



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht

Wansink, J.H.

Citation

Wansink, J. H. (1992). De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht. *Bw-Krant Jaarboek*, 73-87.

Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36602>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36602>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht

*J.H. Wansink**

INLEIDING

Dat het nieuwe vermogensrecht ook zijn invloed doet gelden op het verzekeringsrecht, lijdt geen twijfel. Zulks vloeit rechtstreeks voort uit de gelaagde structuur van het Nieuw BW. Interessant is evenwel de vraag welke betekenis toekomt aan algemene bepalingen in de boeken 3 en 6 waarvoor — op termijn — ten aanzien van verzekering bij wijze van *lex specialis* in titel 7.17 een zelfstandige regeling is voorzien. Een levende discussie is inmiddels in de literatuur gevoerd over de vraag of en zo ja, in hoeverre de onder het huidige recht verstreckende gevolgen van verzwijging *ex* artikel 251 K kunnen worden verzacht door langs de omweg van artikel 6:230 BW te anticiperen op de veel meer genuanceerde regeling in artikel 7.17.1.6 Ontwerp NBW; dit ondanks het feit dat artikel 7.17.1.6a Ontwerp NBW met zo veel woorden de algemene dwalingsregeling buiten spel zet. Een uitputtende discussie ook, waarnaar om die reden in dit bestek dan ook slechts verwezen.¹ Wel ruime aandacht in deze bijdrage verdient de betekenis van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden voor de verzekeringsovereenkomst.

Een geheel eigen aspect dat voorts stellig een nadere beschouwing waard is, betreft het samenspel tussen de aansprakelijkheids-

* Prof. mr J.H. Wansink is als hoogleraar verbonden aan het Verzekeringsinstituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Zie P. Clausing, *Verzekeringsrechtelijke berichten* (Vrb) 25 maart 1991 en 29 juni 1991, R.Ph. Elzas, *Salomons-bundel 1991*, blz. 83 e.v., R.A. Salomons, *VA 1991*, blz. 241 e.v., P. Clausing, *VA*, blz. 245 e.v. alsmede C.C. van Dam, *Wel of niet anticiperen op komend verzekeringsrecht?*, *NbBW 1992*, blz. 21 e.v.

verzekering en het nieuwe aansprakelijkheidsrecht, zoals dat op 1 januari 1992 in werking is getreden.

VERZEKERING EN ONREDELIJK BEZWARENDE BEDINGEN

Wezenlijk voor de regeling in afdeling 6.5.3 en in feite ook inherent aan de algemene opvatting dat voor het beginsel van het 'iustum pretium' in ons contractenrecht geen plaats is, vormt het gegeven dat zij als zodanig niet geldt voor de bedingen die de kern van de prestaties aangeven (de zogenaamde *kernbedingen*). Wat precies onder kernbedingen bij de verzekeringsovereenkomst moet worden verstaan, is vooralsnog niet scherp afgebakend. Nog het meest helder is de Memorie van Antwoord²:

'Uiteraard zijn er overeenkomsten waarbij kernbedingen ook in de voormelde beperkte zin opgevat, groot in aantal zijn; men denke aan de verzekeringsovereenkomst, waarbij de omvang van de dekking vaak in uitvoerige opsommingen van gedekte en uitgesloten risico's is neergelegd. Doch dit betekent niet dat de gehele overeenkomst uit kernbedingen bestaat; in deze zin kan niet worden gezegd dat alle bedingen van de polis in een meer of minder verwijderd verband met de omvang van de dekking zouden staan. Tot de kernbedingen behoort bijvoorbeeld niet een beding waarbij in afwijking van de wettelijke competentieregeling een rechter bevoegd wordt verklaard (artikel 6.5.2A.3 onder p), of een bepaalde vorm voor verklaringen wordt geëist (artikelen 6.5.2A.3 onder l en 6.5.2A.4 onder p), noch een beding waarbij is bepaald binnen welke termijn de verzekerde een schade moet aanmelden op straffe van verval van zijn rechten op uitkering (artikel 6.5.2A.4 onder h).'

Naast de in de Memorie van Antwoord gegeven voorbeelden van kernbedingen kunnen daartoe mijns inziens stellig nog worden gerekend clausules die de dekking tot bepaalde vormen van schade beperken of die aan de hoogte van de uitkering een eigen risico of een limiet per gebeurtenis of per jaar verbinden. In het licht van de in de Memorie van Antwoord gegeven nadere toelichting voor de verzekeringsovereenkomst is het thans heel wel verdedigbaar ook het beding dat de vergoeding van bereddingskosten in afwijking van de wettelijke regeling beperkt, als kernbeding aan te merken.

De betekenis van de zwarte/grijze lijst voor de verzekeringspraktijk

Een nadere beschouwing van de gebruikelijke algemene polisvoorwaarden leert dat zij in de regel de toets op een onredelijk bezwa-

2. Tweede Kamerstukken 1983/1984, 16983, nr. 5.

rend karakter aan de zwarte en grijze lijst met specifieke bedingen voor consumenten-overeenkomsten zonder veel aanpassingen zullen doorstaan. Dat komt mede door het feit dat voor een aantal onderwerpen is gekozen voor een zelfstandige — dwingendrechtelijke — regeling van de verzekeringsovereenkomst in titel 7.17 Ontwerp NBW. Een regeling die naar verwachting evenwel eerst in de late jaren negentig van kracht zal worden. Daar is op zich zelf veel voor te zeggen, maar geheel probleemloos is deze oplossing mogelijk-
wijs niet tijdens het 'interregnum', de periode tussen 1 januari 1992 en het tijdstip van inwerkingtreding van titel 7.17.

Duur en stilzwijgende verlenging van de verzekeringsovereenkomst
Illustratief voor de problematiek die tijdens het interregnum kan ontstaan, is de regeling omtrent duurovereenkomsten in de artikelen 6:236 sub j en 237 sub k BW: de gebondenheid aan langlopende (dienstverlenende) contracten in de consumentensfeer wordt beperkt tot één jaar, zowel bij het sluiten van de overeenkomst als bij stilzwijgende verlenging. Beide bepalingen zijn niet rechtstreeks toepas-
selijk op de verzekeringsovereenkomst. In de Nota naar aanleiding van het eindverslag (Parl. Gesch. inv. boek 6, p. 1707) merkt de Minister van Justitie met recht op dat het kanskarakter van de verze-
keringsovereenkomst zich daartegen verzet. Gekozen is voor een zelfstandige regeling in artikel 7.17.1.13, waarbij de maximale termijn van gebondenheid van de verzekeringnemer veel ruimer is, te weten vijf jaar. Naar mag worden aangenomen ligt daaraan met name ook ten grondslag het (financieel) belang dat een langlopend verzekeringscontract heeft voor de verzekeraar, de assurantietussen-
persoon alsook de verzekeringnemer (vergelijk RvT II-89/32).

Het enkele feit dat titel 7.17 Ontwerp NBW een eigen regeling geeft, staat er evenwel niet aan in de weg, dat het onderhavige be-
ding wordt getoetst aan de algemene norm 'onredelijk bezwarend' in artikel 6:233 BW. Het ligt in de rede daarbij aan te sluiten bij het bepaalde in artikel 7.17.1.13 Ontwerp NBW, maar de rechter is daaraan niet gebonden, immers titel 7.17 is nog slechts een ontwerp van de wet, waarover het parlement zich nog moet uitspreken. Het ware beter geweest als de wetgever voor het 'interregnum' in de vorm van overgangsrecht duidelijkheid had geschapen.

Herzieningsclausule

De herzieningsclausule (tussentijdse wijziging en-bloc) die vooral bij langlopende consumentenverzekeringen gebruikelijk is, wordt niet getroffen door het bepaalde in artikel 6:237 sub c BW: 'Onredelijk bezwarend wordt vermoed te zijn een beding dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij (i.c. de consument, JHW) bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden'.

De verzekeringnemer kan tegen de voorgestelde wijziging bezwaar maken, in welk geval de verzekering eindigt: materieel eenzelfde resultaat als waartoe de uitoefening van het recht tot ontbinding (ex nunc) zou leiden.

Vormvoorschriften voor verklaringen (aangetekende brief)

Artikel 6:236 sub 1 BW staat geen afwijking toe van het bepaalde in artikel 3:37 BW als het gaat om de wijze van verzending van verklaringen. Daarmede richt het verbod zich dus ook uitdrukkelijk op het thans nog in vele polissen voorkomend beding dat de verzekerde bepaalde verklaringen (bijv. de opzegging van de verzekering) slechts per aangetekende brief mag doen. Zoals de Memorie van Toelichting met zoveel woorden zegt, een verbod dat gerechtvaardigd wordt door de overweging dat zo'n beding *tegen* de wederpartij zou kunnen worden gebruikt, terwijl de voorgeschreven wijze van verzending juist haar belangen dient. Overigens bracht onder het oude recht reeds de goede trouw mede dat de verzekeraar genoeg moest nemen met een mededeling waarvan vaststond dat deze hem had bereikt, ook al was deze niet per aangetekende brief verzonden.

Bevoegdheid tot opzegging voor verzekeraar na schade

Een polisbeding waarbij de verzekeraar zich de bevoegdheid heeft voorbehouden de verzekeringsovereenkomst na een schade tussentijds op te zeggen, lijkt toetsbaar aan het bepaalde in artikel 6:237 sub d BW: 'Vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn een beding dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd'.

Benadrukt zij dat het hier gaat om een beding op de grijze lijst zodat de verzekeraar mag aantonen dat een dergelijk beding als

zodanig wel redelijk is in een verzekeringsovereenkomst. Die redelijkheid in algemene zin lijkt mij wel gegeven, gelet op de vertrouwensbasis die bij de verzekeringsovereenkomst een zo belangrijke rol speelt.

Koppelverkoop

Ingevolge artikel 6:237 sub j BW wordt vermoed onredelijk bezwaarlijk te zijn een beding dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd.

In het Voorlopig Verslag is door de leden van de Vaste Commissie de veronderstelling geuit dat het bij hypothecaire leningen gebruikelijke beding dat de geldnemer verplicht tot het sluiten van een brandverzekering of een levensverzekering een voorbeeld is van een beding dat zonder meer geoorloofd is. Een veronderstelling die blijkens de Memorie van Antwoord door de Minister werd gedeeld.

Door de geldnemer te verplichten tot het sluiten van een brandverzekering kan de hypotheeknemer met behulp van het bepaalde in artikel 3:229 BW voorkomen dat hij bij brand het onroerend onderpand verliest en slechts een persoonlijke vordering tegen de debiteur overhoudt: in geval van brand verkrijgt de hypotheeknemer van rechtswege een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden (assurantiepenningen). Een afdoende bescherming biedt deze oplossing nog niet, met name niet in die gevallen waarin er bij brand geen of geen volledige dekking op de brandverzekering blijkt te zijn ten gevolge van bijvoorbeeld verzwijging, onderverzekering, verzuim van premiebetaling of wellicht zelfs brandstichting. Tegen dit laatstgenoemde risico van brandstichting kan de hypotheeknemer zich alleen veilig stellen door zijn hypothecair belang bij het onderpand zelf te verzekeren. Met name als de hypotheeknemer een bank is, kan hij zich in de overige gevallen een zekere bescherming verschaffen door de hypotheeknemer te verplichten de verzekering door zijn tussenkomst als assurantietussenpersoon te sluiten.

Het is zelfs mogelijk dat de financier verlangt dat de brandverzekering 'bij hemzelf' wordt gesloten dat wil zeggen in de volmacht van een schadeverzekeringsmaatschappij waarover de financier als

bank beschikt of bij een schadeverzekeringsmaatschappij die deel uitmaakt van hetzelfde concern als waartoe de financier (bijvoorbeeld een levensverzekeraar) behoort. Of ook deze verregeraande koppeling nog gerechtvaardigd is, is mijns inziens twijfelachtig. De per 1 oktober 1990 in werking getreden Gedragscode Hypothecaire Financieringen lijkt daarover anders te denken, gelet op het bepaalde in paragraaf 7 (Nevenovereenkomsten): 'De hypothecair financier zal aan het verkrijgen van een hypothecaire financiering door een consument geen verplichting verbinden tot het aangaan van andere overeenkomsten tenzij die een redelijk verband hebben met hetzij de consument in zijn hoedanigheid van geldnemer hetzij het hypothecair te verbinden onroerend goed. De tarieven voor en/of kosten van dergelijke nevenovereenkomsten zullen niet hoger zijn dan de tarieven voor en/of kosten van identieke overeenkomsten die de desbetreffende hypothecair financier aanbiedt zonder een hypothecaire financiering.'

Deze gedragscode voor hypothecaire leningen aan particuliere consumenten is met de consumentenorganisaties besproken en wordt door vrijwel alle banken, spaarbanken, hypotheekbanken, verzekeringsmaatschappijen, pensioenfondsen en bouwfondsen onderschreven. Daarmede zij overigens niet gezegd dat de consumentenorganisaties met alle onderdelen van de gedragscode hebben ingestemd. Dat geldt in ieder geval niet voor de hier bedoelde koppelverkoop blijkens de Consumentengids van november 1990, blz. 606: Iedere vorm van koppelverkoop blijft voor de Consumentenbond uit den boze.

Opmerkelijk is dat de financier blijkens de Toelichting bij de Gedragscode kennelijk zonder meer mag eisen dat de consument een 'losse' *overlijdensrisicoverzekering* sluit. Indien de financiering niet geheel gedekt wordt door de waarde van het onderpand (een zogenaamde top-hypotheek) is zulks stellig gerechtvaardigd; de financier heeft in dat geval een zwaarwegend eigen belang. Twijfel is op zijn plaats of dat ook overigens het geval is. Dat een overlijdensrisicoverzekering bij overlijden van de schuldenaar in ieder geval geld beschikbaar doet zijn om de hypothecaire schuld af te lossen en daarmee voorkomt dat het verbonden pand anders eventueel verkocht zou moeten worden is op zichzelf juist, maar is het sluiten daarvan niet primair een belang van de schuldenaar? Weliswaar heeft ook de financier een eigen belang (het voorkomen van een

executie-procedure), maar het is de vraag of dat belang voldoende zwaarwegend is om een verzekeringsverplichting voor de schuldenaar te rechtvaardigen. Gewezen zij op een voor de schuldenaar minder kostbare alternatieve oplossing in de vorm van een algemene kostenopslag voor het executie-risico.

Adresclausule

Veel polissen kennen de zogenaamde adresclausule: 'Kennisgevingen door de verzekeraar aan de verzekeringnemer geschieden rechtsgeldig aan diens laatste bij de verzekeraar bekende adres of aan het adres van de tussenpersoon, door wiens bemiddeling deze verzekering loopt'.

Naar het oordeel van de Raad van Toezicht in uitspraak IV-87/28 is de clausule onder het komend recht onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:236 sub m BW. De adresclausule wordt geacht een beding te zijn waarbij de consument een andere woonplaats kiest. Een verrassende vondst; immers moet niet veeleer worden aangenomen dat de adresclausule niet meer doet dan een *alternatief* adres opgeven, waarheen voor de wederpartij bestemde verklaringen kunnen worden gezonden. Een regeling waartegen artikel 3:37 lid 3 noch artikel 6:236 sub 1 BW zich lijkt te verzetten.

Voor de verzekeringspraktijk veel belangrijker is evenwel een viertal uitspraken van de Raad van Toezicht (III-85/25, IV-87/28, II-89/23, II-91/31); in de onderlinge samenhang brengen deze — mijns inziens met recht — tot uitdrukking dat het uit een oogpunt van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf onverdedigbaar is, dat een verzekeraar bij voor de verzekeringnemer bestemde belangrijke mededelingen kan volstaan met deze aan de assurantietussenpersoon toe te zenden, die dan voor doorzending moet zorgdragen, ook indien in de verzekeringsvoorwaarden bedongen is dat verzekeraar kennisgevingen aan het adres van de tussenpersoon kan zenden.

Geschillenclausule, bevoegde rechter

Artikel 6:236 sub n BW verklaart zonder meer onredelijk bezwarend een beding in een consumentenverzekering dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de bevoegde rechter, hetzij één of meer arbiters; dit is alleen anders indien hetzelfde beding met zoveel woorden bepaalt dat de consument nadat de verzekeraar zich daarop heeft beroepen een termijn van tenminste

één maand wordt gegund om alsnog voor beslechting van het geschil door de bevoegde rechter te kiezen.

De verzekeringspraktijk leert dat in de sfeer van de consumentenverzekering nauwelijks of geen specifieke geschillenclausules worden gehanteerd. Voor zover dat wel het geval is, betreft het doorgaans polissen van onderlingen. Een duidelijk voorbeeld van een mijns inziens nietige clause is de navolgende:

‘Geschillen voortvloeiende uit verzekeringsovereenkomsten van de verzekeraar tussen hem en één of meer leden of hun rechtverkrijgenden, worden met uitsluiting van de gewone rechter in hoogste instantie beslist door het scheidsrecht, genoemd in de statuten van de verzekeraar.

Geschillen echter, die betrekking hebben op:

- a. incasso van premies en kosten,
- b. een door de verzekeraar ingestelde regresvordering tegen een lid,
- c. een door een lid tegen de verzekeraar ingestelde vordering inzake wettelijke rente, worden voorgelegd aan de gewone rechter.

Een geschil wordt eerst in behandeling genomen na betaling van een klachtengeld ad f 150.’

VERZEKERING EN AANSPRAKELIJKHEID

De aansprakelijkheid vormt in de praktijk doorgaans het onmisbare sluitstuk van het proces dat via het aansprakelijk houden van een derde voor geleden schade moet leiden tot daadwerkelijke schade-loosstelling. Immers wanneer het recht een derde voor de schade aansprakelijk houdt, wordt deze schade wel verplaatst, maar niet gespreid en die spreiding is doorgaans nodig om de vergoeding van de schade voor de aansprakelijke partij betaalbaar te maken. Voor die spreiding zorgt de aansprakelijkheidsverzekering: ‘onzekere onbetaalbare schaden worden omgezet in zekere, betaalbare premies’. Verzekering van aansprakelijkheid plaatst slachtofferbescherming en daderbescherming aldus naast elkaar en niet langer tegenover elkaar.

In concreto manifesteert zich de invloed van de aansprakelijkheidsverzekering op het aansprakelijkheidsrecht/schadevergoedingsrecht in viererlei zin: aanvullend, versterkend, afremmend en compromiserend (wettelijke limitering, rechterlijke matiging). Binnen het kader van de invoering van het nieuwe aansprakelijkheidsrecht verdienen met name de aanvullende en afremmende werking nadere aandacht.

Aanvullende werking

Voor het slachtoffer is de aansprakelijkheidsverzekeraar doorgaans 'de aanspreekbare partij'. Dat impliceert dat hij met name wordt geconfronteerd met de maatschappelijke onvrede die de ontoereikendheid van het geldende aansprakelijkheidsrecht als middel tot slachtofferbescherming oproept. De verzekeraar krijgt de zwarte piet toegeschoven.

Onder het 'oude BW' heeft dat er toe geleid dat de aansprakelijkheidsverzekeraars het aansprakelijkheidsrecht als het ware hebben aangevuld; deels met zo veel woorden in de polisvoorwaarden, deels in de praktijk van de schaderegeling door middel van aanbevolen gedragsregels, opgesteld door de Commissie Schaderegelingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars in 1980.³

Op een aantal punten heeft het nieuwe aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht per 1 januari 1992 de aansprakelijkheidsverzekeraars ingehaald. Dat geldt allereerst voor de *normbesefclausule* in de particuliere aansprakelijkheidsverzekering (AVP-polis), in essentie als volgt luidende: 'Indien een verzekerde aan anderen dan verzekerden schade veroorzaakt, waarvoor hij niet aansprakelijk is omdat de daad hem niet kan worden toegerekend wegens zijn jeugdige leeftijd of wegens een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, zal de maatschappij niettemin tot schadevergoeding overgaan, één en ander voor zover de schade niet aan de benadeelde zelf te wijten is of voor zijn eigen risico is'.

Deze clausule beoogde allereerst de wettelijke leemte te dichten ingeval een klein kind aan derden schade toebreacht waarvoor het zelf bij gebrek aan normbesef niet aansprakelijk kon worden gehouden en evenmin de ouders omdat zij zich ingevolgt artikel 1403 lid 5 oud BW konden disculperen. Deze wettelijke leemte is nagenoeg opgevuld in het huidige BW: kinderen tot 14 jaar zijn weliswaar ingevolgt artikel 6:164 nimmer aansprakelijk, maar daar staat tegenover een risicoaansprakelijkheid voor de ouders ex artikel 6:169, althans als het gaat om schade als gevolg van een als *een doen* te beschouwen gedraging.

3. Deze gedragsregels zijn opgenomen in het Handboek Schaderegeling Motorrijtuigen, Samsom Bedrijfsinformatie Alphen aan den Rijn, nr. 945 alsmede — naar aanleiding van tweede druk — in VR 1984, blz. 229 e.v. gevolgd door een commentaar van A.J.O. van Wassenaer van Catwijck.

De normbesefclausule vervulde ook een aanvullende rol in gevallen waarin een verzekerde met lichamelijk of geestelijke tekortkoming aan derden schade veroorzaakte en deswege niet aansprakelijk kon worden gehouden. Ook deze wettelijke leemte is in overeenkomstige zin nagenoeg opgelost, nu in gevolge artikel 6:165 de omstandigheid dat een als een *doen* te beschouwen gedraging is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming niet langer een beletsel voor aansprakelijkheid vormt.

In beide gevallen blijft de schade onder het regime van het NBW dus *wel* voor rekening van de benadeelde als deze is terug te voeren op een nalaten. Dat brengt de benadeelde na 1 januari 1992 in beginsel in een slechtere positie dan onder het huidige recht, nu de normbesefclausule die voor deze gevallen van 'nalaten' wel dekking bood, in de nieuwe AVP'92-polis is geschrapt. De praktische betekenis van de 'resterende leemte' lijkt echter gering.

Ook op het terrein van de *vrijwillige hulpverlening* verliest de aanvullende dekking in de AVP-polis zijn betekenis. Degene die wordt geholpen/gered, wordt ingevolge artikel 6:200 BW (zaakwaarneming) aansprakelijk niet alleen voor de kosten, maar ook voor de schade die de ander daarbij heeft opgelopen. In de nieuwe AVP'92-polis keert de clausule ter zake van vrijwillige hulpverlening dan ook niet terug.

Het huidige BW haalt de aansprakelijkheidsverzekeraars eveneens in op het punt van het vergoeden van *begraveniskosten*: artikel 6:108 lid 2 verplicht de aansprakelijke laedens tot vergoeding van de kosten van lijkbezorging, althans voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene. De laatste zinsnede duidt op een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.⁴

Afgewacht moet worden in hoeverre zulks in de praktijk tot andere uitkomsten zal leiden dan die onder het oude recht zijn verkregen bij toepassing van de aanbevolen gedragscode van verzekeraars: 'Motorrijtuig- en aansprakelijkheidsverzekeraars zullen begrafenis- of crematiekosten voor rekening van een natuurlijk persoon vergoeden. Deze vergoeding vindt plaats op voorwaarde dat voor de kosten geen andere voorziening is getroffen, zij binnen redelijke grenzen blijven en het overlijden een gevolg was van een door de verzekeraar gedekt evenement'.

4. Vgl. Parl. Gesch. VV II en MvA, blz. 395 en 399.

Onder deze regeling werden in ieder geval vergoed de ‘kale’ begrafenis-kosten (kist, rouwauto, dienst, begrafenisondernemer) alsmede bijkomende kosten als kaarten, advertenties, bloemen, koffie, dankberichten en een grafsteen.⁵

Veel minder evident is of met de invoering van Boek 6 BW de aanbevolen gedragsregel omtrent het aanvaarden van het begrip ‘*schuld van het motorrijtuig*’ ook buiten de sfeer van artikel 31 WWV haar zelfstandige betekenis heeft verloren. Naar analogie van het Torenbout-arrest van 1942 en de daarop gevolgde lagere rechtspraak wordt aanbevolen ook in de ‘1401 BW-sfeer’ geen beroep op overmacht te doen bij verkeersongevallen te wijten aan defecten in het mechanisme van het motorrijtuig of defecten in het organisme van de bestuurder.⁶ Een uitbreiding dus tot onder meer ongevallen tussen twee of meer aan het verkeer deelnemende motorrijtuigen, zij het alleen voor zover het gaat om een vordering van de benadeelde zelf.

Kijken wij naar artikel 6:162 BW, dan biedt dat op zichzelf wel een duidelijk aanknopingspunt voor een verruiming van het formele aansprakelijkheidsrecht op dit punt: een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is niet alleen aan zijn schuld, maar ook aan een oorzaak die krachtens de wet of *de in het verkeer geldende opvattingen* voor zijn rekening komt. Overigens heeft de aanbeveling al onder het oude recht weerklank gevonden in de lagere rechtspraak. Illustratief is het arrest van het Hof Den Haag uit 1989, waarin wordt overwogen ‘dat ook bij door artikel 1401 BW bestreken aanrijdingen moet worden aangenomen dat technische gebreken geen overmacht kunnen opleveren, maar voor risico zijn van (de verzekeraar van) het motorrijtuig, waarvan het rijgedrag objectief gevaarzettend is geweest’.⁷

Ook de aanbevolen gedragsregel ter zake van het vergoeden van *reiskosten van naaste familieleden voor het bezoeken van het slachtoffer in het ziekenhuis* lijkt met de invoering van Boek 6 NBW haar zelfstandige betekenis niet geheel te hebben verloren; zelfstandige betekenis in het licht van het gegeven dat onder het regime van artikel 1407 oud BW alleen de gekwetste zelf een aanspraak op

5. Zie hieromtrent ook Bouman-Van Wassenauer, t.a.p. blz. 60.

6. HR 16 april 1942, NJ 1942, 293 en ten aanzien van defecten in het organisme van de mens Rb Amsterdam 22 december 1959, NJ 1960, 284.

7. Hof Den Haag 14 november 1989, VR 1990, 66.

artikel 1407 oud BW alleen de gekwetste zelf een aanspraak op schadevergoeding toekwam. Aanvankelijk leek het daar wel op toen bij het Ontwerp van Invoeringswet Boeken 3-6 NBW (vijfde gedeelte) in 1982 artikel 6.1.9.11a werd opgenomen dat in het eerste lid sub d een derde tegenover de laedens een eigen aanspraak gaf tot vergoeding van schade ter zake van onder meer door de derde in verband met het letsel gemaakte kosten of gederfd inkomen, mits deze kosten werden gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie waarin hij tot de gekwetste stond. In de Toelichting werden de bezoeken met name genoemd.⁸ Een jaar later verviel het bepaalde in lid 1 sub d alweer, zij het dat de Toelichting er op wees dat de bedoelde bezoeken zouden kunnen vallen onder de verplaatste kosten in de zin van het huidige eerste lid van artikel 6:107, 'mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten voor de familie zou hebben betaald, deze schade als door hem zelf geleden van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen'.⁹

Een oplossing die toch wat geforceerd aandoet en daardoor ruimte laat voor moeizame discussies over de toewijzing van aanspraken op vergoeding van bezoeken. Dit in tegenstelling tot de hier bedoelde aanbeveling en in zoverre lijkt deze zijn betekenis ook na 1 januari 1992 wel degelijk te behouden.

8. MvT Parl. Gesch. Inv. boek 6, blz. 1282-1283; 'Men denke bij voorbeeld aan de kosten die de echtgenoot, de naaste familie of andere intimi zelf moeten maken met het oog op bezoek e.d. aan de gekwete. Deze kosten moeten niet worden onderschat, met name als het ongeval ver van de woonplaats van het slachtoffer plaats vond en de bezoeker bij voorbeeld invalide is en dus moeilijk anders dan per taxi kan komen. Te denken valt ook aan kosten van overkomst uit of naar het buitenland ingeval van ernstige verwondingen en langdurige ziekenhuisopname. In dit laatste geval kan ook voor de bezoeker inkomensschade optreden, al dan niet in de vorm van gederfde snipper- of vakantiedagen. Ook in deze gevallen kan schadevergoeding op haar plaats zijn, mits de persoonlijke relatie van de derde tot de gekwete zodanig nauw was dat het maken van de kosten daarvoor werd gerechtvaardigd. Zo zou het gerechtvaardigd kunnen zijn dat de echtgenoot of een der kinderen van het slachtoffer, dat in ernstige toestand in het buitenland in het ziekenhuis terecht komt, zich daarheen begeeft, maar niet ook dat ooms, tantes en neven dit doen. Wat hier in concreto geldt, zal uiteraard afhangen van de omstandigheden van het geval.'
9. Nota van Wijziging Invoeringswet en Toelichting, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1288-1289.

Afremmende werking

De aansprakelijkheidsverzekering kan ook een afremmende werking hebben als het gaat om het afwentelen van een door een derde geleden schade op de schadeverzekeraar, namelijk door voor bepaalde gevallen aan die schadeveroorzaker dekking te ontzeggen. Ik spreek uitdrukkelijk over een *afremmende* en niet een beperkende of zelfs uitsluitende werking; immers het ontbreken van verzekeringsdekking aan de zijde van de schadeverzekeraar ontnemt de vorderende partij niet zijn aanspraak op schadevergoeding, maar zal hem in de regel wel ontmoedigen om deze aanspraak geldend te maken bij gebreke van enig uitzicht op een daadwerkelijke vergoeding.

Illustratief is de per 1 januari 1992 ingevoerde clausule ter zake van groepsaansprakelijkheid en opzet in de AVP'92-polis:

'Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem/haar het beoogde of zekere gevolg is van zijn/haar handelen of nalaten.
Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een in groepsverband optredende verzekerde voor door rechtspersonen geleden schade die het beoogde of zekere gevolg is van een gedraging of gedragingen van de groep, ook ingeval niet de verzekerde zelf deze schade opzettelijk heeft veroorzaakt.'

De ratio van de onderhavige clausule is 'shopping for the best insured person' te voorkomen. Tengevolge van gedragingen in groepsverband kan er immers aansprakelijkheid ontstaan bij personen die niet zelf opzettelijk de schade hebben toegebracht, maar slechts deel van de groep hebben uitgemaakt. Aan deze 'meelopers' kan de opzetclausule niet worden tegengeworpen, zodat het aantrekkelijk zou worden juist hen aansprakelijk te stellen met name indien zij verzekerd zijn. 'Langs een omweg' zouden aansprakelijkheidsverzekeraars dan opzettelijk veroorzaakte schade moeten vergoeden. Daartoe zijn zij — uit oogpunt van slachtofferbescherming — alleen bereid wanneer de benadeelde een natuurlijk persoon is. Vandaar de aanvullende uitsluiting die met name ziet op (zaak)schade, direct geleden door rechtspersonen, zoals de Nederlandse Spoorwegen. Immers artikel 6:197 BW (tijdelijke regeling verhaalsrechten) stelt in feite de regeling van artikel 6:166 al buiten bereik van de professionele risicodragers.

Slachtofferbescherming en het recht op uitkering jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar

De aansprakelijkheidsverzekering effectueert slachtofferbescherming vanzelfsprekend alleen indien de verzekeringspenningen niet bij de aansprakelijke verzekerde blijven steken of bij insolventie van de laatste diens schuldeisers ten goede zou komen (denk aan derdenbeslag onder de verzekeraar of aan faillissement van de verzekerde). Uitgangspunt behoort dus te zijn dat de verzekeringspenningen uiteindelijk de benadeelde ten deel vallen. De onverbreekelijke band die bestaat tussen de vordering van de benadeelde jegens de verzekerde en de vordering van de laatste jegens zijn verzekeraar, geeft daartoe alleszins een genoegzame rechtvaardiging.

Bij gebreke van een directe actie in de zin van artikel 6 WAM bood het oude recht de benadeelde nauwelijks of geen greep op de verzekeringspenningen en zeker niet in het geval van faillissement.

De vraag rijst of zulks anders is geworden per 1 januari 1992 onder het regiem van het nieuwe BW. *Anders* in ieder geval wel, gelet op het nieuwe artikel 3:287 BW, op grond waarvan de vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.

Wordt het ook beter voor de benadeelde? Naar mijn mening minder dan op het eerste gezicht lijkt. Daar doet niet aan af dat het voorrecht van zeer hoge rang is en de benadeelde zijn vordering kan verhalen zonder dat hem rechten van derden op diezelfde vordering kunnen worden tegengeworpen.

Allereerst de situatie dat de verzekerde in staat van faillissement verkeert: de curator int de vordering uit verzekering en neemt de vordering van de benadeelde in de uitdelingslijst op als daarop bevoorrecht. Op het eerste gezicht een garantie voor volledige uitkering. Niets is minder waar. Allereerst blijven ook de geïnde verzekeringspenningen onderworpen aan de omslag van de algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 Fw. Bovendien staat ook het nieuwe artikel 53 Fw de aansprakelijkheidsverzekeraar toe (premie)schulden van de verzekerde met de verzekeringspenningen te verrekenen indien zowel de schulden als de vordering van de verzekerde beide zijn ontstaan vòòr de faillietverklaring of voortvloeien uit de handelingen vòòr de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.

Opmerkelijk is dat de verzekeraar hier — mijns inziens ten onrechte — meer bescherming geniet dan de tussenpersoon ex artikel 7.17.1.11 Ontwerp NBW indien deze krachtens een delcrederebeding tegenover de verzekeraar voor de premiebetaling instaat. De bescherming van de laatste blijft beperkt tot de premieschuld, verbonden aan de betrokken aansprakelijkheidsverzekering. Een resultaat dat binnen de regeling van titel 7.17 overigens nog reparabel lijkt ten gunste van de benadeelde.

Buiten faillissement van de verzekerde kan de benadeelde zijn voorrecht slechts geldend maken door onder de verzekeraar derdenbeslag te leggen. Ook dan behoudt de verzekeraar de mogelijkheid van verrekening van een tegenvordering op de verzekerde (premienschulden). Artikel 6:130 lid 2 BW biedt hem daartoe de bevoegdheid, mits deze tegenvordering uit dezelfde rechtsvordering als de vordering van de verzekerde voortvloeit of reeds vóór het leggen van beslag aan de verzekeraar is opgekomen en opeisbaar geworden. De positie van de benadeelde is hier evenwel nog kwetsbaarder. De regeling baat de benadeelde niet indien hij verzuimt tijdig derdenbeslag te leggen en de verzekeraar daartoe aangesproken door de verzekerde reeds aan deze heeft uitgekeerd. Met de vordering is in die situatie dan ook het voorrecht verdwenen en vooralsnog vermag ik niet inzien wat daar juridisch tegen in valt te brengen. Voor een adequate bescherming kan het dus zijn dat van de benadeelde zelf juridisch relevante aktie wordt verlangd. Hier toont artikel 3:287 BW zijn zwakte ten opzichte van een regeling, waarbij de verzekeraar alleen bevoegd is aan de verzekerde te betalen indien en voor zover deze laatste bewijst de benadeelde te hebben schadeloos gesteld. Een regeling die vrijwel overal elders in Europa in enige vorm geldt. Voor buitenlandse gelaedeerden is het wellicht een schrale troost dat het voorontwerp van Wet betreffende het conflictenrecht inzake niet-contractuele verbintenissen in artikel 9 de mogelijkheid biedt een Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeraar ter zake van aansprakelijkheid van een Nederlandse verzekerde toch rechtstreeks aan te spreken indien het recht dat toepasselijk is op de onrechtmatige daad — en dat zal veelal het nationale recht van de benadeelde zijn — daarin voorziet.