever of de rechter gemaakt kan zijn. Verder kan de (concrete) verzekerings situatie een rol spelen via billijkheids correcties.

2.5 Matiging en limitering

Limitering van aansprakelijkheid (art. 6:110 NBW) en rechterlijke matiging (art. 6:109 NBW) hebben een gelijke ratio: beide technieken zijn gecreëerd om een voorziening te treffen voor desastreuze gebeurtenissen met abnormaal veel schade.¹⁴⁴⁾ De plaatsing in afdeling 6.1.10 NBW geeft aan dat beide instrumenten van toepassing zijn op alle vormen van wettelijke schadeloosstelling waarvan de belangrijkste die uit onrechtmatige daad en wanprestatie zijn.

Voor het overige verschillen beide instrumenten sterk. Zo is matiging een rechterlijke werkzaamheid en is limitering van aansprakelijkheid voorbehouden aan de wetgever. Een wettelijke limiet wordt bijna altijd vastgesteld vóór het evenement dat tot aansprakelijkheid heeft geleid plaatsvindt. Rechterlijke matiging daarentegen geschiedt als de omvang van de aansprakelijkheid reeds is vastgesteld. Matiging ziet dan ook op het concrete individuele geval, terwijl limitering getypeerd kan worden als een soort collectieve matiging. Gemeenschappelijk is dat de wetgever bij beide technieken uitdrukkelijk grote aandacht heeft voor het verzekeringsaspect.

Overigens is het niet uitgesloten dat de rechter een reeds krachtens limitering gematigde aansprakelijkheid ook nog eens op grond van art. 6:109 NBW matigt.¹⁴⁵⁾ Deze situatie kan zich voordoen als een aansprakelijkheidslimiet op een zodanig hoog niveau ligt, dat het niet voor alle mogelijk aansprakelijken redelijkerwijs haalbaar was zich tot aan de limiet te verzekeren.¹⁴⁶⁾ In dat geval kan een matiging van de schadevergoeding gewenst zijn.

2.5.1 Rechterlijke matiging

2.5.1.1 Algemeen

Als de aansprakelijkheid van een schadeveroorzaker eenmaal is vastgesteld heeft de benadeelde in beginsel recht op volledige schadevergoeding.¹⁴⁷⁾ In een groot aantal gevallen maakt het recht daarop een uitzondering.¹⁴⁸⁾ Matiging van schadevergoeding is daarvan een voorbeeld. Bedacht moet worden dat reeds in het kader van bijvoorbeeld het causaliteitsoordeel of het oordeel over eigen schuld min of meer sprake van

matiging kan zijn geweest, doordat bepaalde schadeposten niet of niet in volle omvang aan de schadeveroorzaker zijn toegerekend.¹⁴⁹⁾ De vraag rijst dan wat voor ruimte er nog zal overblijven voor eventuele matiging van schadevergoeding indien reeds in een eerdere toerekeningsfase de omvang van de in beginsel te vergoeden schade aan de hand van diverse factoren kan worden beperkt. Dit klemmt temeer nu in art. 6:98 NBW (causaal verband) en in art. 6:109 NBW (matiging) ten dele dezelfde factoren worden genoemd.¹⁵⁰⁾ Reeds bij de toerekeningsvragen kan met draagkrachtfactoren als verzekeringen rekening zijn gehouden. Met Maeijer achten wij het beter om het toerekeningscriterium alleen betrekking te laten hebben op het ontstaan van de schade en op de typen, soorten of elementen van schade en het matigingsrecht te reserveren voor de (totale) schadeomvang in een concreet geval.¹⁵¹⁾

2.5.1.2 Matigingsrecht

Art. 6:109 lid 1 NBW geeft de rechter de bevoegdheid een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, waarvan de belangrijkste die op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad zijn, te matigen 'indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en *hun beider draagkracht*, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.' (cursivering van ons TH/RPJLT). Dit eerste lid is van dwingend recht (art. 6:109 lid 3 NBW). Het vormt een illustratie van de invloed van het draagkrachtbeginsel in het privaatrecht.¹⁵²⁾ Volgens Van Dunné heeft de rechter naar geldend recht reeds een dergelijke algemene matigingsbevoegdheid.¹⁵³⁾ Dit zou geconstrueerd kunnen worden met behulp van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook in art. 21 IBS, een species van de onrechtmatige daad, wordt de rechter reeds een matigingsbevoegdheid toegekend. Aan het discretionaire karakter van de bevoegdheid van de rechter¹⁵⁴⁾ moet geen overdreven betekenis worden toegekend. Indien de rechter van oordeel is dat toekenning van volledige schadevergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, is hij verplicht de omvang van de schadevergoedingsverbintenis te matigen. De term 'kan' in art. 6:109 lid 1 NBW duidt niet zozeer op een beslissingsvrijheid, maar ziet in feite op de omstandigheid dat een matiging in rechte kan worden verkregen.¹⁵⁵⁾ De omstandigheid dat schade is gedekt door een verzekering aan de kant van de benadeelde kan een van de omstandigheden vormen bij de belangenafweging om tot matiging van de schadevergoeding over te gaan.¹⁵⁶⁾ Verzekeringen vormen zoals gezegd een typische draagkrachtfactor.

Aan de motivering van de rechterlijke uitspraak tot toepassing van het

matigingsrecht dienen strenge eisen te worden gesteld. Zo het verzekeringsaspect daarin een rol speelt moet dit uitdrukkelijk vermeld worden.¹⁵⁷⁾

Veelal wordt gedacht dat bij de matigingsvraag alleen verzekeringen aan de kant van de benadeelde van belang zijn. Echter in het kader van het eerste lid van art. 6:109 NBW kan ook een door de schadeveroorzaker gesloten aansprakelijkheidsverzekering van belang zijn voor eventuele matiging. Bijvoorbeeld als de aansprakelijke persoon tot een behoorlijk niveau verzekerd is wordt het veelal billijk geacht diens schadevergoedingsplicht te matigen voorzover de schade uitstijgt boven het verzekerde bedrag.¹⁵⁸⁾ In het wetsvoorstel betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen wijst de wetgever uitdrukkelijk op dit gebruik van het matigingsrecht.¹⁵⁹⁾ Het matigingsrecht kan dan als een uitlaatklep fungeren in individuele gevallen waar sprake is van kennelijk onaanvaardbare gevolgen, doch waar een algemene limitering van de schadevergoedingsverplichting niet op haar plaats wordt geacht.¹⁶⁰⁾

2.5.1.3 Matigingsverbod

In het tweede lid van art. 6:109 NBW wordt de invloed van aansprakelijkheidsverzekeringen op de verplichting tot schadevergoeding expliciet door de wetgever aan de orde gesteld. Bepaald is dat matiging niet mag geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering *heeft gedekt of verplicht was te dekken*. De rechter heeft derhalve slechts de mogelijkheid een eenmaal vastgestelde schuld te verminderen tot minimaal het beloop van de verzekerde som van een aanwezige vrijwillige of verplichte aansprakelijkheidsverzekering dan wel, als de debiteur verplicht was zijn aansprakelijkheid te dekken doch heeft nagelaten dit te doen, tot het beloop waartoe de schuldenaar verplicht was zijn aansprakelijkheid te dekken. Kortom, verzekering kan matiging verhinderen die anders wellicht zou hebben plaatsgevonden.¹⁶¹⁾ Hoewel dit zich waarschijnlijk uiterst zelden zal voordoen, is het mogelijk van art. 6:109 lid 2 NBW bij contractueel beding af te wijken.

De ondergrens van de matiging wordt bepaald door de daadwerkelijke verzekeringsdekking of de omvang waartoe de verzekerde verplicht zou zijn geweest zijn aansprakelijkheid te dekken.

Niet terzake doet of verzekeringen gebruikelijk of behoorlijk zijn. Volgens Drion zou het daarentegen beter zijn geweest als criterium te nemen of de aansprakelijke persoon een *verwijf* van kan worden gemaakt dat hij zijn aansprakelijkheid niet had verzekerd. In een zodanig geval dient de omvang van zijn aansprakelijkheid niet minder te zijn dan van degene die wel het verantwoordelijkheidsgevoel heeft gehad zich tegen een bepaald risico te verzekeren.¹⁶²⁾ Volgens Abas¹⁶³⁾ verdient het de voorkeur te bepa-

len dat matiging is uitgesloten wanneer de aangesprokene verplicht verzekerd is of zulks, hoewel daartoe verplicht, dit heeft nagelaten, *dan wel het sluiten van een verzekering gebruikelijk is*. Ten aanzien van deze laatste toevoeging merkt de minister naar aanleiding van een daartoe strekkende vraag van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer op dat, zoals reeds eerder in de parlementaire geschiedenis aan de orde is geweest,¹⁶⁴⁾ het begrip 'gebruikelijk' te vaag is om een zinvolle afgrenzing te vormen en bovendien tot een nodeloos ingewikkeld stelsel leidt, omdat het er toe noopt eerst een uitspraak over de soms niet eenvoudige vraag van de gebruikelijkheid van een verzekering uit te lokken.¹⁶⁵⁾ Ook Maeijer had reeds kritiek op het criterium van de 'gebruikelijkheid' van de verzekering. Hij acht het omwille van de duidelijkheid beter dat in dergelijke gevallen de wetgever verzekering verplicht stelt.¹⁶⁶⁾ Abas wijst er op dat het zoeken naar gebruiken in de verzekeringsbranche de rechter niet vreemd is.¹⁶⁷⁾ Deze discussie is door de vaststelling van art. 6:109 lid 2 NBW inmiddels achterhaald. Echter, de gebruikelijkheid van verzekering kan wel een rol spelen in het kader van het eerste lid van art. 6:109 NBW. De wetgever noemt onder meer als voorbeeld het geval dat ten gevolge van een samenloop van omstandigheden een op zichzelf gebruikelijke verzekering niet tot stand is gekomen of in het gegeven geval geen dekking blijkt te geven, terwijl het tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden om deze samenloop van omstandigheden voor rekening van de betrokken schuldenaar te brengen.¹⁶⁸⁾ Dit lijkt ons voldoende. Tenslotte kan nog vermeld worden dat dit tweede lid aansluit bij de huidige rechtspraak met betrekking tot de artikelen 1406 en 1407 BW, terzake van overlijdens- en letselschade. In het arrest Zwaantje van Delft besliste de Hoge Raad reeds dat al had de aansprakelijke bestuurder vrijwel geen vermogen, een matiging van de schadevergoeding ex art. 1407 BW niet op haar plaats was omdat hij tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerd was.¹⁶⁹⁾ Voor art. 1406 BW valt eenzelfde verhaal te houden.¹⁷⁰⁾ In laatstgenoemde gevallen wordt nooit gematigd beneden de verzekerde som.¹⁷¹⁾ Ook thans houdt de rechter niet alleen rekening met het daadwerkelijk bestaan van een aansprakelijkheidsverzekering, doch ook met de omstandigheid dat de niet-verzekerde gedaagde zich had moeten verzekeren.¹⁷²⁾ Matiging wordt dan niet op haar plaats geacht.

2.5.2 Limitering

2.5.2.1 Algemeen

Zoals reeds in 1.4.1 is aangestipt, kan het recht op volledige schadeloosstelling soms onbillijk uitwerken voor een schadeveroorzaker. Soms geringe fouten kunnen tot enorme schade aanleiding geven, met name op

het gebied van de milieuaansprakelijkheid¹⁷³⁾ (Bhopal) en de produktaansprakelijkheid (DES-affaire en Dalkon-schildje).¹⁷⁴⁾ Daarnaast kunnen zware aansprakelijkheden (als bijvoorbeeld risico-aansprakelijkheid en sterk geobjectiveerde schuldansprakelijkheid) maken dat schade in ruime mate aan de veroorzaker wordt toegerekend. Mogelijk onbillijke gevolgen doen zich niet of in mindere mate voor als de aansprakelijkheid voor de schadeveroorzaker op redelijke voorwaarden te verzekeren is. Echter, zware aansprakelijkheden of gebeurtenissen die veel schade met zich mee brengen kunnen maken dat verzekeraars torenhoge premies gaan bedingen of zelfs bepaalde risico's niet meer verzekeren. Met name in de Verenigde Staten is op bepaalde terreinen sprake van zo'n verzekeringscrisis.¹⁷⁴⁾ De gevolgen van sommige aansprakelijkheden zijn min of meer onverzekerbaar geworden, zoals die wegens milieuaansprakelijkheid,¹⁷⁵⁾ produktaansprakelijkheid,¹⁷⁶⁾ beroepsaansprakelijkheid¹⁷⁷⁾ en medische aansprakelijkheid.¹⁷⁸⁾ Dit kan met zich meebrengen dat maatschappelijk gewenste activiteiten niet meer plaatsvinden. Een dergelijk somber beeld geeft de Nederlandse situatie volgens de NBW-wetgever nog niet te zien. Aansprakelijkheid is hier zijns inziens in beginsel binnen redelijke, zij het beperkte grenzen (verzekerde som, eigen risico e.d.), te dekken door verzekering. Tot dusverre heeft de verzekerbaarheid van bepaalde risico's in de praktijk niet tot onaanvaardbare moeilijkheden geleid.¹⁷⁹⁾ Om aan mogelijke onbillikheden of ongewenstheden tegemoet te komen kan naast de individuele matigingsbevoegdheid van de rechter ook de wetgever ingrijpen door de 'aansprakelijkheid te limiteren'. Dit houdt in dat de omvang van de verplichting tot schadevergoeding wordt beperkt tot maximaal een in of krachtens de wet bepaalde bovengrens.¹⁸⁰⁾ Voor een uitgebreid overzicht van de problematiek van de wettelijke limitering van aansprakelijkheid verwijzen wij naar het gelijknamige proefschrift van F.J. de Vries.

In het vervoersrecht in ruime zin is limitering een bekend verschijnsel. Zowel contractuele (bijvoorbeeld de Fenex-condities of de Stuwadoorscondities) als wettelijke (bijvoorbeeld de artt. 740 a-j WvK en art. 22 Verdrag van Warchau) limiteringen van de verschuldigde schadevergoeding komen voor.¹⁸¹⁾ In het goederenvervoer is de vervoerdersaansprakelijkheid veelal beperkt tot een bepaald bedrag per vervoerd gewicht of eenheid.¹⁸²⁾ Deze limiteringen zijn met name ingegeven door de gedachte dat het risico boven een bepaalde 'normale' waarde beter bepaald en daarom beter verzekerd kan worden aan de kant van de getroffen zaak of persoon.¹⁸³⁾ Limitering kan aldus een compromis vormen tussen twee tegenstrijdige gezichtspunten: enerzijds het standpunt dat de schade voor rekening van de veroorzaker dient te komen en anderzijds dat de omvang van het risico beter bepaalbaar is aan de kant van het voorwerp van de schade.¹⁸⁴⁾ Zie

ook hetgeen reeds eerder is gesteld in 2.1.2. Tot de normale waarde is de schadeveroorzaker aansprakelijk, daarboven dient de benadeelde, wiens goederen of persoon zoveel meer waard zijn dan het normaal-type, de gevolgen zelf te dragen. Limitering leidt aldus tot een risicoverdeling. Het is heel wel denkbaar dat de schadeveroorzaker en benadeelde zich zullen verzekeren tegen deze duidelijke risico's. Ook buiten het vervoersrecht kan een dergelijke duidelijke risicoverdeling die gepaard gaat met een verzekering aan beide kanten ons inziens aantrekkelijk zijn.¹⁸⁵⁾ De minister daarentegen acht de gedachten die ten grondslag liggen aan de beperkte aansprakelijkheden in het vervoersrecht niet goed verplaatsbaar naar het burgerlijk recht.¹⁸⁶⁾

Anders dan het huidige recht kent het NBW de algemene mogelijkheid dat de wetgever tot limitering van bepaalde vormen van schadevergoeding over gaat. Art. 6:110 NBW geeft de minister de bevoegdheid bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) bedragen vast te stellen waarboven de omvang van de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt, opdat de schadevergoedingsverplichting niet 'hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt' te boven gaat. De wetgever beoogt met 'het openen van de mogelijkheid om, zo de uitbreiding van de risico-aansprakelijkheden in boek 6 ten opzichte van het huidige recht in verband met de moeilijkheid zich daartegen te verzekeren een te zware last op de betrokkenen zou gaan leggen, tot een daarop afgestemde limitering van de schadebedragen te komen.'¹⁸⁷⁾

Gezien de plaatsing in afdeling 6.1.10 NBW dient opgemerkt te worden dat de grond van de schadevergoedingsverplichting in beginsel niet terzake doet. Of deze nu berust op wanprestatie of een onrechtmatige daad en of het nu een schuld- of een risicoaansprakelijkheid betreft maakt voor de mogelijkheid tot limitering niets uit. Dit heeft ook zijn weerslag op de wijze van limitering. De minister merkte dienaangaande op dat een rationele wijze van limitering met zich mee kan brengen dat één limiet wordt vastgesteld voor de vorderingen van allen jegens wie door een bepaalde gebeurtenis aansprakelijkheid is ontstaan, zonder te onderscheiden naar de verschillende in aanmerking komende aansprakelijkheidsgronden.¹⁸⁸⁾ Aldus worden vragen met betrekking tot het van toepassing zijn van de limiet voorkomen.

Limitering is volgens de wetgever op haar plaats als er sprake is van een risico van zéér omvangrijke schadebedragen die de huidige verzekeringsdekking ver te boven gaan.¹⁸⁹⁾ Dit geeft reeds aan dat van de bevoegdheid tot limitering spaarzaam, slechts op knelpunten gericht gebruik zal worden gemaakt.¹⁹⁰⁾ Limieten zullen alleen ingevoerd worden op die plaatsen waar een reële behoefte daaraan aanwezig wordt geacht.¹⁹¹⁾ Of en waar dit noodzakelijk geoordeeld moet worden zal, als ervaringen in het verleden

ontbreken, met name enige tijd na invoering van een nieuwe risico-aansprakelijkheid of een andere aansprakelijkheidsverzwarringsgrond blijken. Dit kan ook op gaan voor de nieuwe aansprakelijkheden in het NBW. Tot dusverre zijn er nog geen concrete plannen voor limitering op basis van art. 6:110 NBW bij inwerkingtreding van het NBW. Ook bij de invoering van de produktaansprakelijkheid is afgezien van een door de EG-richtlijn (art. 16) toegelaten limitering¹⁹²⁾ en ook van limitering van milieuaansprakelijkheid of beroepsaansprakelijkheid is vooralsnog geen sprake. De wetgever wijst er in dit verband ook op dat in het buitenland in het algemeen, buiten het vervoersrecht en het kernongevallenrecht, geen limitering aangetroffen wordt.¹⁹³⁾ Zolang niet tot limitering wordt overgegaan, zal het – tot het moment dat voldoende duidelijkheid ontrent bepaalde groepen van gevallen waar excessief hoge schadebedragen die de dekking verre te boven gaan bekend zijn geworden – beter zijn het individuele matigingsrecht te gebruiken in de daartoe geeigende gevallen.¹⁹⁴⁾

2.5.2.2 Verzekerberaarheid

Als rechtvaardiging voor de limitering van aansprakelijkheid – buiten de gevallen waar de rechtvaardiging van de limitering is te vinden in het creëren van een risicoverdeling (denk aan het vervoersrecht) – kan slechts dienen het argument van de verzekerberaarheid dat naar voren komt wanneer een tegenwicht voor aansprakelijkheidsverzwaring geboden is, in gevallen van schade van catastrofale omvang en in het geval dat er een wanverhouding bestaat tussen beloning en mogelijke omvang van de schade.¹⁹⁵⁾

Zoals reeds gezegd is de limitering met name gerelateerd aan een bepaalde gebeurtenis,¹⁹⁶⁾ die zoveel schade met zich mee kan brengen dat deze redelijkerwijs niet meer door verzekering kan worden gedekt. Een gebeurtenis is redelijkerwijs verzekerberaar als daarvoor een verzekering verkrijgbaar is voor 'een economisch draagbare premie bij een behoorlijke assuradeur'.¹⁹⁷⁾ Verzekerberaarheid in de hier gebruikte zin ziet op de bereidheid van de verzekeraar dekking voor een bepaald risico te verlenen. Het betreft hier vragen als wil een verzekeraar een verzekering aanbieden, en zo ja wat de maximale hoogte is van de verzekerde som en wat de hoogte van de premie is. Veelal zal de vraag naar de verzekerberaarheid vooral de hoogte van de premie betreffen.¹⁹⁸⁾ Het gaat er dan om wat voor verzekeraars economisch verantwoord is.¹⁹⁹⁾ Dit gegeven wekt de indruk dat de grenzen van de aansprakelijkheid uiteindelijk door de aansprakelijkheidsverzekeraars getrokken worden.²⁰⁰⁾

Ook bij de invoering van nieuwe, verzwaarde aansprakelijkheden komt veelal de vraag naar een limiteringsmogelijkheid aan de orde, die wordt

ingegeven door de overweging dat de aansprakelijke persoon zich moet kunnen verzekeren.²⁰¹⁾ Een en ander wil niet zeggen dat aansprakelijkheid alleen ingevoerd mag worden voor zover gewaarborgd is dat verzekering daarvan tegen een economisch verantwoorde premie te krijgen is.²⁰²⁾ Vooropgesteld moet worden dat de verzekeraarbaarheid van een bepaalde aansprakelijkheid geen zelfstandig argument is voor het in het leven roepen van een zodanige aansprakelijkheid.²⁰³⁾ Verzekeraarbaarheid is zowel in het voordeel van het slachtoffer als in het voordeel van de schadeveroorzaker (met name als deze een onderneming is) die aldus de te vergoeden schade gespreid kan zien.²⁰⁴⁾ Zie ook hetgeen in 2.1.3 staat vermeld over het aspect van de verzekeraarbaarheid. Om tegemoet te komen aan de aanvaardbaarheid van een bepaalde aansprakelijkheid is het denkbaar tot limitering van aansprakelijkheid over te gaan.

2.5.2.3 Hoogte van de limiet

De hoogte van de limiet hangt af van het niveau tot waar het aansprakelijkheidsrisico in kwestie verzekeraar is. Maatstaven voor het bepalen van de hoogte van de limiet zijn moeilijk te geven. Een belangrijk gegeven daarbij vormen de limieten die de verzekeraars in de polis opnemen, dat wil zeggen de hoogte van de verzekerde sommen.²⁰⁵⁾ Volgens de wetgever moeten de limieten niet te laag worden gesteld. Als de limiet vaak bereikt wordt kan de neiging ontstaan de schadevergoeding op het bedrag van de limiet te begroten, ook waar dat strikt genomen niet verantwoord is en kan het bovendien aantrekkelijk worden om in Nederland onfrisse praktijken uit te oefenen.²⁰⁶⁾ Uit deze laatste veronderstelling spreekt een preventief gebruik van het aansprakelijkheidsrecht (zie daarover 1.4.2). Het te grove resultaat dat bereikt wordt met het gebruik van de witkwaad van de limitering kan in individuele gevallen bijgewerkt worden met de penseel van het rechterlijk matigingsrecht. Bij de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen heeft de wetgever het criterium om tot matiging over te kunnen gaan verscherpt tot die gevallen waarin 'vergoeding van de volledige schade de ondernemer in ernstige moeilijkheden zou brengen'.²⁰⁷⁾ De kritiek in de literatuur dat dit criterium te streng is, delen wij.²⁰⁸⁾ Volstaan kan worden met het algemene criterium.

De redenen dat de limitering bij AMvB kan geschieden zijn dat een gedetailleerde regeling van de verschillende limietbedragen in een burgerlijk wetboek niet op haar plaats wordt geacht en dat op deze wijze gemakkelijker rekening kan worden gehouden met inflatie en veranderingen in de verzekeringsmarkt.²⁰⁹⁾

2.5.3 Slot matiging en limitering

Uit het vorenstaande is gebleken dat het verzekeringsaspect bij de rechter-

lijke matiging en de wettelijke limitering een grote rol speelt. Bij matiging kan rekening gehouden worden met verzekeringen zowel aan de kant van de schadeveroorzaker als aan de kant van de benadeelde, met dien verstande dat geen matiging mag geschieden beneden de daadwerkelijk door een vrijwillige of verplichte aansprakelijkheidsverzekering gedekte schade of tot het bedrag waartoe de schadeveroorzaker een aansprakelijkheidsverzekering zou moeten hebben op grond van een wettelijke verplichting. Bij toepassing van het matigingsrecht is een expliciete motivering door de rechter vereist. Bij limitering staat de verzekeraarbaarheid van de schade centraal. Limitering kan een nuttige functie vervullen om nieuwe en verzwaarde aansprakelijkheden aanvaardbaar te maken en waar het billijk geoordeeld wordt om bepaalde grote schadegebeurtenissen niet volledig voor rekening van de veroorzaker te laten. Limitering wordt meestal op haar plaats geacht vanuit het oogpunt van verzekeraarbaarheid. Daarnaast kan het ook een evenwichtige risico-verdeling met zich mee brengen, hetgeen met name in het vervoersrecht het geval is.

3. Verzekeringen aan de kant van de benadeelde

3.1 Algemeen

De tot dusver besproken invloedsmogelijkheden van verzekeringen zijn het meest duidelijk bij aansprakelijkheidsverzekeringen. Deze verzekeringen worden gekenmerkt door een duidelijke band met aansprakelijkheid. Maar ook aan verzekeringen aan de kant van de benadeelde zelf komt – zoals is gebleken – betekenis toe. In dit hoofdstuk wordt meer aandacht besteed aan deze laatste categorie verzekeringen, die los van de aansprakelijkheidsvraag bescherming bieden tegen risico's of voorzieningen geven indien zich een bepaalde gebeurtenis voordoet.²¹⁰⁾ De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is of verzekeringen aan de kant van de benadeelde invloed hebben op de omvang van de schadevergoedingsplicht van de veroorzaker.

Onder verzekeringen aan de kant van de benadeelde zijn in de eerste plaats te begrijpen schadeverzekeringen, verzekeringen die, indien een bepaalde schade optreedt, tot een uitkering komen. Te denken valt aan verzekeringen tegen zaakschade, particuliere ziektekostenverzekeringen of verzekeringen tegen bepaalde inkomensschade. Verder dienen in dit verband de sommenverzekeringen te worden genoemd. Dit zijn verzekeringen die in principe los van de schade, tot uitkering van een van tevoren vast te stellen bedrag leiden. Hieronder vallen bijvoorbeeld ongevallenverzekeringen en levensverzekeringen. Last, but not least noemen wij de

sociale verzekeringen, werknemers- en volksverzekeringen die uitkeren bij bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid of overlijden.

Wat betreft de verhouding met de vordering die de benadeelde heeft op de laedens zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Het is belangrijk in te zien dat het hier steeds om een driehoeksverhouding gaat: de verhouding benadeelde-verzekeraar/uitkeringsorgaan-laedens. Aan de kant van de benadeelde zijn er eigenlijk twee mogelijkheden: cumulatie van vorderingen of beïnvloeding van de vordering op de laedens door de vordering op de verzekeraar. Dat is het geval bij subrogatie of voordeelstoerekening. Aan de kant van de verzekeraar kan het zijn verhaal op de aansprakelijke persoon of niet. En tenslotte aan de kant van de veroorzaker gaat het om wel of niet beïnvloeding van de vergoedingsplicht door de aanwezigheid van een verzekering aan de kant van de benadeelde. Beïnvloeding doet zich voor bij voordeelstoerekening wanneer de verzekeraar geen verhaalsrecht heeft. Een belangrijke omstandigheid is in dit verband de vraag of de verzekeraar verhaal heeft op de veroorzaker van de schade. Wordt de verzekeringsuitkering bijvoorbeeld bij wege van voordeelstoerekening op de vergoedingsplicht in mindering gebracht dan ligt een verhaalsmogelijkheid in principe voor de hand. Zo niet dan zou de laedens profiteren van de verzekering aan de kant van de benadeelde. Wordt de uitkering niet in mindering gebracht dan ligt een verhaalsmogelijkheid zeker niet voor de hand, omdat in dat geval de schadeplichtige twee keer zou kunnen worden aangesproken. Het verband tussen de invloed van de verzekering op de vordering op de veroorzaker en de verhaalsmogelijkheid van de verzekeraar zal daarmee duidelijk zijn.²¹¹⁾

In het navolgende worden achtereenvolgens schadeverzekeringen, sommenverzekeringen en sociale verzekeringen besproken. Daarna volgt een korte paragraaf over de invloed van verzekeringen aan de kant van de benadeelde bij matiging.

3.2.1 Schadeverzekeringen

Schadeverzekeringen komen tot een uitkering, wanneer zich daadwerkelijk een bepaalde schade voordoet. Voor zover de verzekeraar tot een uitkering overgaat, is de schade voor de benadeelde in zoverre verminderd of verdwenen. Voor dat bedrag heeft de benadeelde derhalve geen vordering meer op de veroorzaker. Aan de kant van de benadeelde kan er daarom in dit geval van cumulatie geen sprake zijn. Als bekend heeft de schadeverzekeraar voor zover hij heeft betaald, krachtens wettelijke subrogatie (art. 284 K/ art. 7.17.2.25 NBW) verhaal op de laedens. Uiteindelijk moet deze de schadelast dragen en heeft de verzekering aan de kant van de benadeelde dus geen invloed op de omvang van de vergoedingsplicht.

3.2.2 Sommenverzekeringen

Minder eenvoudig ligt de situatie bij de sommenverzekeringen, die in beginsel leiden tot een uitkering los van de daadwerkelijke schade, hoewel sommenverzekeringen wel een zeker schadevergoedend karakter kunnen hebben. Hier blijkt het verband met de verhaalsmogelijkheid van de verzekeraar. De sommenverzekeraar wordt namelijk niet gesubrogeerd in de rechten van de benadeelde blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van art. 284 K en blijkens art. 7.17.2.25 NBW,²¹²⁾ terwijl verhaal langs andere weg (middels een eigen onrechtmatige daadsvordering op de veroorzaker bijvoorbeeld) evenmin mogelijk is.²¹³⁾ De mogelijkheden zijn nu wel of niet toerekenen als voordeel. Toerekening bij wege van voordeel van de uitkering op de vergoedingsplicht van de veroorzaker leidt ertoe dat deze laatste van de verzekering profiteert. Dit door het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid van de verzekeraar. Niet toerekenen leidt daarentegen tot cumulatie aan de kant van de benadeelde.

Hoe wordt er nu geoordeeld in een dergelijk geval? We moeten hierbij onderscheid maken tussen de gevallen van letselschade van de benadeelde en de gevallen van overlijdensschade van nabestaanden.

Ten eerste de situatie dat de benadeelde letselschade heeft (art. 1407 BW) en een ongevalverzekering of arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten. Verschillende auteurs dringen aan op toerekening omdat dit een voordeel voor de benadeelde zou betreffen, nu de strekking opheffing van schade zou zijn. Daarnaast wordt erop gewezen dat ook bij sociale verzekering in principe toerekening plaatsvindt.²¹⁴⁾ Aan de andere kant betekent dat dat de veroorzaker van de verzekering profiteert, omdat de verzekeraar geen regresmogelijkheid heeft. De Hoge Raad heeft echter toerekening verworpen in het arrest IBC/Derkx op de grond: 'dat het bestaan van een sommenverzekering een aangelegenheid is die de schuldige aan het ongeval niet aangaat, immers het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappij een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen.'²¹⁵⁾

De veroorzaker profiteert dus niet van de uitkering, terwijl aan de kant van de benadeelde cumulatie plaatsvindt. Onder vigueur van het NBW zal dit niet veranderen. Aanvankelijk schreef de NBW-wetgever voordeels-toerekening voor, maar het betreffende artikellid (art. 6:107 lid 3 NBW) is later geschrapt, zodat de materie onder het algemene artikel betreffende voordeelstoerekening valt (art. 6:100 NBW). Deze bepaling luidt als volgt: 'Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voor-

deel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.²¹⁵

Voor de vraag wanneer toerekening redelijk is heeft Bolt verschillende toerekeningsregels geformuleerd.²¹⁶) In dit kader is van belang de regel dat toerekening in beginsel slechts mogelijk is indien het voordeel samenhangt met een door het schadegebeuren veroorzaakt nadeel. Deze samenhang is aanwezig wanneer het voordeel de strekking heeft bepaald nadeel op te heffen. Bovendien moet, indien het een door een derde verstrekt voordeel betreft, het resultaat van toerekening worden getoetst. Toerekening is onredelijk en dient daarom achterwege te blijven indien dat gelet op de belangen van de benadeelde en de derde, een onredelijke bevoordeling van de veroorzaker mee zou brengen.²¹⁷)

Passen wij deze regels nu toe op de sommenverzekering dan komt men tot hetzelfde resultaat als de Hoge Raad nu – ondanks dat er een zekere schadeopheffende strekking is en dus de vereiste samenhang aanwezig is – het resultaat zou zijn dat de veroorzaker profiteert van de verzekering aan de kant van de benadeelde. Dat resultaat zou een onredelijke bevoordeling zijn van de belangen van de veroorzaker ten opzichte van de belangen van de benadeelde. Immers het betreft een persoonlijke beslissing van de benadeelde om een verzekering af te sluiten, terwijl de premies ook meestal door de benadeelde zelf zijn betaald.

Dan nu de situatie bij overlijdensschade van nabestaanden (art. 1406 BW). Bij overlijden kan bijvoorbeeld een ongevalverzekering of levensverzekering tot uitkering aan nabestaanden komen. Bij overlijdensschade is een prominente rol weggelegd voor het behoeftigheidsvereiste. Slechts voor zover de nabestaande behoeftig is zou schadevergoeding gevorderd kunnen worden.²¹⁸) Bij het vaststellen van behoeftigheid dient de gehele financiële positie van de nabestaande in aanmerking te worden genomen. In zoverre wordt er al rekening gehouden met de verzekeringsuitkeringen.²¹⁹) Nu is het door enkele arresten van de Hoge Raad²²⁰) de vraag geworden of deze eis nu een element is van art. 1406 BW, met andere woorden of het een algemeen vereiste betreft dat aan elke vordering ter zake van overlijdensschade moet worden gesteld. In deze arresten namelijk is niet steeds het vereiste gesteld. Een plausibele verklaring voor deze 'wisselende' jurisprudentie is gegeven door Van Maanen. Hij wijst er op dat de jurisprudentie precies is in te passen in het systeem van het NBW waarin de eis slechts gesteld wordt wanneer de alimentatievordering die de betreffende nabestaande op de overledene zou hebben gehad aan dit vereiste onderworpen is.²²¹) Art. 6:108 NBW kent de behoeftigheidseis namelijk niet als algemeen vereiste, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt het wel een rol te spelen in die gevallen waarin de vordering ter zake van levensonderhoud die de betreffende nabestaande op de overledene zou

hebben gehad aan de behoeftigheidseis onderworpen is.²²²) Volledigheids halve zij erop gewezen dat de heersende mening waarschijnlijk is dat de behoeftigheidseis nog algemeen geldt.

Nu zijn er derhalve twee mogelijkheden: voor zover de behoeftigheidseis speelt, wordt er al rekening gehouden met de verzekeringsuitkeringen en komt men aan voordeelstoerekening niet meer toe. Voor zover deze eis niet speelt kan zich de vraag van voordeelstoerekening voordoen. Net als bij letselschade schreef de NBW-wetgever toerekening aanvankelijk verplicht voor, maar dit artikellid (art. 6:108 lid 4) is geschrapt, zodat de algemene bepaling art. 6:100 NBW van toepassing is. Voor ongevalverzekeringen geldt hetgeen bij letselschade is uiteengezet. Bij levensverzekeringen is het meestal zo dat er een spaar-gedeelte en een risico-gedeelte aan te wijzen is.²²³) De vraag of het spaargedeelte een voordeel voor de nabestaande is, is moeilijk te beantwoorden en hangt van zeer veel onzekere factoren in het concrete geval af.²²⁴) Toerekening dient daarom naar het oordeel van Bolt afgewezen te worden. Het risico-gedeelte heeft zeker een schadeopheffend karakter en derhalve zou aan de vereiste samenhang zijn voldaan. Nu de verzekeraar geen verhaalsmogelijkheid heeft, zou toerekening ertoe leiden dat de veroorzaker profiteert van de verzekering, waarvoor de overledene kosten heeft gemaakt. Bovendien kan ook hier gezegd worden dat het afsluiten van een dergelijke verzekering een individuele en persoonlijke beslissing is. Ook toerekening van het risicogedeelte moet daarom worden afgewezen. Aan de kant van de nabestaande vindt er nu cumulatie plaats in die gevallen waarin behoeftigheid niet speelt.

3.2.2.1 Tussenstelsels

Uit het bovenstaande is gebleken dat sommenverzekeringen slechts een rol spelen bij de behoeftigheid van de nabestaanden. Invloed in andere zin bijvoorbeeld door voordeelstoerekening is uitgesloten. Cumulatie gaat naar het oordeel van een aantal auteurs soms te ver, omdat ook sommenverzekeringen in zekere zin schadevergoedend van karakter zijn. Daarnaast is het profiteren door de veroorzaker van een verzekering aan de kant van de benadeelde niet altijd te verwerpen, zeker niet in gevallen van grote schade en lichte schuld van de veroorzaker. Om deze redenen zijn wel tussenstelsels voorgesteld, waarbij gedeeltelijk toerekening plaatsvindt. Te denken valt aan toerekening van de uitkering minus het bedrag aan betaalde premies²²⁵) of aan toerekening van een bepaald percentage, bijvoorbeeld 50 procent.²²⁶) Het eerste levert gezien de veelal lage premies in deze gevallen niet veel op, het tweede (waar vooral Köster en Van Wassenauer van Catwijck zich sterk voor hebben gemaakt) voorkomt dan wel cumulatie bij de benadeelde, maar is een nogal willekeurig systeem.²²⁷) Gezien het gedeeltelijk schadevergoedend karakter dat veelal aan te wij-

zen is zou een gedeeltelijke subrogatie te overwegen zijn, maar naar onze mening heeft Bolt overtuigend aangetoond dat de nadelen die aan deze mogelijkheid verbonden zijn groter zijn dan de voordelen.²²⁸⁾ Als voordelen worden wel een lager premieniveau en een betere preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht genoemd. Daartegen kan worden aangevoerd dat het verband met het premieniveau ondoorzichtig is en of er echt minder ongevallen plaats zullen vinden indien veroorzakers weten dat zij niet profiteren van verzekeringsuitkeringen aan de benadeelde mag ernstig worden betwijfeld. Een groot bezwaar tegen de gedeeltelijke subrogatie is het ontbreken van een criterium om te bepalen voor welk gedeelte de schade is vergoed en voor welk gedeelte de verzekeraar dus gesubrogeerd is.²²⁹⁾

3.2.3 Sociale verzekeringen

Het gaat bij verzekeringen aan de kant van de benadeelde niet alleen om particuliere verzekeringen, maar vooral ook om sociale verzekeringen. Zo bieden de werknemersverzekeringen ZW en WAO een voorziening ingeval van arbeidsongeschiktheid, evenals de volksverzekering AAW. Na 1 jaar ZW heeft men recht op een uitkering op minimumniveau ingevolge de volksverzekering AAW terwijl men als werknemer door de WAO komt op een bepaald percentage van het loon.²³⁰⁾ Bij ziektekosten gaat het om de werknemersverzekering ZFW en voor uitzonderlijke ziektekosten om de volksverzekering AWBZ. Voor nabestaanden is van belang de volksverzekering AWW, dat een aanspraak op een minimumniveau-uitkering geeft.²³¹⁾ Hieronder volgt een opsomming van de wijzen waarop de verhouding tussen de vordering op de eigen verzekeraar en die op de veroorzaker is geregeld.

A. Verplichte toerekening gecombineerd met verhaal

In verschillende van de bovengenoemde wetten wordt de rechter de verplichting opgelegd bij het vaststellen van de verschuldigde schadevergoeding rekening te houden met de aanspraken ingevolge de sociale verzekeringswetgeving. Meestal is deze verplichte toerekening gekoppeld aan een verhaalsmogelijkheid voor de uitkerende instantie. De situatie is dan als volgt: de benadeelde ontvangt van de veroorzaker de schade minus het bedrag aan uitkeringen ingevolge de sociale verzekering, de uitkerende instantie heeft verhaal op de veroorzaker, zodat deze maximaal de schade dient te betalen. Dit systeem van verplichte toerekening gekoppeld aan verhaal treft men aan in de werknemersverzekeringen ZW (artt. 52 ev), de WAO (artt. 89 ev) en in de ZFW (artt. 83a ev).

B. Verplichte toerekening zonder verhaal

In de volksverzekeringen AWBZ (art. 13) en de AAW (art. 82) is de toerekening wel voorgeschreven, doch ontbreekt een verhaalsmogelijkheid voor de uitkerende instantie. Dat betekent dus dat de benadeelde de schade minus de uitkering ontvangt van de veroorzaker, die omdat een verhaalsrecht mist, profiteert van de uitkering. Dat is geen onredelijk resultaat omdat de veroorzakers en benadeelde als het goed is beide premies hebben betaald, zodat de veroorzaker geacht wordt het risico te hebben gedekt dat hij schade veroorzaakt die tot uitkeringen ingevolge een van de hier besproken wetten leidt.²³²⁾

C. Noch verplichte toerekening noch verhaal

Het kan ook voorkomen dat zowel de verplichte toerekening als een verhaalsmogelijkheid voor de uitkerende instantie ontbreekt. Dat is het geval bij de volksverzekering AWW. Voor zover behoefte als eis dient te worden gesteld aan de vordering van de nabestaanden spelen de uitkeringen in dat kader reeds een rol en vindt er geen voordeelstoerekening plaats. Maar wat te doen met de uitkeringen, indien behoefte geen vereiste is? Op zich heeft de AWW de strekking om bepaalde schade weg te nemen zodat de voor toerekening vereiste samenhang aanwezig is. Maar de toerekening leidt tot het profiteren van de uitkering door de veroorzaker, omdat er immers geen verhaalsrecht is toegekend. Dat is ook geen onredelijk resultaat, want ook hier geldt – evenals bij de AAW en de AWBZ – dat de veroorzaker ook zelf premies heeft betaald en daarmee eigenlijk het risico dekt dat hijzelf schade aanricht die leidt tot een AWW-uitkering aan nabestaanden van de overledene.

3.2.4 Verzekeringen aan de kant van de benadeelde als matigingsfactor

In het bovenstaande is gebleken dat bij letselschade gezien het arrest IBC/Derckx sommenverzekeringen niet als voordeel worden toegerekend. Ook bij overlijdensschade komen sommenverzekeringen buiten de gevallen van behoefte niet voor toerekening in aanmerking. Toch betekent dat niet dat deze verzekeringen in dit verband geheel niet van invloed zijn. In een concreet geval kan het namelijk een matigingsfactor opleveren (zie 2.5.1). In de lagere rechtspraak wordt dat soms ook aangemonen.²³³⁾

3.3 Tijdelijke regeling verhaalsrechten

Met de uitbreiding van vergoedingskansen voor slachtoffers die het NBW brengt zouden ook de verhaalsmogelijkheden voor verzekeraars en uitkerende instanties worden uitgebreid. Dit heeft de NBW-wetgever onwense-

lijk geacht en daartoe is een voorziening getroffen in art. 6:197 NBW dat er op neerkomt dat de verhaalsmogelijkheden worden bevroren op het niveau van het huidige recht.²³⁴⁾ De artt. 6:165, 6:166, 6:169, 6:171, 6:173 en 6:174 NBW blijven buiten toepassing bij verhaal op basis van de verhaalsrechten van onder andere de artt. 90 WAO, 52a ZW en 83b ZFW, terwijl deze nieuwe rechten uit afdeling 1 en 2 van titel 6.3 ook niet voor subrogatie of cessie aan de verzekeraar vatbaar zijn.²³⁵⁾ Tenslotte kan de verzekeraar evenmin in eigen naam zijn rechten ten behoeve van de verzekeraar uitoefenen. Bloembergen en Van Maanen hebben erop gewezen dat dit leidt tot twee systemen van jurisprudentie: één voor de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer op basis van de bijzondere bepalingen en één op basis van de normale aansprakelijkheidsregels voor verhaalzoekende instanties.²³⁶⁾ Terwijl het in beide gevallen om dezelfde feitelijke situatie gaat. Van Maanen en Mulder waarschuwen bovendien nog voor de ongelijke behandeling van veroorzakers die deze regeling meebrengt, immers degenen die aangesproken wordt door het slachtoffer zelf is minder goed af dan degene op wie verhaal wordt gezocht door de verzekeraars of de uitkerende instantie.²³⁷⁾

Een zelfde gedachte als aan de Tijdelijke regeling verhaalsrechten ten grondslag ligt, namelijk dat de nieuwe aansprakelijkheden niet ten goede moeten komen aan particuliere en sociale verzekeraars, heeft geleid tot art. 1407j BW in de regeling met betrekking tot produktenaansprakelijkheid dat uitbreiding van de verhaalsrechten door de nieuwe aansprakelijkheidsgrond voorkomt.

Bloembergen heeft intussen op afschaffing van de regresrechten van sociale verzekeraars aangedrongen, maar hij heeft daarin van de (NBW-) wetgever vooralsnog weinig weerwoord gekregen.²³⁸⁾ De Tijdelijke regeling verhaalsrechten heeft het voordeel dat de discussie over afschaffing van verhaalsrechten niet echt beïnvloed wordt.

3.4 Slot verzekeringen aan de kant van de benadeelde

Verzekeringen aan de kant van de benadeelde kunnen tot specifieke rechtsgevolgen leiden. De fase waarin zij aan de orde komen is eigenlijk ook steeds dezelfde. De aansprakelijkheidsvraag is reeds beantwoord en het gaat nu enkel om de vraag tot welke vergoeding men verplicht is. Het bijzondere zit in de afhandeling van de driehoekssituatie verzekerde-verzekeraar/uitkeringsorgaan-veroorzaker. Het is interessant in de gaten te houden: a. of er aan de kant van de benadeelde cumulatie plaatsvindt en b. of de veroorzaker profiteert van de verzekering. Het is goed daarbij de verschillende typen verzekering te onderscheiden. Bij schadeverzekering verdwijnt de schade aan de kant van de benadeelde en in zoverre de voorde-

ring op de veroorzaker, zodat er van cumulatie geen sprake zijn. Door subrogatie heeft de veroorzaker de uiteindelijke schadelast.

Een sommenverzekering wordt daarentegen slechts als voordeel toegerekend bij overlijdensschade en dan nog alleen in het kader van de behoefte. Daarbuiten is het gevolg cumulatie aan de kant van de benadeelde. De consequentie van voordeelstoerekening zou zijn dat de veroorzaker profiteert van de verzekering en dat is afgezet tegen de belangen van de benadeelde — die op basis van een individuele, persoonlijke beslissing tot de verzekering is gekomen en daar meestal zelf de premies voor heeft betaald — ongewenst. Bij sociale verzekeringen die tevens volksverzekeringen zijn is dat anders, omdat de veroorzaker in principe zelf ook premies betaalt en daarmee geacht wordt het risico te dekken dat hij schade aanricht die tot uitkering ingevolge deze volksverzekering leidt. Voor deze uitkeringen geldt al dan niet verplichte toerekening, echter zonder dat de uitkerende instantie een verhaalsrecht heeft. Bij de werknemersverzekeringen, die uitgaan van verplichte toerekening, wordt de consequentie dat de veroorzaker profiteert voorkomen door een zelfstandig verhaalsrecht van het uitkerende orgaan. Cumulatie vindt hier evenmin plaats door de verplichte toerekening. In een concreet geschil is daarnaast nog mogelijk dat een niet als voordeel of anderszins in aanmerking te nemen uitkering en matigingsfactor oplevert.

4. Vervanging van aansprakelijkheid door verzekering

4.1 Inleiding

Aan het slot van dit preadvies verdient nog kort bespreking of het aansprakelijkheidsrecht (ten dele) vervangen kan worden door een systeem van verzekeringen. Immers, het aansprakelijkheidsrecht staat aan nogal wat kritiek bloot. Deze kritiek richt zich met name op het terrein van de verkeersschade, zodat wij ons daartoe beperken. Zo is het een feit dat bijvoorbeeld een deel van de door verkeersslachtoffers geleden personenschade onvergoed blijft, de bescherming van verkeersslachtoffers (ex art. 1401 BW en art. 31 WVV) achterblijft bij de risico-aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen in afdeling 6.3.2 NBW en de aansprakelijkheidsprocedure kostbaar en tijdrovend is.²³⁹⁾ Zo'n vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door een systeem van verkeersverzekering — dat wil zeggen een verzekering die de eigen schade van de verzekeringnemer en eventuele medeverzekerden dekt — is op zichzelf mogelijk; in 1.4 hebben we reeds gezien dat vergoeding van schade net zo goed via verzekeringen kan geschieden, zonder dat de preventieve werking daarmee verloren gaat. De roep om alternatieve schadevergoedingssystemen neemt dan ook

toe.²⁴⁰⁾ In buiten- en binnenland is in de loop der jaren bijzonder veel over dit onderwerp geschreven. Hieronder volgt een beknopt overzicht van een aantal van deze al dan niet reeds verwezenlijkte plannen, te beginnen met die in het buitenland.

4.2 Buitenland

In het buitenland is een systeem van verkeersverzekering niet onbekend.²⁴¹⁾ Reeds in 1916 stelde de Harvard professor Ballantine voor om de aansprakelijkheid voor spoorwegongevallen te vervangen door een stelsel van door de spoorwegen te sluiten verzekeringen. Deze voorstellen werden in 1932 gevolgd door het bekende 'Columbia-plan'.²⁴²⁾ In 1946 voerde de Canadese provincie Saskatchewan dit plan in, dat kort gezegd voorziet in een schadevergoeding voor slachtoffers van verkeersongevallen op 'no-fault' basis door een staatsverzekeringsfonds.²⁴³⁾ Inmiddels hebben in Canada 12 provincies en territories dit voorbeeld gevolgd, evenals 26 staten, een territory en een district in de Verenigde Staten. De verschillende vormen van verkeersverzekeringen verschillen overigens sterk.²⁴⁴⁾ Het primaire doel van deze systemen is een verhoging of beheersing van de stijging van het premieniveau te voorkomen. Anders dan in Nederland is slachtofferbescherming slechts één van de nevendoele.²⁴⁵⁾ Eind 1974 werd in Nieuw-Zeeland de Accident Compensation Act ingevoerd, waarbij voor personenschade elke vordering uit onrechtmatige daad is afgeschaft. Dit is door twee deelstaten van Australië gevolgd. In 1974 volgde Zweden met de Trafikskadela.²⁴⁶⁾ Ook het Franse plan-Tunc, dat een rechtstreekse verkeersverzekering inhield voor buiten-contractuele aansprakelijkheid, mag niet onvermeld blijven.²⁴⁷⁾ In 1965 werd deze Commissie Tunc geïnstalleerd die voorstelde de aansprakelijkheid in het verkeer af te schaffen en de aansprakelijkheidsverzekering te vervangen door een verkeersverzekering die alle schade door dood of letsel vergoedt en in zekere mate ook de zaakschade die aan een motorrijtuig is aangebracht. Elke benadeelde persoon wordt dan schadeloos gesteld door de verzekeraar van het motorrijtuig waarop of waarin hij zich bevond of, als hij niet werd vervoerd, door de verzekeraar van het motorrijtuig waaraan de schade is toe te schrijven.²⁴⁸⁾

4.3 Nederland

Sinds de oratie van Bloembergen in 1965 ('Naar een nieuw ongevalrecht') wordt er in Nederland bij tijd en wijle gediscussieerd over de vraag of civielrechtelijke aansprakelijkheid bij met name verkeersongevallen afgeschaft behoort te worden.²⁴⁹⁾ Ook Köster vroeg zich in 1968 reeds af of

het huidige stelsel niet vervangen diende te worden.²⁵⁰⁾ Naar aanleiding van deze kritiek is in 1973 de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid van start gegaan. In het eerste deel van het rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid²⁵¹⁾ wordt de vergoeding van de schade door dood of letsel behandeld. Het bevat twee voorstellen voor een nieuw stelsel van verkeersaansprakelijkheid. Het ene voorstel gaat uit van risico-aansprakelijkheid, het andere van verkeersverzekering, waarbij de aansprakelijkheid van de automobilist vervangen wordt door een directe verzekeringsdekking van de potentieel benadeelden. Voorstanders van een systeem van verkeersverzekering zijn onder andere Bloembergen,²⁵²⁾ Schut²⁵³⁾ en Van Wassenauer van Catwijk.²⁵⁴⁾ Uit het in 1981 verschenen rapport van de Nederlandse Vereniging van automobiellasseuradeuren 'Geldelijke Ramingen Ander Stelsel' (GRAS) blijkt dat een stelsel van verkeersverzekering bij schrapping van het regres van zowel de sociale als de particuliere verzekeraars een 1,4 maal zo grote schadelast met zich meebrengt, waar dit zonder schrapping van het regres 3,2 maal zo groot zou zijn.²⁵⁵⁾ Het tweede rapport uit 1980 gaat over zaakschade.²⁵⁶⁾ In dit rapport wordt vastgehouden aan schuld-aansprakelijkheid als grondslag voor schadevergoeding. Ter vereenvoudiging van het huidige aansprakelijkheidssysteem wordt het Barema-systeem aanbevolen voor cascoschade en voor schade aan zaken in of op een motorrijtuig zoals bagage. Dit systeem voorziet in een lijst van veel voorkomende ongevallen, voor welke een vaste schuldverdeling is vastgelegd. Voor de overige gevallen blijven de gewone aansprakelijkheidsregels gelden.

Met als basis de bovengenoemde rapporten van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, heeft de Minister op verzoek van de Kamer bij brief van 28 september 1987 een notitie toegezegd die inzicht geeft in een zo volledig mogelijke vergoeding biedend stelsel van verkeersaansprakelijkheid ter bescherming van de positie van verkeersslachtoffers en op welke wijze de afschaffing of beperking van regresrechten bij de voorgenomen invoering van Boek 6 geregeld kan worden.²⁵⁷⁾ Op 27 april van dit jaar bood de Minister van Justitie een uitvoerige notitie 'Verkeersaansprakelijkheid' aan de Kamer aan. De Minister komt tot de conclusies dat op dit moment een risico-aansprakelijkheid in het verkeer aanbeveling verdient. Het ligt volgens hem eveneens voor de hand deze te laten vallen onder de werking van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten. Daarnaast kan, als tegemoetkoming aan moeilijkheden die bestaan rondom het vaststellen van de omvang van de schade, de positie van het slachtoffer verbeterd worden door een voorschotregeling in de trant van de Franse Loi Badinter.²⁵⁸⁾

Van Wassenauer van Catwijk daarentegen pleit recent wederom, met name wat betreft personenschade, voor een stelsel van verkeersverzekering.²⁵⁹⁾ Zaakschade valt niet zonder meer binnen zijn voorstel. Wel valt

daaronder schade aan zaken die niet (in of op) motorvoertuigen te vinden zijn zoals winkelpuien, fietsen, kleding en dergelijke. Daaronder valt niet schade aan wegmeubilair en (lading van) motorvoertuigen. In hoofdlijnen komt het door hem voorgestelde systeem er aldus op neer: van wettelijke aansprakelijkheid voor personen- en zaakschade wordt vrijgesteld degene die met een verkeersverzekering aan het verkeer deelneemt. Daarvoor in de plaats komen de uitkeringen door de verkeersverzekering aan verzekerden respectievelijk aan de eigen verzekerde in de plaats. Zwartrijders en gemoedsbezwaarden die geen verkeersverzekering wensen blijven aansprakelijk. Bij zaakschade blijft het systeem van wettelijke aansprakelijkheid als methode van toerekening van schade bestaan, maar de gemotoriseerde schadelijder mag voortaan alleen nog maar de eigen verzekeraar aanspreken. Andere schadelijders mogen hun schade, voor zover een verkeersverzekering aanwezig is, alleen verhalen op de verkeersverzekeraar van het motorrijtuig dat tegen hen botste.

Om een grote verhoging van premies tegen te gaan moet de invoering van deze verkeersverzekering volgens Van Wassenauer van Catwijk gepaard gaan met het vinden van besparingen in dit schadevergoedingssysteem. Dergelijke besparingen kunnen zijns inziens bijvoorbeeld worden gevonden in het stellen van bovengrenzen aan uitkeringen voor smartegeld en inkomensschaden en in het afschaffen dan wel verminderen van regresrechten.

4.4 Slot vervanging van aansprakelijkheid door verzekering

Vanwege de bezwaren die het huidige aansprakelijkheidsrecht met zich mee brengt ter zake van verkeersschade (met name als dit personenschade betreft), wordt wel vervanging daarvan door een systeem van verkeersverzekering voorgesteld. Een dergelijk systeem functioneert met name in delen van Noord-Amerika. Bloembergen en Van Wassenauer van Catwijk die ook voor Nederland een vorm van verkeersverzekering voorstellen hebben tot dusverre weinig respons gekregen. De eigenlijke discussie daarover moet nog gaan beginnen. Volgens Van Dunné is dit 'typisch iets om in de volgende eeuw met energie aan de orde te stellen'.²⁶⁰ De recente notitie van minister Hirsch Ballin kan daarvoor een goede basis vormen.

5. Slotbeschouwing

5.1 De plaats van verzekeringen in het aansprakelijkheidsrecht

Bloembergen heeft in zijn bekende bijdrage aan de NJB-discussie van

1980 'Is het zelf dragen van geleden schade in een sociale rechtsstaat regel of uitzondering?' een ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht geschetst die uiteindelijk leidt tot vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door andere vergoedingssystemen, zoals verzekeringen (zie ook 1.4 en hoofdstuk 4). Zo ver zijn we nog niet of willen we nog niet gaan, maar dat verzekeringen een belangrijke plaats innemen zal inmiddels duidelijk zijn. Verzekeringsaspecten spelen zowel een rol bij wetgeving als in de rechtspraak. Ook de doctrine besteedt er aandacht aan.

5.2 Verzekeringsaspecten

In de voorgaande hoofdstukken is een aantal invloedsmogelijkheden op deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde gekomen. Het wordt tijd daaruit enige lijnen te trekken. Een inventarisatie van invloedsmogelijkheden levert het volgende beeld op.

A. Collectivistisch gezichtspunt

Verzekeringen beïnvloeden het materiële recht in die zin dat de interpretatie er door wordt gekleurd. Deze kleuring van het materiële recht is het sterkst in die gevallen waar vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming zoveel mogelijk vergoeding van schade is geboden. Aansprakelijkheidsverzekeringen maken sterk slachtofferbeschermende regelingen aanvaardbaar en leiden er toe bijvoorbeeld snel causaal verband (2.2) aan te nemen en een beroep op eigen schuld van het slachtoffer te beperken (2.3). Wij hebben dit met de aan Scholten ontleende term *collectivistisch gezichtspunt* aangeduid. Dit gezichtspunt komt het duidelijkst naar voren in de gevallen waarin de wetgever kiest voor een verplichte verzekering. Het gaat daarbij in de praktijk met name om categorieën als arbeids- en verkeersongevallen. In deze gevallen is dan ook eerder de stap te zetten naar afschaffing van een beroep op eigen schuld (2.3.3) en vervanging van aansprakelijkheidsrecht door andere vergoedingssystemen (Hoofdstuk 4). Wij wijzen er voor alle duidelijkheid nogmaals op dat het niet de verzekeringsaspecten zijn die tot deze bijzondere uitleg nopen, maar de strekking van de betreffende regeling. De verzekeringsmogelijkheden maken de 'beschermende uitleg' aanvaardbaar. In het arrest Ingrid Kolkman wijst de Hoge Raad daar expliciet op (2.3.3).

B. Formuleren of vaststellen van de aansprakelijkheidsnorm

Zowel de wetgever als de rechter kunnen bij de formulering van nieuw te schrijven of ongeschreven aansprakelijkheidsnormen rekening houden met de verzekeringsmogelijkheden. Dit is het meest aangewezen waar het gaat om verdeling of toedeling van risico's (1.4.1), een rechtspolitiek ge-

ven dat in toenemende mate van belang is in het huidige aansprakelijkheidsrecht. In rechterlijke procedures gaat het dan vooral om de vraag *wie* het risico heeft te dragen, in het wetgevingsstadium gaat het daarnaast ook om de vraag *in hoeverre* het risico gedragen dient te worden. Verzekeraarbaarheid vormt een belangrijke factor die in aanmerking genomen moet worden bij het vaststellen van de aansprakelijkheidsnorm buiten schuld. In beginsel wordt verzekeraarbaarheid waar het gaat om aansprakelijkheid op basis van risicotoedeling gezien als bestaans- of ontstaansvoorwaarde voor aansprakelijkheid. Zoals gezegd dient de rechter daarmee rekening te houden bij de formulering van de norm, maar het is ook een aspect dat de wetgever in het oog dient te houden. Deze laatste doet dat ook, zoals recentelijk blijkt uit het wetsvoorstel inzake de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen. Een andere bijzondere uiting van het besef van de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid zijn de mogelijkheid van matiging (2.5.1) en de limitering (2.5.2) van aansprakelijkheid. Afgeacht moet worden hoe de toepassing daarvan in de praktijk zal uitpakken. De belangrijke plaats van de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid wordt mede ingegeven door de spreidingsmogelijkheid die alsdan bestaat. Hierbij mag echter niet uit het oog verloren worden dat er ook andere spreidingsmogelijkheden zijn. Hoe meer ruimte deze bieden, des te minder belangrijk is de rol van de verzekeraarbaarheid als begrenzingsfactor van aansprakelijkheden. Bovendien moet men zich hoeden voor het gevaar dat de verzekeringswereld uitmaakt wat het aansprakelijkheidsrecht dient te omvatten. De tendens die rekening houdt met de verzekeraarbaarheid uit zich daarnaast in begrenzing van aansprakelijkheden (2.5) en figuren als kanalisatie en segmentering van aansprakelijkheid (2.1.2). Deze opvatting, die de verzekeringsmogelijkheden als factor van betekenis bestempelt in de vestigingsfase, komt niet neer op een vorm van 'assurabilité oblige'. Een aansprakelijkheid waar geen verzekeringsmogelijkheden voor bestaan wordt als ongewenst beschouwd, maar het omgekeerde gaat niet op: de mogelijkheid een aansprakelijkheid te verzekeren leidt niet automatisch tot aansprakelijkheid. Immers, het zijn niet de verzekeringsmogelijkheden die tot aansprakelijkheid leiden: het verzekeringsaspect is slechts een van de factoren die hierin een rol speelt.

C. Invloed op de omvang van de schadevergoedingsplicht

Invloed van verzekeringen op de omvang van de schadevergoedingsplicht is in ieder geval aanwezig wanneer verzekeringsuitkeringen aan de kant van de benadeelde worden toegerekend (al dan niet op basis van een wettelijke verplichting. (3.2)). Of dit dient te gebeuren is een algemene vraag die afhangt van de aard van de verzekeringsuitkering, los van de concrete situatie.

Buiten deze gevallen van toerekening kan de concrete verzekerings situatie voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn. De concrete verzekerings situatie is een omstandigheid die in belangrijke mate van invloed is op de concrete verhouding tussen de benadeelde en de veroorzaker of verschillende aansprakelijke personen. Het is daarom gerechtvaardigd dit als een factor aan te merken die meespeelt binnen de redelijkheid en billijkheid die iedere verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar bepaalt (art. 6:2 NBW). Verzekeringsposities zijn vermogensposities en daarom is het gelegitimeerd daaraan betekenis toe te kennen. De invloed van *daadwerkelijke* verzekeringen dient ons inziens slechts de omvang van de vergoedingsplicht te betreffen. Het gaat dan om een marginale billijkheidstoetsing. Met nadruk betreft het *correcties*. Deze invloed kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de toerekening van schadeposten in het kader van de vaststelling van het causaal verband (2.2), bij het in aanmerking nemen van omstandigheden aan de kant van de benadeelde als eigen schuld (2.3) en is in wezen ook de aanleiding tot toepassing van het rechterlijk matigingsrecht (2.5.1). In hoofdzaak gaat het bij de billijkheids correcties om de daadwerkelijke verzekeringen, maar ook hier dienen verzekeringsmogelijkheden of -gebruiken niet uit het oog te worden verloren. Zo kan de rechter in een geval waarin normaal gesproken een bepaalde verzekering gebruikelijk is, terwijl deze in concreto niet gesloten is, zijn beslissing om al dan niet tot matiging van de schadevergoedingsverplichting over te gaan hierdoor laten beïnvloeden.

5.3 Verzekeringsaspecten uit de verborgen sfeer

Het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt op allerlei deelterreinen beïnvloed door verzekeringen. Het is ons inziens dan ook niet meer dan een logisch gevolg dat het verzekeringsaspect een erkende factor dient te zijn waarmee binnen het aansprakelijkheidsrecht rekening wordt gehouden. Een andere opvatting houdt het miskennen van de realiteit in. De wetgever is zich daar steeds meer van bewust, getuige recente parlementaire stukken. Het zou ons inziens gewenst zijn dat ook de rechter openlijk het verzekeringsaspect in zijn oordeel betreft, niet alleen in de (verborgen) heuristische fase, doch ook ter legitimatie van zijn beslissing. De Hoge Raad kan dit bevorderen door te overwegen dat bij de opsomming van gezichtspunten en omstandigheden — de bekende normencatalogi — op bepaalde terreinen van het aansprakelijkheidsrecht onder meer gelet *mag* of *moet* worden op het verzekeringsaspect. Voor zover op het verzekeringsaspect zou moeten worden gelet, zet dit de deur op een kier voor het slagen van een eventuele motiveringsklacht in cassatie, wanneer de feitelijke rechter met dit aspect geen rekening heeft gehouden. Een en ander impli-

ceert wel dat de advocatuur aandacht dient te hebben voor de invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid en daarvan in processtukken of ter comparitie melding maakt. Op terreinen waar de rechter een enigszins verzwaaarde motiveringsplicht heeft, zoals bij de vaststelling van causaal verband of bij de toepassing van billijkheidscorrecties bij eigen schuld, bij matiging en dergelijke is het verzekeringsaspect eveneens een factor van belang die in het vonnis of arrest opgenomen dient te worden. Bij de al dan niet toerekening van verzekeringen als voordeel dient de rechter uit de aard van de zaak reeds rekening te houden met het verzekeringsaspect. Wellicht kunnen de wetgever (zie reeds art. 6:109 NBW) en de literatuur wat drempelvrees wegnemen bij de rechter.

We eindigen zoals wij begonnen zijn; met een treffend citaat van H. Drion: 'Voor de jurist, die gehecht is geraakt aan het romantisch stroomgebied van de onrechtmatige daad, betekent het een overwinnen van veel innerlijke weerstand om te accepteren dat een deel van dat gebied gekanaliseerd gaat worden in de prozaïsche, en zoveel minder genuanceerde kanalen van verzekering. Hij voelt het als een verarming van zijn geestelijk landschap. Maar het is een verarming die niet is tegen te houden. (...) Maar wie niet de moed heeft, die pijn te nemen als het leven verandering vraagt, doet beter zich terug te trekken aan de borreltafel, waar de oude garde — van alle leeftijden — in vreedzame wrok het hoofd schudt over de verderfelijke nieuwigheden van een losgeslagen wereld.'²⁶¹)

Noten

- ¹⁾ H. Drion, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, oratie Rotterdam, 1955, p. 3.
- ²⁾ *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 4e druk bewerkt door P. Cane, Londen, 1987, p. 243 ev.
- ³⁾ HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS, Zentveld/Assicurazioni Generali. Dat het arrest bekend staat als Fokker/Zentveld geeft aan dat juristen toch voornamelijk het oog hebben op de achterliggende partijen.
- ⁴⁾ C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. RUU, 1989, nr. 153.
- ⁵⁾ Prosser/Keeton, *The law of torts*, 1984, p. 593-596, B.S. Markesinis, 'La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance', *RIDC* 1983, p. 316 en C. von Bar, 'Das Trennungsprinzip und die Geschichte des wandels der Haftpflichtversicherung', *AcP* 1981, p. 325.
- ⁶⁾ Zie A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, 'Verzekering en aansprakelijkheid naar huidig recht en naar het N.B.W.', *VR* 1983, p. 147 en de aldaar genoemde arresten.
- ⁷⁾ HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 m.nt. CJHB.
- ⁸⁾ W. van Gerven, 'De invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht', *RW* 1962, p. 782, Van Wassenaer van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 146 en D. Simoons, 'Hoofddlijnen in de evolutie van het aansprakelijkheidsrecht', *TvP* 1984, p. 421.
- ⁹⁾ Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 782 en Simoons, a.w. *TvP* 1984.
- ¹⁰⁾ HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 226 m.nt. G.
- ¹¹⁾ F. Bruinsma en R. Welbergen, *De Hoge Raad van anderen*, 1988, p. 94.
- ¹²⁾ Een preadvies dient immers volgens goed gebruik in het tijdsbestek van een gemiddelde treinreis (1e klas) naar de plaats van vergadering (veelal Utrecht) gelezen te kunnen worden.
- ¹³⁾ Vgl. Hof Arnhem 29 januari 1986, *NJ* 1987, 1021 Waterleiding Friesland/Centraal Beheer en F.T. Oldenhuis, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen*, diss. RUG 1985, p. 61.
- ¹⁴⁾ Zie daarover J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, Supplement 1987, p. 106 en 107, respectievelijk G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, 1983, p. 50-53 en p. 141-145 en Van Dunné, a.w. Supplement 1987, p. 57-65.
- ¹⁵⁾ Vgl. Van Dam, a.w. diss. 1990, nr. 151. Zie voorts A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding*: algemeen, deel 1, Mon. NBW B-34, 1982, p. 4-7 en C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Mon. NBW A-11, 1988, p. 6 en 7.
- ¹⁶⁾ A.-G. Ten Kate in zijn conclusie (nr. 15) voor HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 226 m.nt. G, Ricky van Rooij.
- ¹⁷⁾ Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 12, Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 777 en Simoons, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1964.
- ¹⁸⁾ Zie voor een verhandeling over schuld als grondslag voor de aansprakelijkheid: D.J. Veegens in zijn noot bij HR 9 december 1960, *NJ* 1963, 1 Jaguar I, Simoons, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1965-1970 en J.M. van Dunné, Ebele Dillema-arrest — Medeschuld van het jonge kind, annotatie in *AA* 1979, p. 208-210. Voorts J.G. Fleming, *An introduction to the law of torts*, 1985, p. 10, Prosser/Keeton, a.w. 1984, p. 592 en E. Deutsch, 'Haftung und Versicherung', *JBf* 1980, p. 298.
- ¹⁹⁾ Van Dunné, a.w. *AA* 1979, p. 209.
- ²⁰⁾ J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht over differentiatie en schaalvergroting', in: *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, 1988, p. 245 ev en B. Wachter, 'Limieten aan de aansprakelijkheidsverzekering', idem, p. 259.
- ²¹⁾ HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 m.nt. CJHB, GAFLIC/Mulder.
- ²²⁾ S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij het arrest GAFLIC/Mulder in *AA* 1987, p. 639.
- ²³⁾ Van Dam, a.w. diss. 1989, nr. 171 en Markesinis, a.w. *RIDC* 1983, p. 307.

- ²⁴⁾ HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331 in *Kw. NBW* 1984, p. 50 ev geannoteerd door G.E. van Maanen.
- ²⁵⁾ Uitvoerig daarover: J.M. van Dunné, 'Civiele aansprakelijkheid anno 2000', in: *Met recht naar 2000*, RAO-congresbundel 1990, p. 82 ev.
- ²⁶⁾ Van Dunné, a.w. RAO-congresbundel 1990, p. 88. Een duidelijk voorbeeld vormen de art. 1638x BW-zaken (aansprakelijkheid werkgever voor bedrijfsongevallen en -ziekten): HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 151 m.nt. PAS, Rijnberg/Speerstra en HR 6 april 1990, *RvdW* 1990, 80 Janssen/Nefabas.
- ²⁷⁾ G.H.A. Schut, 'Toerekenen in het aansprakelijkheidsrecht - Redactionele kanttekeningen', *RMTh* 1989, p. 171.
- ²⁸⁾ Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1987 en Atiyah, a.w. 1987, p. 238.
- ²⁹⁾ Spreiding van schade kan ook zonder dat er verder verzekeringen aan te pas komen het gevolg zijn van aansprakelijkstelling. Wanneer de aansprakelijke persoon namelijk een grotere eenheid als een onderneming of de overheid vormt dan kan de last van aansprakelijkheid via doorberekening in de prijs worden afgewenteld. Zie bijvoorbeeld *Sindell v. Abbott Laboratories* (Cal. 1980), 607 P. 2d 924, cert. denied 449 US 912 en *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (Cal. 1944), 150 P. 2d 436. Zie over spreidingsmogelijkheden van recente figuren als 'market-share liability' en 'pollution-share liability': J. Knottenbelt, *Produktaansprakelijkheid*, diss. EUR, 1990, p. 82 ev, dezelfde auteur, 'Marktaandeelaansprakelijkheid', *NJB* 1982, p. 185-193, J.H. Nieuwenhuis, *Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, Produktaansprakelijkheid*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht 1987, p. 5 en 7-17, J.M. van Dunné, *Aansprakelijkheid voor milieuschade bij door lozingen vervuilde havenslib*, deel 2, 1988, Instituut voor Milieuschade, p. 63 ev (Amerikaans recht) en R.A.Th. M. Dekkers en E.A. Messer, 'Milieuschade en produktaansprakelijkheid', in: *Het Nieuw BW in perspectief*, 1990, p. 268 en 269.
- ³⁰⁾ Van Dam, a.w. diss. 1989, nr. 175, Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 780, Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1964 en Fleming, a.w. 1985, p. 6-8. Zie ook Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 27. De spreidingsmogelijkheid van verzekeringen kan weer teniet worden gedaan door subrogatie, regres en overige verhaalsacties op het vermogen van een individuele schadeveroorzaker.
- ³¹⁾ J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel 1954, nr. 366. Zie ook D. Christe, 'Wet beschermt met aansprakelijkheid kwetsbare groepen', in: 'Recht & Wet', *De Volkskrant* van 19 mei 1990, p. 19.
- ³²⁾ F.H.J. Mijnsen, 'Vergoeding van schade door de schadeverzekeraar', *BR* 1987, p. 497.
- ³³⁾ David Yates, geciteerd in de *Sunday Times* van 21 oktober 1984, p. 26.
- ³⁴⁾ Zie: A. van Oevelen, 'Preventie van brand en ontploffing, objectieve aansprakelijkheid en verplichte burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering', *RW* 1980, p. 242 ev.
- ³⁵⁾ Het Verdrag van Brussel van 29 november 1969 inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie, Trb 1977, 77. Vgl. HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 333 m.nt. JCS, Eleni V.
- ³⁶⁾ Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 313 ev, Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1990 en Simoens, a.w. *TvP* 1984, p. 424.
- ³⁷⁾ J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, diss. EUR, 1987, p. 4.
- ³⁸⁾ Markesinis, a.w. *RIDC* 1983, p. 301.
- ³⁹⁾ Van Dunné, a.w. annotatie in *AA* 1979, p. 209.
- ⁴⁰⁾ Zie bijvoorbeeld ook Markesinis, a.w. *RIDC* 1983, p. 301 ev, Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 151, dezelfde, Boekbespreking Asser-Rutten, 4-III, *WPNR* 5739 (1985), p. 345 en Kortmann, a.w. *AA* 1987, p. 642.
- ⁴¹⁾ Zie over deze ontwikkeling met name Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 289 ev. Zie ook H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 12 en Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1989 ev.

- ⁴²⁾ Zie bijvoorbeeld J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid*, 1985, p. 21.
- ⁴³⁾ HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331.
- ⁴⁴⁾ Conclusie (nr. 7) voor HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331.
- ⁴⁵⁾ In zijn noot onder HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 Vader Versluis.
- ⁴⁶⁾ Zie in dit kader Van Dam, a.w. diss. 1989, p. 232-233. Zie ook H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 21, Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 786, Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 326 en Kortmann, a.w. *AA* 1987, p. 642.
- ⁴⁷⁾ Fleming, a.w. 1985, p. 16.
- ⁴⁸⁾ Zie Van Dam, a.w. diss. 1989, nrs. 157-159 en Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 312.
- ⁴⁹⁾ Bloembergen, a.w. Mon. NBW B-34, p. 6. In dezelfde zin G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 1985, p. 5.
- ⁵⁰⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 7.
- ⁵¹⁾ Vgl. Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 312 en 313.
- ⁵²⁾ Van Dam, a.w. diss. 1989, nr. 161 en H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 10.
- ⁵³⁾ Deutsch, a.w. *JBI* 1980, p. 303.
- ⁵⁴⁾ Atiyah, a.w. 1987, p. 233 ev.
- ⁵⁵⁾ *Nettleship vs. Weston* (1971) 2 *QB* 691, 700.
- ⁵⁶⁾ H. Ussing, 'Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile', *RIDC* 1955, p. 491.
- ⁵⁷⁾ Zie onder meer Simoens, a.w. *TvP* 1984, p. 422.
- ⁵⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 780 ev.
- ⁵⁹⁾ HR 14 februari 1969, *NJ* 1969, 189 m.nt. GJS, Eef Kamerbeek.
- ⁶⁰⁾ Deutsch, a.w. *JBI* 1980, p. 299. Zie bijvoorbeeld ook H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 10, Von Bar, a.w. *AcP* 1981, p. 290, Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 783 en Prosser/Keeton, a.w. 1984, p. 593-594.
- ⁶¹⁾ Uitgaan van daadwerkelijke verzekeringen in een concreet geval kan gevaarlijk zijn. Zo merkt A.-G. Mok in zijn conclusie voor HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415 m.nt. G, Zeug Geel 113 op: '(...) dat uit de gedingstukken, i.h.b. het vonnis van de Rb., is af te leiden dat beide pp. voor de eventueel geleden schade (in het geval van Swinkels: uit wettelijke aansprakelijkheid) verzekerd zijn. Ik veronderstel derhalve dat assuradeuren de werkelijke belanghebbenden bij het geschil zijn.' In feite was Bardeol slechts tegen rechtsbijstand verzekerd. Vgl. Bruinsma en Van Welbergen, a.w. 1988, p. 113.
- ⁶²⁾ Zie de noot van Scholten onder HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174 CADIX/AEH en P.A. Stein, Over de betekenis van de billijkheid in het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht, *RMTh* 1969, p. 335.
- ⁶³⁾ In zijn noot onder HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 Fokker/Zentveld. Zie ook C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, oratie Groningen 1973, p. 14-15.
- ⁶⁴⁾ Vergelijk bijvoorbeeld Van Dam, a.w. diss. 1989, p. 240, Van Dunné, a.w. Supplement 1987, p. 62, W.C.L. van der Grinten, 'Harmonisatie van standaardvoorwaarden in de bouw', *BR* 1982, p. 595, Von Bar, a.w. *AcP* 1981 p. 291, A.-G. Ten Kate (nr. 16) voor HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 226 m.nt. G, Ricky van Rooij.
- ⁶⁵⁾ Noot onder Codam/Merwede, *AA* 1954, p. 184.
- ⁶⁶⁾ Van Dam, a.w. diss. 1989, p. 240.
- ⁶⁷⁾ Parl. Gesch. Boek 6, p. 745.
- ⁶⁸⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 10.
- ⁶⁹⁾ Zie bijvoorbeeld Bloembergen, a.w. *NJB* 1980, p. 178-179 en A.-G. Ten Kate (p. 256) voor HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71 Van Kleef/Monster.
- ⁷⁰⁾ Van Dunné, a.w. Supplement 1987, p. 60.
- ⁷¹⁾ HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK.
- ⁷²⁾ Conclusie (nr. 4) voor HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK. In HR 9 maart

- 1990, *NJ* 1990, 428 Knobo/Mr Schellenbach, een recentere beroepsaansprakelijkheidszaak betreffende een notaris, is de Hoge Raad aan het verzekeringsaspect, dat in het cassatiemiddel aan de orde is gesteld, niet toegekomen.
- ⁷³⁾ Vgl. ook Van Dunné, a.w. Supplement 1988/1989, p. 68.
- ⁷⁴⁾ Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 24.
- ⁷⁵⁾ Bloembergen als waarnemend A.-G. in de toelichting bij zijn cassatie in het belang der wet voor HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 m.nt. CJHB, GAFLIC/Mulder en A.-G. Franx in zijn conclusie voor HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 606 Posthumus/Terpstra. Zie ook Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 152 en Mijnsen in zijn noot onder HR 6 mei 1983, *NJ* 1983, 584 Rijnstreek II. Zie echter de kritiek van Nieuwenhuis, a.w. *RMTh* 1987, p. 209-210 en Kortmann, a.w. *AA* 1987, p. 642.
- ⁷⁶⁾ HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS.
- ⁷⁷⁾ R.o. 4.24 (p. 2111) te kennen uit HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 606 Posthumus/Terpstra.
- ⁷⁸⁾ Zie ook Nieuwenhuis, a.w. *RMTh* 1987, p. 210 en A.-G. Asser voor HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 283 X/Stichting St. Elisabeth.
- ⁷⁹⁾ De opvatting van A.A. Ehrenzweig, 'Assurance Oblige — A Comparative Study', *LCP* 1950 p. 445-454. Zie ook Van Gerven, a.w. *RW* 1962, p. 780 ev en Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 2025 ev.
- ⁸⁰⁾ Vergelijk M. Aantjes-Cozijnsen en S. Klosse, 'AVP en NBW: de verzekeringspraktijk en de aansprakelijkheidsregeling van minderjarigen', *NJB* 1985, p. 1143 en Van Dam, a.w. diss. 1989, p. 247 ev. In het vervoersrecht lijkt het wel vaak het geval te zijn, dat degene die zich op de meest economische wijze kan verzekeren het risico voor zijn rekening komt. Zie Van Dunné, a.w. Supplement 1987, p. 63-64.
- ⁸¹⁾ Vergelijk het geciteerde betoog van Hijmans van den Bergh.
- ⁸²⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 5 wijst er terecht op dat aansprakelijkheid zich ook voor kan doen zonder dat er schade optreedt. Het aansprakelijkheidsrecht houdt zich niet alleen bezig met vergoeding van schade, maar ook met het aansprakelijk stellen op zich.
- ⁸³⁾ Zie bijvoorbeeld Van der Grinten, a.w. *BR* 1982, 595 en Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 22.
- ⁸⁴⁾ Nieuwenhuis, a.w. *RMTh* 1987, 209-210.
- ⁸⁵⁾ In het systeem van de Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen moet de Staat bijspringen voor een bepaald bedrag, voor zover geen dekking op de verzekeringsmarkt te verkrijgen is.
- ⁸⁶⁾ Zie ook H.K. Köster, *AA* 1971, p. 459 en Van Dunné, a.w. Supplement 1987, p. 107.
- ⁸⁷⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 7.
- ⁸⁸⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 425.
- ⁸⁹⁾ Van Dunné, a.w. Supplement 1986, p. 39. Zie ook Simoens, a.w. *RW* 1980-1981, p. 1975.
- ⁹⁰⁾ Zie daarover: HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751 m.nt. CJHB, ABP/Van Stuyvenberg. Zie ook: HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136 en 137 m.nt. CJHB, Joe/Chicago Brode resp. Henderson/Gibbs en N.A. en reeds HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 360 m.nt. GJS, Traumatische neurose en HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372 m.nt. GJS, Aangereden hartpatiënt.
- ⁹¹⁾ P. Neleman, 'Toerekening van schade', in: *Schadeverhaal*, BW-krant jaarboek 1987, p. 45.
- ⁹²⁾ HR 2 december 1966, *NJ* 1967, 42 m.nt. GJS.
- ⁹³⁾ J. van Schellen, 'Causaal verband: requiem voor een leerstuk?', *NJB* 1985, p. 1115.
- ⁹⁴⁾ C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade' (II), *VR* 1981, p. 235.
- ⁹⁵⁾ Van Dunné, a.w. Supplement 1986, p. 39.
- ⁹⁶⁾ Zie voor een uitzondering: HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 Kalimijnen en de noot van J.H. Nieuwenhuis daarbij.

- ⁹⁷⁾ Zie de conclusie van A.-G. Moltmaker (nr. 3) voor HR 15 juli 1988, *NJ* 1989, 714 m.nt. MS, Staat/Van der Plasse en de gelijkkluidende bijlage bij de conclusie van A.-G. Franx voor HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m.nt. JHN en JCS, 'Kalimijnen en Onrechtmatige Daad I', G.J. de Groot, nr. 300 en de aldaar genoemde literatuur.
- ⁹⁸⁾ Vgl. Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 429, Schut, a.w. 1985, p. 95 en A.J.O. van Wassenae van Catwijck, 'Het algemene privaatrechtelijke schadevergoedingsrecht', *BR* 1987, p. 488. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling in de jurisprudentie: H. Drion, 'Vijftien jaar causaliteitsrechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden', *VR* 1987, p. 29 ev (eerder gepubliceerd in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986).
- ⁹⁹⁾ HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84 m.nt. GJS.
- ¹⁰⁰⁾ Schut, a.w. *RMTh* 1989, p. 172.
- ¹⁰¹⁾ Brunner, a.w. *VR* 1981, p. 233.
- ¹⁰²⁾ G.E. Langemeijer, 'Causaliteit und kein Ende', in: *Gratia commercii*, opstellen aangeboden aan prof. mr. A. van Oven, 1981, p. 120.
- ¹⁰³⁾ Schut, a.w. 1985, p. 97.
- ¹⁰⁴⁾ Parl. Gesch. Boek 6, p. 345, Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 432, Neleman, a.w. BW-krant Jaarboek 1987, p. 46 en H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, oratie UvA 1962, 1963, p. 15.
- ¹⁰⁵⁾ HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 m.nt. GJS, Vader Versluis. In gelijke zin HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 210 m.nt. G, AGO/NCB.
- ¹⁰⁶⁾ G.J. Scholten in zijn noot onder HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 Vader Versluis.
- ¹⁰⁷⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 434, J. van Schellen, 'Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid' in: *Non sine causa*, 1979, p. 342, Schut, a.w. 1985, p. 201 en Neleman, a.w. BW-krant Jaarboek 1987, p. 52. Anders: H.B. Kramer, *Causaliteit en voorzienbaarheid van schade*, *VR* 1983, p. 275.
- ¹⁰⁸⁾ Markesinis, a.w. *RIDC* 1983, p. 311.
- ¹⁰⁹⁾ Köster, a.w. oratie 1962, p. 14 en noot 48.
- ¹¹⁰⁾ Brunner, a.w. *VR* 1981, p. 234.
- ¹¹¹⁾ H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1979, p. 234.
- ¹¹²⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 434.
- ¹¹³⁾ Van Schellen, a.w. *Toerekening naar redelijkheid* 1985, p. 21.
- ¹¹⁴⁾ Zie Schoordijk, a.w. 1979, p. 252, Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 450 en H.L. van der Beek, 'Eigen schuld', *Kw. NBW* 1986, p. 102 en voor het huidige recht o.a. de arresten HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685 m.nt. GJS, Ebele Dillema, HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 m.nt. CJHB, GAFLIC/Mulder, HR 8 december 1989, *RvdW* 1990, 3 Lars Ruröde en HR 1 juni 1990, *RvdW* 1990, 116 Ingrid Kolkman.
- ¹¹⁵⁾ Aldus o.a.: Van Wassenae van Catwijck, a.w. *BR* 1987, p. 492, A.T. Bolt, 'Eigen schuld en billijkheidscorrectie', *WPNR* 5960 (1990), p. 307, A.-G. Franx in zijn conclusie voor HR 30 mei 1985, *NJ* 1986, 690 m.nt. CJHB, Boon/Prenger, wnd. A.-G. Bloembergen in de toelichting op zijn cassatie in het belang der wet voor HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 m.nt. CJHB, GAFLIC/Mulder en Kortmann in zijn noot bij laatstgenoemd arrest in *AA* 1987, p. 640 en recent HR 8 december 1989, *RvdW* 1990, 3 Lars Ruröde en HR 1 juni 1990, *RvdW* 1990, 116 Ingrid Kolkman.
- ¹¹⁶⁾ J. Drion, 'Aanvaring en "eigen schuld"' (n.a.v. HR 25 mei 1962, *NJ* 1963, 321) (Vervolg), *WPNR* 4786 (1963), p. 452.
- ¹¹⁷⁾ A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Eigen schuld*, 1971, p. 22 ev (zie ook art. 8 van diens wetsvoorstel met toelichting op p. 294-295 en 305-306) en recenter in zijn *Eigen schuld en medeschuld*, 1985, p. 70 en 124 ev.
- ¹¹⁸⁾ Vgl. Deutsch, a.w. *JBI* 1980, p. 301, Van der Beek, a.w. *Kw. NBW* 1986, p. 103 en Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 25.

- ¹¹⁹⁾ Daarover: Kamerstukken II 1985-1986, 19529, nr. 3, p. 26 en Mijnsen, a.w. *BR* 1987, p. 499.
- ¹²⁰⁾ In gelijke zin: Knottenbelt, a.w. diss. 1990, p. 94.
- ¹²¹⁾ Zie daarover nader: C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3-12 NBW', *WPNR* 5963 en 5964 (1990).
- ¹²²⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 149 en dezelfde, 'Aansprakelijkheid en de grenzen der verzekeraarbaarheid', *VR* 1988, p. 368. In gelijke zin: Bolt, a.w. *WPNR* 5960 (1990), p. 309 en Van der Beek, a.w., *Kw. NBW* 1986, p. 103. Zie ook: Deutsch, a.w. *JB* 1980, p. 299.
- ¹²³⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 452. Zie ook de aldaar genoemde buitenlandse literatuur.
- ¹²⁴⁾ Van Dunné, a.w. *AA* 1979, p. 213. In gelijke zin Bolt, a.w. *WPNR* 5960 (1990) t.a.v. het arrest Lars Ruröde.
- ¹²⁵⁾ HR 8 december 1989, *RvdW* 1990, 3 Lars Ruröde.
- ¹²⁶⁾ *Groene boeken*, Toelichting derde gedeelte boek 6, 1961, p. 664.
- ¹²⁷⁾ Vgl. HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 483 m.nt. CJHB, Marcel Woestenburg, H.A. Bouman, 'Van bewijslast naar bescherming — artikel 31 Wegenverkeerswet', *VR* 1987, p. 85 ev., A.J.O. van Wassenae van Catwijck, 'Slachtofferbescherming', *VR* 1989, p. 253 ev en Bolt, a.w. *WPNR* 5960 (1990), p. 305 en 306. Zie voor de BRD: Deutsch, a.w. *JB* 1980, p. 301. Zie ook: HR 8 december 1989, *RvdW* 1990, 3 Lars Ruröde en HR 1 juni 1990, *RvdW* 1990, 116 Ingrid Kolkman.
- ¹²⁸⁾ Invoeringswet, 9e gedeelte, Stb 1989, 491 art. X.
- ¹²⁹⁾ Kortmann, a.w. *AA* 1987, p. 641 en Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 151.
- ¹³⁰⁾ HR 1 juni 1990, *RvdW* 1990, 116.
- ¹³¹⁾ B. Wachter, 'Van aansprakelijkheids- naar verkeersverzekering? — Of niet?', *RMTh* 1975, p. 251. In gelijke zin: R. Overeem, 'Recente rechtspraak en een opmerkelijk wetsvoorstel ter bescherming van verkeersslachtoffers in Frankrijk', *VR* 1985, p. 102.
- ¹³²⁾ Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid deel I, *Vergoeding van schade door dood en letsel*, 1978, p. 22 ev.
- ¹³³⁾ Kamerstukken II 1989-1990, 21528, nrs. 1 en 2.
- ¹³⁴⁾ Zie daarover: R. Overeem, 'Beperking van het beroep op eigen schuld van verkeersslachtoffers naar Frans recht. Een revolutionair arrest' (Cour de Cassation 21 juli 1982 i.z. Desmares), *VR* 1984, p. 49 ev.
- ¹³⁵⁾ Zie: L. Perez, 'Commentaar op de Franse wet van 5 juli 1985 betreffende de schadeloosstelling van verkeersslachtoffers', *VR* 1986, p. 169 ev en Overeem, a.w. *VR* 1985, p. 99 ev en uitvoerig F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation*, Parijs, 2^{ed}. 1988. Zie ook A.J.O. van Wassenae van Catwijck, 'Nieuw Frans verkeersschaderecht in werking', *VR* 1986, p. 173 ev.
- ¹³⁶⁾ Markesinis, a.w. *RIDC* 1983, p. 314.
- ¹³⁷⁾ Vgl. Aantjes-Cozijnsen en Klosse, a.w. *NJB* 1985, p. 1139 ev.
- ¹³⁸⁾ Kortmann, a.w. *AA* 1987, p. 643. Zie ook de conclusie van A.-G. Ten Kate (nr. 16) voor HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 226 m.nt. G, Ricky van Rooij.
- ¹³⁹⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nrs. 458 ev. Overigens heeft de wetgever in een aantal gevallen een bijzondere draagplichtregel in het leven geroepen. Dat is bijvoorbeeld gebeurd in de artt. 6:165 lid 2 en 6:166 lid 2 NBW. In de verhouding tussen een geestelijk of lichamenlijk gestoorde en een aansprakelijke toezichthouder dient deze laatste de schadelast te dragen, terwijl bij groepsaansprakelijkheid iedere deelnemer voor een gelijk deel bijdraagt. De belangrijkste bijzondere draagplichtregel is te vinden in art. 6:170 lid 3 NBW (zie 2.4.2).
- ¹⁴⁰⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. 1985, p. 132 en p. 146.
- ¹⁴¹⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VR* 1983, p. 153, dezelfde, a.w. *VR* 1988, p. 368 en Asser-Hartkamp, 4-III, nrs. 137 en 150.

- ¹⁴²⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 452 en Van Dunné, a.w. *AA* 1979, p. 213. Recentelijk heeft H.G.F.M. de Kok, 'Regres en hoofdelijkheid in het Nieuw BW', *Kw. NBW* 1990, p. 41 gezien de essentie van de concrete omstandigheden gepleit voor één regresbepaling in afd. 6.1.2 NBW waarbij de rechter een discretionaire bevoegdheid zou krijgen om de omvang van het regres vast te stellen.
- ¹⁴³⁾ Zie bijvoorbeeld F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen*, Mon. NBW B-46, p. 71 ev.
- ¹⁴⁴⁾ G.J. Scholten, *De beperkingen van aansprakelijkheid met het gehele vermogen en de matigingsbevoegdheid van de rechter*, oratie UvA 1962, p. 12.
- ¹⁴⁵⁾ Scholten, a.w. oratie 1962, p. 13.
- ¹⁴⁶⁾ F.J. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. RUL 1990, nr. 290.
- ¹⁴⁷⁾ A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. RUL 1965, nr. 84, dezelfde in a.w. Mon. NBW B-34, nr. 2 en in *Onrechtmatige daad II*, nr. 8 en Asser-Hartkamp, 4-I, nrs. 415 en 492.
- ¹⁴⁸⁾ Zie o.a. J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, diss. KUN 1962, p. 82 ev en A. Veenhoven, 'Rechterlijke matiging van schadevergoeding', in: *Op de grenzen van komend recht*, prof. mr. J.H. Beekhuis bundel, 1969, p. 290 ev.
- ¹⁴⁹⁾ Vgl. H. Drion, a.w. *VR* 1987, p. 29 en De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 291.
- ¹⁵⁰⁾ Brunner, a.w. *VR* 1981, p. 235 en J.M.M. Maeijer, 'Matiging van schadevergoeding', in: 'Op gezag van ...' *AA*-themanummer, 1985, p. 730.
- ¹⁵¹⁾ Maeijer a.w. *AA* 1985, p. 731. In gelijke zin: Bloembergen, a.w. 1965, nrs. 133 en 136.
- ¹⁵²⁾ Brunner, a.w. oratie 1973, p. 16 en voorafgaande.
- ¹⁵³⁾ Van Dunné, a.w. Supplement 1988/1989, p. 47. Ongeveer in gelijke zin: G.J. Scholten, a.w. oratie 1962, p. 20-21 en Hofmann-Van Opstall I-1, 1976, p. 274.
- ¹⁵⁴⁾ A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek*, 1988, nr. 291.
- ¹⁵⁵⁾ Jac. Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvonnis*, oratie Leiden 1989, p. 23 noot 80 en De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 290.
- ¹⁵⁶⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 497.
- ¹⁵⁷⁾ P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Mon. NBW A-16, 1984, nr. 14 en Maeijer, a.w. diss. 1962, p. 111.
- ¹⁵⁸⁾ Asser-Hartkamp, 4-I, nr. 502 en Schoordijk, a.w. 1979, p. 284 en De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 289.
- ¹⁵⁹⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 33 en 36, waarover Braams, a.w. diss. 1989, p. 482.
- ¹⁶⁰⁾ Kamerstukken II 1981-1982, 17541, nr. 3, p. 36, Kamerstukken II 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 48 en Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46, p. 4.
- ¹⁶¹⁾ A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', in: *Schade lijden en schade dragen*, Boekenreeks *NJB* 1980, p. 14.
- ¹⁶²⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 22.
- ¹⁶³⁾ Abas, a.w. Mon. NBW A-16, nrs. 26 en 28.
- ¹⁶⁴⁾ Parl. Gesch. Boek 6, p. 441.
- ¹⁶⁵⁾ Kamerstukken II, 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 47 en 48. Zie ook de door Abas, a.w. Mon. NBW A-16, p. 54 (onder) en 55 (boven) genoemde schrijvers.
- ¹⁶⁶⁾ Maeijer, a.w. diss. 1962, p. 143 en 144.
- ¹⁶⁷⁾ Abas, a.w. Mon. NBW A-16, p. 55 onder aanhaling van de arresten Rederij Koppe en Maringa/Asuradeuren.
- ¹⁶⁸⁾ Kamerstukken II 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 47 en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 502.
- ¹⁶⁹⁾ HR 20 februari 1936, *NJ* 1936, 420 m.nt. EMM, Zwaantje van Delft. Zie m.b.t. art. 1407 BW en rechterlijke matiging nader *Onrechtmatige daad II*, G.J. de Groot, nr. 393.

- ¹⁷⁰⁾ *Onrechtmatige daad II*, G.J. de Groot, nrs. 332 ev, m.n. nr. 334.
- ¹⁷¹⁾ Aantjes-Cozijns en Klosse, a.w. *NJB* 1985, p. 1141.
- ¹⁷²⁾ Vgl. Hof Arnhem 22 november 1972, *NJ* 1973, 401 Adam/Saturnus en Rb Utrecht 30 oktober 1985, *VR* 1987, 135 Delis/Nunda.
- ¹⁷³⁾ Zie omtrent verzekering van milieuaansprakelijkheid de bijdragen in *TMA* 1989/3, p. 69 ev.
- ¹⁷⁴⁾ Van Wassenauer van Catwijck, a.w. *VR* 1988, p. 369 en 370.
- ¹⁷⁵⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 33.
- ¹⁷⁶⁾ Knottenbelt a.w. diss. 1990, p. 69.
- ¹⁷⁷⁾ Zie uitgebreid de preadviezen van F.H.A. Arisz en J.C.G. Kamphuisen, 'Is het wenselijk wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaars van vrije beroepen?', *HNJV* 1987 I-1 en De Vries a.w. diss. 1990, nr. 118.
- ¹⁷⁸⁾ Wachter, a.w. 1988, p. 261.
- ¹⁷⁹⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 28.
- ¹⁸⁰⁾ F.J. de Vries, 'Art. 6.1.9.12b en limitering van aansprakelijkheid', in: 'Oud en nieuw' — BW-krant Jaarboek 1988, p. 151.
- ¹⁸¹⁾ De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 22 ev. Zie voor enige limiteringen in boek 8: de artt. 8.2.4a.11, 8.5.2.15, 8.5.3.19, 8.7.1 ev, 8.10.2.14, 8.10.3.14, 8.12.1 ev, 8.13.2.6, 8.13.3.13 en 8.13.4.13 NBW.
- ¹⁸²⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 15 en G.J. Scholten, a.w. oratie 1962, p. 4 ev.
- ¹⁸³⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 14 en Bloembergen, a.w. *NJB* 1980, p. 14.
- ¹⁸⁴⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 14.
- ¹⁸⁵⁾ In gelijke zin: A. Korthals Altes, Van Wassenauer van Catwijck en Wurfbain in: M.M. MacLean, 'Aansprakelijkheid en de grenzen der verzekeraarbaarheid', Verslag van het wetenschappelijk gedeelte van de bijeenkomst van de Vereniging voor Verzekeringswetenschap d.d. 24 april 1987, *VA* 1987, p. 239.
- ¹⁸⁶⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46a, p. 3.
- ¹⁸⁷⁾ Kamerstukken II 1981-1982, 17541, nr. 3, p. 35.
- ¹⁸⁸⁾ Kamerstukken II 1981-1982, 17541, nr. 3, p. 35.
- ¹⁸⁹⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46, p. 4.
- ¹⁹⁰⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46, p. 3.
- ¹⁹¹⁾ Kamerstukken II 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 48 en Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 34.
- ¹⁹²⁾ Kamerstukken II 1985-1986, 19636, nr. 3, p. 6.
- ¹⁹³⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46a, p. 3 en 4.
- ¹⁹⁴⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46, p. 4. In gelijke zin met betrekking tot de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen: J.H. Wansink, 'Verzekering van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen in het NBW', *TMA* 1990, p. 71.
- ¹⁹⁵⁾ De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 83.
- ¹⁹⁶⁾ De Vries, a.w. BW-krant Jaarboek 1988, p. 156.
- ¹⁹⁷⁾ Parl. Gesch Boek 6, p. 448 en De Vries, a.w. diss. 1990, nr. 87 ev.
- ¹⁹⁸⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 17541, nr. 46, p. 4.
- ¹⁹⁹⁾ Kamerstukken I 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 28.
- ²⁰⁰⁾ De Vries, a.w. BW-krant Jaarboek 1988, p. 159.
- ²⁰¹⁾ A. Korthals Altes, Boekbespreking van J.H. Wansink, 'De algemene aansprakelijkheidsverzekering', *Kw. NBW* 1988, p. 105, Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 22, Hartkamp, a.w. *Compendium* 1988, nr. 291a en Bloembergen, a.w. *NJB* 1980, p. 14.
- ²⁰²⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 27 en uitvoerig De Vries, a.w. diss. 1990, nrs. 62 ev.
- ²⁰³⁾ Zie uitvoerig over de rechtvaardiging van de limitering: De Vries, a.w. diss. 1990, nrs. 43 ev. Zie ook Braams, a.w. diss. 1989, p. 480.

- ²⁰⁴⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 27.
- ²⁰⁵⁾ Kamerstukken II 1984-1985, 17541, nr. 8, p. 48.
- ²⁰⁶⁾ Zie m.b.t. gevaarlijke stoffen: Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 37.
- ²⁰⁷⁾ Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 3, p. 33.
- ²⁰⁸⁾ Zie Wansink, a.w. *TMA* 1990, p. 71 en J. Spier en C.H.W.M. Sterk, 'Van naar risico-aansprakelijkheid', *TMA* 1990, p. 76-77.
- ²⁰⁹⁾ Parl. Gesch Boek 6, p. 770.
- ²¹⁰⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 16. Zie voor first party insurance en het Engelse aansprakelijkheidsrecht: Atiyah, a.w. 1987, p. 283 ev.
- ²¹¹⁾ Zie bijvoorbeeld H.K. Köster, noot onder IBC/Derckx, *AA* 1970, 429 en Simoens, a.w. *TvP* 1984, p. 452.
- ²¹²⁾ HR 31 december 1931, *NJ* 1932, p. 419 m.nt. EMM, Spoorwegongeval De Vink. Dat geldt vrij algemeen in West-Europa. Zie voor België art. 22 Verzekeringswet en voor Duitsland art. 67 VVG.
- ²¹³⁾ A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening*, diss. RUG, 1989, p. 44 ev.
- ²¹⁴⁾ Bloembergen, a.w. diss., nrs. 260 en 261, J. Kist, 'Verbintenissenrecht', *WPNR* 5027 (1969), L. Mok, 'Voordeelsverrekening', *VA* 1984, p. 345 en L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag*, diss. 1983, p. 233.
- ²¹⁵⁾ HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 m.nt. GJS, IBC/Derckx.
- ²¹⁶⁾ Bolt, a.w. diss. 1989, p. 204-205.
- ²¹⁷⁾ Op deze benadering van Bolt heeft A.R. Bloembergen in zijn bespreking van haar dissertatie in *RMTh* 1990, p. 222 inmiddels kritiek geuit. Hij stelt dat in de benadering van Bolt beslissend is of er van een onredelijke veroordeling van de schadeplichtige sprake is. Naar zijn mening gaat het in het schadevergoedingsrecht niet om de belangen van de schadeplichtige, maar om de belangen van de benadeelde. Echter ook in Bolts stelsel wordt de toetssteen voor de vraag of er van een onredelijke bevoordeling van de schadeveroorzaker sprake is gevormd door de belangen van de benadeelde. Overigens past deze opvatting van Bloembergen in een enge visie op het schadevergoedings- en aansprakelijkheidsrecht waarin het er enkel om gaat dat de benadeelde zijn schade vergoed krijgt. In een visie waarin het aansprakelijkheidsrecht en daarmee het schadevergoedingsrecht ook aan andere aspecten (preventie of rechtsgevoel) waarde hecht, is het niet vreemd enige betekenis toe te kennen aan de vraag of de belangen van de veroorzaker ten opzichte van de belangen van de benadeelde onredelijk bevoordeeld worden.
- ²¹⁸⁾ HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380, m.nt. GJS, NBM/Eagle Star.
- ²¹⁹⁾ HR 8 maart 1963, *NJ* 1963, 317 m.nt. HB, Stad Rotterdam/Brunt, HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 379 m.nt. GJS, Risicobank-Staat en HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380 m.nt. GJS, NBM/Eagle Star.
- ²²⁰⁾ HR 15 juni 1981, *NJ* 1982, 221 m.nt. CJHB, Tijsterman/Hony, HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 246 m.nt. G, ABP/Wink en HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100 Huiskes/Snippe.
- ²²¹⁾ G.E. van Maanen, 'Doodslag en behoefteigheid', *Kw. NBW* 1986, p. 121 ev.
- ²²²⁾ Kamerstukken II 1984-1985, 17 541, nr. 8, p. 45.
- ²²³⁾ T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels en faillissementsrecht III**, *Het nieuwe verzekeringsrecht*, 1987, p. 154-155.
- ²²⁴⁾ Bolt, a.w. diss. 1989, p. 227.
- ²²⁵⁾ Zie bijvoorbeeld F.J. de Jong, *Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel wijziging?*, preadvies *NJV* 1940, p. 38-39 en H.K. Köster, *Behoort de wet regelen te bevatten omtrent de voordeelsafrek bij schadevergoeding?*, preadvies *NJV* 1959, p. 236.
- ²²⁶⁾ Köster, a.w. preadvies *NJV* 1959, p. 236 ev. dezelfde a.w. *AA* 1970, 429 en Van Wassenauer van Catwijck, a.w. *VR* 1988, p. 154.

- ²²⁷⁾ Bolt, a.w. diss. 1989, p. 52.
- ²²⁸⁾ A.T. Bolt, 'Subrogatie van de sommenverzekeraar?', *Kw. NBW* 1989, p. 40 ev.
- ²²⁹⁾ Zie ook H.A.M. Aaftink, Boekbespreking S.J.A. Mulder, 'Subrogratie', *Kw. NBW* 1989, p. 122.
- ²³⁰⁾ Jaspers-Riphagen, *Schets van het sociaal zekerheidsrecht*, 1989, p. 66.
- ²³¹⁾ Jaspers-Riphagen, a.w. 1989, p. 224-225.
- ²³²⁾ Zie voor dit door de regering gebruikte argument Bolt, a.w. diss. 1989, p. 75.
- ²³³⁾ Zie daarover Bolt, a.w. diss. 1989, p. 54.
- ²³⁴⁾ L. Mok, 'Van codificatie tot codificatie', afscheidsrede Rotterdam 1989, p. 50, S.J.A. Mulder, *Subrogratie*, diss. RUL 1988, p. 135.
- ²³⁵⁾ Ook de voorgestelde bepalingen met betrekking tot aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen komen onder het bereik van dit artikel te vallen. Kamerstukken II 1988-1989, 21202, nr. 1-2, p. 5.
- ²³⁶⁾ A.R. Bloembergen, *Het regresrecht van de sociale verzekeraar*, BW-krant Jaarboek 1987, p. 13-36 en G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige daad (titel 6.3) in het Nieuw BW anno 1988', *Kw. NBW* 1988, p. 46 en dezelfde, 'Aansprakelijkheid voor schade door gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem', *WPNR* 5946 (1990), p. 59.
- ²³⁷⁾ G.E. van Maanen, 'Operatie "stofkam" of stofkam-operette?', *NJB* 1984, p. 173 en Mulder, a.w. diss. 1988, p. 136.
- ²³⁸⁾ Adres van de Tweede Kamer te vinden in Bloembergen, a.w. BW-krant Jaarboek 1987, p. 13-36 en over de negatieve passages in de Invoeringswetgeving: W.Th. Braams en E.H. Hondius, 'Invoeringsexercitie Boeken, 3, 5 en 6 nadert voltooiing', *Kw. NBW* 1986, p. 43. Zie ook Aaftink, a.w. *Kw. NBW* 1989, p. 122-123.
- ²³⁹⁾ A.R. Bloembergen c.s. *Duizend botsingen, een kwantitatieve analyse van civiele recht-bankvonnissen in verkeerszaken*, 1972, Wachter, a.w. *RMTh* 1975, p. 230-237, A. Hoekema, *Vergoeding van verkeersschade*, 1976, A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Verkeersverzekering*, oratie VU 1977, p. 7 en 8, dezelfde, 'Zaakschade in het verkeer', *RMTh* 1981, p. 334, dezelfde a.w. *VR* 1988, p. 371, dezelfde (samengevat) in 'Verkeersverzekering in Noord-Amerika (no-fault in actie)', *VA* 1988, p. 366. Zie voor de Verenigde Staten: Prosser/Keeton, a.w. 1984, p. 597-600. Zie ook D. Simoens, *Vergoeding van verkeersslachtoffers. Naar een grondige hervorming*, Antwerpen-Amsterdam, 1979 en Deutsch, a.w. *JB* 1980, p. 302 en 303.
- ²⁴⁰⁾ Wachter, a.w. *RMTh* 1975, p. 270 en Wansink, a.w. diss. 1987, p. 32.
- ²⁴¹⁾ Zie daarover uitgebreid Kamerstukken II 1989-1990, 21528, nr. 2.
- ²⁴²⁾ Zie daarover Prosser/Keeton, a.w. 1984, p. 603-604 en Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VA* 1988, p. 328.
- ²⁴³⁾ Zie daarover Prosser/Keeton, a.w. 1984, p. 604 en 605.
- ²⁴⁴⁾ Zie het duidelijke schema bij Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VA* 1988, p. 333.
- ²⁴⁵⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VA* 1988, p. 334.
- ²⁴⁶⁾ Zie Kamerstukken II 1989-1990, 21528, nr. 2, p. 14-16.
- ²⁴⁷⁾ Zie voor een bondige bespreking: Simoens, a.w. *TvP* 1984, p. 458 en 459.
- ²⁴⁸⁾ A. Tunc, *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Parijs, 1966.
- ²⁴⁹⁾ V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, 1990, p. 32. Zie voor een overzicht van de literatuur: *Onrechtmatige daad V*, H.A. Bouwman, nr. 207, waaronder met name A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Motorrijtuigaansprakelijkheid. Een botsing van belangen*, BW-krant Jaarboek 1987, p. 69 ev.
- ²⁵⁰⁾ H.K. Köster, 'WAM en joy-riding', noot bij HR 19 april 1968, *AA* 1968, p. 288 en 229.

- ²⁵¹⁾ Besproken door A.R. Bloembergen, 'Het rapport over het verkeersongevallenrecht', *NJB* 1978, p. 693 ev en A.J.O. van Wassenae van Catwijck, a.w. *RMTh* 1981, p. 341 ev.
- ²⁵²⁾ Bloembergen, a.w. *NJB* 1978, p. 705.
- ²⁵³⁾ Schut, a.w. 1985, p. 12.
- ²⁵⁴⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. *RMTh* 1981, p. 340 en dezelfde in 'Aansprakelijkheidsverzekering of niet; is alles wel in orde met de WAM', *VR* 1989, p. 62.
- ²⁵⁵⁾ Zie daarover Van Wassenae van Catwijck en Mok in a.w. *Verslag van de Vereniging voor Verzekeringsrecht* 1987, p. 230 en 231. Kritisch t.a.v. het afschaffen van regres is Wachter, a.w. *RMTh* 1975, p. 264-266.
- ²⁵⁶⁾ Besproken door A.R. Bloembergen, Blikschade, *NJB* 1980, p. 925 ev.
- ²⁵⁷⁾ Kamerstukken II 1987-1988, 17496 en 17541, nr. 29.
- ²⁵⁸⁾ Kamerstukken II 1989-1990, 21528, nr. 2, p. 33-36.
- ²⁵⁹⁾ Van Wassenae van Catwijck, a.w. *VA* 1988, p. 366-368 en in a.w. *VR* 1989, p. 60 en 61.
- ²⁶⁰⁾ Van Dunné, a.w. RAIO-congresbundel 1990, p. 87.
- ²⁶¹⁾ H. Drion, a.w. oratie 1955, p. 24.

DE VERENIGING VOOR BURGERLIJK RECHT

Informatie over de Vereniging voor Burgerlijk Recht

De Vereniging voor Burgerlijk Recht is op 3 februari 1986 opgericht. Doel van de Vereniging is krachtens artikel 2 van haar statuten het bevorderen van de belangstelling voor en de kennis van het Burgerlijk Recht en alles wat daarmee in de ruimste zin verband houdt of daaraan bevorderlijk is.

Teneinde deze doelstelling te realiseren wijdt de Vereniging ieder jaar haar jaarvergadering aan een bijzonder onderwerp van burgerlijk recht.

De afgelopen jaren is aldus aandacht besteed aan: Burgerlijk Recht en Grondrechten (1986), Produktaansprakelijkheid (1987), Kredietverlening naar huidig en komend recht (1988) en Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding (1989).

In 1990 is de jaarvergadering gewijd aan 'De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid'.

In 1991 zal — in het licht van de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 — aandacht worden besteed aan aspecten van Overgangsrecht.

Leden van de Vereniging ontvangen ieder jaar tijdig de uitgebrachte preadviezen en hebben toegang tot de jaarvergadering. De Vereniging kent naast gewone leden tevens studentleden. De contributie bedraagt voor 1990 f 30,— voor gewone leden en f 20,— voor studentleden.

Het bestuur van de Vereniging zal per 5 oktober 1990 als volgt zijn samengesteld:

Mr. D.J. Buijs, kantonrechter te Apeldoorn;
Prof. Mr. J.M. van Dunné, hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Erasmus-universiteit te Rotterdam, *voorzitter*;
Mr. A.S. Hartkamp, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Mr. Th. B. ten Kate, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann, hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen;

Mr. R.R.M. de Moor, advocaat te Eindhoven (Kantoor Poelman, Den-
neman & Bruinsma), *adjunct-secretaris/penningmeester*;

Prof. Mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Rijks-
universiteit te Leiden;

Prof. Mr. J. Spier, hoogleraar Burgerlijk Recht aan de Katholieke Uni-
versiteit Brabant te Tilburg, *secretaris*;

Prof. mr. A.A. van Velten, notaris te Amsterdam (Kantoor Boekel de Ne-
rée), tevens buitengewoon hoogleraar privaatrechtelijke aspecten van on-
roerend goed aan de Vrije Universiteit te Amsterdam;

Mw. Mr. L.F. Wiggers-Rust, advocate te Zutphen (Kantoor Wiggers);

Mw. Mr. I.H. Wildeboer, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

*Voor aanmelding als lid en/of nadere informatie kan men zich wenden tot
het secretariaat van de vereniging:*

POSTBUS 63, 5600 AB EINDHOVEN

TELEFOON 040-433885

(vanaf 1 januari 1991 040-570777)

t.a.v. Mr. R.R.M. de Moor

REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

1. **Burgerlijk recht en grondrechten**,
door prof. mr. J.L.M. Elders en mr. M.B.W. Biesheuvel
ISBN 90 6040 784 9
2. **Produktaansprakelijkheid**
door prof. mr. J.H. Nieuwenhuis en mr. J.M. Barendrecht
ISBN 90 6040 833 0
3. **Kredietverlening naar huidig en komend recht**
door prof. mr. F.H.J. Mijnsen, prof. mr. P.A. Stein en
mr. C.J.B. Ebeling
ISBN 90 6040 879 9
4. **Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding**
door prof. mr. E.A.A. Luijten en mr. J.A.M.P. Keijser
ISBN 90 6040 909 4 (*niet meer leverbaar*)

koninklijke vermande

uitgevers sinds 1750



Telefonische bestellingen: 03200-22 9 44

Ook verkrijgbaar bij de boekhandel