



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Assurance oblige
Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1987). Assurance oblige. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, (5), 209-211. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3201>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3201>

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

Redactionele kanttekeningen

Assurance oblige

Een courante opinie houdt het erop dat het debat over de aansprakelijkheid voor schade wordt beheerst door een geheime agenda. Met onzichtbare inkt is het schuldvereiste doorgehaald en vervangen door de vraag: was de gedaagde verzekerd? De rechter, Amerikaans voorbeeld volgend, op zoek naar *the deepest pocket* om daaruit het slachtoffer schadeloos te stellen. In verzekeringskringen soms cynisch vertaald als 'de grootste zak betaalt'. Eleganter uitgedrukt: *assurance oblige*.

De orthodoxe tegenkanting is bekend: een aansprakelijkheidsverzekering biedt dekking indien de gedaagde aansprakelijk is, en dat mag niet op zijn kop worden gezet: de gedaagde is aansprakelijk als hij verzekerd is. Maar is de visie dat de aansprakelijkheidsverzekering geen enkele invloed mag hebben op de vestiging van de aansprakelijkheid niet al te rechtlijnig? Vooral het openbaar ministerie lijkt minder strict in de leer. Een automobilist veroorzaakt een ongeval doordat hij, plotseling geconfronteerd met een overstekende ree, onjuist reageert en op de linkerweghelft geraakt. Hoewel hem menselijkerwijs geen verwijt valt te maken, is hij toch aansprakelijk. Advocaat-Generaal Biegman Hartogh vindt dit redelijk, zulks temeer omdat 'zijn assuradeur voor de schadepenningen kan opkomen'.¹

Notarissen plegen hun aansprakelijkheid voor eventuele verzuimen te verzekeren. Deze omstandigheid inspireerde Advocaat-Generaal Franx tot de volgende overweging: 'Het verzekeringsaspect tendeert ernaar dat de notaris die de kooppenningen meteen doorgeeft aan de verkoper, zonder te wachten totdat de eigendom vrij van hypotheeken en beslagen op de koper is overgegaan, aansprakelijk is uit wanprestatie'.²

Er lijkt geen ontkomen aan: de aansprakelijkheidsverzekering is van invloed op de aansprakelijkheid voor schade. Maar hoe krijgen we dit punt geplaatst op de reguliere agenda van het aansprakelijkheidsrecht? Een interessant voorstel is gedaan door Hartkamp.³ Persoonlijke verwijtbaarheid is niet langer een noodzakelijke voorwaarde. Een onrechtmatige daad kan aan de gedaagde, ook zonder dat hem verwijt treft, worden toegerekend indien zij het gevolg is van een oorzaak die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Voor het komende recht staat dat netjes in de wet (art. 6:311 lid 3). Onder het huidige wetboek dient Prokrustes een handje te helpen. Het schuldbegrip moet wat worden opgerekt.

Toerekening krachtens de verkeersopvatting. Langs die weg wil Hartkamp de invloed van de verzekering het aansprakelijkheidsrecht binnenvoeren.

1 HR 11 november 1983, *NJ 1984*, 331, Meppelse ree

2 HR 30 januari 1981, *NJ 1982*, 56 WMK, Baarns beslag

3 Asser-Rutten-Hartkamp III nr. 24

'Uiteraard mag het feit dat de aansprakelijk gestelde persoon verzekerd is niet de eigenlijke grond vormen voor het aannemen van aansprakelijkheid. Niet de aansprakelijkheidsverzekering scheidt de toerekenbaarheid en daarmee de aansprakelijkheid, doch deze is in de hier bedoelde gevallen gebaseerd op de verkeersopvatting, het bestaan van de verzekering kan hoogstens een factor zijn bij de vaststelling of er een zodanige verkeersopvatting bestaat. Overigens wordt hiermede een gevoelig punt aangesneden.'

Dat laatste is zeker waar. Het betoog is gebaseerd op een arrest dat wordt gedragen door een uiterst broze motivering: het vliegtuigvleugel arrest. Is Zentveld aansprakelijk voor de beschadiging van een vliegtuigvleugel van Fokker, ook als hem terzake van het falen van zijn hijskraan geen enkel verwijt treft?

Uit de omstandigheid dat het Fokker was die zich voor deze schade had verzekerd putte de Hoge Raad een aanwijzing dat naar verkeersopvattingen Zentveld niet aansprakelijk was, en het desbetreffende risico voor rekening van Fokker kwam.⁴ Erg overtuigend is deze rechtssociologische hypothese omtrent het bestaan van een verkeersopvatting niet. Wie een schadeverzekering sluit geeft daarmee allerminst te kennen dat naar zijn oordeel hij het is die de schade behoort te dragen.

Uit het feit dat op grote schaal diefstal- en inbraakverzekeringen worden afgesloten mag niet worden afgeleid dat naar de thans in het verkeer geldende opvattingen dieven en inbrekers niet aansprakelijk zijn voor de door hen veroorzaakte schade.

Nog veel minder vormt de aanwezigheid van een *aansprakelijkheidsverzekering* enige indicatie voor het bestaan van een verkeersopvatting inhoudende dat de verzekerde aansprakelijk is, ook zonder dat hem verwijt treft. Dat een ruime meerderheid van de bevolking zich verzekert tegen wettelijke aansprakelijkheid zegt nog niets over de vraag welke voorwaarden voor die aansprakelijkheid moeten gelden.

Wat is dan wel een toelaatbare invloed van het verzekeringsaspect? Uitsluitend de volgende. Een rechter die het aansprakelijkheidsrecht verder wil 'disculperen' door het te ontdoen van het vereiste dat de dader een verwijt valt te maken van zijn onrechtmatige daad, moet nagaan of de regel die hij wenst te hanteren aanvaardbaar is in het maatschappelijk verkeer. De verzekerbaarheid van het risico speelt hierbij een cruciale rol. Is een fietser aansprakelijk als hij, onverwachts geconfronteerd met een overstekende ree, onjuist reageert en een ongeval veroorzaakt? Een bevestigend antwoord kan niet worden gedragen door het toevallige feit dat *deze* fietser zijn aansprakelijkheid had verzekerd, en evenmin de omstandigheid dat zijn soortgenoten op grote schaal verzekerd zijn. De legitieme invloed van de aansprakelijkheidsverzekering is slechts deze: Een verkeersaansprakelijkheid die gebaseerd is, niet op het verwijt dat de dader treft, maar op 'het risico van onze algemeen menselijke feilbaarheid' (Langemeijer⁵) is aanvaardbaar omdat dit risico zeer wel verzekeraar is.

Verzekerbaarheid als voorwaarde voor aansprakelijkheid zonder schuld. Dit brengt mee dat men niet alle typen aansprakelijkheid over een leest mag slaan. Over de beroepsaansprakelijkheid van de notaris valt bijvoorbeeld een ander verhaal te vertellen. Een notaris die de koopsom aan de verkoper heeft uitbetaald na een zogeheten 'na recherche' volgend op de aanbidding van de transportakte kan door de trage verwerking van de hypothecaire inschrijvingen nog vele dagen later worden geconfronteerd met een door de verkoper op de valreep gevestigde hypotheek. Hoewel de notaris redelijkerwijs

⁴ HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m. n.d. GJS.

⁵ De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht p. 35.

geen verwijt valt te maken, lijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad te volgen dat hij in dat geval niettemin aansprakelijk is.⁶ Deze regel is alleen aanvaardbaar indien dergelijke risico's verzekeraar zijn. Het is geenszins zeker dat dat zo blijft. Reeds thans draagt de notaris allerlei onverzekerde risico's in het kader van zijn 'onroerend goed verrichtingen'.

Assurance oblige, verzekering dus aansprakelijkheid, is een tendens die gemakkelijk in haar tegendeel verkeert: aansprakelijkheid zonder verzekering.

J.H.N.

6. HR 30 januari 1981, *NJ 1982*, 56 WMK; Baarns beslag.