

Amsterdam Centre for Comprehensive Law
Vrije Universiteit Amsterdam

Naar een verzekerd slachtofferrecht

*Effectief schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven via het
private verzekeringsrecht*

Mr. A.J.J.G. Schijns

ACCL
Amsterdam 2017

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	1
Samenvatting	3
1. Inleiding.....	11
1.1. Onderwerp van onderzoek	11
1.1.1. Onderzoeksvraag.....	11
1.2. Probleemstelling	12
1.2.1. Op het slachtoffer rust de schadelast en de proces- en incassolast	12
1.2.2. Probleem bij complexe schadevorderingen wegens letsel en overlijden	14
1.2.3. Geschatte omvang van het probleem in cijfers	15
1.2.4. Casus bomaanslag op woonboot (Monique)	15
1.2.5. Casus trap door onbekend groepslid (Roel).....	16
1.2.6. Casus doodsklap door taxichauffeur (Karin en Joy)	17
1.2.7. Casus overlijden door straatrace (Fleur).....	17
1.2.8. De vordering tot vergoeding van schade wegens letsel en overlijden.....	18
1.2.9. Waarom de huidige mogelijkheden van schadeverhaal niet voldoen	20
1.2.9.1. Voeging in de strafprocedure	21
1.2.9.2. Schadefonds Geweldsmisdrijven	24
1.2.9.3. Civielrechtelijk schadeverhaal	24
1.3. Wat kan het private verzekeringsrecht aan het probleem doen?	26
1.3.1. Vormen van verzekeringen	26
1.3.2. Hypotheses	26
1.4. Afbakening	28
1.5. Terminologie	31
1.6. Empirie.....	34
1.7. Onderzoeksopzet en leeswijzer	35

A	Effectief schadeverhaal via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader	39
2.	Aansprakelijkheidsverzekering en slachtofferbescherming.....	39
2.1.	Inleiding	39
2.2.	Slachtofferbescherming, compensatie en genoegdoening	40
2.3.	Karakter algemene aansprakelijkheidsverzekering.....	41
2.4.	De verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar	41
2.4.1.	De verhouding zonder directe actie of eigen recht.....	41
2.4.2.	De verhouding met directe actie of eigen recht	43
2.5.	Functie van de algemene aansprakelijkheidsverzekering	44
2.6.	Veranderde maatschappelijke opvattingen over de functie van de aansprakelijkheidsverzekering.....	46
2.7.	Verzekeringsdichtheid aansprakelijkheidsverzekering	54
2.7.1.	Oververtegenwoordiging daders misdrijven in groep onverzekerden?	57
3.	Verzekeringsrechtelijke instrumenten ter bevordering van slachtofferbescherming	61
3.1.	Inleiding	61
3.2.	Een wettelijk pandrecht.....	63
3.3.	Het voorrecht van art. 3:287 BW	64
3.4.	Verplichte verzekering of zekerheidstelling.....	66
3.5.	Directe actie en eigen recht.....	67
3.6.	Verweermiddelenverbod.....	69
3.7.	Vangnet.....	72
3.8.	Schaderegelingvoorschriften	73
3.9.	Verzekeringsrechtelijke instrumenten van slachtofferbescherming in de WAM	73
3.9.1.	De historische ontwikkeling van de WAM.....	73
3.9.2.	Het juridisch novum van de WAM.....	76
3.9.3.	Verzekeringsplicht	77
3.9.4.	Eigen recht	78
3.9.5.	Verweermiddelenverbod.....	81
3.9.6.	Waarborgfonds Motorverkeer.....	85
3.9.7.	Schaderegelingvoorschriften en stuiting	86

3.10.	Rechtvaardiging WAM.....	88
3.10.1.	Slachtofferbescherming.....	88
3.10.1.1.	Parlementaire geschiedenis WAM.....	89
3.10.1.2.	Rechtspraak WAM	95
3.10.2.	Overige argumenten.....	99
3.11.	Verzekeringsrechtelijke instrumenten van slachtofferbescherming buiten WAM...	99
3.11.1.	Inleiding	99
3.11.2.	Overzicht.....	99
3.11.3.	Gemeenschappelijke kenmerken	107
3.12.	Beschouwing.....	108
4.	De directe actie en het eigen recht nader beschouwd.....	111
4.1.	Inleiding	111
4.2.	De directe actie	111
4.2.1.	Ontwikkeling	111
4.2.2.	Definitie en werking	114
4.2.3.	De vermogensrechtelijke aard van de directe actie.....	119
4.3.	Het eigen recht.....	120
4.3.1.	Definitie en werking	120
4.4.	Onderscheid eigen recht en directe actie.....	121
4.5.	Beperkingen van de huidige wettelijke regeling van de directe actie.....	123
4.6.	Beschouwing.....	128
5.	Het verweermiddelenverbod nader beschouwd: het beroep op opzet.....	129
5.1.	Inleiding	129
5.2.	De verzekerbaarheid van opzet	130
5.2.1.	Begrenzing van dekking voor opzet bij een toetsing aan de goede zeden/openbare orde.....	130
5.2.2.	De begrenzing van de dekking voor opzet in de polis	134
5.2.3.	Juridische kwalificatie van de opzetclausule.....	145
5.2.4.	Persoonlijk karakter opzet	146
5.3.	Argumenten tegen niet-tegenwerpelijkheid van opzet	147
5.3.1.	Inleiding	147

5.3.2.	Moreel-ethische argumenten	148
5.3.3.	Inbreuk op beginsel dat verzekeren van opzet in strijd is met de openbare orde en goede zeden?	149
5.3.4.	De moreel-ethische bezwaren in het licht van andere oplossingen en het huidige systeem.....	153
5.3.5.	Calculeerbaar en homogeen risico.....	155
5.3.6.	Denaturering van de overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering.....	156
5.3.7.	Derden ontlenen meer rechten aan de overeenkomst dan de contractspartij..	157
5.3.8.	Moreel risico	157
5.3.9.	Vertrouwensbeginsel.....	160
5.3.10.	Antiselectie	161
5.3.11.	Ondermijning preventieve werking aansprakelijkheidsregels.....	163
5.3.12.	Ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen groepen slachtoffers?.....	165
5.3.13.	Premieverhoging leidt tot lagere verzekeringsdichtheid?.....	166
5.3.14.	Niet identieke morele risico's leiden tot lagere verzekeringsdichtheid?	169
5.3.15.	Slechte toegankelijkheid AVP voor risicogroepen.....	171
5.3.16.	Eigen schuld slachtoffer	173
5.4.	Beschouwing.....	174
6.	De verplichte aansprakelijkheidsverzekering nader beschouwd	177
6.1.	Inleiding en definitie.....	177
6.2.	Bestaande wettelijke verzekeringsplichten	178
6.3.	Gunstige aspecten van een verzekeringsplicht.....	179
6.3.1.	Zekerheid van betaling	179
6.3.2.	Voorkomen van antiselectie	179
6.3.3.	Vergroten financieel draagvlak	180
6.3.4.	Verplicht omschreven dekkingsomvang.....	180
6.3.5.	Nieuwe zakelijke mogelijkheden.....	180
6.4.	Bezwaren en andere aspecten verzekeringsplicht.....	180
6.4.1.	Regulerend ingrijpen in de verzekeringsmarkt en inperking contractsvrijheid	180

6.4.2.	Toezicht en handhaving.....	182
6.4.3.	Acceptatieplicht.....	183
6.4.4.	Een vangnet.....	184
6.4.5.	Verzekeringsdichtheid.....	184
6.4.6.	Homogene risico's.....	185
6.5.	Beschouwing.....	185
7.	Rechtsvergelijking.....	187
7.1.	Inleiding.....	187
7.2.	De directe actie naar Europees internationaal privaatrecht.....	189
7.2.1.	Principles of European Insurance Contract Law.....	189
7.2.2.	Brussel Ibis-verordening en Verdrag van Brussel.....	191
7.3.	België.....	191
7.3.1.	Functie aansprakelijkheidsverzekering.....	191
7.3.2.	Directe actie / eigen recht.....	192
7.3.3.	Verweermiddelenverbod.....	196
7.3.4.	Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie.....	204
7.4.	Frankrijk.....	206
7.4.1.	Functie aansprakelijkheidsverzekering.....	207
7.4.2.	Directe actie / eigen recht.....	210
7.4.3.	Verweermiddelenverbod.....	210
7.4.4.	Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie.....	212
7.5.	Duitsland.....	212
7.5.1.	Functie aansprakelijkheidsverzekering.....	212
7.5.2.	Directe actie / eigen recht.....	213
7.5.3.	Verweermiddelenverbod.....	217
7.5.4.	Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie.....	219
7.6.	Zwitserland.....	220
7.6.1.	Functie aansprakelijkheidsverzekering.....	220
7.6.2.	Directe actie / eigen recht.....	220
7.6.3.	Verweermiddelenverbod.....	224

7.6.4.	Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie	229
7.7.	Beschouwing	231
8.	Gevolgen en rechtvaardiging niet-tegenwerpelijke opzet	235
8.1.	Inleiding	235
8.2.	Gevolgen wetswijziging	235
8.2.1.	Gevolgen voor de verhaals- en incassopositie van slachtoffers van misdrijven	236
8.2.2.	Gevolgen voor verzekeraars in termen van schade(last)	238
8.2.2.1.	Aantal ziekenhuisopnames en overlijdens als gevolg van geweld.....	240
8.2.2.2.	Opgelegde schadevergoedingsmaatregelen	247
8.2.2.3.	Uitkeringen Schadefonds Geweldsmisdrijven	249
8.2.3.	Interpretatie cijfers.....	252
8.2.4.	Gevolgen voor overheidsfinanciën en rechterlijk apparaat.....	254
8.2.5.	Gevolgen voor Schadefonds Geweldsmisdrijven	255
8.3.	Allocatie van misdrijfschade in het licht van rechtsfilosofische bronnen	255
8.3.1.	Inleiding	255
8.3.2.	Augustinus, Thomas van Aquino en Hugo de Groot.....	258
8.3.3.	De retributieve rechtvaardigheid: de dader betaalt	261
8.3.4.	De distributieve rechtvaardigheid: collectivisering van schade.....	263
8.3.5.	Allocatie van misdrijfschade via verzekering in het licht van de retributieve en distributieve rechtvaardigheid	264
8.4.	Allocatie van misdrijfschade via verzekering in het licht van de WAM.....	267
8.4.1.	Argumenten WAM toepasbaar op AVP?	267
8.4.2.	Verplichte versus onverplichte verzekering.....	268
8.4.3.	Argumenten ontleend aan andere rechtsstelsels	269
8.4.4.	Belang bij verzet tegen niet-tegenwerpelijke opzet?	269
8.5.	Inbedding in de bestaande regelgeving.....	270
8.5.1.	Art. 7:954 BW	270
8.5.2.	Directe actie of eigen recht.....	271
8.5.3.	Verplichte verzekering.....	273
9.	Mogelijkheden tot mitigering van de effecten voor verzekeraars	279

9.1.	Inleiding	279
9.2.	Beperking tot personenschade	279
9.3.	Beperking tot opzettelijk gepleegde (gewelds)misdrijven	281
9.4.	Uitsluiting regresnemers en cessionarissen	282
9.5.	Wettelijke limitering.....	283
9.6.	Drempelbedrag/afbakening via de letselcategorieën van het Schadefonds Geweldsmisdrijven	285
9.7.	Uitsluiting van het terrorismerisico.....	287
9.8.	Schadeafwikkeling via een fonds	288
9.9.	Verhaal op de dader	291
10.	Verhaalsrecht verzekeraars.....	293
10.1.	Inleiding	293
10.2.	Wettelijke grondslag verhaal op de eigen verzekerde.....	294
10.2.1.	Verhouding verzekeraar en verzekerde	294
10.2.2.	Verhaal op grond van subrogatie, art. 7:962 BW	294
10.2.3.	Eigen recht, art. 6:162 en 6:107 BW.....	295
10.2.4.	Zelfstandig recht van verhaal.....	296
10.3.	Verhaal en retributieve rechtvaardigheid	297
10.4.	Mogelijkheden ter verbetering verhaalspositie verzekeraar.....	298
10.4.1.	Inleiding	298
10.4.2.	Verzekeraars laten profiteren van de schadevergoedingsmaatregel	299
10.4.3.	Verzekeraars laten profiteren van mogelijkheden strafrechtelijk conservatoir beslag.....	304
10.4.4.	Verzekeraars laten profiteren van de bevoegdheden CJIB in de executiefase...	305
10.4.5.	Verzekeraars laten profiteren van de voorschotregeling?	307
10.4.6.	Argumenten voor versterking positie verzekeraars via strafrecht.....	308
10.4.7.	Beschouwing	309
B	Effectief schadeverhaal via de first party-verzekering	311
11.	Directe (schade)verzekering.....	311

11.1.	Inleiding	311
11.2.	Definitie en kenmerken	311
11.3.	Argumenten voor de directe verzekering.....	314
11.3.1.	Afhandeling schade onafhankelijk van de aansprakelijke partij	314
11.3.2.	Snelle afwikkeling schade zonder complexe (causaliteits)vragen uit het aansprakelijkheidsrecht.....	316
11.3.3.	Betere risicocalculatie, risicodifferentiatie en lagere transactiekosten	318
11.3.4.	Tevredenheid slachtoffers met hun eigen verzekering	320
11.3.5.	Actuele aandacht voor het first party-stelsel.....	320
11.4.	Argumenten tegen de directe verzekering.....	321
11.4.1.	Geen volledige schadevergoeding.....	321
11.4.2.	Invloed directe verzekering op aansprakelijkheid en schadevergoedingsverplichting.....	323
11.4.3.	De schade valt niet waar hij hoort: bij de dader	324
11.4.4.	Verzekeringsrechtelijke verplichtingen benadeelde bij de directe verzekering	326
11.5.	Verzekeringsdichtheid bepaalt mate van effectiviteit	328
11.5.1.	Slagingsfactoren first party-verzekering.....	328
11.5.2.	Garantie des Accidents de la Vie (GAV)	329
12.	Vormgeving directe verzekering.....	331
12.1.	Inleiding	331
12.2.	First party-dekking op bestaande polis of in separaat product?	331
12.2.1.	First party-dekking op de AVP-polis	331
12.2.2.	First party-dekking voor misdrijfschade via separaat verzekeringsproduct .	334
12.2.3.	Voordelen first party-dekking op de AVP-polis of de zorgverzekering	334
12.3.	Uitgangspunten voor de dekking bij een directe verzekering voor misdrijfschade	335
12.3.1.	Reeds bestaande verzekeringsproducten.....	336
12.3.2.	Toepasselijkheid afdeling 6.1.10 BW.....	340
12.3.3.	Volledige schadevergoeding of gemaximeerde uitkering	342
12.3.4.	Smartengeld	343
12.3.5.	Directe verzekering geen vervanging voor aansprakelijkheidsrecht.....	344

12.3.6.	Rechtsbijstandscomponent.....	347
12.3.7.	Subsidiaire dekking en excedent-verzekering.....	348
12.3.8.	Huiselijk gewelds- en zedenmisdrijven niet gedekt	349
12.3.9.	Voorwaarden aan uitkering?.....	349
12.3.10.	Een verplichte directe verzekering met (verplichte) dekkingsomvang?	350
12.3.11.	First party-verzekering en corrigerende rechtvaardigheid.....	352
12.4.	Beschouwing.....	353
13.	Executive summary.....	355
	Literatuur.....	361
	Overige bronnen.....	395
Bijlage 1	Samenstelling begeleidingscommissie	
Bijlage 2	Onderwerpen van debat expertmeeting 24 maart 2016	
Bijlage 3	Cijfers CJIB	
Bijlage 4	Cijfers Schadefonds Geweldsmisdrijven	
Bijlage 5	Opzetclausules en aanverwante clausules in AVP-polissen	

Voorwoord

Dit is een onderzoek naar de mogelijkheden die het private verzekeringsrecht biedt om de verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven te verbeteren. Deze vraag heeft de afgelopen 15 jaar steeds de aandacht gehad van de auteur van dit onderzoek, en werd nu aan een rechtssystematisch en rechtsvergelijkend onderzoek onderworpen. Er verscheen een aantal onderzoeken waarin het schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven via het civiele recht en het strafrecht centraal stond. In dit onderzoek staat het schadeverhaal via het verzekeringsrecht centraal. Het Fonds Slachtofferhulp heeft dit (onafhankelijke) onderzoek gefinancierd en heeft ook deelgenomen aan de begeleidingscommissie die op constructieve wijze heeft meegedacht bij de uitvoering van het onderzoek. De auteur van het onderzoek is verbonden aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law van de Vrije Universiteit Amsterdam, en is daarnaast werkzaam als advocaat. Het onderzoek heeft plaatsgevonden onder begeleiding van prof. mr. A.J. (Arno) Akkermans (hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam), die een belangrijke bijdrage heeft geleverd door de inbreng van tijd, inhoudelijke expertise en zijn kunst de wetenschap in directe verbinding te brengen met de behoeften van de praktijk. Daarnaast heeft ook prof. dr. C. (Caroline) van Schoubroeck, hoogleraar verzekeringsrecht aan de Katholieke Universiteit Leuven, een belangrijke bijdrage geleverd aan het onderzoek, door de rechtsvergelijking met Frankrijk voor haar rekening te nemen en door constructief mee te denken over de rechtsvergelijking met België.

Amsterdam, april 2017

Arlette Schijns

Samenvatting

Onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag luidt welke verzekeringsrechtelijke instrumenten kunnen worden ingezet om ervoor te zorgen dat slachtoffers van misdrijven hun schade zoveel mogelijk vergoed krijgen. Twee mogelijkheden worden daartoe onderzocht:

1. Schadeverhaal via een directe actie van het slachtoffer op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, zonder dat deze zich jegens het slachtoffer op opzettelijke schadeveroorzaking kan beroepen; en
2. Schadeverhaal via een schadeverzekering aan de kant van het slachtoffer zelf, een first party-verzekering.

Afbakening

Het onderzoek richt zich uitsluitend op slachtoffers die als gevolg van een misdrijf personenschade hebben geleden: schade als gevolg van letsel en overlijden. Het gaat hier zowel om vermogensschade als om ander nadeel (immateriële schade). Andere schade, veelal veroorzaakt door misdrijven als fraude, heling, witwassen, verduistering, vernieling, en strafbare feiten genoemd in de Wet op de economische delicten en de Opiumwet, valt buiten het bereik van de onderzochte oplossingsrichtingen. Voor deze afbakening is gekozen omdat vermoedelijk vooral misdrijfslachtoffers met (ernstige) personenschade in de praktijk niet, of slechts in beperkte mate gebruik (kunnen) maken van de bestaande civielrechtelijke en strafrechtelijke verhaalsmogelijkheden.

Onderzoeksopzet

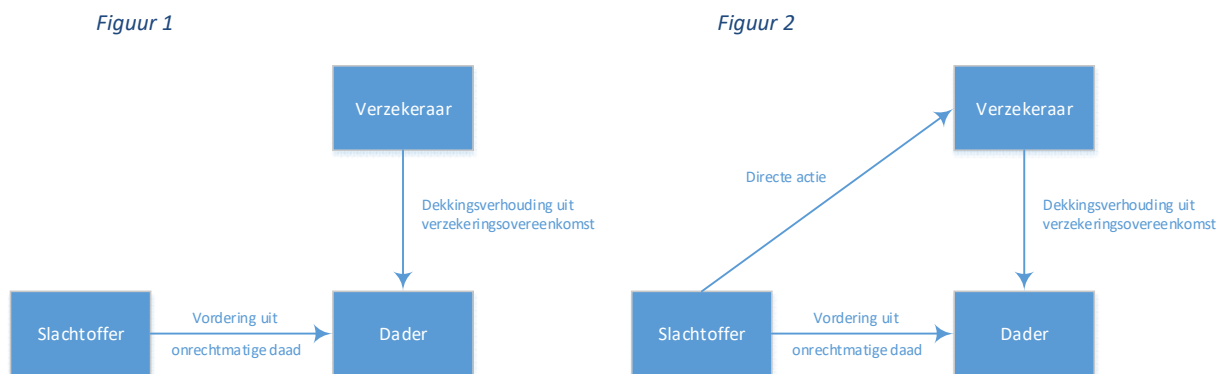
Het onderzoek behelst ten eerste een rechtstheoretische studie van het Nederlands rechtssysteem. Daarbij zijn de instrumenten geïnventariseerd die het algemene vermogensrecht en het verzekeringsrecht bieden ter verbetering van het schadeverhaal van slachtoffers. Ten tweede is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de vraag of in andere Europese landen het slachtoffer van een misdrijf verhaalsmogelijkheden heeft via het private verzekeringsrecht. In dat kader zijn de rechtsstelsels van vier Europese landen diepgaand onderzocht. Aan de rechtsvergelijking is een *quick scan* voorafgegaan naar het verzekeringsrecht in 15 Europese landen en Australië. Ten slotte is empirisch onderzoek gedaan naar reeds op de markt beschikbare first party-verzekeringsproducten voor misdrijfschade, naar de verzekeringsdichtheid van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren en naar de omvang van personenschade door misdrijven. Over een concept van het onderzoeksrapport heeft een begeleidingscommissie van gedachten gewisseld tijdens een ronde-tafelbijeenkomst. In de begeleidingscommissie hebben representanten zitting gehad uit de rechterlijke macht, de wetenschap, de advocatuur, het Ministerie van Veiligheid en Justitie, het Fonds Slachtofferhulp en het Verbond van Verzekeraars.

Bevindingen t.a.v. schadeverhaal via een directe actie op de verzekeraar van de dader inclusief de niet-tegenwerpelijkheid van opzet

Positie slachtoffer

Slachtoffers met schade wegens letsel en overlijden hebben sinds 2006 de mogelijkheid om de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij rechtstreeks aan te spreken voor de vergoeding van hun schade. Dit verzekeringsrechtelijke instrument (de zogenoemde 'directe actie') is neergelegd in artikel 7:954 BW.

Het verschil in rechtsverhouding met en zonder de directe actie is hieronder in figuren 1 en 2 weergegeven. Figuur 1 geeft de situatie weer vóór 2006 waarin er geen directe actie bestond en het slachtoffer zich uitsluitend kon wenden tot de verzekerde dader zelf. Figuur 2 geeft de situatie weer sinds 2006, waarbij de directe actie ervoor zorgt dat het slachtoffer buiten de dader om direct diens verzekeraar kan aanspreken tot vergoeding van zijn schade.



In de huidige praktijk kunnen slachtoffers van misdrijven echter de facto geen gebruik maken van de directe actie. De verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar wordt bij een directe actie namelijk beheerst door de afspraken tussen de verzekerde (de dader) en diens verzekeraar. Dat brengt mee dat de verzekeraar alle verweren jegens het slachtoffer kan voeren die hij ook jegens zijn verzekerde kan voeren. Bij schade als gevolg van een misdrijf zal de verzekeraar een beroep doen op de 'opzetclausule' die in de verzekeringsovereenkomst pleegt te worden opgenomen, op grond waarvan schade als gevolg van een misdrijf niet is gedekt. Voor een daadwerkelijk effectief verhaal heeft een slachtoffer van een misdrijf, anders dan het slachtoffer van een arbeidsongeval of een medische fout, derhalve niet genoeg aan het instrument van de directe actie.

De verhaalspositie van het slachtoffer van een misdrijf zou aanzienlijk verbeteren door de directe actie te combineren met een wettelijk verbod voor de verzekeraar om zich jegens het misdrijfslachtoffer erop te beroepen dat opzettelijk veroorzaakte schade in de polis van dekking is uitgesloten. Het slachtoffer treft hierdoor niet alleen een solvabele wederpartij in de vorm van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, maar hem wordt ook een kostbare en

emotioneel belastende civiele procedure tegen de dader met een daaropvolgend moeizaam en langdurig incassotraject bespaard. Dit juridisch instrumentarium bestaat reeds geruime tijd in de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). Een slachtoffer van een verkeersmisdrijf of een slachtoffer van een (gewoon) ongeval met gemotoriseerd verkeer kan direct de WAM-verzekeraar van het schadeveroorzakende motorvoertuig aanspreken tot vergoeding van zijn schade (artikel 6 WAM). De WAM-verzekeraar kan zich jegens het slachtoffer niet beroepen op een uit de wet of de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende nietigheid, exceptie of verval (het zogenaamde 'verweermiddelenverbod' van artikel 11 WAM). Meer in het bijzonder mag de aansprakelijkheidsverzekeraar zich er jegens het slachtoffer niet op beroepen dat opzettelijk veroorzaakte schade in de polis van dekking is uitgesloten. Daarom kunnen slachtoffers van verkeersmisdrijven wél gewoon de verzekeraar van de auto aanspreken tot vergoeding van hun schade. De verzekeraar heeft het recht om de uitgekeerde schadevergoeding vervolgens te verhalen op zijn verzekerde (het zogenoemde 'verhaalsrecht'). Het systeem van de WAM geldt inmiddels in alle Europese landen, en wordt beschouwd als een vrijwel sluitende waarborg voor volledige schadevergoeding van het slachtoffer, zonder dat deze wordt belast met de lotgevallen uit de contractuele verhouding tussen verzekeraar en de aansprakelijke verzekerde. De afwikkeling verloopt in de praktijk relatief snel en vindt veelal buiten rechte plaats.

Bijna iedereen in Nederland is verzekerd tegen wettelijke aansprakelijkheid door middel van een algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Kan het verweermiddelenverbod van de WAM ook wettelijk worden opgelegd voor deze algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering? In het onderzoek is deze vraag bevestigend beantwoord. Ook de vraag of het WAM-instrumentarium bij een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering effectief is, is bevestigend beantwoord. Volgens de meest recente cijfers bedroeg de verzekeringsdichtheid van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering in Nederland in 2014 99,9%. Cijfers over de verzekeringsdichtheid van de aansprakelijkheidsverzekering onder veroordeelden en potentiële daders van gewelds- en zedenmisdrijven ontbreken. Op basis van onderzoeksgegevens omtrent typen daders, typen geweld en het profiel van onverzekerden en wanbetalers in het kader van de zorgverzekering en op basis van de praktijk kan worden geconcludeerd dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat juist in de relatief kleine groep van huishoudens dat niet over een aansprakelijkheidsverzekering beschikt, de plegers van (gewelds)misdrijven (sterk) oververtegenwoordigd zijn.

Het onderzoek wijst uit dat de beslissende argumenten die ten grondslag hebben gelegen aan de introductie van het rechtstreeks vorderingsrecht in combinatie met het verweermiddelenverbod in de WAM, namelijk bescherming van verkeersslachtoffers tegen de oninbaarheid van hun vordering tot schadevergoeding, evenzeer gelden voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Hoewel de WAM een wettelijk verplichte verzekering is en de algemene aansprakelijkheidsverzekering niet, is er geen wezenlijk argument gebleken voor het verschil in verhaalspositie. Daarop heeft ook de Raad van State gewezen in zijn advies in het kader van de invoering van de directe actie in 2006. De Raad van State heeft toen de minister in overweging gegeven het slachtofferbeschermend instrumentarium van de WAM, met name op het punt

van het verweermiddelenverbod, uit te breiden naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering voor alle slachtoffers met schade door letsel en overlijden.

Het verrichte onderzoek wijst verder uit dat er geen juridische of moreel-ethische bezwaren in de weg staan aan een uitbreiding van het instrumentarium van de WAM (directe actie in combinatie met het verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer te beroepen op opzet) naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering ten behoeve van slachtoffers van misdrijven. Daarbij is van belang dat het instrumentarium niet betekent dat de dader de schadelijke gevolgen van het door hem gepleegde misdrijf kan afwentelen op zijn verzekeraar en vervolgens gevrijwaard is van financiële verplichtingen. Zoals de bovenstaande figuur 2 illustreert, ziet de niet-tegenwerpelijkheid van opzet alleen op de verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar. In de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde dader blijft een beroep op opzet mogelijk. De verzekeraar lost slechts de schuld in die de dader aan het slachtoffer heeft. De verzekeraar neemt vervolgens verhaal op de dader. Het uitgangspunt is en blijft aldus dat 'de dader betaalt.' Bij het moreel-ethische argument is verder van belang dat private verzekeraars reeds geruime tijd een rol van betekenis vervullen als het gaat om de vergoeding van misdrijfschade. In dit verband kan worden gedacht aan de inbraak-, inboedel-, en brandverzekering, alsmede aan ongevalverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

Het rechtsvergelijkend onderzoek en de *quick scan* hebben opgeleverd dat de rechtstelsels van Finland, Denemarken, Zweden, België, Frankrijk, Luxemburg en vermoedelijk ook Spanje al geruime tijd de directe actie in combinatie met het verweermiddelenverbod ook buiten de WAM inzetten voor de verbetering van de verhaalspositie van slachtoffers op de WA-verzekeraar van de aansprakelijke partij. Ditzelfde geldt voor het toekomstig recht in Zwitserland. De rechtstelsels van Finland, Denemarken, Zweden en vermoedelijk ook Spanje kennen voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen een verbod voor de verzekeraar om aan het slachtoffer tegen te werpen dat het schadegeval opzettelijk is veroorzaakt. België en vermoedelijk ook Luxemburg kennen dit verbod ook, maar dan alleen bij de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. In België bestaat de mogelijkheid dit verbod uit te breiden tot niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, waartoe de particuliere aansprakelijkheidsverzekering behoort. In de Belgische rechtsliteratuur is een krachtig pleidooi gehouden om de niet-tegenwerpelijkheid aan het slachtoffer van opzettelijk veroorzaakte schadegevallen te veralgemeniseren en die ook te laten gelden voor de niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.

Positie verzekeraar

De uitbreiding van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet naar misdrijven buiten de WAM leidt ertoe dat de verzekeraar jegens het slachtoffer tot meer gehouden is dan waartoe hij op grond van de verzekeringsovereenkomst is gehouden te betalen. De (bruto) schadelast voor verzekeraars zal hierdoor toenemen. Exacte cijfers ontbreken over het aantal slachtoffers dat jaarlijks ernstig letsel oploopt als gevolg van een misdrijf. Ook zijn geen cijfers bekend over de omvang van de schadevergoedingsvorderingen. Deze zijn per slachtoffer anders en zijn afhankelijk van alle concrete omstandigheden van het geval. Wel kan op basis van de beschikbare onderzoeksgegevens een '*educated guess*' worden gedaan naar het aantal personen dat jaarlijks ernstige

schade lijdt met blijvende beperkingen wegens letsel door geweld of overlijdt als gevolg van geweld. Dit aantal wordt geschat op **940 tot 1.200**. Van deze groep kan het aantal slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met ernstig letsel en blijvende beperkingen als gedefinieerd in de drie hoogste categorieën van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven worden geschat op **180 tot 220** per jaar. De schadelast kan bovendien worden beperkt en calculeerbaar gemaakt door het verweermiddelenverbod alleen van toepassing te laten zijn op schadevorderingen die zien op letsel dat behoort tot de drie of vier hoogste categorieën van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven. De niet-tegenwerpelijkheid van opzet zal vermoedelijk niet leiden tot een substantieel lagere verzekeringsdichtheid van de aansprakelijkheidsverzekering, ook niet als de niet-tegenwerpelijkheid van opzet jegens misdrijfslachtoffers leidt tot een (geringe) verhoging van de premie.

Een gevolg van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet is dat het verhaals- en incassorisico van het slachtoffer verschuift naar de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Om te waarborgen dat de dader de schade betaalt, verdient het aanbeveling dat de verzekeraar daadwerkelijk verhaal neemt op de dader. Hiervoor is nodig dat de verzekeraar beschikt over een effectief verhaalsrecht. Een mogelijkheid om het verhaalsrecht van de verzekeraar te versterken, is hem gebruik te laten maken van ten behoeve van het primaire slachtoffer bestaande wettelijke mogelijkheden zoals de voeging in het strafproces en de in dat kader op te leggen schadevergoedingsmaatregel. Daarmee kan ook de verzekeraar gebruik maken van de eenvoudige procedure van het strafproces, de incasso door het CJIB en de krachtige dwangmiddelen die de schadevergoedingsmaatregel meebrengt. Of de verzekeraar ook in aanmerking zou moeten komen voor de voorschotregeling is een aparte afweging.

Het hier voorgestelde systeem van enerzijds een verbod op het beroep op opzet in de algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering en anderzijds het recht op voeging in het strafproces leidt ertoe dat in het strafproces inderdaad de door de Raad voor de rechtspraak en anderen wel voorgestelde 'klapluikconstructie' ontstaat, maar dan niet naar een afzonderlijke gerechtelijke procedure, maar naar het buitengerechtelijk traject. Te bedenken valt dat 95% of meer van alle letselschadezaken in Nederland buitengerechtelijk wordt afgewikkeld. De grote expertise van de verzekeraars in het afwikkelen van letselschade, komt zo ook ten goede aan de afwikkeling van de letselschade van slachtoffers van misdrijven.

In het buitengerechtelijke traject, dat voorafgaand en parallel aan het strafproces plaatsvindt, zal de verzekeraar met (de belangenbehartiger van) het slachtoffer komen tot een begroting en vergoeding van de schade, zoals dat thans in het kader van de WAM ook geschiedt. Partijen kunnen daarbij worden geholpen door de deelgeschillenrechter. De aldus door beide partijen tot stand gebrachte schadevergoedingsregeling kan dan het uitgangspunt zijn in de strafprocedure. In de regel pleegt een schaderegeling te worden afgesloten met een vaststellingsovereenkomst tussen slachtoffer en verzekeraar. De inhoudelijke beoordeling van de vordering hoeft dan geenszins meer een onevenredige belasting van het strafgeding op te leveren.

De verhaals- en incassopositie van de verzekeraar heeft bij de route via het strafproces en de schadevergoedingsmaatregel, die mede strekt ten behoeve van de verzekeraar indien en voor zover deze het slachtoffer schadeloos heeft gesteld, aanzienlijke voordelen, terwijl ander-

zijds de dader in het strafproces wordt geconfronteerd met de gevolgen van zijn handelen. De relatie tussen de strafbare gedraging en de daardoor veroorzaakte schade komt immers tot uitdrukking bij de straftoemeting en de oplegging van de schadevergoedingsmaatregel.

Dit geheel brengt de volgende voordelen: slachtoffers van geweldsmisdrijven worden bevrijd van de niet te rechtvaardigen bijzondere lasten die thans op hen rusten (insolventierisico, procedure- en incassolast) en kunnen op dezelfde voet als andere letselschadeslachtoffers hun schade vergoed krijgen; de expertise van de verzekeraars met betrekking tot de afwikkeling van letselschade komt ten goede aan het schadeverhaal in het strafproces; de verzekeraars krijgen substantiële steun van het strafrechtstelsel bij hun verhaal op de dader; en door de incasso van het CJIB blijft het uiteindelijk toch zo veel als mogelijk de dader die betaalt.

Bevindingen t.a.v. schadeverhaal via een first party-verzekering

Een eigen verzekering aan de kant van het slachtoffer die schade dekt die het slachtoffer lijdt als gevolg van een misdrijf, kan een effectieve mogelijkheid zijn om misdrijfschade te verhalen. De mate van effectiviteit hangt in de eerste plaats af van de polisvoorwaarden en de omvang van de dekking. De paar verzekeringsproducten die momenteel op de markt zijn, kennen een zeer beperkte verzekerde som van € 50.000,- en zijn bovendien vormgegeven als een subsidiaire dekking dan wel een zogenoemde 'excedent-dekking'. Bij een dergelijke dekking komt de verzekering pas tot uitkering indien en voor zover het slachtoffer niet schadeloos is gesteld door het Schadefonds Geweldsmisdrijven. De mate van effectiviteit hangt in de tweede plaats af van de verzekeringsdichtheid van de first party-verzekering. Momenteel bieden drie verzekeraars een first party-dekking tegen misdrijfschade aan op de particuliere aansprakelijkheidspolis, waar het first party-gedeelte automatisch is opgenomen in de basisverzekering. Eén verzekeraar biedt los van de aansprakelijkheidspolis een separate first party-verzekering tegen misdrijfschade aan. Indien de verzekeringsbranche in staat en bereid zou zijn om een first party-dekking tegen misdrijfschade standaard-onderdeel te maken van de basisdekking van de particuliere aansprakelijkheidspolis, zou dat vanzelfsprekend zorgen voor een grote spreiding van deze first party-dekking. Aandacht verdient dan wel de omvang van de verzekerde som, de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW en de vraag of het gaat om een primaire of subsidiaire (excedent)dekking. Deze aspecten zijn relevant voor de beoordeling van de vraag of een first party-verzekering volledige schadevergoeding biedt, en daarmee daadwerkelijk een effectieve verhaalsmogelijkheid oplevert.

Indien de bereidheid in de branche tot een brede introductie van een first party-dekking op de aansprakelijkheidspolis of een andere verzekering die een grote verzekeringsdichtheid kent (zoals de zorgverzekering) ontbreekt of om andere redenen niet haalbaar is, dan zal de vraag of een first party-verzekering een effectieve verhaalsmogelijkheid is, in sterke mate afhangen van de bereidheid van burgers een separate verzekering af te sluiten die dekking biedt tegen misdrijfschade. In dat geval zal een dergelijke verzekering vermoedelijk geen hoge dekkinggraad kennen en reeds om die reden minder bijdragen aan effectief schadeverhaal dan het verzekeringsrechtelijk instrumentarium van de directe actie in combinatie met een verweermiddelenverbod. Een andere mogelijkheid om een hoge verzekeringsdichtheid te bewerkstelli-

gen is het invoeren van een wettelijke verplichting tot het verzekeren tegen misdrijschade. De route van verplichte verzekering, ook als het gaat om een first party-verzekering, biedt om redenen die in het onderzoeksrapport zijn uiteengezet weinig perspectief. Een andere mogelijkheid is een first party-verzekering tegen door derden veroorzaakte misdrijschade als een verplichte aanvullende dekking toe te voegen aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.

Conclusies

Het private verzekeringsrecht biedt goede mogelijkheden voor een effectief schadeverhaal voor slachtoffers die door een misdrijf personenschade hebben geleden. Hiervoor is een wetswijziging nodig die de reeds bestaande directe actie van een slachtoffer op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader combineert met een verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer erop te beroepen dat opzettelijk veroorzaakte schade van dekking is uitgesloten, naar analogie van het systeem in de WAM.

De omstandigheid dat de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren al jaren een zeer hoge dekkingsgraad van bijna 100% kent, draagt bij aan de effectiviteit van dit verzekeringsrechtelijk instrumentarium. Naar verwachting zal de wetswijziging niet leiden tot een substantieel lagere dekkingsgraad, ook niet als de premies stijgen.

Uitbreiding van het in de WAM reeds bestaande verbod om opzet tegen te werpen aan het slachtoffer, sluit aan bij reeds bestaande systemen in andere Europese landen waar een dergelijk verbod reeds geldt voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering, of waar in de rechtsliteratuur een pleidooi wordt gehouden de niet-tegenwerpelijkheid van opzet uit te breiden naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering, zoals in België.

Het uitgangspunt blijft dat de dader betaalt. Het verzekeringsrechtelijk instrumentarium leidt tot het resultaat dat de verzekeraar ook bij opzettelijke veroorzaking van een schadeval uitkeert aan het slachtoffer en vervolgens verhaal neemt op de dader. Het verhaals- en incassorisico verschuift aldus van het slachtoffer naar de verzekeraar van de dader. Om ervoor te zorgen dat daadwerkelijk verhaal op de dader wordt uitgeoefend, verdient het aanbeveling dat de verzekeraars beschikken over een effectief verhaalsrecht, waarbij zij kunnen profiteren van de ten behoeve van het primaire slachtoffer bestaande wettelijke mogelijkheden als de voeging in het strafproces en de schadevergoedingsmaatregel, de incasso door het CJIB met de bijbehorende mogelijkheid tot vervangende hechtenis bij uitblijven van betaling. Nadere overweging verdient de mogelijkheid verzekeraars al dan niet gedeeltelijk te laten profiteren van de voorschotregeling. Dit systeem leidt ertoe dat de inhoudelijke beoordeling van de schadevordering via een 'klaplukconstructie' parallel aan het strafproces plaatsvindt in een buitengerechtelijk traject tussen de verzekeraar van de dader en (de belangenbehartiger van) het slachtoffer. Doordat de verzekeraar na de financiële compensatie aan het slachtoffer kan profiteren van de

incassomogelijkheden via het CJIB en mogelijk van de voorschotregeling, ontstaat een belang bij verzekeraars om de schaderegeling tijdens de strafprocedure voortvarend op te pakken.

Parallel aan de invoering van het wettelijk verbod op de tegenwerpelijke van opzet, kan verder praktijkonderzoek worden gedaan naar de bereidheid en de mogelijkheden binnen de verzekeringsbranche tot een brede introductie van een adequate first party-dekking op de eigen aansprakelijkheidsverzekering tegen schade die de verzekerde lijdt als gevolg van een door een ander gepleegd misdrijf. Daarbij kan ook aandacht worden besteed aan de uitwerking van het model waarin een verplichte aanvullende dekking tegen misdrijfschade wordt toegevoegd aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de aansprakelijkheidsverzekering.

1. Inleiding

1.1. Onderwerp van onderzoek

1.1.1. Onderzoeksvraag

In dit onderzoek wordt onderzocht of het private verzekeringsrecht mogelijkheden biedt voor een effectief schadeverhaal voor slachtoffers van misdrijven met personenschade. In twee eerdere onderzoeken werd de aanbeveling gedaan aandacht te besteden aan de rol van het private verzekeringsrecht voor een effectief schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven.¹ Ook al voorafgaand aan deze onderzoeken is in de rechtsliteratuur de vraag opgeworpen of het verzekeringsrecht een rol kan spelen bij het verlichten van de financiële last voor het slachtoffer.² Het onderhavige onderzoek geeft opvolging aan deze aanbevelingen. De centrale onderzoeksvraag luidt welke verzekeringsrechtelijke instrumenten kunnen worden ingezet om ervoor te zorgen dat slachtoffers de schade die zij door een misdrijf hebben geleden, zoveel mogelijk vergoed krijgen. Twee mogelijkheden zijn daartoe onderzocht:

1. Schadeverhaal via een directe actie van het slachtoffer tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, zonder dat deze aansprakelijkheidsverzekeraar zich jegens het slachtoffer erop kan beroepen dat de veroorzaker de schade opzettelijk heeft toegebracht.
2. Schadeverhaal via een schadeverzekering aan de kant van het slachtoffer zelf, een first party-verzekering.

De onder 1 genoemde mogelijkheid bestaat al sinds lang in de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). Ook daar kan de verzekeraar het slachtoffer niet tegenwerpen dat de verzekerde het schadevooral opzettelijk heeft veroorzaakt. In dit onderzoek wordt bezien of deze mogelijkheid kan worden uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering.

¹ W.M. Schrama & T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten. De rol van de civiele procedure: gebruik, knelpunten en oplossingsrichtingen*, Den Haag: WODC 2012, p. 127, 130 en 134; J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, *Je hebt geluk als je van een pauw mag plukken. Ervaringen van slachtoffers van strafbare feiten met het verhalen van hun schade*, Den Haag: WODC 2013, p. 42-43.

² Zo heeft Buruma in 1994 het volgende opgemerkt over de rol die verzekeringen kunnen spelen bij de schadevergoeding aan slachtoffers van misdrijven: "Maar misschien is dat een niet onredelijke concessie aan de risico-samenleving, 'de verzekeringsmaatschappij', om ook een sociale verzekering of een verplichte particuliere verzekering (die tevens een beperkte vergoeding voor de smart zou geven) een acceptabele manier [te laten zijn] om de legitieme wens om het slachtoffer een helpende hand te reiken in te willigen. Als er iets voor het slachtoffer gebeurt buiten het strafrecht, is dat de beste manier om het strafrecht zelf zindelijk te houden": Y. Buruma, 'Victimalisering van het strafrecht', in: M Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 231. Zie ook: C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 116.

1.2. Probleemstelling

1.2.1. Op het slachtoffer rust de schadelast en de proces- en incassolast

De praktijk laat zien dat slachtoffers en nabestaanden die als gevolg van een misdrijf schade oplopen wegens letsel of overlijden, vaak met een substantieel deel van hun schade blijven zitten. Dit heeft een aantal oorzaken. De eerste is dat hun vordering tot vergoeding van letsel- en overlijdensschade in het strafproces niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat een inhoudelijke beoordeling daarvan een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. De tweede oorzaak is dat daders van misdrijven onvoldoende verhaal bieden om de vaak omvangrijke schade te vergoeden. Dat houdt nauw verband met de omstandigheid dat de aansprakelijkheidsverzekering van de dader geen dekking biedt in geval de schade door een misdrijf is veroorzaakt. Misdrijfschade is in de verzekeringspolis uitgesloten van dekking. Verzekeraars kunnen deze contractuele uitsluiting aan de slachtoffers tegenwerpen. Waar slachtoffers van een (niet met opzet veroorzaakt) arbeidsongeval, beroepsziekte of medische fout wel terecht kunnen bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij, en daarmee over een solvabele tegenpartij beschikken, kunnen slachtoffers van misdrijven dat niet. Ook slachtoffers van ongevallen met gemotoriseerd verkeer kunnen rechtstreeks naar de WAM-verzekeraar van de schadeveroorzaker, ook als de schade opzettelijk is toegebracht. Dit laatste houdt verband met het feit dat art. 11 WAM de verzekeraar verbiedt aan het slachtoffer tegen te werpen dat de schade opzettelijk is veroorzaakt. De verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven is aanmerkelijk slechter dan die van slachtoffers van arbeidsongevallen, medische fouten, verkeersongevallen en verkeersmisdrijven met gemotoriseerd vervoer.

Ook als een dader wel beschikt over (enige) vermogensbestanddelen waarop het slachtoffer zich kan verhalen, is de positie van het slachtoffer verre van ideaal. Het slachtoffer is in dat geval immers belast met de proces- en incassolast om zijn recht op schadevergoeding te effectueren. Het slachtoffer zal, als de dader niet bereid is de schade te vergoeden, een civielrechtelijke procedure moeten starten om zijn recht op schadevergoeding juridisch af te dwingen. De kosten van deze procedure komen in beginsel voor rekening van het slachtoffer. Daarbij moet worden gedacht aan de kosten van rechtsbijstand, het griffierecht, de kosten van betekening en eventuele beslaglegging door de deurwaarder en de kosten die verband houden met de inschakeling van deskundigen. De kosten die gemoeid zijn met een procedure in eerste aanleg zullen ongeveer € 5.000,- tot € 10.000,- bedragen. In het geval van hoger beroep komt daar nog eens een bedrag van ongeveer € 5.000,- tot € 10.000,- bij aan griffierecht en kosten van rechtsbijstand. Deze kosten kunnen, afgezien van de forfaitaire proceskostenveroordeling van gemiddeld € 1.500,- (eerste aanleg) en het griffierecht, niet worden verhaald op de dader. Bij het voorgaande past de kanttekening dat gesubsidieerde rechtsbijstand (een zogenoemde "toevoeging") mogelijk is, als gevolg waarvan het slachtoffer een belangrijk deel van de kosten voor rechtsbijstand niet zelf hoeft te betalen. De kosten van deskundigen vallen daar echter niet onder. Ook een eventuele proceskostenveroordeling valt niet onder het bereik van de toevoeging. Het slachtoffer loopt dus het risico dat hij bij (gedeeltelijke) afwijzing van zijn vordering, bijvoorbeeld omdat hij er niet in slaagt het bewijs te leveren van de door hem te stellen feiten, wordt veroordeeld tot betaling van de proceskosten van de wederpartij (het 'procesrisi-

co'). Een proceskostenveroordeling kan afhankelijk van de omvang van het gevorderde schadevergoedingsbedrag en het aantal verrichte proceshandelingen oplopen tot enkele duizenden euro's. Bij de mogelijkheid tot het verkrijgen van gesubsidieerde rechtsbijstand past verder de kanttekening dat er niet veel gespecialiseerde advocaten bereid en in staat zijn om veel "toevoegingzaken" in behandeling te nemen. Een toevoegingzaak levert een advocaat gemiddeld een bedrag van € 1.055,- op.³ Gelet op het aantal aan een procedure te besteden uren, is dit bedrag bij lange na niet evenredig aan de tijdsinvestering.

Ook nadat het vonnis is gewezen en de civiele procedure is afgerond, wordt het slachtoffer geconfronteerd met de incasso van zijn vordering. Als de dader niet vrijwillig voldoet aan de veroordeling door de civiele rechter tot betaling van schadevergoeding, zal het slachtoffer een deurwaarder moeten inschakelen die het vonnis gaat executeren. In de praktijk komt dat erop neer dat de deurwaarder het vonnis aan de dader betekent en onderzoekt of de dader vermogensbestanddelen heeft die kunnen worden uitgewonnen. Als dat zo is, zal de deurwaarder in overleg met het slachtoffer executoriaal beslag leggen op deze vermogensbestanddelen. Daarbij valt te denken aan de inbeslagname en verkoop van roerende en onroerende zaken die aan de dader toebehoren (zoals een auto, televisie, laptop of een huis met hypothecaire overwaarde). Ook valt te denken aan beslag op andere vermogensbestanddelen zoals loonbeslag, en beslag onder de bank waar de dader een rekening heeft. Als deze executiemaatregelen onvoldoende opleveren om de totale schuld te delgen, zal de deurwaarder proberen voor het restant een betalingsregeling te treffen met de aansprakelijke partij. De uitkomst daarvan zal zijn dat de dader maandelijks een bepaald bedrag aan het slachtoffer aflost. Bij een schadevergoedingsverplichting van € 200.000 bijvoorbeeld, is de kans groot dat het slachtoffer door de periodieke betalingen gedurende langere tijd, en in sommige gevallen levenslang, verbonden blijft met de dader en door de maandelijkse aflossingen steeds wordt herinnerd aan het misdrijf. Daarbij komt dat de deurwaarder zijn honorarium voor de door hem verrichte werkzaamheden in rekening brengt bij het slachtoffer. Deze kosten komen in theorie voor rekening van de dader, maar komen in de praktijk bovenop het – veelal niet geringe – bedrag aan schadevergoeding dat moet worden betaald. Het is om die reden maar de vraag of en in hoeverre de dader in staat is ook deze kosten terug te betalen. In de praktijk wordt het incassorisico voor het slachtoffer hierdoor steeds groter.

Het voor dit onderzoek relevante probleem is derhalve dat slachtoffers van misdrijven bij complexe schadevorderingen blijven zitten met (een substantieel deel van) hun schade, dan wel met een aanzienlijke proces- en incassolast. De vraag rijst hoe gerechtvaardigd het is dat de schadelast, en ook de proces- en incassolast bij de slachtoffers van misdrijven berust, zeker nu zij veel minder goed zijn toegerust om te procederen en te incasseren dan instanties met een professioneel apparaat. Die instanties beschikken over betere sancties en hebben bovendien geen emotionele betrokkenheid. Vergoeding van misdrijfsschade wordt beschouwd als een van

³ Dit is berekend aan de hand van het aantal punten dat de Raad voor Rechtsbijstand standaard toekent voor het voeren van een civielrechtelijke procedure op grond van onrechtmatige daad, vermenigvuldigd met het vastgestelde bedrag per punt. Dit bedraagt in 2016 afgerond € 105,- per punt. Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, art. 3, Besluit van 21 december 1999, *Stb.* 1999, 580, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 293.

de belangrijkste menselijke waarden die de mens van nature heeft.⁴ Ook in de maatschappij en de politiek is het een breed gedragen uitgangspunt dat slachtoffers van misdrijven hun schade vergoed krijgen.⁵ Er is dan ook alle aanleiding onderzoek te doen naar de mogelijkheden de verhaalspositie van een slachtoffer van een misdrijf te verbeteren.

1.2.2. Probleem bij complexe schadevorderingen wegens letsel en overlijden

Het probleem lijkt zich vooral voor te doen bij de meer complexe schadevorderingen, zoals die wegens letsel en overlijden.⁶ Voor de minder complexe schadevorderingen wijst onderzoek uit dat ongeveer twee van de drie slachtoffers geheel of gedeeltelijk ontvankelijk worden verklaard in hun vordering.⁷ In par. 1.2.3 wordt een “*educated guess*” gedaan van het aantal slachtoffers dat jaarlijks ernstige schade oploopt wegens letsel en overlijden door een misdrijf. In de daarop volgende paragrafen wordt de geconstateerde problematiek verder inzichtelijk gemaakt aan de hand van een aantal casus uit de praktijk (par. 1.2.4 tot en met 1.2.7).⁸ Daarna volgt een korte schets van de schade die door misdrijven kan worden veroorzaakt en wordt toegelicht waarom de begroting van deze schade complex is (par. 1.2.8). Vervolgens zal de probleemstelling nader worden uitgewerkt, waarbij de reeds bestaande mogelijkheden van schadeverhaal worden uiteengezet. Daarbij wordt toegelicht dat en waarom deze mogelijkheden in de praktijk bij omvangrijke schade wegens letsel en overlijden tekortschieten op het punt van effectief schadeverhaal (par. 1.2.9).

⁴ H.J.R. Kaptein, ‘Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid’, in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 87 en de aldaar genoemde verwijzingen naar o.a. J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard University Press 1971.

⁵ *Recht doen aan slachtoffers. Visiedocument*, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2013, p. 18, 26-28. Zie ook de beantwoording van schriftelijke vragen naar aanleiding van de beleidsdoorlichting slachtofferzorg: *Aanhangsel handelingen II 2014/15*, 33199, 6, antwoord op vragen 23 en 66.

⁶ Af te leiden uit: R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraak en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 149, 246-247, 254-256, p. 258-259; J.M. Emaus en R.B.S. Kool, ‘Civiel schadeverhaal via het strafproces anno 2016. Verslag van een onderzoek naar de praktijk van de besluitvorming van de strafrechter ten aanzien van de afdoening van de voeging benadeelde partij’, *TVP* 2017/1, p. 5 en 8. Zie voor deze zelfde conclusie specifiek met betrekking tot de shockschadevordering: E.S. Engelhard, M.R. Hebly en I. van der Zalm, ‘De shockschadevordering in het strafproces’, *TVP* 2015/4, p. 87 en p. 95-96. Zie ook: F.M. Ruitenbeek-Bart & A.J.J.G. Schijns, ‘De schadeclaim van het slachtoffer van strafbare feiten. Bruggebouwer tussen twee rechtsgebieden?’ *TVP* 2014/2, p. 38-47; A.J.J.G. Schijns, ‘De letselschadevordering van het slachtoffer in het strafproces: een zwakte in de strafrechtelijke slachtofferbescherming. Enkele oplossingsrichtingen voor een verbetering van het schadeverhaal na een misdrijf’, *TPWS* 2015/8, p. 35-37. Zie voorts S.D. Lindenbergh, ‘De letselschadevordering in het strafproces, dat moet beter kunnen’, *NJB* 2014 (39), p. 2699; A.H. Sas, ‘Schadevergoeding via de strafrechtelijke procedure’, in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Persoonschade*, Deventer: Kluwer 2016, p. 4070-62/63.

⁷ Kool e.a. 2016, p. 260.

⁸ De casus zijn gemakshalve ontleend aan de eigen praktijk van de auteur van dit rapport, die naast onderzoeker tevens werkzaam is als advocaat.

1.2.3. Geschatte omvang van het probleem in cijfers

Een relevante vraag is wat de omvang is van de schade wegens letsel en overlijden door misdrijven. Er zijn geen cijfers van het jaarlijkse aantal vorderingen wegens schade door dood of letsel vanwege een misdrijf. Evenmin is het mogelijk gebleken een betrouwbare schatting te maken van de bedragen die gemiddeld met deze vorderingen gemoeid zijn.⁹ Wel is het mogelijk op basis van gegevens omtrent het aantal ziekenhuisopnames per jaar als gevolg van geweld door letsel, gegevens over het aantal overlijdens per jaar als gevolg van geweld, en op basis van gegevens van het CJIB en het Schadefonds Geweldsmisdrijven een “*educated guess*” te doen. Het aantal personen dat jaarlijks ernstige schade met blijvende beperkingen lijdt wegens letsel door geweld of overlijdt als gevolg van geweld wordt geschat op **940 tot 1.200**. Van deze groep kan het aantal slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met ernstig letsel en blijvende beperkingen als gedefinieerd in de drie hoogste categorieën van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven¹⁰ worden geschat op **180 tot 220** per jaar.¹¹ Deze schatting wordt in par. 8.2.2 met cijfermateriaal onderbouwd.

1.2.4. Casus bomaanslag op woonboot (Monique)

Voor een goed begrip van de problematiek wordt hierna een aantal voorbeeldcasus beschreven. Op een aantal plaatsen in dit rapport zal daarop worden teruggegrepen.

In de nacht van 13 april 2015 wordt Monique wakker. Ze ziet dat er een brandje woedt op het dek van de woonboot waar ze met haar partner woont. Over twee weken zullen ze gaan trouwen. Ze belt 112 en maakt haar partner wakker. Die gaat de brand blussen. Op de walkant staat een man die de naam van een van de andere woonbootbewoners verderop roept. Monique roept terug dat die hier niet woont. De man probeert elders op de boot opnieuw brand te stichten, haar partner gaat er naartoe en probeert te blussen. Terwijl hij boven de brandhaard staat, komt een groot explosief tot ontploffing. Haar partner overlijdt ter plaatse. Monique staat op het moment van de explosie achter haar partner en raakt ernstig gewond. Zij raakt blind aan een oog, heeft ernstig aangezichtsletsel, en krijgt een hersenbloeding. Op de dag dat ze op de intensive care voor haar leven, en voor het behoud van haar niet aangetaste oog, vecht, wordt haar partner begraven. Tijdens de strafzitting verklaart de verdachte dat hij zich vergist heeft in de boot. Hij had niet de woonboot van Monique en haar partner willen treffen, maar die van een van de burens verderop. De woonboot van de man die zijn zus seksueel zou hebben misbruikt. Een jaar na het ongeval heeft Monique haar werk als mededirecteur van haar eigen administratiekantoor weer voor 50% opgepakt. Het ziet ernaar uit dat ze niet meer in staat zal zijn haar werkzaamheden volledig te kunnen oppakken. In de strafprocedure dient zij als benadeel-

⁹ In het verleden is een dergelijke schatting wel gemaakt in een onderzoek ten behoeve van de Commissie “Wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces”: M. Junger & T. van Hecke, *Schadevergoeding binnen het strafrecht. Daders en slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: WODC 1988, p. 52-53.

¹⁰ Te raadplegen op de website van het Schadefonds: www.schadefonds.nl.

¹¹ Hierin zijn niet meegenomen de slachtoffers van zedenmisdrijven zonder lichamelijk letsel. Over de omvang van de groep slachtoffers van zedenmisdrijven is weinig informatie bekend.

de partij twee vorderingen in. De eerste vordering is gebaseerd op art. 6:108 BW en ziet op de schade die Monique reeds heeft geleden en in de toekomst nog zal lijden wegens derving van levensonderhoud door het wegvallen van het inkomen van haar partner. Daarnaast vordert zij vergoeding van haar eigen letselschade. Deze bestaat voor een groot deel uit verlies van arbeidsvermogen, omdat zij nu en waarschijnlijk ook in de toekomst nog maar 50% kan werken. Voor het ongeval was dat 100%. De toekomstige schade wegens verlies van arbeidsvermogen en de schade wegens derving levensonderhoud vanwege het overlijden van haar partner zijn onderbouwd met deskundigenrapporten. De totale vordering bedraagt circa € 450.000,-, inclusief smartengeld. De rechtbank heeft de verdachte op basis van zijn bekentenis veroordeeld tot 17 jaar gevangenisstraf en heeft de schadevergoedingsvordering van Monique tot een bedrag van € 126.000,- toegewezen. Daarin is begrepen een bedrag aan smartengeld van € 50.000,-. Het overige is het bedrag aan reeds geleden schade. Monique wordt in het overige deel van haar vordering niet-ontvankelijk verklaard omdat inhoudelijke beoordeling daarvan een onevenredige belasting vormt voor het strafproces. Monique heeft ook de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroordeelde dader aangesproken tot betaling, op grond van de directe actie (art. 7:954 BW). De verzekeraar heeft de vordering afgewezen en zich primair beroepen op de omstandigheid dat de verzekerde de schade nog niet heeft gemeld, zodat niet voldaan is aan het (constitutieve) vereiste van art. 7:954 lid 1 BW. Monique kan om die reden geen gebruik maken van de directe actie.¹² De verzekeraar heeft zich subsidiair beroepen op de opzetclausule in de polis.

1.2.5. Casus trap door onbekend groepslid (Roel)

Roel, een 28-jarige zelfstandige zonder personeel (zzp'er) die net voor zichzelf is begonnen als stratenmaker en maandag aan zijn eerste eigen grote klus begint, krijgt na het uitgaan in een weekend in februari 2016 woorden met iemand aan de deur van een kerk waar op dat moment een besloten feest wordt gevierd. Tijdens de woordenwisseling komt er iemand naar buiten die Roel een harde trap tegen zijn hoofd geeft. Roel valt meteen bewusteloos neer. In het ziekenhuis wordt ernstig hersenletsel geconstateerd. Zijn schedeldak moet worden verwijderd vanwege de omvangrijke zwelling van zijn hersenen. Na een lange periode in de revalidatiekliniek is Roel inmiddels weer thuis. Het is nog onduidelijk of hij zijn werk weer zal kunnen oppakken. Omdat Roel zzp'er is, komt hij niet in aanmerking voor een Ziektewet- of WIA-uitkering. Hij beschikt niet over een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Roel en zijn partner zitten momenteel in een schuldhulpverleningstraject en lenen geld van familie en vrienden om in hun huurhuis te kunnen blijven wonen en in hun verdere levensonderhoud te kunnen voorzien. Op basis van de verklaringen van de aangehouden verdachten kan niet worden vastgesteld wie van hen de trap heeft gegeven. In het televisieprogramma Opsporing Verzocht is een oproep gedaan aan getuigen om zich te melden. Als de strafrechtelijke vervolging niet wordt doorgezet of niet tot een veroordeling leidt, is het zeer de vraag of het voor Roel voldoende zinvol is om een civielrechtelijke procedure te starten om zijn schade te verhalen. Dit heeft ermee te maken dat de bewijslast in een dergelijke procedure bij Roel zal rusten, en het maar zeer de vraag is of hij daaraan

¹² Zie over het meldingsvereiste en de problemen die zich daarmee voordoen in de praktijk: par. 4.5.

kan voldoen. Ook als hij wel slaagt in het bewijs en zijn schadevergoedingsvordering toegewezen wordt, heeft zijn schadevergoedingsaanspraak hem weinig te bieden als de schadeveroorzaker niet in staat is de schade te vergoeden. Ook als de schadeveroorzaker wel enig verhaal biedt, levert een gunstig vonnis voor Roel niet een rooskleurig scenario op. Roel zal immers het vonnis moeten executeren, in welk verband hij een deurwaarder moet inschakelen die zal proberen de schadevergoeding beetje bij beetje te incasseren bij de dader. Roel zal in dat geval een groot deel van zijn leven verbonden zijn aan de dader.¹³

1.2.6. Casus doodsklap door taxichauffeur (Karin en Joy)

Op 5 juli 2009 krijgt Rob Sitek een woordenwisseling met een taxichauffeur op het Leidseplein in Amsterdam over de ritprijs. De taxichauffeur, een kickbokser op hoog niveau, geeft Rob Sitek een gerichte vuistslag tegen zijn hoofd. Rob valt meteen bewusteloos neer en overlijdt enkele uren later in het ziekenhuis. Door de slag tegen zijn hoofd zijn beide nekslagaders gescheurd. Rob laat een vrouw (Karin) en een dochtertje van nog geen jaar oud achter (Joy). In eerste aanleg werd Karin niet bijgestaan door een advocaat. In de strafprocedure in eerste aanleg diende zij een vordering in die alleen zag op vergoeding van de kosten van de lijkbezorging. Deze schadepost werd in de strafprocedure toegewezen. Door middel van de voorschotregeling is deze schade door de Staat in 2013 aan Karin vergoed. Op dat moment, vier jaar na het overlijden van Rob, waren er acht maanden verstreken nadat de uitspraak van de Hoge Raad in de door de veroordeelde dader geëntameerde cassatieprocedure onherroepelijk was geworden. Het CJIB heeft een deel van de vordering op de dader kunnen verhalen. De grootste schadepost voor Karin en Joy zijn niet de kosten van de lijkbezorging, maar de schade wegens derving van levensonderhoud (art. 6:108 BW). Een berekening door een rekenkundige wijst uit dat de gezamenlijke schade van Karin en Joy € 250.000,- bedraagt. In hoger beroep kan de vordering van de benadeelde partij niet meer worden uitgebreid. Karin overweegt nu een civiele procedure te starten namens haarzelf en haar minderjarige dochter. Bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven hebben Karin en Joy een maximale tegemoetkoming in hun schade ontvangen van € 35.000,-.

1.2.7. Casus overlijden door straatrace (Fleur)

Fleur is 19 jaar oud als zij op 16 maart 2016 in haar auto, terwijl zij vanuit een uitrit de weg opdraait, in de linkerflank wordt aangereden door een Porsche. De brandweer moet eraan te pas komen om Fleur, ernstig gewond, uit de auto te halen. In de media verschijnen berichten dat de bestuurder van de Porsche onder invloed van alcohol een straatrace aan het houden was met zijn zoon, die achter hem reed. In de media verschijnen ook berichten dat de bestuurder van de Porsche (meer dan) 150 km/u reed waar 50 km/u was toegestaan. Fleur is op 1 april 2016 in het ziekenhuis aan haar verwondingen overleden. De nabestaanden van Fleur hebben de WAM-verzekeraar van de Porsche kort na het overlijden van Fleur aansprakelijk gesteld voor de geleden en nog te lijden schade. De WAM-verzekeraar van de Porsche heeft kort na de aansprake-

¹³ Zie voor de redenen waarom slachtoffers van (zeden- en gewelds)misdrijven vrijwel niet kiezen voor schadeverhaal via de civiele rechter: Schrama & Geurts 2012, p. 108 en p. 116-123.

lijkstelling haar medeleven betuigd met de nabestaanden en aangeboden voorschotten te betalen om de reeds geleden schade, zoals de kosten van de uitvaart, te vergoeden. Door deze snelle bevoorschotting hebben de nabestaanden deze kosten niet zelf hoeven dragen.

1.2.8. De vordering tot vergoeding van schade wegens letsel en overlijden

Uit de hiervoor besproken casus blijkt dat het bij schade wegens letsel en overlijden (ook wel aangeduid als: personenschade) vaak om substantiële bedragen gaat. Het gederfd levensonderhoud in geval van overlijden (art. 6:108 BW) en de weggevallen of verminderde arbeidscapaciteit bij letsel (art. 6:107 BW) betreffen duurschade, die vooral bij jonge slachtoffers een lange looptijd kent en daardoor erg omvangrijk kan worden. Vanwege de arbeidsongeschiktheid is een slachtoffer soms ook niet meer of niet meer volledig in staat in en om het huis de werkzaamheden te verrichten die hij voorheen wel verrichtte (verlies aan zelfwerkzaamheid). Ook kosten voor de inschakeling van huishoudelijke hulp of voor de inzet van professionele hulp als het slachtoffer (tijdelijk of blijvend) verzorgd moet worden, vormen belangrijke schadecomponenten die zich ook tot in de toekomst kunnen uitstrekken. Deze schade wordt slechts in beperkte mate gecompenseerd door sociale verzekeringen, zoals hierna wordt toegelicht. De hiervoor weergegeven casus illustreren bovendien dat letsel- en overlijdensschade meestal bestaat uit verschillende componenten. Naast de inkomensschade, schade wegens verlies aan zelfredzaamheid en schade wegens gederfd levensonderhoud, kunnen slachtoffers kosten hebben in verband met medische hulp, behandeling (zoals fysiotherapie), medicijnen en de aanschaf van medische hulpmiddelen voor zover die niet door de zorgverzekering worden gedekt. Slachtoffers zijn tijd en geld kwijt aan de aanpassing van de woning of auto omdat ze door het misdrijf gehandicapt zijn geraakt. Ze zijn tijd en geld kwijt wegens het contact met politie, justitie en aan psychisch herstel. Verder kan sprake zijn van kosten van rechtsbijstand en van kosten van een (medisch) deskundige die schade of causaal verband moet vaststellen. Bij al deze schadeposten gaat het om vermogensschade (art. 6:95 jo art. 6:96 BW). De wet geeft in bepaalde gevallen ook nog aanspraak op vergoeding van andere dan vermogensschade, de immateriële schade ofwel smartengeld (art. 6:95 BW jo art. 6:106 BW). Indien een slachtoffer lichamelijk letsel heeft opgelopen, heeft het slachtoffer in beginsel recht op vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 lid 1 sub b BW). Bij zedenmisdrijven zal niet altijd sprake zijn van lichamelijk letsel. Toch kan ook bij die misdrijven aanspraak worden gemaakt op vergoeding van immateriële schade nu het gaat om een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW. Hoewel voor een aanspraak op smartengeld in dat geval in beginsel vereist is dat geestelijk letsel is opgelopen, wordt aangenomen dat bij (ernstige) inbreuken op fundamentele rechten, zoals het recht op lichamelijke integriteit, aanspraak bestaat op smartengeld, ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel. Als het slachtoffer overlijdt, hebben de nabestaanden die voor hun levensonderhoud afhankelijk waren van het slachtoffer, recht op vergoeding, zoals de minderjarige Joy in de casus van Karin. Daarnaast kunnen zij vergoeding van de kosten van de uitvaart vorderen (art. 6:108 BW).

Een deel van de schade van het slachtoffer wordt opgevangen door het sociale zekerheidstelsel en de zorgverzekering. De kosten van de ziekenhuisopname, de operaties en opname in een revalidatiekliniek komen niet voor rekening van het slachtoffer. De zorgverzekeraar

heeft een verhaalsrecht op de dader met betrekking tot de door de verzekeraar vergoede kosten. Hoe zit het met het verlies aan inkomen gedurende de periode dat het slachtoffer niet heeft kunnen werken? Is het slachtoffer in dienst van een werkgever, dan zal de werkgever gedurende de eerste twee jaar van ziekte en arbeidsongeschiktheid minimaal 70% van het brutoloon moeten doorbetalen (art. 7:629 lid 1 BW). In veel cao's wordt deze doorbetalingsverplichting nog verhoogd, voor het eerste jaar regelmatig tot 100%. Daarna houdt deze loondoorbetalingverplichting op en is de werkgever in beginsel gerechtigd de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De werkgever heeft een wettelijk verhaalsrecht op de dader met betrekking tot het door hem op grond van art. 7:629 lid 1 BW of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst doorbetaalde nettoloon en de door de werkgever gemaakte re-integratiekosten (art. 6:107a BW). Na afloop van de periode van twee jaar komt het slachtoffer in beginsel in aanmerking voor een uitkering van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) wegens arbeidsongeschiktheid op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). De WIA voorziet in twee regelingen. De eerste is de Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten (WGA) en is bedoeld voor mensen die langer ziek zijn dan twee jaar en (in de toekomst) weer kunnen werken. De tweede regeling is de Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsgeschikten (IVA) en is bedoeld voor mensen die langer dan twee jaar ziek zijn en niet meer of nauwelijks nog kunnen werken. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. Het UWV heeft een wettelijk verhaalsrecht op de dader met betrekking tot de door het UWV aan het slachtoffer gedane uitkeringen (art. 99 WIA). Een WIA-uitkering is vrijwel altijd lager dan het loon dat de werknemer voor zijn ongeval verdiende.

Slachtoffers die ten tijde van het misdrijf niet in dienst zijn van een werkgever, maar als zelfstandige werkzaam zijn als zzp'er of een eenmanszaak hebben, hebben uiteraard niemand om hun loon door te betalen, en hebben ook geen recht op een WIA-uitkering. Denk aan stratenmaker Roel in de tweede casus. Als een zzp'er door een misdrijf arbeidsongeschikt raakt en zich niet zelf tegen arbeidsongeschiktheid heeft verzekerd, dan valt hij terug naar het niveau van een bijstandsuitkering. Deze ligt op het niveau van het bestaansminimum, en is in het algemeen (veel) lager dan een WIA-uitkering. Omdat niet iedere zzp'er in staat zal zijn uit de inkomsten een bedrag vrij te maken voor de betaling van premie voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering, zijn zzp'ers vaak niet verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek uit 2016 blijkt dat 4/5 deel van de zzp'ers niet beschikt over een arbeidsongeschiktheidsverzekering.¹⁴ Het behoeft geen betoog dat de schade wegens het verlies van arbeidsvermogen, zeker bij blijvende arbeidsongeschiktheid en bij relatief jonge slachtoffers, aanzienlijk zal zijn. Het verschil tussen het inkomensniveau van voor het misdrijf, en het inkomensniveau (op bijstandsniveau) na het misdrijf zal bij veel zelfstandigen groot zijn.

Uit het voorgaande volgt dat slechts een deel van de schade wordt opgevangen door de zorgverzekering en het sociaal zekerheidsstelsel. Voor de begroting van de overige schade is van belang dat het voor een aanzienlijk deel kan gaan om schade die nog niet is ingetreden, maar die pas in de toekomst zal intreden. Zo zal degene die blijvend arbeidsongeschikt is geworden ook in de toekomst inkomensverlies lijden. De wet bepaalt dat ook toekomstige schade

¹⁴ CBS, 6 februari 2016.

bij voorbaat (dus ook als zij nog niet is ingetreden) kan worden begroot (art. 6:105 BW) en vergoed. De schade wegens (toekomstig) verlies van arbeidsvermogen wordt begroot door een vergelijking te maken tussen hoe de situatie zou zijn zonder ongeval (wat zou het perspectief zijn geweest, rekening houdend met carrièreverloop en pensioenopbouw?) en de feitelijke situatie met het ongeval (inkomen dat bij arbeidsongeschiktheid voornamelijk bestaat uit een uitkering uit de sociale voorzieningen).¹⁵ Bij die feitelijke situatie met het ongeval speelt ook de vraag wat het slachtoffer in de toekomst nog kan gaan verdienen. Bij blijvende (gehele of gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid als gevolg van het misdrijf zal de schade worden doorberekend tot en met de pensioengerechtigde leeftijd. Bij de begroting van de (toekomstige) schade zijn doorgaans verschillende deskundigen betrokken, zoals arbeidsdeskundigen, artsen en rekenkundigen. Vooral mensen die op relatief jonge leeftijd als gevolg van een misdrijf geheel of gedeeltelijk blijvend arbeidsongeschikt raken, zullen geconfronteerd worden met een omvangrijke schade wegens verlies van arbeidsvermogen, voor het begroten waarvan een reeks van deskundigen nodig is.

Zoals uit de hiervoor besproken praktijkcasus blijkt, heeft de inkomensdaling direct invloed op de mogelijkheid tot betaling van de maandelijkse vaste woonlasten (huur of hypotheekrente). De in de casus voorkomende slachtoffers, en hun partners, werden direct na het misdrijf niet alleen geconfronteerd met het fysieke (ernstige) letsel en de emotionele gevolgen van het misdrijf, maar werden ook geconfronteerd met huisvestingsproblemen omdat zij niet meer konden voldoen aan hun maandelijkse betalingsverplichtingen. Op dit punt wordt het onderscheid duidelijk met slachtoffers die wel gebruik kunnen maken van een directe actie of eigen recht tegen de verzekeraar van de aansprakelijke partij, zoals slachtoffers van verkeersongevallen met motorvoertuigen, slachtoffers van medische incidenten en slachtoffers van arbeidsongevallen. Zodra aansprakelijkheid vaststaat of wordt erkend, zal de verzekeraar van de aansprakelijke partij de schade bevoorschotten. Door die voorschotten wordt de eerste financiële pijn gelenigd. Een voorbeeld daarvan vormt het overlijden van de 19-jarige Fleur als gevolg van een verkeersmisdrijf. De WAM-verzekeraar van de aansprakelijke bestuurder heeft bij wege van voorschot de rekeningen betaald van de uitvaartonderneming en de kosten van de afscheidsrituelen.

1.2.9. Waaronder de huidige mogelijkheden van schadeverhaal niet voldoen

Uit het voorgaande blijkt dat de niet door het sociale verzekeringsstelsel en de zorgverzekering vergoede schade van een slachtoffer van een misdrijf aanzienlijk kan zijn. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een belangrijk deel van deze schade voor rekening blijft van de slachtoffers van misdrijven. Dat komt doordat de bestaande mogelijkheden van schadeverhaal voor de groep slachtoffers met schade wegens letsel en overlijden tekortschieten. Ter toelichting volgt hieronder een bespreking van de drie bestaande mogelijkheden voor slachtoffers van misdrijven om hun schade vergoed te krijgen.

¹⁵ Bij de begroting van de schade wordt rekening gehouden met de aanspraken die het slachtoffer op grond van de WIA heeft (art. 98 WIA).

1.2.9.1. Voeging in de strafprocedure

De eerste mogelijkheid om de schade vergoed te krijgen is de voeging van het slachtoffer als benadeelde partij in de strafprocedure (art. 51f Sv). De voeging houdt kort gezegd in dat het slachtoffer in het strafproces om vergoeding van zijn civielrechtelijke schade vraagt. De strafrechter zal deze vordering beoordelen. Indien en voor zover komt vast te staan dat de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door het strafbare feit is toegebracht, dan kan de strafrechter een schadevergoedingsmaatregel opleggen waarbij de dader wordt verplicht een schadevergoeding te betalen aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer (art. 36f lid 1 en 2 Sr). Het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB) zal in opdracht van het Openbaar Ministerie proberen het bedrag van de schadevergoedingsmaatregel te innen bij de dader. Bij gewelds- en zedendelicten keert het CJIB na acht maanden nadat de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden, het slachtoffer het resterende bedrag uit dat nog niet geïnd is. Deze regeling bestaat sinds 2011 en staat bekend als de “voorschotregeling.”¹⁶ De voorschotregeling ontslaat de veroordeelde niet van zijn betalingsplicht. De regeling geldt alleen voor natuurlijke personen. Het voorschot bij gewelds- en zedenmisdrijven is niet aan een maximum gebonden. Met ingang van 1 januari 2016 is de voorschotregeling ook van toepassing bij schadevergoedingsmaatregelen opgelegd in verband met andere misdrijven dan gewelds- en zedenmisdrijven (zoals vermogensmisdrijven) aan slachtoffers die geen rechtspersoon zijn. Het voorschot voor slachtoffers van andere dan gewelds- en zedenmisdrijven is gemaximeerd tot € 5.000,-. Het grote voordeel voor het slachtoffer van de voorschotregeling is dat het CJIB de incasso bij de dader op zich neemt, wat niet alleen zorgen en kosten scheelt, maar ook een grote en mogelijk langdurige emotionele belasting. Voor zover de voorschotregeling van toepassing is komt daar nog bij dat het verhaalsrisico bij de Staat rust.¹⁷ De last om de dader zo veel mogelijk te laten betalen, en het risico dat hij dat voor een deel uiteindelijk niet zal kunnen doen, rust niet langer op het slachtoffer maar neemt het CJIB op de schouders. Dat is belangrijk omdat in 65% van de schadevergoedingsmaatregelen opgelegd in gewelds- en zedenmisdrijven niet binnen acht maanden (volledig) wordt betaald door de dader.¹⁸ Het CJIB heeft ook krachtiger dwangmiddelen dan particuliere personen om de dader te laten betalen: doorgaans gaat, voorzover de dader niet betaalt, een gevangenisstraf in. Voor de dader geldt dus ‘betalen of brommen’. Uit buitenlands onderzoek blijkt dat de kans dat het slachtoffer de schade zelf (volledig) verhaald krijgt ongeveer 25% is, tegenover 75 tot 80% wanneer de overheid zich met de tenuitvoerlegging bemoeit.¹⁹ In ruim 80% van alle schadevergoedingsmaatregelen wordt het schadebedrag door het CJIB volledig verhaald op de dader. In 16% van de zaken heeft de veroordeelde vervangende hechtenis moeten ondergaan omdat hij het bedrag

¹⁶ Besluit van 24 juli 2010, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.

¹⁷ Het restituerisico van de Staat is per 1 januari 2014 verkleind, omdat het vanaf die datum voor de Staat mogelijk is om bij de dader conservatoir beslag te leggen ten behoeve van de schadevergoedingsmaatregel.

¹⁸ S. van der Aa en M.S. Groenhuijsen, ‘Slachtofferrechten in het strafproces: drie stapjes naar voren en een stapje terug?’, *AA* 2012/8, p. 606; L.T. Visscher, ‘Schadevergoeding voor slachtoffers in het strafproces vanuit rechtseconomisch oogpunt’, *AV&S* 2008/4, p. 200.

¹⁹ Van der Aa & Groenhuijsen 2012, p. 609, met verwijzingen aldaar.

nog niet (volledig) heeft terugbetaald. De overige zaken zijn om andere redenen afgesloten, bijvoorbeeld omdat de veroordeelde is overleden. Van de afgesloten zaken bleek in de periode 2010 tot en met 2014 gemiddeld een bedrag van bijna € 10 miljoen per jaar niet inbaar.²⁰ De voorschotregeling is een belangrijke verworvenheid van het slachtoffer in het strafproces, nu het slachtoffer voor de betaling van zijn schade niet meer afhankelijk is van (de toereikendheid van het vermogen van) de dader. Waar de enkele toewijzing van de vordering benadeelde partij het slachtoffer slechts een titel gaf die hij zelf ten uitvoer moest leggen (zelf te organiseren en betalen incasso door een deurwaarder)²¹, zorgt de voorschotregeling ervoor dat het slachtoffer het toegewezen schadevergoedingsbedrag door de Staat krijgt uitgekeerd.²²

Het slachtoffer kan evenwel alleen maar van de voorschotregeling profiteren indien en voor zover zijn civiele vordering in het strafproces inhoudelijk is beoordeeld en toegewezen en er een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd. Voorwaarde voor ontvankelijkheid is dat aan de verdachte een straf of maatregel wordt opgelegd en dat de schade rechtstreeks is toegebracht door het bewezenverklaarde feit (art. 361 lid 2 Sv). Daarnaast kan de strafrechter de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren in zijn vordering indien een inhoudelijke beoordeling van de vordering een “onevenredige belasting” van het strafgeding oplevert (art. 361 lid 3 Sv).²³ Uit de praktijk blijkt dat een belangrijke groep slachtoffers niet van de verworvenheden profiteert die een voeging als benadeelde partij in het strafproces kan meebrengen. Dat heeft ermee te maken dat de strafrechter bij letsel- en overlijdensschade in veel gevallen tot de conclusie komt dat de behandeling van een complexe schadevergoedingsvordering het strafproces onevenredig belast.²⁴ Het strafproces blijft immers primair gericht op de veroordeling van de dader. Het oordeel van de rechter of een vordering een onevenredige belasting vormt heeft te maken met meerdere factoren, waaronder de omvang van de vordering, de complexiteit ervan en de bij de betrokken rechter aanwezige specifieke kennis van het civiele recht.²⁵ Ook een

²⁰ Antwoorden op kamervragen: *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1056, p. 3.

²¹ De tenuitvoerlegging geschiedt in de regel door de inschakeling van een deurwaarder die in kaart brengt op welke vermogensbestanddelen van de schuldenaar (de aansprakelijke partij) verhaal kan worden genomen. In overleg met de schuldeiser (in casu het slachtoffer) kan de deurwaarder een afbetalingsregeling treffen met de schuldenaar.

²² Zie over de voeging in het strafproces o.a.: G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 63-87 en p. 698-700; F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2010; J. Candido, M. Hoendervoogt, P. van Dam, M. Gest, *Slachtoffer en de rechtspraak. Handleiding voor de strafrechtspraktijk*, de Rechtspraak 2013; A.H. Sas, ‘Strafrecht voor civilisten: de verbetering van de mogelijkheid om schade via het strafrecht te verhalen,’ *TVP* 2010/3, p. 80-87; A.H. Sas, ‘Strafrecht voor civilisten deel II: over de gewijzigde Wet schadefonds geweldsmisdrijven en nog enkele opmerkingen over schadeverhaal via het strafproces,’ *TVP* 2012/2, p. 45-60.

²³ Zie over het ontvankelijkheidscriterium onder meer J. Candido, ‘De vordering van de benadeelde partij in het strafproces en de onevenredige belasting van het strafgeding’, *Trema* 2011, afl. 10, p. 354-359. Zie voor een voorbeeld in de rechtspraak van een niet-ontvankelijkverklaring vanwege de onevenredige belasting: HR 11 maart 2014, *NJ* 2014, 183, waarin de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof bekrachtigde dat de vordering tot vergoeding van shockschade een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert.

²⁴ Af te leiden uit: Kool e.a. 2016, p. 149, 246-247, 254-256, p. 258-259; Emaus & Kool 2017, p. 5 en 8. Zie voor deze zelfde conclusie specifiek met betrekking tot de shockschadevordering: Engelhard e.a. 2015, p. 87 en p. 95-96. Zie ook: Ruitenbeek-Bart & Schijns 2014, p. 38-47; Schijns 2015, p. 35-37; Lindenbergh 2014, p. 2699; Sas 2016, p. 4070-62/63.

²⁵ Kool e.a. 2016, p. 149.

factor is of de verdediging voldoende gelegenheid heeft gehad de vordering te weerspreken.²⁶ Zo verklaarde de Rechtbank Den Haag de benadeelde partij niet-ontvankelijk in zijn letselschadevordering, in een zaak waarin een politie-agent schuldig werd bevonden aan poging tot doodslag vanwege het bij een aanhouding neerschieten van een wegrennende man. De rechtbank motiveerde deze beslissing door erop te wijzen dat het eigen aandeel van de benadeelde partij in het ontstaan van de schade moet worden vastgesteld. Ook lag aan de niet-ontvankelijkheid ten grondslag dat “in het strafgeding de mogelijkheid voor beide partijen ontbreekt om ten aanzien van de letselschade nadere conclusies uit te wisselen.”²⁷ Al deze factoren die tot een niet-ontvankelijkheid kunnen leiden, spelen juist een rol bij letsel- en overlijdensschadeclaims. De beoordeling van de omvang van de schadevergoedingsplicht is bij deze vorderingen inderdaad vaak “notoir complex”.²⁸ Bij letselschade moet er voor de begroting van de schade een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie met letsel en de (hypothetische) situatie zonder letsel. Vaak strekt de schade zich ook uit tot in de (verre) toekomst, zodat ook daarvoor een hypothetische situatie het uitgangspunt voor de begroting vormt. Onder meer voor de begroting van deze schade zijn vaak deskundigen nodig en over de vraagstelling aan deze deskundigen kan tussen partijen nogal worden getwist. Een overlijdensschadevordering is om andere redenen complex. Ook kunnen zich lastige vragen aandienen op het gebied van causaal verband en eigen schuld of, zoals in de uitspraak in de zaak van Robert M.²⁹, op het punt van verplaatste schade (art. 6:107 BW).³⁰

Indien de strafrechter tot het oordeel komt dat de schadevergoedingsvordering het strafproces onevenredig belast, dan wordt de benadeelde partij niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering, althans in het niet eenvoudig vast te stellen gedeelte daarvan. Uit de praktijk blijkt dat dit risico zich juist verwezenlijkt bij de slachtoffers (en nabestaanden) met omvangrijke letsel- en overlijdensschade. Zij kunnen niet profiteren van de verworvenheden die de slachtofferregelgeving de laatste jaren heeft gebracht, waaronder de voorschotregeling en incasso door het CJIB.³¹ De schade blijft in veel gevallen voor eigen rekening van het slachtoffer, omdat ook de twee andere mogelijkheden voor schadeverhaal niet voldoende effectief zijn. Voor dit probleem is in de literatuur al herhaaldelijk aandacht gevraagd,³² ook door Lindenberg, die de vrees heeft uitgesproken “dat de grootste schades door het criterium ‘onevenredige belasting’ het grootste risico lopen de voorschotregeling mis te lopen”.³³

²⁶ Kool e.a. 2016, p. 149.

²⁷ Rb. Den Haag 2 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14520, rov. 7.3.

²⁸ Lindenberg 2014, p. 2696.

²⁹ HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2668.

³⁰ Schijns 2015, p. 35-37; A.H. Sas, ‘De zaak Robert M. in cassatie. De ouders van de slachtoffers als benadeelde partij in het strafproces: hun verplaatste schade en proceskosten’, *TVP* 2015/1, p. 11-13.

³¹ Ruitenbeek-Bart & Schijns 2014, p. 38-47; Schijns 2015, p. 35-37.

³² Ruitenbeek-Bart & Schijns 2014, p. 38-47; Schijns 2015, p. 35-37.

³³ Lindenberg 2014, p. 2696-2702; Lindenberg in zijn noot onder HR 27 september 2016, *NJ* 2017, 88.

1.2.9.2. Schadefonds Geweldsmisdrijven

De tweede mogelijkheid voor het slachtoffer om financieel gecompenseerd te worden, is het Schadefonds Geweldsmisdrijven (hierna ook: het Schadefonds). Op grond van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven kan een slachtoffer van een geweldsmisdrijf een tegemoetkoming vragen in de schade.³⁴ Op grond van artikel 3, eerste lid, onder a en b, en artikel 4, eerste lid, van de wet kunnen slachtoffers aanspraak maken op een uitkering, die betrekking heeft op vermogensschade of immateriële schade. Vóór oktober 2014 kregen slachtoffers een uitkering gespecificeerd naar immateriële schade en materiële schade. De immateriële schade werd beoordeeld en in een bepaalde letselcategorie geplaatst, waar een vaste uitkering aan was gekoppeld. Daarnaast kon dan ook nog een bedrag voor bijvoorbeeld kledingschade of medische kosten worden toegekend. Sinds oktober 2014 keert het Schadefonds vaste, genormeerde bedragen uit. Dit betekent dat een aanvrager een vast bedrag krijgt, dat hoort bij een bepaalde letselcategorie. Dit bedrag is bedoeld voor de geleden immateriële schade en de eventuele materiële schade als gevolg van het geweldsmisdrijf. Het letsel (psychisch en/of lichamelijk) is nog steeds leidend bij het bepalen van de hoogte van de uitkering.³⁵ Een uitkering kan ten hoogste € 35.000,- bedragen, zo volgt uit art. 1 sub c Regeling maximumbedragen uitkeringen schadefonds geweldsmisdrijven.³⁶ Hoewel uit onderzoek is gebleken dat het bestaan van het Schadefonds hoog wordt gewaardeerd³⁷, biedt ook deze mogelijkheid bij ernstige letselschade verre van volledige compensatie vanwege het wettelijke uitkeringsplafond van € 35.000,-. Hoewel dit een substantieel bedrag is, is dit voor slachtoffers met ernstige personenschade (bij lange na) geen volledige schadevergoeding.³⁸ De uitkering van het Schadefonds Geweldsmisdrijven is daarvoor ook niet bedoeld, het gaat om een tegemoetkoming in de schadevergoeding.

1.2.9.3. Civielrechtelijk schadeverhaal

Een derde mogelijkheid voor het slachtoffer van een misdrijf om zijn schade te verhalen is het civielrechtelijk aanspreken van de schadeveroorzaker. Uit onderzoek blijkt dat maar zeer weinig slachtoffers van misdrijven via het civiele (proces)recht hun schade proberen te verhalen.³⁹ Belangrijke factoren die daaraan bijdragen is dat een civiele procedure belastend, kostbaar en tijdrovend is, de bewijslast bij het slachtoffer ligt en de procedure doorgaans weinig uitzicht biedt op daadwerkelijke financiële compensatie vanwege de beperkte verhaalsmogelijkheden:

³⁴ Wet van 26 juni 1975, houdende voorlopige regeling schadefonds geweldsmisdrijven, *Stb.* 1975, 644. Recentelijk gewijzigd bij Wet van 14 april 2016 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces en wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkering aan nabestaanden, *Stb.* 2016, 160.

³⁵ Zie voor meer achtergrondinformatie de Beleidsbundel op de website van het Schadefonds, www.schadefonds.nl.

³⁶ Regeling van 2 december 2011, *Stcrt.* 2011, 22603.

³⁷ J.D.W.E. Mulder, *Compensatie na geweld. Wie krijgen er een vergoeding van het Schadefonds Geweldsmisdrijven en wat zijn de effecten van zo'n financiële vergoeding?*, Tilburg: Intervict 2009, p. 40-41.

³⁸ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 40.

³⁹ Schrama & Geurts 2012, p. 108; Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 17 en 40.

van een kale kip kan met niet plukken.⁴⁰ Tegenover deze onzekerheid over succes staat bovendien de zekerheid van zorgen, kosten en veelal ook van een grote en langdurige emotionele belasting. Het ontbreken van vermogensbestanddelen bij de dader houdt nauw verband met het feit dat de dader voor misdrijfschade zijn aansprakelijkheidsverzekering niet kan aanspreken, omdat misdrijfschade is uitgesloten van dekking. Ook het slachtoffer kan de verzekeraar niet met succes aanspreken. Het slachtoffer met letselschade heeft weliswaar een directe actie jegens de verzekeraar van de dader op grond van art. 7:954 BW, maar de verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar wordt bij een directe actie beheerst door de afspraken tussen de verzekerde (de schadeveroorzaker) en diens verzekeraar. Dat brengt mee dat de verzekeraar alle verweren jegens het slachtoffer kan voeren die hij ook jegens zijn verzekerde kan voeren. Bij schade als gevolg van een strafbaar feit zal de verzekeraar een beroep doen op de zogenoemde 'opzetclausule' in de verzekeringsovereenkomst, zodat schade die onder de opzetclausule valt niet is gedekt.⁴¹ In gevallen waarin de verzekeraar zich met succes op de opzetclausule kan beroepen, is het slachtoffer afhankelijk van de bereidwilligheid van de verzekeraar desondanks dekking te bieden. Dit komt in de praktijk slechts bij uitzondering voor.⁴²

In de praktijk is het dus de opzetclausule, en aanverwante clausules die allen beogen schade als gevolg van misdrijf van dekking uit te sluiten, die in de weg staan aan schadeloosstelling van het slachtoffer van een misdrijf via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader. In die zin verkeert het slachtoffer van een misdrijf in een evident ongunstiger positie dan het slachtoffer van een arbeidsongeval of een medische fout. Voor hen staat niet alleen *de jure*, maar ook *de facto*, de weg van de directe actie open. Slachtoffers van een verkeersongeval waarbij een gemotoriseerd voertuig is betrokken hebben helemaal een bevoorrechte positie. Zij beschikken over een eigen recht (art. 6 WAM), waarbij de verzekeraar hen geen excepties, nietigheden of andere verweren uit de wet of de verzekeringsovereenkomst kan tegenwerpen (art. 11 WAM). Hieronder is het beroep op opzet begrepen. Het systeem van de WAM komt hierna in par. 3.9 aan de orde.

De slotsom is dat er voor de groep slachtoffers die door een misdrijf schade wegens letsel of overlijden (personenschade) hebben opgelopen, naar de huidige stand van zaken voor een (substantieel) deel van hun schade geen effectieve verhaalsmogelijkheid bestaat. Dit betekent dat deze slachtoffers van ernstige (gewelds- en zeden)misdrijven met hun eigen schade blijven zitten. De samenleving schiet bij deze groep slachtoffers te kort in de handhaving van een belangrijk uitgangspunt van de rechtsstaat, namelijk dat de schade die slachtoffers van misdrijven lijden, wordt vergoed. Daarnaast wordt een belangrijk doel van het aansprakelijkheidsrecht, de bescherming van benadeelden door het bieden van compensatie en genoegdoening, niet geëffectueerd. Dit houdt direct verband met het gegeven dat een belangrijk instrument om dit doel te bereiken, namelijk de aansprakelijkheidsverzekering, voor slachtoffers van

⁴⁰ Schrama & Geurts 2012, p. 142-143.

⁴¹ Dat is slechts anders als het gaat om aansprakelijkheidsverzekeringen die de aansprakelijkheid dekken wegens kwalitatieve aansprakelijkheid. Het is dan immers niet de verzekerde zelf (de kwalitatief aansprakelijk gestelde) die opzettelijk schade heeft veroorzaakt. Zie hierover nader onder 5.2.4.

⁴² Een recente uitzondering betreft de zaak van de schietpartij in Alphen aan den Rijn, waarin de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schutter het maximum van de verzekerde som aan de slachtoffers heeft uitgekeerd.

misdrijven niet wordt benut. Aandacht voor effectief schadeverhaal ook voor deze groep slachtoffers past in de bijzondere zorgplicht die de overheid op grond van Europese regelgeving heeft jegens slachtoffers van strafbare feiten, welke zorgplicht de overheid ook heeft omarmd door schadevergoeding en het herstel van slachtoffers van misdrijven tot een van de vijf speerpunten te benoemen in het Visiedocument "Recht doen aan slachtoffers."⁴³ Er is derhalve alle aanleiding te bekijken of via het verzekeringsrecht een effectiever schadeverhaal kan worden bewerkstelligd.

1.3. Wat kan het private verzekeringsrecht aan het probleem doen?

1.3.1. Vormen van verzekeringen

Binnen het private verzekeringsrecht dient onderscheid te worden gemaakt tussen de verzekeringen aan de kant van de benadeelde en de verzekeringen aan de kant van de schadeveroorzaker. Verzekeringen aan de kant van de benadeelde worden "*first party*"-verzekeringen genoemd, of eigen verzekeringen. Voorbeelden zijn een schadeverzekering inzittenden (SVI), een ongevalverzekering, een arbeidsongeschiktheidsverzekering, maar ook inboedel- en opstalverzekeringen en autoverzekeringen waarbij is verzekerd tegen cascoschade aan de eigen auto. Aan de kant van de schadeveroorzaker is de aansprakelijkheidsverzekering de belangrijkste en meest bekende vorm van verzekering. Het gaat hier om een zogenoemde "*third party*"-verzekering, een vorm van verzekering die de gevolgen van aansprakelijkheid tegenover derden dekt. Bij de aansprakelijkheidsverzekering wordt onderscheid gemaakt naar de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) en de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB).

1.3.2. Hypotheses

Eén van de te onderzoeken hypothesen is dat het private verzekeringsrecht goede mogelijkheden biedt voor het effectueren van schadevergoeding aan slachtoffers die door een misdrijf personenschade hebben geleden. In het bijzonder de eerstgenoemde mogelijkheid waarbij de reeds bestaande directe actie van een slachtoffer op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader (art. 7:954 BW) wordt gecombineerd met een nieuw wettelijk verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer te beroepen op opzet van de verzekerde, biedt naar verwachting een aanzienlijke verbetering voor de verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven. Het slachtoffer treft hierdoor niet alleen een solvabele wederpartij in de vorm van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, maar hem wordt ook een kostbare en emotioneel belastende civiele procedure met een daarop volgend langdurig incassotraject tegen de dader bespaard. Het voor deze verhaalsroute benodigde juridisch instrumentarium bestaat reeds geruime tijd in de Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen (WAM), waar het tot nu toe alleen wordt aangewend voor slachtoffers van verkeersongevallen met een motorrijtuig.

⁴³ *Recht doen aan slachtoffers. Visiedocument*, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2013, p. 18, 26 t/m 28. Zie ook de beantwoording van schriftelijke vragen naar aanleiding van de beleidsdoorlichting slachtofferzorg: *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 33199, 6, antwoord op vragen 23 en 66.

Een slachtoffer van een verkeersmisdrijf of een slachtoffer van een (gewoon) ongeval met gemotoriseerd verkeer kan direct de WAM-verzekeraar van het schadeveroorzakende motorvoertuig aanspreken tot vergoeding van zijn schade (artikel 6 WAM). De WAM-verzekeraar kan zich jegens het slachtoffer niet beroepen op een uit de wet of de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende nietigheid, exceptie of verval (het 'verweermiddelenverbod' van artikel 11 WAM). Meer in het bijzonder mag de aansprakelijkheidsverzekeraar zich er jegens het slachtoffer niet op beroepen dat opzettelijk veroorzaakte schade in de polis van dekking is uitgesloten. Het systeem van de WAM geldt inmiddels in alle Europese landen, en wordt beschouwd als een vrijwel sluitende waarborg voor volledige schadevergoeding van het slachtoffer, zonder dat deze wordt belast met de lotgevallen uit de contractuele verhouding tussen verzekeraar en de aansprakelijke verzekerde. De afwikkeling verloopt in de praktijk relatief snel en vindt veelal buiten rechte plaats. De verwachting is dat deze efficiënte manier van schadeafwikkeling ook zal gaan gelden voor de afwikkeling van misdrijfschade als het wettelijk instrumentarium van de WAM wordt uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering.

Een andere premisse is dat de uitbreiding van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet naar misdrijven buiten de WAM leidt tot een toename van de schadelast voor de particuliere aansprakelijkheidsverzekeraars. Het verhaals- en incassorisico verschuift immers van het slachtoffer (en de Staat) naar de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Tegelijkertijd blijft het belang overeind dat de dader de schade betaalt en dat voor hem de relatie tussen het misdrijf en de daardoor veroorzaakte schade blijft bestaan. In het onderzoek is om deze redenen gekeken naar mogelijkheden om de verhaals- en incassopositie van de verzekeraar te versterken. In het bijzonder is daarbij aandacht besteed aan de mogelijkheid de verzekeraar gebruik te laten maken van de eenvoudige procedure van het strafproces, de incasso door het CJIB en de krachtige dwangmiddelen die de schadevergoedingsmaatregel meebrengt. Of de verzekeraar ook in aanmerking zou moeten komen voor de voorschotregeling is een aparte afweging.

Het als premisse gehanteerde systeem van enerzijds een verbod op het beroep op opzet in de algemene aansprakelijkheidsverzekering en anderzijds het recht op voeging in het strafproces leidt ertoe dat in het strafproces de door de Raad voor de rechtspraak en anderen wel voorgestelde 'klaplukconstructie' ontstaat, maar dan niet naar een afzonderlijke gerechtelijke procedure, maar naar het buitengerechtelijk traject. Te bedenken valt dat 95% of meer van alle letselschadezaken in Nederland buitengerechtelijk wordt afgewikkeld. De grote expertise van de verzekeraars in het afwickelen van letselschade, komt zo ook ten goede aan de afwikkeling van de letselschade van slachtoffers van misdrijven. In het buitengerechtelijke traject, dat voorafgaand en parallel aan het strafproces plaatsvindt, zal de verzekeraar met (de belangenbehartiger van) het slachtoffer komen tot een begroting en vergoeding van de schade, zoals dat thans in het kader van de WAM ook geschiedt. De aldus door beide partijen tot stand gebrachte schadevergoedingsregeling kan dan het uitgangspunt zijn in de strafprocedure. In de regel pleegt een schaderegeling te worden afgesloten met een vaststellingsovereenkomst tussen slachtoffer en verzekeraar. De inhoudelijke beoordeling van de vordering hoeft dan geenszins meer een onevenredige belasting van het strafgeding op te leveren.

Dit geheel brengt de volgende voordelen: slachtoffers van geweldsmisdrijven worden bevrijd van de niet te rechtvaardigen bijzondere lasten die thans op hen rusten (insolventierisi-

co, schade, -procedure- en incassolast) en kunnen op dezelfde voet als andere letselschadeslachtoffers hun schade vergoed krijgen; de expertise van de verzekeraars met betrekking tot de afwikkeling van letselschade komt ten goede aan het schadeverhaal in het strafproces; de verzekeraars krijgen substantiële steun van het strafrechtstelsel bij hun verhaal op de dader; en door de incasso van het CJIB blijft het uiteindelijk toch zo veel als mogelijk de dader die betaalt.

1.4. Afbakening

Private verzekeringsrecht - In dit onderzoek worden twee mogelijkheden onderzocht om de verhaalspositie van een slachtoffer van een strafbaar feit te verbeteren via het private verzekeringsrecht. Het private verzekeringsrecht is te onderscheiden van het sociale verzekeringsrecht. Dit laatste is het vakgebied binnen de rechtsgeleerdheid dat zich bezighoudt met de sociale zekerheid. Sociale zekerheid is een publiek stelsel dat bedoeld is om inkomen en/of verzorging te garanderen voor natuurlijke personen die, tijdelijk of blijvend, niet in staat worden geacht om zelf in (voldoende) inkomen en/of verzorging te voorzien. Dat geldt bijvoorbeeld bij ziekte, arbeidsongeschiktheid, overlijden van naasten of werkloosheid. In dit onderzoek blijven buiten beschouwing de buiten het private verzekeringsrecht gelegen manieren waarop de verhaalspositie van slachtoffers van strafbare feiten kan worden verbeterd. Een van die manieren is een herbezinning op de voeging benadeelde partij in de strafprocedure en het niet-ontvankelijkheidscriterium. Het verdient nader onderzoek of de strafprocedure zo kan worden ingericht dat een onevenredige belasting, die een civiele vordering nu nog vaak meebrengt, achterwege blijft, zodat meer vorderingen dan nu inhoudelijk beoordeeld worden, en onder de voorschotregeling vallen. In dit verband kan worden gedacht aan de ontwikkeling van een 'klapluikconstructie', waarbij de vordering van de benadeelde partij wordt beoordeeld in een civiele procedure, die is gekoppeld aan en parallel loopt aan de strafprocedure.⁴⁴ Andere opties die in de rechtsliteratuur de revue zijn gepasseerd, zijn de schadestaatprocedure en de normering van schade.⁴⁵ Een andere manier die in het verleden is geopperd ter verbetering van de verhaalspositie van een slachtoffer van een misdrijf is de introductie van een zelfstandig recht aan het slachtoffer tegenover de overheid. De ratio hiervan is gelegen in de (wat gekunstelde) constructie dat de overheid in haar beschermingstaak is tekortgeschoten. De overheid kan na uitkering aan het slachtoffer de schade verhalen op de dader, eventueel in combinatie met een op te leggen straf.⁴⁶

Aansprakelijkheidsverzekering – Aansprakelijkheidsverzekeringen komen in vele vormen voor. De dekking van het aansprakelijkheidsrisico is afgestemd op het handelen in een bepaalde hoedanigheid (als particulier, in beroep, bedrijf of verenigingsverband), of de dekking houdt verband met het bezit of gebruik van een bepaald voertuig (motorvoertuig, vaartuig, luchtvaartuig).⁴⁷ Onderzoeksdeel A concentreert zich op de verbetering van de verhaalspositie via de

⁴⁴ Schrama & Geurts 2012, p. 16.

⁴⁵ Zie voor een opsomming: Kool e.a. 2016, p. 174-241; Schijns 2015, p. 37-40; Ruitenbeek-Bart & Schijns 2014, p. 44.

⁴⁶ C.M. Bouw e.a., 'Toekomst voor slachtoffers van strafbare feiten?', *NJB* 1985, p. 525.

⁴⁷ J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (diss. Rotterdam 1987), Deventer: Kluwer 2006, p. 11.

algemene aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren. In de verzekeringsbranche staat deze verzekering bekend onder de naam Aansprakelijkheid voor Particulieren (AVP). Hiermee is bedoeld de verzekering die de aansprakelijkheid dekt van de natuurlijke persoon die in zijn privéleven schade veroorzaakt. Buiten het bereik van het onderzoek valt de Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven (AVB), evenals aansprakelijkheidsverzekeringen voor bijzondere risico's zoals de beroepsaansprakelijkheidsverzekering (onder meer voor advocaten, notarissen en artsen) en de verzekering die de aansprakelijkheid dekt van bestuurders en toezichthouders.⁴⁸ De aansprakelijkheidsverzekering is ook wel bekend onder de naam WA-verzekering (Wettelijke Aansprakelijkheid). Beide termen ter aanduiding van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering (AVP en WA) zullen in het onderzoek worden gebruikt.

Strafbaar feit - Daarnaast concentreert het onderzoek zich op de verbetering van de positie van slachtoffers van een strafbaar feit. De verhaalspositie van benadeelden die door een andere oorzaak waarvoor iemand anders aansprakelijk is, financiële schade hebben opgelopen, blijft buiten het bereik van dit onderzoek.⁴⁹

Personenschade - Het onderzoek richt zich uitsluitend op slachtoffers met personenschade. Onder personenschade wordt verstaan schade wegens letsel of overlijden. Onder letsel wordt zowel lichamelijk als geestelijk letsel verstaan. De verhaalspositie van slachtoffers met uitsluitend zaakschade en zuivere vermogensschade⁵⁰ is niet in het onderzoek betrokken. Dat betekent ook dat schade wegens misdrijven zoals fraude, heling, witwassen, oplichting, verduistering, vernieling, afpersing, diefstal (zonder geweld) en strafbare feiten genoemd in de Wet op de economische delicten en de Opiumwet, buiten het bereik van het onderzoek vallen. De misdrijven die personenschade veroorzaken zijn over het algemeen de (ernstige) gewelds- en zedenmisdrijven, zoals moord, doodslag, mishandeling, brandstichting, diefstal met geweld en verkrachting (en de strafbare pogingen daartoe) en dood door schuld. Een tussencategorie vormen de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (zoals mensenhandel, bedreiging en wederrechtelijke vrijheidsberoving).⁵¹ Ook deze misdrijven kunnen personenschade meebrengen. Slachtoffers van dit soort misdrijven komen (ook als zij geen lichamelijk letsel hebben) voor vergoeding van hun immateriële schade in aanmerking nu het bij deze misdrijven gaat om ernstige aantasting van hun fundamentele rechten. Zij kunnen dan aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade omdat zij "op andere wijze in hun persoon zijn aangetast" als bedoeld in art. 6:106 lid sub b BW. Dit geldt overigens ook voor die slachtoffers van zedenmisdrijven die geen lichamelijk letsel hebben opgelopen. Een andere categorie misdrijven die niet direct valt onder het bereik van de in het Wetboek van Strafrecht omschreven geweldsdelicten, maar waarbij wel ernstige personenschade kan optreden, zijn de "Trafigura-achtige delicten" waarbij opzettelijke milieuvervuiling leidt tot ernstige aantasting van de gezondheid van personen. Ook deze delicten vallen onder het bereik van de in dit onderzoek onderzochte mogelijkheid tot verbetering van de verhaalspositie van slachtoffers.

⁴⁸ De zogenoemde D&O-polissen.

⁴⁹ Te denken valt aan slachtoffers van verkeersongevallen, bedrijfsongevallen/beroepsziekten en slachtoffers van medische fouten.

⁵⁰ De gebruikte schadebegrippen worden hierna, onder 'terminologie', nader gedefinieerd.

⁵¹ Titel XVIII van het Wetboek van Strafrecht.

Juridische analyse – Het onderzoek behelst een juridische analyse van de mogelijkheden tot verbetering van de verhaalspositie van het slachtoffer van een misdrijf via het private verzekeringsrecht. Voor het onderzoeksobject spelen ook politieke, economische en maatschappelijke aspecten een rol. Deze zullen waar mogelijk aan de orde komen. De focus zal echter liggen bij de juridische analyse.

Rechtsgebieden – Het onderzoek heeft zich voornamelijk gericht op het Nederlandse recht en op strafbare feiten en verzekeringsovereenkomsten die worden beheerst door Nederlands recht. Daarnaast is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan. Leidend bij het onderzoek is het verzekeringsrecht en, in beperkte mate, het strafrecht en het aansprakelijkheidsrecht geweest. Het internationaal privaatrecht en het bestuursrecht zijn niet of in beperkte mate behandeld.

Rechtsvergelijkend onderzoek - Voor de onderzoeksvraag die ziet op de mogelijkheden van verbetering via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader (onderzoeksgedeelte A) is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de verhaalspositie van de benadeelde tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar in de rechtsstelsels van vier Europese landen, in die zin dat de rechtsstelsels in deze landen systematisch zijn onderzocht.⁵² Daarbij is uitsluitend aandacht besteed aan de regelingen die betrekking hebben op de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Aan de rechtsvergelijking is een *quick scan* voorafgegaan naar het verzekeringsrecht in vijftien Europese landen⁵³ en Australië.⁵⁴

Verhaalspositie – Het onderzoek heeft zich gericht op de verbetering van de *verhaalspositie* van het slachtoffer van een misdrijf. De term ‘verhaalsrecht’ wordt gebruikt in de betekenis van “recht op betaling van een geldsom.” Dit sluit aan bij de ontwikkeling sinds de tweede helft van de 16^e eeuw waarin de civiele vordering van het slachtoffer van een misdrijf werd toegespitst tot een vergoeding in geld van de door hem geleden schade.⁵⁵ In de huidige tijd is juist weer een ontwikkeling waarneembaar die aansluit bij de gedachte dat restitutie meer is dan alleen het betalen van een vergoeding in geld.⁵⁶ Het staat immers niet meer ter discussie dat slachtoffers, naast behoefte aan financiële compensatie, ook immateriële behoeften hebben,

⁵² Het gaat om de landen België, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland.

⁵³ België, Frankrijk, Zwitserland, Duitsland, Griekenland, Italië, Luxemburg, Denemarken, Zweden, Finland, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Ierland.

⁵⁴ De *quick scan* is uitgevoerd op basis van J. Basedow/T. Fock, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band I, II en III*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002/2003 en op basis van Wansink 2006, p. 462-470.

⁵⁵ E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding*, Apeldoorn/Antwerpen; Maklu 2012, p. 81.

⁵⁶ Zie daarover, onder (veel) meer: E.M. Uijttendaele, A.J. Akkermans, J.E. Hulst en K.A.P.C. van Wees, ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 2008 (6772), p. 780; S.D. Lindenbergh, ‘Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel’, in: *Kritiek op recht*, liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht, Kluwer: Deventer 2014, p. 239-251; A.J. Akkermans, ‘Think Rehab!, over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel, in: *(Je) geld of je leven (terug), vergoeding in natura*, voordrachten gehouden op het symposium van letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Bju 2015, p. 11-36; A.J. Akkermans & K.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007/4, p. 103 en 112; C.H. Sieburgh, ‘Beschikt de burgerlijke rechter over onbegrensde krachten?’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 173-198; R. Kool, ‘Seksueel geweld: een kwestie van vergelding?’, *Nemesis* 2000, nr. 6, p. 196-201.

zoals de behoefte aan genoegdoening en erkenning.⁵⁷ Dit onderzoek heeft zich primair gericht op het zoeken naar mogelijkheden om de positie van het misdrijfslachtoffer te verbeteren als het gaat om de financiële belangen. Daar waar daartoe aanleiding bestond, is ook aandacht besteed aan de effecten van de versterking van de verhaalspositie via het verzekeringsrecht op de immateriële behoeften van het slachtoffer (zie in het bijzonder par. 8.2.1). Het primaat in dit onderzoek ligt echter bij de compensatie van de financiële behoeften, in de wetenschap dat leed niet werkelijk kan worden gecompenseerd, en dat andere vormen van genoegdoening dan betaling van geld wellicht beter zijn.⁵⁸

1.5. Terminologie

Opzetclausule - In dit onderzoek is een van de centrale vragen of het mogelijk is een aansprakelijkheidsverzekeraar wettelijk te beperken in zijn mogelijkheden tot het tegenwerpen aan het slachtoffer van de contractuele en wettelijke verweren die de aansprakelijkheidsverzekeraar op grond van de verzekeringsovereenkomst en de wet omtrent het verzekeringsrecht ten dienste staan. Een relevant verweer in het kader van dit onderzoek is het verweer van de verzekeraar dat schade veroorzaakt door een opzettelijke gedraging van dekking is uitgesloten. Dit verweer komt in polissen veelal terug in de bewoordingen dat “opzet” van dekking is uitgesloten. In AVP-polissen komen ook met de opzetclausule aanverwante clausules voor, zoals de bepaling dat van dekking wordt uitgesloten schade die is veroorzaakt door “een misdrijf”, of schade veroorzaakt door het gebruik in strijd met de wet van een wapen als bedoeld in de Wet Wapens en Munitie.⁵⁹ Ook komen de zogenoemde seksueel misbruikclausules voor in verschillende vormen. Daarbij is uitgesloten de aansprakelijkheid voor schade door “ongewenste intimiteiten” of meer algemeen geformuleerd schade veroorzaakt in verband met seksuele handelingen. Een – niet limitatief – overzicht van dergelijke clausules is opgenomen in bijlage 5. Deze clausules beogen schade van dekking uit te sluiten die is veroorzaakt door een misdrijf. Waar in dit onderzoek wordt gesproken van een beperking van de verzekeraar om zich op de opzetclausule te beroepen, wordt daaronder ook verstaan de beperking om zich op een van de aanverwante clausules te beroepen.

Regres – De term ‘regres’ wordt zowel gebruikt voor het subrogatierecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar, brandverzekeraar of rechtsbijstandsverzekeraar, als voor het verhaalsrecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar tegen de verzekeringnemer of de verzekerde. In dit onderzoek wordt met de term regres bedoeld op het verhaalsrecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar tegen de verzekeringnemer of de verzekerde, tenzij anders aangeduid.

Slachtoffer – In dit onderzoek is, in navolging van Cuijvers, de term “slachtoffer” gereserveerd voor slachtoffers van misdrijven.⁶⁰ Deze criminologische inperking betekent dat ruime definities als gevolg waarvan ook mensen die “slachtoffer” zijn geworden van een systeem of

⁵⁷ R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007.

⁵⁸ Du Perron 2003, p. 160.

⁵⁹ Zie de polisvoorwaarden van Univé.

⁶⁰ G. Cuijvers, *Slachtoffers van misdrijven*, Leuven-Amersfoort: Uitgeverij Acco 1988, p. 20.

“de maatschappij” buiten het onderzoeksgebied vallen. Aansluiting is gezocht bij de criteria die Zijderveld heeft geformuleerd voor een slachtofferbegrip dat “wetenschappelijk en politiek-beleidsmatig hanteerbaar” blijft. Het moet in zijn visie gaan om een “interactie” tussen mensen waarbij zowel de daders mensen zijn, en niet “het systeem” of “het kapitalisme.” Ook de slachtoffers moeten mensen zijn, en niet een bedrijf of een organisatie. Ten tweede moet het gaan om “strafrechtelijk te veroordelen daden, daden dus die wettelijk verboden en dus crimineel zijn.”⁶¹ Voor de definitie van slachtoffer is voorts aansluiting gezocht bij de Europese richtlijn ter invoering van minimumnormen voor de rechten en bescherming van slachtoffers van misdrijven.⁶² In deze Richtlijn wordt onder slachtoffer verstaan (i) de “natuurlijke persoon die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit schade, met inbegrip van lichamelijke, geestelijke of emotionele schade of economisch nadeel, heeft geleden”, alsmede (ii) de familieleden van een persoon wiens overlijden rechtstreeks veroorzaakt is door een strafbaar feit en die schade hebben geleden als gevolg van het overlijden van die persoon.”⁶³ Deze omschrijving sluit slechts gedeeltelijk aan bij het slachtofferbegrip in art. 51a van het Wetboek van Strafvordering (Sv), waarin als slachtoffer wordt aangemerkt “degene die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden.” Nabestaanden vallen wel onder het slachtofferbegrip in de richtlijn, maar niet onder de definitie van art. 51a Sv.⁶⁴ Wel zijn op grond van art. 51d Sv een groot aantal rechten van slachtoffers van overeenkomstige toepassing verklaard op nabestaanden. De term slachtoffer in dit onderzoek omvat ook de nabestaanden van degenen die door een strafbaar feit zijn overleden. In het Wetboek van Strafvordering is de rechtspersoon die schade heeft ondervonden gelijkgesteld met een slachtoffer. Een rechtspersoon heeft dus in het strafproces vergelijkbare rechten. Dit onderzoek richt zich primair op natuurlijke personen die als gevolg van een strafbaar feit schade hebben geleden.

Een andere term voor slachtoffer is benadeelde. In het onderzoek zal afwisselend worden gesproken van benadeelde en slachtoffer. Beide begrippen worden door elkaar gebruikt zonder dat een inhoudelijk onderscheid is beoogd. Het is dus niet zo dat onder benadeelde uitsluitend degene wordt begrepen die schade heeft geleden door een onrechtmatige daad, niet zijnde een strafbaar feit. Een benadeelde of een slachtoffer in de terminologie van de aansprakelijkheidsverzekering is degene voor wiens dood, letsel of schade de verzekerde aansprakelijk is.⁶⁵ De term “benadeelde partij” zal in dit onderzoek uitsluitend worden gebruikt ter aandui-

⁶¹ A.C. Zijderveld, ‘De wisselende aandacht voor slachtoffers’, in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*. Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 10.

⁶² Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* 2012, L 315/57.

⁶³ Art. 1 sub a van de Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* 2012, L 315/57.

⁶⁴ In het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn 2012/29/EU tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten wordt dit verschil rechtgetrokken. Het wetsvoorstel houdt mede een wijziging van art. 51a Sv in, welke wijziging erin voorziet dat de term slachtoffer mede de nabestaanden omvat van een persoon wiens overlijden is veroorzaakt door een strafbaar feit, *Kamerstukken I* 2015/16, 34236, p. 2.

⁶⁵ Zie ook de definitie in art. 1:202 sub 4 van de *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL).

ding van het slachtoffer dat zich in het strafproces heeft gevoegd om vergoeding te krijgen van zijn door het misdrijf toegebrachte schade.

Daarnaast is van belang te onderkennen dat slachtoffers regelmatig in meer of mindere mate zelf bijdragen aan (het ontstaan van) het strafbare feit en de daardoor toegebrachte schade. Dit kan bij bepaalde delicten, bijvoorbeeld gevallen van uitgaansgeweld, leiden tot de vraag wie slachtoffer is en wie dader. Civielrechtelijk zal een eigen bijdrage van het slachtoffer aan het ontstaan van de schade in de zin van art. 6:101 BW (“eigen schuld”) zich kunnen vertalen in een verminderde schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke dader.⁶⁶ Dat slachtoffer en daderschap een genuanceerde benadering behoeft, blijkt ook uit onderzoeken naar artsen die door een beroepsfout (psychische) schade kunnen oplopen en in die zin ook aangemerkt kunnen worden als slachtoffer.⁶⁷

Strafbaar feit en misdrijf – Ook deze termen worden in het onderzoek naast elkaar gebruikt. Onder strafbare feiten worden zowel misdrijven als overtredingen begrepen. Een overtreding is een licht strafbaar feit. Het zullen in de regel veelal de misdrijven zijn waarbij persoonschade wordt veroorzaakt en waarbij de in de probleemstelling beschreven situatie zich voordoet dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich beroept op opzet van de verzekerde. Bij misdrijven is in de regel bewijs van opzet nodig. Dit ligt weer anders bij de culpose misdrijven zoals dood door schuld en zwaar lichamelijk letsel door schuld (respectievelijk artt. 307 en 308 van het Wetboek van Strafrecht), en dood door schuld in het verkeer (art. 6 Wegenverkeerswet). Niet valt echter uit te sluiten dat ook bepaalde overtredingen persoonschade veroorzaken, waarbij een beroep op de opzetclausule wordt gedaan. Om die reden strekt het onderzoek zich niet alleen uit tot slachtoffers van misdrijven, maar omvat het ook slachtoffers van overtredingen als gevolg waarvan persoonschade is geleden. Misdrijven tegen indirecte of collectieve slachtoffers (zoals heling, belastingfraude, drugshandel) blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

Schadeveroorzaker, aansprakelijke partij en dader – Deze termen worden in het onderzoek naast elkaar gebruikt. De term dader wordt in het civiele recht niet veel gebruikt. Deze term zal worden gereserveerd voor degene die jegens een benadeelde aansprakelijk is wegens een strafbaar feit.

Verzekeringnemer en verzekerde – Partijen bij een verzekeringsovereenkomst zijn verzekeraar en verzekeringnemer. De verzekerde is volgens art. 7:945 BW degene die ingeval van door hem geleden schade krachtens de verzekering recht heeft op vergoeding. Is dit de verzekeringnemer dan is deze tevens verzekerde. De verzekerde kan ook een ander dan de verzekeringnemer zijn.⁶⁸ Aangesloten wordt bij de definitie van de *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), waarin de verzekerde degene is wiens belang in geval van schade is gedekt onder een schadeverzekering (art. 1:202 sub 1 PEICL).

⁶⁶ Zie uitgebreider over het slachtoffer als “provocateur”: Zijderveld 2003, p. 11.

⁶⁷ Zie in dat verband de documentaire “De dokter onder vuur” (KRO-NCRV), waarin filmmaker Frans Bromet praat met 7 artsen over de fouten die zij hebben gemaakt en het effect dat het heeft gehad op hen. Zie ook de documentaire “In één klap”, waarin Frans Bromet met veroorzakers van verkeersongelukken teruggaat naar de plek waar hun leven voorgoed veranderde.

⁶⁸ Zie over het begrip verzekerde verder: J.H. Wansink, N. Van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX, Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 40.

First party-verzekering en directe verzekering – Deze begrippen worden in het onderzoek door elkaar gebruikt ter aanduiding van de verzekering aan de zijde van het slachtoffer.

Schadebegrip – In dit onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen personenschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Dit zijn geen wettelijke termen, maar zij sluiten wel aan bij de terminologie die in verzekeringsovereenkomsten wordt gebruikt. Onder personenschade wordt verstaan schade wegens letsel of overlijden. Onder letsel wordt zowel lichamelijk als geestelijk letsel verstaan. Bij personenschade gaat het vaak zowel om vermogensschade (als gedefinieerd in art. 6:95 jo art. 6:96 BW) als om ‘ander nadeel’ (vgl. art. 6:95 BW). De wet geeft een aanspraak op vergoeding van ‘ander nadeel’ in art. 6:106 BW. Het gaat hier om vergoeding van immateriële schade, ook wel smartengeld genoemd. Zaakschade betreft de schade wegens beschadiging, vernietiging of verlies van een zaak. Het Burgerlijk Wetboek geeft geen definitie van zuivere vermogensschade. Met zuivere vermogensschade wordt bedoeld de schade die niet bestaat in zaakschade of personenschade. Daarbij kan worden gedacht aan de bedrijfsschade als gevolg van bijvoorbeeld het stilleggen van het productieproces of schade doordat de verzekerde een machine te laat levert.⁶⁹

1.6. Empirie

Polisvoorwaarden - Voor het onderzoek was van belang om ook kennis te nemen van de regels die de rechtsverhouding tussen verzekeringnemer/verzekerde en aansprakelijkheidsverzekeraar beheersen. Deze regels liggen veelal vast in de (gestandaardiseerde) polisvoorwaarden. Dit deel van het onderzoek steunt grotendeels op gegevens die kenbaar zijn uit polisvoorwaarden die openbaar raadpleegbaar zijn via internet. Dit geldt zowel voor onderzoeksdeel A (third party-verzekering) als onderzoeksdeel B (first party-verzekering). De verwijzingen naar voorbeelden van polisvoorwaarden (vooral die betreffende de opzetclausule) getuigen van een zekere willekeur. Met de verwijzingen wordt niet een integrale en uitputtende behandeling van alle in de praktijk voorkomende soorten en modaliteiten van polisclausules gepretendeerd, en ook niet van alle bij dit onderzoek betrokken praktijkvoorbeelden.

Cijfers – Met betrekking tot de vraag wat de omvang is van de personenschade die jaarlijks wordt geleden door slachtoffers van strafbare feiten, steunt het onderzoek primair op (niet openbare) gegevens van het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB). Bij deze cijfers zij bedacht dat deze niet de totale schadeomvang representeren. Het gaat om cijfers die zien op opgelegde schadevergoedingsmaatregelen ten behoeve van de slachtoffers in strafzaken waarin een strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden en het toegewezen gedeelte van de vordering van de benadeelde partij inhoudelijk is behandeld. In deze cijfers is niet begrepen: (i) de schade als gevolg van strafbare feiten ter zake waarvan niet is vervolgd of ter zake waarvan het niet tot een strafrechtelijke veroordeling is gekomen; (ii) de schade die niet in de vordering benadeelde

⁶⁹ Zie over het begrip zuivere vermogensschade in relatie tot de aansprakelijkheidsverzekering: Wansink 2006, p. 26-30.

partij is meegenomen;⁷⁰ (iii) de schade die ziet op het deel van de vordering waarin de benadeelde partij niet-ontvankelijk is verklaard.⁷¹ Daarnaast is het onderzoek gebaseerd op openbaar raadpleegbare en niet openbare gegevens van het Schadefonds Geweldsmisdrijven.⁷² Cijfers met betrekking tot de verzekeringsdichtheid van de aansprakelijkheidsverzekering zijn eveneens gebaseerd op openbaar raadpleegbare gegevens.⁷³ Datzelfde geldt voor de gegevens over de kenmerken van de groep onverzekerden/wanbetalers in het kader van de ziektekostenverzekering en de WAM, evenals voor de gegevens omtrent het daderprofiel bij gewelds- en zedenmisdrijven. Daarnaast zijn onder meer de landelijke slachtofferenquêtes geraadpleegd, de Politiemonitor en het Letsel Informatie Systeem (LIS).

1.7. Onderzoeksopzet en leeswijzer

Het onderzoek behelst een rechtstheoretische studie van het Nederlands rechtssysteem en daarnaast een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vraag of in andere Europese landen het slachtoffer van een misdrijf verhaalsmogelijkheden heeft via het private verzekeringsrecht. Voor delen A en B is bovendien empirisch onderzoek gedaan, naar reeds op de markt beschikbare first party-verzekeringproducten voor misdrijfschade, naar de verzekeringsdichtheid van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren en naar de omvang van persoonschade door misdrijven. Over een concept van het onderzoeksrapport heeft een begeleidingscommissie van gedachten gewisseld tijdens een ronde-tafelbijeenkomst. In de begeleidingscommissie hebben representanten zitting gehad uit de rechterlijke macht, de wetenschap, de advocatuur, het Ministerie van Veiligheid en Justitie, het Fonds Slachtofferhulp en het Verbond van Verzekeraars.⁷⁴

Het onderzoek valt uiteen in twee delen. In deel A staat het schadeverhaal via een directe actie van het slachtoffer op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader centraal, zonder dat deze verzekeraar zich jegens het slachtoffer erop kan beroepen dat de veroorzaker de schade opzettelijk heeft toegebracht. In dit deel wordt ook de verbetering van de regres- en incassopositie van de aansprakelijkheidsverzekeraar via voeging in de strafprocedure onderzocht. In deel B staat het schadeverhaal via de first party-verzekering centraal. Het onderzoek behelst in beide delen een rechtstheoretische studie van het Nederlands rechtssysteem. Daarbij is voor deel A de algemene aansprakelijkheidsverzekering bestudeerd vanuit het perspectief

⁷⁰ In de praktijk blijkt regelmatig te worden geanticipeerd op een niet-ontvankelijkverklaring door de strafrechter van een benadeelde partij, door alleen de schade die eenvoudig te begroten is in de vordering te betrekken. Juist de meest omvangrijke schadeposten, zoals verlies van arbeidsvermogen en derving levensonderhoud blijven bij een dergelijke anticipatie buiten het zicht van de strafrechter.

⁷¹ In de cijfers van het CJIB is geen onderscheid gemaakt tussen de aanvankelijke vordering van de benadeelde partij en het door de strafrechter toegewezen bedrag.

⁷² Cijfers uit de gepubliceerde jaarverslagen van het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

⁷³ Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van Cijfers 2016*.

⁷⁴ Prof. mr. A.J. Akkermans (hoogleraar Vrije Universiteit Amsterdam); prof. mr. Y. Buruma (raadsheer Hoge Raad der Nederlanden, bijzonder hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen); mr. F. van der Woude (advocaat Kennedy Van der Laan); drs. G.P. Hoekendijk (senior beleidsmedewerker Ministerie V&J); mr. M. Beugel (Verbond van Verzekeraars); drs. C. Contino (hoofd beleid en programma's bij Fonds Slachtofferhulp).

van de slachtofferbeschermende functie van deze verzekering (hoofdstuk 2). Vervolgens zijn de instrumenten geïnventariseerd die het algemene vermogensrecht en het verzekeringsrecht bieden ter verbetering van het schadeverhaal van slachtoffers (hoofdstuk 3). Daarbij is ook beschreven welke verzekeringsrechtelijke instrumenten in reeds bestaande wetgeving worden ingezet ten behoeve van een adequaat schadeverhaal voor slachtoffers. In dat verband is zowel gekeken naar de inzet van deze instrumenten in de WAM als buiten de WAM. Verder is een studie gedaan naar de argumenten die ten grondslag hebben gelegen aan de inzet van het verzekeringsrechtelijk instrumentarium in de WAM. In de daaropvolgende hoofdstukken zijn drie van de vijf instrumenten aan een nadere juridische analyse onderworpen, namelijk de directe actie en het eigen recht (hoofdstuk 4), het verweermiddelenverbod (hoofdstuk 5) en de verzekeringsplicht (hoofdstuk 6). Met betrekking tot het verweermiddelenverbod (in het bijzonder de niet-tegenwerpelijkheid van opzet aan het slachtoffer) en de verzekeringsplicht zijn de argumenten geïnventariseerd en beoordeeld die pleiten tegen een uitbreiding van deze instrumenten naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Van het verbod tot tegenwerpen van opzet is bovendien onderzocht of de inzet daarvan ten behoeve van slachtoffers van misdrijven wordt belemmerd door juridische of moreel-ethische bezwaren.

In hoofdstuk 7 is verslag gedaan van het rechtsvergelijkend onderzoek naar de vraag of in andere Europese landen het slachtoffer van een misdrijf verhaalsmogelijkheden heeft via het private verzekeringsrecht. In dat kader zijn de rechtsstelsels van vier Europese landen diepgaand onderzocht.⁷⁵ Het rechtsvergelijkend onderzoek in Frankrijk is uitgevoerd en beschreven door prof. mr. C. van Schoubroeck, hoogleraar Verzekeringsrecht aan de KU Leuven. Aan de rechtsvergelijking is een *quick scan* voorafgegaan naar het verzekeringsrecht in vijftien Europese landen en Australië. In hoofdstuk 8 worden vanuit verschillende perspectieven de gevolgen belicht van de invoering van een wettelijk verbod op het aan het slachtoffer tetenwerpen van opzet. Ook komt in dit hoofdstuk aan bod wat de rechtvaardiging is van de allocatie van misdrijfschade via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Deze vraag is mede beoordeeld in het licht van het beginsel van de corrigerende en distributieve rechtvaardigheid. In hoofdstuk 9 zijn enkele mogelijkheden beschreven die de schade- en incassolast van verzekeraars kunnen beperken indien de niet-tegenwerpelijkheid van opzet wordt uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Eén van die mogelijkheden is de verbetering van de regrespositie van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, welke mogelijkheid in hoofdstuk 10 verder wordt uitgediept. Meer in het bijzonder is in dit hoofdstuk onderzocht welke mogelijkheden en argumenten er zijn om de verworvenheden die het strafrechtstelsel kent ten behoeve van het primaire slachtoffer (voeging, schadevergoedingsmaatregel, conservatoir beslag, incasso via CJIB en de voorschotregeling) ook in te zetten om de regres- en incassopositie van de verzekeraar ten opzichte van de dader te versterken.

In deel B staan de hoofdstukken 11 en 12 in het teken van schadeverhaal via de first party-verzekering aan de kant van het slachtoffer. Na een beschrijving van de belangrijkste kenmerken van de directe schadeverzekering, volgt aan de hand van enkele gezichtspunten een beoordeling van de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, deze verzekeringsvorm een

⁷⁵ Het gaat om de landen België, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland.

effectieve manier van schadeverhaal biedt voor slachtoffers van misdrijven. Daarbij is ook aandacht besteed aan de denkbare modaliteiten voor een dergelijke verzekering, ook vanuit het doel om een zo groot mogelijke verzekeringsdichtheid daarvan te bewerkstelligen.

A Effectief schadeverhaal via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader

2. Aansprakelijkheidsverzekering en slachtofferbescherming

2.1. Inleiding

Aansprakelijkheidsverzekeringen leveren een belangrijke bijdrage aan het effectueren van materiële normen uit het aansprakelijkheidsrecht. De aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de kant van de schadeveroorzaker betekent immers in de meerderheid van de gevallen dat de schade daadwerkelijk wordt vergoed, hetgeen in het belang van het slachtoffer is. Ook de veroorzaker heeft belang bij een aansprakelijkheidsverzekering. Omdat de schade door de verzekering wordt gespreid over de hele premiebetalende groep gedurende langere tijd, belast de schadeclaim niet het individuele vermogen van de veroorzaker.¹ Dat de aansprakelijkheidsverzekering een belangrijk instrument is om maatschappelijk wenselijk geachte schadeverdeling tot stand te brengen, wordt al geruime tijd onderkend.² Het wentelt immers niet alleen het risico van de individuele verzekerde af op de collectiviteit, maar het zorgt er daarmee ook voor dat de nadelige financiële gevolgen die het slachtoffer ondervindt van een gebeurtenis waarvoor iemand anders aansprakelijk is, niet (alleen) voor zijn rekening blijven. De aansprakelijkheidsverzekering biedt het slachtoffer een “solvabele crediteur en daarmee een reële vergoedingskans”.³ “Verzekerde aansprakelijkheid” is, in de woorden van Wansink, een “perfecte vorm van georganiseerde gespreide verantwoordelijkheid.”⁴

Dat de aansprakelijkheidsverzekering een effectieve manier is om de schade van de benadeelde te compenseren, blijkt uit de dagelijkse praktijk van afwikkeling van schade die voortkomt uit arbeidsongevallen, medische fouten en verkeersongevallen. Afwikkeling van deze schades geschiedt in 95% van de gevallen buitengerechtelijk, in minnelijk overleg tussen de verzekeraar en de (belangenbehartiger van de) benadeelde. Op de benadeelde rust in die gevallen geen proces- en incassolast, terwijl hij weet dat de aansprakelijke partij vanwege diens aansprakelijkheidsverzekering over voldoende vermogensbestanddelen beschikt om zijn schade

¹ C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, nr. 175; T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, ‘De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: Privaatrechtelijke aspecten’, in: R. van den Bergh e.a., *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid. Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990, p. 60-61 en noot 30, waarin zij terecht opmerken dat de spreidingsmogelijkheid van verzekeringen weer teniet wordt gedaan door subrogatie, regres en overige verhaalsacties op het vermogen van de individuele schadeveroorzaker.

² Aldus ook A.Ch.H. Franken, ‘Schadeverzekering en schadevergoeding’, in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en Maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 147, met verwijzing naar: T. Hartlief, ‘Klassieken van het Nederlands Privaatrecht: Verzekering en aansprakelijkheidsrecht van H. Drion’, *NTBR* 2000-1, p. 11 e.v.; A.R. Bloembergen, ‘De invloed van verzekeringen’, *NJB* 1980, p. 174 e.v., alsmede N. Frenk, ‘De directe schadeverzekering als vervanging van aansprakelijkheid’, *NJB* 1999 (32), p. 1547 e.v.

³ T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 7. Zie ook: Hartlief & Tjittes 1990, p. 60.

⁴ J.H. Wansink, ‘Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?’, in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 414.

daadwerkelijk vergoed te krijgen. Onder die vermogensbestanddelen bevindt zich immers een vorderingsrecht van de aansprakelijke partij op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar tot uitkering van de schadepenningen. De aansprakelijkheidsverzekering vervult derhalve een cruciale rol in het schadevergoedingsrecht en in het effectueren van slachtofferbescherming.

Om die reden wordt in dit hoofdstuk de aansprakelijkheidsverzekering aan een nader onderzoek onderworpen vanuit het oogpunt van de betekenis ervan voor het schadevergoedingsrecht en het schadeverhaal van slachtoffers. Hieronder volgen eerst enkele gedachten over het begrip “slachtofferbescherming” in relatie tot de compensatie- en genoegdoeningsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht (par. 2.2). Na een beschrijving van het karakter van de aansprakelijkheidsverzekering in par. 2.3, behelst par. 2.4 een analyse van de (rechts)verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij. Vervolgens zal in par. 2.5 de functie die de aansprakelijkheidsverzekering in de maatschappij vervult, worden beschreven, in par. 2.6 gevolgd door de gewijzigde maatschappelijke opvattingen daarover. Ten slotte wordt in par. 2.7 aan de hand van empirische gegevens toegelicht dat een belangrijk deel van de effectiviteit van schadeverhaal via de aansprakelijkheidsverzekering is toe te schrijven aan de omstandigheid dat bijna iedereen in Nederland beschikt over een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid.

2.2. Slachtofferbescherming, compensatie en genoegdoening

Slachtofferbescherming begint met een goed werkend systeem van aansprakelijkheidsrecht, waarbij de functies van het civiele aansprakelijkheidsrecht optimaal worden benut. Voor het object van dit onderzoek zijn in het bijzonder de functies van genoegdoening en compensatie (schadevergoeding of herstel) van belang. Deze twee functies zullen vaak samenvallen. Vergoeding van schade aan een slachtoffer zal in de regel immers voor de benadeelde ook (een vorm van) genoegdoening meebrengen. Het omgekeerde geldt ook: indien onrechtmatig veroorzaakte schade onvergoed blijft, zal “met de compensatiefunctie ook de genoegdoeningsfunctie in het gedrang komen.”⁵ Vooral als het gaat om personenschade, schade wegens letsel en overlijden, is dat extra ingrijpend.⁶ Het ligt voor de hand dat onvergoede schade nog harder aankomt als deze met opzet is toegebracht. Om deze redenen sluit ik mij aan bij de stelling van Du Perron in zijn preadvies voor de NJV in 2003, waarin hij bepleitte dat “de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht vereist dat bij opzet en, eventueel, bewuste roekeloosheid, wordt gestreefd naar een vergoeding van de materiële en immetariële schade die het werkelijke nadeel zoveel mogelijk benadert.”⁷ Alleen dan wordt immers het hoofddoel van het aansprakelijk-

⁵ Du Perron 2003, p. 115.

⁶ Personenschade wordt beschouwd als de meest ingrijpende vorm van schade, omdat de lichamelijke en psychische integriteit van de benadeelde op fundamentele wijze is aangetast. Het is om die reden dat het recht benadeelden met personenschade een bevoorrechte positie toekent. Vgl. in dat verband art. 6:98 BW, op grond waarvan bij personenschade een ruime toerekening plaatsvindt van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. Ook schade die buiten de normale lijn der verwachting ligt, komt voor vergoeding in aanmerking. Ook valt te denken aan art. 6:163 BW, waar in het kader van de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming van de geleden schade, belang wordt gehecht aan de soort schade. Vgl. HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012; NJ 2006, 281, m.nt. Hijma (Duwbak Linda).

⁷ Du Perron 2003, p. 161.

heidsrecht bereikt, dat neerkomt op, in de woorden van Lindenbergh, het “handhaven van door het (vermogens)recht geformuleerde aanspraken”.⁸ Het private verzekeringsrecht kan bij die handhaving een belangrijke rol vervullen.

2.3. Karakter algemene aansprakelijkheidsverzekering

Naar zijn aard dekt de aansprakelijkheidsverzekering de schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt indien hij tegenover de benadeelde tot schadevergoeding is gehouden.⁹ De aansprakelijkheidsverzekering wordt dan ook gerangschikt onder de schadeverzekeringen, die ten doel hebben de vergoeding van de door de verzekerde schade te vergoeden.¹⁰ Het verzekerd risico dat in de particuliere AVP-polis centraal staat, is de aansprakelijkheid van de verzekerde in zijn hoedanigheid van particulier voor door derden geleden schade. Het gaat met andere woorden om het aansprakelijkheidsrisico als particulier, ter afbakening van de aansprakelijkheid die verband houdt met het uitoefenen van een beroep of bedrijf.¹¹ Het betreft een ‘open’ basisdekking voor ‘de aansprakelijkheid voor geleden schade.’¹² De meeste AVP-polissen kennen een verzekeringstechnische begrenzing van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Deze wordt beperkt tot personenschade en zaakschade.

Het eigen karakter van de aansprakelijkheidsverzekering brengt mee dat de verzekeraar een uitkeringsverplichting heeft jegens de verzekerde zodra de verzekerde aan derden schade berokkent, die de verzekerde op grond van de wet of de overeenkomst moet vergoeden. Dat het bestaan van de vergoedingsplicht pas later wordt vastgesteld, doet aan het ontstaan van de uitkeringsverplichting niet af. Is de aansprakelijkheid vastgesteld dan wordt aangenomen dat de verzekerde op het moment van de onrechtmatige daad vermogensschade heeft geleden, ten gevolge waarvan op datzelfde moment het verzekerde risico is verwezenlijkt.¹³

2.4. De verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar

2.4.1. De verhouding zonder directe actie of eigen recht

Het uitgangspunt bij de algemene aansprakelijkheidsverzekering is dat de benadeelde alleen de aansprakelijke partij kan aanspreken tot vergoeding van de schade. Het slachtoffer kan niet rechtstreeks naar de aansprakelijkheidsverzekering van de dader. Stel: een slachtoffer wordt mishandeld door een dader met letsel tot gevolg. De dader heeft bij een verzekeraar een aan-

⁸ Lindenbergh kenschetst het hele aansprakelijkheidsrecht als zodanig als een kwestie van slachtofferbescherming: S.D. Lindenbergh, ‘Slachtofferbescherming: beginsel of rode draad?’, in: J. Spier en W.A.M. van Schendel, *Schadevergoeding: een eeuw later. Opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 100.

⁹ Wansink 2006, p. 425; J.E.M. Lippmann, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid*, (diss. Leiden), Den Haag: Van Stockum 1951, p. 11 en 44.

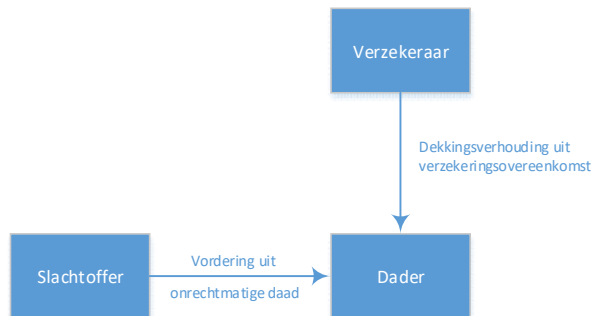
¹⁰ J. Den Dulk, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid en verplichte verzekering van motorrijtuigen* (diss. Amsterdam UvA) 1929, p. 6.

¹¹ Wansink 2006, p. 89.

¹² Wansink 2006, p. 13.

¹³ C.P. Robben, *De action directe en de wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 1993, p. 21-22.

sprakelijkheidsverzekering gesloten. Er bestaan nu twee vorderingen: (i) de vordering van het slachtoffer op de dader en (ii) de vordering van de dader op zijn verzekeraar. Schematisch ziet die verhouding er als volgt uit:



Het slachtoffer staat buiten de rechtsverhouding tussen de dader en diens verzekeraar. Het slachtoffer is geen partij bij de overeenkomst en hij kan evenmin worden beschouwd als een verzekerde derde in de zin van art. 7:947 BW. De dader is de verzekerde en hij is degene die aanspraak kan maken op de verzekeringspenningen. Algemeen wordt aangenomen dat de aard van de verzekering ook niet toelaat dat in de polis impliciet een beding wordt gelezen op grond waarvan de verzekeraar zich tegenover de verzekerde verbindt tot enige prestatie tegenover de benadeelde in de zin van art. 6:253 lid 1 BW (derdenbeding).¹⁴ Het slachtoffer kan zich zonder andersluidende wettelijke of contractuele bepaling niet rechtstreeks tot de verzekeraar van de dader wenden met zijn schadevergoedingsvordering.¹⁵ De Hoge Raad heeft voor het recht dat gold voor de invoering van de directe actie, waarover hierna meer, herhaaldelijk bevestigd dat de benadeelde geen rechtstreekse aanspraak op de verzekeringspenningen kan doen gelden.¹⁶ Wel is het, op grond van een in de AVP-polis standaard opgenomen bepaling, al jarenlang een bestaande praktijk dat de verzekeraar de schade van de dader rechtstreeks aan de benadeelde uitkeert en de schade rechtstreeks met de benadeelde mag afwikkelen.¹⁷ Inmiddels is door de Hoge Raad bevestigd dat een dergelijke bepaling wordt beschouwd als een recht van de verzekeraar om direct, zonder tussenkomst van de verzekerde, met de benadeelde af te wikkelen. Het betreft geen verplichting van de verzekeraar waaraan de derde (de benadeelde) een vorderingsrecht als bedoeld in art. 6:253 lid

¹⁴ Wansink 2006, p. 425; N.L.C. Fonkert, *Beschouwingen over de wetgeving op de verzekeringsovereenkomst* (diss. Leiden), 's Gravenhage: Nijhoff 1950, p. 304-305; Lippmann 1951, p. 24. Anders: B. Wachter, *RM Themis* 1962, p. 354.

¹⁵ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 595; H.A. Bongers, *Algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering*, Amsterdam: De Bussy 1964, p. 248; Wansink 2006, p. 425; Den Dulk 1929, p. 34; Lippmann 1951, p. 24.

¹⁶ HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 794, m.nt. G. Later heeft de Hoge Raad dit bevestigd in HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 397 (Van Noort/Centraal Beheer) en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 189. Zie voor de lagere rechtspraak: Rb. Amsterdam 20 januari 1993, *VR* 1994, 158. Zie ook Hof Leeuwarden 28 februari 2001, *NJ* 2001, 676, waarin werd geoordeeld dat geen vereenzelviging mogelijk is van de aansprakelijke partij met diens aansprakelijkheidsverzekeraar op de grond dat de verzekeraar zich met de afwikkeling van de schade heeft bezighouden.

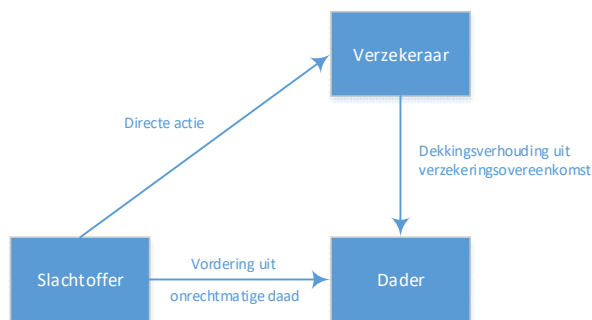
¹⁷ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 596.

1 BW (derdenbeding) kan ontlenen.¹⁸ Ook deze polisbepaling biedt de benadeelde dus geen mogelijkheid de verzekeraar rechtstreeks aan te spreken.

De slotsom is dat het slachtoffer alleen rechtstreeks de verzekeraar zou kunnen aanspreken, als de dader de vordering op zijn verzekeraar aan het slachtoffer overdraagt of verpand, of als een wettelijke bepaling het slachtoffer het recht geeft zich met zijn schadevergoedingsvordering rechtstreeks tot de verzekeraar te wenden. Een dergelijke wettelijke bepaling is op 1 januari 2006 voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering ingevoerd voor slachtoffers met schade wegens letsel of overlijden (art. 7:954 BW).

2.4.2. De verhouding met directe actie of eigen recht

De invoering van de directe actie heeft voor de groep slachtoffers met schade wegens letsel of overlijden veel verandering gebracht. Waar deze slachtoffers zonder directe actie voor de vergoeding van hun schade afhankelijk waren van het vermogen van de aansprakelijke partij, stelt de directe actie hen in staat over de dader heen, diens verzekeraar tot betaling aan te spreken. Er ontstaat hierdoor een driehoeksverhouding, die als volgt kan worden weergegeven. Waar er in de situatie zonder de directe actie twee verhoudingen bestaan, zijn dat er drie in de situatie met directe actie.



De directe actie geldt alleen voor slachtoffers met schade wegens letsel of overlijden. Voor slachtoffers met alleen zaakschade of zuivere vermogensschade geldt de situatie in de in paragraaf 2.4.1 weergegeven figuur: zij kunnen niet rechtstreeks de verzekeraar van de dader tot vergoeding aanspreken. Wel hebben zij bij faillissement van de verzekerde een voorrecht op de verzekeringspenningen (art. 3:287 BW), waarover nader in par. 3.3.¹⁹ De directe actie is door de toenmalige Minister van Justitie gerechtvaardigd door te wijzen op de onverbreekelijke band die bestaat tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde enerzijds en de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar anderzijds.²⁰ Ook Den Dulk heeft op deze samenhang gewe-

¹⁸ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:308. Zie ook de conclusie van A-G Van Peursem voor dit arrest: ECLI:NL:PHR:2016:1322, alinea's 2.4-2.9. Zoals ook door Den Dulk en Lippmann is opgemerkt: Den Dulk 1929, p. 11; Lippmann 1951, p. 173-174.

¹⁹ A.J.J.G. Schijns, 'Waar blijven de verzekeringspenningen?', *Verzekeringsblad* 2009, p. 47.

²⁰ *Kamerstukken II* 1999/00, 19529, nr. 5, p. 32 (Nota van Wijziging); Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 594.

zen. “Juridisch staan de vordering van den benadeelde tegen den verzekerde en die van de verzekerde tegen den verzekeraar geheel naast elkander, maar er is toch een oorzakelijk verband tusschen deze vorderingen in dezen zin, dat de laatste zonder de eerste niet bestaat,” aldus Den Dulk.²¹ In hoofdstuk 4 wordt de directe actie nader toegelicht.

2.5. Functie van de algemene aansprakelijkheidsverzekering

Een definitie van een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid ontbreekt in de wet. Art. 246 Wetboek van Koophandel (oud) gaf een omschrijving van de schadeverzekeringsovereenkomst in het algemeen, zijnde een overeenkomst ‘bij welke de verzekeraar zich aan den verzekerde, tegen genot eener premie, verbindt om denzelven schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, welke dezelve door een onzeker voorval zoude kunnen lijden.’ In het sinds 2006 geldende verzekeringsrecht (titel 7.17 BW) is evenmin een definitie opgenomen van de aansprakelijkheidsverzekering. Lippmann geeft als definitie van de aansprakelijkheidsverzekering een “verzekering tegen de mogelijkheid, dat de verzekerde zijn vermogen ziet aangetast, doordat derden hem aansprakelijk stellen voor schaden, welke zij geleden hebben door onrechtmatig handelen of nalaten van de verzekerde.”²² Bongers hanteert een ruime definitie van de aansprakelijkheidsverzekering als een verzekering die beoogt “van de verzekerde af te wentelen het risico, dat hij door schuldverbintenissen jegens derden zijn vermogen ziet verminderen.”²³

Waar de wetgever de aansprakelijkheidsverzekering niet heeft gedefinieerd, heeft hij hem wel een plaats gegeven in de afdeling betreffende de schadeverzekering (titel 7.17 afdeling 2 BW). De aansprakelijkheidsverzekering strekt tot vergoeding van de vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden als gevolg van het ontstaan van een schuld tegenover een derde door een onzeker voorval.²⁴ Er wordt met andere woorden een schuld toegevoegd aan zijn vermogen. Mensen verzekeren zich om de financiële gevolgen van deze schuld niet zelf te hoeven dragen maar deze af te wentelen op een verzekeraar. De aansprakelijkheidslast wordt daardoor draaglijk.²⁵ Een aansprakelijkheidsverzekering wordt in beginsel dan ook gesloten met het oog op eigen belangen.²⁶

Het indekken van de laedens tegen financiële risico’s was aanvankelijk de meest op de voorgrond tredende, doch echter niet de enige functie van de aansprakelijkheidsverzekering. Waar een laedens is, is immers tevens een gelaedeerde die schadeloos dient te worden gesteld. De tweede functie van de aansprakelijkstelling is dan ook een meer sociale functie: de schadeloosstel-

²¹ Den Dulk 1929, p. 36-37.

²² Lippmann 1951, p. 22.

²³ Bongers 1964, p. 11.

²⁴ T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*: Zwolle 1967, p. 502; T.J. Dorhout Mees, *Verzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929, p. 353.

²⁵ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 1.

²⁶ Zoals werd overwogen in Rb. Amsterdam 26 januari 1968, *NJ* 1969, 189 m.nt. GJS, en AA 1969, p. 185: “...dat in het algemeen W.A.-verzekeringen uit welbegrepen eigen belang in plaats van uit zorg voor onbekende derden worden gesloten. Dat de veiligstelling van de belangen van derden een keerzijde van dezelfde munt is, betekent nog niet dat deze als even belangrijk, of zelfs belangrijker wordt beschouwd.”

ling van de benadeelde.²⁷ In de jaren 1980-1990 heerste nog de opinie dat deze functie ondergeschikt moest blijven aan de primaire functie van bescherming van het vermogen van de verzekerde.²⁸ De ontwikkeling naar een andere kijk op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering was echter niet tegen te houden. Onder invloed van slachtofferbeschermende ontwikkelingen is de sociale functie steeds meer op de voorgrond komen te staan.²⁹ In de woorden van Hartlief, leven wij in een tijd

“waarin algemeen wordt onderschreven dat het instituut aansprakelijkheidsverzekering een substantiële rol vervult bij de vergoeding van schade in de maatschappij. Wat dat betreft is onze kijk op aansprakelijkheidsverzekeringen drastisch veranderd.”³⁰

In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op die verandering, die past in een internationale tendens.

²⁷ Zie ook Spier in zijn conclusie voor HR 1 maart 2013, *RvdW* 2013, 342, ECLI:NL:HR:2013:BY6786, alinea 4.1, waarin hij heeft opgemerkt: “Naar gangbare inzichten heeft een aansprakelijkheidsverzekering (mede) een maatschappelijke functie, des dat zij de aansprakelijke in staat stelt om de door hem onrechtmatig toegebrachte schade aan de benadeelde(n) te vergoeden. Aangenomen mag worden dat deze strekking Uw Raad er in een aantal hierna te bespreken arresten toe gebracht heeft om de opzetclausule in dergelijke verzekeringen zo uit te leggen dat benadeelden niet spoedig in de kou (kunnen) komen te staan.”

²⁸ Zo was van Eijk-Graveland gekant tegen deze ontwikkeling omdat de slachtofferbeschermende functie voorbij gaat aan het karakter van een schadeverzekering. In *Trouw* van 15 mei 1999 merkte zij daarover het volgende op: “De verzekeraar heeft juridisch gezien niets met het slachtoffer te maken. Hij heeft immers geen contract met hem. Een aansprakelijkheidsverzekering is er niet allereerst om genoegdoening van het slachtoffer te bewerkstelligen”, J.C. van Eijk-Graveland, ‘Schadeverzekering biedt slachtoffer geen genoegdoening’, *Trouw* 15 mei 1999. In dezelfde zin: J.C. van Eijk-Graveland, ‘Opzet en aansprakelijkheidsverzekering’, *Vrb* 1999, p. 65. Ook de Studiecommissie Opzet was kritisch toen zij in 1980 nadacht over een opzetclausule voor de AVP: “Er bestaat een zekere neiging bij aansprakelijkheidsverzekering niet de vermogenspositie van de verzekerde, maar de positie van het slachtoffer voorop te stellen. De aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren is echter, anders dan de aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen op grond van de WAM, niet primair gericht op bescherming van derden”, zie: *Verbond van Verzekeraars, Rapport van de Studiecommissie Opzet*, ‘s Gravenhage: Verbond van Verzekeraars in Nederland 1980, p. 13.

²⁹ Deze ontwikkelingen hebben niet alleen invloed gehad binnen het verzekeringsrecht. Ook het strafrecht is geconfronteerd met een ontwikkeling waarbij het slachtoffer een steeds grotere rol is gaan innemen. Van een primair dadergericht strafproces waar de benadeelde partij nauwelijks een rol vervulde, is het slachtoffer daar nu niet meer uit weg te denken. Of het strafrecht de juiste plaats is om de positieversterking van het slachtoffer door te voeren, lopen de meningen uiteen. Zie in kritische zin over deze ontwikkeling onder meer: Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 17 en 38; Y. Buruma ‘De derde in het strafprocesrecht’, *AA* 1997, p. 103; Buruma 1994, p. 230-231. Zie ook Pompe in zijn noot onder HR 5 oktober 1965, *NJ* 1966, 292, waarin hij heeft opgemerkt dat “overheersing van het strafproces door privaatrechtelijke, soms ingewikkelde, geschillen, mij ook een gevaar [lijkt] voor een bevredigende oplossing”. Kwakman probeert een aantal theorieën te verenigen: N.J.M. Kwakman, ‘De mateloosheid van de solidariteit: het onvermijdelijke gevolg van een slachtoffergericht strafproces met het vanouds dadergerichte strafrecht’, *RM Themis* 1999, p. 182-193.

³⁰ T. Hartlief, ‘Het verzekeringsrecht in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht’, *A&V* 2000/5, p. 95, met verwijzing naar J.H. Wansink, ‘De aansprakelijkheidsverzekering onder het regime van het NBW (Boeken 3,5 en 6)’, in: *(Nieuw) BW en personenschade*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1992, Lelystad: Vermande 1992, p. 5-26.

2.6. Veranderde maatschappelijke opvattingen over de functie van de aansprakelijkheidsverzekering

Voor de centrale vraag in dit onderzoek, namelijk of het private verzekeringsrecht van betekenis kan zijn voor de verbetering van de verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven, is de veranderde opvatting over de aansprakelijkheidsverzekering van wezenlijk belang. De principiële bezwaren die zijn geuit tegen het verhaal van misdrijfschade via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader, moeten in het licht van deze veranderde opvatting worden beschouwd. De geuite bezwaren komen erop neer dat een wettelijk verbod om opzet tegen te werpen aan het slachtoffer, betekent dat opzet verzekerd wordt. Dit zou in moreel opzicht niet verantwoord zijn. Bedacht moet worden dat dit principiële bezwaar onder meer nauw samenhangt met een traditioneel perspectief op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering. Dit perspectief is de laatste decennia sterk veranderd, hetgeen in deze paragraaf wordt toegelicht.³¹ Bezielt men de in dit onderzoek voorliggende vraagstelling vanuit de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering, dan zal het antwoord op de vraagstelling eerder bevestigend zijn dan wanneer men het vraagstuk benadert vanuit het meer traditionele perspectief waarin de aansprakelijkheidsverzekering vooral de belangen van de verzekerde dient. Lippmann heeft het belang van dit perspectief voor de vraag of de inzet van verzekeringsrechtelijke instrumenten gerechtvaardigd zijn in de algemene aansprakelijkheidsverzekering, in zijn proefschrift uit 1951 op treffende wijze verwoord:

“Wil men zich een oordeel vormen over de wenselijkheid van de verschillende voorgedragen mogelijkheden, dan doet men goed, uit te gaan van een bepaalde zienswijze over de maatschappelijke betekenis van de W.A.-verzekering. Al naar gelang men immers dit maatschappelijk belang voornamelijk ziet in de beveiliging van de verzekerde, dan wel in die van de getroffenene, zal men het minder of meer als een gebrek voelen, wanneer de schadepenningen tenslotte niet bij laatstgenoemde belanden.”³²

Kiest men de zienswijze dat het belang van de verzekering voornamelijk ziet op de bescherming van de getroffenene, dan kan dat in de visie van Lippmann meebrengen dat in de toekomst ook in gevallen van opzettelijke schadeveroorzaking de benadeelde een verzekeringsuitkering krijgt:

“Reeds in het begin van het eerste hoofdstuk wees ik op het probleem, waarbij ik in het oog liet vallen, dat dit voor een groot deel een kwestie van uitgangspunt is. Men wil hier datgene, wat ik als bijkomend gevolg kenschetste, zoveel mogelijk vervolmaken. Bij de behandeling van het verzekeren van ‘opzet’ kwam ik hierop terug en schreef, dat het “juist nu de ontwikkeling blijkt te gaan in een richting, waarbij het veiligstellen van de derde steeds meer op de voorgrond treedt, geenszins als uitgesloten moet worden beschouwd, dat op een gegeven ogenblik dit benijdenswaardige belang zozeer de overhand zal hebben gekregen, dat de onzedelijkheid van de positie van verzekerde er door zal worden overschaduwd”, waaraan ik toevoegde dat

³¹ Bovendien zal hierna in par. 5.3.2 tot en met 5.3.4 blijken dat het verweermiddelenverbod niet leidt tot het “verzekeren van opzet” en evenmin in strijd komt met de openbare orde en goede zeden.

³² Lippmann 1951, p. 213.

dit zeer wel mogelijk zou zijn, indien de derde rechtstreeks gaat optreden in een rechtsfiguur waaraan ook verzekeraar en verzekerde deelnemen.”³³

De in par. 2.4.2 opgenomen figuur illustreert dat deze rechtsfiguur, waarin verzekerde, verzekeraar en benadeelde in een driehoeksverhouding tot elkaar staan, op dit moment reeds in het algemene aansprakelijkheidsrecht is geïncorporeerd. Lippmann heeft zijn bespiegeling over de toekomstige ontwikkelingen bij een verdere accentverschuiving in de richting van de benadeelde, vooraf laten gaan door de signalering dat de doelstelling van de aansprakelijkheidsverzekering (reeds eind jaren 1940) aan verandering onderhevig is:

“Doelstelling i.v.m. positie van verzekeraar t.a.v. derden; verschuiving van accent. Het is hier de plaats om even nader in te gaan op de zojuist genoemde doelstelling. Naarmate in de loop van de jaren de sociale instelling van de maatschappij en van de wetgever in het bijzonder is gegroeid, is het feit, dat degene, die zelf de schade had geleden, uiteindelijk ook schadeloos werd gesteld, hetgeen aanvankelijk als een bijkomstig gevolg van de aansprakelijkheidsverzekering werd gezien, veel sterker op de voorgrond gaan treden. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid, dat het aanvankelijk gevolg door zijn gunstige werking mede tot doel werd uitgeroepen, hetgeen tot uitdrukking komt in de plaatselijk met succes bekroonde pogingen tot het invoeren van een mogelijkheid voor de getroffene om de verzekeraar van degeen, die de schade had toegebracht, zelf direct aan te spreken, en zelfs tot verplichte W.A.-verzekering, dit laatste vooral bij motorrijtuigen.”³⁴

Ook Bongers benadrukte in zijn boek over de aansprakelijkheidsverzekering in 1964 reeds het sociale belang van de aansprakelijkheidsverzekering en voorspelde dat het recht van de derde (de benadeelde) in steeds verdergaande vorm formeel juridische erkenning zal krijgen:

“Het aansprakelijkheidsrisico bedreigt een ieder elk ogenblik en tegen de mogelijke financiële gevolgen daarvan is bijna niemand voldoende opgewassen. Daardoor is de WA-verzekering voor ieder gewenst en voor nagenoeg allen onmisbaar. Een andere kant van de zaak. De onmacht van de meesten onzer om schade van enige omvang uit eigen middelen te vergoeden doet derden-benadeelden – en niet zelden voor hun gehele economische existentie – afhankelijk zijn van het verzekerd-zijn van de schadeveroorzaker. Dit sociale belang van de WA-verzekering schept een extra obligo voor de assuradeuren, die bij schaderegelingen zelfs bij redactie van de polis de belangen van derden-gelaedeerden niet meer buiten beschouwing mogen laten. Wezenlijk is voor deze laatsten de WA-verzekering geen res inter alias meer. Eén stap verder, en het recht van de derde vindt ook formeel juridisch erkenning in gematigde vorm door toekenning van een privilege op de schadepenningen, krachtiger door toekenning van een rechtstreekse vordering op de assuradeur, het meest volkomen door een wettelijke plicht tot het sluiten van een WA-verzekering, zulks in den regel in combinatie met een der eerder genoemde vormen”³⁵ [onderstrepingen toegevoegd].

³³ Lippmann 1951, p. 213.

³⁴ Lippmann 1951, p. 23-24.

³⁵ Bongers 1964, p. 14-15.

Die voorspelling is in zoverre uitgekomen dat er sinds 1 januari 2006 inderdaad een directe actie bestaat op de verzekeraar van de aansprakelijke partij (art. 7:954 BW). Daarnaast werkt de verandering in het denken over de positie van het slachtoffer ook door in het denken over de rol van de aansprakelijkheidsverzekering. Men is de aansprakelijkheidsverzekering meer en meer gaan beschouwen als niet alleen een vangnet voor noodsituaties, maar meer als middel dat strekt tot genoegdoening van het slachtoffer. “Steeds meer is het besef gegroeid dat zonder een dergelijke verzekering benadeelden veelal in de kou staan”, aldus Frenk en Salomons, die op dit punt hebben verwezen naar de hiervoor geciteerde voorspelling van Bongers.³⁶ In de woorden van Wansink:

“De aansprakelijkheidsverzekering dekt weliswaar zuiver juridisch gezien de schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt, maar in de praktijk is de nadruk in toenemende mate komen te liggen op de betekenis die deze verzekeringsvorm heeft voor de schadeloosstelling van de gelaedeerde derde.”³⁷

In de latere druk van zijn boek is Wansink nog een stap verder gegaan:

“De praktijk leert dat het aansprakelijkheidsrecht doorgaans alleen in een samenspel met dekking op een aansprakelijkheidsverzekering tot daadwerkelijke slachtofferbescherming leidt.”³⁸
“Het aansprakelijkheidsrecht als middel tot slachtofferbescherming [is] de facto alleen effectief als de verzekering de daartoe benodigde financiële middelen verschaft.”³⁹

Zie in dezelfde zin Drion:

“Want weliswaar beoogt de aansprakelijkheidsverzekering in origine iets anders te dekken dan de eventuele schade van potentiële slachtoffers; zij dekt immers slechts de mogelijke aansprakelijkheid van de verzekerde jegens het slachtoffer. Niettemin is de W.A.-verzekering steeds meer uitgegroeid van een bescherming van de potentiële schadeveroorzaker tot een bescherming van het potentiële slachtoffer. Het slachtoffer moet zeker zijn, vergoeding te krijgen voor de schade die door de schuld van een ander wordt veroorzaakt en moet niet worden blootgesteld aan diens insolventie. Zo zijn vele buitenlandse wetgevingen er toe overgegaan aan het slachtoffer een rechtstreekse actie te geven tegen de W.A.-verzekeraars van de aan-

³⁶ N. Frenk en F.R. Salomons, ‘De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen’, *WPNR* 2006 (6658), p. 201.

³⁷ J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (diss. Rotterdam 1987), Deventer: Kluwer 1994, p. 6 en 249.

³⁸ Wansink 2006, achterflap. Zie ook de interventie van Wansink in de vergadering van de vereniging Handelsrecht 1996: *Verslag van de vergadering van de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de vereniging voor verzekeringswetenschap over Verzekering naar komend recht* naar aanleiding van de preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 27. Zie voor de opvatting van Wansink over de gevolgen van de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering: J.H. Wansink, ‘Bespiegelingen op de rode draden in het verzekeringsrecht na tien jaar titel 7.17 BW’, in: N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-21.

³⁹ Wansink 2006, p. 2. Zie ook Wansink 2006, p. 423. Zie voor een meer algemene beschouwing van Wansink over de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering: J.H. Wansink, ‘Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in Titel 7.17 BW: een nieuw geluid?’, in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 4-15.

sprakelijke persoon. En nog sterker komt het gewijzigd karakter van de W.A.-verzekering naar voren als de wetgever de scheppers van bepaalde risico's, zoals autogebruikers of vliegtuigexploitanten, gaat verplichten zich te verzekeren tegen hun wettelijke aansprakelijkheid voor de door hun auto's of vliegtuigen veroorzaakte schaden. Van een verdacht, de preventie ondermijnend instituut is de W.A.-verzekering zo tot een morele en wettelijke verplichting gegroeid. En om het karakter van verzekering ten behoeve van slachtoffers te onderstrepen wordt aan de verzekeraar dan nog vaak het recht ontzegd zich tegenover de rechtstreekse vordering van het slachtoffer te beroepen op de verweermiddelen die de polis hem zou bieden tegen de vordering van zijn verzekerde"⁴⁰ [onderstrepingen toegevoegd].

Hartlief en Tjittes hebben zich aangesloten bij deze duiding van het gewijzigd karakter van de aansprakelijkheidsverzekering door Drion. Ook zij hebben ter illustratie van het veranderde karakter van de aansprakelijkheidsverzekering gewezen op de opkomst van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen zoals de WAM, de Jachtwet (oud)⁴¹ en de Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen (WAKO), en de daarin vervatte mogelijkheid tot het rechtstreeks aanspreken van de verzekeraar. Ook wezen zij op de "decontractualisatie" om te illustreren dat de aansprakelijkheidsverzekering in toenemende mate een instrument is geworden ter bescherming van slachtoffers. Met het begrip decontractualisatie doelden zij op de omstandigheid dat de verzekeraar in de genoemde wetgeving de contractuele verweermiddelen niet kan tegenwerpen aan het slachtoffer om te voorkomen dat "daar waar het juist de bedoeling is slachtoffers tegemoet te komen, ondanks de verplichte verzekering geen uitkering zou worden gedaan."⁴² Hartlief en Tjittes concludeerden in 1990 al dat "bij aansprakelijkheidsverzekeringen intussen gesproken kan worden van een nevenschikking van dader- en slachtofferbescherming."⁴³ Ruim 13 jaar later concludeerde Hartlief dat de aansprakelijkheidsverzekering in het kader van compensatie van slachtoffers een "nauwelijks te overschatten" rol speelt, hetgeen meebrengt dat in de discussie "al snel wordt gesproken in termen van verplichte aansprakelijkheidsverzekering."⁴⁴

Ook Bloembergen signaleerde in 1980 op het gebied van het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht al een tendens waarin de "bescherming van de mens, onder meer tegen de ge-

⁴⁰ H. Drion, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, (oratie Rotterdam), 's Gravenhage: Martinus Nijhoff 1955, p. 12-13.

⁴¹ De Jachtwet is opgegaan in de Flora- en faunawet. Met ingang van 1 januari 2017 is de Flora- en faunawet vervallen, en opgegaan in de Wet natuurbescherming. Inhoudelijk is er met betrekking tot de slachtofferbeschermende bepalingen uit de oude Jachtwet niets gewijzigd. De benadeelde kan nog steeds de aansprakelijkheidsverzekeraar van de jager rechtstreeks aanspreken, en ook het verweermiddelenverbod is behouden gebleven. Zie nader over deze wetgevingen par. 3.11.2.

⁴² Hartlief & Tjittes 1990, p. 61; Hartlief & Tjittes 1999, p. 7-8.

⁴³ Hartlief & Tjittes 1990, p. 61-62. Zie voorts over de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering: T. Hartlief, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid', in: A.W.H. Doctors van Leeuwen e.a. (red.), *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw*. Preadviezen voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2003, Deventer: Kluwer 2004, p. 2-4; T. Hartlief, 'Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *SV&V* 2003-6, p. 236-247; J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: P.J.M. Drion (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 188-189.

⁴⁴ Hartlief 2003b, p. 240; Hartlief 2003a, p. 10.

volgen van allerlei narigheden die hem in dit leven kunnen overkomen”, centraal staat. Bloembergen koppelde die ontwikkeling aan de groei naar de moderne verzorgingsstaat.⁴⁵

Ook Wachter heeft een karakteriserende omschrijving gegeven van de veranderde functie van de aansprakelijkheidsverzekering:

“Dergelijke verzekeringen doen denken aan een kameleon. Zijn zij er – gezien vanuit het standpunt van de verzekerde – op gericht hem te vrijwaren voor aanspraken van derden, voor de ‘houders’ van dergelijke aanspraken draagt de overeenkomst meer het karakter van een te hunne behoeven afgesloten verzekering.”⁴⁶

Hij voegde eraan toe:

“De aard van deze specifieke verzekering, in het bijzonder gerelateerd aan de belangen van derden, behoeft zich niet te verzetten tegen het verlenen van dekking, ook indien de schade door opzet of grove schuld van de verzekerde veroorzaakt werd.”

Wachter verwees daarbij naar een uitspraak uit 1970 waarin het beroep van de verzekeraar op opzet van de verzekerde vervoerder niet werd gehonoreerd mede op grond van de strekking van de aansprakelijkheidsverzekering en de betekenis daarvan voor derden.⁴⁷ Hij wierp wel de vraag op of, zodra de belangen van derden een van de elementen zijn die mede bepalend worden voor de vaststelling van de grenzen van het ongeschreven recht en voor de vaststelling van de rechten en verplichtingen van verzekerde en verzekeraar, de verzekeraar eerder gerechtigd is dekking te weigeren naarmate de belangen van de derde ook op een andere wijze tot hun recht kunnen komen, bijvoorbeeld doordat de dader hem op andere wijze, bijvoorbeeld uit eigen middelen, schadeloos kan stellen. Voorts heeft hij zich afgevraagd of, als de dader in casu wel in staat was geweest het slachtoffer schadeloos te stellen, de beslissing van de Hoge Raad dan anders zou hebben geluid. En als rekening gehouden moet worden met een bevestigende beantwoording van die vraag, of we dan niet op een “hellend vlak” terecht zijn gekomen waarbij de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid vormt, of op zijn minst een factor die aan het aansprakelijkheidsoordeel bijdraagt.⁴⁸ Een andere evolutie is die waarbij de maatschappij een verzekering niet meer beschouwt

⁴⁵ A.R. Bloembergen, ‘De invloed van verzekeringen’, in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 19.

⁴⁶ B. Wachter in zijn noot onder HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 (Bierglas), alinea 2.

⁴⁷ Rb. Amsterdam 20 mei 1970, *S&S* 1971, 30.

⁴⁸ Wachter verwijst in dit verband naar E.R. Prolss, *Festgabe für Karl Oftinger*, p. 225: “Am Anfang war die Haftpflicht...In einem weiteren Stadium der Entwicklung ist dann die Haftpflichtversicherung zum Haftungsgrund, mindestens zu einem haftungsausfullenden Faktor, geworden”: B. Wachter in zijn noot onder HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 (Bierglas), alinea 5. Ook anderen hebben erop gewezen dat de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering vaak reden is om (vooral in grensgevallen) eerder aansprakelijkheid aan te nemen. Zie: S. Fuhrer, ‘Die Totalrevision des Haftpflicht- und des Versicherungsvertragsrechts als Chance für eine Vereinheitlichung und Modernisierung der Bestimmungen zum Schutz geschädigter Personen’, in Sutter-Somm, Hafner, Schmid, Seelman (Hrsg.): *Risiko und Recht*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 3-25 (zit. FS

als een vangnet voor noodsituaties, maar als een vorm van risicoverdeling.⁴⁹ Drion vroeg in zijn rede in 1955 al aandacht voor deze verandering, waarin hij opmerkte dat het “niet redelijk [zou] zijn een deel van de schade bij het slachtoffer te laten – ook onder de omstandigheden die zulks anders zouden rechtvaardigen – als de schade door middel van W.A.-verzekering aan de kant van de aansprakelijke persoon over een grote groep gespreid kan worden.”⁵⁰

Samenvattend kan men zeggen dat de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering steeds meer op de voorgrond is getreden als “onmisbare financiële achtervang in het belang van de benadeelde partij.”⁵¹ Van een instrument ter bescherming van het eigen vermogen van de verzekerde tegen aanspraken van derden, is zij uitgegroeid tot primair een instrument ter bescherming van het slachtoffer.⁵² Dat ook de Hoge Raad oog heeft voor de slachtofferbeschermende functie van de verzekering blijkt onder meer uit de verzekeringsplichten die de Hoge Raad in 2008 via de band van art. 7:611 BW aan werkgevers oplegde, ter bescherming van werknemers tegen schade die zij kunnen lijden als zij in het kader van hun werkzaamheden deelnemen aan het verkeer.⁵³ Ook het arrest van de Hoge Raad over de ‘oude’ opzetsluiting in verzekeringspolis-sen⁵⁴ wordt in de literatuur begrepen tegen de achtergrond van slachtofferbescherming.⁵⁵ In dit arrest gaf de Hoge Raad een restrictieve uitleg aan de ‘oude’ opzetclausule dat ook bij geweldpleging dekking bestaat.⁵⁶

Een vergelijkbare ontwikkeling van de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering is waarneembaar in andere Europese landen. Zo is in het kader van een nieuwe wettelijke regeling inzake de aansprakelijkheidsverzekering in Zwitserland het volgende opgemerkt:

“Die Haftpflichtversicherung hat heute nicht mehr bloß individuelle Bedeutung. An ihr ist nicht der Haftpflichtige allein, sondern die menschliche Gesellschaft überhaupt interessiert.”⁵⁷

Om de bescherming van slachtoffers verder uit te breiden is in de rechtsliteratuur in Zwitserland voorgesteld de verzekeringsplicht in te voeren voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen en een wettelijke verplichting in te voeren voor de particuliere aansprakelijkheidsverzekering voor personenschade.⁵⁸ Zie in dat verband ook de Duitse rechtsliteratuur, waarin deze tendens

Juristentag), p. 3-4. Fuhrer is verbonden aan de Universiteit Basel en Freiburg en directielid van Basel Versicherungen, alsmede vice-president van het “Nationale Garantiefonds der Schweiz”, (de Zwitserse variant van het Waarborgfonds Motorverkeer).

⁴⁹ Vgl. J.C. van Eijk-Graveland, ‘Schadeverzekering biedt slachtoffer geen genoegdoening’, Trouw 15 mei 1999.

⁵⁰ Drion 1955, p. 20-21.

⁵¹ J. Streefkerk, ‘Aansprakelijkheidsverzekering’, in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2016, p. 2125-3.

⁵² Hartlief & Tjittes 1999, p. 7; Wansink 2006, p. 268. Zie ook: M.J. Tolman, ‘Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden’, *AV&S* 2004/4, p. 162-163.

⁵³ HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, *NJ* 2009, 330 en 331 (Maasman/Akzo en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

⁵⁴ HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, m.nt. MMM (Aegon/Van der Linden), rov. 3.4.

⁵⁵ Hartlief 2003b, p. 246.

⁵⁶ Zie over dit arrest par. 5.2.2.

⁵⁷ Botschaft zum VVG vom 2. Februar 1904; BBl 1904 1 241, Zwitserland. Zie voor de discussie in Zwitserland ook: S. Fuhrer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zürich: Schulthess 2011, p. 463.

⁵⁸ Fuhrer 2004, p. 18. Zie nader over de ontwikkelingen in Zwitserland par. 7.6.

wordt geïllustreerd door te verwijzen naar de invoering in diverse rechtsstelsels van een rechtstreeks vorderingsrecht en naar de uitbreiding van het aantal verplichte verzekeringen.⁵⁹

De vraag of het verweermiddelenverbod in de algemene aansprakelijkheidsverzekering moet worden opgenomen, wordt mede bepaald, zoals Lippmann opmerkte, door het perspectief vanwaaruit die vraag wordt beoordeeld. Zo geeft Wansink (nog) de prioriteit aan de bescherming die de verzekering beoogt te bieden aan de verzekerde. Wansink merkte in dit kader op:

“Het is verleidelijk het element van slachtofferbescherming zozeer te benadrukken dat het ook aan verzekering van opzet als oogmerk en zekerheidsbewustzijn het karakter van strijdigheid met de goede zeden en/of openbare orde zou ontnemen. Dat gaat mij te ver: in die visie wordt principieel miskend dat de aansprakelijkheidsverzekering is en blijft een verzekering tot dekking van het financieel nadeel dat de dader in zijn vermogen lijdt doordat hij een derde schade toebrengt en gehouden wordt deze te vergoeden.”⁶⁰

Hetzelfde geldt voor Lippmann in 1951.⁶¹ In België kan echter een andere opvatting worden gesignaleerd, waar onder meer door Van Schoubroeck in de rechtsliteratuur is bepleit dat voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen, ook de niet-wettelijk verplichte, zou moeten gelden dat bij opzettelijk veroorzaakte schadegevallen de schade van de benadeelde moet worden vergoed, met een mogelijkheid van regres op de verzekerde. Dit pleidooi is gemotiveerd door te wijzen op de maatschappelijke evolutie waarbij de nadruk is komen te liggen op meer individualisme, meer assertiviteit, opkomen voor het eigen recht en de duidelijke tendens om slachtoffers van geweld te beschermen:

“Vloeit uit de sociale taak van de verzekering niet voort dat deze verzekering zich inschrijft in een maatschappelijke evolutie? Duidelijk is dat de bescherming van de dader van fraude of van crimineel veroorzaakte schade in onze samenleving terecht niet kan of mag worden getoleerd. Onze samenleving evolueert evenwel ook naar meer individualisme, meer assertiviteit, opkomen voor eigen recht, “je nooit laten doen”, zo nodig zelfs instaan voor je (wettelijke) zelfverdediging. Tegelijkertijd is er een duidelijke tendens om slachtoffers van geweld te beschermen.”⁶²

In het licht van die maatschappelijke ontwikkeling heeft Van Schoubroeck zich afgevraagd of het onderscheid dat het Belgische recht (en ook het Nederlandse recht) maakt tussen slachtoffers die aanspraak kunnen maken op een verplichte verzekering en zij die “alleen” aanspraak

⁵⁹ R. Koch, ‘§§ 100-124 VVG’, in: Bruck/Möller (red.), *Versicherungsvertragsgesetz, Großkommentar, Viertes Band, Haftpflichtversicherung*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 13-14.

⁶⁰ J.H. Wansink, ‘Eigen schuld en verzekering’, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997, Lelystad: 1997 p. 74-75.

⁶¹ Lippmann 1951, p. 213.

⁶² C. van Schoubroeck, ‘Over opzettelijk veroorzaakte schadegevallen en verzekering’, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht/Revue de Droit Commercial Belge* 2005/8, p. 828-829; C. van Schoubroeck ‘Verzeekerbaarheid van opzettelijke daad en grove schuld: Belgische wettelijke regeling blijft voor beroering zorgen’ in: P.J.M. Drion (red.), *Tussen persoon en recht: Afscheidsbundel prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 200-201.

hebben op een onverplichte verzekering, nog wel gerechtvaardigd is. Slachtoffers die aanspraak kunnen maken op een verplichte verzekering (zoals bij beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen) krijgen in geval van opzet namelijk wel hun schade vergoed omdat bij deze verzekeringen opzet niet tegenwerpelijk is. Slachtoffers die alleen aanspraak kunnen maken op een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering (zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering) kunnen wel tegengeworpen krijgen dat het schadevoorval opzettelijk is veroorzaakt. Van Schoubroeck heeft vastgesteld dat dit onderscheid niet meer past in de maatschappelijke tendens en heeft geopperd dit onderscheid op te heffen door de “niet-inroepbaarheid” van opzettelijk veroorzaakte schadevoorvallen te veralgemeniseren, en ook te laten gelden voor de niet verplichte aansprakelijkheidsverzekering zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.⁶³

“Aanvaardt [onze samenleving] dan nog dat het strijdig is met de goede zeden of de openbare orde dat de dader de financiële gevolgen van deze daden niet kan afwentelen op een verzekeraar? [...] Specifiek voor de aansprakelijkheidsverzekering rijst de vraag of onze samenleving nog langer een onderscheid tussen benadeelden aanvaardt, al naargelang zij aanspraak kunnen maken op tussenkomst op grond van een verplichte dan wel een niet verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Een veralgemening van de niet-inroepbaarheid tegen de benadeelde van opzettelijk[e] veroorzaakte schadegevallen, met een mogelijkheid van (beperkt) regres zou aan de maatschappelijke tendens tegemoet kunnen komen”⁶⁴ [onderstreping toegevoegd].

Ook andere auteurs in België hebben gewezen op de maatschappelijke acceptatie dat aansprakelijkheidsverzekeraars bij opzettelijk veroorzaakte schadegevallen de schade van de benadeelde vergoeden, met een mogelijkheid van regres op de verzekerde. Zie in dat verband bijvoorbeeld Dubuisson, die deze mogelijkheid zowel in moreel-ethisch opzicht als in technisch juridisch opzicht inpasbaar vindt in het rechtssysteem:

“L’ordre public ne s’oppose pas à l’indemnisation de cette personne lésée pourvu que l’assureur puisse ensuite exercer un recours contre l’auteur du dommage afin de récupérer l’intégralité des sommes déboursées. Techniquement, il est possible d’atteindre ce but en déclarant la faute intentionnelle inopposable à la personne lésée tout en autorisant le recours de l’assureur à concurrence des sommes versées à la victime. Telle est la solution qui prévaut en assurance R.C. automobile (...).”⁶⁵

Ook Callewaert heeft naar deze oplossing van Dubuisson verwezen.⁶⁶

⁶³ Zie voor het Belgische recht hierna par. 7.3.3.

⁶⁴ Dit citaat verwijst naar de Belgische regeling waarbij in het geval van een verplichte verzekering verzekeraars geen verweermiddelen mogen tegenwerpen aan de benadeelde. Ook opzet van de verzekerde mag niet aan de benadeelde worden tegengeworpen. Bij een onverplichte verzekering mogen alleen de anterieure verweermiddelen aan de benadeelde worden tegengeworpen, waartoe ook opzet van de verzekerde behoort. Het Belgische systeem komt hierna in paragraaf 7.3 uitgebreid aan de orde.

⁶⁵ B. Dubuisson, ‘La faute intentionnelle en droit des assurances – l’éclairage du droit pénal’, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* (2010), F.270, randnummer 3.

⁶⁶ V. Callewaert, ‘La notion de sinistre intentionnel et son impact sur la couverture d’assurance R.C. vie privée’, in: J. Wilde-meersch en J. Loly (red.), *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Luik: Editions de Jeune Barreau de Liège 2011, p. 197-198.

2.7. Verzekeringsdichtheid aansprakelijkheidsverzekering

Volgens de meest recente cijfers van het Verbond van Verzekeraars kent de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) van alle particuliere verzekeringen de grootste verzekeringsdichtheid (“penetratiegraad”). Deze bedroeg bij de AVP in Nederland in 2014 99,9%.⁶⁷ Cijfers over de verzekeringsdichtheid in 2015 zijn nog niet bekend. De volgende tabellen bieden een overzicht van de penetratiegraad van de particuliere verzekeringen (waaronder de AVP) naar leeftijd (tabel 1), naar inkomen (tabel 2) en naar soort huishouden (tabel 3).⁶⁸

Tabel 1: Penetratiegraad particuliere verzekeringen naar leeftijd 2014, (%)

	Leeftijd hoofdkostwinner				Totaal
	tot 35 jaar	35-49 jaar	50-64 jaar	> 65 jaar	
Levensverzekering hypotheek*	35,0	55,1	29,0	4,7	30,5
Levensverzekering pensioen**	4,5	20,1	22,9	3,2	14,2
Natura-uitvaart***	31,7	41,4	40,1	38,0	38,6
Inboedel	91,1	98,0	97,2	97,9	96,7
Opstal	40,2	64,3	62,1	51,2	56,5
AVP	100,0	100,0	99,7	100,0	99,9
Rechtsbijstand****	41,9	60,7	57,6	49,4	54,0

*Alle gekoppelde verzekeringen aan de hypotheek, zowel risico- als kapitaalverzekeringen.

**Alle verzekeringen (kapitaal, lijfrente, beleggingsverzekeringen, etc.) ten behoeve van de oude dag.

***Alle begrafenis-/crematie-/uitvaartverzekeringen met uitkering in natura.

****Apart afgesloten polissen, dus exclusief onderdelen van auto-/motorverzekering.

Tabel 2: Penetratiegraad particuliere verzekeringen naar inkomen 2014, (%)

	Netto gezinsinkomen per maand (€)						Totaal
	<1.000	1.000-1.500	1.500-2.000	2.000-2.500	2.500-3.000	> 3.000	
Levensverzekering hypotheek	8,2	9,5	18,7	32,4	39,5	51,3	30,5
Levensverzekering pensioen*	6,6	8,2	11,6	13,3	16,8	20,6	14,2
Natura-uitvaart	34,7	40,9	40,2	38,2	35,0	38,9	38,6
Inboedel	86,3	95,8	96,6	97,5	97,3	98,7	96,7
Opstal	24,6	29,3	46,9	60,5	64,2	81,0	56,5
AVP	100,0	100,0	100,0	99,8	99,8	99,9	99,9
Rechtsbijstand	25,8	38,3	52,6	58,2	63,4	63,5	54,0

⁶⁷ Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van Cijfers 2016*, Den Haag 2016, p. 18-19 en 22.

⁶⁸ De tabellen zijn ontleend aan: Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van Cijfers 2016*, Den Haag 2016, p. 18-19 en 22. De cijfers en tabellen zijn identiek aan de publicatie in 2015: *Verzekerd van cijfers 2015*, p. 14-15.

Tabel 3: Penetratiegraad particuliere verzekeringen naar soort huishouden 2014, (%)

	Alleenstaand < 35 jaar	Alleenstaand >35 jaar	Meerpersoons- gezin met kinderen tot 18 jaar	Meerpersoons- gezin (<35 jaar) geen kinderen tot 18 jaar	Totaal
Levensverzekering hypotheek*	21,4	15,2	55,7	41,5	30,5
Levensverzekering pensioen**	3,3	10,4	19,9	4,8	14,2
Natura-uitvaart***	20,9	38,0	44,5	30,7	38,6
Inboedel	85,6	96,7	97,5	97,8	96,7
Opstal	20,3	41,7	72,0	52,5	56,5
AVP	100,0	99,8	99,9	100,0	99,9
Rechtsbijstand****	34,6	60,7	59,4	50,0	54,0

Uit de tabellen volgt dat de verzekeringsdichtheid ook zeer hoog is (100%) voor gezinnen met een inkomen onder € 1.000,- per maand. Dit is een stijging ten opzichte van de cijfers uit 2010. Toen kende de AVP ook een hoge verzekeringsdichtheid van 96,4% in het algemeen, maar voor gezinnen met een inkomen onder € 1.000,- per maand lag dat percentage beduidend lager, namelijk op 79,6%.⁶⁹ In 2012 was de verzekeringsdichtheid van de AVP voor alle leeftijden, inkomensgroepen en huishoudens weer 100%.⁷⁰ Ook in 2013 was de verzekeringsdichtheid voor alle leeftijden, inkomensgroepen en huishoudens 100%.⁷¹ De verzekeringsdichtheid van de AVP is al geruime tijd zeer hoog, en is de laatste paar jaar zelfs gestegen, zo volgt uit het onderstaande overzicht.

Verzekeringsdichtheid AVP algemeen⁷²

2002: 96,2 %

2004: 96,2%

2006: 96,3%

2008: 96,2%

2010: 96,4%

⁶⁹ Verzekerd van cijfers 2012, p. 11-13.

⁷⁰ Verzekerd van cijfers 2013, p. 12-14.

⁷¹ Verzekerd van cijfers 2014, p. 11-13.

⁷² Niet uitgesplitst naar leeftijd, inkomen en huishouden. De cijfers zijn ontleend aan de uitgave van Verzekerd van cijfers van het Verbond van Verzekeraars over de jaren 2005-2016. Cijfers over de jaren 2003, 2005, 2007, 2009 en 2011 zijn niet duidelijk te herleiden uit de overzichten van het Verbond van Verzekeraars. In de versie van 2016 zijn er geen gegevens opgenomen van het aantal AVP-polissen van de jaren na 2014.

2012: 100%
2013: 100%
2014: 99,9%

Er waren in 2014 5,9 miljoen AVP-polissen.⁷³ Uit het overzicht volgt dat de AVP sinds 2010 een hoge verzekeringsdichtheid kent. Sinds 2012 ligt die voor alle leeftijden, inkomensgroepen en huishoudens dicht tegen de 100%. In de jaren daarna was de verzekeringsdichtheid in deze inkomensgroep weer op hetzelfde niveau als de overige inkomensgroepen. De percentages van 100% (in 2012-2013) en het percentage van 99,9% (in 2014) betekent niet dat met zekerheid gezegd kan worden dat geen enkel huishouden of slechts 0,1% van alle huishoudens in Nederland geen aansprakelijkheidsverzekering heeft. Uit navraag bij een statisticus van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat gewerkt wordt met een betrouwbaarheidsinterval van 95%. Het percentage onverzekerden ligt tussen de 0,1% en 0,6%. Hoe groot het exacte percentage is dat geen aansprakelijkheidsverzekering heeft, is niet met zekerheid te zeggen. Wel staat vast dat het aantal aansprakelijkheidsverzekeringen (AVP), zeer dichtbij het aantal huishoudens ligt dat het Centraal Bureau voor de Statistiek voor het jaar 2014 heeft geregistreerd (7.590.228).⁷⁴ Dat betekent dat, uitgaande van een percentage van tussen 0,1 en 0,6 dat geen AVP heeft, dat 7.590 tot 45.541 van de huishoudens geen AVP heeft. Er zou een zeer grote steekproef nodig zijn, om het percentage huishoudens dat geen aansprakelijkheidsverzekering heeft nauwkeuriger te bepalen (met een bandbreedte van 0,2 %) Er zou dan een steekproef onder 20.000 huishoudens nodig zijn. De benodigde grootte van de steekproef houdt verband met de problematiek van het schatten van kleine percentages: om die met een goede relatieve nauwkeurigheid te bepalen, zijn zeer grote steekproeven nodig. Nu het percentage al een aantal jaar zo dichtbij de 100% ligt, in combinatie met het feit dat het aantal aansprakelijkheidsverzekeringen, volgens het Verbond van Verzekeraars, zeer dichtbij het aantal huishoudens ligt dat het Centraal Bureau voor de Statistiek voor het jaar 2014 heeft geregistreerd (7.590.228)⁷⁵, ligt het voor de hand dat in het kader van dit rapport geen verder onderzoek nodig is om het percentage huishoudens zonder aansprakelijkheidsverzekering met een grotere mate van nauwkeurigheid te bepalen.

Uit de hoge verzekeringsdichtheid blijkt dat de noodzaak tot het beschikken over een aansprakelijkheidsverzekering maatschappelijk breed wordt gedragen. Dat is al zeer geruime tijd zo. Ook in 1980 was de verzekeringsdichtheid inzake wettelijke aansprakelijkheid in de particuliere sector al zeer hoog.⁷⁶ Dat de noodzaak om te beschikken over een aansprakelijkheidsverzekering breed wordt gedragen, blijkt niet alleen uit de hoge verzekeringsdichtheid, maar ook uit de omstandigheid dat professionele bewindvoerders gehouden zijn ervoor te zorgen dat er een aansprakelijkheidsverzekering is afgesloten voor de cliënt die onder bewind is gesteld.

⁷³ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 46. In de versie van 2016 zijn er geen gegevens opgenomen van het aantal AVP-polissen van de jaren na 2014.

⁷⁴ Zo blijkt uit telefonisch verkregen informatie van een bij het Verbond van Verzekeraars werkzame statisticus. CBS Statline, Huishoudens; samenstelling, grootte, regio, 1 januari, 30 november 2015.

⁷⁵ CBS Statline, Huishoudens; samenstelling, grootte, regio, 1 januari, 30 november 2015.

⁷⁶ A.J. Hoekema, 'Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht', in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 180.

Dit volgt uit art. 40 sub d van de Kwaliteitsverordening Branchevereniging Professionele bewindvoerders en Inkomensbeheerders.⁷⁷ Deze Kwaliteitsverordening wordt door de minister van justitie als leidend beschouwd voor de inhoudelijke eisen waaraan professionele bewindvoerders moeten voldoen. In art. 40 sub e van de Kwaliteitsverordening is opgenomen dat als er geen sprake is van onderbewindstelling, de cliënt moet worden geadviseerd en zorgverzekering en een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. Dat maatschappelijk overeenstemming bestaat over de noodzaak van een AVP, blijkt voorts uit de opvatting van de Consumentenbond die van mening is dat een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren onmisbaar is.⁷⁸ Zie in dat verband ook de Belgische Commissie voor Verzekeringen die de AVP noemt in de opsomming van verzekeringen die voor consumenten noodzakelijk worden geacht.⁷⁹

2.7.1. Oververtegenwoordiging daders misdrijven in groep onverzekerden?

Wel een interessante vraag is wat de kenmerken zijn van de huishoudens die geen AVP hebben en of in deze groep daders van geweldsmisdrijven oververtegenwoordigd zijn. Voor zover valt na te gaan, ontbreken cijfers over de verzekeringsdichtheid van de AVP onder veroordeelden en potentiële daders van gewelds- en zedenmisdrijven. Wat de overige kenmerken van deze groep zijn, en of plegers van gewelds- en zedenmisdrijven in die groep oververtegenwoordigd zijn, moet dan ook uit andere informatie worden afgeleid. In het kader van dit onderzoek is bekeken of die informatie kan worden verkregen door verschillende gegevens met elkaar in verband te brengen. Het gaat dan om de combinatie van gegevens enerzijds uit de praktijk en anderzijds uit onderzoek (i) dat is verricht naar de kenmerken van personen die zich niet verzekerd hebben tegen ziektekosten, of die zich wel verzekerd hebben maar minimaal zes maanden geen premie voor de basisverzekering hebben betaald (de wanbetalers)⁸⁰ en onderzoek (ii) dat is verricht naar het profiel van daders van gewelds- en zedenmisdrijven.

Tot de groep van onverzekerden behoren in ieder geval de “onverzekerbare vreemdelingen”.⁸¹ Vreemdelingen zonder verblijfsvergunning kunnen immers geen verzekering afsluiten. Tot die groep zullen ook de gemoedsbezwaarden behoren, die in het kader van de WAM zijn geïdentificeerd.

Kenmerken van onverzekerden en wanbetalers zorgverzekeringswet⁸²

- 298.240 wanbetalers (in 2014)

⁷⁷ Het betreft de Kwaliteitsverordening Branchevereniging Professionele Bewindvoerders en Inkomensbeheerders die geldt per 1 maart 2016. De Kwaliteitsverordening is te raadplegen via de website van de Branchevereniging: www.bppi.nl.

⁷⁸ Consumentengids september 2000; ontleend aan: L.S.J. Houben, ‘Contractdwang en verzekering’, in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), Verzekering en maatschappij, Deventer: Kluwer 2000, p. 292.

⁷⁹ Houben 2000, p. 292.

⁸⁰ Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Kenmerken van wanbetalers zorgverzekeringswet*. Het CBS heeft in dit onderzoek geen informatie over de criminele achtergrond van de onverzekerden en de wanbetalers meegenomen.

⁸¹ Woordgebruik is afkomstig van de website van het Zorginstituut Nederland.

⁸² CBS, *Kenmerken van wanbetalers zorgverzekeringswet*, 2007 en CBS StatLine 18 december 2015.

- Piek wanbetalers lig bij twintigers (20-25 jaar: 34.310 wanbetalers; 25-30 jaar: 44.140 wanbetalers)
- Bij stijgen leeftijd, neemt aantal wanbetalers af
- Personen met min. 1 uitkering en bijstandsuitkering oververtegenwoordigd (190.000; 20%)
- Jonge Surinamers en Marokkanen relatief vaak wanbetaler
- 1 op de 10 personen met Antilliaanse of Arubaanse afkomst is wanbetaler

*Kenmerken daders geweldsmisdrijven*⁸³

- 77% mannen
- Een derde is jonger dan 25 jaar
- Daders van geweld hebben met regelmaat een psychische stoornis of een verstandelijke beperking
- Mensen met een ouder uit Marokko, Turkije en Antillen oververtegenwoordigd

Zoals hiervoor is toegelicht, wordt onderscheid gemaakt tussen vier typen geweld, naar gelang het doel (het motief) van de dader:

- expressief geweld, dat dient als uiting van gevoelens als woede, haat, onmacht en gekrenkte trots
- instrumenteel geweld, dat is gericht op het verwerven van (im)materiële voordelen, zoals geld of status
- cultureel geweld, dat een rituele functie vervult, bijvoorbeeld in een duel of eerwraak
- politiek geweld, dat wordt aangewend om een maatschappelijke boodschap kracht bij te zetten. Deze vorm van geweld komt in Nederland nauwelijks voor⁸⁴

Naar een deel van deze typen geweld wordt in de onderstaande onderzoeksgegevens gerefereerd.

*Typologie daders geweldsmisdrijven*⁸⁵

- Incidentgestuurde alleenplegers: enkel incident kan aanleiding zijn voor geweld; geweld als impulsieve daad
- Macho groepsplegers: uitgaan en voetbalgeweld

⁸³ *Geweld. Analyse van de aard, omvang en ontwikkeling van expressief geweld in Nederland* (Politie, Dienst Landelijke Informatie Organisatie); *State of the art geweld. Aard en omvang, daders, slachtoffers, risicofactoren en aanpak*, Politieacademie januari 2014.

⁸⁴ Zie over de typen geweld: B.E.P. Snijders A.M. Gommer, J.A. Haagsma, M.J. Panneman e.a., *Ziektelast en kosten van letsel door geweld*, RIVM-rapport 2015-0179, RIVM 2016, p. 15-16. Zie over de oorzaken van geweld: M. Liem en E.R. Muller (red.), *Geweld. Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 111-438.

⁸⁵ *State of the art geweld, Aard en omvang, daders, slachtoffers, risicofactoren en aanpak*, Politieacademie januari 2014, p. 39.

- Relschoppers: plegen geweld om het geweld
- Gewelddadige criminelen: straatroven, overvallen, vooral vermogensdelicten (instrumenteel geweld, geweld als onderdeel van een criminele carrière)
- Psychiatrisch gestoorden en verslaafden: geweld om verslaving te kunnen betalen of vanwege hun stoornis

Uit de gegevens die in par. 8.2.2 worden besproken, blijkt dat veel geweld dat een behandeling op een SEH-afdeling in een ziekenhuis nodig heeft, plaatsvindt op straat, maar vooral bij horeca- en andere uitgaansgelegenheden. Dit sluit aan bij onderzoeksbevindingen waaruit blijkt dat in het weekend veel SEH-behandelingen plaatsvinden in verband met letsel door geweld.⁸⁶ Hiervoor kwam aan de orde dat ruim de helft (58%) van het aantal slachtoffers met lichamelijk letsel door geweld is toe te schrijven aan expressief geweld, 7% door instrumenteel geweld en 36% is onbekend.⁸⁷ Van de hierboven genoemde typen daders, lijken de eerste twee op basis van het voorgaande het meest relevant. Bij dit type dader gaat het om incidenteel en impulsief geweld. Dit type geweld lijkt met andere woorden niet zozeer verbonden met “beroepscriminelen” of gewelddadige criminelen, maar meer met gelegenheidscriminaliteit. Verondersteld kan worden dat veel van deze gelegenheidscriminelen die in het weekend impulsief (expressief) geweld gebruiken, in de maatschappij “normale” burgers zijn die gewoon over een aansprakelijkheidsverzekering beschikken. Dit wordt ondersteund door bevindingen uit de praktijk. Daaruit blijkt dat veel daders van geweld (gewoon) over een aansprakelijkheidsverzekering beschikken (zie de bij de ‘probleemstelling’ vermelde casus 1). Daarbij komt dat uit onderzoek naar het profiel van onverzekerden en wanbetalers in het kader van de zorgverzekeringswet, lijkt te volgen dat een laag inkomen een belangrijke factor is voor onverzekerdheid bij de zorgverzekering. Uit dat onderzoek blijkt niet dat criminaliteit een factor is bij onverzekerdheid. Tegelijkertijd blijkt uit cijfers dat ook bij gezinnen met lagere inkomens de verzekeringsdichtheid heel hoog is (100%).⁸⁸

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat juist in deze groep de plegers van (gewelds)misdrijven (sterk) oververtegenwoordigd zijn. Ook als de in de relatief kleine groep van personen die niet beschikt over een AVP, het aantal plegers van gewelds- en zedenmisdrijven oververtegenwoordigd is, zal dat nog niet meebrengen dat een regeling op dit punt niet zinvol is. Uit de praktijk blijkt dat de groep slachtoffers die een verzekerde dader treft, substantieel is.

⁸⁶ P. den Hertog, C. Stam, H. Valkenberg, A. Bloemhoff e.a., *Letsels en letselpreventie*, VeiligheidNL 2013, p. 61.

⁸⁷ Snijders 2016, p. 49-50.

⁸⁸ Zie tabel 2 van par. 2.7.

3. Verzekeringsrechtelijke instrumenten ter bevordering van slachtofferbescherming

3.1. Inleiding

In hoofdstuk 2 is toegelicht dat de verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid een wezenlijke rol vervult in het kader van slachtofferbescherming. Het zorgt voor een solvabele wederpartij en het bevrijdt benadeelden in de meerderheid van de gevallen van een zware proces- en incassolast. In hoofdstuk 2 is bovendien toegelicht dat de maatschappelijke opvattingen over de functie van de aansprakelijkheidsverzekering zijn veranderd. Meer en meer is de nadruk komen te liggen op de slachtofferbeschermende functie van de aansprakelijkheidsverzekering, een ontwikkeling die ook in andere Europese landen heeft plaatsgevonden (zie hoofdstuk 7).¹ De wetgever heeft meerdere verzekeringstechnische instrumenten tot zijn beschikking om een betere bescherming van de verhaalspositie van de benadeelde te bewerkstelligen. Deze instrumenten kunnen los van elkaar of in combinatie met elkaar worden ingezet. Daarnaast biedt het algemeen vermogensrecht en het civiele procesrecht enkele slachtofferbeschermende instrumenten. Hierbij kan worden gedacht aan de cessie van de vordering op de verzekeraar door de verzekerde aan de benadeelde (art. 3:84 lid 2 BW jo art. 3:94 BW) en het derdenbeding (art. 6:253 BW). Een belangrijk procesrechtelijk instrument is het conservatoir en executoriaal derdenbeslag (art. 475 en art. 718 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv)). Deze instrumenten zullen in dit onderzoek, dat zich primair richt op de verzekeringsrechtelijke instrumenten ter versterking van de positie van de benadeelde, onbesproken blijven.²

De mate waarin een aansprakelijkheidsverzekering bescherming biedt aan het slachtoffer, is afhankelijk van de vraag of het slachtoffer gebruik kan maken van verzekeringsrechtelijke instrumenten die zijn verhaalspositie beschermen. In dit hoofdstuk zal blijken dat drie verzekeringsrechtelijke instrumenten een belangrijke rol spelen bij het verbeteren van de verhaalspositie. Het gaat om de directe actie of het eigen recht, het verweermiddelenverbod en de wettelijke verzekeringsplicht. In het kader van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM) zijn al deze instrumenten ingezet, waar in het bijzonder de directe actie (in de WAM gaat het om een eigen recht) in combinatie met het verweermiddelenverbod zorgt voor een effectief verhaal van schadevergoeding. In 2006 is het instrument van de directe actie uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Sindsdien kunnen benadeelden met schade wegens letsel en overlijden op grond van de directe actie (art. 7:954 BW) rechtstreeks de verzekeraar van de aansprakelijke partij aanspreken tot vergoeding van hun schade. Dit instrument werkt in de praktijk adequaat voor benadeelden die schade hebben opgelopen als gevolg van een medische fout of een arbeidsongeval. Slachtoffers van misdrijven kunnen echter, zoals in de probleemstelling duidelijk werd, *de facto* geen gebruik maken van de directe actie. Dat heeft ermee te maken dat de verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar wordt beheerst door de afspraken tussen de verzekerde (dader) en diens verzekeraar. Bij scha-

¹ Vgl. R. Beck, 'Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungsblictorien', in: S. Fuhrer en C. Chappuis (red.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Droit de la responsabilité civile et des assurances. Liber amicorum Roland Brehm*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2012, p. 1.

² Zie hierover nader: Robben 1993, p. 28-32.

de als gevolg van een misdrijf zullen verzekeraars zich jegens de benadeelde beroepen op de in de verzekeringspolis opgenomen uitsluiting voor opzettelijke veroorzaakte schade (de 'opzet-clausule'). In dit hoofdstuk zal blijken dat deze groep slachtoffers is gebaat bij de combinatie van de directe actie met een ander instrument, namelijk het wettelijk verweermiddelenverbod waarbij de verzekeraar zich jegens het slachtoffer niet meer op opzet van de verzekerde kan beroepen. Door de uitbreiding van het verweermiddelenverbod van de WAM naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering krijgen slachtoffers van misdrijven dezelfde verhaalsmogelijkheden als slachtoffers van arbeidsongevallen, medische fouten en verkeersongevallen. In dit hoofdstuk worden enkele algemeen-vermogensrechtelijke en verzekeringsrechtelijke instrumenten geïnventariseerd die kunnen bijdragen aan de effectiviteit van de aansprakelijkheidsverzekering als het aankomt op slachtofferbescherming (paragrafen 3.2 tot en met 3.8). Het gaat om de volgende instrumenten:

- Een wettelijk pandrecht op de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar tot uitkering van de penningen;³
- Een voorrecht op de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar tot uitkering van de penningen (vgl. art. 3:287 BW);
- Een plicht tot het stellen van zekerheid of het hebben van een aansprakelijkheidsverzekering;
- Een eigen recht of een directe actie, eventueel gecombineerd met
- Een verweermiddelenverbod voor de verzekeraar;
- Een vangnet voor het geval de aansprakelijke partij onverzekerd is of onbekend is;
- Schaderegelingsvoorschriften.

Algemeen aanvaard is dat de eerste twee instrumenten hiaten in de bescherming bevatten, waardoor ze minder geschikt zijn om in te zetten als (enig) slachtofferbeschermend instrument.⁴ Verder geldt dat indien er een directe actie (of eigen recht) voorhanden is, een pandrecht of een voorrecht op de verzekeringspenningen niet meer nodig is. De verschillende instrumenten worden hierna kort in zijn algemeenheid besproken. Daarna wordt in par. 3.9 bekeken hoe een aantal van deze instrumenten is ingezet in de WAM, waar zal blijken dat vooral de mogelijkheid de verzekeraar van de aansprakelijke partij rechtstreeks te kunnen aanspreken tot vergoeding van de schade, in combinatie met het verweermiddelenverbod de kern vormen van een adequate bescherming van de verhaalspositie van een slachtoffer. Ook wordt besproken welke rechtvaardigende argumenten ten grondslag hebben gelegen aan de toepassing van deze instrumenten in de WAM (par. 3.10). Daarna wordt beschreven welke instrumenten buiten de WAM zijn toegepast (par. 3.11).

³ Dit instrument wordt in het huidige Zwitserse verzekeringsrecht toegepast, dat hieronder in par. 7.6.2 nader wordt uitgewerkt.

⁴ Dat is de reden dat in het Zwitserse wetsontwerp van een nieuw verzekeringsrecht het pandrecht wordt ingewisseld voor een rechtstreeks vorderingsrecht. Zie hierna over het Zwitserse recht par. 7.6.

3.2. Een wettelijk pandrecht

Hiervoor kwam aan de orde dat sinds 2006 voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering de mogelijkheid bestaat voor de benadeelde om direct de verzekeraar van de aansprakelijke partij aan te spreken en desnoods in rechte te betrekken om zijn schade vergoed te krijgen (art. 7:954 BW). De directe actie zorgt ervoor dat de verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde belanden. De directe actie staat alleen open voor benadeelden die schade lijden wegens letsel en overlijden. Benadeelden met zaakschade en zuivere vermogensschade kunnen geen gebruik maken van de directe actie. Deze benadeelden lopen het risico dat de verzekeringsuitkering, waartoe de verzekeraar jegens de verzekerde gehouden is, niet bij hen terechtkomt. Dit heeft te maken met tekortkomingen als gevolg van het faillissement van de verzekerde of het beslag van een derde. Door een faillissement van de verzekerde valt diens vordering op de verzekeraar met betrekking tot de verzekeringspenningen in de boedel, waarover de curator het beheer voert (art. 20 j° 68 Faillissementswet (Fw)). De vraag is hoe de benadeelde ervoor kan zorgen dat de verzekeringspenningen bij hem terecht komen. Een rechtstreekse uitkering van de verzekeraar aan de benadeelde ten tijde van faillissement buiten de boedel om is onrechtmatig omdat de uitkering deze laatste bevoordeelt ten opzichte van de overige crediteuren.⁵ Een rechtstreekse uitkering vóór faillissement is in veel gevallen ook onrechtmatig en de betaling kan door de curator worden vernietigd (art. 42 Fw). Een bijkomend gevolg van een faillissement is de beschikkingsonbevoegdheid van de failliet (art. 23 Fw). De verzekerde kan zijn vordering op de verzekeraar ook niet meer cederen aan het slachtoffer (art. 3:86 BW j° 3:94 BW). Ook andere beschikkingshandelingen worden onmogelijk. Verder komen alle gelegde beslagen te vervallen (art. 33 Fw), als gevolg waarvan een eventueel door de benadeelde gelegd derdenbeslag onder de verzekeraar vervalt. Ten slotte biedt in een faillissement van de verzekerde ook de polisbepaling geen uitkomst, waarin de verzekeraar zich het recht heeft voorbehouden rechtstreeks aan de benadeelde te betalen. Dit beding wordt geacht te zijn gebaseerd op een volmacht van de verzekeringnemer aan de verzekeraar.⁶ Een volmacht komt bij faillissement van rechtswege te vervallen (art. 3:72 BW). Derhalve komt ook de daarop gebaseerde bevoegdheid te vervallen van de verzekeraar om rechtstreeks aan de benadeelde te betalen.⁷ Er rest de benadeelde niets anders dan zijn vordering ter verificatie in te dienen (art. 27 Fw) en – als het al tot uitbetaling komt – mee te betalen aan de algemene faillissementskosten (art. 182 Fw). Een andere oplossing is de vordering van de failliet op zijn verzekeraar uit de boedel te kopen en aan zich te laten overdragen.

⁵ Wansink 2006, p. 440.

⁶ Wansink 2006, p. 429-430 en p. 393-394.

⁷ Zie voor een andere opvatting: S.C.J.J. Kortmann, 'Reactie: Rechtstreekse schadeloosstelling door de verzekeraar aan de benadeelde', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, p. 47. Kortmann is van mening dat een faillissement van de verzekerde niet hoeft te verhinderen dat de verzekeraar overeenkomstig de polisvoorwaarden rechtstreeks aan de benadeelde betaalt. Kortmann kwalificeert het beding in de polisvoorwaarden op grond waarvan de verzekeraar gerechtigd is de benadeelde rechtstreeks schadeloos te stellen, als een alternatieve verbintenis (art. 6:17 BW). De verzekeraar is in dat geval verplicht tot een van twee verschillende prestaties ter keuze van hemzelf. Indien de verzekeraar kiest voor een rechtstreekse betaling aan de benadeelde handelt hij niet als vertegenwoordiger, maar in eigen naam. Hij komt door de uitkering een eigen verbintenis jegens de verzekerde na.

Er is ook een andere, in Nederland nog niet bestaande, wettelijke mogelijkheid om te voorkomen dat de verzekeringspenningen bij de verzekerde blijven hangen of in faillissement ten goede komen aan andere schuldeisers. Het gaat om de mogelijkheid van een in het leven te roepen wettelijk pandrecht, dat ontstaat op het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet. Het pandrecht voorkomt dat er ten nadele van het slachtoffer over de verzekeringsuitkering wordt beschikt. Op grond van het pandrecht kan de verzekeraar de penningen direct aan de benadeelde betalen. Het huidige Zwitserse recht kent een dergelijk wettelijk pandrecht voor de benadeelde. Op de omslachtige werking van het pandrecht is in de Zwitserse rechtsliteratuur de nodige kritiek geuit. Algemeen werd onderschreven dat de bescherming van de positie van een slachtoffer met een wettelijk pandrecht niet voldoet.⁸ Geopperd is een rechtstreeks vorderingsrecht voor het slachtoffer te introduceren, welke suggestie door de wetgever is gevolgd.⁹ In de ontwerpregeling voor een nieuw Zwitsers verzekeringsrecht is het wettelijk pandrecht verruild voor een rechtstreeks vorderingsrecht. Op het Zwitserse recht wordt hierna verder ingegaan, in par. 7.6. Uit de Zwitserse ervaringen kan worden afgeleid dat een wettelijk pandrecht minder bescherming biedt dan een wettelijke mogelijkheid op basis waarvan een slachtoffer direct de verzekeraar van de aansprakelijke partij kan aanspreken.

Nog afgezien van de omstandigheid dat een wettelijk pandrecht een minder grote bescherming biedt dan een rechtstreekse actie, zou de introductie van een wettelijk pandrecht voor slachtoffers van misdrijven geen oplossing bieden voor het bestaande probleem. Bij slachtoffers van misdrijven met personenschade zit het probleem immers vooral in de omstandigheid dat zij de facto geen gebruik kunnen maken van de directe actie omdat de verzekeraar van de aansprakelijke partij dekking weigert vanwege het feit dat het schadeval opzettelijk is veroorzaakt. Voor slachtoffers die worden geconfronteerd met andere schade dan personenschade, en die om die reden geen gebruik kunnen maken van de directe actie, zou een wettelijk pandrecht wel uitkomst kunnen bieden, evenals het uitbreiden van de directe actie naar andere schade dan personenschade. Dit laatste valt echter buiten het bereik van dit onderzoek.

3.3. Het voorrecht van art. 3:287 BW

Om te voorkomen dat de verzekeringspenningen blijven hangen bij de verzekerde of in geval van faillissement van de verzekerde ten goede komen aan alle schuldeisers, maar te waarborgen dat deze terecht komen bij de benadeelde, is in Nederland per 1 januari 1992 art. 3:287 BW ingevoerd. Art. 3:287 BW zorgt ervoor dat de benadeelde wordt bevoorrecht op de vordering van de verzekerde jegens de verzekeraar. Op grond van het wettelijk voorrecht kan de benadeelde zijn vordering verhalen zonder dat hem rechten van derden kunnen worden tegengeworpen.¹⁰ Het voorrecht is zeer hoog in rang nu aan de benadeelde in beginsel geen rechten van derden

⁸ Fuhrer 2011, p. 470; P. Grolimund, 'Haftpflichtversicherung und direktes Forderungsrecht', in: A.K. Schnyder, *Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft*, Zurich-Basel: Schulthess Juristische Medien AG 2012, p. 125.

⁹ Fuhrer 2011, p. 470; Grolimund 2012, p. 125.

¹⁰ Met uitzondering van het recht van de tussenpersoon op afdracht van door de tussenpersoon ten behoeve van de verzekeringnemer betaalde premies en kosten (art. 3:287 lid 2 BW jo art. 7:936 lid 2 BW).

op de vordering kunnen worden tegengeworpen.¹¹ Het voorrecht van de benadeelde gaat zelfs boven de rechten van pandhouders, cessionarissen en van de fiscus.¹² Het wordt om die reden ook wel een “superpreferent” voorrecht genoemd. De bevoorrechte positie van de benadeelde ten opzichte van andere schuldeisers betekent een doorbreking van de ‘paritas creditorum’. Dit wordt gerechtvaardigd geacht vanwege het gegeven dat de benadeelde ongewild in een rechtsverhouding met de aansprakelijke partij is komen te staan, en vanwege het feit dat de vordering van de verzekerde op de verzekeraar nauw en oorzakelijk verbonden is met de vordering van de benadeelde op de verzekerde.¹³ Zonder laatstgenoemde vordering, bestaat de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar niet. Met het voorrecht van art. 3:287 BW lijkt de benadeelde een goed instrument in handen te hebben tot verkrijging van zijn daadwerkelijke schadevergoeding. Het voorrecht is echter minder geprivilegieerd dan het lijkt.

Het voorrecht heeft, naar zijn aard, alleen werking als er een samenloop van crediteuren is, hetgeen het geval is in faillissement of bij meervoudig derdenbeslag.¹⁴ Daarbuiten kan het slachtoffer het voorrecht slechts geldend maken door onder de verzekeraar derdenbeslag te leggen.¹⁵ Doet hij dit echter niet op tijd en heeft de verzekeraar reeds uitgekeerd aan de verzekerde, dan blijft het slachtoffer met lege handen achter. Met het tenietgaan van de vordering, gaat immers ook het voorrecht daarop teniet.¹⁶ Als de verzekerde na de uitbetaling faillieert zonder aan de benadeelde te hebben betaald, kan de benadeelde zich niet meer beroepen op een voorrangpositie. Het voorrecht bestaat niet langer en de benadeelde moet genoegen nemen met de positie van concurrente crediteur.¹⁷ Echter ook indien het slachtoffer zijn preferente positie in het faillissement weet te behouden, verkeert hij in een nadeliger positie dan indien hij over een mogelijkheid zou beschikken om de verzekeraar rechtstreeks tot betaling aan te spreken. Dan heeft de benadeelde in het faillissement een positie die vergelijkbaar is met die van een separatist, zoals thans het geval bij de directe actie van art. 7:954 BW.¹⁸ Zonder de mogelijkheid van een rechtstreekse aanspraak zal de benadeelde zijn vordering ter verificatie in moeten dienen (art. 27 Fw) en moeten wachten op de uitdelingslijst, hetgeen enige jaren kan duren. Bovendien blijven de door de curator geïnde verzekeringspenningen onderhevig aan de omslag van de algemene faillissementskosten (art. 182 Fw).¹⁹ Tot die kosten worden alle boedelschulden gerekend, waaronder de vaak niet ge-

¹¹ A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 487; Wansink 1992a, p. 21.

¹² Wansink 2006, p. 438.

¹³ Wansink 2006, p. 423.

¹⁴ Alleen dan kan er immers sprake zijn van een zich bij voorrang op de vordering verhalen.

¹⁵ Robben 1993, p. 27.

¹⁶ Het voorrecht veronderstelt immers een vordering van de verzekerde op de verzekeraar: Robben 1993, p. 28; J.H. Wansink, ‘De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht’, in: A.L. Castermans e.a. (red.), *Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden*, BW-krant jaarboek 1992, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 87.

¹⁷ W.H. van Boom, ‘Hoe geprivilegieerd is het voorrecht op de verzekeringspenningen? Herkomst, werking en tekortkomingen van art. 3:287 BW’, *WPNR* 1994 (6151), p. 636; Schijns 2009, p. 47; Frenk & Salomons 2006, p. 201.

¹⁸ Zie voor het onderscheid tussen een bevoorrecht crediteur en een separatist HR 5 november 1993, *NJ* 1994, 258 m.nt. WMK.

¹⁹ Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 485-486. Zie ook H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 1996, nr. 718. Schrijvers betogen dat hoe sterk bevoorrecht de vordering van het slachtoffer ook is, hij bij faillissement altijd in een

ringe boedelvordering van het UWV wegens overgenomen loondoorbetalingsverplichtingen. Ook andere vorderingen zijn in de loop van de tijd door de Hoge Raad onder het begrip boedelschuld gebracht.²⁰ Als het faillissement al eindigt met een betaling aan de crediteuren, dan zal dat niet leiden tot een volledige afdracht van de penningen aan de benadeelde. Meer waarschijnlijk is dat de benadeelde niet veel van de verzekeringspenningen zal terugzien, omdat deze vrijwel geheel aan de boedel ten goede zal komen.²¹

De benadeelde blijft in een faillissement ook kwetsbaar vanwege zijn afhankelijkheid van de curator. Indien de verzekeraar dekking weigert of aansprakelijkheid betwist, dan zal de boedel een procedure moeten voeren om de aanspraak in rechte geldend te maken. De curator zal niet zitten te wachten op een dergelijke procedure nu het belang van de boedel bij een procedure in veel gevallen gering zal zijn. De kosten van een procedure wegen dan niet op tegen de opbrengsten voor de boedel bij een gunstige afloop. Een verzoek op grond van art. 69 Fw van de benadeelde aan de rechter-commissaris om de curator te bevelen een procedure te starten tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de failliete verzekerde, zal om die reden niet veel kans van slagen hebben.²² In de praktijk zal de benadeelde het meest gebaat zijn bij het aan zichzelf laten overdragen van de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar door de curator, zodat hij zelf tegen de verzekeraar kan ageren. Aan een cessie zal als voorwaarde verbonden zijn dat de benadeelde een bijdrage aan de boedel betaalt.²³

Uit het voorgaande blijkt dat het voorrecht van art. 3:287 BW niet leidt tot de gewenste bescherming waaraan in de praktijk behoefte bestaat.²⁴ Voor benadeelden met schade wegens letsel of overlijden, is het faillissementsprobleem inmiddels opgelost door de invoering van de directe actie (art. 7:954 BW). Zij kunnen met een directe actie buiten de boedel om direct de verzekeraar aanspreken. Zij bekleden daarmee een positie als die van een separatist. Voor benadeelden met andere schade dan schade wegens letsel of overlijden, geldt het probleem van de ontoereikende bescherming van art. 3:287 BW onverkort.²⁵

3.4. Verplichte verzekering of zekerheidstelling

Een ander instrument dat kan worden ingezet om de verhaalspositie van een benadeelde te versterken, is het wettelijk verplicht stellen van een aansprakelijkheidsverzekering. In enkele

nadeliger positie verkeert dan wanneer hij over een eigen recht zou beschikken zoals in art. 6 WAM is neergelegd; Wansink 1992a, p. 21-22.

²⁰ HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. WMK; HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS.

²¹ De Boer & Delfos 2008, p. 7. De auteurs wijzen er ook op dat in de schuldsanering van het voorrecht evenmin veel overblijft vanwege de rangregeling die bij de schuldsanering geldt (art. 349 lid 2 Fw).

²² Zie HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 577, m.nt. PvS, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechter-commissaris het verzoek van de benadeelde terecht heeft afgewezen nu het belang van de benadeelde niet opweegt tegen het door de curator aangevoerde nadeel voor de boedel in verband met de aan het voeren van een procedure verbonden kosten en risico's. Zie ook Wansink 2006, p. 440.

²³ Wansink 2006, p. 440.

²⁴ Hetgeen de wetgever bij de invoering van art. 7:954 BW met zoveel woorden heeft erkend: *Kamerstukken II* 1999/2000, 15529, nr. 5, p. 33.

²⁵ Zie over de beperkingen van art. 3:287 BW onder meer: Van Boom 1994, p. 637-638; Schijns 2009, p. 47; Wansink 1992a, p. 21-22.

wetten (zowel in Nederland als in het buitenland)²⁶ zien we ook dat als alternatief voor de verplichte verzekering de mogelijkheid bestaat zekerheid te stellen of aan te houden ter dekking van aansprakelijkheid. Nu een afwenteling van het risico op een verzekeringscollectief financieel vaak gunstiger is dan een ander financieringsinstrument waarbij een bepaald risico afgedekt wordt, loopt de verplichte zekerheidsstelling in de praktijk uit op het sluiten van een verzekering.²⁷ Een verplichte verzekering verbetert de positie van de benadeelde in zoverre dat deze er zeker van kan zijn dat er daadwerkelijk een solvabele crediteur is en dat vergoeding van de schade is gewaarborgd. Een verplichte verzekering kan worden gecombineerd met een directe actie of een eigen recht, dat op zijn beurt weer regelmatig met een verweermiddelenverbod is gecombineerd. Deze combinatie van instrumenten zien we bij de WAM, maar ook bij enkele andere in Nederland verplichte verzekeringen.²⁸ Datzelfde geldt voor Duitsland, Zwitserland (komend recht), België en Frankrijk.²⁹ Een nadere analyse van de verplichte verzekering, alsmede de juridische en rechtseconomische bezwaren daartegen, komt hierna aan de orde in hoofdstuk 6. Bij een verzekering met een hoge verzekeringsdichtheid wordt over het nut van een wettelijke verplichting getwijfeld.³⁰

3.5. Directe actie en eigen recht

Hiervoor kwam aan de orde dat de aansprakelijkheidsverzekering zich kenmerkt door een driehoeksverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde dader als contractspartijen enerzijds en het slachtoffer anderzijds. Het slachtoffer is geen partij bij de verzekeringsovereenkomst en kan, zonder overdracht of verpanding van de vordering van de dader op de verzekeraar aan het slachtoffer, en zonder andersluidende bepaling in de overeenkomst, geen rechten ontlenen aan de verhouding tussen de dader en de verzekeraar. Het slachtoffer is voor de vraag of de verzekeringspenningen bij hem belanden, afhankelijk van de (kapitaalkrachtigheid van zijn) schadeveroorzaker. Deze kwetsbare en onzekere positie doen zich in het bijzonder voelen wanneer de verzekerde failliet gaat of hem surseance van betaling wordt verleend, of wanneer hij er van door gaat met de verzekeringspenningen. Om aan dit probleem tegemoet te komen heeft de Nederlandse wetgever het hiervoor besproken wettelijk voorrecht geïntroduceerd (art. 3:287 BW), op grond waarvan de benadeelde een hoog gerangschikt voorrecht heeft op de vordering van de verzekerde jegens de verzekeraar. Hiervoor kwam al aan de orde dat het voorrecht van art. 3:287 BW onvoldoende bescherming biedt. De benadeelde moet zijn vordering immers ter verificatie indienen en bijdragen aan de faillissementskosten. Van een schadeloosstelling, laat staan een volledige schadeloosstelling, zal het in geval van faillissement van de verzekerde, niet komen.

²⁶ Zie voor Nederland hierna par. 3.11.2 en voor het buitenland hoofdstuk 7.

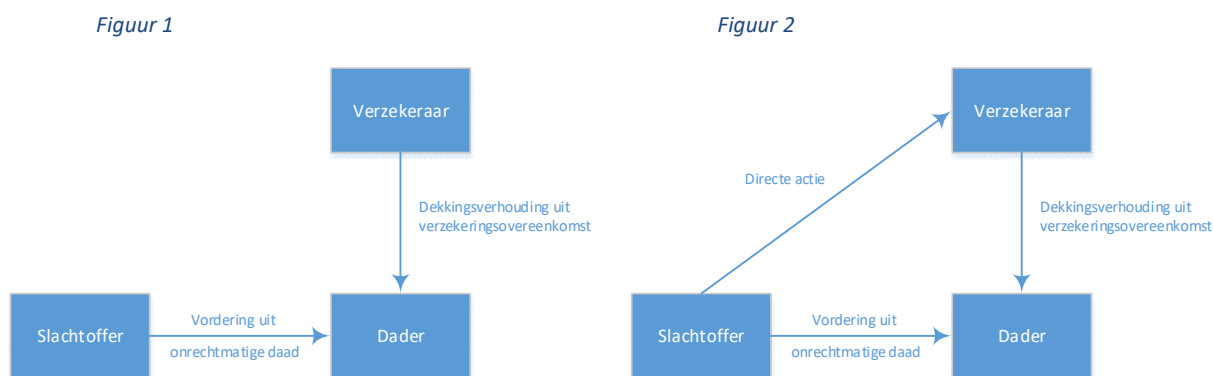
²⁷ Zie voor Zwitserland: Beck 2012, p. 3.

²⁸ Zie hierna par. 3.11.

²⁹ Zie hierna het rechtsvergelijkende hoofdstuk 7. Zie ook voor een uitvoerig overzicht van verplichte verzekeringen in een groot aantal Europese landen: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016.

³⁰ Beck 2012, p. 7.

Het instrument van de directe actie maakt de benadeelde veel minder afhankelijk van de (vermogens)positie van de aansprakelijke partij. De directe actie geeft de benadeelde de bevoegdheid om rechtstreeks van de verzekeraar van de aansprakelijke partij betaling te vorderen en zo nodig in rechte af te dwingen. De benadeelde kan rechtstreekse betaling aan hem vorderen van hetgeen de verzekerde van de verzekeraar te vorderen heeft. Technisch beschouwd, verbindt de directe actie aan de vorderingen van het slachtoffer op de dader en van de dader op zijn verzekeraar één aanspraak van het slachtoffer op diens onderdebiteur, de verzekeraar van de dader.³¹ Het verschil in rechtsverhouding met en zonder de directe actie is hieronder in figuren 1 en 2 weergegeven. Figuur 1 geeft de situatie weer waarin er geen directe actie bestaat en het slachtoffer zich uitsluitend kan wenden tot de dader zelf. Figuur 2 geeft de situatie weer waarbij de directe actie ervoor zorgt dat het slachtoffer buiten de aansprakelijke partij om direct diens verzekeraar kan aanspreken tot betaling van hetgeen de verzekeraar op grond van de schadeveroorzakende gebeurtenis verschuldigd is aan de verzekerde.



Een directe actie is aldus de bevoegdheid van de benadeelde op de verzekeraar van de aansprakelijke derde om de uitkering, die de verzekeraar krachtens de verzekeringsovereenkomst aan de verzekerde is verschuldigd, zonder tussenkomst van de verzekerde te innen.³² De bevoegdheid om te innen komt niet aan de verzekerde toe, maar aan de benadeelde.

De directe actie verbetert de positie van de benadeelde in zoverre dat hij niet meer eerst naar de aansprakelijke partij (zijn hoofdebiteur) hoeft om zijn schade vergoed te krijgen, maar dat hij zich rechtstreeks tot de onderdebiteur kan wenden (de verzekeraar van de aansprakelijke partij). Met deze onderdebiteur kan hij in debat over zowel de aansprakelijkheidsvraag (die primair een rol speelt in de verhouding benadeelde en verzekerde) als over de dekkingsvraag (die primair een rol speelt in de verhouding tussen de verzekerde en verzekeraar). Dit kan de schadeafwikkeling aanzienlijk versnellen en vereenvoudigen. De directe actie heeft verder als voordeel dat de benadeelde niet meer geraakt wordt door de solvabiliteitspositie van de aansprakelijke partij. De verzekeringspenningen worden bij de directe actie rechtstreeks uitgekeerd aan de benadeelde, zonder dat deze het vermogen van de aansprakelijke partij passeren. Deze kan niet ten nadele van

³¹ Robben 1993, p. 38.

³² Lippmann 1951, p. 220-221.

de benadeelde over de verzekeringsgelden beschikken. De penningen worden ook niet getroffen door een faillissement of surseance van de aansprakelijke verzekerde. De directe actie is in Nederland in 2006 voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering ingevoerd (art. 7:954 BW). Er is destijds uitdrukkelijk voor gekozen de bevoegdheid van de benadeelde vorm te geven als een directe actie en niet als een eigen recht. Nederland wijkt hiermee af van bijvoorbeeld het Belgische recht, dat wel de rechtsfiguur kent van het eigen recht voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Zie over de directe actie in het Belgische recht hierna par. 7.3.2. Als belangrijk nadeel van de directe actie wordt beschouwd dat de verzekerde (en niet de benadeelde) schuldeiser blijft van de verzekeraar. De benadeelde moet dus de verweren tegen zich laten gelden die de verzekeraar ontleent aan de dekkingsverhouding.³³

Onder een 'eigen recht' wordt verstaan dat de benadeelde een eigen vorderingsrecht heeft ten opzichte van de verzekeraar van de aansprakelijke partij. De benadeelde wordt zelf schuldeiser van de verzekeraar, die er een tweede schuldeiser bij krijgt. Bij de directe actie ontstaat er in de opvatting van de wetgever niet een eigen vorderingsrecht van de benadeelde. De benadeelde beschikt slechts over een 'ius agendi', de bevoegdheid om het vorderingsrecht van de verzekerde jegens diens verzekeraar uit te oefenen. Er blijft sprake van één verbintenis, namelijk die tussen de verzekeraar en de verzekerde. Het is evenwel niet de verzekerde, maar de benadeelde die nakoming van deze verbintenis kan vragen.³⁴ De benadeelde wordt in deze constructie niet een schuldeiser van de verzekeraar. De verzekerde blijft ten opzichte van de verzekeraar de schuldeiser. Dit brengt mee dat de verzekeraar een eventuele vordering op de verzekerde, zoals nog openstaande premies, kan verrekenen met de uitkering aan de benadeelde. Het eigen recht wordt om deze reden over het algemeen beschouwd als een meer verstrekkend instrument dan de directe actie. Een ander in de rechtspraktijk en literatuur genoemd onderscheid tussen de directe actie en het eigen recht ziet op de tegenwerpelijke van verweermiddelen. Daarbij gaat men uit van de veronderstelling dat de verzekeraar bij een eigen recht de verweermiddelen niet meer kan tegenwerpen die hij wel aan de verzekerde kan tegenwerpen. Dit onderscheid wordt verder uitgewerkt in par. 4.4.

3.6. Verweermiddelenverbod

Een belangrijk verzekeringsrechtelijk instrument waarmee de directe actie of het eigen recht van de benadeelde kan worden versterkt, is het verweermiddelenverbod. Dit houdt in dat de verzekeraar de verweermiddelen (waaronder ik mede versta een beroep op verval van dekking), die hem ten dienste staan op grond van de wet op de verzekeringsovereenkomst en op grond van de verzekeringsovereenkomst, niet aan de benadeelde mag tegenwerpen. De verweermiddelen die aldus niet zijn tegen te werpen, hebben betrekking op de rechtsverhouding tussen de verzekerde en de verzekeraar en kunnen bijvoorbeeld ter discussie stellen of de verzekerde bij het aangaan van de overeenkomst bepaalde relevante feiten heeft verzwegen en de premies tijdig heeft betaald. Een geslaagd beroep op een verweermiddel leidt veelal tot verval van dekking of tot verval of beperking van het recht op uitkering. Een succesvol beroep op deze

³³ De Boer & Delfos 2008, p. 30.

³⁴ Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

verweermiddelen staat in de weg aan een uitkering aan de benadeelde. De gedachte achter de tegenwerpelijke van verweren is dat de directe actie de benadeelde niet meer rechten tegenover de verzekeraar geeft dan de verzekerde heeft.

Bedacht moet worden dat het verweermiddelenverbod niet in de weg staat aan het tegenwerpen aan de benadeelde van verweren die uit de onderliggende rechtsverhouding zijn te putten: de rechtsverhouding tussen de verzekerde (de aansprakelijke partij) en de benadeelde. Hierbij kan worden gedacht aan verweermiddelen die zien op de ongegrondheid van de vordering of niet-ontvankelijkheid ten opzichte van de verzekeringnemer (de hoofdschuldenaar). Concreet gaat het om verweren die zien op de betwisting van de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoedingsplicht, zoals de betwisting van de toedracht, een beroep op eigen schuld van de benadeelde, en een beroep op verrekening van reeds door de benadeelde uit anderen hoofde ontvangen uitkeringen met de schadevergoedingsplicht. Deze verweren zijn altijd tegenwerpelijk.³⁵ De verweren die op grond van het verweermiddelenverbod aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen, hebben met andere woorden betrekking op *het bestaan van de schuldvordering*, en niet op de *inbaarheid* daarvan. Het verweermiddelenverbod kan ertoe leiden dat in de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde geen dekking bestaat voor het schadevooral, maar dat jegens de derde wel moet worden betaald. In andere bewoordingen is dit effect van het verweermiddelenverbod weleens in die zin aangeduid dat “interne dekking” ontbreekt, maar “externe dekking” aanwezig is. Naar mijn mening dient de term ‘dekking’ ter voorkoming van verwarring te worden gereserveerd voor de situatie dat de verzekeraar betaalt omdat hij daartoe op grond van de polis gehouden is. In de gevallen dat de verzekeraar op grond van een wettelijk verweermiddelenverbod de benadeelde schadeloos stelt hoewel hij daartoe op grond van de verzekeringsovereenkomst niet verplicht is, is er juist geen sprake van dekking.

Het verweermiddelenverbod betekent een substantiële inbreuk op het recht op contractsvrijheid en betekent bovendien een verzwaring van de verplichtingen van de verzekeraar. De verzekeraar is door het verweermiddelenverbod jegens de benadeelde immers tot meer gehouden dan waartoe hij op grond van de overeenkomst jegens de verzekerde verschuldigd is. Een verweermiddelenverbod behoeft om deze reden een wettelijke basis. Het wettelijk verweermiddelenverbod gaat gepaard met een wettelijk verhaalsrecht voor de verzekeraar op zijn verzekeringnemer of verzekerde (zie bijvoorbeeld art. 15 WAM).³⁶ Het verhaalsrecht draagt eraan bij dat de uiteindelijke draagplicht bij de aansprakelijke partij (de verzekerde) komt te liggen. Het verhaalsrecht kan de verzwaaarde positie van de verzekeraar echter niet geheel wegnemen. Op de verzekeraar komen immers de kosten van het verhaal te rusten, alsmede het verhaalsrisico als de verzekerde niet of onvoldoende solvabel is om zijn schuld aan de verzekeraar te voldoen.³⁷ De verhaalspositie van de verzekeraar, en de mogelijkheden tot verbetering daartoe, komt aan de orde in hoofdstuk 10.

³⁵ Zie identiek voor het Belgische recht: R. Geelen, ‘Commentaar bij art. 86 Wet Landverzekeringsovereenkomst’, in: H.A. Cousy, L. Schuermans, K. Bernauw en C. Van Schoubroeck, *Artikelsgewijze commentaar Verzekeringen, met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer 2000, losbladig, p. 55-56.

³⁶ Zie over het regresrecht van art. 15 WAM uitvoerig Robben 1993, p. 247-258.

³⁷ Robben 1993, p. 247.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen verweermiddelen die zijn ontleend aan omstandigheden van vóór de verwezenlijking van het risico (de zogenoemde anterieure verweermiddelen), en aan omstandigheden van ná de verwezenlijking van het risico (de zogenoemde posterieure verweermiddelen). Met de verwezenlijking van het risico is hier bedoeld de schadeveroorzakende gebeurtenis, ofwel het schadevoorval. Voorbeelden van anterieure verweermiddelen zijn: (i) verzwijging van, of een misleidende verklaring over, bepaalde feiten bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst (art. 7:928 BW), (ii) verzwijging van, of valse verklaringen over, een wijziging of verzwaring van het risico tijdens de looptijd van de overeenkomst, (iii) het niet betalen van de vervolgpremie (art. 7:934 BW). Voorbeelden van posterieure verweermiddelen zijn de schending van de mededelingsplicht bij schade (art. 7:941 BW), de niet-nakoming van de bereddingsplicht bij (dreigende) schade (art. 7:957 BW) en het beroep op verjaring van een rechtsvordering tot het doen van een uitkering (art. 7:942 BW). Ook staat het de verzekeraar vrij een beroep te doen op formele excepties, zoals een overeengekomen arbitrageregeling of een bewijsregeling.³⁸ De opzetclausule, en clausules met dezelfde strekking waarin misdrijf-schade van dekking wordt uitgesloten, worden in het algemeen beschouwd als een beroep op een exceptie (uitsluiting) dat is gebaseerd op omstandigheden voorafgaand aan de verwezenlijking van het risico (een anterieur verweermiddel).

Het anterieure verweermiddel van de schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de overeenkomst kan in het kader van dit onderzoek een voor de verzekeraar belangrijk verweermiddel zijn, indien bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst feiten over het strafrechtelijk verleden niet zijn meegedeeld. Lid 5 van art. 7:928 BW bepaalt dat de verzekeringnemer slechts verplicht is feiten mee te delen omtrent zijn strafrechtelijk verleden of omtrent dat van derden, voor zover zij zijn voorgevallen binnen de acht jaren die aan het sluiten van de verzekering vooraf zijn gegaan en voor zover de verzekeraar omtrent dat verleden uitdrukkelijk een vraag heeft gesteld in niet voor misverstand vatbare termen. Dit artikellid komt enerzijds de verzekeraar tegemoet omdat feiten omtrent het strafrechtelijk verleden voor de verzekeraar relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het moreel risico.³⁹ Het artikellid komt evenwel ook tegemoet aan het belang van de verzekeringnemer om niet door de jaren heen door zijn strafrechtelijk verleden te worden vervolgd. Van belang is verder dat de verzekeringnemer niet spontaan mededelingen hoeft te doen over zijn strafrechtelijk verleden. De wet geeft verschillende sanctiemogelijkheden op schending van de mededelingsplicht. Indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden of indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten, kan de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst opzeggen (art. 7:929 BW). Daarnaast kan het recht op uitkering worden verminderd (art. 7: 930 lid 3 BW), of zelfs geheel vervallen (art. 7:930 lid 5 BW).

In de WAM is ervoor gekozen een algeheel verweermiddelenverbod op te nemen (art. 11 WAM), op grond waarvan de verzekeraar noch de posterieure, noch de anterieure verweermiddelen aan de benadeelde kan tegenwerpen. Over art. 11 WAM gaat par. 3.9.5. Om de positie van de benadeelde effectief te beschermen is het niet nodig steeds een algeheel verweermiddelenverbod op te nemen. Het is ook mogelijk te bepalen dat de verzekeraar alleen de

³⁸ Robben 1993, p. 35-36.

³⁹ HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366 (Afgehakte duim).

posterieure verweermiddelen niet mag tegenwerpen.⁴⁰ Van de genoemde excepties, weren en nietigheden is het beroep op eigen schuld (in de zin van opzet van de verzekerde) bij schade als gevolg van een misdrijf een veel voorkomend verweer om dekking te weigeren. De verzekeraar kan daartoe een beroep doen op art. 7:952 BW. In vrijwel alle aansprakelijkheidspolissen is bovendien de dekking voor eigen schuld begrensd door een polisclausule, de zogenoemde opzetclausule.⁴¹ In AVP-polissen komen ook met de opzetclausule aanverwante clausules voor, zoals de bepaling dat van dekking wordt uitgesloten schade die is veroorzaakt door “een misdrijf”, of schade veroorzaakt door het gebruik in strijd met de wet van een wapen als bedoeld in de Wet Wapens en Munitie.⁴² Ook komen de zogenoemde seksueel misbruikclausules voor in verschillende vormen. Daarbij is uitgesloten de aansprakelijkheid voor schade door “ongewenste intimiteiten” of meer algemeen geformuleerd schade veroorzaakt in verband met seksuele handelingen. Deze clausules zijn te vatten onder de noemer van clausules die beogen schade van dekking uit te sluiten die is veroorzaakt door een misdrijf. In het hiernavolgende zal vooral worden gesproken over de “opzetclausule” omdat die algemene bekendheid geniet. Daaronder moeten ook de aanverwante clausules worden verstaan. Zoals opgemerkt, worden deze clausules beschouwd als anterieure verweermiddelen. Hierna in hoofdstuk 5 komt de vraag aan de orde of een verweermiddelenverbod dat erop neerkomt dat de verzekeraar zich jegens de benadeelde niet mag beroepen op opzet van de verzekerde, in strijd is met de openbare orde en goede zeden.

3.7. Vangnet

De hiervoor genoemde instrumenten van de directe actie en het eigen recht in combinatie met het verweermiddelenverbod bieden de benadeelde al een vrijwel sluitende bescherming.⁴³ Dit is alleen anders in de situatie dat de aansprakelijke partij onbekend of onvindbaar is, de aansprakelijke partij onverzekerd blijkt te zijn of indien de verzekeraar faillieert. Voor die gevallen kan een vangnet worden gevormd dat ervoor zorgt dat de benadeelde ondanks het ontbreken van een verzekering schadeloos wordt gesteld. In de WAM vervult de Stichting Waarborgfonds Motorverkeer deze rol. Daar wordt overigens wel een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarbij een persoon die een fout heeft begaan niet kan worden geïdentificeerd en het aldus onmogelijk is om krachtens het aansprakelijkheidsrecht een aansprakelijkheid te bepalen, en de situatie dat het voertuig dat de schade heeft veroorzaakt niet kan worden geïdentificeerd, maar men wel heeft kunnen vaststellen dat er een voertuig aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Bij een verzekering met een hoge verzekeringsdichtheid zoals de AVP kan de noodzaak van een waarborgfonds worden betwijfeld. Bovendien fungeert het Schadefonds Geweldsmisdrijven als een vangnet bij gewelds- en zedenmisdrijven, bijvoorbeeld als de dader onbekend of onvindbaar is. Daarbij verdient wel opmerking dat waar het Waarborgfonds Motorverkeer de

⁴⁰ Zoals in art. 151 van de Belgische Verzekeringwet is bepaald voor onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen (par. 7.3.3).

⁴¹ Vaak in één adem genoemd met de zogenoemde misbruikclausule, die beoogt schade als gevolg van seksueel misbruik buiten de dekking te laten vallen.

⁴² Zie de polisvoorwaarden van Univé.

⁴³ Zie ook Beck 2012, p. 4.

schade op nagenoeg dezelfde wijze vergoedt als de WAM-verzekeraar, namelijk met het uitgangspunt van volledige vergoeding, terwijl het Schadefonds Geweldsmisdrijven een tegemoetkoming toekent in de geleden schade, maar geen volledige vergoeding daarvan.

3.8. Schaderegelingvoorschriften

Een ander instrument om de positie van de benadeelde te verbeteren, is het stellen van voorschriften met betrekking tot de schadeafhandeling. Dit hoeven niet per se wettelijke voorschriften te zijn. Het kan ook gaan om voorschriften die facultatief in de polis zijn opgenomen of die de branche zich bij wijze van zelfregulering heeft opgelegd. Een voorbeeld van private regulering is de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL), waaraan verzekeraars die aangesloten zijn bij het Verbond van Verzekeraars zich hebben gecommitteerd.⁴⁴ Het gaat hier om gedragsvoorschriften die ten doel hebben de schadebehandeling efficiënter, sneller en slachtoffervriendelijker te laten verlopen. Zo de GBL dat door de verzekeraar erkende schade binnen veertien dagen wordt uitbetaald (gedragsregel 7), en dat als partijen na twee jaar nog geen overeenstemming hebben bereikt, gekeken wordt naar alternatieve oplossingen van geschillenbeslechting (gedragsregels 8 tot en met 10). Een ander voorbeeld van private regulering in de verzekeringsbranche met betrekking tot de behandeling van letselschade is de Medische Paragraaf bij de GBL en de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA).⁴⁵ Deel A van de GOMA gaat over een adequate reactie op medische incidenten die tot schade hebben geleid of nog kunnen leiden. Deel B gaat over de adequate afhandeling van verzoeken om schadevergoeding. In beide delen van de GOMA zijn aanbevelingen opgenomen die betrekking hebben op de communicatie tussen patiënt en zorgaanbieder.

Andere bepalingen die de verhaalspositie van een benadeelde kunnen versterken zijn bepalingen omtrent de verjaring van aanspraken en de verruiming van stuitingsmogelijkheden. Ook het toekennen van bijzondere rechten aan de benadeelde met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid. Hierna zal blijken hoe dit instrument omtrent de schaderegelingsvoorschriften concrete uitwerking heeft gevonden in de WAM.

3.9. Verzekeringsrechtelijke instrumenten van slachtofferbescherming in de WAM

3.9.1. De historische ontwikkeling van de WAM

De WAM valt niet meer weg te denken uit het huidige maatschappelijk verkeer. De WAM regelt de van overheidswege verplicht voorgeschreven verzekering die dekking biedt tegen burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven. De WAM beoogt te waarborgen dat slachtoffers van gemotoriseerd verkeer zoveel mogelijk hun schade vergoed krijgen. De bescherming is bewerkstelligd door een stelsel van verplichte verze-

⁴⁴ De GBL is te raadplegen op de website van de Letselschade Raad: www.deletschederaad.nl.

⁴⁵ De Medische Paragraaf bij de GBL en de GOMA zijn raadpleegbaar op de website van de Letselschade Raad: www.deletschederaad.nl. Zie over de totstandkoming van private regulering met betrekking tot het medisch beoordelingstraject: A. Wilken, *Het medisch beoordelingstraject bij letselschade. Verslag van een juridisch handelingsonderzoek* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

kering in combinatie met andere verzekeringsrechtelijke instrumenten.⁴⁶ Voor toepassing van de WAM moet sprake zijn van burgerrechtelijke aansprakelijkheid, zoals kan voortvloeien uit een (vervoers)overeenkomst of uit de wet (art. 6:162 BW of art. 185 Wegenverkeerswet, WVV). Op de vaststelling van de aansprakelijkheid heeft de WAM geen invloed, die geschiedt zoals gebruikelijk naar de normen van het materiële recht.⁴⁷ Deze normen worden door de WAM niet aangetast. De WAM behelst uitsluitend een regeling om te waarborgen dat de benadeelde verkeersdeelnemer schadeloos wordt gesteld.⁴⁸

De WAM is in Nederland in 1965 in werking getreden, maar lang daarvoor was de verplichte aansprakelijkheidsverzekering al onderwerp van debat. In de Scandinavische landen is een verplicht verzekeringsstelsel al in het begin van de 20^e eeuw ingevoerd (Noorwegen in 1912, Zweden in 1929 en Denemarken in 1927).⁴⁹ De wettelijke regeling in Denemarken omvatte toen al een verweermiddelenverbod, dat ook zag op het opzettelijk veroorzaken van het schadevoorval.⁵⁰ In Nederland is het politieke debat over een wettelijke regeling voor slachtoffers van gemotoriseerd verkeer in 1926 begonnen. In de Justitiebegroting van dat jaar is gewezen op “de onbillijkheid, dat, indien iemand door schuld van een ander schade lijdt, b.v. door lichamelijk letsel ten gevolge van onvoorzichtige besturing van een automobiel, en degeen, die voor de schade verantwoordelijk wordt gesteld, zich daartegen heeft verzekerd, bij faillissement van dezen laatste de verzekeringspenningen niet aan den benadeelde ten goede komen, doch aan den faillieten boedel en daardoor mede aan schuldeischers, die geheel buiten het ongeval en de oorzaak der betaling van de assurantiepenningen staan, doch niettemin daarvan profijt hebben, ten nadeele van den beschadigde.”⁵¹ De commissie die vervolgens is ingesteld om te bezien of aan de benadeelde een preferentie op de verzekeringspenningen kan worden verleend, is een stap verder gegaan door in een voorstel op te nemen dat de verzekeraar de door hem verschuldigde penningen aan de benadeelde moet betalen. Dit voorstel is verwerkt in een wetsontwerp betreffende “verrekening tusschen verzekeraar en benadeelden derde”, dat in september 1927 is ingediend. Het ontwerp behelsde een nieuw artikel 285 Wetboek van Koophandel dat als volgt luidt: “Indien eene verzekering tegen de gevolgen van aansprakelijkheid uit de wet voor toegebragte schade is gesloten, is de verzekeraar verplicht de door hem verschuldigde verzekeringspenningen te verrekenen met den benadeelden derde ten beloope van diens vordering tegen den verzekerde.”⁵² Opmerkelijk aan dit wetsontwerp was ten eerste dat het zich niet beperkte tot de aansprakelijkheid voor in het verkeer veroorzaakte schade, maar zag op de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Ten tweede voorzag het niet in een voorrecht op de verzekeringspenningen, maar in een verplichting van de verzekeraar om rechtstreeks aan de benadeelde te betalen. Dit wetsontwerp heeft de behandeling in de Staten-

⁴⁶ HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476 (Zurich/Saaltink), rov. 3.2 slot; Benelux-Gerechtshof 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660 (ZVA-Van Asselt); HvJ EG 28 april 2009, *VR* 2009, 103 (Commissie/Italiaanse Republiek).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 2 (VV II).

⁴⁸ Aldus A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea 4.4.

⁴⁹ Zie over de wettelijke regeling in Noorwegen en Denemarken: Den Dulk 1929, p. 68-73.

⁵⁰ Den Dulk 1929, p. 71.

⁵¹ *Handelingen II* A 1925/26, hfd, IV, nr. 10, p. 9 (VV II).

⁵² *Kamerstukken II* 1926/27, 398. Zie uitvoerig over dit wetsontwerp: Den Dulk 1929, p. 52-66.

Generaal niet gehaald omdat de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht van mening was dat het ontwerp een ingrijpende wijziging in de rechtsverhouding van de bij de verzekeringsovereenkomst betrokken partijen meebracht. Het ontwerp is in de vergetelheid geraakt en is in 1948 ingetrokken.⁵³ Zie over dit wetsontwerp meer uitgebreid hierna in par. 4.2.1.

Ondertussen is de gedachtevorming over de verplichte verzekering tegen aansprakelijkheid voor in het verkeer veroorzaakte schade verder gegaan. Den Dulk wijdde er in 1929 een proefschrift aan, waarin hij de contouren van een verplichte verzekering heeft besproken, ook in rechtsvergelijkend perspectief.⁵⁴ In 1937 werd een commissie ingesteld (Commissie-Losecaat Vermeer), waarin zowel deskundigen op het gebied van verkeer als deskundigen op het gebied van het verzekeringsbedrijf zitting hadden. De Commissie heeft, vertraagd door de Tweede Wereldoorlog, in 1947 een rapport uitgebracht.⁵⁵ Ondanks het feit dat de commissie haar rapport vergezeld heeft doen gaan van een wetsontwerp met toelichting, heeft dat nooit geleid tot het indienen van een wetsvoorstel. Het rapport kende een aantal noemenswaardige hoofdlijnen. Een daarvan was dat het voorzag in een verzekeringsplicht van de eigenaar en/of kentekenhouder van een gemotoriseerd voertuig, waarbij een minimale dekking gold van tenminste NLG 25.000,- per benadeelde en NLG 150.000,- per gebeurtenis.⁵⁶ Opmerkelijk is dat het rapport van de Commissie-Losecaat Vermeer niet voorzag in een eigen recht gecombineerd met een algemeen verweermiddelenverbod, het *pièce de résistance* van de huidige WAM. Het eigen recht van de benadeelde jegens de verzekeraar kon in de ogen van de Commissie-Losecaat Vermeer geen genade vinden. De bescherming van het slachtoffer werd in het rapport vormgegeven door de constructie dat de verzekeraar een in kracht van gewijsde gegaan vonnis tegen zijn verzekerde of een door deze met de benadeelde gesloten minnelijke regeling tegen zich moet laten gelden.⁵⁷ Een actie rechtstreeks tegen de verzekeraar zelf kwam het slachtoffer in de visie van de Commissie-Losecaat Vermeer dus niet toe. Het rapport kende wel een beperkt verweermiddelenverbod, in die zin dat de verzekeraar slechts enkele excepties tegen de benadeelde kan inroepen. Het gaat om een beroep op verzwijging, een beroep op de omstandigheid dat de verzekeraar te laat is in kennis is gesteld van het schadevooral, en het beroep dat de verzekeraar niet in staat is gesteld om in het rechtsgeding tussen de verzekerde en de benadeelde verweer te voeren.⁵⁸ De verzekeraar werd wel enigszins beperkt in de verweermiddelen die hij het slachtoffer kon tegenwerpen. In het rapport was ook in een fonds voorzien (een "Algemeen Fonds"), maar dat fonds zou alleen uitkeringen doen aan, en op verzoek van, gelaedeerden die hun verhaal gefrustreerd zagen.⁵⁹ Pas na de Tweede Wereldoorlog was in Benelux-verband de tijd rijp voor een regeling waarin een rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde op de

⁵³ Brief inhoudende intrekking van de wetsontwerpen, *Kamerstukken II 1947/48*, 12 en 36.

⁵⁴ Den Dulk 1929, p. 67-82.

⁵⁵ MvA, BHTK A, 1947-1948, 600, hfd. IV, nr. 5, p. 17, waaruit blijkt dat de commissie haar verslag in 1947 heeft ingediend, vergezeld van een ontwerp van wet met toelichting.

⁵⁶ Ontleend aan R. Cleton, 'De wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen: een terugblik', *VR 1983*, p. 144.

⁵⁷ Ontleend aan Robben 1993, p. 98.

⁵⁸ Ontleend aan Robben 1993, p. 98.

⁵⁹ Handelingen Tweede Kamer 1962-1963, 6342, p. 2234.

verzekeraar was vervat. Wel werd in 1939 een wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekering voorgeschreven in het kader van de uitvoering van de Wet Autovervoer Personen.⁶⁰

Na de Tweede Wereldoorlog werd in Benelux-verband gewerkt aan een verdrag betreffende een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, dat in 1955 tot stand kwam.⁶¹ De grote lijnen voor dit verdrag waren tot stand gebracht door de Benelux-studiecommissie voor eenmaking van het recht, die daarvoor aansluiting had gezocht bij een in 1948 gepubliceerd ontwerp van het Internationaal Instituut voor de unificatie van het privaatrecht in Rome. De gemeenschappelijke bepalingen bij het verdrag bevatten reeds de belangrijkste instrumenten ter bescherming van de verhaalspositie van verkeersslachtoffers: het eigen recht van de benadeelde tegen de WAM-verzekeraar (art. 6 van de gemeenschappelijke bepalingen behorende bij het verdrag), de niet-tegenwerpelijheid van uit de wet of overeenkomst voortvloeiende excepties, nietigheden en verval van recht (art. 11), de wettelijke verzekeringsplicht (art. 2), en de oprichting van een Waarborgfonds (art. 7 van het verdrag). Dit verdrag, en de op 1 juni 1976 in werking getreden Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen⁶², vormden de basis voor de WAM die op 30 mei 1963 tot wet werd,⁶³ en die op 1 januari 1965 in werking trad.⁶⁴ De inhoud van de WAM is vanaf 1972 in overwegende mate bepaald door en gewijzigd ter aanpassing aan de Europese Richtlijnen (de zogenoemde “WAM-richtlijnen”). Deze richtlijnen hebben de (verhaals)positie van verkeersslachtoffers in de loop der jaren verder verbeterd en gezorgd voor een vergaande uniformering van de rechten van verkeersslachtoffers binnen de Europese Unie.⁶⁵

3.9.2. Het juridisch novum van de WAM

De wet kende bij de invoering ervan in 1965, in de woorden van de toenmalige minister van Justitie Beerman, een “juridisch novum”. Dat was ten eerste de rechtstreekse actie van de benadeelde tegen de WAM-verzekeraar zonder dat de benadeelde behoefde te weten wie de schade had veroorzaakt. Hij hoeft alleen maar te weten met welk motorvoertuig het ongeval is veroorzaakt. Via het kenteken kan de benadeelde in een register opzoeken wie de WAM-verzekeraar is die hij kan aanspreken. Het tweede “juridisch novum” betrof het verbod van de verzekeraar om aan de verzekeringsovereenkomst of de wettelijke bepalingen omtrent de ver-

⁶⁰ Besluit van 10 augustus 1939, *Stb.* 1939, 564 tot uitvoering van de Wet Autovervoer Personen. De verplichting tot het sluiten van een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid was beperkt tot het beroepsvervoer van personen en dan nog slechts voor zover er aansprakelijkheid was wegens letsel aan deze personen en schade aan hun goederen toegebracht.

⁶¹ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, met bijbehorende gemeenschappelijke bepalingen van 7 januari 1955, *Trb.* 1955, 6.

⁶² *Trb.* 1966, 178.

⁶³ *Stb.* 1963, 228.

⁶⁴ *Stb.* 1964, 202.

⁶⁵ Zie voor een beschrijving van de historische ontwikkeling van de WAM: F.J. Blees, *De weg naar schadevergoeding in het internationale gemotoriseerde verkeer*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 15-33; Robben 1993, p. 95-123; R. Ph. Elzas en G. Veldman, ‘De WAM onderweg. Enkele aspecten van de verplicht gestelde aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen’, *Het Verkeersarchief* 2011/4, p. 176-177.

zekeringsovereenkomst ontleende verweren tegen te werpen aan de benadeelde.⁶⁶ De juridische noviteiten in de WAM werden gepresenteerd als een “belangrijke ontwikkeling in het privaatrecht:”

“Het ontwerp geeft een juridisch novum, waarop de geachte afgevaardigde Samkalden heeft gewezen: de rechtstreekse actie tegen de verzekeraar, waarover in de Nederlandse rechtsgeleerde wereld al veel is geschreven. Voorts de beperking van het beroep op de excepties in de verzekeringsovereenkomst; dat een derde in afwijking van hetgeen ik overeenkom met een ander, terwijl hij zijn recht als het ware vasthaakt aan de verzekeringsovereenkomst, desondanks met miskenning van de inhoud van die verzekeringsovereenkomst mij kan aanspreken, is inderdaad een juridisch novum. Een belangrijke ontwikkeling van het privaatrecht, dat als het ware een injectie kreeg van sociale motieven. (...) Hier is het zo dat de verzekeraar een verzekeringsovereenkomst, een privaatrechtelijke overeenkomst met de verzekerde aangaat en dat de wet hem dan verplicht een gedeelte van die verzekeringsovereenkomst als niet geschreven te beschouwen tegenover een outsider. Dit is een belangrijke ontwikkeling in ons privaatrecht.”⁶⁷

Uit deze passage blijkt dat de wetgever zich er rekenschap van heeft gegeven dat de ingezette juridische instrumenten verstrekkende gevolgen hebben, en ook een bijzonderheid vormen in het gebruikelijke privaatrechtelijke systeem. Desalniettemin is er in het parlementaire debat vrijwel geen discussie gevoerd over de noodzaak tot de inzet van deze juridische noviteiten omdat deze als geen ander het doel van de WAM konden verwezenlijken.

3.9.3. Verzekeringsplicht

Het eerste instrument dat in de WAM wordt genoemd is de wettelijke verzekeringsplicht op grond waarvan iedere bezitter en kentekenhouder verplicht is voor het motorrijtuig een aansprakelijkheidsverzekering te sluiten (art. 2 WAM). Het doel van deze verplichting is geen andere dan het waarborgen dat de schade van slachtoffers van verkeersongevallen wordt vergoed.⁶⁸ De wettelijke verzekeringsplicht brengt mee dat er wettelijke eisen (kunnen) worden gesteld aan de minimumdekking. Zo kent art. 4 WAM een limitatieve opsomming van de risico's die uitgesloten kunnen worden en beperkt daarmee de contractsvrijheid van (vooral) verzekeraars. Verder kent art. 22 WAM het voorschrift dat er een minimale verzekerde som is, waarvan de hoogte bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald. Richtlijn 2009/103/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en op de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (*PbEU* 2009, L 263/11) regelt de minimumbedragen voor de verplichte verzekering van motorrijtuigen. “Om slachtoffers een betere bescherming te bieden” en om rekening te houden met de inflatie,

⁶⁶ *Handelingen I* 1962/63, 6342, p. 2338.

⁶⁷ *Handelingen I* 1962-1963, 6342, p. 2338-2339.

⁶⁸ HvJ EG 28 april 2009, VR 2009, 103 (Commissie/Italiaanse Republiek), overweging 75.

wordt deze minimale verzekerde som eens in de zoveel jaar naar boven bijgesteld.⁶⁹ De minimumbedragen zijn voor Nederland opgenomen in het Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. Met ingang van 1 januari 2017 bedraagt de minimale verzekerde som voor een motorrijtuig 6.070.000,- per ongeval voor schade aan personen en 1.220.000 voor schade aan zaken.⁷⁰

3.9.4. Eigen recht

In de WAM zijn naast de verzekeringsplicht ook andere instrumenten gebruikt om de verhaalspositie van de benadeelde te versterken. Een belangrijk instrument is het eigen recht. In het Verdrag dat in 1955 door de Benelux-landen werd ondertekend, was al voorzien in een “eigen recht tegen de verzekeraar” (art. 6 van de gemeenschappelijke bepalingen behorend bij het verdrag). De op dit verdrag gebaseerde WAM kende bij de invoering in 1963 ook al een eigen recht. In de vierde Europese WAM-richtlijn is alle Europese landen is in het kader van de regels inzake verkeersongevallen met gemotoriseerde voertuigen, de mogelijkheid geïntroduceerd dat de benadeelde rechtstreeks tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van het schadeveroorzakende motorvoertuig kan ageren. De vierde richtlijn motorrijtuigenverzekering legde de lidstaten de verplichting op ervoor te zorgen dat de benadeelde een rechtstreekse vordering kan instellen tegen de verzekeringsonderneming van de wettelijke aansprakelijke partij. Zie art. 3 van de betreffende richtlijn:

“Rechtstreekse vordering

Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat de in artikel 1 bedoelde benadeelde wiens materiële schade of lichamelijk letsel voortvloeit uit een ongeval in de zin van die bepaling, een rechtstreekse vordering kan instellen tegen de verzekeringsonderneming van de wettelijk aansprakelijke partij.”⁷¹

De rechtstreekse vordering werd gemotiveerd door te wijzen op versterking van de rechtspositie van benadeelden:

“Het bestaan van een rechtstreeks vorderingsrecht tegen de betrokken verzekeringsonderneming is een logische aanvulling op de aanwijzing van dergelijke schaderegelaars en versterkt

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld de vijfde WAM-richtlijn: Richtlijn 2005/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 houdende wijziging van de Richtlijnen 72/166/EEG, 84/5/EEG, 88/357/EEG en 90/232/EEG van de Raad en Richtlijn 2000/26/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven, *PbEU* 2005, L 149/14, overweging 10.

⁷⁰ Besluit van 25 augustus 2016 tot wijziging van het Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, *Stb.* 2016, 324.

⁷¹ Richtlijn 2000/26/EG van 16 mei 2000 van het Europees Parlement en de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG van de Raad, *PbEG* 2000, L 181/65 (de vierde WAM-richtlijn).

bovendien de rechtspositie van benadeelden bij verkeersongevallen welke zich buiten hun lidstaat van woonplaats hebben voorgedaan.”⁷²

De rechtstreekse vordering stelt de benadeelde aldus in staat direct jegens de debiteur van zijn eigen debiteur ageren. Soms is voor de mogelijkheid tot het rechtstreeks aanspreken de term “eigen recht” gebruikt (zoals in de Nederlandse WAM). In de regelgeving in andere landen ziet men de term “rechtstreeks vorderingsrecht”. Er wordt wel verondersteld dat de rechtstreekse vordering een eigen recht veronderstelt van de titularis ervan.⁷³ In internationaal verband wordt het rechtstreeks vorderingsrecht inmiddels beschouwd als een gezamenlijk Europees rechtsinstituut.⁷⁴ In Nederland was het rechtstreeks vorderingsrecht al ver voor de vierde WAM-richtlijn geconcretiseerd in art. 6 van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). Art. 6 WAM spreekt van een “eigen recht” op schadevergoeding van de benadeelde jegens de verzekeraar door wie de – volgens de regels van het commune recht vast te stellen – aansprakelijkheid van de gemotoriseerde schadeveroorzaker is gedekt (hierna: de WAM-verzekeraar). Het rechtstreeks vorderingsrecht blijft aldus gebaseerd op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde tegenover de benadeelde. Het eigen recht van art. 6 WAM is beperkt tot het bedrag waarvoor de polis dekking biedt. Als dat meer is dan het minimumbedrag waarvoor de polis op grond van art. 22 WAM dekking moet bieden, dan strekt het eigen recht zich ook uit tot die hogere dekking.⁷⁵ In dat geval kan de verzekeraar voor dat meerdere wel eventuele beperkingen voortvloeiend uit de wet of de polis tegen de benadeelde in het geweer brengen (art. 11 lid 1, tweede zin WAM).⁷⁶ De toelichting bij dit artikel in de Benelux-Overeenkomst merkt op dat het hier gaat om een maatregel die ten doel heeft de benadeelde te beschermen, en wijst in dat verband op de tweeledige functie van de aansprakelijkheidsverzekering:⁷⁷

“De verplichte verzekering tegen aansprakelijkheid van de automobilist heeft niet in de eerste plaats de bescherming van het vermogen van de verzekerde tot doel; zij is voor alles een maatregel ter bescherming van de benadeelden. Derhalve wordt in de bepaling uitdrukkelijk gezegd dat de verzekering aan de benadeelde een recht geeft tegen de verzekeraar, die zijn schuldenaar wordt.”

De partijen bij de Benelux-Overeenkomst hebben zich gerealiseerd dat het rechtstreeks vorderingsrecht een inbreuk maakt op het nationale verzekeringsrecht van de betrokken landen. Benadrukt is om die reden dat het vorderingsrecht van de benadeelde zijn grondslag vindt in de

⁷² Overweging 14 vierde WAM-richtlijn, *PbEG* 2000, L 181/65.

⁷³ Zie bijvoorbeeld de Belgische auteur L. Simont, ‘L’action directe de la victime d’un accident d’automobile contre l’assureur de propriétaire de celui-ci’, ontleend aan: H.A. Cousy en C. Van Schoubroeck, ‘De actualiteit van de rechtstreekse vordering in het verzekeringsrecht’, in: *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel: Bruylant 2002, p. 563-564.

⁷⁴ Basedow/Fock 2002, p. 108.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 9 (MvA).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 10, p. 1 (NvW II).

⁷⁷ Toelichting op de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 39.

wet en niet in de verzekeringsovereenkomst. Zie in dat verband de conclusie voor een arrest van het BenGH waarin dit aspect tot uitdrukking is gebracht:

“Zoals door advocaat-generaal Berger in de aan arrest A 86/3 voorafgaande conclusie werd onderstreept: '(...) de bepalingen van de W.A.M. in navolging van de GB vormen een rechtstreekse inbreuk op het (nationale) verzekeringsrecht. Het vorderingsrecht van de benadeelde vindt zijn grondslag in de wet en niet in de verzekeringsovereenkomst'. (Jur., d. 9, p. 39, nr. 6.)”⁷⁸

Tijdens de parlementaire behandeling is door enkele Kamerleden het voorrecht op de verzekeringspenningen als alternatief voor het eigen recht voorgesteld. De wetgever was echter van mening dat een voorrecht niet de bescherming bood die het eigen recht aan een benadeelde biedt, om onder meer de hiervoor besproken nadelen (zie par. 3.3:

“Juist het systeem van de directe actie is eenvoudig, zowel wat de redactie als wat de toepassing betreft. Het systeem heeft bovendien, vergeleken met het door de hier bedoelde leden aanbevolen systeem, geen enkel wezenlijk nadeel. Met name voor de verzekeringsmaatschappij is de in het ontwerp gekozen regeling niet nadelig: haar kan het immers onverschillig zijn, of zij haar uitkering doet aan de verzekerde dan wel aan de benadeelde.”⁷⁹

Er is gekozen voor een relatief korte verjaringstermijn van het eigen recht. Art. 10 WAM bepaalt dat een uit de WAM voortvloeiende rechtsovereenkomst van de benadeelde tegen de verzekeraar verjaart door verloop van drie jaar te rekenen van het feit waaruit de schade is ontstaan.

Bij de totstandkoming van de WAM is gediscussieerd over de vraag of ook anderen dan het primaire slachtoffer over een eigen recht beschikken als bedoeld in art. 6 WAM.⁸⁰ Wat is, met andere woorden, de kring van beschermde personen die vallen onder het begrip “benadeelde” in art. 1 WAM? Art. 1 WAM verstaat onder benadeelden “zij die schade hebben geleden welke grond oplevert voor toepassing van deze wet, alsmede hun rechtverkrijgenden.” Waar de wet de rechtverkrijgenden uitdrukkelijk benoemt, rijst de vraag of het benadeeldebegrip van art. 1 WAM zich ook uitstrekt tot de particuliere regresnemers die door cessie of subrogatie een afgeleid recht hebben gekregen en tot de regresnemers die over een wettelijk eigen recht beschikken. In deze laatste categorie vallen de overheid die op grond van de Verhaalswet ongevallen ambtenaren een eigen regresrecht heeft, alsmede de sociale verzekeraars. De memorie van toelichting bij de WAM heeft deze vraag bevestigend beantwoord:

“De benadeelden zijn degenen die schade hebben geleden welke grond oplevert voor toepassing van de wet, alsmede hun rechtverkrijgenden. Derhalve is hieronder niet slechts begrepen het slachtoffer van het ongeval zelf, doch een ieder jegens wie de veroorzaker daarvan aansprakelijk is, hetzij deze een eigen recht heeft uit eigen hoofde (o.a. op grond van art. 1401 e.v.

⁷⁸ BenGH 17 december 1992, NJ 1993, 200 (Lambert/Josi en Waarborgfonds), rov. 12.

⁷⁹ Kamerstukken II 1962/63, 6342, nr. 6, p. 2 (MvA II).

⁸⁰ Kamerstukken II 1961/62, 6342, nr. 5, p. 6-7 (VV II).

BW of art. 95 Ongevallenwet), hetzij een afgeleid recht, dat b.v. door cessie of subrogatie kan zijn verkregen.”⁸¹

Met betrekking tot de sociale verzekeraars heeft de Hoge Raad bij herhaling bevestigd dat zij onder het begrip ‘benadeelde’ vallen als bedoeld in de WAM.⁸² De Hoge Raad heeft daarbij in het bijzonder belang gehecht aan de omstandigheid dat het Benelux-Gerechtshof ervan uitgaat dat de verdragsluitende partijen het begrip ‘benadeelde’, ook wat betreft de kring der gerechtigden, ruim wilden verstaan.⁸³ Ook particuliere en sociale regresnemers beschikken dus, net als de primaire slachtoffers en diens rechtverkrijgenden, over een eigen recht.⁸⁴

3.9.5. Verweermiddelenverbod

Het eigen recht van art. 6 WAM is versterkt met een verweermiddelenverbod (art. 11 WAM). Dit verbod komt erop neer dat de WAM-verzekeraar aan de benadeelde geen uit de wettelijke bepalingen omtrent de verzekeringsovereenkomst of uit deze verzekeringsovereenkomst zelf voortvloeiende nietigheid, verweer of verval kan tegenwerpen (art. 11 WAM). Verweren ontleend aan, of betrekking hebbend op, de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde regarderen het verkeersslachtoffer dus niet. Op de wettelijke en contractuele nietigheden, excepties en verval kan alleen tegenover de (nalatige) verzekeringnemer dan wel de verzekerde een beroep worden gedaan.⁸⁵ Het verweermiddelenverbod wordt ook wel aangeduid als de “polisvoorwaardendoorbraak”.⁸⁶ Art. 11 laat onverlet dat aan de benadeelde wel verweren kunnen worden tegengeworpen die voortvloeien uit andere wetten dan die omtrent de verzekeringsovereenkomst. Aldus uitdrukkelijk de toelichting van de wetgever bij art. 11 WAM, die om die reden heeft gekozen voor een andere redactie van het verweermiddelenverbod die tekstueel afwijkt van de tekst in de gemeenschappelijke bepalingen behorend bij het Beneluxverdrag.⁸⁷ Die bepaling ging in de ogen van de Nederlandse wetgever verder dan de bedoeling van de verdragsluitende partijen was. Zo blijven procesrechtelijke excepties tegenwerpelijk voor zover die uit de wet voortvloeien. Geen beroep kan hij echter doen op nietigheden die volgens het Burgerlijk Wetboek iedere overeenkomst kunnen treffen.⁸⁸ Mijns inziens is bij de totstandkoming van de WAM terecht de vraag opgeworpen hoe dit zich verhoudt tot de tekst van art.

⁸¹ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3 (MvT). In een later stadium van de parlementaire behandeling is dit ter discussie gesteld en als vraag opnieuw aan de wetgever voorgelegd: *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 6-7 (VV II).

⁸² HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332, m.nt. ARB (Hinthamerstraat); HR 10 augustus 1994, *NJ* 1995, 58.

⁸³ BenGH 16 april 1992, *NJ* 1992, 685. Anders dan het Hof, is A-G Janssen de Bisthoven van mening dat het begrip ‘benadeelde’ niet zo ruim moet worden worden uitgelegd dat daar ook regresnemers onder vallen. Hij heeft in zijn conclusie voor dit arrest opgemerkt dat een ruime kring van benadeelden de strekking van de Benelux-Overeenkomst aantast, die in wezen op specifieke bescherming van het slachtoffer is gericht.

⁸⁴ Zie over de positie van regresnemers in het kader van de WAM meer uitvoerig: Blees 2010, p. 254-255, 290; Robben 1993, p. 197-200.

⁸⁵ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 43.

⁸⁶ A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea 4.3.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3, p. 12 (MvT).

11 WAM nu het hier niet gaat om een wettelijke bepaling omtrent de verzekeringsovereenkomst.⁸⁹ Waar het om gaat, is dat tegenover de benadeelde geen beroep mag worden gedaan op verweermiddelen die betrekking hebben op de verhouding van de verzekeraar tegenover de verzekerde. Dus nietigheden die volgens het Burgerlijk Wetboek de overeenkomst kunnen treffen kunnen niet worden tegengeworpen. Ook formele excepties voor zover een daartoe strekkend beding in de polis is opgenomen en procesrechtelijke verweren die uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien kunnen niet aan de benadeelde worden tegengeworpen. Hierbij valt te denken aan een arbitragebeding of een bewijsregeling.⁹⁰ Het verweermiddelenverbod geldt niet met betrekking tot het bedrag boven de ex art. 22 WAM vastgestelde verzekerde som, zoals blijkt uit art. 11 lid 1, slot WAM.⁹¹ Met ingang van 1 januari 2017 bedraagt de minimale verzekerde som voor een motorrijtuig € 6.070.000,- per ongeval voor schade aan personen en € 1.220.000 voor schade aan zaken.⁹² Het eigen recht van art. 6 WAM strekt zich wel uit tot een eventueel hogere dekking dan de wettelijk minimaal verzekerde som, maar in dat geval kan de verzekeraar voor dat meerdere eventuele beperkingen voortvloeiend uit de wet of de polis tegen de benadeelde in het geweer brengen (art. 11 lid 1, tweede zin WAM). In de woorden van de toenmalige minister van Justitie Beerman “herleeft wat men zou kunnen noemen het natuurrecht van de verzekeraar om een beroep te kunnen doen op bedingen uit de polis.”⁹³ Het verweermiddelenverbod is derhalve beperkt tot het bedrag waarvoor een wettelijke verzekeringsplicht bestaat.⁹⁴ De ratio achter deze beperking is gelegen in de (on)betaalbaarheid van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, in welk verband is aangegeven dat het laten gelden van de bijzondere bescherming van art. 11 WAM voor ook het excedent een extra risico meebrengt dat zijn weerslag in de premie zou vinden.⁹⁵ Robben heeft zich hierover kritisch uitgelaten. Zij meent dat een beperking zoals is neergelegd in art. 11 lid 2 WAM niet in het belang is van de benadeelde en dus niet past bij de strekking van de verplichte verzekering.⁹⁶ Zie ook het parlementair debat daarover bij de totstandkoming van de WAM.⁹⁷

De invoering van een wettelijk verweermiddelenverbod was in de visie van de regelgever nodig om een sluitend systeem te krijgen waarin werd gewaarborgd dat het slachtoffer daadwerkelijk schadeloos werd gesteld. Ook in de rechtsliteratuur werd aangedrongen op een verweermiddelenverbod, ook voor opzettelijke veroorzaakte schade. Zo merkte Den Dulk in zijn

⁸⁹ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2230.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3, p. 12 (MvT).

⁹¹ Art. 11 lid 1, slot WAM luidt als volgt: “Het bepaalde in de vorige zin geldt niet met betrekking tot het bedrag, waarmee het van de verzekeraar gevorderde de krachtens artikel 22 vastgestelde som of sommen overschrijdt.”

⁹² Besluit van 25 augustus 2016 tot wijziging van het Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, *Stb.* 2016, 324. Zie voor het oorspronkelijke besluit: Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, Besluit van 27 oktober 1964, *Stb.* 1964, 410.

⁹³ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2235.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 10, p. 1 (NvW II).

⁹⁵ Conclusie A-G Verkade voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea 4.12; *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 6 (MvA II) en *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 10, p. 1 (NvW II).

⁹⁶ Robben 1993, p. 223-224.

⁹⁷ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2218.

proefschrift het volgende op in reactie op de vraag of verzekeraars in geval van opzet een uitkering moeten geven:

“De meeste verzekeraars geven in die gevallen geen uitkering. Het schijnt ook niet juist, dat een dergelijke schade – en vooral een, die door opzet is veroorzaakt – door verzekering gedekt wordt. Toch kan men den verzekeraar bij de verplichte verzekering niet het recht geven, vergoeding in die gevallen te weigeren, daar de benadeelde dan bij insolventie van den verzekerde geen volle vergoeding zou krijgen, en het doel van de verplichte verzekering dus niet tot zijn recht zou komen.”⁹⁸

Hierna in par. 3.10 zal het doel en de rechtvaardiging van het verweermiddelenverbod aan de hand van passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WAM in nationaal en internationaal verband worden toegelicht. Eén van de excepties waar de verzekeraar zich jegens de benadeelde niet op kan beroepen, is de omstandigheid dat opzettelijk veroorzaakte schade in de polis van dekking is uitgesloten. Dit blijkt uit de toelichting op art. 11 van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorend bij de Benelux-Overeenkomst:

“De in de wetten van de Verdragsluitende Staten op de overeenkomst van verzekering voorkomende bepaling, dat verlies of schade die door opzet of grove schuld van de verzekerde is veroorzaakt, niet ten laste van de verzekeraar zal komen (Belgische wet, artikel 16; Luxemburgse wet, artikel 15; vergelijk Nederlands Wetboek van Koophandel, artikel 276) zal niet van toepassing zijn op de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde”⁹⁹ [onderstreping toegevoegd].

Dat de verzekeraar aan de benadeelde niet kan tegenwerpen dat de verzekerde de schade opzettelijk of door roekeloosheid heeft veroorzaakt, is ook tot uitdrukking gebracht in het rapport van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiegroep tot eenmaking van het recht, waarin is opgemerkt dat volgens

“de tekst van het ontwerp de verzekering de opzettelijke daad van de verzekerde [moet] insluiten; de tekst bevat immers ten deze geen beperking van de aansprakelijkheid van de verzekerde. Wel zal voor dit geval in de polis een beding kunnen worden gemaakt, dat de verzekeraar recht van verhaal heeft tegen de verzekerde die schuld heeft.”¹⁰⁰

Dat opzet van de veroorzaker niet aan de benadeelde kan worden tegengeworpen (en dus niet ter zake doet in de verhouding tussen de WAM-verzekeraar en benadeelde) is bevestigd door het Benelux-Gerechtshof in een zaak waarin een bestuurder van een motorvoertuig met opzet tien personenauto's heeft aangereden op het parkeerterrein van een ziekenhuis in Gent.¹⁰¹ Aan het Benelux-Gerechtshof hebben partijen de vraag voorgelegd of het opzettelijk beschadigen

⁹⁸ Den Dulk 1929, p. 77-78.

⁹⁹ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 43.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 4, p. 5 (Bijlage bij de MvT).

¹⁰¹ Benelux-Gerechtshof 19 februari 1988, *NJ* 1988, 677, rov. 23.

een exceptie oplevert die door de verzekeraar aan de benadeelde kan worden tegengeworpen. Het Benelux-Gerechtshof heeft deze vraag ontkennend beantwoord, waarbij het heeft gewezen op het doel van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en voorts heeft gewezen op de gemeenschappelijke toelichting bij de bepalingen, waarin is opgemerkt dat deze doelstelling niet volledig tot zijn recht zou komen als de excepties ook aan de slachtoffers zouden kunnen worden tegengeworpen. Verder heeft het Benelux-Gerechtshof gewezen op de hiervoor geciteerde opmerking in de gemeenschappelijke toelichting bij art. 11 van de Benelux-Overeenkomst dat de in de wetten van de Verdragsluitende Staten op de overeenkomst van verzekering voorkomende bepaling, dat verlies of schade die door opzet of grove schuld van de verzekerde is veroorzaakt, niet ten laste van de verzekeraar zal komen, niet van toepassing is op de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde. Ten slotte is gewezen op het commentaar in de gemeenschappelijke toelichting op art. 3 van de Benelux-Overeenkomst waarin is opgemerkt dat de verzekering een “zeer ruime strekking” heeft, het “gebruik van het motorrijtuig door een bestuurder die zijn bevoegdheid overschrijdt in de verzekering begrepen [is]” en “volgens de tekst van het ontwerp de verzekering ook dekking [moet] geven in geval van opzet van de verzekerde, aangezien de tekst geen enkele beperking bevat wat betreft de grond van diens aansprakelijkheid.”¹⁰² Het eigen recht van het slachtoffer van een verkeersongeval veroorzaakt door een motorvoertuig, kan dus niet gefrustreerd worden door opzet van de aansprakelijke persoon.¹⁰³ Alleen als het slachtoffer zelf aan de schade heeft bijgedragen door geheel vrijwillig plaats te nemen in een auto waarvan hij wist dat die gestolen was, kan hij geen aanspraak maken op schadevergoeding.¹⁰⁴

Kan de verzekeraar tegenover de benadeelde geen beroep doen op de verweren die met de wet omtrent de verzekeringsovereenkomst of de verzekeringsovereenkomst zelf in verband staan, dan kan hij voor die gevallen wel een recht van regres op de verzekeringnemer of de verzekerde voorbehouden.¹⁰⁵

De vraag rijst of ook regresnemers kunnen profiteren van het verweermiddelenverbod van art. 11 WAM. Hiervoor is toegelicht dat regresnemers, zowel de regresnemers die over een afgeleid recht beschikken op grond van cessie of subrogatie als de regresnemers die over een wettelijk eigen recht beschikken zoals de overheid en de sociale verzekeraars, de verzekeraar van de veroorzaker rechtstreeks kunnen aanspreken op grond van art. 6 WAM. Ook de regresnemers vallen immers onder het benadeelden-begrip van art. 1 WAM, nu dit ruim moet worden uitgelegd. Te bepleiten valt dat de regresnemers om dezelfde reden kunnen profiteren van het verweermiddelenverbod van art. 11 WAM. Ook art. 11 WAM hanteert het begrip “benadeelde”, en er is geen uitzondering gemaakt voor de particuliere en sociale regresnemende verzekeraars. Slechts in het kader van de toegang tot het Schadevergoedingsorgaan is een uit-

¹⁰² Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 37-38.

¹⁰³ C.P. Robben, ‘Rechtstreekse actie. Welke?’, *VR* 2015, p. 330. Zie voor een voorbeeld van WAM-schade die opzettelijk is veroorzaakt: HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, m.nt. JBMV.

¹⁰⁴ HvJ EU 28 maart 1996, C-129/94, ECLI:NL:XX:1996:AJ6338, *VR* 1997/55 (Ruiz Bernaldez), rov. 21.

¹⁰⁵ In de oorspronkelijke regeling van de WAM was het regresrecht neergelegd in art. 11 lid 2. Thans is het regresrecht neergelegd in art. 15 WAM.

zondering gemaakt voor deze regresnemers en andere instanties die door vergoeding aan de benadeelde in de rechten van de benadeelde zijn getreden (art. 27j sub b WAM). Het verweermiddelenverbod geldt dus ook voor de regresnemende verzekeraars.¹⁰⁶

Naast het verweermiddelenverbod van art. 11 WAM kent art. 5 WAM de bepaling dat de verzekeraar een in de overeenkomst opgenomen eigen risico, een beding dat inhoudt dat de verzekerde persoonlijk voor een deel in de vergoeding van de schade zal bijdragen, niet aan de benadeelde kan tegenwerpen. De WAM-verzekeraar is jegens de benadeelde ook gehouden tot betaling van het bedrag aan schadevergoeding dat op grond van het eigen risico krachtens de overeenkomst ten laste van de verzekerde blijft. Intern, in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde, wordt het eigen risico gehandhaafd. De regeling dat de verzekeraar het eigen risico niet aan het slachtoffer kan tegenwerpen werd door de opstellers van de Benelux-overeenkomst beschouwd als een noodzakelijke regeling “ter bescherming van de rechten van de benadeelde.”¹⁰⁷ In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de WAM is dit uiteindelijk ook het doorslaggevende argument geweest om art. 5 WAM, dat in het eerste ontwerp van wet nog de mogelijkheid openhield dat de verzekeraar het eigen risico wel aan de benadeelde mocht tegenwerpen,¹⁰⁸ aan te passen ten gunste van de benadeelde. Dit bleek ook in overeenstemming te zijn met de regelgeving in andere Europese landen.¹⁰⁹

De invoering van het verweermiddelenverbod was bij de invoering van de WAM een “juridisch novum.” Het werd door de toenmalige Minister van Justitie Beerman gepresenteerd als een belangrijke ontwikkeling in het privaatrecht:

“Hier is het zo dat de verzekeraar een verzekeringsovereenkomst, een privaatrechtelijke overeenkomst met de verzekerde aangaat en dat de wet hem dan verplicht een gedeelte van die verzekeringsovereenkomst als niet geschreven te beschouwen tegenover een outsider. Dit is een belangrijke ontwikkeling in ons privaatrecht.”¹¹⁰

Uit deze passage blijkt dat de wetgever zich de ingrijpendheid heeft gerealiseerd van het verweermiddelenverbod.

3.9.6. Waarborgfonds Motorverkeer

Naast de verzekeringsplicht en het eigen recht in combinatie met het verweermiddelenverbod, kent de WAM ook een vangnet in de vorm van de Stichting Waarborgfonds Motorverkeer (hierna ook: het Waarborgfonds). Het Waarborgfonds is een op grond van art. 23 WAM aange-

¹⁰⁶ Zie hierover ook de discussie in de parlementaire stukken, onder meer: *Kamerstukken II 1962/63*, 6342, nr. 6, p. 5 (MvA II).

¹⁰⁷ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 39.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 1960/61*, 6342, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁰⁹ Zie de parlementaire discussie onder meer in: *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2218-2219.

¹¹⁰ *Handelingen I 1962/63*, 6342, p. 2339.

wezen rechtspersoon¹¹¹ waarop benadeelden die geen verhaalsmogelijkheden op de aansprakelijke schadeveroorzaker een beroep kunnen doen. Zij kunnen, mits er burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor hun door een motorvoertuig veroorzaakte schade bestaat, een recht op een recht op schadevergoeding geldend maken, in de situaties die worden genoemd in artikel 25, eerste en tweede lid, van de WAM. Er is dan sprake van:

- Een onbekend gebleven wederpartij; ¹¹¹
- Een niet-verzekerde wederpartij; ¹¹¹
- Een motorrijtuig dat door geweld of diefstal was verkregen; ¹¹¹
- Een onvermogenende verzekeraar of wederpartij; of ¹¹¹
- Een motorrijtuig met een vrijstelling wegens gemoedsbezwaren.

De benadeelde kan niet bij het Waarborgfonds terecht in de situatie dat de benadeelde bijvoorbeeld door verjaring zijn vorderingsrecht tegen een WAM-verzekeraar kwijtraakt. Het Waarborgfonds heeft een subsidiair karakter. Het is alleen bedoeld als ultimum remedium als het niet mogelijk is om zelf via de verzekeraar van de bezitter van het motorvoertuig de schade te verhalen. Na de uitkering aan de benadeelden verkrijgt het Waarborgfonds de vordering op de aansprakelijke partij, zodat regres kan worden genomen. Het Waarborgfonds fungeert als vangnet, en is om die reden ook wel het sluitstuk van de WAM genoemd.¹¹² Het beschermingskarakter van de WAM brengt wel mee dat bij een geschil tussen het Waarborgfonds en de WAM-verzekeraar of zich een van de situaties voordoet als hierboven bedoeld, bijvoorbeeld of zich de situatie voordoet dat de auto door een dief of een geweldpleger werd gebruikt, de benadeelde niet van het kastje naar de muur mag worden gestuurd. Art. 25 lid 4 WAM bepaalt dat indien het Waarborgfonds en een verzekeraar het niet eens zijn over de vraag wie van hen de schade moet vergoeden, degene die als eerste wordt aangesproken tot vergoeding van de schade dient over te gaan. Indien mocht blijken dat de ander geheel of gedeeltelijk tot vergoeding van de schade gehouden is, zal deze tot verrekening overgaan. Ook deze bepaling staat in het teken van slachtofferbescherming en verbetert de positie van de benadeelde en verzacht voor hem het subsidiaire karakter van de aanspraak op het Waarborgfonds.¹¹³ Het Waarborgfonds wordt gefinancierd door bijdragen van de Nederlandse motorrijtuigenverzekeraars (art. 24 WAM). Het Waarborgfonds stelt ieder jaar een bedrag per motorrijtuig vast dat verzekeraars betalen per motorvoertuig waarvoor zij een verzekering hebben afgesloten. De verzekeraars rekenen dit bedrag door in de premie van de motorrijtuigverzekering. Voor 2013 bedroeg de bijdrage € 7,70,- per gekentekend voertuig en € 1,20 per ongekentekend motorvoertuig.¹¹⁴

3.9.7. Schaderegelingvoorschriften en stuiting

Ten slotte bevat de WAM schaderegelingvoorschriften en een soepele regeling omtrent stuiting van de verjaring van de vordering, die de verhaalspositie alsmede de incasso- en procespositie

¹¹¹ Besluit van 19 mei 1989, *Stcrt* 103.

¹¹² H.J.J. de Bosch Kemper en R. Gruben, *De WAM in werking. 38 jaar jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53.

¹¹³ De Bosch Kemper & Gruben 2003, p. 54.

¹¹⁴ Toetsingskader Waarborgfonds Motorverkeer, www.rijksoverheid.nl.

van het verkeersslachtoffer verbeteren. Een deel van deze voorschriften ziet op de verbeteringen voor diegenen die slachtoffer zijn geworden van een verkeersongeval met grensoverschrijdende aspecten. Zo kan de benadeelde dankzij het zogenoemde “groenekaartstelsel” en de structuren van de vierde WAM-Richtlijn, zijn rechten tegen de aansprakelijke partij, als deze in een ander land woonplaats heeft dan de benadeelde, toch in het land van de benadeelde geldend maken.¹¹⁵ De vierde WAM-richtlijn schrijft verder voor dat de lidstaten in het belang van de benadeelde een schaderegelaar aanwijzen in iedere andere lidstaat dan die waar zij haar officiële vergunning heeft gekregen (art. 4 van de vierde WAM-richtlijn). Daarnaast moeten de lidstaten ervoor zorgen dat er informatiecentra worden opgericht zodat snel informatie beschikbaar is waarmee de verzekeringsonderneming kan worden geïdentificeerd die de wettelijke aansprakelijkheid dekt van het bij het ongeval betrokken motorrijtuig, bijvoorbeeld door het bijhouden van een register waaruit kan worden opgemaakt bij welke verzekeraar het motorrijtuig is verzekerd (art. 5 van de vierde WAM-richtlijn). Ook bepaalt de richtlijn dat de benadeelde desgewenst informatie moet kunnen krijgen omtrent de identiteit van de eigenaar, of de bestuurder van het motorrijtuig omdat de benadeelde daarbij een gerechtvaardigd belang kan hebben.

Andere voorschriften die de verhaalspositie van de benadeelde onder de WAM verbeteren, zijn de van art. 3:316 e.v. BW afwijkende bepalingen over stuiting van de verjaring van het vorderingsrecht. Zo kan de verjaring van het eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar door onderhandelingen worden gestuit (art. 10 lid 3 WAM). Dit is een voor de benadeelde gunstige afwijking van het regime van art. 3:316 e.v. BW, waar onderhandelingen geen rechtsgeldige manier van stuiten opleveren. Daarnaast is bepaald dat handelingen die de verjaring van de rechtsvordering van een benadeelde tegen een verzekerde stuiten, ook de verjaring stuiten van de vordering van de benadeelde jegens de verzekeraar (art. 10 lid 2, eerste zin WAM).¹¹⁶ De stuiting jegens de verzekerde werkt derhalve door in de verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar. Omgekeerd geldt hetzelfde: een stuiting van de vordering van de benadeelde jegens de verzekeraar, stuit ook de verjaring van de vordering jegens de aansprakelijke verzekerde (art. 10 lid 2, tweede zin WAM). Hiermee wordt voorkomen dat het slachtoffer na vruchteloos onderhandelen met de verzekeraar of het Waarborgfonds het recht op schadevergoeding jegens de aansprakelijke verzekerde verliest, doordat deze vordering inmiddels is verjaard.¹¹⁷ Deze soepele stuitingsregeling is een belangrijk onderdeel van het instrumentarium waarmee in de WAM de verhaalspositie van het slachtoffer is versterkt.

Op het gebied van schaderegelingvoorschriften op het niveau van private zelfregulering kan worden gedacht aan de gedragsregels voor de afdeling motorrijtuigen die sinds 1990 gelden voor leden van het Verbond van Verzekeraars. In deze Bedrijfsregeling (“Gedragsregels bij

¹¹⁵ Richtlijn 2000/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 mei 2000 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG van de Raad (Vierde richtlijn motorrijtuigenverzekering), *PbEG* 2000, L 181/65.

¹¹⁶ De Hoge Raad heeft deze werking van art. 10 lid 2, eerste zin WAM, bevestigd in HR 12 februari 1982, *NJ* 1982, 563, m.nt. FHJM (Waarborgfonds Motorverkeer/AAZ-Nutskiekenfonds).

¹¹⁷ Zie over deze materie ook Robben 1993, p. 219-221.

de Behandeling van Letselschaden in het Verkeer', nummer 15) zijn voor de verzekeraars gedragsregels opgenomen die beogen de benadeelde gedurende de behandeling van personen-schade duidelijkheid te bieden over zijn positie, en een spoedige afhandeling te bevorderen.¹¹⁸ Het Waarborgfonds Motorverkeer heeft zich ook aan deze Bedrijfsregeling geëngageerd.¹¹⁹ Deze Bedrijfsregeling voor verkeersschades vormde de basis voor de in 2006 tot stand gekomen GBL, die voor de afwikkeling van alle letselschades geldt.

3.10. Rechtvaardiging WAM

In de WAM zijn alle hiervoor besproken instrumenten die de wetgever ter beschikking staan om de verhaalspositie van slachtoffers via het verzekeringsrecht te versterken, benut. De bepalingen waarin de instrumenten zijn opgenomen, zijn bovendien van dwingend recht (art. 16 WAM). De WAM is daarmee in Nederland een unieke regeling, waarvan algemeen aanvaard is dat zij een vrijwel sluitende waarborg biedt voor volledige schadeloosstelling van het slachtoffer zonder dat deze wordt belast met de lotgevallen uit de contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekerde. Deze waarborg heeft ook een prijs. Het systeem van de WAM komt er immers op neer dat via de wettelijk voorgeschreven dekkingsomvang wordt geïntervenieerd in de contractsvrijheid van partijen. Daarnaast is de WAM-verzekeraar door het verbod op tegenwerping aan de benadeelde van wettelijke en contractuele verweermogelijkheden, tot meer verplicht dan waartoe hij op grond van de verzekeringsovereenkomst gehouden is. Wat is de rechtvaardiging voor de bescherming van de positie van het verkeersslachtoffer ten koste van de positie van de verzekeraar?

3.10.1. Slachtofferbescherming

In het parlementaire debat is de WAM gekenschetst als "een schoolvoorbeeld van de vermaatschappelijking in ons privaatrecht,"¹²⁰ en als een "stuk sociale verzekering in de oneigenlijke zin des woords."¹²¹ De belangrijkste rechtvaardiging voor de inzet van een aantal krachtige verzekeringsrechtelijke instrumenten was de wens om de rechten van slachtoffers van door motorrijtuigen veroorzaakte ongevallen optimaal te waarborgen.¹²² Deze bescherming wordt bewerkstelligd door een stelsel van verplichte verzekering in combinatie met de hiervoor beschreven andere instrumenten als een eigen recht van het slachtoffer op de WAM-verzekeraar en een polisvoorwaardendoorbraak (verweermiddelenverbod). Met dit primaire doel is de WAM in 1965 ingevoerd. De bescherming heeft tot doel dat degene die in het verkeer door een motorrijtuig veroorzaakte schade lijdt, de garantie heeft dat er een "kapitaalkrachtige instantie" is die

¹¹⁸ Vgl. in dit verband ook de specifieke voorschriften die in de Duitse pendant van de WAM gelden. Daar schrijft de wet bijvoorbeeld voor dat de verzekeraar binnen drie maanden met een schaderegelingsvoorstel moet komen, dan wel met een onderbouwde reactie op de vordering van de benadeelde (art. 3a Gesetz übr die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter).

¹¹⁹ De Bosch Kemper & Gruben 2003, p. 43.

¹²⁰ Handelingen, *Kamerstukken I* 1962/63, 6342, p. 2335.

¹²¹ Handelingen, *Kamerstukken I* 1962/63, 6342, p. 2332-2333.

¹²² Robben 1993, p. 95; Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

tot betaling in staat is.¹²³ Dat de bescherming van de positie van de benadeelde leidend is geweest voor de inhoud van de WAM (en haar voorgangers) en de uitleg van bepalingen uit de WAM, wordt hierna toegelicht aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de WAM. Daarbij wordt zowel aandacht besteed aan het debat dat in nationaal verband is gevoerd in de aanloop naar de invoering van de WAM in 1965, als aan het debat in het kader van de totstandkoming van de Benelux-Overeenkomst en de Europese richtlijnen die vanaf 1972 de inhoud van de WAM mede zijn gaan bepalen. Ook wordt aan de hand van uitspraken van de Hoge Raad, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Benelux-Gerechtshof (hierna: BenGH), aan wie de uitleg is opgedragen van de Benelux-Overeenkomst en van de gemeenschappelijke bepalingen, voor zover in de nationale wetgeving opgenomen, toegelicht hoe het argument van slachtofferbescherming in de rechtspraak doorwerkt en heeft geleid tot een ruime uitleg van de wettelijke bepalingen ten gunste van de benadeelde.

3.10.1.1. Parlementaire geschiedenis WAM

De totstandkomingsgeschiedenis van de WAM en de voorlopers daarvan biedt een heldere inzicht in de gedachte achter de invoering van een wettelijke verzekeringsplicht met bijbehorende instrumenten. De toelichtende stukken bij zowel het Verdrag, de Benelux-Overeenkomst als de WAM en de WAM-Richtlijnen, laten geen misverstand bestaan over de ratio van de regeling. Het gaat hier om een regeling met een “sterk sociaal element”, waarbij het uitgangspunt geldt dat men “elkanders lasten” draagt, aldus de toenmalige Minister van Justitie Beerman bij de beraadslaging in de Tweede Kamer over de WAM.¹²⁴ De bijzondere commissie die heeft gerapporteerd over het wetsontwerp van de WAM, heeft de gevoelde noodzaak tot een regeling voor verkeersslachtoffers als volgt geformuleerd:

“De commissie is in grootst mogelijke meerderheid van oordeel, dat dit ontwerp nuttig en nodig is en dat het in een diep gevoelde, reeds lang bestaande behoefte voorziet. De sterke intensivering, welke het verkeer, in het bijzonder het gemotoriseerd verkeer, na de tweede wereldoorlog heeft ondergaan – een ontwikkeling die nog steeds niet lijkt te zijn afgesloten, doch integendeel waarschijnlijk naar nieuwe hoogtepunten zal voeren – dwingt tot het nemen van een aantal maatregelen, enerzijds erop gericht ongevallen zoveel doenlijk te voorkomen, anderzijds ertoe strekkende, de gevolgen van ongevallen zo min mogelijk pijnlijk te doen zijn. Tot de laatste groep maatregelen behoort zonder twijfel een wettelijke voorziening, welke beoogt te bevorderen dat het slachtoffer van een verkeersongeval een maximale kans heeft op verhaal, ook dan wanneer de schade aanzienlijk is.”¹²⁵

¹²³ A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea 4.4 en de aldaar in voetnoot 8 genoemde verwijzingen naar: Onrechtmatige daad (losbl.) III.9, aant. 345 (De Bosch Kemper); Handboek Schaderegeling Motorrijtuigen (losbl.) deel 3 WAM, aant. 1, p. 305-4 (2002) (Wansink); H.J.J. de Bosch Kemper, ‘Wet aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM)’, in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2016, aant. 1, p. 2120-3; Elzas 2008 (T&C Verzekeringsrecht), inl. opm. WAM, aant. 2.

¹²⁴ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2237.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 1 (VV II).

Zo is in het rapport van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiegroep tot eenmaking van het recht, dat ten grondslag lag aan het in 1955 ondertekende verdrag betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, opgemerkt dat het belangrijkste doel is “het geven van de zekerheid, dat de vergoeding van de schade in die gevallen, waarin zij wettelijk verschuldigd is, ook wordt uitgekeerd.”¹²⁶

Aan de parlementaire behandeling kan over de algemene achtergrond van de WAM het volgende worden ontleend:

“Het is meer dan verschrikkelijk, te lezen, dat bij auto-ongelukken de gelaedeerde geen verhaal heeft, omdat van een kikker nu eenmaal geen veeren zijn te plukken.”¹²⁷

En voorts:

“Iedereen zal instemmen met de gedachte, dat slachtoffers van verkeersongevallen, die een schadeloosstelling wettelijk krijgen toegewezen, de zekerheid moeten hebben, dat de veroordeelde partij die schadeloosstelling ook zal kunnen voldoen. Ook zal iedereen het ermee eens zijn, dat dergelijke slachtoffers, wat betreft de omvang van de schadeloosstelling niet afhankelijk moeten worden van de financiële draagkracht van de veroordeelde partij.”¹²⁸

Ook de toenmalige minister Beerman vond de WAM een “geweldige sprong vooruit.” En verder:

“De verplichte verzekering, de directe actie tegen de verzekeraar, de beperking van het beroep op excepties tegenover de gelaedeerde en dan (...) het fonds, dat als het ware zijn beschermende armen uitstrekt om al die gevallen, die nog door de mazen van de verplichte verzekering heen komen, te omvatten.”¹²⁹

En verder is bij de behandeling opgemerkt:

“Wat betreft deze tweërlei aansprakelijkheid vinden wij in deze wet, dunkt mij, het sociale complement, waar toch de grondslag ten principale van deze wet is, dat er niemand in ons land de dupe dient te worden van ongelukken, onheilen in het verkeer, die op enigerlei wijze niet voldoende of in het geheel niet gedekt zouden blijken te zijn.”¹³⁰

Met dit wetsontwerp wordt beoogd “de slachtoffers van verkeersongevallen, waarbij de tegenpartij krachtens de wet tot schadevergoeding werd verplicht, een zo groot mogelijke zekerheid te geven dat de tegenpartij ook tot die schadevergoeding in staat zal zijn. (...) Dit wetsontwerp draagt het karakter van bescherming van de belangen van verkeersslachtoffers.”¹³¹

¹²⁶ Rapport van 4 juni 1954, *Kamerstukken II 1960/61*, 6342, nr. 4 (bijlage bij MvT).

¹²⁷ Aldus Duys bij de parlementaire behandeling, *Handelingen II 1932/33*, p. 418.

¹²⁸ Aldus Lankhorst bij de parlementaire behandeling van de WAM, *Handelingen II 1959/60*, p. 2135.

¹²⁹ Aldus minister Beerman, *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2235.

¹³⁰ *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2222.

¹³¹ *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2224.

“Het wetsontwerp richt zich op de bescherming van de benadeelde en heeft ten doel een einde te maken aan het euvel, dat de benadeelde voor de vergoeding van de hem toegebrachte schade geen of moeilijk verhaal kan vinden.”¹³²

Met betrekking tot het verweermiddelenverbod is stilgestaan bij de verzwaring van de positie van de verzekeraars. Deze verzwaring vormde echter geen reden af te zien van de invoering van het verbod, omdat de prioriteit lag bij de bescherming van de belangen van de benadeelde:

“Toelichting Artikel 11. Indien om enigerlei reden de verzekeraar niet verplicht is tot uitkering aan een verzekerde die wegens schuld aan een ongeval tot schadevergoeding is gehouden, heeft dit volgens het eerste lid van artikel 11 voor de benadeelde geen nadelige gevolgen: deze behoudt immers zijn eigen recht jegens de verzekeraar, die het verweer dat hem tegenover de verzekerde toekomt, niet aan de benadeelde mag tegenwerpen. Uit deze bepaling, die het risico van de verzekeraar verzwart, blijkt de strekking der wet, nl. de bescherming van de belangen van de benadeelde”¹³³ [onderstreping toegevoegd].

Bij de behandeling in de Tweede Kamer van het wetsontwerp van de WAM is over de bezwaren van verzekeraars tegen het verweermiddelenverbod het volgende opgemerkt:

“Artikel 6, lid 1, geeft aan de benadeelde een eigen recht tegen de verzekerde. In aansluiting daarop bepaalt artikel 11, lid 1 – en dat is wellicht een nog belangrijker regeling –, dat geen nietigheid, verweer of verval, dat de verzekeraar tegen de verzekerde zou hebben kunnen aanvoeren, door hem aan de benadeelde kan worden tegengeworpen. In de kringen van de assuradeurs hebben altijd bezwaren tegen een dergelijke regeling bestaan. Men wenste het behoud van de bestaande constructie, die de verzekeraars in de tweede linie plaatst. Het was indertijd een juist besluit van de Beneluxcommissie, dat zij deze tegenstand afwees. Het zijn sterke argumenten, die – om de totale regeling gemakshalve onder dit begrip samen te vatten – voor het toekennen van een eigen recht aan de benadeelde pleiten.”¹³⁴

En voorts:

“De belangen van de benadeelde moeten in het geheel van de regeling het zwaarste wegen. Het wil mij voorkomen, dat de benadeelde in dit wetsontwerp ook inderdaad aan zijn trekken komt. Het doel van dit wetsontwerp is juist die benadeelde meer zekerheid te bieden, niet alleen waar het de zeer belangrijke schade betreft, maar vooral ook waar het de veelheid van kleinere bedragen betreft. Al staat dan dat sociale aspect voorop, er moet toch een afweging van de verschillende belangen zijn en die heeft ook plaatsgehad. Het heeft mij verheugd, dat bij verzekeraars, naar uit verschillende stukken, die ons hebben bereikt, blijkt, begrip bestaat voor dit sociale aspect van de regeling en dat er ook bereidheid bestaat om aan de uitvoering van een dergelijke regeling mede te werken. Ik geloof, dat die bereidheid ook nodig is.”¹³⁵

¹³² *Handelingen II 1962-1963*, 6342, p. 2227.

¹³³ *Kamerstukken II 1962/63*, 6342, nr. 10, p. 1 (NvW II).

¹³⁴ *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2217.

¹³⁵ *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2232.

Het primaire doel van slachtofferbescherming blijkt niet alleen uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WAM, maar blijkt ook uit de verdragen en overeenkomsten die in internationaal verband tot stand zijn gekomen met betrekking tot de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, en die ten grondslag hebben gelegen aan de WAM. Zie het in 1955 gesloten Verdrag tussen Nederland, België en Luxemburg betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, en de (toelichting op de) Benelux-Overeenkomst van 1966. In zowel de considerans van het Verdrag als van de Benelux-Overeenkomst is het volgende vermeld:

“Van mening zijnde, dat er aanleiding bestaat om de rechten van slachtoffers van ongevallen, welke door motorrijtuigen op hun grondgebied worden veroorzaakt, door de invoering van een stelsel van verplichte verzekering te waarborgen” (...).¹³⁶

Het streven om de verhaalspositie van het verkeersslachtoffer te optimaliseren, is ook te lezen in de toelichting op de Benelux-Overeenkomst teruggekeerd, daar waar de verschillende verzekeringsrechtelijke instrumenten worden besproken. Zo was de invoering van een wettelijk verweermiddelenverbod in de visie van de regelgever nodig om een sluitend systeem te krijgen waarin werd gewaarborgd dat het slachtoffer daadwerkelijk schadeloos werd gesteld. Overwogen werd dat

“de waarborgen die een wet op de verplichte verzekering aan verkeersslachtoffers biedt, niet ten volle doel [zouden] treffen indien de excepties die de verzekeraar aan zijn verzekerde kan tegenwerpen, ook aan de slachtoffers zouden kunnen worden tegengeworpen.”¹³⁷

In de memorie van toelichting op het verweermiddelenverbod van art. 11 van de WAM zijn vrijwel identieke termen gebruikt:

“De bescherming die de verplichte verzekering de benadeelde biedt, zou niet voldoende tot haar recht komen indien de verzekeraar uitkering aan hem zou kunnen weigeren op grond van verweren die hij aan de verzekeringnemer en de verzekerde zou kunnen tegenwerpen. Het eerste lid van artikel 11 snijdt een beroep daarop dan ook tegenover de benadeelde af.”¹³⁸

¹³⁶ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, met bijbehorende gemeenschappelijke bepalingen, 7 januari 1955, *Trb.* 1955, 16, p. 2; Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, en 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 2 en *Trb.* 1976, 90.

¹³⁷ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 43.

¹³⁸ *Kamerstukken II 1960/61*, 6342, nr. 3, p. 11 (MvT). Zie ook het rapport van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiecommissie tot eenmaking van het recht van 4 juni 1954, *Kamerstukken II 1960/61*, 6342, nr. 4, p. 7 (bijlage bij MvT), die een gelijklopende passage bevat.

De toelichting op het verweermiddelenverbod in de Tweede WAM-richtlijn sluit hierbij aan:

“Overwegende dat het in het belang van de slachtoffers is dat de gevolgen van bepaalde uitsluitingsclausules worden beperkt tot de betrekkingen tussen de verzekeraar en de voor het ongeval aansprakelijke persoon.”¹³⁹

Dit argument is in het kader van het verweermiddelenverbod ook opgenomen in de memorie van toelichting bij de aanpassing van de WAM aan de tweede WAM-richtlijn. Ook daarin is benadrukt dat art. 11 WAM “uit een oogpunt van slachtofferbescherming” al een vergaand verweermiddelenverbod kent. Opgemerkt is dat art. 11 WAM “aanzienlijk verder gaat” dan het voorschrift in de tweede WAM-richtlijn doordat aan de benadeelde geen enkele uit de wet of overeenkomst voortvloeiende nietigheid, verweer of verval door de verzekeraar kan worden tegengeworpen.¹⁴⁰

In het kader van het rechtstreeks vorderingsrecht van art. 6 van de gemeenschappelijke bepalingen bij de Benelux-Overeenkomst is verwezen naar het doel en de functie van de aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, die “voor alles” een maatregel is ter bescherming van de benadeelden:

“De verplichte verzekering tegen aansprakelijkheid van de automobilist heeft niet in de eerste plaats de bescherming van het vermogen van de verzekerde tot doel; zij is voor alles een maatregel ter bescherming van de benadeelden. Derhalve wordt in de bepaling uitdrukkelijk gezegd dat de verzekering aan de benadeelde een recht geeft tegen de verzekeraar, die zijn schuldenaar wordt. Derhalve kan een betaling door de verzekeraar aan de verzekerde geen bevrijdende werking hebben ten opzichte van de benadeelde, daar de betaling slechts geldig kan worden gedaan aan de schuldeiser zelf.”¹⁴¹

Hieruit blijkt dat de hiervoor besproken verschuiving in de maatschappelijke functie van de algemene aansprakelijkheidsverzekering bij de WAM al lang geleden heeft plaatsgevonden. Er is in Nederland en in Europees verband eensgezindheid over de omstandigheid dat de WAM niet primair beoogt het vermogen van de verzekerde te beschermen, maar er voor alles voor de benadeelde is.¹⁴² Illustratief is ook de opmerking in de memorie van antwoord dat de verzeke-

¹³⁹ Tweede Richtlijn van de Raad van 30 december 1983 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven, 84/5/EEG, *PbEG* 1984, L 8/17, p. 1.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 1985/86, 19564, nr. 3, p. 3 (MvT bij de Aanpassing van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (*Stb.* 1984, 269) aan de Tweede richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven, van 30 december 1983 (*PbEG* 1984, L 8/17).

¹⁴¹ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 39.

¹⁴² *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 4, p. 5 (bijlage bij MvT); art. 6 van de Toelichting op de artikelen van de Gemeenschappelijke bepalingen bij het Verslag van de Belgisch-Nederlandse-Luxemburgse Studiecommissie tot eenmaking van het recht. Zie ook de uitvoerige conclusie van A-G Verkade voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea's 4.17, 4.26 en 4.36.

ring de verzekerde niet hoeft te vrijwaren tegen ieder financieel gevolg van het door hem veroorzaakte ongeval, in welk verband wordt gewezen op het feit dat de “zedelijke verantwoordelijkheid” in onverminderde mate op de bestuurder blijft rusten. In dezelfde passage is er tevens op gewezen dat “burgerrechtelijk de bestuurder van een motorrijtuig volledig aansprakelijk [blijft] tegenover een benadeelde, doch deze laatste daarnaast een aanspraak jegens de verzekeraar [heeft].”¹⁴³ Het eigen recht van art. 6 WAM is in de Nederlandse parlementaire stukken als volgt gerechtvaardigd:

“De strekking der verplichte verzekering is, de benadeelden zoveel mogelijk zekerheid te geven dat de door hen geleden schade zal worden vergoed. Uit deze strekking vloeit voort dat de benadeelde een eigen recht tegenover de verzekeraar dient te hebben. Ontbreekt dit dan is de benadeelde afhankelijk van de verzekerde en van diens vermogenspositie. Het blijft dan mogelijk dat het bedrag dat de verzekeraar aan de verzekerde moet uitkeren niet of slechts gedeeltelijk de benadeelde ten goede komt. De verzekerde kan b.v. het bedrag op andere wijze besteden; hij kan zijn vordering op de verzekeraar aan een derde cederen; in geval hij failliet gaat, valt de uitkering van de verzekeraar in de boedel en delen de andere schuldeisers naast de benadeelde daarin mede. Het eerste lid van dit artikel verschaft de benadeelde de gewenste zekerheid door hem tot de schuldeiser van de verzekeraar te maken en hem te beschermen tegen de gevaren die zijn vordering kunnen bedreigen van de zijde van de verzekerde. [...] Betaling aan de verzekerde heeft ten opzichte van de benadeelde derhalve zonder meer geen bevrijdende werking voor de verzekeraar.”¹⁴⁴

Ook art. 5 van de gemeenschappelijke bepalingen, waarin is bepaald dat de verzekeraar aan de benadeelde niet kan tegenwerpen dat de verzekerde persoonlijk voor een deel in de vergoeding van de schade zal bijdragen, is gerechtvaardigd door te verwijzen naar de positie van de benadeelde:¹⁴⁵

“Een dergelijke regeling is noodzakelijk ter bescherming van de rechten van de benadeelde.”¹⁴⁶

Hetzelfde geldt voor de motivering van de invoering van een verzekeringsplicht:¹⁴⁷

“Een wet op de verplichte verzekering dient ter bescherming van het publiek. [...] Het ontwerp heeft ten doel aan de benadeelde, die het slachtoffer is van een ongeval in een der Beneluxlanden, alle waarborgen te verlenen van de in dat land geldende wet op de verplichte verzekering zowel wat betreft het bedrag en de voorwaarden van de krachtens die wet voorgeschreven verzekering als wat betreft de bevoegdheid van de rechters van dat land.”¹⁴⁸

¹⁴³ *Kamerstukken II 1962/63*, 6342, nr. 6, p. 5 (MvA II).

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 1960/61*, 6342, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁴⁵ Art. 5 WAM kent een soortgelijke bepaling.

¹⁴⁶ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 39.

¹⁴⁷ Art. 2 van de gemeenschappelijke bepalingen bij de Benelux-Overeenkomst, en art. 2 WAM.

¹⁴⁸ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 35-36.

3.10.1.2. Rechtspraak WAM

De strekking van de WAM, een zo effectief mogelijke bescherming van verkeersslachtoffers, is een belangrijk aanknopingspunt bij de uitleg van de WAM. In het algemeen staat in de rechterlijke beslissingen de overweging centraal dat de wet, die ten doel heeft de rechten van slachtoffers te waarborgen, ruim dient te worden opgevat.¹⁴⁹ Dat de strekking van de WAM een belangrijk aanknopingspunt is bij de uitleg van de regeling, leidt ertoe dat interpretatievragen als regel in het voordeel van de benadeelde (dienen te) worden uitgelegd.¹⁵⁰ Illustratief in dat verband is BenGH 30 november 1990, waarin het hof de waarborgfunctie van de WAM voorop gesteld heeft om met betrekking tot de voorgelegde vraag te komen tot een slachtoffervriendelijke uitleg van de gemeenschappelijke bepalingen:

“Overwegende dat voormelde Benelux-Overeenkomst, zoals uit haar preambule blijkt, ertoe strekt de rechten van slachtoffers van ongevallen, welke door motorrijtuigen worden veroorzaakt, door de invoering van een stelsel van verplichte verzekering te waarborgen; dat in de Gemeenschappelijke Toelichting bij de Overeenkomst – conform de geest van de preambule – als beginsel is neergelegd dat de verzekering voor alles een maatregel ter bescherming van de benadeelden is.

Overwegende dat de eerste begripsomschrijving van art. 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, en met name hetgeen in de tweede zin wordt bepaald, in het licht van dit beginsel moet worden gelezen;” (...) ¹⁵¹

Zie verder de uitspraak het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een procedure tegen Italië waarin over de WAM-contracteerplicht het volgende is overwogen:

“Ter rechtvaardiging van de contracteerplicht heeft de Italiaanse Republiek meerdere doelen aangevoerd, waaronder de sociale bescherming van slachtoffers van verkeersongevallen. Dit doel van sociale bescherming, dat in wezen de vorm aanneemt van een garantie dat deze slachtoffers passend zullen worden vergoed, kan als een dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd. Zoals blijkt uit de in de punten 3 tot en met 12 van het onderhavige arrest weergegeven gemeenschapsregeling en zoals de Italiaanse Republiek en de Republiek Finland hebben benadrukt, bestaat het eigenlijke doel van de verplichte wettelijke aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen namelijk erin, te waarborgen dat slachtoffers van verkeersongevallen worden vergoed.” ¹⁵²

Het bieden van een ruime bescherming aan verkeersslachtoffers vormde ook een van de overwegingen in het kader van de zaak voor het Benelux-Gerechtshof over de uitleg van het begrip

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem 9 nov. 1979, *VR* 1981, 50, p. 178; Rb. Haarlem 16 nov. 1971, *VR* 1972, 46, p. 118.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld: HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476 (Zurich/Saaltink), rov. 3.2 slot; BenGH 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660, m.nt. CJHB (ZVA-Van Asselt), rov. 21; HvJ EG 28 april 2009, *VR* 2009, 103 (Commissie/Italiaanse Republiek); BenGH 16 april 1992, *NJ* 1992, 685 m.nt. JCS (OCMW Eisene/Josi), rov. 14. Zie ook De Bosch Kemper 2016, aant. 4, p. 2120-7: “De WAM staat gelet op doel en strekking in het teken van slachtofferbescherming. Elke twijfel bij interpretatie en toepassing van de WAM mag in het voordeel van de benadeelde worden uitgelegd.”

¹⁵¹ BenGH 30 november 1990, *NJ* 1991, 263 (Eagle Star / Cobeca), rov. 8 tot en met 10.

¹⁵² HvJ EG 28 april 2009, *VR* 2009, 103 (Commissie/Italiaanse Republiek), nummers 73 tot en met 75, 81-82.

“onderhandeling” in art. 10 lid 3 WAM en over de zogenoemde doorstuiting van art. 10 lid 4 (eerder: lid 2) WAM.¹⁵³ Deze doorstuiting brengt mee dat de stuiting van de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar doorwerkt in de verhouding tussen de benadeelde en de verzekerde, in die zin dat stuiting jegens de verzekeraar ook de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde op de verzekerde heeft gestuit. Andersom stuiten handelingen die de verjaring van de vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar stuiten, tevens de verjaring van de vordering tegen de verzekerde. Overwogen werd dat

“het niet met het doel van de Benelux-Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen, een ruime bescherming aan verkeersslachtoffers te waarborgen, in overeenstemming zou zijn, aan te nemen dat het in art. 10 par. 2 tweede zin in het belang van de benadeelde geregelde rechtsgevolg niet zou kunnen worden ingeroepen wanneer het gaat om stuiting van de verjaring van een rechtsvordering die aan een nationale wetsbepaling als art. 31 WVV, welke de benadeelde zekere voordelen biedt, kan worden ontleend.”¹⁵⁴

In een later arrest heeft de Hoge Raad daar nog aan toegevoegd dat de doorstuiting ook heeft te gelden voor het gedeelte van de vordering van de benadeelde op de verzekerde dat uitgaat boven het bedrag waarvoor de polis dekking biedt. Deze ruime interpretatie wordt volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd door de aan de WAM ten grondslag liggende bedoeling een ruime bescherming te bieden aan verkeersslachtoffers. Een ander voorbeeld uit de rechtspraak waarin het primaire doel van de WAM tot uitdrukking is gebracht, biedt HR 9 januari 1976 waarin de doelstelling van de WAM als volgt is verwoord:

“[...] nu de WAM beoogt om door middel van een verplichte verzekering en een waarborgfonds de slachtoffers van door een motorrijtuig toegebrachte schade te beschermen tegen het risico van oninbaarheid van hun vordering tot schadevergoeding als gevolg van insolventie of onvindbaarheid van de eigenaar of de bestuurder van het bewuste motorrijtuig.”¹⁵⁵

Dat de bescherming van benadeelden ten koste gaat van de positie van verzekeraars, die door het rechtstreeks vorderingsrecht en het verweermiddelenverbod aanzienlijk is verzwaaard, is geen beslissend argument voor een andere benadering van de bepalingen in de WAM. Zie in dat verband BenGH 17 december 1992, waarin het Hof een belangenafweging heeft gemaakt die gelet op de beoordeling van de partijen bij de Benelux-Overeenkomst uitvalt ten gunste van het slachtoffer:

“Overwegende dat – zoals in de arresten van het Hof van 15 febr. 1988 en 19 febr. 1988 in de zaken A 86/3 (Jurisprudentie, deel 9, p. 27) en A 86/2 (Jurisprudentie, deel 9, p. 2) is onderstreept – ‘de partijen bij de Benelux-Overeenkomst het belang van een zo effectief mogelijke

¹⁵³ Zie voor het begrip doorstuiting de conclusie van A-G Verkade voor HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, alinea 4.8.

¹⁵⁴ Benelux-Gerechtshof 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660, m.nt. CJHB (ZVA-Van Asselt), overweging 21.

¹⁵⁵ HR 9 januari 1976, *NJ* 1976, 310 m.nt. ARB.

bescherming van de verkeersslachtoffers zwaarder hebben willen laten wegen dan het belang van verzekeraars om de risico's welke zij overnemen, te kunnen begrenzen.”¹⁵⁶

De wens om de positie van het verkeersslachtoffer te versterken kan door een aantal aspecten worden verklaard. Ten eerste dat de slachtoffers ten gevolge van het ongeval ongewild in een verbintenisrechtelijke relatie met de aansprakelijke partij zijn komen te staan.¹⁵⁷ Hoewel het slachtoffer die persoon niet zelf heeft kunnen uitkiezen, is hij wel afhankelijk van het inkomen en het vermogen van de aansprakelijke partij. Indien deze geen of onvoldoende verhaal biedt, blijft de schade voor rekening van het verkeersslachtoffer. Dit vond men ongewenst. Dat dit argument veel verder strekt dan alleen maar de verkeersslachtoffers, blijkt uit de Memorie van Toelichting op het in 1927 in een wetsontwerp vervatte artikel 285 Wetboek van Koophandel,¹⁵⁸ waaruit op te tekenen valt dat “wien buiten overeenkomst schade wordt berokkend, eene verdergaande rechtsbescherming [mag] worden verleend dan dengene die nadeelige gevolgen ondervindt van het vertrouwen, dat hij vrijwillig aan zijn schuldenaar heeft gegeven.”¹⁵⁹

Het tweede aspect waarmee de behoefte aan slachtofferbescherming kan worden verklaard is de onverbreekelijke en oorzakelijke band tussen de vordering van het slachtoffer jegens de verzekerde en de vordering van de verzekerde op de verzekeraar.¹⁶⁰ Ook dit aspect heeft betekenis voor andere dan verkeersslachtoffers. Voorafgaand aan de totstandkoming van de WAM is in nationaal en internationaal verband gediscussieerd over hoever de slachtofferbescherming zou moeten gaan. Een korte terugblik op de totstandkoming van de WAM biedt inzicht in het verloop van de discussie, en werpt meer licht op de argumenten die ten grondslag liggen aan de huidige regeling.

De intrede van het motorrijtuig in het verkeer heeft een bijzonder gevaarselement geïntroduceerd, waarbij ook het risico op ernstige ongevallen is vergroot.¹⁶¹ Dit gevaar is door de intensivering van het gemotoriseerde verkeer, en door het feit dat deze motorrijtuigen steeds hogere snelheden konden bereiken, groter geworden. Het aantal verkeersongevallen nam toe, en daarmee ook de kans op (personen)schade voor iedere burger. Hoewel de meeste gemotoriseerde weggebruikers zich vóór 1965 vrijwillig (onverplicht) hadden verzekerd met betrekking tot de door hen in het verkeer veroorzaakte schade, was toch het “algemeen gevoelen” dat het verkeersslachtoffer meer bescherming nodig had.¹⁶² Dit leidde in 1937 tot het instellen van een commissie die onderzoek moest doen naar het verplicht stellen van een verzekering “tegen de geldelijke gevolgen van de aansprakelijkheid volgens de wet, voortvloeiende uit het gebruik van

¹⁵⁶ BenGH 17 december 1992, *NJ* 1993, 200 (Lambert/Josi en Waarborgfonds), rov. 8.

¹⁵⁷ Den Dulk 1929, p. 37-38; Robben 1993, p. 15.

¹⁵⁸ Waarin de mogelijkheid was voorzien dat de verzekeraar de door hem verschuldigde verzekeringspenningen met de benadeelde moest verrekenen, hetgeen erop neerkwam dat de verzekeraar de assurantiepenningen direct aan de benadeelde moest betalen. Dit wetsontwerp is in 1948 ingetrokken. Zie over dit wetsontwerp meer uitgebreid par. 3.9.1 over de historische ontwikkeling van de WAM, en par. 4.2.1 over de ontwikkeling van de directe actie in Nederland.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1926/27, 398, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹⁶⁰ Robben 1993, p. 16.

¹⁶¹ Cleton 1983, p. 142.

¹⁶² Robben 1993, p. 95.

motorrijtuigen" (de commissie Losecaat Vermeer).¹⁶³ De commissie heeft in 1947 haar rapport uitgebracht dat in hoofdlijnen enkele kernpunten van de huidige WAM bevat.¹⁶⁴ Het eerste kernpunt betreft de verzekeringsplicht van de eigenaar en/of kentekenhouder van een motorvoertuig. Het tweede kernpunt betreft de omstandigheid dat de verzekeraar een in kracht van gewijsde gegaan vonnis tegen zijn verzekerde of een door deze met de benadeelde bereikte minnelijke regeling, tegen zich moet laten gelden. Het blijkt hier om een tussenoplossing te gaan nu de commissie een directe actie van de benadeelde op de verzekeraar kennelijk te ver vond gaan, terwijl men anderzijds vond dat een voorrecht van de benadeelde op de vordering van de verzekerde op de verzekeraar (zoals nu is neergelegd in art. 3:287 BW) onvoldoende waarborg bood.¹⁶⁵ Het derde kernpunt ziet erop dat de verzekeraar zich jegens de benadeelde slechts op enkele excepties kan beroepen, te weten verzwijging, te late melding van het verwezenlijke risico en dat hij niet in staat is gesteld verweer te voeren in het rechtsgeding tussen de verzekerde en de benadeelde. Het punt van de excepties heeft de commissie benoemd als een "netelige vraag." In het bijzonder door een beroep op verzwijging toe te staan, is tegemoet gekomen aan de wensen van verzekeraars.¹⁶⁶ Als sluitstuk van de regeling was voorzien in de oprichting van een "Algemeen Fonds" (een waarborgfonds) dat aan de benadeelde uitkering doet wanneer deze zich niet op de aansprakelijke persoon of diens verzekeraar kan verhalen.

Dat deze vergaande voorstellen, in het bijzonder het voorstel een verplichte verzekering in te voeren, niet zonder discussie tot stand zijn gekomen, blijkt uit de heftige reacties voorafgaand aan de instelling van de commissie Losecaat Vermeer.¹⁶⁷ Ook het ontwerp zelf vertoonde duidelijk "de aarzelingen die met name in het toenmalige verzekeringsbedrijf bestonden ten aanzien van een vergaande bescherming van de benadeelde."¹⁶⁸ In het kader van de discussie over hoever de slachtofferbescherming bij ongevallen door gemotoriseerd verkeer moet gaan, zijn ook de in internationaal verband gedane voorstellen vermeldenswaard. In 1934 heeft de 'Conseil de Direction' van het 'Institut International pour l'unification du Droit privé' een commissie ingesteld die een internationale unificatie van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor automobilisten moest onderzoeken. In 1937 is de commissie met een voorstel ('*avant-projet*') gekomen. Het '*Avant-projet de dispositions uniformes sur l'assurance obligatoire des automobilistes*' ging, net als het hiervoor vermelde Nederlandse voorstel van de commissie Losecaat Vermeer, uit van een verzekeringsplicht van de eigenaar of houder van het motor-

¹⁶³ MvA, BHTK A 1937/38, hfd. IV, nr. 9, p. 18.

¹⁶⁴ Het ontwerp van de commissie Losecaat Vermeer is nooit gepubliceerd omdat in Benelux-verband inmiddels een samenwerking tot stand was gekomen die de verplichte verzekering voor motorvoertuigen al ter hand had genomen. MvA, BHTK A, 1947/48, 600, hfd. IV, nr. 5, p. 17. De hoofdlijnen van het ontwerp van de commissie zijn ontleend aan: Cleton 1983, p. 144, en Robben 1993, p. 97-98.

¹⁶⁵ Cleton 1983, p. 144.

¹⁶⁶ Cleton 1983, p. 144.

¹⁶⁷ Zie voor een greep uit deze reacties: Cleton 1983, p. 143-144, die de heftigheid van deze reacties deels toeschreef aan het feit dat de slachtofferbescherming destijds nog niet zo op de voorgrond stond als nu, en aan het gegeven dat de aansprakelijkheidsverzekering zich slecht verdroeg met de nadruk die in de 19^e eeuw werd gelegd op de individuele verantwoordelijkheid.

¹⁶⁸ Cleton 1983, p. 144.

rijtuig. Deze dekt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van zaak- en personenschade. Opzettelijke schadeveroorzaking is in dit ontwerp echter van dekking uitgesloten.¹⁶⁹

3.10.2. Overige argumenten

Andere aspecten die hebben bijgedragen aan het opnemen van beschermende instrumenten zijn het gegeven dat de regeling aansluit bij een internationale tendens naar slachtofferbescherming bij gemotoriseerde verkeersongevallen, en de omstandigheid dat het deelnemen aan het verkeer met een gemotoriseerd voertuig een bijzonder gevaar meebrengt. Dat het WAM-risico een overzichtelijk en homogeen risico is, zal het debat over de verzekeringsplicht hebben vergemakkelijkt. Een gebrek aan homogeniteit van het risico bij de algemene aansprakelijkheidsverzekering is gebruikt als argument tegen een uitbreiding van het systeem van de WAM (directe actie/eigen recht en beperking verweermogelijkheden) naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering.¹⁷⁰ Aan dit argument wordt aandacht besteed in par. 5.3.5.

Hierna in par. 8.4 komt de vraag aan de orde in hoeverre de argumenten die in het kader van de WAM zijn gebruikt ten behoeve van de bescherming van verkeersslachtoffers, ook gelden voor slachtoffers van misdrijven.

3.11. Verzekeringsrechtelijke instrumenten van slachtofferbescherming buiten WAM

3.11.1. Inleiding

Niet alleen in de WAM zijn verzekeringsrechtelijke instrumenten ingezet om een betere verhaalspositie voor slachtoffers te bereiken. Ook in een beperkt aantal andere wetten heeft de wetgever een betere slachtofferbescherming gecreëerd door de toepassing van een of meerdere slachtofferbeschermende instrumenten. Hieronder volgt een overzicht.

3.11.2. Overzicht

Hieronder volgt een overzicht van de in Nederland buiten de WAM benutte verzekeringsrechtelijke instrumenten die strekken tot bescherming van de verhaalspositie van benadeelden.¹⁷¹

- Voor diverse gereguleerde en gereguleerde beroepen geldt een verplichting tot het beschikken over een **beroepsaansprakelijkheidsverzekering**, die dekking biedt voor beroepsmatig gemaakte fouten die aanleiding geven tot aansprakelijkheid jegens afne-

¹⁶⁹ Institut international pour l'unification de droit privé, Unification internationale en matière de Responsabilité civile et d'Assurance obligatoire des automobilistes, Avant-projets et rapports, U.D.P. 1940-Etudes: XVII. Doc. 31, Rome 1940. Ontleend aan: Robben 1993, p. 99.

¹⁷⁰ Wansink 2006, p. 436.

¹⁷¹ Het gaat hier om een overzicht van de *wettelijke* verzekeringsplichten. De verzekeringsplicht die de Hoge Raad via art. 7:611 BW op de werkgever heeft gelegd, getuigt ook van een verander(en)de kijk op de betekenis van verzekeringen voor slachtofferbescherming (zie HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009, 330 en 331 (Maasman/Akzo en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal)).

mers en in voorkomend geval jegens derden.¹⁷² Voor beroepsbeoefenaren ‘wier diensten een rechtstreeks, bijzonder risico behelzen voor de gezondheid of de veiligheid van de afnemer of een derde, of voor de financiële veiligheid van de afnemer’ is de algemene grondslag voor de verzekeringsplicht art. 23 Dienstenrichtlijn.¹⁷³ De Dienstenrichtlijn bepaalt voorts dat het niet nodig is dat de verzekeringsplicht wettelijk wordt vastgelegd. Het is voldoende dat een verzekeringsplicht deel uitmaakt van de ethische regels die worden voorgeschreven door beroepsorden (overweging 99 van de Dienstenrichtlijn). In Nederland komen in brancheregelgeving diverse verzekeringsplichten voor. Zo is in art. 15 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 de verzekeringsplicht voor notarissen vastgelegd.¹⁷⁴ Voor advocaten is de verzekeringsplicht neergelegd in art. 6.24 van de Verordening op de advocatuur.¹⁷⁵ Voor financiële dienstverleners geldt art. 29 Wet financiële dienstverlening en art. 23-25 Besluit financiële dienstverlening, op grond waarvan de bemiddelaar in verzekeringen verplicht is een beroepsaansprakelijkheidsverzekering te sluiten.¹⁷⁶ Deze verzekeringsplicht voor verzekeringstussenpersonen is mede gebaseerd op de richtlijn Verzekeringsbemiddeling.¹⁷⁷

- Diensten van de gezondheidszorg vallen niet onder de Dienstenrichtlijn, zo volgt uit art. 2. Onder de uitsluiting van de gezondheidszorg van artikel 2, lid 2, onder f), vallen “medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren.”¹⁷⁸ Hoewel de meeste hulpverleners een beroepsaansprakelijkheidsverzekering zullen hebben afgesloten, zijn zij daartoe naar Nederlands recht niet verplicht.¹⁷⁹ Aan rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van Mens wordt wel ontleend dat er ook voor deze beroepsgroep een verzekeringsplicht geldt.¹⁸⁰ Dit zou in lijn zijn met de verzekeringsplicht die, zoals hiervoor is toegelicht, inmiddels geldt voor de overige institutionele beroepen als de advocaat, de notaris, en de financiële dienstverleners.¹⁸¹

¹⁷² Met gereguleerde beroepen wordt bedoeld op beroepen waarvoor een beroepskwalificatie geldt, zoals juridisch en fiscaal adviseurs, architecten, ingenieurs, accountants en taxateurs.

¹⁷³ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. Voor ‘veiligheid’ dient men ‘zekerheid’ te lezen.

¹⁷⁴ Verordening van de KNB van 10 oktober 2011, *Stcrt.* 2011, 17776, laatstelijk gewijzigd bij Verordening van 3 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 20641.

¹⁷⁵ Verordening van 1 januari 2015, *Stcrt.* 2014, 36091.

¹⁷⁶ *Stb.* 2005, 676.

¹⁷⁷ Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende verzekeringsbemiddeling (IMD, “Insurance mediation”), *PbEU* 2003, L 9/3.

¹⁷⁸ Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, Europese Gemeenschappen 2007, p. 12

¹⁷⁹ R.P. Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 580.

¹⁸⁰ Wijne 2014, p. 580, met verwijzing naar EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, m.nt. E.H. Hulst (Codarca/Roemenië) en naar de Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg.

¹⁸¹ Binnen de categorie beroepsbeoefenaren heeft Tjong Tjin Tai de subcategorie onderscheiden van de, wat men vroeger omschreef als, “vrije beroepen.” Hij heeft voor deze subcategorie de term “institutionele beroepen” geïntroduceerd. Dit zijn beroepen waar een bijzondere mate van vertrouwen aanwezig is in een bepaalde gereguleerde beroepsgroep (een institutie), die de zorg draagt over een bepaald algemeen of maatschappelijk belang. Hierbij valt te denken aan advocaten, notarissen,

- De **Wet Aansprakelijkheid kernongevallen (WAKO)**¹⁸² is gebaseerd op het Verdrag van Parijs.¹⁸³ Het Verdrag van Parijs regelt de risicoaansprakelijkheid van exploitanten van kerninstallaties voor schade uit kernongevallen en de verplichting om hiervoor een verzekering of andere financiële zekerheid te hebben (art. 10 van het Verdrag). In dit artikel is ook bepaald dat de verzekeringspenningen, of de bedragen verkregen uit andere financiële zekerheid, alleen mogen worden aangewend om de door het kernongeval veroorzaakte schade te vergoeden. Slachtoffers van een kernongeval hebben geen eigen recht. Wel kunnen zij op grond van art. 14 WAKO de rechtbank verzoeken om de verzekeraar te verplichten de middelen, die deze ter voldoening van erkende of toegewezen schadevorderingen beschikbaar moet stellen, rechtstreeks aan de betrokkenen uit te keren.¹⁸⁴ De kritiek op deze bepaling is dat de WAKO ertoe strekt de slachtoffers van een kernongeval schadeloosstelling te garanderen en te voorkomen dat verzekeringspenningen in het vermogen van de exploitant vallen. Deze garantie biedt art. 14 WAKO niet nu daarin geen verweermiddelenverbod is opgenomen voor de verzekeraar. Robben heeft bepleit dat een eigen recht op schadevergoeding jegens de verzekeraar in combinatie met een beperking ten aanzien van de door deze laatste in te roepen verweeren, beter aan de doelstelling van art. 14 WAKO zou voldoen.¹⁸⁵ Dat laatste is niet gebeurd. Inmiddels is art. 14 WAKO vervallen en vervangen door een verdelingsregeling, waarbij de rechtbank ervoor zorgt dat alle slachtoffers van een kernongeval in gelijke mate schadeloos gesteld worden (art. 22 tot en met 31 WAKO). Er is geen directe actie meer (of wat daar op leek).¹⁸⁶
- De **Wet Aansprakelijkheid Olie Tankschepen (WAOT)**¹⁸⁷ ziet op de aansprakelijkheid ter zake van olievervuiling en is gebaseerd op de in 1969 tot stand gekomen ‘*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage.*’ Art. 11 WAOT bepaalt dat de scheepseigenaar die meer dan 2000 ton olie in bulk als lading vervoerd, verplicht is een verzekering of andere financiële zekerheid in stand te houden ter dekking van zijn uit de WAOT en uit het Verdrag voortvloeiende aansprakelijkheid. Art. 7 lid 1 WAOT bepaalt dat de vorderingen tot vergoeding van schade door verontreiniging “rechtstreeks kunnen worden ingesteld” tegen de verzekeraar of tegen degene die financiële zekerheid

artsen, banken en effecteninstellingen, accountants en faillissementscuratoren: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 173-175.

¹⁸² Wet van 17 maart 1979, houdende regelen inzake aansprakelijkheid voor schade door kernongevallen, *Stb.* 1979, 225, inhoudelijk gewijzigd bij Wet van 1 maart 2014, *Stb.* 2014, 129 en laatstelijk gewijzigd bij wet van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 290.

¹⁸³ Verdrag inzake wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie met Bijlagen, Parijs 29 juli 1960, *Trb.* 1964, 175. Zie ook het Protocol houdende wijziging van het Verdrag van 29 juli 1960 inzake wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie, zoals gewijzigd bij het Aanvullend Protocol van 28 januari 1964 en bij het Protocol van 16 november 1982, *PbEG* 2004, L 97/55.

¹⁸⁴ Zie nader: Robben 1993, p. 243-245.

¹⁸⁵ Robben 1993, p. 245.

¹⁸⁶ Robben 2015, p. 331.

¹⁸⁷ Wet van 11 juni 1975, *Stb.* 1975, 321, laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 december 2012, *Stb.* 2012, 666.

heeft gesteld voor de aansprakelijkheid van de eigenaar. De gekozen formulering duidt erop dat geen sprake lijkt te zijn van een eigen recht van de benadeelde (zoals in art. 6 WAM is bepaald), maar van een “directe actie.” Ondanks het feit dat geen sprake lijkt te zijn van een eigen recht, bevat art. 7 lid 2 WAOT een verweermiddelenverbod voor de aangesproken verzekeraar of degene die zekerheid heeft gesteld. Zij kunnen weliswaar, met enkele uitzonderingen die de insolventie van de scheepseigenaar betreffen, de verweren tegen de benadeelde aanvoeren die de eigenaar ook tegen de benadeelde had kunnen aanvoeren. Het gaat hier om verweren uit de aansprakelijkheidsverhouding tussen de schadeveroorzaker en de benadeelde (zie de in par. 2.4 en 4.2.2 weergegeven figuur). De verzekeraar kan evenwel aan de benadeelde geen verweren tegenwerpen die hij tegen een door de eigenaar tegen hem ingestelde vordering had kunnen aanvoeren. Laatstgenoemde verweren zien op de dekkingsverhouding tussen verzekeraar en de verzekerde of op de contractuele verhouding tussen de eigenaar en degenen die financiële zekerheid heeft gesteld voor de aansprakelijkheid van de eigenaar. Deze kan zich tegenover de benadeelde niet beroepen op verweren die uit zijn verhouding met de aansprakelijke partij voortvloeien, behalve op het feit dat de schade door verontreiniging is veroorzaakt door opzettelijk wangedrag van de eigenaar zelf (art. 7 lid 2 WAOT).¹⁸⁸ De beperking in de verweermiddelen en de relatieve werking van de verweermiddelen (namelijk geen werking jegens de benadeelde) in de WAOT heeft nauwelijks tot discussie geleid in de parlementaire behandeling.¹⁸⁹ De WAOT is een voorbeeld van een regeling die een directe actie combineert met een verweermiddelenverbod. Zie nader over deze combinatie, par. 8.5.2.

- De voormalige **Jachtwet** kende sinds 1977 een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor degene die met een geweer jaagt (art. 12a en 12b).¹⁹⁰ De Jachtwet sloot aan bij regelingen in de andere Benelux-landen en beoogde een bijdrage te leveren aan verdere harmonisatie van de jachtwetgeving binnen de Benelux.¹⁹¹ Niet de aansprakelijkheid van het gebruik van een wapen is gedekt, maar die van de jager. De omvang van de verzekeringsplicht was neergelegd in art. 12a en in art. 12b was een eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar nader uitgewerkt. Art. 12b lid 3 Jachtwet completeerde het eigen recht door te bepalen dat de verzekeraar geen uit de wettelijke bepalingen omtrent de verzekeringsovereenkomst of uit deze overeenkomst zelf voortvloeiende nietigheid, verweer of verval aan een benadeelde kan tegenwerpen. Voor hetgeen de verzekeraar aan de benadeelde had voldaan hoewel de aansprakelijkheid voor die schade niet door de overeenkomst was gedekt, kende art. 12b lid 3 Jachtwet de verzekeraar een verhaalsrecht toe op de aansprakelijke persoon. In de Jachtwet was, anders dan in de WAM, geen sanctie bepaald op het niet voldoen aan de verzekeringsplicht. Evenmin

¹⁸⁸ Robben 1993, p. 246-247.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II 1974/75*, 12289, nr. 6 (MvA II); *Kamerstukken II 1972/73*, 12289, nr. 4 (VV II); *Kamerstukken II 1972/73*, 12289, nr. 3 (MvT).

¹⁹⁰ De verzekeringsplicht is ingevoerd in de Jachtwet bij Wet van 8 juni 1977, *Stb.* 1977,387.

¹⁹¹ Robben 1993, p. 242.

was er een waarborgfonds ingeval een benadeelde werd geconfronteerd met een onverzekerde aansprakelijke persoon.¹⁹² Deze bepaling is met het vervallen van de Jachtwet op 1 april 2002 neergelegd in art. 54 (eigen recht) en art. 55 (niet-tegenwerpelijke verweermiddelen) **Flora- en faunawet**.¹⁹³ Met ingang van 1 januari 2017 is de Flora- en faunawet vervallen, en opgegaan in de **Wet natuurbescherming**.¹⁹⁴ Inhoudelijk zijn er geen wijzigingen opgetreden. De verzekeringsplicht voor jagers geldt nog steeds (art. 3.26 aanhef en sub c), evenals het eigen recht (art. 3.29 lid 2) en het verweermiddelenverbod (art. 3.29 lid 3). Art. 3.29 lid 4 Wet natuurbescherming regelt het regresrecht van de verzekeraar op de aansprakelijke verzekerde. De regeling is wat betreft het eigen recht, het verweermiddelenverbod en het regresrecht, tekstueel vrijwel gelijk aan de regeling van de WAM. Ook de niet-tegenwerpelijke aan de benadeelde van een eigen risico (art. 5 WAM), is in de Wet natuurbescherming overgenomen (art. 3.29 lid 5). De minimale verzekerde som was in het Jachtbesluit (oud) gesteld op een bedrag van € 907.560,43 per gebeurtenis. Met ingang van 1 januari 2017 is het Jachtbesluit, dat was gebaseerd op de per die datum eveneens vervallen Flora- en faunawet, vervallen.

- De **Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMOM)** is per 1 december 1999 in werking getreden en bepaalt dat degene die een experiment uitvoert met proefpersonen een directe schade- of persoonsverzekering dient af te sluiten ten behoeve van die proefpersonen.¹⁹⁵ De gedachte daarachter is dat de proefpersoon schade-loos behoort te worden gesteld, ook als het onderzoek niet verwijtbaar onzorgvuldig is geweest. Aanvankelijk was het de bedoeling van de wetgever een risicoaansprakelijkheid van de opdrachtgever te realiseren voor schade door dood of letsel van de proefpersoon ten gevolge van dat onderzoek. De opdrachtgever zou verplicht zijn zich te verzekeren en de proefpersoon zou een rechtstreeks vorderingsrecht krijgen op de verzekeraar. Om tegemoet te komen aan de bezwaren vanuit de kring van aansprakelijkheidsverzekeraars, waar werd gevreesd dat een dergelijke risicoaansprakelijkheid effect zou hebben op de schuldaansprakelijkheid van medici en medische instellingen, is gekozen voor een bescherming via een verplichte schadeverzekering.¹⁹⁶ De keuze voor een verzekeringsplicht is met de komst van de Richtlijn 2001/20/EG nog nader wettelijk verankerd, nu ook daarin een verzekeringsplicht is opgenomen.¹⁹⁷ In de WMOM is dus een verzekeringsplicht opgenomen, waarvan de voorwaarden nader zijn uitgewerkt in een

¹⁹² Zie meer uitgebreid: Robben 1993, p. 242-243.

¹⁹³ Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 402, inwerkingtreding op 1 april 2002.

¹⁹⁴ Wet van 16 december 2015, houdende regels ter bescherming van de natuur, *Stb.* 2016, 34.

¹⁹⁵ Wet van 26 februari 1998 houdende regelen inzake medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016, 424.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 1995-1996, 22 588, nr. 11, p. 44.

¹⁹⁷ Richtlijn 2001/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001, betreffende de onderlinge aanpassingen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik, *PbEU* 2001, L 121/34.

Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB).¹⁹⁸ Daarin is onder meer bepaald dat het moet gaan om een directe (first party) verzekering, en niet om een aansprakelijkheidsverzekering. Om de bescherming van de proefpersoon niet minder te laten zijn dan in het geval hij schade zou vorderen op grond van het aansprakelijkheidsrecht, was in de oorspronkelijke regeling bepaald dat afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing is op de contractuele verplichting van de verzekeraar tot vergoeding. Het gevolg van de toepassing van afdeling 6.1.10 BW is onder meer dat het uitgangspunt geldt dat de volledige schade moet worden vergoed en dat er niet wordt gewerkt met in de polis genormeerde bedragen.¹⁹⁹ Ook komt immateriële schade voor vergoeding in aanmerking, wordt aan de hand van art. 6:98 BW bepaald welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en kan op de voet van art. 6:101 BW de schadevergoedingsplicht worden beperkt als de schade mede het gevolg is van een voor rekening van de proefpersoon komende omstandigheid. Na de evaluatie van de WMOM is sinds 2012 in de wet bepaald dat niet de gehele afdeling 6.1.10 BW van toepassing is op de schadeafwikkeling, maar alleen de artikelen die genoemd worden in art. 7 lid 2 WMOM.²⁰⁰ Art. 6:98 BW en art. 6:99 BW inzake het causaal verband zijn niet (meer) van overeenkomstige toepassing. Hoewel de bescherming van de benadeelde hier niet loopt via de band van de aansprakelijkheidsverzekering maar via een first party-verzekering, past de proefpersonenverzekering toch in het rijtje van voorbeelden van verzekeringsrechtelijke instrumenten die zijn toegepast ten behoeve van de benadeelde. Een belangrijke illustratie daarvan vormt art. 6 lid 1 van de AMvB, waarin is bepaald dat de verzekeraar aan de proefpersoon niet een nietigheid, verweer of verval kan tegenwerpen dat voortvloeit uit de wettelijke bepalingen bij de verzekeringsovereenkomst of uit de overeenkomst zelf. Het kan dan gaan om schending van mededelingsplichten, bedrog, niet betalen van de premie, verzwijging en opzet. Deze bepaling komt overeen met art. 11 lid 1 WAM en art. 3.29 lid 3 Wet Natuurbescherming²⁰¹ (voorheen art. 55 Flora- en Faunawet en daarvoor art. 12b lid 3 Jachtwet). De vergelijking met die bepalingen gaat in zoverre op dat ook daarin een beperking van een beroep op de verweermiddelen is neergelegd. De vergelijking gaat niet op voor zover het ziet op het rechtstreeks vorderingsrecht dat op grond van de WAM en de Wet natuurbescherming aan de benadeelde toekomt. Bij de first party-verzekering is de benadeelde zelf (mee)verzekerde en heeft uit dien hoofde een contractuele aanspraak jegens de verzekeraar.²⁰² De first party-verzekering staat er niet aan

¹⁹⁸ Thans neergelegd in het Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 2015, Besluit van 24 november 2014, *Stb.* 2014, 477.

¹⁹⁹ Het gaat hier dus niet om een aansprakelijkheidsverzekering. Deze verzekering is toch relevant voor het hier besproken onderwerp, nu de verzekeringsplicht rust op de potentieel aansprakelijke persoon.

²⁰⁰ Deze wijziging is ingevoerd bij Wet van 2 februari 2012, houdende wijziging van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in verband met de evaluatie van deze wet en herstel van onvolledige implementatie van richtlijn nr. 2001/20/EG, *Stb.* 2012, 70.

²⁰¹ Wet van 16 december 2015, houdende regels ter bescherming van de natuur, *Stb.* 2016, 34.

²⁰² Robben 2015, p. 332; A.Ch.H. Franken, 'Verplichte persoonsverzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *A&V* 2000/1, p. 6; N. Frenk, 'De verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *A&V* 2000/1, p. 13.

in de weg dat de proefpersoon zich ook via het aansprakelijkheidsrecht tot de aansprakelijke persoon (zoals de opdrachtgever of de uitvoerder van het onderzoek) wendt. Daarvoor kan de proefpersoon gebruik maken van de directe actie van art. 7:954 BW, voor zover het gaat om schade wegens letsel en overlijden.²⁰³ In dat geval bestaat er voor de verzekeraar van de aansprakelijke partij geen verbod om zich op bepaalde verweermiddelen te beroepen.

- Verplichte verzekering van scheepseigenaren tegen maritieme vorderingen. Op 1 januari 2012 is de **Wet verzekering zeeschepen (WVZ)** in werking getreden.²⁰⁴ De wet is gebaseerd op en verwijst naar de EU-Richtlijn 2009/20/EG van 23 april 2009 betreffende de verzekering van scheepseigenaren tegen maritieme vorderingen (de Richtlijn), die de lidstaten verplicht tot invoering van wetgeving op basis waarvan in de lidstaten gevestigde scheepseigenaren alsmede schepen die een Europese haven aandoen een verplichte verzekeringsdekking moeten hebben.²⁰⁵ Ratio van de wet en de achterliggende richtlijn is ongevallen en vervuiling zoveel mogelijk te voorkomen en anderzijds de gevolgen van ongevallen proberen te beperken.²⁰⁶ De WVZ biedt verschillende mogelijkheden om aan de verzekeringsverplichting te voldoen. Van de mogelijkheid een aansprakelijkheidsverzekering op *'indemnity basis'* te sluiten wordt het meest gebruik gemaakt.²⁰⁷ Deze verzekering is zo ingericht dat er pas hoeft te worden uitgekeerd als er door de verzekerde is betaald. Het gaat dan om een schadeloosstelling van een reeds afgewikkelde vordering. De WVZ bepaalt dat tot de te verzekeren vorderingen in ieder geval behoort de vordering met betrekking tot lichamelijk letsel.²⁰⁸
- Daarnaast rust op de scheepseigenaar sinds 2011 op grond van **art. 8:645 BW** een verplichting tot verzekering of tot het stellen van financiële zekerheid voor wettelijke aansprakelijkheid voor **schade door verontreiniging door bunkerolie**. Deze verplichting is gebaseerd op het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door bunkerolie.²⁰⁹ De structuur van deze regeling komt overeen met die van de WAOT: er geldt een verzekeringsplicht, benadeelden hebben een directe actie tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar of degene die financiële zekerheid heeft gesteld ter dekking van de aansprakelijkheid (art. 8:644 lid 1 BW) en er geldt een verweermiddelenverbod (art. 8:644 lid 2 BW). De verweren die voortvloeien uit de rechtsverhouding met de aansprakelijke scheepseigenaar kunnen niet aan de benadeelde worden tegengeworpen, met uitzondering van het verweer dat de schade we-

²⁰³ Robben 2015, noot 46.

²⁰⁴ *Stb.* 2011, 534.

²⁰⁵ J.A. Kruit, 'Verplichte verzekering van scheepseigenaren tegen maritieme vorderingen. Een lege huls?!', *Tijdschrift vervoer & Recht* 2012-5, p. 140-150.

²⁰⁶ COM (2005)585 en Preambule bij de Richtlijn, overweging 1.

²⁰⁷ Kruit 2012, p. 142.

²⁰⁸ Art. 3 lid 3 WVZ jo art. 4 lid 3 onder c Richtlijn.

²⁰⁹ Verdrag van 23 maart 2001, *Trb.* 2006,329.

gens de verontreiniging is veroorzaakt door opzettelijk wangedrag van de scheepseigenaar. Art. 8:644 BW e.v. is, net als de WAOT, een voorbeeld van een regeling die een directe actie combineert met een verweermiddelenverbod. Zie nader over deze combinatie, par. 8.5.2.

- **Art. 8:529b BW** biedt sinds 31 december 2012 de mogelijkheid aan de passagier over zee aan boord van **internationaal varende zeeschepen** een schadevordering in te stellen rechtstreeks tegen de verzekeraar van de vervoerder. Het gaat hier om een directe actie en niet om een eigen recht.²¹⁰ Ook aan deze directe actie ligt een internationaal verdrag²¹¹ ten grondslag en ook een Europese Verordening.²¹² Het Verdrag en de Verordening bevatten een regeling voor verplichte verzekering voor de vervoerder (art. 4bis van het Verdrag). Het doel van de verzekeringsplicht in combinatie met de directe actie is het vergroten van de kans dat de reiziger zijn schade vergoed krijgt. Ook de reiziger van binnenlands zeevervoer heeft op grond van art. 8:529b lid 1 BW een directe actie. Dit recht is beperkt tot schade door dood of letsel van de reiziger. Voor de verzekeraar geldt een verbod om uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende verweren aan de benadeelde tegen te werpen, met uitzondering van het feit dat de schade is veroorzaakt door opzettelijk wangedrag van de vervoerder (art. 829b lid 2 BW). In zoverre lijkt de positie van de reiziger aan boord van zeeschepen op die van de benadeelde van verontreiniging door een olietanker en van verontreiniging door bunkerolie.²¹³ Art. 8:529b BW een ander voorbeeld van een regeling die een directe actie combineert met een verweermiddelenverbod. Zie nader over deze combinatie, par. 8.5.2.
- Nederland is geen partij bij het **Verdrag betreffende schade aan derden op het aardoppervlak toegebracht door buitenlandse luchtvaartuigen**.²¹⁴ Op grond van dit verdrag is de exploitant van het luchtvaartuig aansprakelijk voor schade die op personen op de grond hebben geleden (art. 2 Verdrag). De verdragslanden kunnen de exploitant verplichten een aansprakelijkheidsverzekering te sluiten (art. 15 Verdrag). Derden die op het aardoppervlak schade lijden toegebracht door buitenlandse vliegtuigen, kunnen, afhankelijk van het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht, met hun schadevorderingen rechtstreeks naar de verzekeraar. De verzekeraar kan geen beroep doen op “enige nietigheidgrond of op enige bevoegdheid tot ontbinding met terugwerkende kracht” (art. 16 lid 6 Verdrag). Wel is Nederland gebonden aan **Verordening 785/2004**

²¹⁰ Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 8:529b BW, aant. 1.

²¹¹ Verdrag van Athene betreffende het vervoer van passagiers en hun bagage over zee van 1974 zoals gewijzigd door het Protocol van 2002, *Trb.* 2011, 110.

²¹² Verordening (EG) nr. 392/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de aansprakelijkheid van vervoerders van passagiers over zee bij ongevallen, *PbEU* 2009, L 131/24.

²¹³ Robben 2015, p. 332.

²¹⁴ *Trb.* 1953, 30. Zie voor de Nederlandse tekst: *Trb.* 1969, 62.

die minimumeisen stelt aan de verzekering van **luchtvervoerders met betrekking tot hun aansprakelijkheid jegens passagiers, bagage, vracht en derden.**²¹⁵

3.11.3. Gemeenschappelijke kenmerken

De hiervoor genoemde wetgeving waarin de positie van de benadeelde tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar is verstevigd door enkele verzekeringsrechtelijke instrumenten, vertoont een aantal gemeenschappelijke kenmerken. De eerste is dat het ingezette instrument een *verzekeringplicht* voor de (natuurlijke of rechts-) personen betreft, op wie in de regel het betreffende *aansprakelijkheidsrisico* rust.²¹⁶ De in de wetgeving voorziene gevallen waarvoor een verzekeringsplicht geldt, laten zich in vier groepen indelen:²¹⁷

- Verkeer: motorrijtuigen, luchtvaartuigen, schepen
- Gevaarlijke installaties: kerninstallaties en andere bedrijven die gevaar voor milieuvuiling meebrengen
- Gevaarlijke handelingen: jacht, klinische proeven met mensen
- Andere verzekeringsplichten met een bijzondere beschermwaardigheid van de potentiële benadeelden (de verzekeringen met betrekking tot beroepsaansprakelijkheid van advocaten, notarissen en verzekeringstussenpersonen).

Met betrekking tot de laatstgenoemde categorie is opmerkelijk dat de door de beroepsfouten van de verzekerde beroepsbeoefenaren veroorzaakte schade veelal *zuivere vermogensschade* zal betreffen. Dat het gaat om zuivere vermogensschade, de soort schade die algemeen wordt beschouwd als de schade die het minst voor bescherming in aanmerking komt, heeft er kennelijk niet aan in de weg gestaan om een ingrijpend instrument als de verzekeringsplicht in te zetten om de benadeelden beter te beschermen. Een ander gemeenschappelijk kenmerk is dat in een groot deel van deze regelgeving hetzij een eigen recht, hetzij een directe actie is toegekend aan de benadeelde tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar, al dan niet in samenhang met een *verbod voor de verzekeraar* om enige contractuele uitsluiting of beperking van de dekking dan wel enig uit de wet voortvloeiende nietigheid of verval van het recht op dekking aan de benadeelde tegen te werpen.²¹⁸ Dit geldt niet voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Degene die benadeeld zijn door een beroepsfout van een advocaat of notaris zullen in de regel zuivere vermogensschade lijden, zodat zij niet op basis van een directe actie de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar kunnen aanspreken. Art. 7:954 lid 1 BW beperkt de directe actie immers tot schade wegens letsel en overlijden. Voor beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars

²¹⁵ Verordening (EG) nr. 785/2004 van 21 april 2004 betreffende de verzekeringseisen voor luchtvervoerders en exploitanten van luchtvaartuigen, *PbEU* 2004, L 138/1.

²¹⁶ Wansink 2006, p. 427.

²¹⁷ Vgl. voor de Zwitserse situatie: Beck 2012, p. 9.

²¹⁸ Dit geldt niet voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Weliswaar bestaat er een directe actie voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering (art. 7:954 BW), maar de reikwijdte hiervan is beperkt tot schade wegens letsel en overlijden. Schade wegens een beroepsfout van een arts, notaris, accountant of bank brengt in de regel zuivere vermogensschade mee, zodat benadeelden in die gevallen geen gebruik kunnen maken van de directe actie.

geldt ook geen bijzondere wettelijke regeling die hen beperkt in de verweermiddelen die zij de benadeelden kunnen tegenwerpen.

De regelingen waarin een verzekeringsplicht en een rechtstreekse actie (met verweermiddelenverbod) is neergelegd, kenmerken zich verder doordat het gaat om *potentieel grote schades voor bijzondere, welomschreven risico's*, die zich tot *over de landsgrenzen* kunnen uitbreiden.²¹⁹ De slachtofferbeschermende instrumenten zijn steeds toegepast in bijzondere (speciaal daarvoor ontworpen) wetten, die vaak zijn gebaseerd op, of geïnspireerd zijn door, *buitenlandse wetten*. Het gaat om verzekeringsplichten en rechtstreekse acties waarvan sommige al van voor de invoering van het Nieuw BW dateren. Ook na 1993 zijn er nieuwe verzekeringsplichten en directe acties bijgekomen (bijvoorbeeld art. 8:529b BW inzake de aansprakelijkheid jegens de passagier op een zeeschip en art. 8:645 BW inzake de aansprakelijkheid van scheepseigenaren voor olieverontreiniging). De hiervoor aangeduide ontwikkeling waarbij de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering steeds meer op de voorgrond is komen te staan, zal ongetwijfeld hebben bijgedragen aan de toename (ook na 1993) van verplichte aansprakelijkheids- of schadeverzekeringen.

3.12. Beschouwing

De slachtofferbeschermende instrumenten die het verzekeringsrecht te bieden heeft, zijn in Nederland tot ontwikkeling gekomen in het kader van de WAM.²²⁰ Buiten de WAM zijn deze instrumenten, apart maar meestal in combinatie met elkaar, de afgelopen decennia sporadisch toegepast in specifieke wetgeving, op het gebied van verkeer, gevaarlijke installaties en andere bedrijven die gevaar voor milieuvervuiling meebrengen en op het gebied van gevaarlijke handelingen. Het instrument van de verplichte verzekering is toegepast in het kader van beroepsaansprakelijkheid van bepaalde dienstverleners, waaronder advocaten en notarissen. Deze verzekeringsplichten zijn in het leven geroepen met het oog op de bijzondere beschermwaardigheid van de potentiële benadeelden, wiens nadeel als gevolg van een beroepsfout van de verzekerde beroepsbeoefenaren gelegen zal zijn in *zuivere vermogensschade*.

Voor slachtoffers met *personenschade*, wiens positie naar de algemene opvattingen getuigt op de aard van de schade een bijzondere beschermwaardigheid toekomt, is in 2006 het instrument van de directe actie, dat in de vorm van een "eigen recht" al bestond in de WAM en enige specifieke wetten, uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering (art. 7:954 BW). Zoals uit de probleemstelling bij dit onderzoek duidelijk is geworden, kunnen slachtoffers van misdrijven in de praktijk geen gebruik maken van de directe actie vanwege het beroep van verzekeraars op de omstandigheid dat het schadevoorval opzettelijk is veroorzaakt. Een toevoeging aan art. 7:954 BW dat tegenover deze slachtoffers geen beroep op opzet kan worden gedaan, zou tegemoetkomen aan de maatschappelijke tendens om slachtoffers van misdrijven beter te beschermen.

Van de in dit hoofdstuk besproken instrumenten is (i) de directe actie dan wel een eigen recht in combinatie met een (ii) verweermiddelenverbod het meest effectief om de positie van

²¹⁹ Robben 2015, p. 333.

²²⁰ Ditzelfde geldt ook voor de rechtsstelsels in de landen die in het kader van dit onderzoek rechtsvergelijkend zijn onderzocht.

slachtoffers van misdrijven te versterken. Van de genoemde excepties, wenen en nietigheden is bij schade als gevolg van een misdrijf het beroep op opzet van de verzekerde een veel voorkomend verweer om dekking te weigeren. De verzekeraar kan daartoe een beroep doen op art. 7:952 BW en op de vrijwel in alle aansprakelijkheidspolissen opgenomen opzetclausule.²²¹ Hierina in hoofdstukken 4 en 5 worden de verzekeringsrechtelijke instrumenten van de directe actie/eigen recht enerzijds en het verweermiddelenverbod anderzijds nader beschouwd. Een derde instrument dat in zijn algemeenheid geschikt is voor slachtofferbeschermende doeleinden is de verplichte verzekering. Deze komt, zij het kort, aan bod in hoofdstuk 6.

²²¹ Vaak in één adem genoemd met de zogenoemde misbruikclausule, die beoogt om schade als gevolg van seksueel misbruik buiten de dekking te laten vallen.

4. De directe actie en het eigen recht nader beschouwd

4.1. Inleiding

Twee belangrijke instrumenten die de verhaalspositie van een benadeelde aanzienlijk kunnen verbeteren zijn de directe actie en het eigen recht. Beide rechtsfiguren worden hierna besproken (par. 4.2, respectievelijk par. 4.3). Over de vraag hoe de directe actie vermogensrechtelijk moet worden geduid, is in de rechtsliteratuur een interessante discussie gevoerd.¹ De centrale vraag in die discussie is of de directe actie alleen een bevoegdheid ('ius agendi') voor de benadeelde meebrengt, of dat aan de benadeelde ook een subjectief recht toekomt. Deze discussie zal in par. 4.2.3 op hoofdlijnen worden weergegeven. Voor het antwoord op de onderzoeksvraag is niet nodig dat deze discussie wordt beslecht. Zoals in par. 8.5.2 zal worden toegelicht, behoeft de directe actie niet een eigen recht van de benadeelde te omvatten wil hij van toegevoegde waarde kunnen zijn voor het slachtoffer van een misdrijf. Ook als de directe actie uitsluitend moet worden beschouwd als een 'ius agendi' en niet als een subjectief recht, kan dit instrument worden gecombineerd met een wettelijk verweermiddelenverbod.

4.2. De directe actie

4.2.1. Ontwikkeling

Sinds de invoering op 1 januari 2006 van een nieuwe wettelijke regeling voor de overeenkomst van verzekering in Titel 7.17 BW kent het Nederlandse recht voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering de rechtsfiguur van de directe actie voor de benadeelde of diens nabestaande ter zake van schade door dood of letsel (art. 7:954 BW). Hoewel de rechtsfiguur reeds in het Romeinse recht bekend was, is de directe actie in het Europese verzekeringsrecht een relatief jonge verschijning.² Zij is in de eerste helft van de negentiende eeuw door de Franse rechtsleer geïntroduceerd,³ en vervolgens in zeer uiteenlopende gevallen toegepast.⁴ Vóór de introductie van de directe actie in het algemene verzekeringsrecht in 2006 kwam de mogelijkheid de verzekeraar van de aansprakelijke partij rechtstreeks aan te spreken tot vergoeding van schade al in een aantal bijzondere wetten voor. In art. 14 Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen (WAKO) en art. 7 wet Aansprakelijkheid Olietankschepen (WAOT) was deze mogelijkheid vorm gegeven in

¹ Zie in het bijzonder: A.Ch.H. Franken, 'De directe actie: een (onnodig) complexe regeling', *AV&S* 2011/13, p. 121-134; F.M.J. Verstijlen, 'De directe actie in het vermogensrecht', *NJB* 2009/1258, p. 1630 e.v.; A.Ch.H. Franken, 'De directe actie'. 10 jaar nieuw verzekeringsrecht', in: N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 179-197.

² In het Romeinse recht bestond de term 'actio directa'. Men sprak van een dergelijke actie onder meer in de situatie waarin een zoon of slaaf niet meer onder de macht van de vader of meester stond maar zelf voor zijn daden kon worden aangesproken. Een duidelijke omschrijving van het begrip ontbrak echter: Robben 1993, p. 37.

³ Het was Durantion die in 1819 voor het eerst over een action directe sprak. Zie over dit begrip en zijn verspreiding: H. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1755, 1798, 1994 du code civil* (Th. dr. Paris), Paris: 1914, nr. 136.

⁴ Solus zei in dit verband: 'Il y a non pas une action directe, mais des actions directes'; Solus 1914, nr. 1.

een directe actie.⁵ In art. 6 WAM en art. 12a en 12b Jachtwet (oud) heeft deze mogelijkheid de vorm gekregen van een eigen recht.⁶ Voor de invoering van het NBW in 1992 kwamen in Nederland ook buiten de genoemde bijzondere wetten bepalingen voor die kenmerken van een directe actie vertoonden. Als zodanig zijn te noemen art. 1186 lid 3 BW en art. 1618 BW (oud) met betrekking tot het recht van de verhuurder; art. 1192a lid 2 BW (oud) met betrekking tot het recht van de verkoper en art. 1840 lid 3 BW (oud) aangaande het recht van de lastgever.⁷ De directe actie kwam ook al voor in diverse voorstellen die in het verleden zijn gedaan om te waarborgen dat de verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde terechtkomen. Illustratief in dit verband is het wetsontwerp van 1927 tot “Verrekening tusschen verzekeraar en benadeelden derde.”⁸ Dit wetsontwerp is geïnitieerd nadat de Tweede Kamer in het Voorlopig Verslag over de Justitiebegroting voor het dienstjaar 1926 had opgemerkt dat de bestaande regeling tot onbillijkheden voor de benadeelde leidde:

“Daarin [in het verslag van de justitiebegroting] werd het een onbillijkheid genoemd, dat, indien een verzekering is gesloten tegen de gevolgen van aansprakelijkheid, bijv. wegens het toebrengen van lichamelijk letsel door onvoorzichtige besturing van een automobiel, het geldende recht meebrengt, dat, ingeval het feit, met het oog waarop de verzekering was aangegaan, plaats vindt, de verzekeringspenningen, bij faillissement van den aansprakelijken verzekerde, in diens boedel vallen en daardoor mede ten goede komen aan andere schuldeischers dan den benadeelde, doordat deze slechts een vordering als concurrent schuldeischer kan doen gelden. Voorts werd daarin gevraagd, of deze onbillijkheid niet kan worden opgeheven door den benadeelde een preferentie toe te kennen op de verzekeringspenningen.”⁹

Het ontwerp behelsde een nieuw artikel 285 Wetboek van Koophandel dat als volgt luidt: “Indien eene verzekering tegen de gevolgen van aansprakelijkheid uit de wet voor toegebragte schade is gesloten, is de verzekeraar verplicht de door hem verschuldigde verzekeringspenningen te verrekenen met den benadeelden derde ten beloope van diens vordering tegen den verzekerde.”¹⁰ Het wetsontwerp kwam erop neer dat de verzekeraar de door hem verschuldigde verzekeringspenningen rechtstreeks aan de benadeelde moest betalen, ten beloope van zijn vordering tegen de verzekerde. Onduidelijk was echter of de benadeelde deze betaling van de verzekeraar kon vorderen. Lippmann en De Vries d’Amblée lijken de mening toegedaan dat het

⁵ Wet van 17 maart 1979, houdende regelen inzake aansprakelijkheid voor schade door kernongevallen, *Stb.* 1979, 225, inhoudelijk gewijzigd bij Wet van 1 maart 2014, *Stb.* 2014, 129 en laatstelijk gewijzigd bij wet van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 290; Wet van 11 juni 1975, *Stb.* 1975, 321, laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 december 2012, *Stb.* 2012, 666. Zie par. 3.11.2 voor een nadere beschrijving van deze regelgeving.

⁶ Voor de aansprakelijkheid van jagers ligt de verzekeringsplicht, directe actie en verweermiddelenverbod sinds 1 januari 2017 vast in de Wet natuurbescherming (respectievelijk art. 3.26 aanhef en sub c, art. 3.29 lid 2 en art. 3.29 lid 3). Zie over deze regeling par. 3.11.2.

⁷ Zie over deze regelingen uitgebreid: Robben 1993, p. 41-54.

⁸ *Kamerstukken II 1926/27*, 398, nrs. 1-3.

⁹ *Handelingen II 1927/28*, 140, p. 1.

¹⁰ KB, *Kamerstukken II 1926-1927*, 398. Zie uitvoerig over dit wetsontwerp: Den Dulk 1929, p. 52-66; Dorhout Mees 1929, p. 354-355.

voorgestelde artikel inderdaad een directe actie inhield.¹¹ Het wetsvoorstel is in 1948 ingetrokken nadat de Vaste Commissie voor Privaatrecht- en Strafrecht bij de toen voorgestelde regeling vreesde dat de benadeelde een eigen vordering op de verzekeraar zou krijgen.¹² De vaste Commissie onderschreef de onbillijkheid van de tot dan toe bestaande praktijk, maar wilde om de hiervoor genoemde reden niet verder gaan dan het geven van een voorrecht aan de benadeelde op de verzekeringspenningen (zoals nu is geregeld in art. 3:287 BW). Waar de vrees voor een “eigen vordering” op gebaseerd is, wordt uit de toelichting niet duidelijk. Voor zover die gedachte zou zijn gestoeld op de veronderstelling dat de verzekeraar ten opzichte van de benadeelde tot meer gehouden zou zijn dan ten opzichte van zijn verzekerde, dan is die gedachte onjuist. De verrekeningsverplichting die in het wetsontwerp was voorzien, bestond alleen ten aanzien van de door de verzekeraar verschuldigde verzekeringspenningen. Was de verzekeraar van mening dat hij jegens de verzekerde niet tot uitkering was gehouden omdat de verzekering geen dekking bood, dan kon hij dat ook tegenwerpen aan de benadeelde.¹³

Ook in het kader van de invoering van het NBW in 1992 is de directe actie onderwerp van debat geweest. Voor de toenmalige beslissing van de wetgever om niet tot invoering van een directe actie over te gaan, maar om aan de belangen van slachtoffers tegemoet te komen door de invoering van het voorrecht van art. 3:287 BW, is verwezen naar Meijers, naar wiens oordeel de directe actie als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen te ver ging.¹⁴ Waarom een directe actie als algemene regel te ver zou gaan, is niet verder toegelicht en is onduidelijk gebleven.¹⁵ In het rapport van de Commissie bevoorrechtiging van vorderingen (de Commissie Houwing) zijn drie argumenten genoemd die de keuze tegen een directe actie kunnen verduidelijken:¹⁶

- a) De verzekerde heeft er belang bij om bij de zaak betrokken te blijven;
- b) Voor slachtofferbescherming maakt het niet veel uit welk stelsel men kiest, omdat de verzekeringspenningen in de praktijk altijd bij de juiste personen terecht komen; en
- c) Het risico van de verzekeraar wordt verzaamd omdat hij niet meer gebruik zou kunnen maken van alle verweermiddelen die hij jegens de verzekerde had.

¹¹ P.N. de Vries d' Amblée, *De schadeverzekeringsovereenkomst in de Fransche Wet van 13 juli 1930, benevens eenige conclusies* (diss. Leiden), Delft: Van Marken 1938, p. 158; Lippmann 1951, p. 223.

¹² *Handelingen II 1927/28*, 140, p. 1-4.

¹³ Op welke mogelijkheid Den Dulk uitdrukkelijk heeft gewezen: Den Dulk 1929, p. 59.

¹⁴ Toelichting bij het Ontwerp-Meijers (uit 1953!) bij art. 3:287 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 877: “Het ontwerp stelt voor de benadeelden een voorrecht op de vordering tegen de verzekeraar te geven. Het ontwerp wil dus niet zover gaan, als artikel 6 van het ontwerp van gemeenschappelijke bepalingen (voorstel van de Beneluxcommissie) betreffende verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, welk artikel aan de benadeelde een eigen recht geeft. Een dergelijke bepaling moge in een regeling van verplichte verzekering passen, als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen gaat zij te ver.”

¹⁵ Zie ook de kritiek van Van Dam: C.C. van Dam, ‘De schadeverzekering naar komend recht. Kanttekeningen bij Afdeling 2 van Titel 17 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek’, in: A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman en H.A. Cousy, *Verzekering naar komend recht*. Preadviezen van de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de Vereniging voor verzekeringswetenschap 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 124.

¹⁶ Rapport van de Commissie bevoorrechtiging van vorderingen, Den Haag 1974, p. 67-68.

Deze argumenten zijn destijds al in kritische zin ontvangen.¹⁷ Kernpunt leek te zijn dat men vreesde dat als een directe actie zou worden ingevoerd, dit tot gevolg zou hebben dat de verzekeraar geen verweermiddelen tegen de benadeelde zou kunnen tegenwerpen. Men wilde niet dat verzekeraars jegens de benadeelde tot meer verplicht zou zijn dan jegens zijn eigen verzekerde. Van Schoubroeck en Cousy hebben over de keuze van de Nederlandse wetgever opgemerkt dat men de reden waarom “de Nederlandse wetgever steeds heeft geweigerd een rechtstreekse vordering in te voeren in traditionele redenen [lijkt] te moeten vinden, eerder dan in rationeel gegronde motieven.”¹⁸

Pas decennia later, op 1 januari 2006, is bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht in Boek 7 BW, in Nederland de directe actie voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering ingevoerd (art. 7:954 BW), maar dan alleen voor benadeelden met schade als gevolg van letsel en overlijden. De bezwaren tegen de directe actie uit de periode voor 1992 zijn overkomelijk gebleken. De Nederlandse directe actie is in een aantal wezenlijke opzichten beperkter dan het Belgische eigen recht,¹⁹ waarbij de meest in het oog springende verschillen zijn:

- de beperking van de directe actie tot gevallen van schade wegens *overlijden en letsel*;
- het ontbreken bij de directe actie van een verbod voor de verzekeraar om wettelijke en contractuele verweermiddelen aan het slachtoffer tegen te werpen;
- de beperktere omvang van het aantal rechtssubjecten dat zich op de directe actie kan beroepen. Dit laatste houdt verband met het gegeven dat de reikwijdte van het begrip “benadeelde” in art. 150 WVerz. ruimer is dan het begrip “benadeelde” in art. 7:954 BW. Zoals hiervoor toegelicht kunnen sociale en particuliere regresnemers in Nederland geen gebruik maken van de directe actie.

4.2.2. Definitie en werking

Een directe actie is de bevoegdheid van het slachtoffer om zonder tussenkomst van de verzekerde betaling te vorderen en zo nodig in rechte af te dwingen van de verzekeraar van de aansprakelijke partij, van datgene wat de verzekeraar krachtens de verzekeringsovereenkomst aan de verzekerde is verschuldigd.²⁰ Lippmann hanteert een vergelijkbare definitie, namelijk een systeem waarbij “de getroffene zich rechtstreeks tot de verzekeraar kan wenden”.²¹ In de opvatting van de wetgever komt de benadeelde bij de directe actie geen eigen vorderingsrecht toe, maar omvat de directe actie alleen de bevoegdheid het vorderingsrecht van de verzekerde uit te oefenen (een ‘*ius agendi*’).²² Deze opvatting wordt door veel auteurs gevolgd.²³ Een ander geluid is afkomstig van Franken en Verstijlen²⁴, en ook van Robben, die van opvatting is dat de

¹⁷ Van Dam 1995, p. 124; Van Boom 1994, p. 637-638.

¹⁸ Cousy & Van Schoubroeck 2002, p. 572.

¹⁹ Zie voor het Belgische recht par. 7.3.2.

²⁰ Wansink & Van Tiggele-van der Velde, *T&C Burgerlijk Wetboek* (2015), art. 7:954 BW, aant. 1, sub b.

²¹ Lippmann 1951, p. 220-221.

²² N. Frenk en F.R. Salomons, ‘Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt’, *VA* 2001/1, p. 22.

²³ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 605, hetgeen volgens hen het kenmerkende onderscheid is tussen de directe actie en het eigen recht. Zie ook: Lippmann 1951, p. 220-221;

²⁴ Franken 2011, p. 121-134; Verstijlen 2009, p. 1630 e.v.; Franken 2015, p. 179-197.

directe actie een subjectief recht veronderstelt.²⁵ In het kader van dit onderzoek volstaat een signalering van deze discussie. Voor de beoordeling van de in dit onderzoek centraal gestelde vraag, is de discussie niet van wezenlijk belang. Zoals verderop zal blijken, behoeft de directe actie niet een eigen vorderingsrecht van de benadeelde te omvatten wil hij van toegevoegde waarde kunnen zijn voor het slachtoffer van een misdrijf. Ook als de directe actie uitsluitend moet worden beschouwd als een 'ius agendi' en niet als een eigen vorderingsrecht, kan dit instrument immers worden gecombineerd met een wettelijk verweermiddelenverbod (zie par. 8.5.2). Niettemin zal deze discussie in par. 4.2.3 worden weergegeven.

Met de directe actie is beoogd veilig te stellen dat de verzekeringsuitkering daadwerkelijk bij de benadeelde terecht komt, en niet bij de aansprakelijke verzekerde blijft steken²⁶ of bij faillissement aan diens schuldeisers ten goede komt.²⁷ Daarnaast heeft de directe actie tot doel de afhandeling van de schade zoveel mogelijk rechtstreeks tussen de benadeelde en de verzekeraar te laten plaatsvinden. De directe actie zorgt ervoor dat de verzekerde als tussenschakel bij de betaling van de verzekeringspenningen wegvalt als gevolg waarvan deze direct en in zijn geheel bij het slachtoffer terecht komen. De directe actie is, anders omschreven, een verhaalsrecht dat de crediteur (slachtoffer) met betrekking tot zijn vordering op de debiteur (aansprakelijke derde/verzekerde) uitoefent op de vordering die zijn debiteur jegens een derde (aansprakelijkheidsverzekeraar) heeft. De directe actie staat er niet aan in de weg dat de benadeelde de aansprakelijke partij aanspreekt tot betaling. Ook kan hij beide aanspreken, waarbij betaling door de een de ander bevrijdt. De werking van de directe actie is hiervoor in paragraaf 3.5 al schematisch weergegeven.

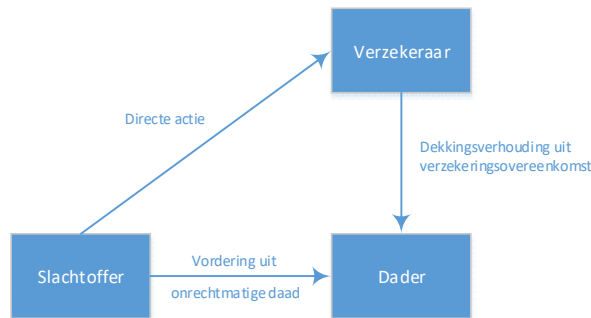
²⁵ Robben 1993, p. 40-41.

²⁶ Zoals het geval was bij de schadeafwikkeling na de besmetting met de legionellabacterie op de West-Friese Flora in 1999, als gevolg waarvan 32 personen zijn overleden. Eén van de aansprakelijke standhouders had met haar aansprakelijkheidsverzekeraar een vaststellingsovereenkomst gesloten, die inhield dat de verzekeraar het maximaal verzekerde bedrag (NLG 1.000.000,-) stortte in een door de standhouder ten behoeve van de slachtoffers op te richten stichting. Nadat de verzekeraar het bedrag in 2002 had gestort, was er in 2009 een kort geding nodig om de stichting te dwingen om in overleg te treden omtrent het vaststellen van een uitkeringsregeling en het doen van uitkeringen aan slachtoffers. Nadat de stichting daartoe was veroordeeld door de rechter (Vzngr. Rb. Zutphen 14 mei 2009, onder nummer 101996/KG ZA 09-121), bleek dat de ten name van de stichting gestelde bankrekeningen leeg waren en de verzekeringsuitkeringen waren verdwenen.

²⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, nr. 5, p. 17 (MvT).*

De figuur ziet er als volgt uit:

Figuur 3



In de weergegeven situatie is het slachtoffer de crediteur van de verzekerde dader en deze is op zijn beurt crediteur van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Er bestaan twee vorderingen: (i) de vordering van het slachtoffer op de dader²⁸ en (ii) de vordering van de dader op diens aansprakelijkheidsverzekeraar. Uit dit schema wordt duidelijk dat de directe actie aan deze vorderingen één aanspraak verbindt van het slachtoffer op diens onderdebiteur, de verzekeraar van de dader.²⁹ Door het uitoefenen van de directe actie ontstaat er tussen het slachtoffer en de verzekeraar een rechtsbetrekking. Deze brengt mee dat het bedrag dat de verzekeraar krachtens zijn verbintenis³⁰ met de dader moet betalen, alleen nog tot voldoening van de vordering van het slachtoffer strekt.³¹ Robben leidt dit af uit het feit dat wanneer de door het slachtoffer aangesproken verzekeraar het verschuldigde bedrag niet aan het slachtoffer betaalt maar aan de dader (die immers zijn debiteur is en blijft), de verzekeraar hierdoor niet tegenover het slachtoffer gekweten wordt (zie art. 7:954 lid 3 BW). De onderdebiteur zal dan opnieuw moeten betalen, maar dan aan de gerechtigde tot de directe actie.³²

De driehoeksverhouding brengt mee dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de dekkingsvraag en de vraag naar aansprakelijkheid. De dekkingsvraag speelt zich af in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde (zie de bovenstaande figuur), en zal bij een schade melding in de praktijk als eerste worden beantwoord. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan komt men toe aan de vraag of er aansprakelijkheid bestaat. Deze vraag speelt zich af in de

²⁸ De grondslag van de vordering van het slachtoffer op de dader is vanwege de aansluiting bij het onderzoeksthema (effectief verhaal van misdrijfschade) in de figuur beperkt tot de onrechtmatige daad. Dat neemt niet weg dat de grondslag van de vordering uiteraard ook een contractuele aansprakelijkheid kan zijn.

²⁹ Robben 1993, p. 38.

³⁰ Het begrip verbintenis wordt in de wet niet omschreven. Onder verbintenis wordt verstaan "een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is": C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 6.

³¹ Robben 1993, p. 62 en 82.

³² Robben 1993, p. 62-63.

verhouding tussen de verzekerde/de aangesproken partij en het slachtoffer. In de verhouding tussen de verzekeraar en het slachtoffer kan de verzekeraar zich zowel beroepen op verweren die hij ontleent aan de dekkingsverhouding, als op verweren die te maken hebben met de aansprakelijkheidsverhouding. Verweren die zijn ontleend aan de dekkingsverhouding zijn bijvoorbeeld het beroep op opzettelijke schadeveroorzaking, schending van de mededelingsplicht, een te late melding van het verzekerd voorval, en een niet gemelde risicoverzwaarig. Verweren die zijn ontleend aan de verhouding tussen de verzekerde en het slachtoffer zijn bijvoorbeeld een beroep op verjaring, een beroep op de tenzij-clausule bij een risicoaansprakelijkheid, en een beroep op de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW die de omvang van de schadevergoedingsplicht betreffen. Hierbij valt te denken aan een beroep op art. 698 BW (toerekening van schade), art. 6:101 BW (eigen schuld) en verrekening van door de benadeelde reeds ontvangen uitkeringen op grond van eigen schadeverzekeringen (art. 6:100 BW).

Omvang vorderingsrecht - Wat is de omvang van de bevoegdheid die de benadeelde door de directe actie kan uitoefenen? In de parlementaire geschiedenis is voor de directe actie de term 'ius agendi' gebruikt: de bevoegdheid om betaling te vorderen en zo nodig in rechte betaling af te dwingen.³³ Dit is een privatieve bevoegdheid: alleen de benadeelde mag, met uitsluiting van de verzekerde, van de verzekeraar verlangen dat het bedrag aan hem wordt betaald.³⁴ De verzekeraar kan bovendien alleen nog bevrijdend betalen aan de benadeelde, zo volgt uit art. 7:954 lid 3 BW:

“Indien de benadeelde zijn in lid 1 bedoelde bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend kan de verzekeraar slechts bevrijdend aan de verzekerde betalen nadat hij de benadeelde tevergeefs verzocht heeft binnen vier weken mede te delen of hij deze bevoegdheid wil uitoefenen, of indien deze daarvan afstand heeft gedaan.”

De bevoegdheid te ageren op grond van de directe actie moet worden onderscheiden van het materiële recht (de vordering) zelf. Deze gaat niet over op de benadeelde maar blijft exclusief bij de verzekerde rusten. De bevoegdheid om het uitkeringsrecht geldend te maken wordt aldus van het materiële (uitkerings)recht “afgesplitst.”³⁵ Dit betekent dat schuldeisers van de benadeelde geen beslag kunnen leggen onder de verzekeraar.³⁶ Hoe de directe actie vermogensrechtelijk moet worden geduid, komt hierna aan de orde.

Het ius agendi omvat de bevoegdheid van het slachtoffer de verzekeringspenningen op te vorderen en in ontvangst te nemen. Hij mag met de verzekeraar in discussie gaan over de aansprakelijkheid van de verzekerde en de verzekeringsdekking.³⁷ Hij mag een eventuele vordering

³³ *Kamerstukken II 1999/00*, 19529, nr. 5, p. 36.

³⁴ De gevolgen van de directe actie zijn in die zin vergelijkbaar met die van een lastgeving met privatieve werking (art. 7:423 BW): *Kamerstukken II 1999/00*, 19529, nr. 5, p. 36.

³⁵ Franken 2011, p. 121.

³⁶ Wansink & Van Tiggele-van der Velde, *T&C Burgerlijk Wetboek* (2015), art. 7:954 BW, aant. 1 sub c.

³⁷ F. Stadermann, 'De dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering; daar staat het slachtoffer toch zeker buiten?', in: *De toekomst van de letselschadepraktijk*. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2014, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 53; Nieuwsbrief Personenschade, oktober 2003, p. 3: "Een redelijk zorgvuldig han-

van de verzekerde op zijn verzekeraar stuiten en met de verzekeraar een schikking treffen. Het *ius agendi* omvat ook de bevoegdheid om in rechte een vordering tegen de verzekeraar in te stellen. Eigenlijk mag hij al het nodige doen om te zorgen dat de verzekeringspenningen bij hem terecht komen. Het *ius agendi* op de verzekeraar ontstaat op het moment van het schadetoebrengefe feit. Een veroordelend vonnis tegen de verzekerde is voor het ontstaan van de directe actie niet vereist. Wel geldt als constitutief vereiste voor het ontstaan van de directe actie dat de verwezenlijking van het risico ingevolge artikel 7:941 BW bij de verzekeraar is gemeld (art. 7:954 lid 1 BW). Tot welke problemen dit vereiste kan leiden, wordt hierna besproken in het kader van de beperkingen die de huidige wettelijke regeling van de directe actie kent (par. 4.5).

Naast de zojuist genoemde beperking van het meldingsvereiste, geldt dat de directe actie alleen bestaat voor een vordering ter zake van de schade van de benadeelde of diens nabestaande(n) door dood of letsel (art. 7:954 lid 1 BW). Lijdt de benadeelde ook andersoortige schade (bijvoorbeeld zaakschade), dan kan hij vergoeding daarvan niet rechtstreeks vorderen van de verzekeraar van de aansprakelijke partij. Dit is een belangrijk onderscheid ten opzichte van de WAM, waar deze beperking niet geldt. De bevoegdheid van de directe actie komt alleen dan aan de benadeelde toe, indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is (art. 7:954 lid 1 BW). Dit betekent dat als er geen verzekeringsovereenkomst bestaat omdat de vervolgpremie niet is betaald, of omdat het gaat om een schadegeval dat buiten de primaire dekkingssomschrijving valt, de benadeelde geen *ius agendi* heeft. In de parlementaire geschiedenis is uitdrukkelijk opgemerkt dat de benadeelde niet méér van de verzekeraar kan verkrijgen dan waarop de verzekerde aanspraak kan maken.³⁸

Volgens de parlementaire geschiedenis kan de verzekeraar jegens de benadeelde alle polisverweren tegenwerpen die hij ook aan zijn verzekerde kan tegenwerpen. Hij kan zich jegens de benadeelde bovendien beroepen op alle uit de wet voortvloeiende nietigheden, verweren of bepalingen omtrent verval.

De benadeelde met een directe actie heeft in het faillissement van de verzekerde dader een gunstige positie. De vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar valt weliswaar in de failliete boedel, maar de door de directe actie ontstane rechtsbetrekking wordt daardoor niet beïnvloed; de verzekeraar wordt alleen bevrijd als hij aan het slachtoffer betaalt. Deze laatste kan zich derhalve op de failliete verzekerde verhalen ter zake van de vordering die deze jegens zijn verzekeraar heeft.³⁹ Hij hoeft zijn vordering niet ter verificatie in te dienen en ook niet mee te betalen aan de algemene faillissementskosten. Het voorgaande komt erop neer dat het slachtoffer zich als gevolg van de directe actie een feitelijke positie heeft verworven die vergelijkbaar is met die van separatist. Een slachtoffer dat beschikt over de mogelijkheid van een directe actie bevindt zich bij faillissement of surseance van betaling van de verzekerde in een aanmerkelijk gunstiger positie dan een benadeelde die niet over een directe actie beschikt. Zoals hiervoor is uiteengezet in par. 3.3, is de vordering tot vergoeding van schade van de benadeelde die niet over een directe actie

delende belangenbehartiger zal, ter waarborging van de rechten van zijn cliënt, moeten beoordelen of een dekkingafwijzing juist is als hij daarmee wordt geconfronteerd. Bekeken zal dan moeten worden of een verzekeraar zich terecht beroept op bepaalde bedingen in de verzekeringsovereenkomst en/of deze bedingen niet in strijd zijn met dwingend recht.”

³⁸ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, nr. 5, p. 35-36.*

³⁹ Robben 1993, p. 65.

beschikt, weliswaar bevoorrecht op de vordering die de verzekerde uit hoofde van zijn aansprakelijkheidsverzekering op de verzekeraar heeft (art. 3:287 BW), maar het voorrecht is niet zo geprivilegieerd als het op het eerste gezicht lijkt. Ook echter voor de directe actie is de vraag opgeworpen of het slachtoffer bij faillissement wel zo'n sterke positie heeft als op het eerste gezicht lijkt. Franken heeft zich, naar ik meen terecht, afgevraagd wat de grondslag is van de omstandigheid dat de benadeelde de verzekeringspenningen bij faillissement, nadat hij deze heeft ontvangen, eenvoudig mag houden.⁴⁰ Wordt de directe actie beschouwd als een bevoegdheid om het vorderingsrecht van de verzekerde uit te oefenen, zo betoogt hij, dan rijst de vraag of de benadeelde de verzekeringspenningen niet aan de verzekerde moet geven. Het gaat immers om diens vordering. De enige grondslag die resteert voor het mogen houden van de verzekeringspenningen, is een beroep op verrekening. De benadeelde verrekent dan zijn vordering uit hoofde van aansprakelijkheid met zijn afdrachtplicht van de verzekeringspenningen.⁴¹ Deze vraag houdt verband met de vermogensrechtelijke duiding van de directe actie, hetgeen in de volgende paragraaf besproken wordt.

4.2.3. De vermogensrechtelijke aard van de directe actie

Het is de vraag hoe de directe actie vermogensrechtelijk precies moet worden geduid. In het bijzonder is de vraag relevant of de directe actie een 'subjectief recht' is of slechts een 'goederenrechtelijke bevoegdheid'.⁴² In het eerste geval is er sprake van een verbintenis tussen de benadeelde en de verzekeraar, in het laatste geval niet. Deze vraag is niet alleen dogmatisch van belang, maar is ook praktisch relevant. Voorafgaand aan de totstandkoming van de directe actie in 2006 is als belangrijk argument tegen de invoering van een eigen recht voor het algemene aansprakelijkheidsrecht aangevoerd dat een eigen recht meebrengt dat er een verbintenis tot stand komt tussen de verzekeraar en de benadeelde en dat de eerstgenoemde dan twee crediteuren tegenover zich krijgt (de verzekerde en de benadeelde). Hieruit zou dan een hoofdelijk debiteurschap volgen van verzekeraar en verzekerde tegenover de benadeelde, hetgeen weer tot gevolg zou hebben dat de verzekeraar geen verweermiddelen meer aan de benadeelde kan tegenwerpen die uit de dekkingsverhouding voortvloeien. De 'vrees' voor een eigen recht domineerde ook de discussie in het begin van de 20^e eeuw, toen een wetsvoorstel tot introductie van een directe actie is ingetrokken (zie par. 4.2.1). Ook bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 is de directe actie voor de benadeelde aan de orde geweest. Uiteindelijk is toen besloten de benadeelde geen directe actie of eigen recht toe te kennen, maar hem een voorrecht te geven op de vordering van verzekerde tot afdracht van de verzekeringspenningen (art. 3:287 BW).⁴³ De vraag rijst of de vrees voor het eigen recht terecht is en of de directe actie niet ook al een subjectief recht creëert voor de benadeelde.

Voorop staat dat de wetgever en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons onderscheid maken tussen de directe actie en het eigen recht en ervan uitgaan dat bij de directe actie geen

⁴⁰ Franken 2011, p. 125-126; Franken 2015, p. 188.

⁴¹ Franken 2015, p. 188. Zie ook: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 609.

⁴² Een begrip dat is herontwikkeld door Struycken in zijn dissertatie: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 7.

⁴³ Zie par. 4.2.1.

verbintenis tot stand komt tussen de verzekeraar en de benadeelde.⁴⁴ Door Verstijlen en Franken is echter op overtuigende wijze geanalyseerd dat de bevoegdheid van de directe actie moet worden beschouwd als een subjectief recht.⁴⁵ Dit staat weliswaar haaks op hetgeen in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 7:954 BW is opgemerkt waaruit blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat uit de directe actie geen verbintenis voortvloeit tussen de verzekeraar en de benadeelde⁴⁶, maar beslissend is die opmerking in de geschiedenis niet. Doorslaggevend is, in de woorden van Franken en Verstijlen, niet de kwalificatie die men aan de rechtsfiguur geeft, maar de eigenschappen en kenmerken die de wetgever daaraan heeft gegeven.⁴⁷

De vervolgvraag is wat het gevolg is van de door Franken (en Verstijlen) gegeven analyse van de directe actie als een eigen recht. Brengt dit mee dat in het huidige recht de directe actie betekent dat de verzekeraar geen verweermiddelen aan de benadeelde kan tegenwerpen? Dit wordt immers als belangrijk verschil in rechtsgevolg beschouwd tussen de directe actie en het eigen recht.⁴⁸ In par. 4.4 wordt daarop nader ingegaan. Voor nu is relevant vast te stellen dat de vermogensrechtelijke duiding van de directe actie (als 'ius agendi' of als 'eigen recht') niet relevant is voor de vraag of een verweermiddelenverbod kan worden ingevoerd in de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een verweermiddelenverbod past weliswaar beter bij een actie op basis van een eigen (vorderings)recht, maar het kan ook worden gecombineerd met een actie op basis van het vorderingsrecht van een ander (de verzekerde). In par. 8.5.2 wordt dit verder toegelicht.

4.3. Het eigen recht

4.3.1. Definitie en werking

Een eigen recht betekent dat de benadeelde rechtstreeks de verzekeraar van de aansprakelijke partij kan aanspreken tot vergoeding van zijn schade. In zoverre komt het eigen recht overeen met de directe actie. Waar de benadeelde bij de directe actie ageert op basis van het vorderingsrecht dat de verzekerde op zijn verzekeraar heeft, ageert de benadeelde bij een eigen recht op basis van een eigen vorderingsrecht. Dat vorderingsrecht is wel zeer nauw verbonden met het vorderingsrecht van de verzekerde op zijn verzekeraar. De inhoud van het eigen recht van de benadeelde wordt enerzijds bepaald door hetgeen de benadeelde van de aansprakelijke partij kan vorderen, en anderzijds door hetgeen de verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst kan vorderen van zijn verzekeraar.⁴⁹ Op dit punt is er een vergelijking te trekken met art. 6:107 en art. 6:108 BW. Deze bepalingen kennen een zelfstandig recht toe aan de nabestaanden (art. 6:108 BW) en derden naar wie de schade van het slachtoffer is verplaatst, maar het betreft wel een van het primaire slachtoffer afgeleid recht en het wordt in zoverre bepaald en begrensd door hetgeen het slachtoffer zelf van de aansprakelijke partij had kunnen vorderen.

⁴⁴ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 609; Frenk & Salomons 2001, p. 22.

⁴⁵ Franken 2011, p. 128-129; Verstijlen 2009, p. 1630 e.v.; Franken 2015, p. 179-197.

⁴⁶ Frenk & Salomons 2001, p. 22.

⁴⁷ Verstijlen 2009, p. 1632.

⁴⁸ C.C. van Dam & E.A. Waal, 'Het nieuwe verzekeringsrecht. De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht', *VR 2005*, p. 101.

⁴⁹ Robben 1993, p. 195.

Aan het eigen recht worden drie functies toegekend: (i) de betalingsfunctie, die bewerkstelligt dat betaald wordt aan de schuldeiser (de benadeelde) ten laste van de onderschuldenaar van de hoofdschuldenaar, over het hoofd van deze laatste, (ii) de bewarende functie, die ervoor zorgt dat de hoofdschuldenaar niet meer kan beschikken over de aan de benadeelde verschuldigde bedragen, en verder (iii) de zekerheidsfunctie bij uitsluiting van de samenloop met andere schuldeisers.⁵⁰ Deze functies bestaan overigens ook bij de directe actie.

De werking van het eigen recht komt erop neer dat de benadeelde rechtstreeks de verzekeraar van de aansprakelijke partij kan aanspreken. Het uitgangspunt is daarbij dat het eigen recht van de benadeelde ondergeschikt is aan het bestaan van een verzekering op het ogenblik van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Verweermiddelen die zijn ontleend aan de afwezigheid van een verzekering kunnen aan de benadeelde worden tegengeworpen. Dit geldt ook bij art. 6 WAM. Is het voertuig dat het ongeval veroorzaakte niet verzekerd, dan mag de WAM-verzekeraar dat aan de benadeelde tegenwerpen. De benadeelde heeft in dat geval wel een aanspraak op het Waarborgfonds Motorverkeer.

4.4. Onderscheid eigen recht en directe actie

Uit het voorgaande volgt dat het onderscheid tussen de beide rechtsfiguren voor nogal wat verwarring zorgt.⁵¹ De meeste schrijvers zijn van mening dat de directe actie en het eigen recht van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren zijn.⁵² Lippmann signaleert dat het 'eigen recht' soms ook 'directe actie' wordt genoemd, terwijl er volgens hem toch zo'n groot onderscheid tussen beide stelsel bestaat.⁵³ Ook Fonkert maakt duidelijk onderscheid tussen een eigen recht en een directe actie.⁵⁴ Robben beschrijft de directe actie als een bevoegdheid van de benadeelde om zich tot de debiteur van zijn eigen "debiteur" te wenden. De debiteur van de benadeelde is de schadeveroorzaker die aansprakelijk is voor de ontstane schade. Deze kan zich wenden tot zijn eigen debiteur, zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Waarop de benadeelde jegens deze "onderdebiteur" aanspraak kan maken, wordt bepaald door hetgeen deze aan de tussen debiteur (de schadeveroorzaker) verschuldigd is.⁵⁵ In deze constellatie is er zonder andersluidende wettelijke bepaling geen beperking in de tegenwerpelijkheid van verweermiddelen.⁵⁶ Anders ligt dat volgens Robben bij het eigen recht. Het eigen recht zorgt voor een hoofdelijke aansprakelijkheid van verzekeraar en verzekerde tegenover de benadeelde.⁵⁷ Het hoofdelijke mededebiteurschap brengt volgens Robben ook mee dat de verzekeraar zich niet kan beroepen op verweren

⁵⁰ Ontleend aan: Cousy & Van Schoubroeck 2002, p. 566-567.

⁵¹ Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' over 'Verzekering naar komend recht' naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 35.

⁵² Zie: Nuytinck e.a. 1993, p. 128; Lippmann 1951, p. 220-221; Wansink 1994, p. 394; Van Dam & Waal 2005, p. 101.

⁵³ Lippmann 1951, p. 220-221, onder verwijzing naar Fonkert.

⁵⁴ Fonkert 1950, p. 302, noot 2 en p. 304-308.

⁵⁵ Robben 1993, 39-40.

⁵⁶ Hoewel Robben lijkt aan te nemen dat de directe actie meebrengt dat verweermiddelen die zijn ontleend aan feiten na het schadevoorzal niet kunnen worden tegengeworpen aan de benadeelde. Dit heeft volgens haar te maken met de fixatie van de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar die door de directe actie tot stand komt: Robben 1993, p. 63-64.

⁵⁷ Robben 1993, p. 210 en p. 222.

die voortvloeien uit de dekkingsverhouding met zijn verzekerde. De benadeelde staat hier immers buiten, de dekkingsverhouding ziet uitsluitend op de interne verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Hij kan zich alleen beroepen op de verweren die de aansprakelijke verzekerde ook tegen de benadeelde had kunnen inroepen, als de benadeelde hem had aangesproken.⁵⁸ Ook andere auteurs gaan ervan uit dat in het eigen recht een verweermiddelenverbod ligt besloten. Zie in dat verband Faure en Hartlief, die vanwege de niet-tegenwerpelijheid van verweermiddelen erop hebben gewezen dat een eigen recht een zekere “decontractualisatie” meebrengt.⁵⁹ Ook Van Dam gaat ervan uit dat een eigen recht meebrengt dat de verzekeraar jegens het slachtoffer geen gebruik meer kan maken van zijn verweermiddelen.⁶⁰ Ten slotte is ook in de discussie bij de invoering van art. 7:954 BW als belangrijkste verschil tussen het eigen recht en de directe actie genoemd het verbod van de verzekeraar zich tegen de benadeelde op dezelfde verweren te beroepen als tegen de verzekerde.

Onduidelijk blijft in deze redenering waarom het nodig is om het verweermiddelenverbod in de wet neer te leggen, zoals in art. 11 WAM is gebeurd.⁶¹ Als het verweermiddelenverbod inherent zou zijn aan het eigen recht, zou een afzonderlijke wettelijke bepaling daarvoor niet nodig zijn, tenzij men bepaalde beperkingen op het verweermiddelenverbod wil aanbrenge. Zie in dit verband ook het Belgische recht (hierna in par. 7.3.2 en 7.3.3), waar naast het eigen recht van de benadeelde om direct de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij aan te spreken tot vergoeding van de schade, een verweermiddelenverbod is geïntroduceerd. Dit berust volgens opvattingen in de Belgische rechtsliteratuur op de omstandigheid dat het eigen recht niet automatisch een verweermiddelenverbod meebrengt.⁶² Voor Zwitserland geldt hetzelfde.⁶³ Onduidelijk blijft ook waarom Robben, voordat zij het onderscheid tussen de directe actie en het eigen recht helder uiteen heeft gezet, eerder in haar betoog opmerkt dat de directe actie en het eigen recht verschillende zijden van dezelfde medaille vormen.⁶⁴ Zij meent dat het eigen recht met de directe actie is gegeven.⁶⁵

Zoals eerder opgemerkt, is voor de vraag of een wettelijke verweermiddelenverbod kan worden ingevoerd in de algemene aansprakelijkheidsverzekering, niet direct relevant of de directe actie een subjectief recht meebrengt of slechts een bevoegdheid is. In het eerste geval kan bepleit worden dat een verweermiddelenverbod reeds inherent is aan het eigen recht dat de directe actie in die opvatting impliceert. In het tweede geval geldt dat ook een directe actie

⁵⁸ Robben 1993, p. 210 en p. 222.

⁵⁹ M.G. Faure en T. Hartlief, ‘Gevolgen van de uitbreidende werkgeversaansprakelijkheid’, in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995, p. 336-337.

⁶⁰ Van Dam 1995, p. 118, 124 en 128; Verslag van de vergadering van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ en de Vereniging voor verzekeringswetenschap van 21 april 1995 over *Verzekering naar komend recht* naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 35-37.

⁶¹ Zoals ook in de Belgische wet is gebeurd, waar naast het eigen recht van de benadeelde (art. 150 WVerz.) een wettelijk verweermiddelenverbod is vastgelegd (art. 151 WVerz.).

⁶² Zie: B. Dubuisson, ‘L’action directe en l’action récursoire’, in: *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre. Dix années d’application, Collection Droit des assurances no 13*, Louvain la Neuve: Bruylant 2003, p. 159 en 167.

⁶³ Fuhrer 2011, p. 463.

⁶⁴ Robben 1993, p. 40-41.

⁶⁵ Robben 1993, p. 40.

die alleen een 'bevoegdheid' meebrengt, kan worden gecombineerd met een verweermiddelenverbod. Ik kom hierop terug in par. 8.5.2.

Kijkend naar het doel van de directe actie en het eigen recht kan ook nog op een gering onderscheid worden gewezen. De directe actie heeft tot primair doel, althans bij de invoering ervan, ervoor te zorgen dat de verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde terecht komen en niet, bijvoorbeeld bij faillissement, bij de verzekerde blijven hangen.⁶⁶ Het eigen recht gaat een stap verder en beoogt ook buiten de gevallen van faillissement te bewerkstelligen dat het slachtoffer schadeloos wordt gesteld. Daartoe ontnemt het eigen recht, en het daarmee gecombineerde verweermiddelenverbod, de verzekeraar zijn verweermiddelen die voortvloeien uit de dekkingsverhouding met de verzekerde. De benadeelde verkrijgt daarmee een grotere zekerheid op (volledige) vergoeding van zijn schade dan bij de directe actie.⁶⁷

4.5. Beperkingen van de huidige wettelijke regeling van de directe actie

Indien de wetgever ertoe besluit de wettelijke regeling van art. 7:954 BW aan te vullen met een bepaling op grond waarvan de verzekeraar het opzettelijk veroorzaken van het schadegeval niet kan tegenwerpen aan de benadeelde, is het nuttig enkele beperkingen te kennen die de huidige wettelijke regeling van art. 7:954 BW kent. Op sommige van deze beperkingen is in de rechtsliteratuur al de nodige kritiek geuit. Ook deze zal hieronder worden besproken.

Zoals hiervoor opgemerkt geldt als constitutief vereiste voor het ontstaan van de directe actie dat de verwezenlijking van het risico ingevolge artikel 7:941 BW bij de verzekeraar is gemeld (art. 7:954 lid 1 BW). Die melding moet worden gedaan door de verzekerde of de verzekeringnemer. Art. 7:941 BW bepaalt immers dat het de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde (de verzekerde in de schadeverzekering) is die de melding moet maken. De benadeelde kan dat niet.⁶⁸ Meldt de verzekerde het risico niet, dan komt aan de benadeelde niet de mogelijkheid van de directe actie toe. Meldt de verzekerde te laat, dan kan de verzekeraar dat aan de benadeelde tegenwerpen indien de verzekeraar door de te late melding in zijn redelijke belang getroffen is.⁶⁹ Het gevolg is dat de benadeelde van een uitkering verstoken blijft.

Een dergelijke weigering om te melden komt in de praktijk nogal eens voor.⁷⁰ Een reden daarvoor kan zijn dat de aangesproken partij van mening is dat hij niet aansprakelijk is en dat hij dus (nog niet) hoeft te melden. Een andere reden kan zijn dat de verzekerde, indien hij verdacht wordt van een strafbaar feit, niet het risico wil lopen dat de melding van de "verwezenlijking van het risico" bij zijn verzekeraar als een schuldbekentenis wordt beschouwd. De argumenten die in de praktijk worden gebruikt om de weigering om te melden te rechtvaardigen, worden gevoed doordat uit de wet niet blijkt wat precies onder de "verwezenlijking van het risico" moet worden

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Franken 2015, p. 179.

⁶⁷ Fonkert 1950, p. 306.

⁶⁸ R. Feunekes, 'Het regime van het nieuwe verzekeringsrecht: gevolgen voor de positie van de verzekerde bij verzwijging en subrogatie en die van de benadeelde bij toepassing van de directe actie', *MvV* 2006-3, p. 54-55; Stadermann 2014, p. 59.

⁶⁹ Art. 7:954 lid 4 BW verbindt aan een te late melding waardoor de verzekeraar in een redelijk belang is geschaad, de sanctie van het verval van het recht op uitkering. Ook de polisvoorwaarden verbinden deze sanctie doorgaans aan de niet-nakoming van de mededelingsplicht.

⁷⁰ Streefkerk 2016, p. 2125-41.

beschouwd. De wet bepaalt dat de meldingsplicht van de verzekerde ontstaat op het moment waarop de verzekeringnemer of de verzekerde (de tot uitkering gerechtigde) van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is of behoort te zijn (art. 7:941 lid 1 BW). Over de vraag wat in dit verband de “verwezenlijking van het risico” is, verschillen de meningen.⁷¹ Is dit het moment waarop de verzekerde (weet of behoort te weten dat hij) aan de derde de schade heeft toegebracht, of het moment waarop de verzekerde door de benadeelde aansprakelijk wordt gesteld, of het moment dat de aansprakelijkheid wordt vastgesteld? Zo meent Stadermann dat van de verwezenlijking van het risico pas sprake is wanneer de verzekerde door de benadeelde aansprakelijk is gesteld.⁷² De aansprakelijkheid tot vergoeding van schade, en niet het enkele feit dat er schade is voorgevallen, is volgens Stadermann het verzekerd risico dat de verzekeraar op zich heeft genomen. Hendrikse heeft deze opvatting gevolgd, in zoverre dat volgens hem pas als de verzekerde aansprakelijk is gesteld sprake is van een opeisbare vordering onder de polis.⁷³

Wansink meent dat van de verwezenlijking van het risico reeds sprake is op het moment dat de verzekerde de derde schade toebrengt.⁷⁴ Vanaf dat moment ontstaat voor de verzekeraar een belang bij de melding, omdat dan een gebeurtenis plaatsvindt waaruit voor hem een verplichting tot uitkering kan voortvloeien. Indien voor de mededelingsplicht bepalend zou zijn het ogenblik waarop vaststaat dat de verzekerde tegenover de derde gehouden is diens schade te vergoeden, dan zou de mededelingsplicht voor de aansprakelijkheidsverzekering geen betekenis hebben. Wansink wijst er op dat art. 283 K (oud) voor de aansprakelijkheidsverzekering al zo werd uitgelegd dat de gebeurtenis (het ongeval) in beginsel bepalend was voor het tijdstip waarop de mededelingsplicht ontstond.⁷⁵ Ook de polisvoorwaarden bepalen doorgaans dat de melding moet worden gedaan zodra zich een voorval voordoet dat tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden.⁷⁶ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons bouwen voort op de uitleg van Wansink en hebben het standpunt ingenomen dat “uit de aard van de aansprakelijkheidsverzekering [voort] vloeit dat de mededelingsplicht ontstaat zodra de verzekerde kennis draagt of redelijkerwijze behoort kennis te dragen van een schadevoorval en hij gelet op de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden, daaronder begrepen de reactie van de betrokken derde(n), redelijkerwijze rekening moet houden met de reële mogelijkheid dat hij tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade zal worden aangesproken.”⁷⁷ De rechtspraak lijkt ook van deze opvatting uit te gaan.⁷⁸

Uit het voorgaande volgt dat de benadeelde door de bepaling dat hij niet zelf kan melden, in hoge mate afhankelijk is van de bereidheid (en het initiatief) van de aansprakelijke partij om de

⁷¹ Stadermann 2014, p. 54.

⁷² F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, (diss. OU), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 50-52 en 66, e.v.; Stadermann 2014, p. 54.

⁷³ M.L. Hendrikse, ‘Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 307-310.

⁷⁴ Wansink 2006, p. 354-355.

⁷⁵ Wansink 2006, p. 354-355, met verwijzing naar Bongers (Bongers 1964, p. 182) en Lippmann (Lippmann 1951 p. 132-133).

⁷⁶ Wansink 2006, p. 356.

⁷⁷ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 303.

⁷⁸ Hof Arnhem 9 december 2003, ECLI:NL:GHARN:2005:AU4186, rov. 4.7. Dit arrest is in stand gebleven bij de Hoge Raad: HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6786, *RvdW* 2013, 342.

verwezenlijking van het risico te melden. Weigert de aansprakelijke partij de schade te melden, terwijl hij ook zelf niet tot afwikkeling van de schade overgaat, dan worden de rechten van de benadeelde, al dan niet opzettelijk, gefrustreerd. In de literatuur wordt aangenomen dat er op de aansprakelijke partij een verplichting rust om aan de benadeelde te vertellen waar hij verzekerd is en dat die informatie evenals het doen van de schademelding onder druk van een kort geding ook afdwingbaar is,⁷⁹ maar of een dergelijke vordering in de praktijk ook zal worden toegewezen, is allerm minst zeker.

Het is mede om deze reden dat de Raad van State bij het wetsvoorstel tot invoering van het nieuwe verzekeringsrecht in titel 7.17 BW heeft geadviseerd art. 7:954 BW op het punt van de melding door de verzekerde aan te passen.⁸⁰ De kritiek van de Raad van State betrof de afhankelijke positie waarin de benadeelde komt te verkeren als de directe actie slechts aan de benadeelde toekomt indien de verzekerde de verwezenlijking van het risico heeft gemeld aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. De Raad van State heeft in dat verband opgemerkt:

“Dit heeft voor de benadeelde het nadeel dat hij eerst moet afwachten of er een voor hem bevredigende oplossing komt. Wanneer partijen onderling niet tot een oplossing komen, zal er voor benadeelde niet anders op zitten dan de verzekerde in rechte aan te spreken en zal deze bij vaststelling alsnog tot melding overgaan. Het is de vraag of dan, zoals artikel 7.17.1.14 voorschrijft, de melding zo spoedig mogelijk plaatsvindt. De verzekeraar zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de verzekerde schadeplichtig is en dit verweer vervolgens tegen de benadeelde kunnen inroepen. De afhankelijkheid van de benadeelde van de melding door de verzekeringnemer acht de Raad om vorenstaande redenen ongewenst. De voorgestelde regeling behoeft op dit punt aanpassing”⁸¹ [onderstreping toegevoegd].

De kritiek van de Raad van State heeft op dit punt niet geleid tot een aanpassing van de regeling. De minister heeft drie argumenten aangedragen om de in het voorstel opgenomen meldingsplicht ongewijzigd te handhaven.⁸² Ten eerste heeft de minister erop gewezen dat de verzekerde de mogelijkheid moet hebben om buiten de verzekering om de benadeelde schadeloos te stellen. Dit kan voor de verzekerde van belang zijn om het verlies van een no-claimkorting te voorkomen, of omdat hij vreest dat de verzekeraar de verzekering opzegt vanwege een ongunstig schadeverloop in het verleden. Tegen dit argument kan worden ingebracht dat er bij een particuliere aansprakelijkheidsverzekering normaal gesproken geen no-claimkorting bestaat. Bovendien is het de vraag of het eventuele voordeel voor de verzekerde (geen verlies no-claimkorting en geen risico van opzegging) opweegt tegen de nadelen die de meldingsplicht voor de benadeelde meebrengt.⁸³ De oplossing die de minister heeft aangedragen, namelijk dat de melding alsnog kan worden gedaan als de aansprakelijkheid is vastgesteld, biedt geen soe-

⁷⁹ Stadermann 2014, p. 52 en 58; Kamphuisen 2005, p. 202; Feunekes 2006, p. 54-55; Zie ook: W.H. Hengeveld, 'De afwikkeling van 'voorbije' rampen', *AV&S*, 2007/5, p. 240; Streefkerk 2016, p. 2125-41.

⁸⁰ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D* (advies Raad van State en Nader Rapport), p. 5 tot en met 7.

⁸¹ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D* (advies Raad van State en Nader Rapport), p. 5.

⁸² *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D* (advies Raad van State en Nader Rapport), p. 6-7. Zie ook: Frenk & Salomons 2001, p. 20 en Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

⁸³ Zie ook: M.D. Spruit, 'De directe actie, artikel 7:954 BW (art. 7.17.2.9c)', *NTHR* 2005-6, p. 267.

laas. Zoals hiervoor al is opgemerkt, ontstaat de meldingsplicht op het moment dat het risico zich verwezenlijkt. Indien, met de heersende leer,⁸⁴ moet worden aangenomen dat dit het moment is waarop de verzekerde kennis draagt of behoort te dragen van een schadeval en hij er rekening mee moet houden dat hij wordt aangesproken tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade, is een melding op het moment dat de aansprakelijkheid is vastgesteld, te laat.⁸⁵ Of de te late melding leidt tot verlies van dekking, hangt af van de vraag of de verzekeraar in zijn belang is geschaad. Dat kan het geval zijn in situaties waarin de aansprakelijkheid van de verzekerde in rechte moet worden vastgesteld en de procedure enkele jaren in beslag neemt. De verzekeraar zal al die tijd niet op de hoogte zijn van de schade en zal ook geen mogelijkheid hebben de schade te beperken. De verzekeraar zal zich dan met kracht van argument op het standpunt kunnen stellen dat hij in zijn belang is geschaad en dat de verzekerde zijn dekking verliest. Dit verweer zal hij de benadeelde kunnen tegenwerpen.

Ten tweede achtte de minister het vereiste van melding van belang om te bereiken dat “alleen die benadeelden die mogelijk een serieuze vordering op de verzekerde hebben om betaling van hun schade door de verzekeraar zullen verzoeken.”⁸⁶ Ook bij dit argument kunnen vraagtekens worden geplaatst. Zo is het de vraag of de verzekerde degene is die moet bepalen of het om een serieuze melding gaat. De praktijk wijst uit dat verzekeraars heel goed in staat zijn het kaf van het koren te scheiden. De vraag is verder of misbruik van de directe actie, in die zin dat iemand stelt dat hij schade heeft geleden door toedoen de verzekerde terwijl dat feitelijk niet zo is, in de praktijk veel voorkomt. Het valt zeker niet uit te sluiten dat misbruik van de directe actie voorkomt, maar er zijn geen signalen dat dit op substantiële schaal gebeurt. De praktijk van de WAM, waar de benadeelde een eigen recht jegens de verzekeraar heeft ongeacht of de verzekerde een schademelding heeft gedaan, bevestigt niet dat er op noemenswaardige schaal misbruik plaatsvindt. De verzekeraar beschikt bovendien over voldoende mogelijkheden om (incidentele) fraudegevallen te ondervangen.

Ten slotte heeft de minister het meldingsvereiste gerechtvaardigd met de veronderstelling dat het in de praktijk niet snel zal voorkomen dat de verzekerde weigert tot melding over te gaan.⁸⁷ Die veronderstelling is niet geheel juist. De ervaring leert dat dit zich in de praktijk wel degelijk met enige regelmaat voordoet. In de literatuur wordt de meldingsplicht vanwege de afhankelijke positie van de benadeelde als knelpunt beschouwd.⁸⁸

De risico's van die positie worden des te zichtbaarder als men zich realiseert dat de meeste aansprakelijkheidsverzekeringen zijn gesloten op basis van een claims made-dekking. Dat betekent dat er alleen dekking is voor claims die bij de verzekeraar worden gemeld tijdens de duur (de looptijd) van de verzekering. Zodra de verzekering eindigt, ontbreekt elke dekking, ook als het gaat om

⁸⁴ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 303.

⁸⁵ Nog afgezien van de vraag wanneer de aansprakelijkheid is vastgesteld. Is dat zodra de rechtbank in eerste aanleg heeft beslist, of is dat pas als er een uitspraak is die in kracht van gewijsde is gegaan? Dit zou pas het geval kunnen zijn na een uitspraak in hoger beroep of cassatie.

⁸⁶ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D* (advies Raad van State en Nader Rapport), p. 6-7.

⁸⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D* (advies Raad van State en Nader Rapport), p. 7.

⁸⁸ Stadermann 2014, p. 52, 58-59; Kamphuisen 2005, p. 202; Wansink 2006, p. 449-450; Feunekes 2006, p. 54-55; Zie ook: Hengeveld 2007, p. 240; Spruit 2005, p. 267-268, Van Dam & Waal 2000, p. 110-111 en VR 2005, p. 104.

(nog niet gemelde) aanspraken die betrekking hebben op letsel dat is ontstaan voor het einde van de verzekeringsovereenkomst.⁸⁹ Kamphuisen, Stadermann en Wansink hebben op dit (extra) gevaar gewezen.⁹⁰ Stadermann heeft, om te voorkomen dat dit gevaar zich realiseert en de verzekeringspenningen daardoor niet bij de benadeelde terecht komen, ervoor gepleit om in art. 7:954 BW ook aan de benadeelde het recht toe te kennen om zelf de schade te melden bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader.⁹¹ Ik sluit me bij dat pleidooi aan. Een bijkomend argument voor het schrappen van de meldingsplicht uit art. 7:954 lid 1 BW of voor het toekennen van een recht aan de benadeelde om zelf de schade te melden, is dat de rechtssystemen in andere Europese landen de uitoefening van een eigen recht of directe actie ook niet afhankelijk hebben gemaakt van een melding van de verzekerde of de verzekeringnemer. Dit geldt in ieder geval voor de landen die in dit onderzoek rechtsvergelijkend zijn onderzocht: België, Frankrijk, Duitsland en Zwitserland.⁹²

Wel is het voor de benadeelde mogelijk beslag te leggen onder de verzekeraar op de uit te keren verzekeringspenningen, ook wanneer de verwezenlijking van het risico nog niet is gemeld. Frenk/Salomons hebben er in verband met deze mogelijkheid op gewezen dat de verzekeraar door het beslag de facto op de hoogte is van de verwezenlijking van het risico, waardoor een eventueel beroep op het verval van het recht op uitkering wegens het geschaad zijn in een redelijk belang minder kansrijk is, waardoor de schade die de verzekeraar eventueel lijdt door een te late melding uitblijft of beperkt blijft.⁹³ Beslaglegging veronderstelt wel dat de benadeelde op de hoogte is van het bestaan van een aansprakelijkheidsverzekering, en bij welke verzekeraar het risico is ondergebracht. Om ervoor te zorgen dat benadeelden ook zonder de medewerking van de veroorzaker kunnen nagaan of en zo ja bij welke verzekeringsmaatschappij de aansprakelijkheid is gedekt, kan in navolging van art. 13 WAM het inrichten van een openbaar toegankelijk registratiesysteem worden overwogen waarin raadpleegbaar is of de betreffende aansprakelijke partij tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerd is, en zo ja bij welke verzekeraar.⁹⁴ In het verleden is wel eens gepleit voor een dergelijk openbaar register.⁹⁵ Een andere oplossing zou zijn in de wet een verplichting op te nemen voor de verzekeringnemer/verzekerde om aan de benadeelde de naam van de verzekeringsmaatschappij en de inhoud van de verzekeringsovereenkomst mee te delen, zoals in onder meer Spanje⁹⁶ en Zwitserland (ontwerpregelgeving) het geval is.⁹⁷ Ook art. 15:102 van de

⁸⁹ J.H. Wansink, 'Kent het claims made-beginsel bij de aansprakelijkheidsverzekering nog scherpe randjes?', *AV&S* 2013/9, p. 77-78.

⁹⁰ Kamphuisen 2005, p. 211-212; Stadermann 2014, p. 54-55.

⁹¹ Stadermann 2014, p. 59-61.

⁹² Zie hoofdstuk 7.

⁹³ Frenk & Salomons 2001, p. 20; Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

⁹⁴ De registratie van WAM-verzekeringen ex art. 13 WAM vindt plaats bij de Dienst Wegverkeer: De Bosch Kemper 2016, aant. 7, p. 2120-11.

⁹⁵ J.H. Wansink, 'Is er nog verzekeringsdekking bij de nieuwe verruimde verjaringstermijnen? De nieuwe regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden, Kamerstukken 26 824', *AV&S* 2003/3, p. 93. Volgens Wansink staat het onverplichte karakter van de aansprakelijkheidsverzekering niet in de weg aan de invoering van een dergelijk register.

⁹⁶ Basedow/Fock 2002a, p. 1350.

⁹⁷ Par. 7.6.3.

Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) schrijft voor dat de verzekerde of de verzekeringnemer gehouden is op verzoek van de benadeelde de informatie te verschaffen die nodig is voor het instellen van een directe actie.⁹⁸

4.6. Beschouwing

De directe actie en het eigen recht zijn belangrijke verzekeringsrechtelijke instrumenten in het kader van slachtofferbescherming. Ze zorgen ervoor dat een slachtoffer rechtstreeks de verzekeraar van de aansprakelijke partij kan aanspreken tot vergoeding van de geleden schade. Het slachtoffer is dan niet meer afhankelijk van het vermogen van de aansprakelijke partij, en wordt in de aansprakelijkheidsdiscussie en daaropvolgende schadeafwikkeling ook niet (steeds) met hem geconfronteerd. Het eigen recht is in Nederland, anders dan bijvoorbeeld in België waar het eigen recht voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering is ingevoerd, beperkt gebleven tot een enkele specifieke regeling waarvan de WAM en de Wet natuurbescherming (voorheen de Jachtwet en de Flora- en faunawet) de bekendste zijn. Wel is in Nederland sinds 2006 de directe actie voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering ingevoerd, voor schadevergoedingsvorderingen wegens letsel en overlijden (art. 7:954 BW).

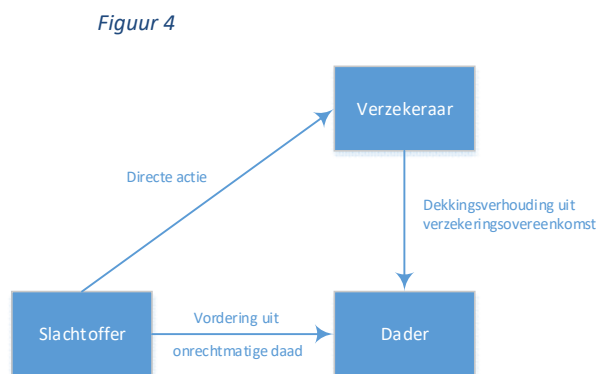
Slachtoffers van misdrijven kunnen *de facto* geen gebruik maken van de directe actie omdat de verzekeraar hen doorgaans kan tegenwerpen dat de verzekerde het schadevooral opzettelijk heeft veroorzaakt en dat er om die reden geen uitkering wordt gedaan. Een mogelijkheid om te bewerkstelligen dat ook slachtoffers van misdrijven die schade hebben geleden wegens letsel of overlijden, gebruik kunnen maken van de directe actie, is het niet tegenwerpe-lijk maken van het beroep op opzettelijke schadeveroorzaking. Dit bestaat al in de WAM en de Wet natuurbescherming, en ook in verschillende Europese landen. In par. 5.2.1 en 5.2.2 wordt bezien of er vanuit de openbare orde/goede zeden, dan wel vanuit de verzekeringsovereenkomst beletselen zijn om de reeds bestaande wettelijke regeling inzake de directe actie aan te vullen met een bepaling die ertoe strekt dat verzekeraars het opzettelijk veroorzaken van het schadevooral niet mogen tegenwerpen aan de benadeelde.

⁹⁸ Par. 7.2.1.

5. Het verweermiddelenverbod nader beschouwd: het beroep op opzet

5.1. Inleiding

Dit hoofdstuk spitst zich toe op de vraag of het juridisch mogelijk is de reeds bestaande directe actie tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker voor benadeelden met personenschade te combineren met een verbod voor verzekeraars om zich jegens het slachtoffer op opzet te beroepen.¹ Hiervoor is een – overzichtelijke – aanpassing van de wet (art. 7:954 BW) nodig. Die aanpassing zou ertoe leiden dat ook slachtoffers van misdrijven de facto de mogelijkheid van de directe actie kunnen benutten. Ter beantwoording van deze vraag is het zaak de verschillende verhoudingen tussen de betrokken partijen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht goed van elkaar te onderscheiden. Ten eerste gaat het om de contractuele verhouding tussen de verzekeraar en de dader. Tussen hen bestaat een dekkingsverhouding uit de verzekeringsovereenkomst. Daarnaast is er een buitencontractuele verhouding tussen het slachtoffer en de dader, uit hoofde van onrechtmatige daad (misdrijf). Ten slotte is er een verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar op grond van de wet (art. 7:954 BW), waardoor het slachtoffer gerechtigd is om rechtstreeks van de verzekeraar betaling te verlangen. De volgende figuur geeft deze verhoudingen schematisch weer.



Het wettelijk verbod om aan *het slachtoffer* opzet tegen te werpen heeft alleen betrekking op de verhouding tussen de verzekeraar en het slachtoffer. In de verhouding tussen de verzekeraar en de dader blijft het opzet gewoon tegenwerpelijk. Het wettelijk verbod regardeert deze verhouding niet. De figuur maakt inzichtelijk dat het niet kunnen tegenwerpen van opzet niet betekent dat opzet in de verzekeringsovereenkomst is gedekt. In de verhouding tussen de verzekeraar en de dader zijn art. 7:952 (opzet is niet verzekeraar) en de contractuele opzetclausule onverkort van toepassing. De verzekeraar kan hierop echter in de verhouding met het slachtoffer geen beroep doen. Hieruit volgt dat het verbod op de niet-tegenwerpelijkheid van opzet aan het slachtoffer niet in strijd komt met het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat opzet niet verzekeraar is. In de volgende paragrafen in dit hoofdstuk wordt dit nader toegelicht. Die toelich-

¹ Daaronder begrepen in AVP-polissen gehanteerde aanverwante clausules die tot doel hebben (aansprakelijkheid voor) misdrijf schade van dekking uit te sluiten.

ting moet steeds worden begrepen tegen de achtergrond van de verschillende verhoudingen in de bovenstaande figuur. Eerst zal in kaart worden gebracht wat in de verhouding tussen de verzekeraar en de dader de begrenzings zijn van de verzekeraar van opzet. Daartoe zal eerst in kaart worden gebracht welke vormen van opzet er zijn, waarna aan de hand van de wet (openbare orde/goede zeden) en aan de hand van de opzetclausule in de AVP-polis wordt geanalyseerd tot welke gevallen de onverzekerbaarheid zich in de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde uitstrekt (par. 5.2). In par. 5.3 worden vervolgens de argumenten besproken die in de rechtsliteratuur zijn aangevoerd tegen een verweermiddelenverbod in zijn algemeenheid, en tegen het verbod van de verzekeraar om zich jegens de benadeelde op opzet te beroepen in het bijzonder. Een veelgehoord argument in dat verband is dat moreel-ethische bezwaren in de weg staan aan een dergelijk verbod. Aan dit argument ligt de veronderstelling ten grondslag dat hierdoor opzet zou worden verzekerd. Dat zou inderdaad zo zijn als het verweermiddelenverbod zou gelden in de dekkingsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Dat is evenwel niet zo. Het verbod regardeert alleen de verhouding tussen de verzekeraar en het slachtoffer. Dat betekent dat de hele discussie rondom het moreel-ethische argument “van kleur verschiet.” Daarvan lijken niet alle deelnemers aan het debat zich steeds bewust te zijn. Zoals aangekondigd, volgt in par. 5.2 eerst een uiteenzetting van welke vormen van opzet in de dekkingsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde te verzekeren zijn.

5.2. De verzekeraar van opzet

5.2.1. Begrenzing van dekking voor opzet bij een toetsing aan de goede zeden/openbare orde

Op grond van art. 7:952 BW vergoedt de verzekeraar geen schade aan de verzekerde die de verzekerde met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt. De gedachte die aan deze bepaling ten grondslag ligt is dat de verzekeraar bij de beoordeling van het risico dat hij loopt mag uitgaan van de normale voorzichtigheid bij de verzekeringnemer/verzekerde. Verzekerd is dus het gevaar van de “goede huisvader”, tenzij in de verzekeringsovereenkomst anders is bepaald.² Art. 7:952 BW is van regelen recht, zodat partijen afwijkende afspraken kunnen maken. De eerste vraag is welke betekenis art. 7:952 BW heeft voor de aansprakelijkheidsverzekering. Schuld van de verzekerde is immers juist de kern van deze verzekering.³ Algemeen aanvaard is dat uit de aard van de aansprakelijkheidsverzekering voortvloeit dat deze ook dekking biedt tegen de gevolgen van eigen schuld.⁴ Er wordt derhalve stilzwijgend afstand gedaan van art. 7:952 BW.⁵ De tweede vraag is hoever deze renuntiatie gaat en wat de grenzen zijn van de verzekering van door eigen schuld veroorzaakte schade. De grenzen worden primair gegeven door

² Wansink 2006, p. 267; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 452.

³ Bongers 1964, p. 98; Lippmann 1951, p. 58; J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekeraar van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 142-143.

⁴ Wansink 2006, p. 267. Een ander voorbeeld van een dergelijke verzekering is de kostbaarhedenverzekering. Ook hier ontstaat schade meestal door een moment van onbedachtzaamheid en juist tegen dit risico verzekert men zich. Zie in dit kader ook HR 11 januari 1991, *NJ* 1991, 271 (Van de Wijngaard/Haagman).

⁵ Bongers 1964, p. 107.

art. 3:40 lid 1 BW, dat bepaalt dat rechtshandelingen in strijd met de goede zeden of de openbare orde nietig zijn.⁶ Verzekering tegen de gevolgen van eigen schuld is dus toelaatbaar indien en voor zover dat niet in strijd komt met de openbare orde en goede zeden.

Het navolgende schema beschrijft de opzetvormen en schuldgradaties zoals die in het strafrecht tot ontwikkeling zijn gekomen.⁷

Schema opzetvormen en schuldgradaties in het straf- en verzekeringsrecht⁸

- Opzet als oogmerk
 - Opzet als zekerheidsbewustzijn
 - Opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn
 - Opzet als mogelijkheidsbewustzijn
 - Grove schuld = roekeloosheid
 - Merkelijke schuld
 - Lichte schuld
- } voorwaardelijk
 opzet

In het verzekeringsrecht wordt dezelfde hiërarchie van vormen en gradaties onderscheiden. Ook de begripsomschrijvingen die in het verzekeringsrecht gelden, zijn uit het strafrecht overgenomen en sluiten bij de strafrechtelijke karakterisering daarvan aan.⁹ Niet in discussie is dat de verschillende gradaties van *schuld* (gewoon) verzekeraar zijn. Aan de andere kant van het spectrum is de algemene opvatting dat *opzet als oogmerk* niet verzekeraar is.¹⁰ Deze opvatting lijkt steun te vinden in HR 30 mei 1975 (Bierglas-arrest), waar de Hoge Raad uitgaat van de ongeschreven rechtsregel dat verzekering van opzet als oogmerk in strijd is met de openbare orde en goede zeden.¹¹ In het Bierglas-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat “aansprakelijkheid voor door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade (...) in het algemeen niet door de verzekering wordt gedekt omdat in zoverre de overeenkomst in strijd is met de goede zeden en/of openbare orde.” Dit geldt volgens de Hoge Raad ook als de polis geen uitdrukkelijke uitsluiting voor opzet bevat, omdat in geval van dekking de overeenkomst in strijd zou zijn met de goede zeden en/of de openbare orde. De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat deze regel zich niet

⁶ Wansink 1997, p. 74.

⁷ Zie voor een bespreking van deze opzetvormen en schuldgradaties in het strafrecht: J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 199-278.

⁸ Dit schema is ontleend aan: Van Eijk-Graveland 1999, p. 42. Zie in dezelfde zin: M.M. Mendel, ‘Enkele aspecten van opzet en grove schuld in het schadeverzekeringsrecht’, in: H.A. Bouman (red.), *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 114; M.M. Mendel, ‘Enkele aspecten van opzet en grove schuld in het schadeverzekeringsrecht’, *VR* 1994/1, p. 1-5; M.M. Mendel, ‘Enige verzekeringsrechtelijke arresten over opzet en hun strafrechtelijke wortels’, *VR* 1992, p. 6 e.v.

⁹ Zie voor een overzicht en beschrijving van de verschillende vormen van opzet en schuldgradaties en een rechtsvergelijking met het strafrecht: Van Eijk-Graveland 1999, p. 11-42.

¹⁰ Bongers, p. 107; Lippmann, p. 64-67; Dorhout Mees 1967, p. 283; Wansink 2006, p. 272-273; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 457. Zie verder: J.H. Wansink, ‘De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een januskop in beweging’, *AV&S* 2000/0, p. 15; Van Eijk-Graveland 1999, p. 143-145.

¹¹ *NJ* 1976, 572 m.nt. BW (Bierglas of “Goudse”).

uitstrekt tot voorwaardelijk opzet, omschreven als: “het zich willens en wetens blootstellen aan de aanmerkelijke kans”, of als betrekking hebbend op “gevolgen die de dader redelijkerwijs had moeten voorzien.”¹² In par. 5.2.2 komt aan de orde hoe het Verbond van Verzekeraars de opzetclausule in de polissen heeft aangepast aan de overwegingen van de Hoge Raad in het Bierglasarrest.

De door de Hoge Raad gekozen formulering “in het algemeen” laat ruimte voor uitzonderingen op de regel dat verzekering van opzettelijk veroorzaakte schade niet verzekeraar is wegens strijd met de goede zeden en openbare orde. Van een dergelijke uitzondering is sprake bij de zorgverzekering. Met betrekking tot die schadeverzekering heeft de Hoge Raad overwogen dat de aard van de zorgverzekering, die strekt tot vergoeding van de kosten van medisch noodzakelijke behandeling, meebrengt dat art. 7:952 BW daarop niet van toepassing is.¹³

“Het zou niet stroken met de aard van dergelijke verzekeringen, die dekking verlenen tegen kosten van verpleging, onderzoek of behandeling, die op grond van algemeen erkende medisch-wetenschappelijke overwegingen noodzakelijk worden geacht, dat de verzekeraar zich te zijner bevrijding zou kunnen beroepen op art. 276 met het betoog dat de verzekerde is tekortgeschoten in zorg ter voorkoming van schade aan zijn gezondheid.”

De Hoge Raad overwoog verder dat de verzekeraar zich te zijner bevrijding evenmin erop kan beroepen dat de verzekerde zijn gezondheid opzettelijk heeft geschaad door in dit geval een bepaalde behandeling (antibiotica) of te weigeren naar een ziekenhuis te gaan omdat de verzekerde de voorkeur gaf aan een homeopathische/iatrososofische behandeling:

“In beginsel zal de verzekeraar zich evenmin te zijner bevrijding erop kunnen beroepen dat de verzekerde zijn gezondheid opzettelijk heeft geschaad. Zou de verzekeraar zich wel, kort gezegd, met een beroep op het bepaalde bij art. 276 van zijn verbintenis tot vergoeding van ziektekosten kunnen bevrijden, dan zou dat tot het onaanvaardbare gevolg kunnen leiden dat de verzekerde zich gedwongen zou zien een medisch noodzakelijke behandeling waartegen de verzekering in beginsel dekking biedt, achterwege te laten” (rov. 3.5).

In de commentaren op dit arrest is opgemerkt dat de Hoge Raad impliciet heeft geoordeeld dat ook de zwaarste vormen van opzet verzekeraar zijn en dat daarmee een uitzondering is aanvaard op de “fundamentele verzekeringsrechtelijke regel” dat het dekken van deze opzetgraden in beginsel in strijd is met de goede zeden en de openbare orde.¹⁴ De maatschappelijke functie van de zorgverzekering heeft ongetwijfeld bijgedragen aan deze overweging.¹⁵ Inmiddels is het oordeel van de Hoge Raad gecodificeerd in art. 15 lid 2 Zorgverzekeringswet, waarin is bepaald dat “zonodig in afwijking van artikel 952 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de zorgverzekeraar niet bevoegd [is] een verzekerde prestatie geheel of gedeeltelijk te weigeren indien het intreden van het verzekerde risico aan de verzekerde is te wijten.”

¹² Rapport Studiecommissie Opzet, 's-Gravenhage: Verbond van Verzekeraars 1980, p. 14.

¹³ HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 664 (KenJ / Oost Nederland), rov. 3.5.

¹⁴ Zie Mendel in zijn NJ-noot onder het arrest en J.C. van Eijk-Graveland, ‘Opzettelijk en tegen een persoon gericht wederrechtelijk handelen. De opzetsluiting in de AVP-polis’, *NTHR* 2009-6, p. 250-251; Van Eijk-Graveland 1999, p. 172-173.

¹⁵ Zie daarover ook Mendel in zijn NJ-noot onder het arrest en Van Eijk-Graveland 2009, p. 250-251. Zie ook J.H. Wansink, ‘De

Waar in Nederland geldt dat in de dekkingsverhouding de twee zwaarste vormen van opzet in beginsel niet verzekerd kunnen worden, is dit in België anders. Weliswaar geldt ook in België het uitgangspunt dat opzet in de dekkingsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde niet kan worden verzekerd, maar daarop heeft de verzekeringspraktijk in de particuliere aansprakelijkheidsverzekering een uitzondering gemaakt. Veel particuliere aansprakelijkheidsverzekeraars bieden namelijk een dekking voor de aansprakelijkheid van minderjarigen tot 16 jaar en soms zelfs tot 18 jaar, voor de door hen gepleegde opzettelijke daden.¹⁶ In 2007 was een wetsvoorstel aanhangig om deze praktijk in overeenstemming te brengen met de wet, waarin nog steeds het uitgangspunt gold dat opzet niet verzekerd is.¹⁷ Deze dekking, die ziet op de dekkingsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde, moet niet worden verward met de dekking die bestaat voor de (risico)aansprakelijkheid van de ouders voor de opzettelijk gepleegde daden van hun minderjarige kinderen. Laatstgenoemde dekking bestaat in Nederland ook en maakt geen uitzondering op het uitgangspunt dat opzet niet verzekerd is (zie hierover nader par. 5.2.4). Het is in de Belgische verzekeringspraktijk zelfs zo dat de verschillende delegaties in de Commissie voor Verzekeringen, waaronder de verzekeringsondernemingen, zich akkoord hebben verklaard om opzet van minderjarigen tot 14 jaar verplicht te dekken op de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.¹⁸ De achtergrond hiervan is gelegen in de wens een grotere bescherming te bieden voor de minderjarige en het gezin waartoe deze behoort.¹⁹

Vooralsnog spitst zich bij de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekering de discussie toe op de vraag of opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet verzekerd zijn. Onder het voorwaardelijk opzet wordt in het verzekeringsrecht net als in het strafrecht het opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn en het opzet als mogelijkhedenbewustzijn begrepen.²⁰ Hoewel enkele verzekeringsrechtelijke auteurs een iets andere invulling hebben gegeven aan het begrip voorwaardelijk opzet,²¹ wordt algemeen aangenomen dat dit begrip in overeenstemming met de strafrechtelijke terminologie moet worden ingevuld als “het zich willens en wetens blootstellen aan de aanmerkelijke kans dat schade ontstaat.”²² Liever dan de daad achterwege te laten, neemt de dader de kans op de schade bewust op de koop toe.²³

dwingendrechtelijke beperking van contractsvrijheid in titel 7.17 BW’, in: N. Van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 42.

¹⁶ C. Van Schoubroeck, ‘Verzekeringen en jeugdbeschermingsrecht: een moeilijke verhouding?’, in: J. Put (red.), *Jeugdbeschermingsrecht*, Leuven: die Keure 2014, p. 81; Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011, p. 3.

¹⁷ Advies van Commissie van Verzekeringen, Doc C/2006/16, Brussel 19 februari 2007, p. 1.

¹⁸ Hieraan is nog geen wetgevend gevolg gegeven. Van Schoubroeck 2014, p. 81-82, met verwijzing naar de Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011, p. 6-7, www.fsma.be.

¹⁹ Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011, p. 1.

²⁰ Van Eijk-Graveland 1999, p. 31-32.

²¹ Zie voor een overzicht van andere invullingen van het begrip voorwaardelijk opzet in het verzekeringsrecht: Van Eijk-Graveland 1999, p. 26-30.

²² Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 457, die verwijzen naar de formulering van voorwaardelijk opzet in HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 m.nt. BW (Bierglas). Zie voor de invulling van het begrip in het strafrecht: HR 9 november 1954,

Voor de vraag of opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet verzekeraar zijn, is nog steeds het zogenoemde Bierglas-arrest richtinggevend.²⁴ Uit dit arrest volgt dat de term opzet in een polis restrictief dient te worden uitgelegd en alleen betrekking heeft op het opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn.²⁵ In Asser-Wansink-Van Tiggele & Salomons wordt onder verwijzing naar de in dit arrest gegeven uitleg betoogd dat waar een polis uitsluitend spreekt over uitsluiting van 'opzet', een redelijke uitleg meebrengt dat daaronder niet voorwaardelijk opzet valt.²⁶ Ook Mendel gaat ervan uit dat een aansprakelijkheidsverzekering die dekking biedt tegen voorwaardelijk opzet van de verzekerde niet in strijd met de openbare orde of goede zeden.²⁷ De Hoge Raad heeft het als volgt geformuleerd:

“een goede grond ontbreekt om bij verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid de ongeschreven rechtsregel, dat aansprakelijkheid voor door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade, ook zonder uitsluiting bij de polisvoorwaarden, in het algemeen niet door de verzekering wordt gedekt omdat in zoverre de overeenkomst in strijd is met de goede zeden en/of de openbare orde, uit te breiden tot schade door de verzekerde aan een derde toegebracht met voorwaardelijk opzet.”²⁸

Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat schade veroorzaakt door een handeling die is verricht met de twee zwaarste opzetvormen, naar thans algemeen wordt aangenomen, niet verzekeraar is. Schade als gevolg van een voorwaardelijk opzettelijk verrichte handeling is in de dekkingsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde wel verzekeraar en is niet in strijd met de openbare orde of goede zeden.²⁹

5.2.2. De begrenzing van de dekking voor opzet in de polis

Uit het voorgaande volgt dat partijen contractueel kunnen vastleggen dat voorwaardelijk opzet is verzekerd zonder daarbij in strijd te komen met het bepaalde in art. 3:40 BW. Welke begrenzing kent de polis als het gaat om het verzekeren van opzet? De polisvoorwaarden bij de aansprakelijkheidsverzekering zijn allemaal in hoge mate gestandaardiseerd, in het bijzonder als het gaat om de van oudsher in het standaardpolismodel AVP 2000 van het Verbond van Verzekeraars opgenomen bepaling dat opzettelijk veroorzaakte schadegevallen buiten de dekking

NJ 1955, 55 m.nt. WP (Cicero), waarin voor het eerst een omschrijving is gegeven van het begrip voorwaardelijk opzet. Zie ook HR 19 juni 1998, *NJ* 1998, 731.

²³ Bongers 1964, p. 101; Wansink 2006, p. 251.

²⁴ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 m.nt. BW (Bierglas). In dezelfde zin Rb. Rotterdam 26 maart 1976, VA 1980, p. 216 (Oudijk en Schildersbedrijf BV/AGO Schadeverzekering), en RvT I-85/21, VR 1986, 149.

²⁵ Zie in dezelfde zin RvT VI-96/25 waar de Raad de term 'opzet' niet op strafrechtelijke maar op verzekeringsrechtelijke wijze heeft geïnterpreteerd dus niet mede omvattend het voorwaardelijk opzet.

²⁶ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 457; zie ook N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 136 e.v..

²⁷ Mendel 1992, p. 8.

²⁸ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572 m.nt. BW (Bierglas).

²⁹ Hetgeen overeenkomt met de situatie in België, waar voorwaardelijk opzet sinds 2009 niet meer valt onder het begrip opzet in de zin van art. 62 Wet betreffende de verzekeringen (WVerz.). Voorwaardelijk opzet is in België gewoon verzekeraar. Zie over het Belgische recht par. 7.3.

vallen (de 'opzetclausule').³⁰ Afwijkingen van het standaardpolismodel in de eigen voorwaarden van de individuele verzekeraars zijn toegestaan. De opzetclausule kent inmiddels een aantal varianten in de verschillende individuele polisvoorwaarden van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering, zoals de bepaling dat van dekking wordt uitgesloten schade die is veroorzaakt door "een misdrijf", of schade veroorzaakt door het gebruik in strijd met de wet van een wapen als bedoeld in de Wet Wapens en Munitie.³¹ Ook komen uitsluitingen in de polis voor wegens seksuele of seksueel getinte handelingen. Daarbij is uitgesloten de aansprakelijkheid voor schade door "ongewenste intimiteiten" of meer algemeen geformuleerd schade veroorzaakt in verband met seksuele handelingen. De clausule in de modelpolis AVP 2000 luidt als volgt:

"Niet gedekt is de aansprakelijkheid:

- van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook;
- van een tot een groep behorende verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook van een of meer tot de groep behorende personen, ook ingeval niet de verzekerde zelf zich zodanig heeft gedragen."³²

Deze clausule beoogt gevallen waarin een verzekerde aansprakelijk wordt gesteld voor de gevolgen van seksuele gedragingen volledig buiten de dekking te houden. Het is een vergaande uitsluiting waarvoor geen opzet is vereist. Ook seksuele gedragingen binnen groepsverband zijn volledig van dekking uitgesloten.³³ In het hiernavolgende zal vooral worden gesproken over de *opzetclausule* omdat die algemene bekendheid geniet en in alle AVP-polissen is opgenomen. Waar in het hiernavolgende wordt gesproken over de opzetclausule, moeten daaronder ook de aanverwante clausules worden verstaan. Dergelijke clausules die specifieke risico's van dekking uitsluiten zijn algemeen aanvaarde instrumenten om via polistechniek de schadelast te beheersen en te beperken. De opzetclausule is in de loop der jaren aan verandering onderhevig geweest.

De 'oude' opzetclausule in het polismodel tot 2000 - Tot 2000 was in de meeste polissen een clausule opgenomen waarin opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn van dekking zijn uitgesloten:³⁴

"Uitgesloten is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade, die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten."³⁵

³⁰ Wansink 2006, p. 4; Streefkerk 2016, p. 2125-5, 2125-6, 2125-28.

³¹ Zie de polisvoorwaarden van Univé. Zie voor meer voorbeelden van gehanteerde opzetclausules bijlage 5.

³² Art. 4.2 modelpolis AVP 2000. Zie hierover: J.H. Wansink, 'De nieuwe uitsluiting voor opzet en seksueel misbruik in de AVP-polis: een terugblik op vijf jaar,' *AV&S* 2006/1, p. 5 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. De paginanummering in het authentieke document loopt van 25-32).

³³ Streefkerk 2016, p. 2125-39.

³⁴ Zie nader over de historische ontwikkeling van de opzetclausule: H.Th. Vos, 'De Opzetclausule', in Hartlief en Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p. 57 e.v..

Deze clause is voorgesteld door de Studiecommissie Opzet (de commissie Salomons), die door het Bestuur van de Nederlandse Unie van Schadeverzekeraars in het leven was geroepen om te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van de door verzekeraars in de polisvoorwaarden gehanteerde uitsluiting van opzet. De aanleiding hiertoe waren de ontwikkelingen in de rechtspraak, waaronder het arrest van de Hoge Raad van 30 mei 1975 (Bierglas).³⁶ Uit dit arrest volgt dat de term opzet in een polis restrictief dient te worden uitgelegd en alleen betrekking heeft op het opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn.³⁷ De Studiecommissie Opzet bracht in 1980 haar eindrapport uit, waarin de aanbeveling is opgenomen de opzetclause in de polis inhoudelijk te laten zien op opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn en te laten luiden als hiervoor geciteerd.³⁸ De term voorwaardelijk opzet is bewust uit de formulering geweerd omdat onduidelijkheid zou kunnen bestaan over de inhoud van het begrip.³⁹ Wel was het de bedoeling dat schade als gevolg van deze lichtste vorm van opzet gedekt was, en dus niet onder het bereik van de clause viel. Daar bestond in de rechtsliteratuur ook geen onduidelijkheid over.⁴⁰ Uit de toelichting op de clause blijkt verder dat alleen in uitzonderlijke gevallen een beroep op de clause kan worden gedaan.⁴¹ Door toevoeging van de woorden 'voor hem' is de bewustzijns eis gesubjectiveerd, dit om te voorkomen dat deze uitsluiting te snel toepassing zou vinden.⁴² Ook was daarmee beoogd te voorkomen dat een schadecorrespondent of de verzekeraar zijn eigen norm en zijn eigen oordeel over het gedrag van de dader aan de dader en aan de hand daarvan zou beslissen om al of niet dekking te verlenen.⁴³

Interpretatie 'oude' opzetclause - Over de uitleg van deze clause en meer in het bijzonder over de vraag wanneer van opzet als zekerheidsbewustzijn sprake is, ontstond in een aantal zaken discussie. Is er pas sprake van opzet als zekerheidsbewustzijn als het in concreto opgetreden letsel het voor de verzekerde zekere gevolg van zijn handelen was, of is daarvan reeds sprake indien letsel van vergelijkbare ernst zoals zich dat in het concrete geval heeft voorgedaan normalerwijze als gevolg van de opzettelijk verrichte handeling is te verwachten? Aan deze discussie kwam een einde door HR 18 oktober 1996⁴⁴ en HR 6 november 1998.⁴⁵ In het eerstgenoemde arrest gaat

³⁵ Rapport Studiecommissie Opzet, 's-Gravenhage: Verbond van Verzekeraars 1980, p. 16. Het rapport is te raadplegen via: <http://cvissier.info/informatie/aansprakelijkheid/schadebehandeling/rapport%20studiecommissie%20opzet.pdf>.

³⁶ HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 m.nt. BW (Bierglas).

³⁷ Zie nader over dit arrest: par. 5.2.1.

³⁸ Rapport Studiecommissie Opzet 1980, p. 16. Het rapport is te raadplegen via: <http://cvissier.info/informatie/aansprakelijkheid/schadebehandeling/rapport%20studiecommissie%20opzet.pdf>.

³⁹ Rapport Studiecommissie Opzet 1980, p. 14. De commissie heeft in deze de bezwaren die Voetelink heeft geuit tegen de term voorwaardelijk opzet ter harte genomen. Zie: H.M. Voetelink, *Verzekering en voorwaardelijk opzet*, Deventer: Kluwer 1972, p. 18.

⁴⁰ M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Wettelijke uitsluitingen in titel 7.17 BW. De uitsluitingen voor 'eigen gebrek' en 'eigen schuld'; een overzicht van de ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar', in: N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 134; N. van Tiggele-van der Velde, 'Opzet gericht op wat ook alweer?', *AV&S* 2016/27, p. 144.

⁴¹ Rapport Studiecommissie Opzet 1980, p. 16; Streefkerk 2016, p. 2125-32.

⁴² Van Eijk-Graveland 1999, p. 103.

⁴³ Rapport Studiecommissie Opzet 1980, p. 16; Van Eijk-Graveland 1999, p. 87; Streefkerk 2016, p. 2125-32.

⁴⁴ NJ 1997, 326, m.nt. MMM (Nationale Nederlanden/Veerman).

⁴⁵ NJ 1999, 220, m.nt. MMM (Aegon/Van der Linden).

het om een ex-bokser die na cafébezoek een vrouw een vuistslag geeft en vervolgens nog een vuistslag aan een tussenbeide komende man, die daardoor ernstig letsel oploopt. In het tweede arrest ging het om een mishandeling waarbij de dader het slachtoffer (Van der Linden) in het gezicht heeft gestompt met een gebalde vuist voorzien van een ring, en ook met zijn geschoeide voet tegen het hoofd van Van der Linden heeft geschopt. Als gevolg van deze mishandeling heeft Van der Linden fors aangezietsletsel opgelopen bestaande in blijvende littekenvorming, en is hij het gezichtsvermogen van zijn rechteroog verloren. De vraag was of de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader uitkering kon weigeren met een beroep op de opzetclausule. In discussie was in het bijzonder of voor uitsluiting van dekking het opzet gericht moet zijn op de gedraging (de mishandeling) of op het gevolg (de schade, waartoe het oogletsel behoorde). Aegon, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, had zich erop beroepen dat van opzet in de zin van de clausule niet slechts sprake is indien het letsel dat in het concrete geval is ingetreden het voor de verzekerde zekere gevolg was van zijn handelen, maar ook reeds indien enig letsel van vergelijkbare ernst als het letsel dat zich in concreto heeft voorgedaan, normalerwijze als gevolg van de opzettelijk verrichte handeling is te verwachten.⁴⁶ Het Hof is met dit verweer niet meegegaan, en de Hoge Raad doet dat evenmin:

“Een in de voorwaarden van een aansprakelijkheidsverzekering opgenomen bepaling als de opzetclausule heeft in een geval waarin een verzekerde letsel heeft toegebracht, geen verdere strekking dan van de dekking uit te sluiten de aansprakelijkheid van een verzekerde die het in feite toegebrachte letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.”⁴⁷

Wel gedekt is dus de aansprakelijkheid voor schade die de dader niet met zekerheid had voorzien. De verzekeraar kan zich dus niet op de opzetclausule beroepen wanneer de schade niet precies gelijk is aan wat de verzekerde van zijn handeling verwachtte.⁴⁸ Dit criterium om te bepalen of er al dan niet sprake is van opzet met zekerheidsbewustzijn is strikt, vooral als men zich realiseert dat in het strafrecht niet is vereist dat het opzet van de dader precies is gericht op het daadwerkelijk ingetreden gevolg. Voldoende is dat de dader bewust is geweest van de noodzakelijkheid van een gevolg van vergelijkbare ernst als het feitelijk ingetreden gevolg.⁴⁹ De strengheid van het criterium in het verzekeringsrecht kan wederom zijn ingegeven door motie-

⁴⁶ Aegon deed hiermee een beroep op de zogenoemde ‘categoriebenadering’ van Mendel, waarover hierna in deze paragraaf meer.

⁴⁷ HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, m.nt. MMM (Aegon/Van der Linden), rov. 3.4. Herhaald in HR 27 juni 2003, *NJ* 2005, 140, rov. 3.5 (IJzeren staaf). Mendel heeft in zijn noot onder *NJ* 1999, 220 opgemerkt dat hiermee zijn categoriebenadering “categorisch [is] afgeschreven.” De overweging van de Hoge Raad in Aegon/Van der Linden is herhaald in HR 27 juni 2003, *NJ* 2005, 140, rov. 3.5 (IJzeren staaf). De Hoge Raad heeft hierbij wel aangetekend dat de rechter onder omstandigheden uit de gedragingen van de verzekerde kan afleiden dat deze het letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.

⁴⁸ Of de opstellers van de opzetclausule dit gevolg hebben beoogd, valt te betwijfelen. Uit het rapport blijkt dat zij ook aan verval van dekking dachten als de ingetreden schade niet precies gelijk, maar wel soortgelijk is aan de normalerwijze te verwachten schade, zie: Rapport van de Studiecommissie Opzet 1980, p. 16.

⁴⁹ Zie HR 7 januari 1935, *NJ* 1935, 389.

ven van slachtofferbescherming.⁵⁰ Ook in Frankrijk lijkt de rechtspraak de niet verzekeraarbaarheid van opzet te interpreteren in de enge zin, zoals door de Hoge Raad is gedaan: het opzet moet niet alleen zien op het in het leven roepen van de gebeurtenis, maar ook op de gevolgen daarvan.⁵¹

De gereviseerde opzetclausule 2000 - Het arrest Aegon/Van der Linden leidde tot de nodige beroering, niet alleen bij het Verbond van Verzekeraars maar ook in de media. Vooral het idee dat geweldplegers de gevolgen van hun gedrag kunnen afwentelen op hun verzekeraar, zorgde voor commotie.⁵² Het arrest was aanleiding voor het Verbond van Verzekeraars om een nieuwe opzetclausule aan zijn leden aan te bevelen. De tekst van de in 2000 in de meeste aansprakelijkheidspolisissen geïntroduceerde clausule luidt als volgt:

“Niet gedekt is de aansprakelijkheid:

- van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten;
- van een tot de groep behorende verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten van een of meer tot de groep behorende personen, ook in geval niet de verzekerde zelf zodanig heeft gehandeld of nagelaten. Aan het opzettelijk karakter van dit wederrechtelijk handelen of nalaten doet niet af dat de verzekerde of, ingeval deze tot de groep behoort, een of meer tot de groep behorende personen zodanig onder invloed van alcohol of andere stoffen verkeert/verkeren, dat deze/die niet in staat is/zijn de wil te bepalen.”⁵³

Reikwijdte opzetclausule, valt voorwaardelijk opzet eronder? – Er is in de literatuur discussie ontstaan over de vraag of voorwaardelijk opzet onder de nieuwe clausule valt. Die discussie is in belangrijke mate veroorzaakt omdat de letterlijke tekst van de opzetclausule lijkt te veronderstellen dat gevallen van voorwaardelijk opzet onder de reikwijdte van de clausule vallen, maar dat uit de toelichting bij de clausule volgt dat er geen inhoudelijke wijziging is beoogd met de voordien bestaande clausule en voorwaardelijk opzet niet onder de clausule valt. Deze discussie wordt hierna weergegeven. Eerst is het goed om vast te stellen dat in de literatuur wel eensgezindheid bestaat over het feit dat de clausule, net als de voordien geldende bepaling, ertoe strekt om crimineel gedrag buiten de dekking te houden.⁵⁴ Daarbij valt volgens de toelichting bij wijze van voorbeeld te denken aan vandalisme, mishandeling, brandstichting, afpersing, moord en doodslag. Dat crimineel gedrag buiten de dekking hoort te vallen, is als volgt gemotiveerd:

⁵⁰ Zoals geopperd door Chr. H. van Dijk, ‘Opzetclausule. HR 6 november 1998, RvdW 1998, 207C’, *Bb* 1999, p. 19.

⁵¹ Advies voor Commissie voor Verzekeringen, Brussel 30 juni 2003, DOC C/2000/18, p. 9.

⁵² Wansink 2000, p. 14.

⁵³ De clausule is aanbevolen bij Circulaire MSS 99/22-AAA 99/05 van het Verbond van Verzekeraars; ontleend aan Wansink 2006, p. 287-288.

⁵⁴ Ontleend aan Wansink 2000, p. 15. Rb. Oost-Brabant 13 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4480, *JA* 2015, 157, m.nt. Quakkelaar.

“Een vrijwaring voor de financiële gevolgen van crimineel gedrag – door dekking onder een verzekering – komt het voorkomen en bestrijden van criminaliteit vanzelfsprekend niet ten goede.”⁵⁵

Of deze veronderstelling, die erop neerkomt dat verzekering de prikkel in het kader van preventie wegneemt, juist is, valt te betwijfelen. Daarop wordt hierna in par. 5.3.11 verder ingegaan. Ook is het onjuist dat de dader een “vrijwaring” krijgt voor de financiële gevolgen van zijn crimineel gedrag. Hierover gaan par. 5.3.2 en 5.3.3.

Dan nu de vraag of voorwaardelijk opzet onder de gereviseerde opzetclausule valt. De belangrijkste wijziging ten opzichte van de oude clausule betrof de omstandigheid dat voor een uitsluiting van dekking het opzet voortaan niet meer gericht moest zijn op het gevolg maar op de gedraging. Hierdoor werd de reikwijdte van de uitsluiting aanzienlijk verruimd ten opzichte van de clausule in het voordien geldende polismodel. Dat heeft (in ieder geval in potentie) tot gevolg dat meer gevallen van opzet van de dekking waren uitgesloten. Uit de toelichting op de herziene clausule blijkt evenwel dat het niet de bedoeling is geweest meer gevallen van opzet uit te sluiten. Beoogd is juist vast te houden aan de oorspronkelijke bedoeling. De toelichting bij de vernieuwde opzetclausule zegt met zoveel woorden dat “de wijziging van de opzetclausule niet een breuk beoogt met het verleden, maar slechts aanpassing wil van het dekkingsbereik als gevolg van een door verzekeraars als ongewenst beschouwde trend in de rechtspraak.”⁵⁶ Er is dus geen wijziging of uitbreiding beoogd ten opzichte van de daarvoor bestaande situatie, waarbij het Verbond van Verzekeraars met de modelpolisbepaling bij “crimineel gedrag” de “extreme gevallen” op het oog had, waarnaar in het rapport van de Studiecommissie Opzet is verwezen. De clausule moest gereserveerd blijven voor deze gevallen.⁵⁷ Crimineel gedrag moet van dekking worden uitgesloten, aldus de toelichting bij de opzetclausule. Anderzijds wordt in de toelichting benadrukt dat niet alle strafrechtelijke delicten buiten de dekking vallen, in welk verband is gewezen op de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering.⁵⁸ De toelichting merkt daarnaast op dat het onvermijdelijk is dat over de interpretatie van de opzetclausule discussie zal blijven bestaan, in het bijzonder bij

“opzettelijke gedragingen waarbij – uitgaande van aansprakelijkheid – de (letsel)-schade in geen verhouding staat tot de gedraging. Te denken valt daarbij aan een draai om de oren die leidt tot doofheid van het slachtoffer of letsel dat ontstaat door predispositie van het slachtoffer (bijv. een eierschedel). Het is aan verzekeraars om de clausule redelijk toe te passen. Tegen deze achtergrond moet de nieuwe clausule worden gelezen en gehanteerd. Telkens zal van geval tot geval een zorgvuldige afweging gemaakt moeten worden.”⁵⁹

⁵⁵ Ontleend aan: Van Eijk-Graveland 2009, p. 252.

⁵⁶ J.H. Wansink, ‘De opzetclausule in de AVP-polis’, *TVP* 2015/4, p. 114.

⁵⁷ Rapport Studiecommissie Opzet van het verbond van Verzekeraars, p. 16.

⁵⁸ N. Frenk, ‘De gewijzigde opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen’, *NbBW* 2000, p. 93; N. Frenk, ‘Strafbare feiten en de reikwijdte van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen’, *VR* 2015/36, p. 93.

⁵⁹ Ontleend aan: Wansink 2006a, p. 5 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. De paginanummering in het authentieke document loopt van 25-32).

Op basis van deze toelichting gaat een belangrijk deel van de rechtsliteratuur ervan uit dat voorwaardelijk opzet niet onder de gereviseerde opzetclausule valt, en dus is gedekt, net als onder de 'oude' polisclausule.⁶⁰ Deze opvatting sluit aan bij de situatie in België, waar voorwaardelijk opzet sinds 2009 niet meer valt onder het begrip opzet in de zin van art. 62 Wet betreffende de verzekeringen (WVerz.), en verzekeraar is. Zie nader over het Belgische recht par. 7.3.

Of voorwaardelijk opzet in Nederland onder de gereviseerde opzetclausule is gedekt, blijkt echter niet met zoveel woorden uit de toelichting bij de clausule.⁶¹ Wansink en Van Tiggele-van der Velde hebben onder verwijzing naar de letterlijke tekst van de clausule het standpunt ingenomen dat voorwaardelijk opzet niet is gedekt.⁶² Wansink, als adviseur van de polisredactiecommissie betrokken bij de totstandkoming van de nieuwe clausule in 2000, heeft erop gewezen dat deze passage in de toelichting (dat geen breuk met verleden is beoogd) enigszins ongelukkig is en heeft bijgedragen aan de gedachte dat alleen opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn van dekking zijn uitgesloten en dat voorwaardelijk opzet niet is uitgesloten van verzekeringsdekking.⁶³ Hij heeft betoogd dat deze passage betrekking had op de bedoeling om ook onder het nieuwe regime in redelijkheid recht te doen "aan het gegeven dat opzettelijke gedragingen kunnen leiden tot schadelijke gevolgen die qua ernst en omvang in relatie tot de schadeveroorzakende gedraging buitenproportioneel zijn en waarvoor geldt dat – in het licht van het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) – de toepassing van de opzetclausule in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een *onaanvaardbare* uitkomst zou leiden."⁶⁴

De rechtspraak is niet eenduidig over de vraag of voorwaardelijk opzet onder de opzetclausule valt. Er zijn uitspraken die zijn gebaseerd op de opvatting dat voorwaardelijk opzet niet onder de opzetclausule valt, en dus gedekt is. Zie in dat verband uitspraken van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en de Rechtbank Oost-Brabant, waar in aansluiting op het hiervoor genoemde Bierglas-arrest is bepaald dat voorwaardelijk opzet niet onder de herziene polisuitsluiting valt.⁶⁵ In de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 mei 2007 is ook de discussie beslecht of het in deze clausule bedoelde opzet alleen betrekking heeft op het handelen of dat het opzet ook gericht moet zijn geweest op het wederrechtelijk karakter ervan. Het pleit is in de laatstgenoemde zin beslecht.⁶⁶ Van Eijk-Graveland noemt dit het "boos opzet": opzet dat tevens is ge-

⁶⁰ Asser/Wansink-Van Tiggele & Salomons 7-IX*, nr. 457; M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 139. Hij betoogt dat op basis van de contra-preferentemregel voorwaardelijk opzet niet gevat kan worden onder het begrip opzet, hetgeen volgens hem ook geldt voor de opzetclausule van 2000; Van Eijk-Graveland 2009, p. 255; Van Ardenne-Dick 2015, p. 134-135; Frenk 2000b, p. 93; Frenk 2015, p. 94-95.

⁶¹ Zoals dat evenmin bleek uit de toelichting bij de tot 2000 gehanteerde opzetclausule.

⁶² Wansink 2015, p. 114; Van Tiggele-van der Velde 2016, p. 143-144.

⁶³ Wansink 2015, p. 114.

⁶⁴ Wansink 2015, p. 114.

⁶⁵ Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA6950, JA 2007, 136, m.nt. Tolman. Zie recent: Rb. Oost-Brabant 13 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4480, rov. 3.14, JA 2015, 157, m.nt. Quakkelaar.

rov. 4.13.

⁶⁶ Rov. 4.8.

richt op het overtreden van de wet of regel, opzet waarin verwijtbaarheid ligt besloten.⁶⁷ In gevallen waarin de rechter een beroep op de opzetclausule niet honoreert, valt op dat de toelichting op de opzetclausule een belangrijke rol speelt bij de motivering van de uitspraak. In het bijzonder de opmerking in de toelichting dat de wijziging van de opzetclausule niet een “breuk met het verleden beoogt, maar slechts een aanpassing [wil] van het dekkingsbereik als gevolg van een door verzekeraars als ongewenst beschouwde trend in de rechtspraak”⁶⁸, is een terugkerend element in de motivering van de uitspraak. Een uitspraak waarin de reikwijdte van de opzetclausule (versie 2000) aan de orde was, betreft een uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant van 13 juli 2015.⁶⁹ Het ging daarin om een 23-jarige vader die zijn zoontje van drie maanden oud hard aan de armen door elkaar heeft geschud, waarna de baby ernstig en blijvend hersenletsel heeft opgelopen. De rechtbank heeft aangenomen dat niet is komen vast te staan dat de vader de baby niet opzettelijk heeft geschud maar dat hij in paniek, impulsief en chaotisch heeft gehandeld. Dit valt volgens de rechtbank niet onder de definitie van de opzetclausule. Daarnaast hecht de rechtbank waarde aan de herhaalde opmerking in de toelichting bij de herziene opzetclausule dat wordt vastgehouden aan de oorspronkelijke bedoeling en dat geen breuk met het verleden is bedoeld. Daaruit concludeert de rechtbank dat handelen met voorwaardelijk opzet (bewust de mogelijkheid aanvaardend dat door zijn handelen schade kan ontstaan) niet van dekking is uitgesloten.⁷⁰

Een zaak die illustreert hoe de opzetclausule uitpakt bij een geval van seksueel misbruik, betreft de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 maart 2005.⁷¹ De zaak is geweest onder de oude opzetclausule⁷², maar de redenering van de rechtbank heeft ook relevantie voor de herziene clausule vanwege de overweging inzake voorwaardelijk opzet. De rechtbank heeft namelijk, in lijn met de norm uit het Aegon/Van der Linden-arrest overwogen dat geen sprake is van opzet als oogmerk of zekerheidsbewustzijn, zodat het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule

⁶⁷ Van Eijk-Graveland 1999, p. 56 en de daar aangehaalde strafrechtelijke literatuur; Van Eijk-Graveland 2009, p. 254.

⁶⁸ Wansink heeft dit gedeelte van de toelichting als “enigszins ongelukkig” aangemerkt omdat de gereviseerde opzetclausule in zijn opinie het bereik van de uitsluiting ten opzichte van de oude clausule welbewust heeft verruimd. Wansink 2006a, p. 5 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. De paginanummering in het authentieke document loopt van 25-32).

⁶⁹ ECLI:NL:RBOBR:2015:4480, JA 2015, 157, m.nt. Quakkelaar (“Shaken baby”).

⁷⁰ Hetgeen aansluit bij de heersende opvatting in de literatuur, zie hiervoor noot 50, alsmede Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA6950, JA 2007, 136, m.nt. Tolman.

⁷¹ JA 2005, 52.

⁷² In de oude opzetclausule was geen afzonderlijke regeling opgenomen voor seksuele gedragingen. Er werd aangenomen dat ook het door een zedendelict toegebrachte geestelijk letsel onder de reikwijdte van de opzetclausule valt. Door het Aegon/Van der Linden-arrest werd in deze gevallen een beroep op de oude opzetclausule vrijwel onmogelijk. Het bewijs van het toebrengen van geestelijk letsel door de seksuele handeling werd lastig, nu aannemelijk is dat het handelen van de dader niet gericht is geweest op het toebrengen van geestelijk letsel, maar op het bevredigen van een behoefte. Deze ontwikkeling in de rechtspraak heeft ertoe geleid dat er, naast de opzetclausule, een nieuwe clausule in het keven werd geroepen die schade wegens seksuele handelingen volledig uitsloot. Zie Streefkerk 2016, p. 2125-39, met verwijzingen aldaar naar rechtspraak.

niet opging.⁷³ De rechtbank heeft voorts tot uitdrukking gebracht dat niet alle schadeveroorzakende gedragingen die strafrechtelijk verboden zijn, van dekking zijn uitgesloten:

“Tenslotte heeft (verzekeraar) zich op het standpunt gesteld dat gezien het bepaalde in art. 3:40 BW de verzekeringsovereenkomst geen dekking kan bieden voor bewust veroorzaakte schade, hetgeen bovendien in strijd is met de (bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst) in acht te nemen redelijkheid en billijkheid (6:2 jo 6:248 BW). (Verzekeraar) heeft hieraan ten grondslag gelegd dat een aansprakelijkheidsverzekering, waarvoor jaarlijks slechts een beperkt bedrag betaald wordt, ‘absoluut’ niet bedoeld is om de gevolgen van gewelddadig en buitensporig gedrag, zoals het herhaald seksueel misbruiken van een minderjarige, te dekken. Dit verweer moet worden verworpen. Voor zover (verzekeraar) hiermee heeft bedoeld te betogen dat het gedrag van A strafrechtelijk verboden is, leidt dit gegeven op zichzelf niet tot nietigheid van de verzekering. Er zijn meer schadeveroorzakende gedragingen die strafrechtelijk verboden zijn, zoals bijvoorbeeld geweldsmisdrijven, die op zichzelf in de polis (in bepaling 3.1) niet van dekking zijn uitgesloten en waarvan ook niet algemeen wordt aangenomen dat zij niet verzekeraar zouden moeten zijn. [...] Bij deze stand van zaken is er geen reden om over de verzekeraar van aansprakelijkheid voor schade door seksueel misbruik anders te oordelen dan over verzekeraar van schade door andere strafrechtelijk verboden gedragingen. Daarop stuit ook het beroep af dat (verzekeraar) in dit verband heeft gedaan op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.”⁷⁴

Anderzijds komt uit de rechtspraak ook het beeld naar voren dat niet alleen de “extreme gevallen” (zoals genoemd in de toelichting) onder de uitsluiting vallen.⁷⁵ Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 juni 2013, waarin het ging om een geval waarin iemand (uit verdediging) een schoppende beweging maakte naar een andere persoon op een (glad) dak, die daardoor waarschijnlijk niet wordt geraakt, maar wel ten val is gekomen en zijn enkel heeft gebroken.⁷⁶ Het geschil ging over de vraag of deze gedraging onder de reikwijdte van de opzetclausule valt. De rechtbank heeft die vraag bevestigend beantwoord. De rechtbank heeft daarbij vooropgesteld dat de reikwijdte van de herziene opzetclausule is verruimd ten opzichte van de voordien bestaande clausule. We zagen hiervoor dat dit gelet op de tekst inderdaad zo is (het opzet hoeft niet meer te zijn gericht op het specifieke gevolg, maar “slechts” op de gedraging, zodat er in potentie veel meer gevallen onder de opzetclausule vallen), maar dat uit de toelichting op de clausule blijkt dat geen inhoudelijke wijziging met het verleden is beoogd en dat alleen beoogd is “extreme gevallen” van crimineel gedrag uit te sluiten. Uiteraard is het lastig af te bakenen wat behoort tot een “extreem geval.” Het in deze zaak aan de orde zijnde geval lijkt in ieder geval *a prima vista* niet in die categorie te vallen. Het uit zelfver-

⁷³ Zie anders in een vergelijkbare zaak over seksueel misbruik: Hof Leeuwarden 19 mei 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AO9834, waarin het beroep op de opzetclausule is gehonoreerd, ook al voldeed de casus niet aan de door het Aegon/Van der Linden-arrest gestelde norm voor een geslaagd beroep op opzet als zekerheidsbewustzijn.

⁷⁴ Rov. 10.

⁷⁵ In zoverre is de opmerking van Mendel dat “het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule maar zelden opgaat” zonder nadere onderbouwing met rechtspraak (die in zijn na te noemen publicatie ontbreekt) niet goed te plaatsen: M.M. Mendel, ‘Oude opzetclausule revisited’, *AV&S* 2015/31, p. 198.

⁷⁶ Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:RBROT:2013:7632, *JA* 2013, 183, m.nt. V. Oskam en S.C. van Dijke.

dediging maken van een schoppende beweging waarbij de andere persoon niet wordt geraakt, lijkt eerder te categoriseren onder de noemer “voorwaardelijk opzet” (die wel is gedekt), dan dat sprake is van opzet als oogmerk of zekerheidsbewustzijn. De uitspraak lijkt bovendien niet goed te rijmen met de hiervoor genoemde uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch,⁷⁷ waarin het hof overwoog dat het opzet ook betrekking moet hebben op het wederrechtelijk handelen. Bij gevallen van noodweer is dat niet vaak het geval. Het opzet is dan niet gericht op het wederrechtelijk handelen, maar op de verdediging tegen het handelen van een ander. Een beroep op de opzetsluiting zou in een dergelijk geval weinig kans van slagen moeten hebben.⁷⁸

Hoewel de modelbepaling van de opzetclausule uit 2000 veelvuldig in AVP-polissen wordt gebruikt, komen ook andere varianten voor, die eenvoudigweg schade van dekking uitsluiten die de verzekerde veroorzaakt “terwijl hij een misdrijf pleegt”, “meedoet aan een misdrijf” of een “misdrijf probeert te plegen.” Daarnaast is van dekking uitgesloten schade “door seksuele gedragingen” van de verzekerde.⁷⁹ Bij dit soort polisbepalingen zal het partijdebat niet zozeer gaan over de vraag waar het opzet precies op zag en van welke vorm van opzet sprake is. Bij dit soort polisuitsluitingen kan het wel nog gaan over de vraag of een beroep daarop in strijd is met hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 BW). De rechtspraak laat zien dat de rechter niet snel geneigd is een beroep hierop te honoreren.⁸⁰ Daarvoor is nodig dat het gaat om uitzonderlijke, in redelijkheid niet-voorzienbare gevolgen van een criminele gedraging. Wansink noemt in dit verband de casus van een aantal jongeren dat op vakantie is in Salou en op het balkon van hun hotel een aantal badhanddoeken in brand steekt, met als uiteindelijk gevolg dat het hele hotel ernstige brandschade oploopt.⁸¹ Indien niet alleen zaakschade ontstaat, maar als de hotelbrand ook doden en gewonden tot gevolg zou hebben, zou die schade volgens Wansink gedekt moeten zijn. Het voor deze schade geen dekking verlenen zou zijns inziens een “onaanvaardbare uitkomst zijn, nu het handelen van de jongeren slechts gericht was op het doen ontstaan van zaakbeschadiging en het ontstaan van personenschade als een buitenproportioneel gevolg van de opzettelijke gedraging mag worden aangemerkt.”⁸² Illustratief over hoe verschillend gedacht wordt over de reikwijdte van de opzetclausule is de mening van Frenk over deze zelfde (door hem bedachte) fictieve casus. Volgens Frenk zou ook de volledige zaakschade aan het hotel onder de dekking (moeten) vallen.⁸³ Ten aanzien daarvan kan immers van voorwaardelijk opzet gesproken worden, nu het oogmerk van de jongens was om de badlakens (en niet het hotel) in brand te steken.

Categoriebepaling van Mendel als oplossing? - Mendel heeft, om een einde te maken aan de onzekerheid en onduidelijkheid over de huidige opzetclausule, bepleit de door hem in

⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA6950, JA 2007, 136, m.nt. Tolman.

⁷⁸ HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1736. In deze uitspraak ging het weliswaar nog om de “oude” opzetclausule, maar het oordeel zou waarschijnlijk niet anders hebben geluid onder de herziene clausule. Spier heeft daarover in zijn conclusie voor het arrest opgemerkt dat “van de nieuwe clausule m.i. evenmin heil kan worden verwacht in gevallen waarin sprake is van (noodzakelijke) zelfverdediging” (alinea 5.14.1).

⁷⁹ Vgl. art. 5.7 en 5.8 van de voorwaarden van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering van Ditto.

⁸⁰ Wansink 2015, p. 114 en de in noot 6 en 10 genoemde uitspraken.

⁸¹ Wansink 2015, p. 114-115.

⁸² Wansink 2015, p. 114-115.

⁸³ Frenk 2000, p. 86 e.v..

1991 ontwikkelde “categoriebenadering” te volgen.⁸⁴ Deze benadering komt erop neer dat een aantal categorieën wordt onderscheiden. Eerst wordt bepaald welk gevolg normaal gesproken van de verrichte handeling te verwachten is. Vervolgens wordt gekeken of de gevolgen zoals die zich concreet hebben voorgedaan binnen de categorie vallen van te verwachten gevolgen. Is dat het geval, dan is er voor deze gevolgen geen dekking. Zijn de gevolgen ernstiger dan normaal gesproken van de verrichte handeling viel te verwachten, dan is er wel dekking.⁸⁵ Frenk is met Mendel van mening dat deze categoriebenadering een oplossing kan bieden voor de huidige onduidelijkheid over de uitleg van de clausule. Het voordeel van de categoriebenadering is door Frenk als volgt verwoord, waarbij hij heeft benadrukt dat hiermee een goed evenwicht valt te bereiken tussen slachtofferbescherming en het “te respecteren belang van verzekeraars dat zij geen dekking willen verlenen voor de gevolgen van zeer ernstige strafbare feiten”:

“Het aantrekkelijke van deze benadering is het volgende. Er is geen dekking voor de normalerwijze te verwachten gevolgen van onrechtmatige handelingen; gevolgen die de dader heeft gewild of op de koop toe heeft genomen. Daarentegen is er wel dekking voor de gevolgen die de dader niet heeft gewild. Het gaat dan bij dit laatste om de uit de hand gelopen gevolgen van een handeling waarvan mag worden aangenomen dat als de dader die gevolgen had voorzien, hij de handeling achterwege had gelaten.”⁸⁶

Conclusie - De conclusie uit het voorgaande is dat er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de opzetclausule. Niet ter discussie staat dat niet alle strafrechtelijke delicten van dekking zijn uitgesloten. Maar welke wel en welke niet onder het bereik van de opzetclausule vallen, is met het wisselend beeld in de rechtsliteratuur en rechtspraak lastig te voorspellen.⁸⁷ Dat betekent dat er noch voor de verzekerde, noch voor het slachtoffer voldoende (rechts)zekerheid bestaat over de vraag of al dan niet dekking wordt verleend.⁸⁸ In de praktijk leidt dit tot soms tot vergeefse procedures, maar veel vaker leidt het tot het achterwege laten van een claim tegen de verzekeraar van de dader in gevallen van voorwaardelijk opzet. Omdat vaak ook de dader zelf geen verhaal biedt, blijft een claim tegen de schadeveroorzaker in die gevallen ook vaak achterwege. Als de civiele vordering in de strafprocedure niet-ontvankelijk wordt verklaard, is het slot van het liedje in veel gevallen dat de schadeveroorzaker “ermee wegstomt”, in ieder geval met zijn schadevergoedingsverplichting aan het slachtoffer. Het incorporeren van de categoriebenadering van Mendel in de opzetclausule, zoals bepleit door Frenk, zou de rechtspraak voor de gevallen van voorwaardelijk opzet meer duidelijkheid, en daarmee meer rechtszekerheid bieden.

⁸⁴ Mendel 2015, p. 200-201.

⁸⁵ Frenk 2015, p. 97.

⁸⁶ Frenk 2015, p. 97.

⁸⁷ Zie voor kritiek op deze onduidelijkheid: N. Frenk, ‘Naschrift’, *NbBW* 2000, p. 129, waarin hij blootlegt dat verzekeraars zelf ook van mening verschillen over de reikwijdte van de herziene opzetclausule.

⁸⁸ Zie voor kritiek op dit ontbreken van rechtszekerheid in de Belgische situatie: Van Schoubroeck 2005, p. 828-829; Van Schoubroeck 2004, p. 200-201.

5.2.3. Juridische kwalificatie van de opzetclausule

Opzet wordt beschouwd als een omstandigheid die aan het schadeveroorzakende feit voorafgaat, zodat het geldt als een anterieur verweermiddel.⁸⁹ Moet de opzetclausule worden beschouwd als een uitsluiting van de dekking, als een onderdeel van de primaire dekkingsomschrijving, of als een verval van dekking? De vraag naar deze juridische kwalificatie van de opzetclausule is relevant omdat het bepalend kan zijn voor de vraag of een benadeelde überhaupt een eigen recht of directe actie toekomt. Ter toelichting dient het volgende.

Indien een beroep op de opzetclausule moet worden beschouwd als een beroep op een uitsluiting, is er wel sprake van een verzekering die het verwezenlijkte risico *in beginsel* dekt. In het tweede geval (schade als gevolg van opzet valt buiten de primaire dekkingsomschrijving) is er geen sprake van een verzekering die het verwezenlijkte risico dekt. Alleen indien en voor zover het schadetoebrengeende feit binnen het kader van de verzekeringsovereenkomst valt, heeft de benadeelde een eigen recht of directe actie.⁹⁰ Illustratief in dat verband is de overweging van het Hof Amsterdam in een zaak waarin een ongeval was veroorzaakt door een auto, waarvan ter discussie stond of deze ten tijde van het ongeval verzekerd was.⁹¹ Er kwam niet vast te staan dat voor deze auto een verzekering was gesloten nu op het aanvraagformulier een verkeerd kenteken was ingevuld. Eiser had in deze procedure gesteld dat art. 11 WAM meebracht dat de verzekeraar jegens benadeelde geen beroep kan doen op een nietigheid in de overeenkomst. Het Hof is tot het oordeel gekomen dat er in het geheel geen overeenkomst tot stand is gekomen en dat de benadeelde om die reden een vergeefs beroep op art. 11 WAM heeft gedaan, aangezien

“deze wetsbepaling niet de strekking heeft een aansprakelijkheid te scheppen waar in het geheel geen verzekering bestaat noch ook heeft bestaan.”⁹²

Minimumvoorwaarde voor het eigen recht is dat het schadetoebrengeende feit in beginsel binnen het kader van de overeenkomst valt.⁹³ Als een verzekering voor een bepaald risico ontbreekt, omdat het risico niet onder de primaire dekkingsomschrijving valt, is er ook geen directe actie of eigen recht. Met andere woorden: indien schade als gevolg van opzet niet als een uitsluiting zou zijn geformuleerd maar als een omstandigheid die buiten de primaire dekkingsomschrijving valt, zal de conclusie moeten zijn dat het schadetoebrengeende feit niet binnen het kader van de overeenkomst valt en dat de benadeelde om die reden ook geen directe actie of eigen recht jegens de verzekeraar heeft.

De opzetclausule in de algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering is in veel polissen doorgaans vormgegeven als een uitsluiting van dekking. Dit betekent dat er in beginsel

⁸⁹ Zie ook de Belgische literatuur, die hierna in paragraaf 7.3 wordt besproken.

⁹⁰ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 44; conclusie A-G Lenaerts voor Benelux-Gerechtshof 19 februari 1988, *NJ* 1988, 677.

⁹¹ Hof Amsterdam 11 juni 1976, *VR* 1977, 69.

⁹² Hof Amsterdam 11 juni 1976, *VR* 1977, 69.

⁹³ Vgl. de Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 44.

dekking is voor de gevolgen van het verwezenlijkte risico, maar dat de verzekeraar niettemin dekking kan weigeren omdat hem een beroep toekomt op één van de in de polis genoemde uitsluitingsgronden, zoals de opzetclausule. In de praktijk is het verweer van aansprakelijkheidsverzekeraars ook op die manier (als een uitsluiting) vormgegeven, en niet als het ontbreken van een verzekeringsovereenkomst. Volledige eensgezindheid bestaat hierover echter niet. Zo betoogt Wansink dat de opzetclausule behoort tot de primaire dekkingsomschrijving.⁹⁴ In enkele gevallen is het beroep van verzekeraars op de primaire dekkingsomschrijving in de rechtspraak gehonoreerd.⁹⁵ In dat geval zal de conclusie moeten zijn dat het schadetoebrengende feit niet binnen het kader van de overeenkomst valt en dat de benadeelde om die reden ook geen directe actie of eigen recht jegens de verzekeraar heeft. In dat geval wordt in het geheel niet toegekomen aan de vraag of de verzekeraar zich jegens de benadeelde al dan niet op opzet van de verzekerde kan beroepen. In het Franse recht is juist dit de reden dat opzet (*'faute intentionnelle'*) tegenwerpelijk is aan de benadeelde. Opzet wordt in het Franse recht beschouwd als een geval van niet-verzekering (zie par. 7.4.3). Dat is anders in het Belgische recht. Daar wordt een beroep op opzet beschouwd als een verval van dekking. In beginsel valt het risico onder de dekking, maar door het gedrag van de verzekerde behoeft de verzekeraar geen dekking te verlenen. Een verval van dekking kan, zoals hierna in par. 7.3.3 zal blijken, bij een wettelijk verplichte verzekering niet worden tegengeworpen aan de benadeelde. In Denemarken, Zweden, Finland en Spanje wordt het beroep op opzet als een beroep op een uitsluitingsclausule beschouwd. In deze landen mag de verzekeraar zich, ook bij de niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, jegens het slachtoffer niet op de opzetsluiting beroepen. Zie hierover nader par. 7.1.

5.2.4. Persoonlijk karakter opzet

Opzet heeft een persoonlijk karakter. Dat brengt mee dat de aansprakelijkheidsverzekeraar uitsluitend dekking kan weigeren aan hem die het schadegeval opzettelijk heeft veroorzaakt. Het persoonlijk karakter heeft tot gevolg dat de opzettelijke fout niet kan worden ingeroepen tegen degene die (risico)aansprakelijk is voor de persoon die het opzet begaat, en die voor deze kwalitatieve aansprakelijkheid verzekerd is.⁹⁶ Zo kunnen de ouders die (risico)-aansprakelijk zijn voor de door hun minderjarige kind opzettelijk veroorzaakte schade, nog steeds gebruik maken van de dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering.⁹⁷ De ouders zelf hebben immers als

⁹⁴ Wansink 2015, p. 114.

⁹⁵ Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:938, JA 2014, 53, rov. 4.10.

⁹⁶ Ook in het Belgische recht heeft opzet een persoonlijk karakter. De aansprakelijkheidsverzekeraar is gehouden dekking te verlenen ten aanzien van de verzekerde die aansprakelijk is voor de daden van de minderjarige, zoals de ouders: Van Schoubroeck 2014, p. 80-81.

⁹⁷ Indien een kind jonger dan zestien een ander mishandelt met schade tot gevolg, dan zijn de ouders voor deze gedraging in beginsel risicoaansprakelijk (art. 6:164 jo art. 6:169 BW). Voor de gedragingen van kinderen van veertien en vijftien zijn de ouders ook risicoaansprakelijk, maar bestaat de mogelijkheid dat zij zich kunnen disculperen. Voor schadeveroorzakende gedragingen van minderjarige kinderen van zestien en zeventien kunnen de ouders onder omstandigheden naast het kind aansprakelijk zijn, indien ook de ouders zelf een onrechtmatig handelen of nalaten te verwijten is. De aansprakelijkheid van de

risicoaansprakelijke partij de schade niet opzettelijk veroorzaakt. Ditzelfde geldt voor de werkgever wiens ondergeschikte met opzet schade toebrengt aan een derde (een collega of een andere derde). De werkgever is op grond van art. 6:170 BW risicoaansprakelijk voor fouten van zijn ondergeschikten. De werkgever is de verzekerde wiens aansprakelijkheid wordt gedekt. Dat de werkgever de schade die hij in zijn vermogen lijdt, kan afwentelen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar is niet in strijd met de goede zeden en/of openbare orde. Het is immers niet de verzekerde (de werkgever) die opzettelijk schade heeft toegebracht. “Dekking verlenen betekent hier dus niet dat de verzekeraar schade vergoedt die de betrokken werknemer door opzettelijk aan een derde schade toe te brengen in zijn vermogen heeft geleden”, aldus Wansink.⁹⁸

In zoverre bestaat er een verschil met de situatie in de WAM en met de in het kader van het onderhavige onderzoek beschreven situatie van schade na een misdrijf, waarbij het (althans in veel gevallen) wel gaat om vergoeding van schade die de bestuurder van het motorrijtuig respectievelijk de pleger van het strafbare feit door opzettelijk aan een derde toegebrachte schade in zijn vermogen lijdt. Niettemin is algemeen aanvaard dat ook in laatstgenoemde situaties geen sprake is van een uitzondering op de ongeschreven rechtsregel dat verzekeren van opzet in strijd is met de openbare orde en goede zeden. Dit wordt in de navolgende paragraaf 5.3 nader toegelicht.

5.3. Argumenten tegen niet-tegenwerpelijkheid van opzet

5.3.1. Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat in de dekkingsverhouding tussen de verzekerde en de verzekeraar de twee zwaarste vormen van opzet niet verzekerd kunnen worden, wegens strijd met de openbare orde en goede zeden. Handelingen die zijn verricht met voorwaardelijk opzet kunnen wel worden verzekerd. In de praktijk zullen verzekeraars ten aanzien van schadegevallen met voorwaardelijk opzet echter het standpunt innemen dat deze onder het bereik van de in de polis opgenomen opzetclausule vallen, en dus niet gedekt zijn. Hoewel de meerderheid van de rechtsliteratuur van oordeel is dat gevallen van voorwaardelijk opzet niet onder de huidige opzetclausule vallen, laat de rechtspraak een verdeeld beeld zien. In de rechtspraak leidt de onzekerheid over de uitleg van de clausule er regelmatig toe dat ook in gevallen van voorwaardelijk opzet geen beroep wordt gedaan op de aansprakelijkheidsverzekering van de dader. Daartoe draagt ook bij dat slachtoffers niet het financiële en emotionele uithoudingsvermogen hebben discussies hierover met de verzekeraar in rechte uit te vechten. In al die gevallen zullen de slachtoffers met personenschade voor hun vergoeding zijn aangewezen op het strafrechtelijke traject of op het Schadefonds Geweldsmisdrijven, ervan uitgaande dat de schadeveroorzaker zelf geen of onvoldoende verhaal biedt. Zoals toegelicht, zal dit er in veel gevallen toe leiden dat deze groep slachtoffers verstoken blijft van een adequate schadevergoeding. Dit onder-

ouders berust in laatstgenoemd geval niet op een risicoaansprakelijkheid voor de fout van hun kind, maar op een aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig handelen.

⁹⁸ Wansink 2006, p. 275.

streept het belang van het nadenken over een wettelijke beperking van het beroep op opzet jegens de benadeelde.

Tegen een dergelijke beperking zijn allerlei argumenten aan te voeren. Die argumenten worden hierna besproken (par. 5.3.2 tot en met 5.3.16). Bij het lezen van deze paragrafen moet steeds worden bedacht dat de niet-tegenwerpelijke van opzet zich uitsluitend afspeelt in de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde (zie de in het begin van dit hoofdstuk opgenomen figuur). Zo is het moreel-ethische argument dat verzekering van opzet in strijd is met de openbare orde en goede zeden, valide als het gaat om de dekkingsverhouding. In de verhouding kan de verzekeraar ook gewoon aan zijn verzekerde tegenwerpen dat opzet niet verzekerd is. Dat geldt niet, althans niet zonder meer, in de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde. Zoals hierna in par. 5.3.2 tot en met 5.3.4 wordt toegelicht, wordt in die verhouding de niet-tegenwerpelijke van opzet niet in strijd geacht met de openbare orde en goede zeden. Bovendien dient, in het kader van het moreel-ethische aspect, te worden bedacht dat private verzekeraars via inboedel-, brand-, diefstal-, en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen momenteel al een belangrijke rol spelen bij de vergoeding van misdrijfschade.

5.3.2. Moreel-ethische argumenten

Eén van de steeds terugkerende argumenten in de literatuur met betrekking tot het in dit onderzoeksdeel centraal staande thema van de niet-tegenwerpelijke van opzet aan het slachtoffer, is het moreel-ethische aspect. Enerzijds wordt dit argument uitgedrukt in termen dat het verzekeren van de twee zwaarste vormen van opzet (opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn) in strijd is met de openbare orde en goede zeden.⁹⁹ Anderzijds komt het terug als een uiting van afkeer dat de dader zijn schade die hij door een misdrijf heeft teweeggebracht, kan afwentelen op zijn verzekeraar. De verzekerde is in dat geval, zo is de gedachte, bevrijd van zijn financiële verplichting en is daarmee in een betere positie gekomen, ten detrimente van de verzekeraar. Vooral dat laatste wekt, zo blijkt uit de hiervoor besproken reacties op het Aegon/Van der Linden-arrest “weezin” op.¹⁰⁰ Ook in andere publicaties die de vraag of schade wegens misdrijf via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader vergoed kan worden, ontkennend beantwoorden, is het redengevende argument dat een vrijwaring voor de financiële gevolgen van crimineel gedrag maatschappelijk zeer ongewenst is. Zie in dat verband Vos, die daarover het volgende heeft opgemerkt:

“Gezien de functie die de AVP in het maatschappelijk verkeer vervult, spelen dader- en slachtofferbescherming een belangrijke rol. Immers, daar waar de dader geen dekking heeft op grond van de opzetclausule zal de financiële bescherming van het slachtoffer doorgaans een illusie zijn. Het is maatschappelijk echter zeer ongewenst dat crimineel gedrag als bijvoorbeeld mishandeling, vandalisme, brandstichting, moord en doodslag onder enige verzekering wordt

⁹⁹ Zie o.a. J.H. Wansink, ‘Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21^e eeuw’, *AV&S* 2003/2, p. 8 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

¹⁰⁰ Het woord “weezin” is afkomstig van Tolman, die hiermee adequaat omschrijft welke heftige emoties dit onderwerp in de verzekeringsbranche oproept: M.J. Tolman, ‘Reactie op artikel Niels Frenk inzake opzetclausule’, *NbBW* 2000, p. 128.

gedekt en dat is ook nooit de bedoeling van verzekeraars geweest. Een vrijwaring voor de financiële gevolgen van crimineel gedrag – door dekking onder een verzekering – komt het voorkomen en bestrijden van criminaliteit vanzelfsprekend niet ten goede.”¹⁰¹

Ook Kool neemt bij de vraag of verzekering van misdrijfschade via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader kan worden afgewikkeld, als vertrekpunt dat “de verantwoordelijkheid voor wangedrag” in dat geval wordt “afgewenteld” op de verzekeraar. De oplossing voor het risico dat het slachtoffer blijft zitten met de schade omdat de dader onvoldoende financiële draagkracht heeft voor een schadeloosstelling, kan wat haar betreft dan ook niet liggen in een aanspraak van het slachtoffer op de verzekeraar van de dader.¹⁰²

De veronderstelling dat de dader zijn verantwoordelijkheid kan afwentelen op de verzekeraar en dat hij daardoor gevrijwaard wordt van de financiële gevolgen van het misdrijf, welke veronderstelling de kern vormt van de weerstand om misdrijfschade via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader af te wikkelen, is niet juist. Een verbod van de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer op opzet te beroepen, leidt er niet toe dat de dader financieel gevrijwaard is. Ook leidt een dergelijk verbod er niet toe dat inbreuk wordt gemaakt op de ongeschreven rechtsregel dat verzekeren van opzet in strijd is met de openbare orde en goede zeden. Dit wordt in de volgende paragrafen toegelicht.

5.3.3. Inbreuk op beginsel dat verzekeren van opzet in strijd is met de openbare orde en goede zeden?

Ogenschijnlijk kan (het gevolg van) de niet-tegenwerpelijke van opzet strijd opleveren met art. 3:40 BW. De verzekeraar moet immers de schade die is ontstaan door een opzettelijk veroorzaakt schadeval aan de benadeelde vergoeden, hetgeen op gespannen voet lijkt te staan met art. 3:40 BW. Materieelrechtelijk is er echter geen sprake van inbreuk op het beginsel van onverzekerbaarheid van opzet. Dit heeft er ten eerste mee te maken dat de niet-tegenwerpelijke van opzet alleen geldt in de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde. In de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde kan de verzekeraar zich er (gewoon) op beroepen dat opzet niet verzekerd is. Dat de niet-tegenwerpelijke van opzet geen inbreuk vormt op het beginsel dat verzekering van opzet niet mogelijk is, houdt ten tweede verband met de directe actie of eigen recht op grond waarvan de benadeelde ageert, en met de aanwezigheid van het regresrecht van de verzekeraar op de verzekerde.¹⁰³ Deze aspecten zorgen ervoor dat van verzekering van opzet geen sprake is. Bongers schreef in 1964 al dat wettelijke bepalingen die verzekeraars jegens benadeelden een beroep onthouden op het opzet van verzekerde, slechts “in schijn” een inbreuk maken op het beginsel van onverzekerbaarheid van opzettelijk veroorzaakte schade. Als beslissende argumenten voor zijn redenering dat dit

¹⁰¹ Vos 2000, p. 67.

¹⁰² Kool 2000, p. 201.

¹⁰³ Verschillende auteurs achten het regresrecht de reden waarom een onthouding van het beroep op opzet in deze verhouding geen uitzondering is op de door de Hoge Raad in het Bierglasarrest geformuleerde rechtsregel: Bongers 1964, p. 106; Van Eijk-Graveland 1999, p. 169; De A-G Lenaerts in zijn conclusie bij Benelux-Gerechtshof 15 februari 1988, *NJ* 1988, 677. Een dergelijk regresrecht moet dan wel, analoog aan art. 15 WAM, voor het algemene aansprakelijkheidsrecht worden gecreëerd.

niet onzedelijk is, wijst hij er ten eerste op dat de wetten waarin een dergelijke bepaling is opgenomen, een verbintenis doen ontstaan tussen de verzekeraar en de benadeelde. Dat *in die verhouding* een beroep op opzet niet is toegelaten, is niet onzedelijk. Ten tweede wijst hij op het bestaan van de regresmogelijkheid van de verzekeraar op de opzettelijk handelende verzekerde.

“Wel zou het met de goede zeden strijden, wanneer de verzekerde die opzettelijk handelde van zijn verplichtingen werd ontheven. Dit is echter niet het geval, want de assuradeur krijgt na betaling aan de benadeelde een regresrecht op de verzekerde. Deze heeft nu een even grote schuld aan de assuradeur als hij oorspronkelijk aan het slachtoffer zelf had, en is door de betaling van de assuradeur in geen enkel opzicht in een betere positie gekomen.”¹⁰⁴

Dezelfde redenering is te lezen bij Dorhout Mees. Deze merkt op dat een regeling zoals de WAM, waarbij het gaat om een verplichte aansprakelijkheidsverzekering waar de benadeelde een rechtstreeks vorderingsrecht heeft op de verzekeraar waarbij deze zich tegenover de derde niet kan beroepen op opzet of grove schuld van de verzekerde, slechts in schijn inbreuk maakt op het beginsel dat verzekering tegen eigen opzet ontoelaatbaar is. Ook hij wijst in dat verband op de regresmogelijkheid van de verzekeraar op de verzekerde:

“De mogelijkheid voor de verzekeraar om door hem aan derden gedane uitkeringen op de verzekerde te verhalen in geval van diens opzet of grove schuld laat echter zien, dat het beginsel, t.w. verzekering tegen eigen opzet of grove schuld niet mogelijk is, gehandhaafd bleef.”¹⁰⁵

Zie in dezelfde zin Salomons, die de regresmogelijkheid eveneens als beslissend argument ziet waarom een regeling als de WAM afwijkt van de situatie waarin de verzekerde door betaling zonder meer wordt bevrijd van zijn financiële last.¹⁰⁶ Ook voor Wansink zit het beslissende onderscheid in de regresmogelijkheid waardoor de verzekerde weliswaar jegens het slachtoffer, maar niet jegens zijn verzekeraar, wordt gevrijwaard van zijn financiële verplichtingen.¹⁰⁷ Daardoor heeft de verzekerde een even grote schuld aan de verzekeraar als hij oorspronkelijk aan het slachtoffer zelf had en is hij door de betaling van de verzekeraar dus in geen enkel opzicht in een betere positie gekomen. Zie ook het preadvies van Du Perron voor de NJV in 2003, waarin hij verzekering van aansprakelijkheid voor ernstige vormen van verwijtbaarheid zoals opzet in ruime mate toelaatbaar acht, met dien verstande dat de verzekeraar regres kan nemen op de dader.¹⁰⁸ Ook Robben komt in haar dissertatie over het eigen recht van de benadeelde in de WAM, tot de conclusie dat het verhaalsrecht van de verzekeraar meebrengt dat de niet-tegenwerpelijkheid van opzet geen uitzondering vormt op de ongeschreven rechtsregel dat door de verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade niet verzekeraar is. Zij heeft erop gewe-

¹⁰⁴ Bongers 1964, p. 106.

¹⁰⁵ Dorhout Mees 1967, p. 508.

¹⁰⁶ R.A. Salomons, in zijn commentaar op de noot van B. Wachter onder het Bierglas-arrest, *NJB* 1977, p. 582-583.

¹⁰⁷ Wansink 2006, p. 274; Wansink 2006a, p. 4 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 25-32).

¹⁰⁸ Du Perron 2003, p. 115.

zen dat als de verzekering wel dekking zou bieden voor de zwaarste vormen van opzet, daarbij geen verhaalsmogelijkheid zou passen.¹⁰⁹

De vraag naar de verhouding tussen de niet-tegenwerpelijkheid van opzet aan de benadeelde en het beginsel dat opzet niet verzekeraar is, is ook in het kader van de totstandkoming van de WAM onderwerp geweest van debat. De Benelux-commissie heeft in haar advies met betrekking tot de Benelux-Overeenkomst betreffende verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen overwogen dat uitkering aan de benadeelde bij opzettelijk toegebrachte schade niet (noodzakelijkerwijs) in strijd is met de goede zeden:

“De verzekering van opzettelijk toegebrachte schade [is] niet noodzakelijkerwijs in strijd met de goede zeden, aangezien de verzekering wordt gesloten ten voordele van een derde, die schuldeiser wordt van de verzekeraar (men vergelijk art. 6) en de verzekeraar luidens art. 11 de schuldige verzekerde kan aanspreken.”¹¹⁰

De strijd met de goede zeden en de openbare orde wordt weggenomen door het aspect van slachtofferbescherming, de directe actie van het slachtoffer en het regresrecht van de verzekeraar op de verzekerde, aldus de Benelux-commissie in navolging van A-G Lenaerts, die ditzelfde had bepleit in zijn conclusie voor de uitspraak van het Benelux-Gerechtshof inzake Volksverzekering/Hyfte.¹¹¹ De Benelux-commissie heeft in dat verband een opmerking omarmd die is gemaakt in het kader van de Zwitserse regelgeving op het gebied van aansprakelijkheid voor motorrijtuigen en rijwielen:

“In de stukken van de totstandkoming van de Zwitserse Bondswet van 15 maart 1932 op het verkeer van motorrijtuigen en rijwielen kan men het volgende lezen: ‘De aanspraken van de derde zouden slecht gewaarborgd zijn door de burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering indien de opzettelijk door de houder veroorzaakte schade niet in de verzekering was inbegrepen.’”¹¹²

Uit het voorgaande volgt dat het regresrecht van de verzekeraar op de verzekerde door meerdere auteurs wordt beschouwd als beslissend argument waardoor de strijd met de openbare orde en goede zeden wordt weggenomen. Door het regresrecht is het uiteindelijk de verzekerde die betaalt. De verzekerde is door de betaling van de verzekeraar aan het slachtoffer in geen enkel opzicht in een betere positie komen te verkeren. Ook in België wordt in de rechtsliteratuur het uitgangspunt omarmd dat de openbare orde niet in de weg staat aan een uitkering door de verzekeraar aan het slachtoffer mits de mogelijkheid bestaat dat de verzekeraar regres kan nemen op zijn verzekerde. Zie in dat verband bijvoorbeeld Dubuisson:

“L’ordre public ne s’oppose pas à l’indemnisation de cette personne lésée pourvu que l’assureur puisse ensuite exercer un recours contre l’auteur du dommage afin de récupérer l’intégralité des sommes d’déboursées.” Techniquement, il est possible d’atteindre ce but en

¹⁰⁹ Robben 1993, p. 229.

¹¹⁰ Ontleend aan de conclusie van A-G Lenaerts voor Benelux-Gerechtshof 19 februari 1988, *NJ* 1988, 677 (Volksverzekering/Hyfte).

¹¹¹ Benelux-Gerechtshof 15 februari 1988, *NJ* 1988, 677.

¹¹² Benelux-Gerechtshof 15 februari 1988, *NJ* 1988, 677.

déclarant la faute intentionnelle inopposable à la personne lésée tout en autorisant le recours de l'assureur à concurrence des sommes versées à la victime. Telle est la solution qui prévaut en assurance R.C. automobile (...)"¹¹³ [onderstreping toegevoegd].

Ook andere Belgische auteurs zoals Van Schoubroeck en Callewaert nemen tot uitgangspunt dat de openbare orde en de goede zeden niet in de weg staan aan de niet-tegenwerpelijheid van opzet aan het slachtoffer.¹¹⁴ Ditzelfde uitgangspunt ligt ten grondslag aan de WAM. Zo is in de memorie van antwoord uitdrukkelijk opgemerkt dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en de civielrechtelijke verantwoordelijkheid in onverminderde mate bij de bestuurder van het schadeveroorzakende motorrijtuig blijven rusten.¹¹⁵

Van Eijk-Graveland heeft in haar dissertatie over verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht uitvoerig aandacht besteed aan de vraag of de niet-tegenwerpelijheid van opzet aan het slachtoffer een uitzondering vormt op de door de Hoge Raad in het Bierglas-arrest¹¹⁶ aangeduide ongeschreven rechtsregel dat opzettelijk veroorzaakte schade niet verzekeraar is wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde.¹¹⁷ Ook zij komt tot de conclusie dat van een uitzondering geen sprake is. Voor haar is evenwel niet het regresrecht het beslissende argument, maar de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Die verhouding is volgens haar bepalend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een uitzondering en niet de verhouding tussen het slachtoffer en de verzekeraar. In de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde blijft opzettelijk veroorzaakte schade van dekking uitgesloten. Om die reden vormt een wettelijk systeem (zoals de WAM), op grond waarvan opzettelijk veroorzaakte schade wordt uitgekeerd aan het slachtoffer maar daar tegenover een regresrecht staat van de verzekeraar op de verzekerde, geen uitzondering op de regel dat opzettelijk veroorzaakte schade niet verzekeraar is wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde.¹¹⁸

De conclusie uit het voorgaande is dat een verbod om jegens het slachtoffer een beroep te doen op opzet van de verzekerde, geen uitzondering vormt op de regel dat verzekering van opzettelijk veroorzaakte schade in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.¹¹⁹ De dader wordt niet gevrijwaard van de financiële gevolgen van zijn misdaad. Op hem blijft de verplichting rusten tot volledige vergoeding van de door hem veroorzaakte schade, zij het dat hij deze verplichting niet (meer) jegens het slachtoffer heeft maar jegens zijn eigen verzekeraar.

¹¹³ Dubuisson 2010, F.270, randnummer 3.

¹¹⁴ Van Schoubroeck 2005, p. 828-829; Van Schoubroeck 2004, p. 200-201; Callewaert 2011, p. 197-198.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 5 (MvA II).

¹¹⁶ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572.

¹¹⁷ Van Eijk-Graveland 1999, p. 167-171.

¹¹⁸ Van Eijk-Graveland 1999, p. 169-171.

¹¹⁹ Zie in dezelfde zin: Wansink 2006, p. 274.

5.3.4. De moreel-ethische bezwaren in het licht van andere oplossingen en het huidige systeem

De auteurs die de verzekeringsrechtelijke afwikkeling van de schade uit moreel-ethische overwegingen hebben verworpen, hebben wel de mogelijkheid oarmrd dat de schade via een publiek fonds of via de overheid wordt vergoed. Zo acht Vos het vanzelfsprekend dat slachtoffers een beroep doen op het Schadefonds Geweldsmisdrijven,¹²⁰ en heeft Kool betoogd het slachtoffer recht te geven om vergoeding te claimen bij de overheid, die op haar beurt een regresrecht heeft op de dader. Op deze manier wordt “de insolabiliteit van de dader een probleem van de overheid en niet van het slachtoffer.”¹²¹ De vraag rijst waarom een verhaalsroute via de overheid in de visie van deze auteurs niet op moreel-ethische bezwaren stuit? Heeft dat te maken met de veronderstelling dat de overheid wel een regresrecht op de dader heeft, en de aansprakelijkheidsverzekeraar niet? En dat om die reden in de visie van Kool het door haar gesignaleerde risico bij afwikkeling via de verzekeraar, namelijk het risico dat de samenhang tussen daad en dader wordt doorbroken doordat de juridische verplichting tot betaling van schadevergoeding wordt losgekoppeld van de persoon die de schade heeft veroorzaakt, niet speelt bij een afwikkeling via de overheid?¹²² Die veronderstelling is onjuist, zo bleek hiervoor in par. 5.3.3. Ook de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft een verhaalsrecht, als hij contractueel niet gedekte schade op grond van de wet toch moet vergoeden. Door het verhaalsrecht wordt ook bij een afwikkeling via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, de band tussen daad en dader niet doorbroken.

En hoe verhoudt het bezwaar van Vos, dat daders niet gevrijwaard mogen worden van hun financiële verplichting, zich tot de huidige situatie? Zoals uit de probleemstelling van dit onderzoek is gebleken, worden daders door slachtoffers vrijwel niet civielrechtelijk aangesproken, onder meer vanwege het ontbreken van reële verhaalsmogelijkheden. Daders zijn derhalve de facto nu al grotendeels gevrijwaard van voldoening van hun financiële verplichtingen, ervan uitgaand dat zij geen schadevergoedingsmaatregel krijgen opgelegd met betrekking tot complexe schadevorderingen en de slachtoffers ook geen civielrechtelijke acties entameren. Met Vos deel ik de mening dat die situatie onwenselijk is, ook in het perspectief van de retributieve (corrigerende) rechtvaardigheid (par. 8.3.3).

In het kader van de moreel-ethische bezwaren die van oudsher worden ingebracht tegen de afwikkeling van schade via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader, is het bovendien van belang te realiseren dat private verzekeraars momenteel al een belangrijke rol spelen bij de vergoeding van misdrijfschade. Zo wordt schade aan het huis na inbraak vergoed via de opstalverzekeraar, worden de financiële gevolgen van brandstichting opgevangen door de brand- of opstalverzekeraar en dekt de inboedelverzekering schade wegens diefstal. Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bieden dekking, ook als de inkomensschade door een misdrijf is ontstaan. Datzelfde geldt voor pensioenverzekeringen die een rol spelen bij pensioenschade, ook na misdrijf. Ook de suggestie om het probleem van misdrijfschade via een first party-

¹²⁰ Vos 2000, p. 67.

¹²¹ Kool 2000, p. 200.

¹²² Kool 2000, p. 199.

verzekering op te lossen, kan vanuit dat perspectief worden beschouwd. Waarom spelen de moreel-ethische argumenten in dat debat geen rol?¹²³ Is het enkele feit dat het hier gaat om verzekeringen aan de zijde van het slachtoffer voldoende om de eventuele moreel-ethische bezwaren tegen vergoeding van misdrijfschade weg te nemen? Hoe deze vraag ook beantwoord wordt, feit is dat de private verzekeraars thans in de maatschappij al een rol van betekenis vervullen bij de dekking van schaderisico's door misdrijf.

Bij al het voorgaande komt nog dat het de vraag is hoe zwaarwegend deze argumenten zijn, als men ze afzet tegen de argumenten van bescherming van slachtoffers van misdrijven die nu met een belangrijk deel van hun schade blijven zitten. Zie in dit verband ook Du Perron die verzekering van aansprakelijkheid in ruime mate (waaronder in zijn visie ook opzet valt) toelaatbaar is vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming.¹²⁴ Illustratief in dat verband zijn voorts de uitlatingen van een verzekeraar in het kader van een interviewonderzoek onder zes verzekeraars. Dat onderzoek vond plaats in het kader van de vraag of een uitbreiding van de risicoaansprakelijkheid van de ouders voor minderjarige kinderen gevolgen heeft voor de verzekeraar. Die vraag was relevant omdat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de ouders indirect de schade vergoedt van door minderjarigen gepleegde misdrijven waarvoor de ouders risicoaansprakelijk zijn. Met betrekking tot deze schades kan de verzekeraar zich ten opzichte van de ouders niet op opzet beroepen. De ouders hebben immers de schade niet opzettelijk toegebracht, maar de kinderen. Door de risicoaansprakelijkheid van ouders uit te breiden naar alle minderjarige kinderen tot 18 jaar, zou de schadelast wegens misdrijfschade vergroten. In het kader van het interviewonderzoek werd ook de vraag gesteld of men ethische bezwaren daartegen zag. De reactie van één van de geïnterviewden was dat "daadwerkelijke compensatie van slachtoffers te verkiezen [is] boven de naar zijn mening theoretische discussie over een ethisch verantwoorde verzekering."¹²⁵

Dat roept de vraag op of het ethisch argument inderdaad niet slechts een theoretisch argument is. In het kader van de weging van de verschillende belangen, is relevant dat bij de WAM en de Wet natuurbescherming (voorheen de Flora- en faunawet en daarvoor de Jachtwet), er reeds lang geleden voor is gekozen in die gevallen de belangen van slachtoffers te laten prevaleren. Bij de weging van de belangen zal van gewicht zijn dat bij de niet-tegenwerpelijkheid van opzet in de verhouding tussende verzekeraar en het slachtoffer, van verzekering van opzet strikt genomen geen sprake is. De opzetclausule in de verhouding tot de verzekerde dader blijft zijn betekenis houden. De verzekeraar kan regres nemen op de dader voor hetgeen de verzekeraar aan het slachtoffer heeft uitgekeerd. In deze constructie blijft het uitgangspunt overeind dat de dader betaalt. Alleen het verhaalsrisico is verschoven van slachtoffer naar verzekeraar.

¹²³ Dit aspect ontbreekt bijvoorbeeld in de publicatie van Wansink waarin hij een pleidooi houdt voor de first party-verzekering voor schade als gevolg van terroristische aanvallen of (andere) rampen: Wansink 2003, p. 11 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

¹²⁴ Du Perron 2003, p. 115.

¹²⁵ M. Verheijden, 'Symbolische verruiming van de aansprakelijkheid van ouders. Een oplossing voor het 'kale kip'-probleem bij jeugdcriminaliteit?', in: W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 144.

5.3.5. Calculeerbaar en homogeen risico

In de literatuur is benadrukt dat uitbreiding van slachtofferbeschermende instrumenten van de WAM naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering lastig is vanwege het (veronderstelde) gebrek aan homogeniteit van de verzekerde risico's.¹²⁶ "Tegenover het in beginsel eenvormige homogene en overzichtelijke risico verbonden aan het gebruik van een motorrijtuig staat in de algemene aansprakelijkheidsverzekering een diversiteit van risico's waarvan de verwezenlijking – zonder gevaar voor eigen lijf en goed – veel directer beïnvloedbaar is door de verzekerde (de zgn. ondernemersrisico's) en daardoor niet of slechts tegen een zeer hoge premie verzekeraar zijn", aldus Wansink. Om die reden vindt hij een uitbreiding van het instrumentarium van de WAM naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering "een veel te drastische en onevenwichtige oplossing."¹²⁷ Voor een algemene uitbreiding naar de aansprakelijkheidsverzekering (ook die voor bedrijven) voor alle soorten schade, mag dit argument wellicht opgaan. De vraag is of het ook opgaat als de tegenwerpelijheid van bepaalde verweermiddelen wordt beperkt tot die gevallen waarin personenschade is geleden als gevolg van een misdrijf. In dat verband valt te wijzen op de Zwitserse literatuur en praktijk. Daarin is benadrukt dat het bij een verplichte verzekering moet gaan om homogene risico's. Tegelijkertijd is ervoor gepleit de particuliere aansprakelijkheidsverzekering voor personenschade verplicht te stellen.¹²⁸ Daar beschouwt men de bij een dergelijke verzekering gedekte risico's kennelijk wel als voldoende homogeen. Dit houdt wellicht verband met de omstandigheid dat het risico wel, maar de wijze waarop het risico zich verwezenlijkt, niet homogeen is. Datzelfde geldt voor de Nederlandse situatie.

Het risico van personenschade door een misdrijf is, net als het WAM-risico, ook een homogeen, overzichtelijk en relatief goed te calculeren risico. Niet gebleken is dat het risico van schade door een misdrijf niet beheersbaar en daarmee niet (blijvend) verzekeraar is. Het is met andere woorden niet een risico dat behoort tot de categorie aansprakelijkheidsrisico's waarvan de verzekeraarbaarheid de laatste jaren in discussie is, zoals de (werkgevers)aansprakelijkheid voor beroepsziekten, en verkeers- milieu- en medische aansprakelijkheid.¹²⁹ Het betreft ook geen aansprakelijkheidsrisico waaraan "retroactieve aansprakelijkheid" of causaliteitsonzekerheid kleeft, zoals bij nieuwe en oude beroepsziekten (zoals asbest), risico's die door Wansink als onverzekerbaar zijn bestempeld.¹³⁰ Bovendien zijn er mogelijkheden het

¹²⁶ J.H. Wansink, 'Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over titel 7.17 en de Belgische wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992', in: H.A. Bouman (red.), *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 391-392.

¹²⁷ Wansink 1993, p. 392.

¹²⁸ Zie voor het Zwitserse recht hierna par. 7.6.

¹²⁹ Zie voor een overzicht van deze problematiek: M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering* (Serie Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer 2002, p. 1-2, p. 24-80. Zie ook: Th. Kremer, 'Vergoeding van letselschade anno 2016: staan we op een kruispunt, een keerpunt of een doodlopende weg?', in: M.G. Faure & T. Hartlief, *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 313-325.

¹³⁰ Wansink 2003, p. 7 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

risico desgewenst in te perken en beter calculeerbaar te maken. Deze mogelijkheden komen aan bod in hoofdstuk 9.

5.3.6. Denaturering van de overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering

In de literatuur is als argument aangevoerd dat het vergoeden door de aansprakelijkheidsverzekeraar van opzettelijk veroorzaakte schade in strijd komt met de aard van de aansprakelijkheidsverzekering.¹³¹ Wansink heeft al aangegeven dat dit argument niet opgaat voor de situatie dat de verzekeraar de benadeelde schadeloos stelt en vervolgens regres neemt op de verzekerde. Van een denaturering van de aansprakelijkheidsverzekering is in dat geval geen sprake.¹³² Daaraan kan worden toegevoegd dat reeds van oudsher de functie van de aansprakelijkheidsverzekering, naast bescherming van het vermogen van de verzekerde, ook strekte tot bescherming van de benadeelde. Van een fundamentele wijziging in de aard van de verzekeringsovereenkomst lijkt dan ook geen sprake te zijn.¹³³

Wel is de vraag gerechtvaardigd of en in hoeverre bij de introductie van een verweermiddelenverbod nog sprake is van verzekeren. Of gaat het dan uitsluitend nog om het garanderen van een zeker verhaal? Indien de opzetclausule alleen nog een interne betekenis heeft, namelijk alleen in de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde, en de verzekeraar extern, tegenover de benadeelde, dekking moet garanderen, dan kan worden gezegd dat dit geen verband meer houdt met het verzekeren van een bepaald risico, maar alleen nog met een “wettelijke garantielijkt” tegenover de benadeelde derde. Waaruit bestaat dan nog het onderscheid tussen verzekering en borgtocht (art. 7:850 BW), indien het wezenlijke verschil tussen beide rechtsfiguren wordt opgeheven? Een wezenlijk verschil is dat de borg de schuld van de hoofdschuldenaar betaalt, terwijl de verzekeraar uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst een eigen schuld voldoet.¹³⁴ Is daaraan nog voldaan als de verzekeraar op grond van de verzekeringsovereenkomst niet gehouden is het slachtoffer te voldoen? Deze vraag is ook opgeworpen in het parlementair debat bij de invoering van de WAM.¹³⁵ Daar lijkt deze vraag ontkennend te zijn beantwoord, in welk verband men sprak van een “soort wettelijke borgtocht voor zover de externe betalingsplicht de intern gegeven dekking overschrijdt”, weliswaar met een verhaalsmogelijkheid op de verzekerde.¹³⁶ Juist de verhaalsmogelijkheid op de verzekerde dringt het verzekeringselement naar de achtergrond en komt de nadruk te liggen op de verzekeraar als borg, die regres uitoefent op de hoofdschuldenaar.¹³⁷ De wetgever bleek echter bereid dit be-

¹³¹ H.D.M. Mulder, ‘Opzettelijk veroorzaken in het strafrecht en het aansprakelijkheidsverzekeringsrecht’, in: A.J. Bins (red.), *Beginselen. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 197 e.v.; Wansink 2006, p. 272-273.

¹³² Wansink 2006, p. 272-273.

¹³³ Zie dezelfde redenering in de Zwitserse discussie over dit onderwerp: P. Grolimund, ‘Haftpflichtversicherung und direktes Forderungsrecht’, in: A.K. Schnyder, *Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft*, Zurich-Basel: Schulthess Juristische Medien AG 2012, p. 135.

¹³⁴ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/570.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 2 (VV II).

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 2 (VV II).

¹³⁷ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2230.

zwaar te aanvaarden omdat men van oordeel was dat “het systeem van het ontwerp alleszins aanvaardbaar” moest worden geacht. Mij lijkt de opvatting dat bij toepassing van het verweermiddelenverbod geen sprake meer is van verzekering maar van een borgtocht ten behoeve van het slachtoffer, voor discussie vatbaar. De verzekeraar is weliswaar op grond van de verzekeringsovereenkomst jegens de verzekerde niet gehouden om de schade van het slachtoffer te vergoeden, maar door de wettelijke bepaling van het verweermiddelenverbod van art. 11 WAM is die gehoudenheid er wel jegens het slachtoffer. Daar komt bij dat op grond van het eigen recht van art. 6 WAM de verzekeraar hoofdelijk aansprakelijk is jegens de benadeelde. In zoverre, zo zou kunnen worden betoogd, voldoet de verzekeraar nog steeds aan een eigen schuld en voldoet hij niet alleen de schuld van zijn verzekerde. Bij het voorgaande moet worden bedacht dat de WAM een algeheel verweermiddelenverbod kent, zodat het in de context van de WAM in nog verdergaande mate dan in het onderhavige onderzoek gaat om een garantie tot volledige dekking. In het onderhavige onderzoek staat een wettelijk verbod op de tegenwerpelijheid aan het slachtoffer van een specifiek verweer centraal. De overige verweren blijven (gewoon) tegenwerpelijk. In plaats van een borgtocht, draagt de verzekering in geval van een wettelijk verweermiddelenverbod naar ik meen, in navolging van Dorhout Mees, eerder het karakter van een schadeverzekering die is gesloten ten behoeve van het slachtoffer.¹³⁸

5.3.7. Derden ontlenen meer rechten aan de overeenkomst dan de contractspartij

De niet-tegenwerpelijheid van opzet jegens de benadeelde brengt mee dat deze meer rechten kan ontlenen aan de verzekeringsovereenkomst dan de partij bij het contract kan doen. Dat is in het verzekeringsrecht een bijzondere figuur. Het is echter geen onbekende figuur, nu ook de WAM en de hiervoor genoemde andere wetten deze figuur ook kennen, zoals de Wet natuurbescherming (zie par. 3.11.2). In die wetten berust het recht van de derde (dat dus verder gaat dan het recht van de contractspartij zelf) op de wet. In de WAM is dat art. 11, dat bepaalt dat de verzekeraar bepaalde verweren niet aan de benadeelde (maar wel aan de verzekerde) mag tegenwerpen. In de Wet natuurbescherming berust de uitzondering op art. 3.29 lid 3. Indien voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering ook een soortgelijke figuur in het leven wordt geroepen, dan behoeft ook die figuur een wettelijke grondslag, alsmede een rechtvaardiging. Op die grondslag en de rechtvaardiging daarvan wordt hierna in hoofdstuk 8 nader ingegaan.

5.3.8. Moreel risico

Een argument tegen het ontnemen van de verzekeraar van zijn recht om zich jegens de benadeelde op opzet van de verzekerde te beroepen, is dat de veronderstelde preventieve werking van de opzetsluiting wegvalt. Dit zou crimineel gedrag in de hand werken of een rem op dit gedrag wegnemen. Ook kan het bedrog of samenspanning (tussen verzekerde en de potentieel benadeelde) in de hand werken. Dit fenomeen, dat het gedrag van de verzekerde zal wijzigen door het feit dat het risico van hem is weggenomen ten gevolge van de verzekering, staat bekend als het “moreel risico.”¹³⁹ Het maatschappelijk belang van het moreel risico is duidelijk om-

¹³⁸ Dorhout Mees 1967, p. 509.

¹³⁹ Faure & Hartlief 1995, p. 289-291.

dat het, zeker als het gaat om het moreel risico bij de aansprakelijkheidsverzekering, kan leiden tot een verhoging van het misdrijf risico en daarmee tot een verhoging van de maatschappelijke onveiligheid.¹⁴⁰ Welbeschouwd doet het probleem van het moreel risico zich bij uitkering na misdrijf op grond van de niet-tegenwerpelijke van de opzetclausule niet voor. Het risico wordt in dat geval juist niet bij de verzekerde weggenomen maar blijft volledig op hem rusten, omdat de verzekeraar verhaal kan nemen op de verzekerde voor datgene wat hij heeft uitgekeerd aan het slachtoffer terwijl hij daartoe op grond van de polisvoorwaarden niet toe gehouden was.¹⁴¹ De beperking zich te beroepen op bepaalde verweermiddelen geldt immers alleen in de verhouding met het slachtoffer. De beperking regardeert niet de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde dader. De verzekeraar heeft een verhaalsrecht op de schadeveroorzaker indien en voor zover de verzekeraar uitkeringen heeft gedaan zonder daartoe op grond van de polis gehouden te zijn. Door de beperking van de dekking in de verhouding tussen de verzekeraar en diens verzekerde en de combinatie met het verhaalsrecht blijft de prikkel tot preventie onverminderd op de dader rusten. Niet alleen het aansprakelijkheidsrecht maar ook de verzekeringspolis biedt in dit geval de prikkel tot preventie.¹⁴² Ditzelfde geldt, wellicht in nog sterkere mate, voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven. Zie verder hierna par. 5.3.11. De uitkering na misdrijf verschilt in dat opzicht wezenlijk van de uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekering buiten misdrijf. In laatstbedoeld geval kan de verzekeraar in de regel geen verhaal nemen op de eigen verzekerde en wordt het risico daadwerkelijk bij de verzekerde weggenomen.¹⁴³ Hoewel het moreel risico vanwege de verhaalsmogelijkheid in de polis geen rol van betekenis speelt bij uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekering, wordt hierna toch ingegaan op de validiteit van het argument en op de vraag of er empirisch bewijs bestaat voor de invloed van verzekeringen op het gedrag van de verzekerde.

Wansink heeft erop gewezen dat de validiteit van het argument van het moreel risico nimmer is aangetoond.¹⁴⁴ Illustratief in dat verband is ook Mulder, die noteerde:

“Maar – zo luidt het klassieke argument van de ‘moralisten’ – een verzekerde die weet dat zijn aansprakelijkheid voor opzet niet gedekt is zal zich wel driemaal bedenken voordat hij ‘zich laat gaan.’ Niet verzekerbaarheid van opzet werkt dus preventief. Hier zit een kern van waarheid in, maar ook niet meer dan dat: ik kan mij althans moeilijk verplaatsen in de psychologie van de man die – enkel en alleen omdat zijn aansprakelijkheid jegens de nabestaanden niet is gedekt – ervan afziet zijn medemens van het leven te beroven.”¹⁴⁵

Ook in het kader van totstandkoming van de WAM is het moreel risico de revue gepasseerd. Enkele Kamerleden hadden gewezen op het risico dat de WAM leidt tot een verminderd ver-

¹⁴⁰ M.G. Faure en W.H. van Boom, ‘Gedagsveronderstellingen en verzekeringen’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 707.

¹⁴¹ Zie ook de conclusie van A-G Lenaerts voor Benelux-Gerechthof 19 februari 1988, *NJ* 1988, 677.

¹⁴² Faure & Hartlief 1995, p. 290; Hartlief 2003b, p. 241.

¹⁴³ Zie ook hierna hoofdstuk 10.

¹⁴⁴ Wansink 2006, p. 268.

¹⁴⁵ Mulder 1981, p. 199.

antwoordelijkheidsgevoel, zodat het gevaar op de weg zal worden vergroot. De wetgever deelde deze zienswijze niet:

“Het verantwoordelijkheidsgevoel is van ethische aard en als zodanig niet afhankelijk van het al of niet sluiten van een verzekering. Dit gevoel is gericht op het voorkomen van levensgevaar en schade zelf en zal door dekking van de financiële risico's van ongevallen niet nadelig worden beïnvloed. [...] Ten slotte zij nog in dit verband opgemerkt, dat uiteraard de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor verkeersfouten onverminderd blijft bestaan.”¹⁴⁶

Zie voorts Hof Arnhem 27 september 2009¹⁴⁷, waarin het hof met betrekking tot een schadevergoedingsvordering wegens seksueel misbruik het beroep van de verzekeraar dat het meeverzekeren van schade toegebracht door seksueel misbruik in strijd met de goede zeden is, niet heeft gevolgd (rov. 4.5):

“Het hof is niet gebleken van een algemeen gevoelen dat verzekering tegen het risico van schade veroorzaakt door misdrijven – ook niet geweldsmisdrijven, waar eveneens sprake kan zijn van het toegeven aan driften op een wijze die ten eerste verwerpelijk is, of andere zedenmisdrijven – moreel verwerpelijk of anderszins onaanvaardbaar zou zijn. Voor alle duidelijkheid wijst het hof er daarbij op, dat in verband met het verwerpen van het beroep op de opzetclausule als uitgangspunt dient dat de schade waarvoor wordt verzekerd niet opzettelijk is veroorzaakt, hetgeen zal meebrengen dat men ten tijde van het sluiten van de verzekering niet mede het oog zal hebben gehad op de zekerheid van deze (vorm van) schade.”

Het hof deelde ook niet het standpunt van de verzekeraar dat verzekering hier neerkomt op het wegnemen van een rem op dit soort incestueuze handelingen (rov. 4.5):

“Als iemand zich niet van het toegeven aan driften als hier aan de orde laat weerhouden door de dreiging van strafrechtelijke sancties en zeer sterke publieke afkeuring, zal – zeker als er geen sprake is van opzet gericht op schade – het aspect van niet tegen schade verzekerd zijn die rem niet alsnog verschaffen.”

Ten slotte heeft het hof het aspect van slachtofferbescherming benadrukt (rov. 4.5):

“Hier staat tegenover dat de verzekering in dit soort gevallen – het onderhavige geval is hiervan een voorbeeld – feitelijk mede dienst doet om het slachtoffer te beschermen tegen geringe verhaalbaarheid van de schade op de dader. Het hof neemt daarbij mede in ogenschouw dat de schade zich juist in dit soort gevallen over een lang tijdvak kan uitstrekken en dus hoog kan oplopen.”

In dat verband is van belang dat in het kader van de WAM, waar de verzekeraar vrijwel geen verweermogelijkheden jegens de benadeelde heeft, niet is gebleken dat dit risico zich in relevante omvang verwezenlijkt.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 1962/63*, 6342, nr. 6, p. 1 (MvA II).

¹⁴⁷ ECLI:NL:GHARN:2005:AU4186, in stand gebleven bij de Hoge Raad: HR 1 maart 2013, *RvdW* 2013, 342, ECLI:NL:HR:2013:BY6786.

Het argument is inmiddels, mede door de nadruk die is komen te liggen op de betekenis van de aansprakelijkheidsverzekering voor de benadeelde derde, op de achtergrond geraakt.¹⁴⁸ Vermeldenswaard in dat opzicht is het historisch overzicht dat Lippmann geeft van de ontwikkeling van de verzekerbaarheid van eigen schuld.¹⁴⁹ Hij beschrijft dat de voorloper van art. 7:952 BW (art. 276 Wetboek van Koophandel) is opgenomen omdat de wetgever aanvankelijk meende dat het onzedelijk was aansprakelijkheid wegens eigen schuld af te wentelen op een ander. In de loop der tijd won echter de opvatting terrein dat “schuldverzekering” niet ongeoorloofd is. Daartoe heeft volgens Lippmann het meeste bijgedragen dat men er “welbeschouwd niets onzedelijks in kan zien, indien iemand de belangen van derden, die door zijn optreden worden geschaad, bij voorbaat veilig wil stellen.” Men wilde zelfs zover gaan deze verzekering voor bepaalde personen verplicht te stellen met het oog op de wenselijkheid van deze ‘*acte de sage de prévoyance*’.¹⁵⁰

Een andere vraag is die naar de, in de woorden van Faure en Van Boom, “empirische houdbaarheid” van moreel risico. Uit hun onderzoek is naar voren gekomen dat er “weinig hard en generaliseerbaar bewijs” van moreel risico is en dat het van de betreffende verzekeringsmarkt afhangt of het moreel risico een klein of een groot gevaar vormt.¹⁵¹ Er zijn Amerikaanse en Canadese studies waaruit lijkt te volgen dat er moreel risico bestaat bij “workers compensation”, in die zin dat werknemers op de werkvloer minder zorgvuldig zijn (ex ante moreel risico) en in die zin dat (voortdurende) arbeidsongeschiktheid wordt geveinsd (ex post moreel risico).¹⁵² Van Boom en Faure verwijzen ook naar onderzoek naar de verzekeringsmarkt voor motorrijtuigen in de VS waaruit bleek dat de invoering van een verzekeringsplicht een “zodanig moreel risico meebracht, dat het aantal dodelijke ongevallen op statistisch significante wijze steeg.”¹⁵³

Ten slotte zij in dat verband nog opgemerkt dat verzekeraars instrumenten ten dienste staan om het moreel risico tegen te gaan of in te perken. Klassieke methodes daarvoor zijn de invoering van een eigen risico, de premie en de polisvoorwaarden afhankelijk te maken van het gedrag van verzekerde. Op deze manier wordt de verzekerde blootgesteld aan enig risico.¹⁵⁴

5.3.9. Vertrouwensbeginsel

Een ander belangrijk argument heeft betrekking op een van de uitgangspunten van de verzekeringsovereenkomst, namelijk het vertrouwensbeginsel. Tolman heeft in dat verband benadrukt dat de verzekeraar erop moet vertrouwen dat de wil van de verzekerde bestaat om, ondanks het bestaan van de verzekering, verwezenlijking van het gedekte evenement te voorkomen.¹⁵⁵ Het is de vraag of zich veel gevallen zullen voordoen waar de verzekerde bij het aangaan van de

¹⁴⁸ Wansink 2006, p. 268.

¹⁴⁹ Lippmann 1951, p. 58-60.

¹⁵⁰ Lippmann 1951, p. 59-60.

¹⁵¹ Faure & Van Boom 2013, p. 705-706 en p. 718.

¹⁵² Faure & Van Boom 2013, p. 706.

¹⁵³ Faure & Van Boom 2013, p. 707, met verwijzing aldaar naar het betreffende onderzoek (voetnoot 69).

¹⁵⁴ Faure & Van Boom 2013, p. 707.

¹⁵⁵ Tolman 2000, p. 128.

verzekeringsovereenkomst deze wil niet heeft, met andere woorden: de wil heeft om het gedekte evenement in het leven te roepen.

Voorts is de vraag of het vertrouwensbeginsel, in de uitzonderingsgevallen waarvoor het opgaat, voldoende zwaarwegend is tegenover het belang van de slachtoffers van misdrijven die met ernstige personenschade zijn geconfronteerd. Illustratief in dat verband is het betoog van Mulder die van mening is dat de uitsluiting van opzet in het aansprakelijkheidsverzekeringsrecht niet overtuigend wordt gemotiveerd met een beroep op de openbare orde en goede zeden.¹⁵⁶ Aan zijn betoog kan het volgende worden ontleend:

“Voor wie het belang van de derde benadeelde zwaar wil laten wegen – en wie wil dat eigenlijk niet – heeft deze herleiding tot de ‘goede zeden en/of openbare orde’ iets onbevredigends. Welk publiek belang staat nu eigenlijk op het spel als opzet in al zijn gradaties wordt verzekerd? Zeker niet dat van de potentiële schadelijder: wat koopt die voor ‘goede zeden’ als hij met een onverhaalbare schade blijft zitten?”¹⁵⁷

5.3.10. Antiselectie

Een veelgenoemd argument tegen een regeling als voorgesteld waar in het kader van een onverplichte verzekering de verzekeraar zich jegens het slachtoffer van een misdrijf niet op opzet van de dader kan beroepen, is dat een dergelijke regeling zou leiden tot antiselectie, ofwel ‘averechtse’ selectie. In deze context houdt antiselectie in dat juist degenen met een potentieel grote schadelast een verzekering (willen) afsluiten en degenen met een potentieel geringe schadelast niet.¹⁵⁸ Het fenomeen van antiselectie kan bij een third party-verzekering worden veroorzaakt doordat verzekeraars van tevoren niet of onvoldoende precies weten welke risico’s binnen een groep goede of slechte risico’s zijn. Zo weet de verzekeraar bij een aansprakelijkheidsverzekering niet van tevoren wie de derde is aan wie schadevergoeding zal moeten worden betaald als de verzekerde aansprakelijk is. Of deze derde een klein of een groot inkomensverlies lijdt, hangt af van de van tevoren niet bekende omstandigheden van de derde. Indeling van de risico’s in categorieën is belangrijk voor verzekeraars, omdat op die manier ook een adequate premiedifferentiatie gemaakt kan worden.¹⁵⁹ Door een gebrek aan informatie is een behoorlijke risicodifferentiatie onmogelijk en zal, in de theorie van de antiselectie, de verzekeraar zijn risicogroepen te groot maken. Daardoor wordt de gemiddelde premie binnen de groep relatief te hoog en daardoor onaantrekkelijk voor de goede risico’s, waardoor juist deze risico’s de groep zouden verlaten. Het probleem van antiselectie is dat alleen de slechte risico’s nog een vraag hebben naar verzekering zodat de verzekeraar op lange termijn uiteindelijk alleen met de slechte(re) risico’s blijft zitten. Daardoor kunnen verzekeraars een hoge schadelast ver-

¹⁵⁶ Mulder 1981, p. 199-200.

¹⁵⁷ Mulder 1981, p. 199-200.

¹⁵⁸ A. Cohen & P. Siegelman, ‘Testing for Adverse Selection in Insurance Markets’, *The Journal of Risk and Insurance*, 2010, vol. 77, p. 39; Wansink 1993, p. 392.

¹⁵⁹ F.K. Gregorius, ‘De verzekeraar en de totale schadelast; de financiering; financieel management’, in: *Begroting van schade, verandering en verzekering*. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1994, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1994, p. 52.

wachten bij een calamiteit. Verzekeraars zullen meer premie vragen om deze schadelast te kunnen opvangen, waardoor de verzekering nog minder aantrekkelijk wordt voor goede risico's. Op die manier blijven alleen de slechtste risico's over en zal de verzekering niet meer tegen een betaalbare premie kunnen worden aangeboden. Antiselectie kan op deze manier uiteindelijk leiden tot onverzekerbaarheid als er in een bepaalde markt in het geheel geen verzekeringsdekking meer zou kunnen worden geboden.¹⁶⁰

Er is wel betoogd dat verplichte verzekering het risico van antiselectie wegneemt, net als first party-verzekering. In dat laatste geval verzekert de verzekeraar het risico dat zijn eigen verzekerde loopt. Het informatieprobleem dat aan de basis van het fenomeen van antiselectie ligt, speelt dan niet, omdat de verzekeraar beschikt over de informatie van de individuele kenmerken die het risico beïnvloeden. De verzekeraar is in dat geval in staat de premie aan te passen aan de individuele situatie en zal een goede risico- en premiedifferentiatie kunnen maken.¹⁶¹ Bij een verplichte verzekering zal het probleem van antiselectie evenmin spelen omdat zowel de goede als de slechts risico's verzekerd moeten zijn. De invoering van een verplichte verzekering is evenwel ook niet een ideale oplossing. Er is namelijk op gewezen dat een verplichte verzekering neveneffecten kan hebben op het gedrag van verzekerden en verzekeraars. Zo zouden verplichte verzekeringen bij verzekeraars kunnen leiden tot verminderde inspanningen om risicodifferentiatie toe te passen.¹⁶²

Het is bovendien de vraag of het fenomeen van antiselectie niet wordt overschat. Uit empirisch onderzoek lijkt te volgen dat het risico van antiselectie veel kleiner is dan werd verondersteld.¹⁶³ Er zijn zelfs aanwijzingen dat zich eerder een tegenovergesteld probleem voor doet, namelijk dat het juist de brave, risico-averse burgers zijn die een vraag naar verzekering hebben en niet zozeer de slechts risico's, zoals bij antiselectie wordt aangenomen. Dit fenomeen wordt "pro-selectie" genoemd of "*advantageous selection*" of "*propitious selection*."¹⁶⁴ Het is bovendien zeer de vraag of het hiervoor geschetste risico van antiselectie bestaat bij de AVP, met een verzekeringsdichtheid van bijna 100%. Antiselectie speelt niet als de massa groot genoeg is. Het aantal verzekerden is dan zo groot dat ook de personen met een potentieel "gunstige" schadelast tot de verzekerde groep behoren.¹⁶⁵ Ook als wel sprake zou zijn van een reëel risico van antiselectie bij invoering van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet, dan betekent dat nog niet dat sprake is van onverzekerbaarheid. Er zijn immers voldoende mogelijkhe-

¹⁶⁰ Faure & Hartlief 1995, p. 288-289 en p. 301, met verwijzing aldaar naar (rechtseconomische) literatuur; Faure & Van Boom 2013, p. 696.

¹⁶¹ Faure & Hartlief 1995, p. 302.

¹⁶² M.G. Faure & T. Hartlief, 'Verplichte verzekering', in: N. Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink Bundel – Van daden en draden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 223 e.v.; Faure & Van Boom 2013, p. 715-716.

¹⁶³ Faure & Van Boom 2013, p. 696 en p. 717, met verwijzing aldaar naar empirisch onderzoek.

¹⁶⁴ Faure & Van Boom 2013, p. 696 en p. 717, met verwijzing naar empirisch onderzoek van o.a.: D. Hemenway, 'Propitious Selection', *The Quarterly Journal of Economics*, 1990, p. 1063-1069; P.-A. Chiappori & B. Salanie, 'Testing for Asymmetric Information in Insurance Markets', *The Journal of Political Economy* 2000, 56 e.v.; J.G. Eisenhauer, 'Risk Aversion and the Willingness to Pay for Insurance: A Cautionary Discussion of Adverse Selection', *Risk Management & Insurance Review* 2004, p. 167-175.

¹⁶⁵ Om die reden kan het fenomeen van antiselectie voor de verzekerbaarheid van overstromingsrisico's wel een bedreiging vormen. Zie: S.C. van Dijke, 'De overstromingsverzekering in Nederland', in: W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 250-251.

den om het risico van antiselectie te verkleinen.¹⁶⁶ Daarbij kan inspiratie worden opgedaan in de landen waar de niet-tegenwerpelijkheid van opzet in de algemene aansprakelijkheidsverzekering al is aanvaard.

5.3.11. Ondermijning preventieve werking aansprakelijkheidsregels

Op het systeem van de WAM is vanuit de rechtseconomie het kritische standpunt ingenomen dat “wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht die hoofdzakelijk geïnspireerd zijn door de zorg ‘vergoeding’ te garanderen aan ‘zwakke’ (want bijzonder kwetsbare) verkeersdeelnemers het risico [lopen] ongewenste effecten teweeg te brengen.” Dat ongewenste effect zou erin schuilen dat een (min of meer) “automatische vergoeding van schade leidt tot een verwaarlozing van de preventiedoelstelling van het aansprakelijkheidsrecht.”¹⁶⁷ Neemt verzekering niet de prikkel weg om geen schade te veroorzaken, als de verzekerde weet dat de benadeelde door zijn verzekering schadeloos wordt gesteld?

Deze kritiek snijdt een belangrijk thema aan, dat gerelateerd is aan het vraagstuk van het moreel risico (par. 5.3.8). Ik meen dat de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering eerder bijdraagt aan de preventie, dan dat het deze ondermijnt. Ten eerste ziet het rechts-economische argument er aan voorbij dat het bij de WAM niet gaat om een wijziging van het aansprakelijkheidsrecht. Dat is evenmin het geval bij het onderhavige onderzoek naar de mogelijkheid de instrumenten die de WAM het verkeersslachtoffer biedt, uit te breiden naar slachtoffers van misdrijven met personenschade. Het aansprakelijkheidsrecht blijft ongewijzigd.¹⁶⁸ De vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de plegger van het strafbare feit wordt (onveranderd) beantwoord aan de hand van art. 6:162 BW. Slechts de mogelijkheden tot het nemen van snel en efficiënt schadeverhaal worden verbeterd.

Daarnaast ziet deze kritiek eraan voorbij dat het vaststellen van de aansprakelijkheid een voorwaarde is voor het doen van een uitkering op grond van de aansprakelijkheidsverzekering. Van een ‘automatische’ vergoeding, zoals het geval is in een ‘no fault-systeem’, is geen sprake.¹⁶⁹

Bovendien kan worden betwijfeld of het bieden van dekking onder een aansprakelijkheidsverzekering daadwerkelijk een ongunstig effect heeft op de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. De praktijk laat zien dat eerder het ontbreken van (een) verzeke-

¹⁶⁶ Zo wijzen Faure en Hartlief er in het kader van het risico van antiselectie erop dat het lijkt dat “het oordeel van de verzekeraars over “verzekerbareid” door de overheid voor zoete koek [wordt] geslikt”, M.G. Faure en T. Hartlief, ‘Vergoeding van rampschade’, in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 169. Zie over de mogelijkheden het risico van antiselectie door premiedifferentiatie in te perken ook: Faure & Hartlief 1995, p. 316-321.

¹⁶⁷ R. van den Bergh, ‘Automatische vergoeding van schade geleden door zwakke verkeersdeelnemers: een rechtseconomische kritiek’, in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998, p. 27.

¹⁶⁸ Vgl. A.R. Bloembergen, ‘De invloed van verzekeringen’, in: B. Weissmann e.a. (red.), *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 450.

¹⁶⁹ Vgl. over het nut en de werking van de aansprakelijkheidsverzekering: J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, *Onderzoek No-Fault compensatiesysteem, reeks evaluatie regelgeving deel 13*, Den Haag: ZonMw 2002, p. 53-56.

ring(sdekking) er juist toe leidt dat prikkels in het kader van preventie achterwege blijven. Slachtoffers spreken de schadeveroorzaker niet aan omdat deze geen verhaal biedt, of omdat de proces- en incassolast financieel en emotioneel te zwaar op hen drukt.¹⁷⁰ Zij plegen in geval van een misdrijf evenmin diens verzekeraar aan te spreken omdat zij anticiperen op een beroep op de opzetclausule. Het achterwege blijven van claims leidt tot het uitblijven van prikkels en een verminderde preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁷¹ Datzelfde geldt voor een onvolledige schadevergoeding.¹⁷² Een aansprakelijkheidsverzekering kan in het kader van preventie juist een positieve invloed hebben nu de verzekering er, in de woorden van Hartlief, juist voor zorgt dat het aansprakelijkheidsrecht zijn functie vervult omdat zij “zorgt voor solven- te ‘daders’ en daarmee ook voor claims.”¹⁷³ “Zonder claims”, aldus Hartlief, “kan het aansprake- lijkheidsrecht zijn functies niet vervullen. Zolang reële claims verborgen blijven zal een deel van het positieve effect (preventie, vergoeding, genoegdoening) uitblijven.”¹⁷⁴ Zie in dat verband ook Du Perron die van mening is dat een stelsel waarin slachtoffers van misdrijven de aanspra- kelijkheidsverzekeraar moeten kunnen aanspreken, “vanuit preventief oogpunt wenselijk zou kunnen zijn.”¹⁷⁵ Zie in dezelfde zin Drion, die in 1955 ook de vraag heeft opgeworpen of de aan- sprakelijkheidsverzekering de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht ondermijnt:

“Als het een van de motieven van de aansprakelijkheid voor schade is, om de mensen er toe te brengen zo weinig mogelijk schade te veroorzaken, is het dan niet evident dat men met het verzekeren van de schade, en zeker met het verzekeren van de aansprakelijkheid, de heilzame werking van de aansprakelijkheidsregels ondermijnt?”¹⁷⁶

Drion beantwoordde deze vraag ontkennend:

“De betrekkelijke insolventie van het merendeel der mensheid ondermijnt in ernstiger mate het preventieve karakter van het aansprakelijkheidsrecht dan de wettelijke aansprakelijkheids- verzekering dat doet.”¹⁷⁷

Deze these is omarmd door auteurs die vanuit rechtseconomisch perspectief hebben gekeken naar de invloed van verzekering op het aansprakelijkheidsrecht. Zo heeft Faure beredeneerd dat insolventie, waarvan in zijn woorden sprake is “zodra de schade hoger is dan het individuele

¹⁷⁰ Wansink 1992a, p. 16.

¹⁷¹ J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en welzijn’, in: J.M. Barendrecht e.a., *Kring van aansprakelijken bij massaschade*. Inlei- dingen gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002, Den Haag: Koninklijke Vermande 2012, p. 6.

¹⁷² Visscher 2008, p. 195.

¹⁷³ T. Hartlief, ‘Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht,’ *AV&S* 2000, p. 93, met verwij- zing naar Drion 1955, p. 9-10. De bijdrage van Hartlief is identiek aan de bijdrage die onder dezelfde titel is verschenen in T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 373-395; Hartlief 2003b, p. 239; Hart- lief 2003a, p. 10.

¹⁷⁴ Hartlief 2003b, p. 244.

¹⁷⁵ Du Perron 2003, p. 116. Zie ook: T. Hartlief, ‘Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten’, *NTBR* 2003-2, p. 79.

¹⁷⁶ Drion 1955, p. 9-10.

¹⁷⁷ Drion 1955, p. 9-10.

vermogen van de schadeveroorzaker”, met “ondercompensatie’ van het slachtoffer tot gevolg, juist bijdraagt aan een ondermijning van de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels. De aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering, en dat geldt te meer voor een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, draagt juist bij aan de preventie.¹⁷⁸ Ook Mackaay is vanuit economisch perspectief tot diezelfde conclusie gekomen: onvolledige schadevergoeding zal de preventieve druk van het recht doen verflauwen.¹⁷⁹

Ten slotte ligt aan de veronderstelling dat het bieden van verzekeringsdekking de preventieve werking van de aansprakelijkheidsregels kan ondermijnen, de gedachte ten grondslag dat daadwerkelijk dekking wordt geboden. Daarvan is bij betaling aan het slachtoffer op grond van het verweermiddelenverbod geen sprake. Dit verbod geldt namelijk uitsluitend in de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde. In de verhouding tot de verzekerde staat het de verzekeraar vrij om alle verweermiddelen te gebruiken die voortvloeien uit de tussen hen bestaande rechtsverhouding. De verzekeraar heeft bovendien een verhaalsrecht op de aansprakelijke verzekerde, zodat deze laatste de preventieve prikkel van het aansprakelijkheidsrecht en van de polisbepalingen, indien het verhaalsrecht daadwerkelijk wordt uitgeoefend, wel degelijk zal voelen.¹⁸⁰ Het morele risico dat gepaard gaat met een aansprakelijkheidsverzekering, kan op deze manier worden gecontroleerd.¹⁸¹

5.3.12. Ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen groepen slachtoffers?

“All victims are equal, but some victims are more equal than others”¹⁸²

Nagegaan dient te worden of een beperking van de verweermogelijkheden tegenover slachtoffers van misdrijven een ongerechtvaardigde ongelijkheid meebrengt ten opzichte van slachtoffers wiens schade niet is ontstaan door een misdrijf. Voorop staat dat het, in de in dit onderzoek centraal staande regeling, alleen gaat om het niet kunnen tegenwerpen aan de benadeelde van een specifiek verweermiddel, namelijk het beroep dat het schadevooral opzettelijk is veroorzaakt en daarmee verwante polisbepalingen zoals de uitsluiting van schade die door misdrijf is ontstaan of schade in verband met het bezit of gebruik van wapens in strijd met de wet. De praktijk leert dat het voornamelijk dit soort verweermiddelen zijn, dat in de weg staat aan een effectieve bescherming van het slachtoffer van een strafbaar feit. Alle andere verweermiddelen blijven tegen te werpen aan het slachtoffer. Het gaat dus niet om een beperking om alle contractuele en wettelijke verweermiddelen tegen te werpen, zoals het Belgische recht voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen kent en zoals is neergelegd in art. 11 WAM.

¹⁷⁸ M.G. Faure, ‘Verplichte verzekering in rechtseconomische perspectief’, in: N. Van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 123-124.

¹⁷⁹ E. Mackaay, ‘Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen’, in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 157. Zo ook Visscher 2008, p. 195.

¹⁸⁰ Hartlief 2003b, p. 241; Hartlief 2003a, p. 12; Barendrecht 2002, p. 7. Zie ook par. 5.3.8.

¹⁸¹ Vgl. ook Faure 2010, p. 124, 126, 131-132.

¹⁸² Vrij naar Orwell, en ontleend aan: F.Th. Kremer, ‘All victims are equal, but some victims are more equal than others’, in: N. Van Tiggele-Van der Velde e.a. (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 307.

Daarbij moet worden bedacht dat door de niet-tegenwerpelijke van opzet het slachtoffer van een misdrijf niet in een betere positie komt te verkeren ten opzichte van slachtoffers van niet opzettelijke schadeveroorzakende gebeurtenissen zoals arbeidsongevallen, medische fouten en verkeersongevallen.¹⁸³ Integendeel, een dergelijke regeling zou een einde maken aan de huidige ongelijkheid tussen slachtoffers van misdrijven (die de facto geen gebruik kunnen maken van de directe actie), en de slachtoffers van andere schadeveroorzakende gebeurtenissen waarvoor een ander aansprakelijk is. Deze laatste groep kan vanwege het ontbreken van opzet wel gebruik maken van de directe actie. Een regeling waarbij de verzekeraar zich jegens het slachtoffer van een misdrijf niet kan beroepen op opzet, leidt dan ook niet tot een bevoorrechte positie van slachtoffers van strafbare feiten ten opzichte van de groep slachtoffers wiens schade op niet-opzettelijke wijze is ontstaan.

Hiervoor kwam al aan de orde dat het verweermiddelenverbod beperkt zou moeten blijven tot misdrijven waarbij schade wegens letsel en overlijden is opgetreden. Dat betekent dat slachtoffers indien en voor zover zij andersoortige schade hebben geleden, het beroep op opzet wel tegengeworpen kunnen krijgen. Een dergelijke beperking van het verweermiddelenverbod sluit aan bij de huidige regeling van art. 7:954 BW, waarin is bepaald dat de directe actie alleen openstaat voor benadeelden met schade wegens letsel en overlijden. Deze beperking is steeds gemotiveerd door erop te wijzen dat personenschade een van de meest ernstige schades is, die inbreuk maken op de meest fundamentele rechten van mensen. Het is om die reden dat de wetgever het opportuun vond deze groep een grotere bescherming te bieden. Diezelfde redenering gaat op voor het verweermiddelenverbod.

Door de beperking van het verweermiddelenverbod tot schade wegens letsel en overlijden, en tot alleen een beroep op opzet, wordt ook tegemoetgekomen aan het belang van verzekeraars. De risico's blijven hiermee beperkt, zijn van tevoren te calculeren en zijn redelijk homogeen. In dat verband is van belang dat bij de parlementaire behandeling van de directe actie is gewezen op het gegeven dat schadeclaims wegens letsel en overlijden een klein gedeelte uitmaken van de totale omvang aan schadeclaims. De omvang van zaakschade en zuivere vermogensschade zou veel groter zijn. Dat de directe actie is beperkt tot personenschade, werd dan ook gezien als een resultaat van onderhandeling tussen de wetgever en de verzekeraarslobby.

5.3.13. Premieverhoging leidt tot lagere verzekeringsdichtheid?

Een wettelijk verbod tot tegenwerpelijke van opzet aan het slachtoffer, leidt ertoe dat verzekeraars in bepaalde gevallen toch moeten uitkeren, waar zij dat zonder dat verbod niet hadden hoeven doen. Dit risico is voor verzekeraars in beginsel calculeerbaar en zal niet snel de verzekerbaarheid in gevaar brengen. Wel ligt het voor de hand dat de niet-tegenwerpelijke van opzet tot een aanpassing van de premie zal leiden. Of dat zo is, en in welke mate, hangt af van veel omstandigheden. Het is ten eerste de vraag of de niet-tegenwerpelijke van opzet

¹⁸³ Ook in deze categorieën kan weliswaar schade opzettelijk veroorzaakt worden. In die gevallen zal tevens sprake zijn van een strafbaar feit, zodat het hier onderzochte verbod op de tegenwerpelijke van opzet in die situatie ook geldt voor het slachtoffer van een opzettelijk veroorzaakt arbeidsongeval of een medische misser.

leidt tot een dusdanige stijging van de schade(last) dat dit consequenties heeft voor de premie van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Het begrip ‘schadelast’ omvat niet alleen de schade zelf (datgene wat verzekeraars moeten vergoeden aan slachtoffers), maar ook wat de schade “kost”. Daarbij valt te denken aan de afwikkelingskosten en de kosten die samenhangen met de noodzakelijke reserveringen voor openstaande schaden.¹⁸⁴ Eén van de omstandigheden die mede bepaalt of een stijging van de premie noodzakelijk is, is de verhouding tussen het premievolume en het deel van de premie dat “opgaat” aan schade. In dat verband is van belang dat de omzet in de markt van de aansprakelijkheidsverzekeringen in 2015 licht gegroeid is ten opzichte van het jaar ervoor en dat ook het resultaat is gestegen.¹⁸⁵ Over de periode 2008-2015 is het resultaat van de aansprakelijkheidsverzekeringen redelijk stabiel gebleven, en in 2015 zelfs licht gegroeid.¹⁸⁶ Het aantal AVP-polissen bedroeg in 2014 5,9 miljoen. Dat is evenveel als in 2012 en 2013.¹⁸⁷ Vanwege de hoge verzekeringsdichtheid kent de AVP al sinds lang een groot premievolume.¹⁸⁸ Bovendien is het interessant te kijken naar het deel dat de schade bij de AVP uitmaakt van de premie. Het verdient nader onderzoek actuele cijfers daaromtrent te verzamelen. Wel bekend is dat dit percentage in de jaren ’90 vrij stabiel was en uitkwam rond 55%.¹⁸⁹ Dit percentage was destijds veel lager dan bij Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven, waar de schade in 1983 82% van de premie bedroeg.¹⁹⁰ Bij de Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen bedroeg dit percentage 89% in 1993.¹⁹¹ Op grond van het voorgaande is het maar de vraag of een premieverhoging onvermijdelijk is. Een soortgelijke discussie is gevoerd bij de totstandkoming van de WAM waar kritisch verweer is gevoerd tegen het argument dat bepaalde aspecten van de WAM tot een (onaanvaardbare) premieverhoging zouden leiden.¹⁹²

Indien en voor zover een premieverhoging onvermijdelijk is dan is de vraag of dit leidt tot een lagere verzekeringsdichtheid. Gelet op de bescheiden premiestelling op dit moment, zal een verhoging van de premie naar verwachting niet leiden tot een significante daling van het aantal huishoudens dat beschikt over een AVP. De gemiddelde jaarpremie voor een AVP-polis bedroeg in 2014 een bedrag van € 42,-.¹⁹³ Als het gaat om particuliere schadeverzekeringen, is de AVP-verzekering veruit de goedkoopste verzekering, waarvan de premies in de periode 2008-2011 zijn gedaald naar een bedrag van € 40,- in 2010 en 2011.¹⁹⁴ In 2012 bedroeg de premie € 41,- en in 2013 en 2014 bedroeg deze € 42,-. Cijfers over de premie in 2015 en 2016

¹⁸⁴ Gregorius 1994, p. 43-51.

¹⁸⁵ Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2015, p. 23.

¹⁸⁶ Zo blijkt uit een rapport van KPMG, *Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015*, KPMG, november 2015, p. 1.

¹⁸⁷ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 46.

¹⁸⁸ Zie voor het relatief grote premievolume bij de AVP over de jaren 1984 tot en met 1993: Gregorius 1994, p. 42.

¹⁸⁹ Gregorius 1994, p. 43.

¹⁹⁰ Gregorius 1994, p. 41.

¹⁹¹ Gregorius 1994, p. 40.

¹⁹² *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2221 en 2225.

¹⁹³ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 47; *Verzekerd van cijfers* 2015, p. 45.

¹⁹⁴ Kremer 2016, p. 316, onder verwijzing naar de conclusie van Spier (alinea’s 3.10-3.12) onder HR 10 juli 2015, *NJ* 2016, 26, m.nt. MMM; *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 47.

zijn nog niet bekend.¹⁹⁵ De AVP wordt op afstand gevolgd door de doorlopende reisverzekering met een gemiddelde jaarpremie van € 75,-.¹⁹⁶ Ter vergelijking: in België bedroeg de premie voor een particuliere aansprakelijkheidsverzekering (“BA-Privéleven of familiale verzekering”) in 2014 gemiddeld € 70,- inclusief belasting en rechtsbijstand.¹⁹⁷

Volgens de klassieke verzekeringstheorie zullen degenen die een afkeer van risico hebben (risico-avers zijn) zich willen blijven verzekeren tegen mogelijke materiële verliezen, zolang de premie gelijk is aan of niet al te veel hoger is dan het verwachte verlies.¹⁹⁸ Bij de AVP is dat laatste zeker het geval. Naast de mate van risico-aversie en de hoogte van de premie, zijn ook andere factoren relevant bij het nemen van de beslissing om een (aansprakelijkheids)verzekering te sluiten. Daarbij valt te denken aan informatie over de risico’s en de mate van verzekeraarbaarheid, alsmede de vraag in hoeverre men zelf in staat is de financiële gevolgen van een misdrijf te dragen. Ook de vraag of de schade al deels is gedekt door sociale voorzieningen (zoals het sociale zekerheidsrecht of een publiek schadefonds) zal medebepalend zijn voor het al dan niet aangaan van een verzekeringsovereenkomst.¹⁹⁹ Uit de omstandigheid dat de verzekeringsdichtheid van de AVP al geruime tijd zeer hoog is (zie par. 2.7), kan worden afgeleid dat het uitgangspunt dat een aansprakelijkheidsverzekering onmisbaar is maatschappelijk breed gedragen wordt. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat die onderkenning bij een hogere premie zal verdwijnen. Het standpunt dat een geringe premieverhoging per jaar niet leidt tot een substantieel lagere verzekeringsdichtheid, wordt verder ondersteund door de bevindingen van een interviewonderzoek onder zes verzekeraars in verband met het initiatiefwetsvoorstel tot verruiming van de risicoaansprakelijkheid van ouders voor hun minderjarige kinderen (art. 6:169 BW).²⁰⁰ Dit initiatiefwetsvoorstel is inmiddels in de Eerste Kamer verworpen.²⁰¹ De voorgestelde verruiming zag erop dat ouders niet alleen risicoaansprakelijk zijn voor hun kinderen tot hun veertiende levensjaar, maar tot aan hun meerderjarigheid. Het doel van de voorgestelde wijziging was een verruiming van de verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers van jeugdcriminaliteit.²⁰² Uit het interview bleek dat de geïnterviewde verzekeraars weliswaar verwachtten dat de door het initiatiefwetsvoorstel beoogde verruimde verzekerde risico een premieverhoging tot gevolg zou hebben, maar dat deze slechts minimale gevolgen zou hebben voor de verzekeringsdichtheid.²⁰³ Wel werd in het interview vanuit verzekeraars aan de orde gesteld dat men het onwenselijk vindt dat alle verzekerden mee moeten betalen aan de schade die is ver-

¹⁹⁵ In het meeste recente cijfermateriaal van *Verzekerd van cijfers* 2016, zijn de premies tot en met 2014 opgenomen (p. 47).

¹⁹⁶ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 47.

¹⁹⁷ Van Schoubroeck 2014, p. 77, onder verwijzing (in noot 7) naar een persbericht van 4 februari 2014 en www.assuralia.be.

¹⁹⁸ G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, ‘Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers’, *NJB* 2005 (37), p. 1934-1936. Zie ook dezelfde publicatie in uitgebreidere vorm: www.medialedenuniv.nl. Zie verder: B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer, 2001, hoofdstuk 9; Faure & Van Boom 2013, p. 695.

¹⁹⁹ T. Vanden Borre, *Efficiënte preventie en compensatie van catastroferisico’s. Het voorbeeld van schade door kernongevallen* (diss. Maastricht), Antwerpen-Groningen: Intersentia 2001, p. 714.

²⁰⁰ Verheijden 2013, p. 142-145.

²⁰¹ *Handelingen I* 2014/15, 30519, item 6.

²⁰² *Kamerstukken II* 2005/06, 30519, nr. 3, p. 1-3 (MvT).

²⁰³ Verheijden 2013, p. 144-145.

oorzaakt door crimineel gedrag van de ‘slechte’ ouders.²⁰⁴ Dat roept een andere vraag op, namelijk of de aanwezigheid van niet identieke morele risico’s in de groep een bedreiging kan vormen voor de verzekeringsdichtheid van de AVP. Die vraag wordt geadresseerd in de volgende paragraaf.

5.3.14. Niet identieke morele risico’s leiden tot lagere verzekeringsdichtheid?

Bij afwikkeling van schade via een aansprakelijkheidsverzekering wordt de schade niet verplaatst van de een naar de ander, maar wordt de schade verspreid over een premie-betalende groep gedurende een langere tijd.²⁰⁵ Een belangrijk verschil tussen het verkeersrisico dat onder de WAM is gedekt en het risico van een misdrijf dat onder de algemene aansprakelijkheidsverzekering valt, is dat in beginsel iedere persoon die op de één of andere manier aan het verkeer deelneemt, het risico loopt dat hij met zijn motorvoertuig schade (aan een ander) veroorzaakt of dat hij schade lijdt. Bij deelneming aan het verkeer is de ene kwaliteit, die van schadeveroorzaker, evenzeer in ieder aanwezig als de kwaliteit van benadeelde. Zo kan iedere weggebruiker “vandaag tot de gelukkigen en morgen tot de geslagenen behoren.”²⁰⁶ Bij misdrijf werkt het vaak één kant op. De “gemiddelde” burger beschouwt zichzelf niet als pleger van een misdrijf, terwijl de gemiddelde burger wel zal onderkennen dat hij op enig moment een verkeersongeval zal kunnen veroorzaken. De kans dat iemand in het verkeer met zijn motorvoertuig schade berekent aan een ander is groter dan de kans dat diegene door middel van een opzettelijk gepleegd misdrijf schade toebrengt aan een ander. Het afwentelen van dit risico via de aansprakelijkheidsverzekeraars op het collectief kan ten koste gaan van het gevoel van loyaliteit (“ik ga niet betalen voor de misdrijven van een ander”) en kan uiteindelijk leiden tot een verminderde bereidheid tot het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering en daarmee tot een lagere verzekeringsdichtheid. Dat kan weer gevolgen hebben voor andere slachtoffers dan slachtoffers van misdrijven omdat de kans dan groter wordt dat men een onverzekerde aansprakelijke partij treft. De benadeelde is dan voor de vergoeding van zijn schade afhankelijk van het inkomen of vermogen van de aansprakelijke persoon. Of de aanwezigheid van niet-identieke morele risico’s in de groep daadwerkelijk tot gevolg heeft dat minder mensen een aansprakelijkheidsverzekering sluiten, is echter de vraag. Voorop staat dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de strafrechtelijke repercussies zoals een boete, en de civielrechtelijke gevolgen van een misdrijf voor een slachtoffer. De strafrechtelijke sanctie wordt niet over het collectief gespreid. Dit geldt alleen voor de schade die aan het slachtoffer is toegebracht.²⁰⁷ Daarnaast zal de gemiddelde verzekeringnemer zich realiseren dat ook hij het risico loopt op enig moment slachtoffer te worden van een misdrijf, en dat ook hij dan kan profiteren van een regeling die het mogelijk maakt dat zijn schade wordt vergoed door de verzekeraar van de dader. In zoverre geldt een soortgelijke “pechvogel/geluksvogel-solidariteit”²⁰⁸ als hiervoor aan de orde kwam bij de WAM-

²⁰⁴ Verheijden 2013, p. 145.

²⁰⁵ Hartlief & Tjittes 1999, p. 6, met verwijzingen in noot 34.

²⁰⁶ Aldus de heer Niers in het kader van de beraadslaging over de WAM: Handelingen I 1962/63, 6342, p. 2332.

²⁰⁷ Zie voor dit onderscheid: J.L. Coleman, *Risks and wrongs*, Oxford: University Press 1992, p. 207.

²⁰⁸ Deze term is ontleend aan: Gregorius 1994, p. 52.

verzekering. Deze solidariteit, waar aansprakelijkheidsverzekeringen op berusten, moet worden onderscheiden van de solidariteit die een rol speelt bij zorgverzekeringen waar iedereen dezelfde premie betaalt ongeacht zijn leeftijd. Dan is er in feite sprake van “financiële overdrachten van de jongeren aan de ouderen.”²⁰⁹

Daarnaast zullen mensen, zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam, zich bij het afsluiten van een verzekeringsproduct in het algemeen door meerdere motieven laten leiden, waarvan het eigen belang er één is. Het uitgangspunt blijft immers dat risico-averse personen zich willen verzekeren tegen mogelijke materiële verliezen, zolang de premie gelijk is aan of niet al te veel hoger is dan het verwachte verlies.²¹⁰ Omdat het beschikken over een aansprakelijkheidsverzekering van groot belang is voor de bescherming van het eigen vermogen, in combinatie met de relatief lage premie van gemiddeld € 42,- per jaar²¹¹, is de veronderstelling gerechtvaardigd dat de verzekeringsdichtheid niet substantieel zal verminderen door de verschillende morele risico's binnen de groep. Bovendien kan een premiedifferentiatie binnen de groep van verzekerden aan dit probleem enigszins tegemoet komen.²¹²

Op meer principieel niveau is de vraag of het heel bezwaarlijk is dat de een meebetalt aan de risico's van een ander. Spreiding via een collectief heeft altijd tot gevolg dat de 'goede' risico's meebetalen aan de 'slechte' risico's. Ook in het huidige systeem, waarin een deel van de misdrijfschade wordt vergoed via de overheid (door middel van de voorschotregeling en het Schadefonds Geweldsmisdrijven) betaalt het 'goede' deel van de bevolking via belastingen mee aan de criminele gedragingen van het 'slechte' deel. Ook bij de totstandkoming van de WAM is de vraag opgeworpen hoe gerechtvaardigd het is dat degenen die geen schade berokkenen en keurig leven, bijdragen aan schade die veroorzaakt is door bestuurders die het minder nauw nemen met de verkeersregels. Concreet werd met betrekking tot de bijdrage van automobilisten aan het Waarborgfonds via de premie, de vraag opgeworpen welke rechtsgrond de overheid heeft om “bona fide, consciëntieuze, ernstige autorijders te belasten met een indirecte bijdrage aan het fonds ter wille van bromnozems en de wilde autorijders?”²¹³ De toenmalige Minister van Justitie Beerman heeft daarop geantwoord dat de figuur dat men moet bijdragen voor bijzondere omstandigheden waarin een ander verkeert, reeds bekend is in onze wetgeving, in het bijzonder de sociale wetgeving. Hij heeft een vergelijking gemaakt met de kinderbijslag: “De rechtsgrond van dit fonds is, dat van de automobielgebruikers een bijdrage wordt geheven i.v.m. het ongeluk, dat een ander lijdt als gevolg van het motorische verkeer. Die rechtsgrond is dan naar mijn mening dezelfde als die voor de kinderbijslag, waarbij men een bijdrage verlangt in het geluk van een ander. Hier is het een bijdrage in het ongeluk.”²¹⁴

²⁰⁹ Gregorius 1994, p. 52.

²¹⁰ Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 9. De verkorte versie van deze publicatie is opgemomen in *NJB* 2005 (37), p. 1934-1936; Van Velthoven & Van Wijck 2001, hoofdstuk 9.

²¹¹ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 47.

²¹² Verheijden 2013, p. 145.

²¹³ *Handelingen II* 1962/63, 6432, p. 2237.

²¹⁴ *Handelingen II* 1962/63, 6432, p. 2237.

5.3.15. Slechte toegankelijkheid AVP voor risicogroepen

Een van de mogelijke bezwaren tegen een wettelijk verweermiddelenverbod is dat de toegankelijkheid tot de aansprakelijkheidsverzekering verslechtert voor personen met een hoge schadelast vanwege strafrechtelijke veroordelingen. Die mogelijke verslechtering heeft als oorzaak dat verzekeraars in toenemende mate een risicoselectie toepassen waardoor risico's in kleinere groepen dan voorheen bij elkaar worden geplaatst zodat tariefdifferentiatie kan worden toegepast. Dit kan ertoe leiden dat 'slechte' risico's hoge premies moeten betalen of vanwege een hoge schadelast in het verleden of vanwege een strafrechtelijk verleden helemaal niet meer geaccepteerd worden.²¹⁵ Zo biedt art. 7:928 lid 5 BW de mogelijkheid voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst het morele risico te beoordelen door te vragen naar feiten omtrent het strafrechtelijk verleden van de aspirant verzekerde voor zover zij zijn voorgevallen binnen acht jaar voorafgaand aan het sluiten van de verzekering.²¹⁶

Een slechte toegankelijkheid tot de AVP is onwenselijk gelet op de maatschappelijke functie die deze verzekering heeft. Wansink signaleert terecht dat de sociale functie van verzekering meebrengt dat van "verzekeraars wordt verlangd dat het daarin besloten afwentelingsmechanisme zoveel mogelijk ook de minder goede risico's verzekeraar maakt en houdt."²¹⁷ Hij signaleert ook terecht dat er geen recht op verzekering bestaat.²¹⁸ Gelet op de contractsvrijheid staat het verzekeraars vrij bepaalde risico's of bepaalde aspirant verzekerden te weigeren. De vraag laat zich dan ook stellen of een eventuele verslechterde toegankelijkheid bij particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen moet leiden tot een wettelijke acceptatieplicht, zoals die geldt in het kader van de Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekering, of dat er andere oplossingen denkbaar zijn. Om begrijpelijke redenen is de overheid terughoudend met de invoering van een wettelijke acceptatieplicht. Een dergelijke plicht grijpt immers diep in op het beginsel van contractvrijheid op grond waarvan de verzekeraar vrij is om te bepalen of hij een overeenkomst wil aangaan met een aspirant verzekerde. Ook het vrije bedrijfsbeleid van een verzekeraar wordt doorkruist door een acceptatieplicht.²¹⁹ Overigens betekent een acceptatieplicht niet dat er ook een verplichting bestaat tot het continueren van de verzekeringsovereenkomst. Ook na acceptatie kan de verzekeringsovereenkomst worden opgezegd na bijvoorbeeld misleiding, verzwijging of indien de verzekerde zijn premie niet betaalt. De betrokkene moet dan opnieuw op zoek naar een verzekeraar die zijn risico wil dekken. In het kader van de parlementaire behandeling van de WAM is gewezen op deze praktijk in Duitsland, waar wel een '*Annahmewang*' met betrekking tot het WAM-risico geldt.

In Nederland is de zorgverzekering een voorbeeld van een verzekering waarvoor een acceptatieplicht geldt. De zorgverzekeraar is verplicht iedereen te accepteren voor de basisziekte-

²¹⁵ Zie uitgebreid over de oorzaken en oplossingen voor onverzekerbaarheid: Houben 2000, p. 294-298.

²¹⁶ Zie ook HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366, m.nt. HB (Afgehakte duim), waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat feiten omtrent het strafrechtelijk verleden voor de verzekeraar relevant kunnen zijn om voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst de betrouwbaarheid van de aspirant-verzekerde te kunnen inschatten.

²¹⁷ Wansink 2003, p. 45 e.v.

²¹⁸ Wansink 2003, p. 45 e.v.

²¹⁹ Wansink 2003, p. 45 e.v.

kostenverzekering, ongeacht leeftijd, geslacht of gezondheidstoestand.²²⁰ De acceptatieplicht bestaat niet voor een aanvullende verzekering. Selectie op medisch risico is niet toegestaan. Het vragen van een hogere premie voor de zorgverzekering aan bijvoorbeeld ouderen of zieken mag ook niet. De achterliggende gedachte bij de acceptatieplicht is dat iedereen recht heeft op toegang tot de gezondheidszorg.²²¹ Ook speelt mee dat de zorgverzekering een wettelijk verplichte verzekering is. Gelet op de ratio van de acceptatieplicht zou deze ook passen bij andere wettelijk verplichte verzekeringen. Aan een dergelijke plicht is immers inherent dat die ook daadwerkelijk door iedereen is af te sluiten. Niettemin geldt in het kader van de, wettelijk verplichte, WAM geen acceptatieplicht. Over het treffen van een wettelijke voorziening voor die gevallen waarin bepaalde gebruikers van motorrijtuigen er niet in zouden slagen een verzekering te sluiten, is in het kader van de totstandkoming in de Eerste en Tweede Kamer wel gedebatteerd.²²² Vooralsnog is niet tot het treffen van een wettelijke voorziening overgegaan, maar heeft men eerst maar eens willen aanzien hoe de WAM in de praktijk zou uitwerken. De gedachte was namelijk dat verzekeraars zouden trachten een oplossing te vinden voor het verschaffen van dekking aan degenen die er niet in zouden kunnen slagen hun risico ergens onder te brengen.²²³ Die veronderstelling werd gevoed door ervaringen in onder meer België, Frankrijk en Zwitserland. In deze landen bestond destijds ook geen acceptatieplicht met betrekking tot het WAM-risico, maar hebben de verzekeraars onderling een oplossing bereikt. In België hebben verzekeraars een 'poolsysteem' uitgewerkt voor risico's en verzekerden die niet via de reguliere kanalen dekking kunnen vinden. In Frankrijk is een '*bureau central de tarification*' opgericht dat na onderzoek van de concrete omstandigheden de voorwaarden vaststelt waaronder de betrokkene moet worden aanvaard door de daarvoor in aanmerking komende verzekeringsmaatschappijen. In Zwitserland heeft men de onderlinge afspraak gemaakt dat de laatste verzekeringsmaatschappij de verzekerde moet terugnemen, zij het op aangepaste voorwaarden.²²⁴ Tijdens het debat in het Nederlandse parlement over de WAM heeft men een vergelijking getrokken met het levensverzekeringsbedrijf, waar levensverzekeringsmaatschappijen een 'pool' hebben gevormd ("de Hoop"), waar de verzwaarde risico's konden worden gedekt tegen een verhoogde maar niet prohibitieve premie.²²⁵ De gedachte achter een pool is dat deze berust op risicodifferentiatie en anderzijds op een breder draagvlak. Mocht de pool verliesgevend zijn, dan drukt het verlies op alle pooldeelnemers. De wetgever heeft erop gewezen dat in deze gevallen van poolvorming voor lastig verzekerbare risico's een hogere premie gerechtvaardigd zou zijn omdat daarmee wordt voorkomen dat de normaal voorzichtige gebruikers van motorrijtuigen gaan meebetalen aan "het extra-risico dat door riskante rijders geschapen wordt."²²⁶

²²⁰ Art. 3 Zorgverzekeringswet. Voorheen was dit geregeld in de Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekeringen.

²²¹ Houben 2000, p. 291.

²²² *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 7 (VV II); *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 6 (MvA II); *Kamerstukken I* 1962/63, nr. 95a, p.2 (EV I); *Handelingen I* 1962/63, 6342, p. 2330-2332.

²²³ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 7 (VV II); *Kamerstukken II* 1962-1963, 6342, nr. 6, p. 6 (MvA II); *Kamerstukken I* 1962/63, nr. 95a, p.2 (EV I).

²²⁴ *Handelingen I* 1962/63, 6342, p. 2336-2337.

²²⁵ *Handelingen I* 1962/63, 6342, p. 2330.

²²⁶ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 7 (VV II).

De gedachte dat verzekeraars zelf met een oplossing zouden komen voor “onverzekerbare” gevallen, bleek juist. Verzekeraars hebben in 1966 een pool opgezet, aanvankelijk onder de naam Terminus, waarin voor gezamenlijke rekening verzekeringen werden aangeboden voor de automobilisten wiens risico gelet op hun schadeverleden bij de reguliere verzekeraars geen dekking meer kunnen krijgen. Sinds 1988 is de naam Terminus gewijzigd in “Rialto Verzekeringen” en heet sinds 2016 “De Vereende Verzekeringen” (hierna: De Vereende). Het bereik van deze pool is niet meer beperkt tot autoverzekeringen. De Vereende biedt (her)verzekeringso oplossingen op een breed vlak. Zo wordt dekking geboden tegen de gevolgen van voetbalvandalisme.²²⁷ Ook aspirant-verzekerden die bij een reguliere verzekeringsmaatschappij niet worden geaccepteerd vanwege een strafrechtelijk verleden of een minder gunstig verzekeringsverleden, kunnen bij De Vereende terecht.²²⁸ De markt heeft dus al een oplossing gevonden voor risico’s waarvoor in het reguliere verzekeringscircuit geen verzekeringsdekking meer gevonden kan worden. In dit verband kan ook worden gewezen op de pool die levensverzekeringsmaatschappijen kennen voor de zwaardere risico’s, levensverzekeringsmaatschappij De Hoop.²²⁹

Ten slotte kan in dit verband worden gewezen op hetgeen ook van de private verzekeringsbranche kan worden gevraagd in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Wansink heeft in dat kader overwogen dat “juist als de verzekeraarbaarheid van ‘het maatschappelijk noodzakelijke’ aan de orde is, van het particuliere verzekeringsbedrijf een uiterste inspanning mag worden verlangd om die verzekeraarbaarheid – voor zover verantwoord met behulp van subsidiërende solidariteit – op de private markt in stand te houden.” Daartoe behoort volgens hem ook “bij wijze van collectieve oplossing zelfregulering.” Hij voegt daaraan toe dat het “voorts niet onredelijk [lijkt] dat particuliere verzekeraars een deel van het rendement op de geprivatiseerde omzet laten terugvloeien ter financiering van vangnetconstructies voor individueel onverzekerbare risico’s.”²³⁰

5.3.16. Eigen schuld slachtoffer

Een vraag die zich laat stellen, is hoe een (beperkt) verweermiddelenverbod zich verhoudt tot de ‘eigen schuld’ van het slachtoffer. Indien het ontstaan van de schade niet alleen aan de dader kan worden toegerekend, maar ook kan worden toegerekend aan omstandigheden die voor risico van het slachtoffer komen, kan de vraag rijzen of het verweermiddelenverbod ook in die situaties zou moeten gelden. Ik meen van wel. Dogmatisch gezien speelt de eigen bijdrage van de benadeelde aan het ontstaan van de schade geen (primaire) rol bij de vaststelling van de aansprakelijkheid, maar bij het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Dit volgt ook uit de plaats van het “eigen schuld” artikel (art. 6:101 BW) in afdeling 6.1.10 BW, die ziet op de omvang van de schadevergoedingsplicht. In zoverre vertaalt de eigen bijdrage van

²²⁷ ‘Onverzekeraar? Daar is Rialto nog niet zo zeker van’, *Beursbengel* 2013, p. 10-11.

²²⁸ Zie de website van De Vereende: <https://verzekeren.vereeende.nl/> en de website van probleemverzekering.nl: <https://probleemverzekering.nl/de-vereeende>

²²⁹ Zie de website van De Hoop: www.dehoopleven.nl

²³⁰ Wansink 2003, p. 45 e.v..

het slachtoffer aan zijn schade zich in een neerwaartse bijstelling van de schadevergoedingsplicht van de (verzekeraar van de) dader. Deze plaats van eigen schuld in het systeem van de wet (namelijk “achteraan”, bij het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht), brengt mijns inziens mee dat eigen schuld niet in de weg behoort te staan aan de vraag of een slachtoffer het wettelijk instrumentarium kan benutten dat hem jegens de verzekeraar van de dader ter beschikking staat. Aanwezigheid van eigen schuld staat immers ook niet in de weg aan de uitoefening van de directe actie van het slachtoffer op grond van art. 7:954 BW. Ook art. 6 en art. 11 WAM gelden onverkort als er sprake is van eigen schuld bij het slachtoffer.

5.4. Beschouwing

De opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen brengt mee dat slachtoffers van misdrijven geen gebruik kunnen maken van de wettelijke bevoegdheid de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij rechtstreeks aan te spreken tot vergoeding van de schade. Slachtoffers van andere aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenissen, zoals een arbeidsongeval of een medische fout, kunnen dat wel. In het voorgaande hoofdstuk werd duidelijk dat de opzetclausule door verzekeraars en ook regelmatig door rechters ruim wordt uitgelegd, zodat niet alleen de zwaarste vormen van opzet eronder vallen, maar ook de lichtste vorm van opzet (voorwaardelijk opzet). In al die gevallen zullen de slachtoffers met personenschade voor hun vergoeding zijn aangewezen op het strafrechtelijke traject of op het Schadefonds Geweldsmisdrijven, ervan uitgaande dat de schadeveroorzaker zelf geen of onvoldoende verhaal biedt. Zoals toegelicht, zal dit er in veel gevallen toe leiden dat deze groep slachtoffers verstoken blijft van een adequate schadevergoeding. Dit onderstreept het belang van het nadenken over een wettelijke beperking van het beroep op opzet jegens de benadeelde.

In het voorgaande hoofdstuk is een overzicht gegeven van de denkbare morele, juridische en praktische bezwaren die kunnen worden ingebracht tegen een wettelijk verbod voor aansprakelijkheidsverzekeraars om zich jegens slachtoffers van misdrijven erop te beroepen dat de schade is ontstaan door een misdrijf. Geen van deze argumenten staat in de weg aan de invoering van een dergelijk verbod. Dat geldt in het bijzonder voor het moreel-ethische argument dat de niet-tegenwerpelijke van opzet in strijd is met de ongeschreven rechtsregel dat verzekering van opzet niet mogelijk is in verband met de openbare orde en goede zeden. Bij dit argument is het van belang onderscheid te maken tussen de verschillende verhoudingen die bij de aansprakelijkheidsverzekering aan de orde zijn. Er is de verhouding tussen de verzekeraar en de benadeelde. De niet-tegenwerpelijke van opzet ziet uitsluitend op deze verhouding. Het verbod op het tegenwerpen van opzet geldt niet voor de andere verhouding: de verhouding tussen de verzekeraar en zijn verzekerde (de “dekkingsverhouding”). In deze verhouding blijft opzettelijk veroorzaakte schade van dekking uitgesloten. De verzekeraar kan voor hetgeen hij aan het slachtoffer heeft betaald regres nemen op de dader. Om die reden vormt een wettelijk systeem op grond waarvan opzettelijk veroorzaakte schade wordt uitgekeerd aan het slachtoffer en daar tegenover een regresrecht staat van de verzekeraar op de verzekerde, geen uitzondering op de regel dat opzettelijk veroorzaakte schade niet verzekeraar is wegens strijd met

de goede zeden en de openbare orde.²³¹ Ditzelfde geldt voor de WAM. Bij het moreel-ethische aspect dient bovendien te worden bedacht dat private verzekeraars via inboedel-, brand-, diefstal-, en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen al sinds lange tijd een belangrijke rol spelen bij de vergoeding van misdrijfschade.

De conclusie uit het voorgaande is dat een verbod om jegens het slachtoffer een beroep te doen op opzet van de verzekerde, geen uitzondering vormt op de regel dat verzekering van opzettelijk veroorzaakte schade in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.²³² De dader wordt niet gevrijwaard van de financiële gevolgen van zijn misdaad. Op hem blijft de verplichting rusten tot volledige vergoeding van de door hem veroorzaakte schade, zij het dat hij deze verplichting niet (meer) jegens het slachtoffer heeft maar jegens zijn eigen verzekeraar.

²³¹ Van Eijk-Graveland 1999, p. 169-171.

²³² Zie in dezelfde zin: Wansink 2006, p. 274.

6. De verplichte aansprakelijkheidsverzekering nader beschouwd

6.1. Inleiding en definitie

Onder een verplichte verzekering wordt in het kader van dit onderzoek verstaan een verzekering die bij wet in formele of materiële zin is voorgeschreven. Verzekeringsplichten die voortvloeien uit contractuele of aanbestedingsrechtelijke regels vallen dus buiten het bereik van de definitie.¹ De gehoudenheid tot het afsluiten van een verzekering in dit soort gevallen wordt over het algemeen niet beschouwd als een verplichte verzekering, hoewel daarmee een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt.² De vraag is hoe moet worden aangekeken tegen de verzekeringplicht die de Hoge Raad in het kader van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) in het leven heeft geroepen voor werkgevers. De Hoge Raad heeft in 2008 bepaald dat een werkgever handelt in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) indien hij geen adequate verzekering heeft afgesloten voor werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.³ In hetzelfde jaar heeft de Hoge Raad de verzekeringplicht uitgebreid ten behoeve van werknemers die op de fiets of te voet betrokken raken bij een verkeersongeval waarbij een voertuig betrokken is.⁴ Ook voor werknemers op de fiets die tijdens het werk een eenzijdig ongeval krijgen, geldt de verzekeringplicht.⁵ De verzekeringplicht geldt niet voor werknemers die tijdens hun werk als voetganger een eenzijdig ongeval krijgen.⁶

De verplichte verzekering wordt vaak in verband gebracht met slachtofferbescherming. “Een wet op de verplichte verzekering dient ter bescherming van het publiek,” aldus de toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.⁷ Ook Bongers bracht het een met het ander in verband en voorzag in 1964 dat een wettelijke verplichting op het sluiten van een algemene aansprakelijkheidsverzekering, een logisch sluitstuk is op de ontwikkeling van de slachtofferbeschermende functie van de aansprakelijkheidsverzekering:

“Het aansprakelijkheidsrisico bedreigt een ieder elk ogenblik en tegen de mogelijke financiële gevolgen daarvan is bijna niemand voldoende opgewassen. Daardoor is de WA-verzekering voor ieder gewenst en voor nagenoeg allen onmisbaar. Een andere kant van de zaak. De onmacht van de meesten onzer om schade van enige omvang uit eigen middelen te vergoeden doet derden-benadeelden – en niet zelden voor hun gehele economische existentie – afhanke-

¹ Zie bijvoorbeeld bevrachters die veelal de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering als voorwaarde voor de bevrachting stellen, net als hypotheekverstrekkers dat zullen doen. Vgl. P. Kragic, ‘Compulsory Insurance for shipowner’s cargo liability’, <http://www.ukpandi.com/knowledge/article/compulsory-insurance-for-shipowners-cargo-liability-845/>.

² Bloembergen 1992, p. 451. Vgl. voor het Belgische recht: Dubuisson 2003, p. 157.

³ HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 (Maasman/Akzo) en HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331 (Kooiker/Taxicentrale).

⁴ HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf).

⁵ HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf).

⁶ Zoals de postbode van TNT overkwam in de casus die ten grondslag lag aan HR 11 november 2011, *NJ* 2011, 597 (TNT Post/Weijenberg).

⁷ Toelichting op de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen 24 mei 1966, *Trb.* 1966, nr. 178, p. 35.

lijk zijn van het verzekerd-zijn van de schadeveroorzaker. Dit sociale belang van de WA-verzekering schept een extra obligo voor de assuradeuren, die bij schaderegeling en zelfs bij redactie van de polis de belangen van derden-gelaedeerden niet meer buiten beschouwing mogen laten. Wezenlijk is voor deze laatste de WA-verzekering geen res inter alios meer. Eén stap verder, en het recht van de derde vindt ook formeel juridisch erkenning in gematigde vorm door toekenning van een privilege op de schadepenningen, krachtiger door toekenning van een rechtstreekse vordering op de assuradeur, het meest volkomen door een wettelijke plicht tot het sluiten van een WA-verzekering, zulks in den regel in combinatie met een der eerder genoemde vormen⁸ [onderstreping toegevoegd].

Het huidige recht kent geen verplichting tot het afsluiten van een algemene aansprakelijkheidsverzekering. Logisch gevolg daarvan is dat het niet hebben van een aansprakelijkheidsverzekering geen onrechtmatige daad oplevert, aldus de Hoge Raad in 1969 in de zaak Eef Kamerbeek.⁹ In deze zaak werd de vader van de dertienjarige Eef aansprakelijk gesteld omdat hij geen aansprakelijkheidsverzekering had afgesloten voor het geval zijn fietsende dochter schade zou berokkenen aan derden. De Hoge Raad wees het bestaan van een verplichting tot het verzekeren van dit soort aansprakelijkheidsrisico's af, nu een dergelijke plicht "noch uit het geschreven, noch uit het ongeschreven recht kan worden afgeleid." De Hoge Raad houdt wel een slag om de arm voor wat betreft toekomstige ontwikkelingen door te overwegen 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" [onderstreping toegevoegd].¹⁰

6.2. Bestaande wettelijke verzekeringsplichten

Wettelijke verplichtingen tot het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering komen in Nederland niet veel voor. In vergelijking met andere Europese landen kent Nederland weinig wettelijke verplichte verzekeringen.¹¹ Wel bestaan er op een aantal deelterreinen wettelijke verplichtingen tot het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Deze zijn kort aangestipt in par. 3.11. Buiten het gebied van de aansprakelijkheidsverzekering is de zorgverzekering een voorbeeld van een wettelijk verplichte verzekering.

⁸ Bongers 1964, p. 14-15.

⁹ HR 14 februari 1969, *NJ* 1969, 189, m.nt. GJS (Eef Kamerbeek).

¹⁰ HR 14 februari 1969, *NJ* 1969, 189, m.nt. GJS (Eef Kamerbeek), rov. 11.

¹¹ Dat is vermoedelijk de reden dat het Nederlandse rechtssysteem niet is beschreven in het rechtsvergelijkende boek over de verplichte aansprakelijkheidsverzekering in een groot aantal Europese landen: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016.

6.3. Gunstige aspecten van een verzekeringsplicht

Al naar gelang het perspectief van waaruit men het thema bekijkt, worden in verband met de verzekeringsplicht de volgende gunstige aspecten van de verzekeringsplicht genoemd.

6.3.1. Zekerheid van betaling

De belangrijkste reden van een verzekeringsplicht is te waarborgen dat er voldoende middelen zijn om het slachtoffer schadeloos te stellen. De wens om deze waarborg via het (aansprakelijkheids)verzekeringsrecht te laten lopen, wordt gerechtvaardigd door de onverbreekelijke en oorzakelijke band tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde en de vordering van de verzekerde op de verzekeraar. Daarnaast wordt gewezen op de omstandigheid dat de benadeelde ten gevolge van het onrechtmatig handelen van de aansprakelijke persoon ongewild in een verbintenisrechtelijke verhouding met de aansprakelijke persoon is komen te staan.¹² In dat verband is gewezen op de Memorie van Toelichting op het in 1927 voorgestelde artikel 285 Wetboek van Koophandel:¹³ “Wien buiten overeenkomst schade wordt berokkend, mag eene verdergaande rechtsbescherming worden verleend dan dengene die nadeelige gevolgen ondervindt van het vertrouwen, dat hij vrijwillig aan zijn schuldenaar heeft gegeven.”¹⁴

6.3.2. Voorkomen van antiselectie

Een wettelijke verzekeringsplicht heeft tot voordeel dat antiselectie wordt voorkomen. Bij een vrijwillige aansprakelijkheidsverzekering bestaat het risico dat deze juist aantrekkelijk is voor diegenen met een relatief hoge schadepotentie.¹⁵ Een systeem van verplichte verzekering voorkomt het fenomeen van antiselectie. Hiervoor kwam al aan de orde of er empirisch bewijs is voor het bestaan van het fenomeen van antiselectie (par. 5.3.10). Daar kwam ook aan de orde of het argument van antiselectie nog relevant is bij een verzekering die een verzekeringsdichtheid van bijna 100% kent. Van antiselectie kan daarbij nauwelijks sprake zijn. Bij een verzekering met een hoge verzekeringsdichtheid is immers al gewaarborgd dat ook diegenen zich verzekeren die een ‘gunstig’ risicoprofiel hebben.¹⁶ Dit zorgt er bij de verplichte verzekering doorgaans voor dat de verzekering tegen een gunstige premie kan worden aangeboden. Dit is bij de particuliere aansprakelijkheidsverzekering al het geval.

¹² Zie voor de rechtvaardiging voor de vergaande slachtofferbeschermende instrumenten in de WAM: Robben 1993, p. 15-16.

¹³ Waarin de mogelijkheid was voorzien voor benadeelden dat de verzekeraar de door hem verschuldigde verzekeringspenningen met de benadeelde moest verrekenen, hetgeen neerkwam op een mogelijkheid voor de benadeelde de verzekeraar van de aansprakelijke partij rechtstreeks tot vergoeding van de schade aan te spreken. Dit wetsvoorstel is ingetrokken. Zie nader over dit wetsvoorstel par. 4.2.1.

¹⁴ *Kamerstukken II 1926/27*, 398, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹⁵ Wansink 2006, p. 435.

¹⁶ Vgl. Beck 2012, p. 5.

6.3.3. Vergroten financieel draagvlak

Een ander voordeel van een wettelijke verzekeringsplicht is dat het financiële draagvlak wordt vergroot, hetgeen een “verruimende invloed heeft op de grenzen van de verzekeraarbaarheid.”¹⁷ Met een verzekeringsdichtheid van nagenoeg 100% kent de AVP al een groot financieel draagvlak. Een verzekeringsplicht zal in dit opzicht voor de AVP slechts een gering voordeel opleveren.

6.3.4. Verplicht omschreven dekkingsomvang

Een ander argument dat relevant is voor de beoordeling of een verplichte verzekering wenselijk is, is dat regels gesteld kunnen worden voor de (minimale) dekkingsomvang, zoals gebeurd is bij de WAM. Die regels zorgen er onder meer voor dat een dekking niet kan worden “weggecontracteerd”. Het is dan bijvoorbeeld niet meer mogelijk om, door de opzetclausule in de polis te formuleren als een primaire dekkingsomschrijving in plaats van een uitsluiting, een beroep van een slachtoffer op de verzekeringsovereenkomst te blokkeren. Vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming is dit een positief aspect van een wettelijke verzekeringsplicht. Vanuit verzekeraarsperspectief grijpt een verplichte dekkingsomvang in op het beginsel van contractsvrijheid. Het verdient nader onderzoek of ook voor een niet wettelijk verplichte verzekering wettelijke voorschriften kunnen worden gegeven voor (bijvoorbeeld) de minimale dekkingsomvang waaraan de verzekering moet voldoen. In België bestaat deze mogelijkheid. Het Koninklijk Besluit van 12 januari 1984 legt de minimumvoorwaarden vast waartegen iedere particuliere aansprakelijkheidsverzekering dekking moet geven.¹⁸ Het gaat dan onder meer om de minimumomvang van de dekking, de mogelijke uitsluitingen en de minimale geografische dekking.¹⁹

6.3.5. Nieuwe zakelijke mogelijkheden

Een nieuwe verplichte verzekering kan in zakelijk opzicht voor verzekeraars nieuwe zakelijke mogelijkheden opleveren. Bij een verzekering die al een hoge dichtheid kent, zoals de AVP, zal een verzekeringsplicht voor de verzekeringsbranche slechts een gering voordeel opleveren, dat vermoedelijk niet opweegt tegen de hierna te bespreken bezwaren tegen de verzekeringsplicht.

6.4. Bezwaren en andere aspecten verzekeringsplicht

6.4.1. Regulerend ingrijpen in de verzekeringsmarkt en inperking contractsvrijheid

Een van de belangrijkste argumenten tegen een verplichte verzekering is even eenvoudig als basaal: verzekeringsovereenkomsten zijn een zaak tussen twee civiele partijen onderling. Een (publieke) interventie van de zijde van de overheid past niet in die private verhouding. Zo is een

¹⁷ Wansink 2006, p. 435.

¹⁸ P. Colle, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, p. 88-89.

¹⁹ Van Schoubroeck 2014, p. 77; Colle 2010, p. 88-89.

bezwaar van een verzekeringsplicht dat regulerend wordt ingegrepen in een “vrije markt.”²⁰ Dit bezwaar geldt zowel voor verzekeraars als voor verzekeringnemers. Het is de vraag of dit argument van regulerend ingrijpen een grote rol speelt bij een verzekering die al een verzekeringsdichtheid van bijna 100% kent. Het verplicht stellen van deze verzekering verandert weinig aan de vrije werking van de markt. Sterker nog, de omstandigheid dat het merendeel van de autobezitters reeds een verzekering daarvoor had, vormde een van de redenen om de WAM-verzekering wettelijk verplicht te stellen. Deze verzekeringsplicht sloot immers naadloos aan bij het destijds al bestaande algemene gebruik om vrijwillig een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.²¹ Datzelfde geldt voor de AVP.

Een ander argument tegen een verplichte verzekering is het paternalistisch ingrijpen dat nadelig kan zijn voor personen die geen vraag hebben naar verzekering. Er zijn personen, en het hoeft daarbij niet alleen om gemoedsbezwaarden te gaan, die zich bewust niet verzekeren. Het kan gaan om personen die (bijvoorbeeld vanwege hun welvarendheid) geen risico-aversie hebben tegen wat voor hen relatief geringe risico's zijn, en bereid (en in staat) zijn de schade in hun vermogen bij eventuele aansprakelijkheid jegens een ander zelf te dragen.²² Faure heeft er daarnaast op gewezen dat uit empirisch onderzoek volgt dat veel personen “liever blootstaan aan onzekere verliezen dan aan het zeker verlies bestaande uit de betaling van een premie.”²³ Een verzekering wordt beschouwd als een investering. Bij risico's met een lage waarschijnlijkheid maar een hoge schade, is er een kans dat men nooit enige terugbetaling krijgt op zijn investering. Dit zou volgens psychologen de lage vraag naar verzekeringsdekking verklaren voor risico's met een lage waarschijnlijkheid.²⁴ Het kan daarbij zijn dat bepaalde personen het risico om slachtoffer te worden van een misdrijf systematisch onderschatten. Faure noemt dat, in navolging van anderen, de term '*optimim bias*', of ook wel de “it will not happen to me' houding.”²⁵ Ten slotte zijn er mensen die zich niet willen verzekeren omdat zij erop vertrouwen dat de overheid hun schade zal compenseren.²⁶ Verplichte verzekering kan, zo volgt uit het voorgaande, nadelig zijn voor die personen die geen vraag naar verzekering hebben, omdat ze minder aan risico zijn blootgesteld (of denken te zijn blootgesteld), of omdat zij een “goed risico” vormen.²⁷

Als belangrijk nadeel van een verzekeringsplicht is ook genoemd de afhankelijkheid van de verzekeringsmarkt. Het is uiteindelijk aan de verzekeringsmarkt om te bepalen of voor een bepaald risico ook dekking zal worden geboden.²⁸ Het ligt voor de hand dat dit nadeel vooral een rol speelt bij grote risico's zoals de verzekering van rampen en milieuschade. Een ander voorbeeld is de verplichte verzekering met betrekking tot schade als gevolg van medisch-

²⁰ R. van den Bergh, M. Faure, T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van de verzekering op de civiele aansprakelijkheid*. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990, p. 19.

²¹ Robben 1993, p. 128.

²² Van den Bergh e.a. 1990, p. 25.

²³ Faure 2010, p. 129.

²⁴ Faure 2010, p. 129, onder verwijzing naar onderzoek door psycholoog Slovic.

²⁵ Faure 2010, p. 128-129.

²⁶ Hetgeen tot op zekere hoogte ook gebeurt door het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

²⁷ Faure 2010, p. 131.

²⁸ Faure 2010, p. 133.

wetenschappelijke experimenten met mensen, waar verzekeraars zouden bepalen welke medische experimenten met mensen kunnen worden uitgevoerd.²⁹

En ten slotte is er door onder meer Bloembergen op gewezen dat met de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering nog niet is gezegd dat daarmee het beoogde doel van de verplichting, namelijk te bevorderen dat slachtoffers hun schade vergoed krijgen, ook daadwerkelijk wordt bereikt. Bloembergen heeft gewaarschuwd voor te hoog gespannen verwachtingen omtrent verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, in welk verband hij ook heeft gewezen op de toezicht- en handhavingsproblematiek.³⁰

6.4.2. Toezicht en handhaving

Voorop staat dat een wettelijke verzekeringsplicht kan bestaan zonder een toezichts- en handhavingsmogelijkheid. In dat verband zij gewezen op de veelheid aan verplichte verzekeringen in Zwitserland, waarin niet in alle gevallen is voorzien in een toezichts- en handhavingsmogelijkheid.³¹ Bij de Nederlandse WAM is het toezicht en de handhaving van de verzekeringsplicht wel geregeld. Het bestaat erin dat de Dienst Wegverkeer (RDW) bij afgifte van de kentekenplaat verifieert of aan de verzekeringsplicht is voldaan. Een centrale registratie van zowel de kentekenhoudende voertuigen in het kentekenregister, als een registratie van voertuigen waarvoor een wettelijk verplichte verzekering staat ingeboekt (het verzekeringenregister)³², maakt toezicht en handhaving ook na de aanschaf van het motorvoertuig mogelijk. In opdracht van het Openbaar Ministerie vergelijkt de RDW namelijk periodiek het kentekenregister met het verzekeringenregister om te zien voor welke voertuigen geen verzekering staat geregistreerd. Dit is de zogenoemde registervergelijking. Als uit de registervergelijking blijkt dat een motorrijtuig wel in het kentekenregister maar niet in het verzekeringenregister staat, stuurt de RDW een zogenoemde vorderingsbrief waarin de kentekenhouders wordt gewezen op de strafbaarheid. Als blijkt dat een voertuig niet verzekerd is, kan handhavend worden opgetreden.³³ Sinds 2011 is het aantal onverzekerde voertuigen teruggebracht van 243.000 tot circa 50.000.³⁴

Op het ontbreken van de WAM-verzekering staan twee sancties: in de eerste plaats zal het motorrijtuig niet tot deelneming aan het verkeer worden toegelaten. In de tweede plaats is de eigenaar of de bestuurder van het motorrijtuig blootgesteld aan strafvervolging (art. 30 lid 1 en 2 WAM). Bij de Wet natuurbescherming (voorheen Flora- en faunawet en daarvoor de Jachtwet) is het toezicht op de verzekeringsplicht geregeld via de verlening van de jachtakte. Deze wordt door de korpschef alleen maar verleend als de jachthouder een geldig bewijs heeft overgelegd van de verzekering, als bedoeld in art. 3.26 eerste lid sub c. In art. 3.26 eerste lid sub c Wet natuurbescherming is bepaald dat het verboden is een geweer te gebruiken ter uit-

²⁹ Faure 2010, p. 134.

³⁰ Bloembergen 1980a, p. 7-8.

³¹ Beck 2012, p. 5.

³² CRWAM.

³³ *Kamerstukken II 2016/17, 29398, nr. 55* (Kamerbrief met beleidsreactie op onderzoek verzekeringsplicht motorvoertuigen 16 februari 2017, p. 1-2).

³⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 29398, nr. 55* (Kamerbrief met beleidsreactie op onderzoek verzekeringsplicht motorvoertuigen 16 februari 2017, p. 2).

oefening van de jacht indien de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor schade waartoe het gebruik van het geweer ter uitoefening van de jacht kan geven, niet is gedekt door een verzekering, waarvan de minimale verzekerde som bij algemene maatregel van bestuur is geregeld. Niet nakoming van de verzekeringsplicht kan leiden tot toepassing van bestuursdwang, hetgeen gevolgen kan hebben voor de (geldigheid van de) jachtakte (art. 7.2 lid Wet natuurbescherming).

De vormgeving van toezicht en handhaving is bij een algemene aansprakelijkheidsverzekering niet eenvoudig.³⁵ Het toezicht kan niet, zoals bij de WAM, worden gekoppeld aan de aanschaf van een bepaald goed of, zoals bij de jachtakte, aan de verlening van een bepaalde vrijstelling of vergunning. Daarnaast moet men zich rekenschap geven van de kosten die samenhangen met het toezichts- en handhavingssysteem. Deze kosten zijn van invloed op de premie. Het is de vraag of de kosten van toezicht en handhaving in redelijke verhouding staan tot het doel waarvoor ze gemaakt worden.³⁶ De complexiteit van de vraagstukken van toezicht, handhaving en sanctionering vormen in België de reden dat er nog geen consensus is bereikt over het wettelijk verplicht maken van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.³⁷

6.4.3. Acceptatieplicht

Een verplichte verzekering roept ook de vraag op of deze verplichting gepaard moet gaan met een acceptatieplicht voor verzekeraars van alle risico's. Aan een dergelijke plicht is immers inherent dat die ook daadwerkelijk door iedereen is af te sluiten. Hiervoor in par. 5.3.15 is al op dit aspect ingegaan. Daar kwam aan de orde dat de overheid terughoudend is met de invoering van een wettelijke acceptatieplicht. Een dergelijke plicht grijpt immers diep in op het beginsel van contractvrijheid, op grond waarvan de verzekeraar vrij is om te bepalen of hij een overeenkomst wil aangaan met een aspirant verzekerde. Ook het vrije bedrijfsbeleid van een verzekeraar wordt doorkruist door een acceptatieplicht.³⁸ Bovendien is betoogd dat juist voor een controle van het moreel risico van belang is dat een verzekeraar geen acceptatieplicht heeft. Een belangrijk instrument voor verzekeraars om het moreel risico te controleren, is een *ex ante* controleproces. De verzekeraar moet een door hem als onaanvaardbaar hoog risico kunnen weigeren. In de woorden van Faure is een acceptatieplicht "strijdig met deze basale verzekeringseconomische noties en zou [deze plicht] zelfs tot een ongewenste verhoging van het maatschappelijk risico kunnen leiden."³⁹

In Nederland is de zorgverzekering een voorbeeld van een verzekering waarvoor een acceptatieplicht geldt.⁴⁰ Voor de WAM, ook een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, is er destijds voor gekozen deze vooralsnog niet te combineren met een wettelijke acceptatieplicht, maar eerst te kijken of de markt zelf in staat was een oplossing te vinden voor onverzekerbare risico's. De verzekeringsbranche heeft die oplossing inderdaad gevonden in de oprichting van

³⁵ Zie ook Wansink 2006, p. 436.

³⁶ Beck 2012, p. 7.

³⁷ Van Schoubroeck 2014, p. 77.

³⁸ Wansink 2003, p. 45 e.v.

³⁹ Faure 2010, p. 135.

⁴⁰ Art. 3 Zorgverzekeringswet. Voorheen was dit geregeld in de Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekeringen.

een pool ('Terminus') waarin voor gezamenlijke rekening verzekeringen werden aangeboden voor de automobilisten wiens risico gelet op hun schadeverleden bij de reguliere verzekeraars geen dekking meer konden krijgen. Sinds 2016 heet deze pool "De Vereende", en is het bereik niet meer beperkt tot autoverzekeringen. Ook in andere landen gelden bij wettelijk verplichte verzekeringen lang niet altijd acceptatieplichten.⁴¹

6.4.4. Een vangnet

Een wettelijke verzekeringsplicht roept ook de vraag op of er een voorziening moet zijn in de vorm van een waarborgfonds voor gevallen waarin niet aan de verzekeringsplicht is voldaan. Zo kent de WAM een waarborgfonds dat financieel in stand wordt gehouden door verzekeraars.⁴² In het kader van de discussie over een verplichte verzekering voor de gevolgen van beroepsziekten, is de vraag gesteld of een dergelijk product niet nog "sterker onverzekerbaar moet worden geacht dan de aansprakelijkheidsdekking die het zou moeten vervangen. Zo doet de instelling van een waarborgfonds een beroep op de solidariteit van verzekeraars en verzekerden die in vele gevallen vanwege het sterk uiteenlopende morele risico binnen de te verzekeren groep niet van hen kan worden gevergd."⁴³ Hiervoor kwam al aan de orde dat bij een verzekering met een hoge verzekeringsdichtheid kan worden getwijfeld over de noodzaak van een vangnet. De hoge verzekeringsdichtheid kan in ieder geval een argument zijn om een vangnet achterwege te laten bij een verplichte algemene aansprakelijkheidsverzekering. Zie in dat verband ook de situatie in andere landen, waar verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen niet gepaard gaan met een vangnet, met uitzondering van de WAM.⁴⁴

6.4.5. Verzekeringsdichtheid

De verzekeringsdichtheid speelt ook een rol bij de afweging of een verplichte verzekering noodzakelijk is. Hoe hoger de verzekeringsdichtheid, hoe eerder de noodzaak in twijfel kan worden getrokken.⁴⁵ De AVP kent op dit moment een verzekeringsdichtheid van nagenoeg 100%. Een verzekeringsplicht zou weinig toevoegen aan de spreiding van risico's of een gunstiger premie. Het zou wellicht de zekerheid van betaling nog verder vergroten, maar of dat voordeel opweegt tegen de kosten van een toezichts- en handhavingssysteem is de vraag.

⁴¹ Zo geldt in Duitsland alleen voor de Duitse WAM een acceptatieplicht, maar niet voor de andere verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen: R. Koch, 'Compulsory Liability Insurance in Germany', in: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016, p. 153.

⁴² Zie over het Waarborgfonds Motorverkeer par. 3.9.6.

⁴³ Wansink 2000a, p. 418.

⁴⁴ Zo is in België alleen voor de WAM een vangnet, en niet voor alle andere verplichte verzekeringen. Zie voor de situatie in Duitsland: Koch 2016, p. 159.

⁴⁵ Beck 2012, p. 7.

6.4.6. Homogene risico's

In de literatuur is benadrukt dat een verplichte verzekering alleen mogelijk is bij homogene risico's: een groot aantal gelijksoortige risico's binnen een bepaalde categorie.⁴⁶ De reeds bestaande verzekeringsplichten illustreren dat. In de literatuur is erop gewezen dat de gedekte risico's bij een algemene aansprakelijkheidsverzekering niet homogeen zijn.⁴⁷ Dat gaat wellicht op als men ook de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering in de beschouwing betreft. Wansink heeft de verscheidenheid aan ondernemersrisico's als voorbeeld gebruikt van het gebrek aan homogeniteit bij de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Als men echter alleen de particuliere aansprakelijkheidsverzekering beziet, dan kan mijns inziens wel gesproken worden van een homogeen risico. De discussie in de Zwitserse literatuur ondersteunt deze zienswijze. Juist in de Zwitserse literatuur en praktijk, waarin is benadrukt dat het bij een verplichte verzekering moet gaan om homogene risico's, is er immers voor gepleit de particuliere aansprakelijkheidsverzekering voor personenschade verplicht te stellen.⁴⁸ Daar beschouwt men de bij een dergelijke verzekering gedekte risico's kennelijk wel als voldoende homogeen. Dit houdt wellicht verband met de omstandigheid dat het risico wel, maar de wijze waarop het risico zich verwezenlijkt, niet homogeen is. Ditzelfde geldt uiteraard ook voor de Nederlandse situatie.

6.5. Beschouwing

Een verzekeringsplicht heeft belangrijke voordelen, maar ook bezwaren die serieus genomen dienen te worden. Het is, vanwege het ingrijpen in de vrije markt en de contractsvrijheid van partijen, een zwaar middel om in te zetten in het kader van slachtofferbescherming. Het is bovendien de vraag of een wettelijke plicht om een particuliere aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten, noodzakelijk is om de positie van slachtoffers van misdrijven te versterken, of dat daarvoor een directe actie met een beperkt verweermiddelenverbod voldoende is. Mijns inziens is dit laatste het geval, ook gelet op de hoge verzekeringsdichtheid bij de AVP. Een wettelijke plicht tot het afsluiten van een AVP zou niet leiden tot een substantieel hogere verzekeringsdichtheid. De hoge verzekeringsdichtheid toont ook aan dat het belang van de AVP in de maatschappij algemeen onderkend wordt. Een verplichte verzekering kan weliswaar nuttig zijn om de minimale dekkingssomvang wettelijk vast te leggen, maar het instrument is mijns inziens te zwaar om alleen daarvoor te worden gebruikt. Bovendien kan worden onderzocht of ook voor onverplichte verzekeringen dwingende minimumvoorwaarden kunnen worden bepaald, zoals in België het geval is.⁴⁹

Daarnaast wordt vaak als argument tegen een verweermiddelenverbod aangevoerd dat dit bij een onverplichte verzekering te ver zou gaan. De redenering daarbij lijkt te zijn dat het verplicht karakter van de betreffende verzekering een *condicio sine qua non* is voor een verweermiddelenverbod, omdat alleen bij de verplichte verzekering de wetgever de wens zou

⁴⁶ Wansink 2006, p. 436; Beck 2012, p. 7.

⁴⁷ Wansink 2006, p. 436.

⁴⁸ Zie hierna par. 7.6.

⁴⁹ In België legt het Koninklijk Besluit van 12 januari 1984 de minimumvoorwaarden vast waartegen iedere particuliere aansprakelijkheidsverzekering dekking moet geven. Zie par. 6.3.4.

hebben om boven alles prioriteit te geven aan slachtofferbescherming. Dit argument lijkt te zijn achterhaald en vindt ook geen steun in de rechtsstelsels van andere Europese landen. Zo heeft in België op grond van art. 152 lid 2 WVerz. de Koning de bevoegdheid de niet-tegenwerpelijke van verweermiddelen (waaronder opzet) uit te breiden naar de niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. Het verbod op het tegenwerpen van opzet aan de benadeelde behoeft dus niet gepaard te gaan met een verplichting om een algemene aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. Deze visie wordt nader toegelicht in par. 8.5.3. Om deze reden wordt in het kader van dit onderzoek niet verder ingegaan op de vormgeving van een verplichte particuliere aansprakelijkheidsverzekering.⁵⁰

⁵⁰ Zie voor een uitvoerig onderzoek naar de verplichte verzekering in Europees perspectief: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016.

7. Rechtsvergelijking

7.1. Inleiding

In het voorgaande is onderzocht of de verhaalspositie van een slachtoffer van een strafbaar feit naar Nederlands recht kan worden verbeterd via het private verzekeringsrecht, meer in het bijzonder via de aansprakelijkheidsverzekering van de aansprakelijke partij. Voor de beoordeling van die vraag is de mogelijkheid bekeken om voor de groep slachtoffers die als gevolg van een strafbaar feit ernstige personenschade hebben opgelopen, een (beperkt) verweermiddelenverbod in te voeren voor de verzekeraar als het gaat om het beroep op opzet, zoals thans in de WAM geldt. In dit hoofdstuk wordt deze vraag bekeken vanuit het perspectief van enkele andere Europese landen. Heeft het slachtoffer in andere Europese landen een directe actie of eigen recht tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij, en zo ja, kan deze verzekeraar zich jegens het slachtoffer beroepen op alle verweren die hij ook jegens de verzekerde kan invoeren? In de onderzochte rechtsstelsels is de benaming van de mogelijkheid om de verzekeraar rechtstreeks aan te spreken steeds verschillend. In België gaat het om een eigen recht, in Duitsland om een “*Direktanspruch*”, in Frankrijk om een “*action directe*” en in Zwitserland om een “*Direktes Forderungsrecht*.”¹ De termen “*Anspruch*” en “*Forderungsrecht*” doen vermoeden dat de actie tegen de verzekeraar ook een subjectief recht meebrengt voor de benadeelde. In Nederland wordt ervan uitgegaan dat de directe actie geen eigen, subjectief, recht meebrengt voor de benadeelde.² In het hiernavolgende zal ik aansluiten bij het Nederlandse begrippenkader en spreken van een “directe actie en een eigen recht.” Per land en rechtsfiguur zal ik vervolgens aangeven of het gaat om een actie die wat rechtskarakter betreft meer lijkt op de directe actie of op het eigen recht.

Niet alle in de *quick scan* onderzochte landen hebben de directe actie of het eigen recht, die in deze landen reeds bestond voor ongevallen met gemotoriseerd verkeer (de Nederlandse WAM), uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Die uitbreiding heeft wel plaatsgevonden in met name de landen die een relatief jonge codificatie van het verzekeringsrecht kennen. Het gaat, naast Nederland³, om de volgende landen: Spanje, België, Luxemburg, Frankrijk, Griekenland, Finland/Zweden/Denemarken en Duitsland.⁴ In Zwitserland is momenteel een wetsvoorstel aanhangig tot invoering van een directe actie voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering.⁵ In de meeste van deze landen kan het slachtoffer bij zowel onverplichte als verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker rechtstreeks aanspreken (België, Frankrijk, Luxemburg, Spanje, Zwitserland, Fin-

¹ Vanwege de verwarring omtrent het woord “vordering”, heeft Storme ervoor gepleit deze term niet meer te gebruiken: M.E. Storme, “Weg met de rechtstreekse vordering!”, in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Coussy*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 564-565.

² Zie over de andersluidende opvatting van Franken, hiervoor par. 4.2.3 en 4.4, en Franken 2015, p. 179-197.

³ Opmerking verdient dat de directe actie in Nederland, anders dan in andere landen, is beperkt tot schade als gevolg van letsel en overlijden.

⁴ Basedow/Fock 2002, p. 108.

⁵ Zie hierna par 7.6.2.

land/Zweden/Denemarken).⁶ In een enkel land heeft de benadeelde deze mogelijkheid uitsluitend bij een verplichte aansprakelijkheidsverzekering (Duitsland). In alle genoemde landen is de directe actie of het eigen recht, anders dan in Nederland, in meer of mindere mate gecombineerd met een verweermiddelenverbod voor de verzekeraar.⁷ Daarbij is in een aantal landen de keuze gemaakt om een algeheel verweermiddelenverbod alleen door te voeren bij wettelijk verplichte verzekeringen, zoals in België en Luxemburg.⁸ Dit wordt toegeschreven aan de gedachte dat een verplichte verzekering vooral de bescherming van de benadeelde tot doel heeft.⁹ Bij de niet verplichte verzekeringen is er in een aantal landen voor gekozen de aanspraak van de benadeelde niet verder te laten strekken dan de verzekerde (schadeveroorzaker) zelf op grond van de overeenkomst heeft.¹⁰ In sommige landen is ervoor gekozen het verweermiddelenverbod te beperken tot de verweermiddelen die hun oorzaak vinden in feiten van na het schadegeval (de zogenoemde posterieure verweermiddelen).¹¹ Van de in de *quick scan* onderzochte landen bevatten de rechtsstelsels van Denemarken/Finland/Zweden en waarschijnlijk ook Spanje¹² het verbod voor de verzekeraar om aan de benadeelde tegen te werpen dat het schadegeval opzettelijk is veroorzaakt.¹³ In België bestaat een dergelijk verbod ook voor de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. In Luxemburg lijkt dit ook het geval te zijn, nu uit de *quick scan* is gebleken dat bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekering alle verweermiddelen, zowel de posterieure als de anterieure, niet zijn tegen te werpen aan de benadeelde.¹⁴ De vraag of dat ook voor het verweermiddel van de opzettelijke schadeveroorzaking geldt, verdient nader rechtsvergelijkend onderzoek.

Van de in de *quick scan* onderzochte landen zijn er vier uitgekozen om nader te worden geanalyseerd, namelijk België, Duitsland, Frankrijk en Zwitserland. Die keuze is gebaseerd op het feit dat het (min of meer) buurlanden betreft, waarvan het verzekeringsrechtelijke stelsel (waar de directe actie deel van uitmaakt) gelijkenis vertoont met het Nederlandse verzekeringsrecht. Daarnaast verschillen de uitgekozen rechtsstelsels in enkele opzichten wezenlijk van el-

⁶ In Zwitserland heeft de benadeelde naar huidig recht alleen een pandrecht op de vordering van de verzekerde op diens verzekeraar tot uitkering van de schadepenningen (art. 60 VVG). In het thans voorliggende wetsvoorstel (Ontwerp-VVG) is een rechtstreeks vorderingsrecht voorzien.

⁷ De *quick scan* is uitgevoerd op basis van: Basedow/Fock 2002, p. 108-109, 282-284, 418-420, 540-541, 636-637, 727-728, 807-808; Basedow/Fock 2002a, p. 976-989, p. 1350-1358, 1489-1494, 1565-1570. Voor een meer uitgebreide beschrijving van het systeem in de Europese landen die in dit onderzoek niet worden geanalyseerd, zij verwezen naar de genoemde pagina's uit dit handboek.

⁸ Basedow/Fock 2002, p. 807-808.

⁹ Basedow/Fock 2002, p. 109.

¹⁰ Basedow/Fock 2002, p. 109.

¹¹ Zoals naar Frans en (toekomstig) Zwitsers recht het geval is. Voor het Belgische en Luxemburgse recht geldt dat voor de onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. Voor de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen kunnen ook de verweermiddelen die gebaseerd zijn op feiten van voor het schadegeval, niet aan de benadeelde worden tegengeworpen (de 'anterieure' verweermiddelen).

¹² Omdat in Spanje de rechtspraak op dit punt verdeeld is, kan niet met zekerheid worden vastgesteld of dit specifieke verweermiddelenverbod ook voor Spanje geldt.

¹³ Basedow/Fock 2002a, p. 980 en 984-985 voor Denemarken/Finland/Zweden en p. 1353 voor Spanje.

¹⁴ Basedow/Fock 2002, p. 807-808.

kaar, zodat het interessant is om te zien wat in deze landen de rechtvaardiging en de leidende argumenten zijn geweest voor het gekozen systeem.

Het doel van het rechtsvergelijkend onderzoek in deze landen was na te gaan of slachtoffers van strafbare feiten een aanspraak geldend kunnen maken op de (aansprakelijkheids)verzekeraar van de dader, zonder dat opzet tot het ontstaan van de schade(veroorzakende gebeurtenis) aan de zijde van de verzekerde in de weg staat aan een uitkering aan het slachtoffer. Aan de hand van wetgevings- en rechtspraakonderzoek in België, Frankrijk, Zwitserland en Duitsland is in kaart gebracht hoe de directe actie in deze landen is vormgegeven en of het is gecombineerd met een beperking van de verzekeraar om zich jegens de benadeelde te beroepen op verweermiddelen die ontleend zijn aan de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Meer in het bijzonder is daarbij gekeken naar de mogelijkheid van de verzekeraar om een beroep te doen op het gegeven dat het schadevooral opzettelijk is veroorzaakt. Daarbij is nagegaan welke argumenten en overwegingen in deze rechtsstelsels een rol hebben gespeeld bij het invoeren van een verweermiddelenverbod voor de verzekeraar van de aangesproken partij. Daarnaast is bezien of aan deze rechtsstelsels argumenten kunnen worden ontleend die relevant zijn voor de Nederlandse discussie. Van het rechtsvergelijkend onderzoek in de vier onderzochte landen wordt verslag gedaan in par. 7.3 (België), 7.4 (Frankrijk), 7.5 (Duitsland) en 7.6 (Zwitserland). Daaraan voorafgaand wordt in par. 7.2 aandacht besteed aan bepalingen in Europees internationaal privaatrecht die betrekking hebben op de directe actie. Het gaat dan in het bijzonder om de Verordening Brussel Ibis en het Verdrag van Brussel, en om de *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL).

7.2. De directe actie naar Europees internationaal privaatrecht

Het Europees internationaal privaatrecht kent ook bepalingen met betrekking tot de directe actie. Vooropgesteld zij dat deze bepalingen niet aangeven wat de directe actie is en hoe de directe actie vermogensrechtelijk moet worden geduid. Wel zijn deze bepalingen, vooral die van de PEICL, relevant voor de gedachtevorming over de centrale vraagstelling in dit onderzoek.

7.2.1. Principles of European Insurance Contract Law

De PEICL, waarin is beoogd een vrijwillig verzekeringsrechtelijk regime neer te leggen dat kan gelden in de hele EU, zijn enkele interessante bepalingen opgenomen over de directe actie. In hoofdstuk 15 van de PEICL, in het deel dat over de aansprakelijkheidsverzekering gaat, zijn in de titel "Direct Claims and Direct Actions" vier bepalingen over de directe actie opgenomen (art. 15:101 tot en met 15:104). De eerste luidt als volgt:

"Article 15:101 Direct Claims and Defences

(1) To the extent that the policyholder or the insured, as the case may be, is liable, the victim shall be entitled to a direct claim for compensation against the insurer under the insurance contract provided that

- (a) the insurance is compulsory, or
- (b) the policyholder or insured is insolvent, or

- (c) the policyholder or insured has been liquidated or wound up, or
- (d) the victim has suffered personal injury, or
- (e) the law governing the liability provides for a direct claim.

(2) As against the victim, the insurer may raise defences available under the insurance contract unless prohibited by specific provisions making the insurance compulsory. However, the insurer is not entitled to raise any defence based upon the conduct of the policyholder and/or the insured after the loss.”

Hieruit volgt dat de PEICL in een aantal gevallen aan de benadeelde de mogelijkheid biedt van een rechtstreekse aanspraak tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker. De benaming van het artikel (“Direct Claims”) duidt erop dat gekozen is voor een directe actie in plaats van een eigen recht. De directe actie is in lid 2 wel aangevuld met een verweermiddelenverbod, waardoor de verhaalspositie van de benadeelde onder de PEICL in dit opzicht aanzienlijk beter is dan die van een benadeelde onder het regime van art. 7:954 BW. De gevallen waarin de benadeelde gebruik kan maken van de directe actie zijn (niet cumulatief) opgesomd in lid 1 onder a tot en met e. De mogelijkheid bestaat onder meer bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen (sub a), in geval van faillissement van de verzekerde (sub b) en als de benadeelde letselschade heeft geleden (sub d). Ook de benadeelden die onder het materiële recht dat de vordering beheerst over een directe actie kunnen beschikken, hebben die mogelijkheid onder de PEICL ook (sub e).

Lid 2 bevat, zoals opgemerkt, een belangrijke bepaling over de mogelijkheid van de verzekeraars om verweermiddelen tegen te werpen. In beginsel zijn alle verweren tegenwerpelijk, met uitzondering van verweren die zijn gebaseerd op het gedrag van de verzekerde of verzekeringnemer na het schadevoorval (de posterieure verweren). Daarmee aanvaardt de PEICL dat verweermiddelen relatieve werking kunnen hebben, in die zin dat deze wel aan de verzekerde of de verzekeringnemer, maar niet aan de benadeelde, kunnen worden tegengeworpen. Dit geldt zowel voor de wettelijk verplichte als de niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. Dit is een relevante constatering voor de vraag of een verweermiddelenverbod wel past bij een niet-verplichte verzekering. Zie over die discussie par. 8.5.3.

Art. 15:103 PEICL biedt een nadere zekerheid voor de benadeelde door te bepalen dat de verzekeraar alleen bevrijdend kan betalen aan de verzekerde en de verzekeringnemer indien de benadeelde afstand heeft gedaan van de directe actie of niet binnen vier weken na ontvangst van een schriftelijk verzoek van de verzekeraar daartoe, heeft laten weten gebruik te willen maken van de directe actie. Art. 15:104 PEICL bevat een bepaling over verjaring en stuiting. Art. 15:102 PEICL schrijft ten slotte voor dat de verzekerde of de verzekeringnemer gehouden is op verzoek van de benadeelde de informatie te verschaffen die nodig is voor het instellen van een directe actie. Een dergelijke bepaling ontbreekt in het Nederlandse recht, waar het nogal eens voorkomt dat een aansprakelijke partij weigert mee te delen of en zo ja, waar hij tegen wettelijke aansprakelijkheid is verzekerd. Een oplossing voor dit probleem is besproken in par. 4.5.

7.2.2. Brussel Ibis-verordening en Verdrag van Brussel

Ook in een aantal verordeningen en het Verdrag van Brussel komen bepalingen voor over de directe actie bij aansprakelijkheidsverzekeringen. Het gaat om de Brussel Ibis-verordening¹⁵ (ook wel EEX-Verordening), die de EEX-Verordening uit 2000 heeft vervangen.¹⁶ Deze verordening bevat onder meer bepalingen over de internationale bevoegdheid in verzekeringsrechtelijke kwesties. Art. 8-14 van de Verordening en art. 7-12a van het Verdrag van Brussel¹⁷ hebben betrekking op de directe actie bij aansprakelijkheidsverzekeringen. Zo geven art. 10, 11 en 12 van de Brussel Ibis-verordening regels over de bevoegdheid in verzekeringszaken, waarbij art. 12 bepaalt dat de verzekeraar kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan. Art. 13 bepaalt dat de artikelen 10, 11 en 12 van overeenkomstige toepassing zijn op de vordering die door de benadeelde rechtstreeks tegen de verzekeraar wordt ingesteld, "indien de rechtstreekse vordering mogelijk is." Art. 9 en 10 van het Verdrag van Brussel bepalen hetzelfde als art. 12 en 13 van de Brussel Ibis-verordening.

Daarnaast is relevant de Rome II-verordening, waarin ook een bepaling is opgenomen over de mogelijkheid van de benadeelde de verzekeraar van de aansprakelijke persoon rechtstreeks aan te spreken (art. 18).¹⁸ Het gaat hier niet om een zelfstandige Europese regeling van de directe actie. Kern van de bepaling in de Rome II-verordening is dat als een benadeelde naar het recht dat op zijn vordering van toepassing is een directe actie toekomt, hij dan zijn vordering rechtstreeks tegen de verzekeraar van de aansprakelijke persoon kan instellen. Het verdrag en de verordeningen scheppen dus geen verplichtingen voor landen om een directe actie te introduceren.¹⁹ Dat neemt niet weg dat alle in de *quick scan* onderzochte Europese landen de rechtsfiguur van de directe actie kennen, namelijk in het bereik van de aansprakelijkheid voor verkeersongevallen die met een motorvoertuig zijn veroorzaakt (de Nederlandse variant van de WAM). In de literatuur wordt de directe actie reeds beschouwd als een gezamenlijk Europees rechtsinstituut, waarvan de exacte inhoud evenwel nog steeds onduidelijk is.²⁰

7.3. België

7.3.1. Functie aansprakelijkheidsverzekering

Al voor 1992 was in België de functie van de aansprakelijkheidsverzekering al onderhevig aan veranderende inzichten. De primaire functie van de aansprakelijkheidsverzekering (vrijwaring

¹⁵ Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2012, betreffende de bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1.

¹⁶ Verordening (EU) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, *PbEU* 2001, L 12/1.

¹⁷ Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 29 september 1968, *Trb.* 1969, 101, laatstelijk gewijzigd in 2005, *Trb.* 2005, 65.

¹⁸ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees parlement en de Raad van 11 juli 2007, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), *PbEU* 2007, L 199/40.

¹⁹ Zie ook: H. Heiss en O. Kosma, 'Die Direktklage des Geschädigten im Europäischen Versicherungsrecht', in: N. van Tiggele-Van der Velde (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 279-293.

²⁰ Basedow/Fock 2002, p. 108.

van het vermogen van de verzekerde tegen verliezen) is langzamerhand naar de achtergrond verdrongen door de wens het slachtoffer een verdergaande bescherming te geven tegen het onvermogen van de verzekerde.²¹ Deze veranderde visie op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering, vormde een belangrijke reden om de regeling van de rechtstreekse vordering zoals die in de Belgische WAM geldt,²² uit te breiden naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering, hetgeen in 1992 is gebeurd. In de parlementaire geschiedenis is dat als volgt verwoord:²³

“Al is de verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in de eerste plaats een voorzorgsmaatregel die door de verzekerde wordt genomen om zijn vermogen te vrijwaren tegen verliezen die hij kan lijden door een verplichting om nadelige gevolgen van een schadelijke handeling te vergoeden, wordt in het onderhavige artikel uitdrukking gegeven aan een streven dat in verband met de verzekering steeds meer en meer naar voren treedt, te weten de bescherming van de benadeelde.” [onderstreping toegevoegd].

Ook Cousy heeft gewezen op deze evolutie van de aansprakelijkheidsverzekering waarbij “de bescherming van het eigen recht van de begunstigde, dat in genen dele wordt beïnvloed door de lotgevallen van de verzekeringnemer, de centrale bekommernis van de wetgever [is].”²⁴

7.3.2. Directe actie / eigen recht

In België heeft iedere benadeelde die schade heeft geleden als gevolg van een gebeurtenis waarvoor iemand anders aansprakelijk is, een eigen recht op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker.²⁵ Het eigen recht resulteert in een rechtstreekse vordering op de verzekeraar.²⁶ Het eigen recht houdt in dat de door de verzekeraar verschuldigde schadevergoeding rechtstreeks aan de benadeelde toekomt met uitsluiting van de overige schuldeisers van de verzekerde.²⁷ Dit eigen recht is voor de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen gecombineerd met een verbod van de verzekeraar om contractuele en wettelijke verweermiddelen die voortvloeien uit de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde aan het slachtoffer tegen te werpen.²⁸ Voor de onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen geldt

²¹ H.A. Cousy en G. Schoorens, *De nieuwe wet op de Landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de Wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende Wet van 16 maart 1994*, Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen 1994, p. 282.

²² En ook gold in de wet van 31 juli 1979 inzake de objectieve aansprakelijkheid brand en ontploffing.

²³ Memorie van Toelichting bij art. 86 WLVO, te kennen uit: Cousy & Schoorens 1994, p. 282.

²⁴ Verslag van de vergadering van de Vereniging ‘Handelsrecht’ van 21 april 1995 over Verzekering naar komend recht naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 47.

²⁵ Dit eigen recht geldt alleen voor aansprakelijkheidsverzekeringen en kan niet worden uitgebreid naar andere verzekeringen. Het strekt zich bovendien niet uit tot aansprakelijkheidsverzekeraars in kwesties die niet beheerst worden door de (toenmalige) Wet op de Landverzekeringsovereenkomst (WLVO), zoals de maritieme verzekeringen: L. Schuermans en C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 561; Dubuisson 2003, p. 151.

²⁶ P. Colle, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 214.

²⁷ In zoverre heeft het eigen recht hetzelfde effect als art. 7:954 BW (de Nederlandse directe actie).

²⁸ Verweren die betrekking hebben op de rechtsverhouding tussen de verzekerde (de aansprakelijke partij) en de benadeelde, mogen wel worden tegengeworpen (zoals eigen schuld). Bij laatstgenoemde verweermiddelen gaat het om de vaststelling van de vordering van de benadeelde op de verzekerde, zie: Dubuisson 2003, p. 162-163.

er ook een verbod, zij het dat dan alleen de posterieure verweren niet mogen worden tegen-
geworpen. De verzekeraar heeft een regresrecht tegenover zijn verzekerde indien hij de bena-
deelde heeft vergoed en hij tegenover deze laatste niet de verweermiddelen heeft kunnen
doen gelden die hij wel had tegenover zijn verzekerde. Dit samenstel van bepalingen geeft de
benadeelde een sterke verhaalspositie. Het is neergelegd in art. 150 tot en met 152 van de Wet
betreffende de verzekeringen (WVerz.):²⁹

Eigen recht van de benadeelde

Art. 150

De verzekering geeft de benadeelde een eigen recht tegen de verzekeraar. De door de verzekeraar verschuldigde schadevergoeding komt toe aan de benadeelde, met uitsluiting van de van de overige schuldeisers van de verzekerde. Indien er meer dan één benadeelde is en het totaal bedrag van de verschuldigde schadeloosstellingen de verzekerde som overschrijdt, worden de rechten van de benadeelden tegen de verzekeraar naar evenredigheid verminderd ten belope van deze som. Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde een groter bedrag dan het aan deze toekomstige deel heeft uitgekeerd, jegens die anderen slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som.

Tegenstelbaarheid van de excepties, nietigheid en verval van recht

Art. 151

§ 1. Bij de verplichte burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekeringen kunnen de excepties, vrijstellingen, de nietigheid en het verval van recht voortvloeiend uit de wet of de overeenkomst en die hun oorzaak vinden in een feit dat zich voor of na het schadegeval heeft voorgedaan, aan de benadeelde niet worden tegengeworpen.

Indien de nietigverklaring, de opzegging, de beëindiging of de schorsing van de overeenkomst geschied is voordat het schadegeval zich heeft voorgedaan, kan zij echter aan de benadeelde worden tegengeworpen.

§ 2. Voor de andere soorten burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekeringen kan de verzekeraar slechts de excepties, de nietigheid en het verval van recht voortvloeiend uit de wet of de overeenkomst tegenwerpen aan de benadeelde persoon voor zover deze hun oorzaak vinden in een feit dat het schadegeval voorafgaat. De Koning kan het toepassingsgebied van paragraaf 1 echter uitbreiden tot de soorten van niet verplichte burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekeringen die Hij bepaalt.

Recht van verhaal van de verzekeraar op de verzekeringnemer

Art. 152

De verzekeraar kan zich, voor zover hij volgens de wet of de verzekeringsovereenkomst de prestaties had kunnen weigeren of verminderen, een recht van verhaal voorbehouden tegen de verzekeringnemer en, indien daartoe grond bestaat, tegen de verzekerde die niet de verzekeringnemer is, ten belope van het persoonlijk aandeel in de aansprakelijkheid van de verzekerde. De verzekeraar is op straffe van verval van zijn recht van verhaal verplicht de verzekeringnemer of, in voorkomend geval, de verzekerde die niet de verzekeringnemer is, kennis te geven van zijn voornemen om verhaal in te stellen zodra hij op de hoogte is van de feiten

²⁹ Wet van 4 april 2014, BS 30 april 2014. Deze wet is in werking getreden op 1 november 2014.

waarop dat besluit gegrond is. De Koning kan het recht van verhaal beperken in de gevallen en in de mate die Hij bepaalt.

Het eigen recht is in 1992 voor de aansprakelijkheidsverzekering in het algemeen ingevoerd, in art. 86 en 87 van de Wet Landverzekeringsovereenkomst (WLVO).³⁰ Deze artikelen zijn krachtens art. 3 WLVO van dwingend recht. De WLVO is in 2014 vervangen door de Wet betreffende de verzekeringen, die het grootste deel van de bepalingen van de WLVO ongewijzigd heeft overgenomen en ingevoegd in Deel 4 'De landverzekeringsovereenkomst.'³¹ De geciteerde bepalingen (artikelen 150-152 Wverz.) zijn een ongewijzigde overname van de bepalingen in de artikelen 86-88 WLVO, met uitzondering van een specificering in art. 152 WVerz. in vergelijking met art. 88 WLVO.³²

Voordat het eigen recht van de benadeelde in 1992 werd uitgebreid en veralgemeniseerd, bestond het alleen voor enkele specifieke gevallen, zoals voor een slachtoffer van een verkeersongeval veroorzaakt door een motorrijtuig³³ en voor een benadeelde van een schadegeval tegenover de verzekeraar van de aansprakelijkheid inzake brand en ontploffing in bepaalde voor het publiek gewoonlijk toegankelijke gebouwen.³⁴ Slachtoffers die op een andere wijze schade hadden geleden hadden geen eigen recht tegen de verzekeraar van de aansprakelijke partij. Zij hadden 'slechts' een voorrecht op de vergoeding die de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker op grond van de verzekeringsovereenkomst aan zijn verzekerde verschuldigd was (art. 20 sub 9 van de Hypotheekwet van 1851).³⁵ Onderkend werd echter dat in de loop van de tijd het streven naar de bescherming van de benadeelde in verband met de verzekering van aansprakelijkheid, de aanvankelijke functie van die verzekering, namelijk: vrijwaring van het vermogen van de verzekerde tegen verliezen, naar de achtergrond drong.³⁶ Om die reden is in 1992, naar voorbeeld van de Belgische WAM, in art. 86 j° 87 WLVO een eigen recht van de benadeelde geïntroduceerd waardoor deze rechtstreeks zijn schadevergoeding ontvangt, zonder dat die eerst tot het vermogen van de verzekerde heeft behoord. Het doel was identiek aan die van de WAM: voorkomen dat de rechten van het slachtoffer in gevaar zouden komen als de verzekeraar van de aansprakelijke partij zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst niet zou nakomen.³⁷ De veralgemening van het eigen recht in art. 86 WLVO betekende de opheffing van art. 20 sub 9 Hypo-

³⁰ Wet van 25 juni 1992.

³¹ T. Meurs en Y. Thiery, 'Aansprakelijkheidsverzekering: risicovolle onderneming?', in: C. Van Schoubroeck en I. Samoy (red.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 2014-2015, p. 181, noot 2.

³² Deze wijziging is opnieuw aangepast bij wet van 29 juni 2016 houdende diverse bepalingen inzake Economie (1), *BS* 6 juli 2016, err. 8 juli 2016.

³³ Vergelijkbaar met het eigen recht van het slachtoffer van een verkeersongeval dat voor de Nederlandse situatie in art. 6 WAM is geregeld.

³⁴ Geelen 2000, p. 53-54.

³⁵ In Frankrijk, waar een soortgelijk voorrecht bestond, heeft de rechtspraak hieruit een eigen recht van de benadeelde afgeleid. In België is dat niet gebeurd: H.A. Cousy, 'Titel 7.17 NBW gezien vanuit het Belgische verzekeringsrecht', in: A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman en H.A. Cousy, *Verzekering naar komend recht*. Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 235.

³⁶ Cousy & Schoorens 1994, p. 282.

³⁷ Dubuisson 2003, p. 159.

theekwet.³⁸ Later bleek de opheffing van dit artikel op een vergissing te berusten, en is art. 20 sub 9 Hypotheekwet weer ingevoerd. Dit artikel behoudt immers volledige werking en nut voor de aansprakelijkheidsverzekeringen die niet onder de WLVO vallen, thans Deel 4 WVerz., en wel onder de toepassing blijven van de wet van 11 juni 1874, thans Deel 5 WVerz. Het gaat hier bijvoorbeeld om transportverzekeringen met uitzondering van bagageverzekering, en de zee- en binnenvaartverzekering.

Rechtssubject - Onder een “benadeelde” in de zin van art. 150 WVerz. wordt verstaan het rechtssubject (en zijn rechtverkrijgenden), dat door de verwezenlijking van het risico dat zijn (hoofd)schuldenaar heeft laten verzekeren, werd benadeeld. De wettelijke omschrijving is ruim. De concrete invulling van het begrip slachtoffer geschiedt op grond van het contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Een rechtssubject wordt “benadeelde” wanneer het door toedoen van een fout/onrechtmatige daad van een ander schade heeft geleden. Het aantal rechtssubjecten dat zich in het kader van de aansprakelijkheidsverzekeringen op een rechtstreeks vorderingsrecht kan beroepen, is dus groot.³⁹ Daarnaast kunnen ook partijen die gesubrogeerd zijn in de rechten van de benadeelde, gebruik maken van het rechtstreeks vorderingsrecht.⁴⁰

Ontstaansmoment - Het eigen recht, met daaruit voortvloeiend het rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde, ontstaat op het ogenblik van de verwezenlijking van het schadegeval.⁴¹ Dat de aansprakelijkheid en de omvang van de schuld (de omvang van de schade) nog niet vaststaan, staat niet in de weg aan het ontstaan van het eigen recht. De benadeelde dient weliswaar over een opeisbare schuldvordering jegens zijn schuldenaar te beschikken, maar het feit dat de schuld wordt betwist (omdat de aansprakelijkheid van de aangesproken schuldenaar wordt betwist) en dat het bedrag van de schuld nog niet vaststaat, doet geen afbreuk aan het recht van de benadeelde om zijn rechtstreekse vordering uit te voeren.⁴²

Aanspraak tot dekking - Voor de uitoefening van het rechtstreeks vorderingsrecht is wel vereist dat op het moment van het schadegeval een verzekeringsovereenkomst bestaat tussen de aansprakelijke partij (de verzekerde/hoofdschuldenaar) en de verzekeraar.⁴³ De enkele aanwezigheid van een verzekeringsovereenkomst is in dat verband onvoldoende. De verzekerde moet een “effectieve contractuele aanspraak tot dekking” jegens zijn verzekeraar kunnen laten gelden, ook al kan de verzekeraar zich ten aanzien van de benadeelde niet op gronden van nietigverklaring of van verval van de verzekeringsovereenkomst en de daardoor geboden dekking beroepen. Het feit dat de verzekeringsovereenkomst of –dekking niet meer bestaat (op grond van de nietigverklaring, de opzegging, de beëindiging of schorsing van de overeenkomst die voor het schadegeval voltrok-

³⁸ L. Schuermans, ‘De nieuwe wet op de Landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 (slot)’, *Rechtskundig weekblad* 1992-1993, p. 738.

³⁹ Geelen 2000, p. 56-57; Colle 2010, p. 123.

⁴⁰ Colle 2011, p. 214. Dit is bij de Nederlandse directe actie niet mogelijk. Lid 7 van art. 7:954 BW staat daaraan in de weg.

⁴¹ Geelen 2000, p. 67.

⁴² Geelen 2000, p. 62.

⁴³ Memorie van Toelichting op art. 87 WLVO (thans art. 151 WVerz.): “De bedoeling van de Regeering is dus niet om van de verzekeraar een “rechtstreekse schuldenaar” te maken, los van elke stopzetting of ontbinding van de verzekeringsovereenkomst. Het bestaan en het in werking treden van de overeenkomst blijven voorwaarden voor de uitoefening van de rechtstreekse vordering vanwege de benadeelde, ondanks de wettelijke basis van de vordering”, M.v.T. , *Parl.St.* Kamer, 23 april 1991, nr. 1586/1-90/91, p. 78; Dubuisson 2003, p. 160.

ken is) kan met andere woorden steeds aan de benadeelde worden tegengeworpen. Dit moet worden onderscheiden van het al dan niet kunnen tegenwerpen van excepties aan de benadeelde.⁴⁴ De opzegging van de overeenkomst die voor het ontstaan van het schadevooral is geschied, kan derhalve aan de benadeelde worden tegengeworpen.⁴⁵ Hoewel de bepaling van art. 151 lid 1, tweede zin WVerz. niet uitdrukkelijk geldt voor niet wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat art. 87 lid 2 WLVO (thans art. 151 lid 2 WVerz.) er niet aan in de weg staat dat de verzekeraar bij een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering de verweermiddelen die betrekking hebben op het bestaan en de draagwijdte van de verzekeringsovereenkomst kan tegenwerpen aan de benadeelde.⁴⁶

Vergelijking met Nederland - Op het moment dat in België het eigen recht werd uitgebreid naar alle aansprakelijkheidsverzekeringen, is in Nederland een voorrecht geïntroduceerd van de benadeelde op de aanspraak van de verzekerde op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar tot uitkering van de verzekeringspenningen (art. 3:287 BW). Een dergelijk voorrecht werd op dat moment in België al niet meer beschouwd als effectief instrument om ervoor te zorgen dat de schade van een benadeelde daadwerkelijk werd vergoed. Zoals hiervoor bij de nadere beschouwing van de directe actie al is gememoreerd, vond de Nederlandse wetgever de veralgemenisering van het eigen recht, zoals dat in de voorstellen voor art. 6 WAM tot uitdrukking kwam, bij de invoering van het Nieuw BW per 1 januari 1992 te ver gaan als regeling voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering.⁴⁷

7.3.3. Verweermiddelenverbod

Zoals hiervoor opgemerkt, bepaalt art. 151 WVerz. dat de verzekeraar is beperkt in zijn mogelijkheden om wettelijke of conventioneel bedongen excepties, vrijstellingen, nietigheden en vervalclausules die voortvloeien uit de verhouding tussen de verzekeraar en zijn verzekerde tegenover het slachtoffer in te roepen. Het begrip “exceptie” wordt in de Belgische literatuur omschreven als een algemene term die elk verweermiddel omvat dat ertoe strekt te ontsnappen aan de uitvoering van een verbintenis wanneer deze uitvoering in rechte gevorderd wordt. Een exceptie kan betrekking hebben op het bestaan van de ingeroepen verbintenis, als op de afdwingbaarheid daarvan. Excepties kunnen ook betrekking hebben op de nietigheid of schorsing van de overeenkomst.⁴⁸ De nietigheid verwijst naar een sanctie op het niet-naleven door rechtssubjecten van de geldigheidsvoorwaarden bij de totstandkoming van een rechtshande-

⁴⁴ Geelen 2000, p. 62-63; Cass. 7 juni 2012, *NJW* 2012, afl. 269, 642, m.nt. D. Wuyts, *Pas.* 2013, afl. 1, 1314 en *RW* 2013-14, 643.

⁴⁵ Cass. 27 juni 2013, *JLMB* 2014, afl. 42, 2003, *Pas.* 2013, afl. 6-8, 1485 en *TBH* 2013, afl. 9, 943 (weergave B. Toussaint).

⁴⁶ Cass. 24 april 2014, *RW* 2014-15, afl. 30, 1188. Zie ook G. Jocqué, ‘Actualia Verzekeringsrecht’, in: T. Vansweevelt en B. Weyts (red.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, randnr. 12; M. Fontaine, *Droit des assurances*, Brussel: Larcier 2016, nr. 791.

⁴⁷ Toelichting bij het Ontwerp-Meijers (uit 1953!) bij art. 3:287 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 877: “Het ontwerp stelt voor de benadeelden een voorrecht op de vordering tegen de verzekeraar te geven. Het ontwerp wil dus niet zover gaan, als artikel 6 van het ontwerp van gemeenschappelijke bepalingen (voorstel van de Beneluxcommissie) betreffende verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen, welk artikel aan de benadeelde een eigen recht geeft. Een dergelijke bepaling moge in een regeling van verplichte verzekering passen, als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen gaat zij te ver.”

⁴⁸ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 571; Geelen 2000, p. 72-73.

ling. De nietigheidssanctie heeft tot gevolg dat de betrokken rechtshandeling ophoudt te bestaan, hetzij voor de toekomst, hetzij zowel voor het verleden als de toekomst. In de WLVO wordt de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst voorgeschreven, indien de verzekeringnemer gegevens over het risico opzettelijk heeft verzwegen of onjuist heeft meegedeeld, waardoor de verzekeraar werd misleid bij zijn beoordeling van het risico. Ook is de verzekeringsovereenkomst nietig indien deze werd gesloten tot dekking van een risico dat het op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst niet bestond of reeds verwezenlijkt was.⁴⁹ Het verval van recht wordt in de Belgische literatuur omschreven als een “wettelijke of conventionele sanctie voor een bepaald gedrag zonder dat dit gedrag noodzakelijk onverenigbaar hoeft te zijn met het vervallen subjectief recht.”⁵⁰ Het verval van recht leidt ertoe dat een partij (in casu de verzekeraar) wordt ontheven van de uitvoering van de met het vervallen recht overeenstemmende verbintenis (in casu: de verzekeringsprestatie of de verbintenis tot het bieden van dekking). Het verval van recht kan door de verzekeraar alleen nog worden toegepast in geval van het niet nakomen van een bepaalde welomschreven contractuele verplichting door de verzekerde, en voor zover de verzekeraar een oorzakelijk verband kan aantonen tussen deze tekortkoming en het schadegeval, bijvoorbeeld het niet plaatsen van een welomschreven alarm of het niet slotvast doen van een auto (art. 65 WVerz.).⁵¹ De tekortkoming van de verzekerde aan bepaalde andere verplichtingen wordt daarentegen dwingend geregeld en gesanctioneerd door de wet. Bijvoorbeeld de niet-uitvoering van de verplichtingen tot aangifte en schadebeperkingsmaatregelen wordt gesanctioneerd met een vermindering van de vergoeding ten belope van de schade die de verzekeraar hierdoor heeft geleden. Alleen in geval van bedrog is er een verval van dekking (artikelen 74-76 WVerz.). Het verval van recht in geval van het verbod om de aansprakelijkheid voor het schadegeval te erkennen volgt a contrario uit art. 149 WVerz., dat bepaalt dat het erkennen van feiten of het verstrekken van eerste geldelijke of medische hulp door de verzekerde voor de verzekeraar geen grond opleveren om dekking te weigeren.

Voor de vraag welke verweermiddelen door de verzekeraar kunnen worden ingeroepen tot afwering van de vordering, maakt de Wet betreffende verzekeringen een onderscheid tussen wettelijk verplichte en onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. Een verzekering wordt als verplicht beschouwd indien een wet, een decreet of ordonnantie of een Europese verordening een verzekeringsplicht oplegt.⁵² Elke van overheidswege opgelegde verzekering wordt als een verplichte verzekering beschouwd, dus ook een verzekering die als voorwaarde geldt om een subsidie te ontvangen of een erkenning te verkrijgen.⁵³ De Belgische Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) denkt over dit laatste anders. Voor de lijst van verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen die de FSMA jaarlijks op haar website publiceert, gelden verzekeringen die als voorwaarde worden gesteld voor het verkrijgen van subsidies of een erkenning, niet als ver-

⁴⁹ Geelen 2000, p. 73.

⁵⁰ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 571.

⁵¹ Geelen 2000, p. 74.

⁵² Ontleend aan de website van de Belgische Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA): www.fsma.be.

⁵³ Cousy & Van Schoubroeck 2002, p. 569.

plicht.⁵⁴ Contractueel opgelegde verzekeringen (bijvoorbeeld de huurdersaansprakelijkheidsverzekering) of deontologisch opgelegde verzekeringen (bijvoorbeeld voor advocaten) zijn geen wettelijk verplichte verzekeringen in de zin van art. 151 WVerz.⁵⁵ De FSMA publiceert jaarlijks een lijst met verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.⁵⁶ Wettelijk verplicht zijn onder meer de volgende (categorieën) van aansprakelijkheidsverzekeringen:

- Arbeidsongevallenverzekering⁵⁷
- WA-motorrijtuigenverzekering
- Aansprakelijkheidsverzekering spoorweginfrastructuur
- Aansprakelijkheidsverzekeringen met betrekking tot bemiddeling (zoals verzekerings- en herverzekeringbemiddeling, en bemiddeling door vastgoedmakelaars)
- Aansprakelijkheidsverzekering inzake de jacht
- Beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen voor architecten, aannemers, boekhoudkundige en fiscale beroepen, artsen, notarissen, reisorganisatoren
- Aansprakelijkheidsverzekering inzake kerninstallaties
- Aansprakelijkheidsverzekering voor organisaties die werken met vrijwilligers
- Aansprakelijkheidsverzekering voor schade aan het leefmilieu⁵⁸

Het Belgische equivalent (“b.a. privé”, of “b.a. familiale”) van de Nederlandse particuliere aansprakelijkheidsverzekering (AVP) behoort tot de niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.⁵⁹ Voor beide verzekeringen (de wettelijk verplichte en de onverplichte) geldt dat de verzekeraar de verweermiddelen die betrekking hebben op het bestaan en de draagwijdte van de verzekeringsovereenkomst, aan de benadeelde kan tegenwerpen.⁶⁰ Hieronder wordt nader ingegaan op de verschillen in de tegenwerpelijheid van verweermiddelen bij de wettelijk verplichte en onverplichte aansprakelijkheidsverzekering.

Wettelijk verplichte verzekering - Voor de wettelijk verplichte verzekering geldt het regime dat geen enkele exceptie, nietigheid of verval van recht die voortvloeien uit de wet of de overeenkomst en die hun oorzaak vinden in een feit dat zich voor of na het schadegeval⁶¹ heeft voorgedaan, tegen de benadeelde mag worden ingeroepen (art. 151 lid 1 WVerz.). Als voorbeelden wor-

⁵⁴ www.fsma.be.

⁵⁵ Dubuisson 2003, p. 157; Cousy & Van Schoubroeck 2002, p. 570.

⁵⁶ <http://www.fsma.be/nl/Site/Repository/wetteksten/verp.aspx>. Zie voor een overzicht tevens: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016, p. 452-467.

⁵⁷ In België is dit niet meer een aansprakelijkheidsverzekering maar een ongevallenverzekering: Cass. 14 januari 2013, *Pas.* 2013, afl. 1, 77, *RW* 2013-14, afl. 31, 1234, *TGR-TWVR* 2014, afl. 1, 55, m.nt. A. de Visscher en *T.Verz.* 2014, afl. 3, 289. Niettemin wordt algemeen aanvaard dat deze verzekering nog karaktertrekken vertoont van een aansprakelijkheidsverzekering, zodat een regeling gelijkaardig aan voorheen art. 86-87 WLVO en thans de artikelen 150-152 WVerz. van toepassing is op de arbeidsongevallenverzekering: Dubuisson 2003, p. 152. Hoewel deze verzekering wordt georganiseerd door private verzekeringsondernemingen, wordt ze wel beschouwd als een onderdeel van het sociale zekerheidsrecht.

⁵⁸ Zie voor de volledige lijst van verplichte verzekeringen: <http://www.fsma.be/nl/Site/Repository/wetteksten/verp.aspx>.

⁵⁹ Van Schoubroeck 2014, p. 84.

⁶⁰ Cass. 7 juni 2012, *NJW* 2012, afl. 269, 642, m.nt. D. Wuyts, *Pas.* 2013, afl. 1, 1314, en *RW* 2013-14, 643.

⁶¹ Gedefinieerd als de “verwezenlijking van de schade”: Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 575; Cass. 27 juni 2013, *JLMB* 2014, afl. 42, 2003, *Pas.* 2013, afl. 6-8, 1485, *TBH* 2013, afl. 9, 943 (weergave B. Toussaint).

den hierbij genoemd een onjuiste opgave van het risico, een verzwijging van een risicoverzwaren, een in de polis omschreven grove schuld of de schorsing van dekking wegens premiewanbetaling.⁶² Ook indien het schadegeval door de verzekerde opzettelijk is veroorzaakt, moet de verzekeraar vergoeden. Hij mag dit bij de verplichte verzekering niet aan de benadeelde tegenwerpen.⁶³ De nietigverklaring, opzegging, beëindiging of schorsing van de overeenkomst voor het schadegeval zijn aan de benadeelde wel tegenwerpelijk (art. 151 par. 1 lid 2 WVerz.). Het bestaan en het in werking treden van de verzekeringsovereenkomst blijven voorwaarden voor de uitoefening van de rechtstreekse vordering door de benadeelde, zo is in de parlementaire geschiedenis benadrukt.⁶⁴ De benadeelde kan derhalve geen aanspraken laten gelden tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar indien de verzekeringsovereenkomst het risico niet dekt, of wanneer voor het ontstaan van de schade een einde is gekomen aan de verzekeringsovereenkomst.⁶⁵ Een uitzondering hierop geldt voor de bedongen vrijstelling die krachtens de wet (art. 151 lid 1, eerste zin WVerz.) in geval van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering niet tegenwerpelijk is aan de benadeelde.

Onverplichte verzekering - Voor de onverplichte verzekering geldt dat de verzekeraar de excepties, de nietigheid en het verval van recht voortvloeiend uit de wet of overeenkomst slechts aan de benadeelde kan tegenwerpen, indien en voor zover deze hun oorzaak vinden in een feit dat het schadegeval *voorafgaat*, de zogenoemde anterieure verweermiddelen.⁶⁶ Tot de anterieure verweermiddelen worden gerekend het beroep op verzwijging van een relevante omstandigheid bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, of het niet melden van een tussentijdse risicoverzwaren of een schorsing van de dekking wegens het niet tijdig betalen van de premies. De verweermiddelen die hun oorzaak vinden in een feit daterend van *na* het schadegeval (de zogenoemde posterieure verweermiddelen), kunnen, net als bij de verplichte verzekering, niet worden tegengeworpen aan de benadeelde.⁶⁷ De reden om de “knip” (welke verweermiddelen wel tegen te werpen en welke niet?) te leggen bij het moment van het schadegeval, houdt verband met de veronderstelling dat het eigen recht ontstaat op het moment van het schadegeval. De benadeelde kan, aldus de Belgische rechtsleer, niet meer rechten uit de verzekeringsovereenkomst verkrijgen dan de verzekerde jegens de verzekeraar bezit op het ogenblik van dat schadegeval. Alle verweermiddelen die er tot dat moment zijn, kunnen worden tegengeworpen. Later ontstane excepties kunnen niet tegengeworpen worden.⁶⁸ Deze redenering vertoont gelijkenissen met hetgeen Robben heeft betoogd voor de rechtsfiguur van de *action directe*. Zij heeft betoogd dat de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde op het moment van het schadegeval wordt gefixeerd. Verweermiddelen die hun oorzaak vinden in feiten die na het schadegeval zijn opgekomen, tasten de gefixeerde rechtsverhouding niet meer aan.⁶⁹ In Zwitserland gaat men van een

⁶² Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 572.

⁶³ Van Schoubroeck 2014, p. 84.

⁶⁴ Cousy & Schoorens 1994, p. 284-285.

⁶⁵ H.A. Cousy, ‘Pikante details over een beruchte driehoeksverhouding: de rechtstreekse vordering in de aansprakelijkheidsverzekering,’ in: K. Bernauw e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 441-443; Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 573; Fontaine 2016, nr. 786.

⁶⁶ Memorie van Toelichting bij art. 87 LVO: Cousy & Schoorens 1994, p. 284.

⁶⁷ M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel: Larcier 2011, p. 523; Meurs & Thiery 2014, p. 95.

⁶⁸ Dubuisson 2003, p. 167-168; Colle 2010, p. 123.

⁶⁹ Robben 1993, p. 63.

soortgelijke redenering uit, op grond waarvan de benadeelde bij de uitoefening van het rechtstreeks vorderingsrecht (waarin de ontwerpregelgeving voorziet) geen posterieure verweermiddelen tegengeworpen kan krijgen (zie hierna par. 7.6).

Tot de posterieure verweermiddelen worden onder meer gerekend het beroep van de verzekeraar op het niet nakomen van de verplichting van de verzekerde om de gevolgen van het schadegeval te voorkomen of te beperken. Het gaat hier om een te late melding van het verwezenlijkte risico (de schadeveroorzakende gebeurtenis), schending van de schadebeperkingsplicht, en een erkenning van aansprakelijkheid door een verzekeringnemer jegens het slachtoffer.⁷⁰ Zoals hiervoor al aan de orde kwam, kan de verzekeraar bij een onverplichte verzekering, net zoals bij de verplichte verzekering, verweermiddelen tegenwerpen die betrekking hebben op het bestaan en de draagwijdte van de verzekeringsovereenkomst. Voor wettelijk verplichte overeenkomsten is dat bepaald in art. 151 lid 1 tweede zin, WVerz. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat, hoewel art. 151 lid 1, tweede zin WVerz. niet uitdrukkelijk geldt voor de onverplichte verzekeringen, art. 87 lid 2 WLVO (thans art. 151 lid 2 WVerz.) er niet aan in de weg staat dat de verzekeraar ook bij een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering dit verweermiddel aan de benadeelde tegenwerpt.⁷¹

Opzet - Of een beroep op opzet van de verzekerde in de niet-verplichte verzekeringen als een anterieur of posterieur verweermiddel moet worden beschouwd, bestond geruime tijd onduidelijkheid.⁷² Het is een belangrijke vraag, nu het antwoord daarop bepalend is voor de vraag of het bij de niet-verplichte verzekering wel of niet aan het slachtoffer kan worden tegengeworpen.⁷³ In de rechtspraak heeft hierover geruime tijd onduidelijkheid bestaan. Zo oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 24 oktober 2000 dat de zware fout in de zin van “de staat van alcoholintoxicatie die oorzaak of medeoorzaak is van het ongeval”, “geen feit is dat aan het schadegeval voorafgaat waardoor de excepties, de nietigheid en het verval van recht, voortvloeiend uit de wet of de overeenkomst, aan de benadeelde persoon kan worden tegengeworpen.”⁷⁴ In een arrest van 5 december 2000 heeft het Hof van Cassatie impliciet geoordeeld dat opzet aan het schadegeval vooraf gaat, zodat het een anterieur verweermiddel betreft.⁷⁵ In het arrest van 18 november 2011 heeft het Hof van Cassatie bevestigd, in een zaak betreffende een verzekering BA privé leven, dat een opzettelijke fout in de zin van art. 87 lid 2 WLVO een feit is dat aan het schadegeval voorafgaat.⁷⁶

Met betrekking tot de zware fout heeft het Hof van Cassatie in 2007 de leer van het arrest van 24 oktober 2000 bevestigd. Opnieuw kwam het hof tot het oordeel dat alcoholintoxicatie geen feit is dat aan het schadegeval voorafgaat, zodat het op dit feit berustende verval van recht niet aan de benadeelde kon worden tegengeworpen.⁷⁷ Uiteindelijk is het Hof in 2012 omgegaan en

⁷⁰ Zie voor rechtspraak over dit verweer: KH Bergen 28 oktober 1999, *JLMB* 2000, 983; KH Brussel 25 mei 1993, *TBH* 1994 309.

⁷¹ Cass. 24 april 2014, *RW* 2014-15, afl. 30, 1188; Fontaine 2016, nr. 791.

⁷² Naar Belgische terminologie wordt een beroep op opzet beschouwd als een verval van dekking.

⁷³ Bij de wettelijk verplichte verzekering kan het *niet* worden tegengeworpen, zie ook: Cass. 10 mei 1988, *R.W.*, 1988-89, 609.

⁷⁴ Cass. 24 oktober 2000, *TBH* 2001, 166.

⁷⁵ Cass. 5 december 2000, *De Verz.* 2001, 256, *RW* 2001-02, 276.

⁷⁶ Cass. 18 november 2011, *Pas.* 2011, 2554, *RW* 2013-14, 781.

⁷⁷ Cass. 25 mei 2007, *Pas.* 2007, 1004, *RW* 2008-09, 494, m.nt. Van Schoubroeck.

oordeelde bij arrest van 26 juni 2012 dat de staat van alcoholintoxicatie die oorzaak of medeoorzaak is van een ongeval, wel een feit is dat aan het schadegeval voorafgaat, waardoor de verzekeraar het hierop gesteunde verweer aan de benadeelde kan tegenwerpen in een niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekering, op grond van art. 151 par. 2 lid 1 WVerz.⁷⁸ Dit arrest is met instemming ontvangen in de literatuur. De uitspraak van het Hof van Cassatie van 24 oktober 2000 werd unaniem als een 'faux pas' beschouwd omdat de oorzaak (alcoholintoxicatie) vooraf gaat aan het schadegeval.⁷⁹ De slotsom is dat een beroep op opzet alleen als het gaat om een wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekering niet aan de benadeelde kan worden tegengeworpen. Recent vond dit toepassing in het kader van de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor architecten.⁸⁰ Dat de verzekeraar in een dergelijk geval verplicht is tot uitkering, wordt niet als een uitzondering beschouwd op het beginsel dat verzekeren van opzet niet is toegestaan.⁸¹ Dit betekent tegelijkertijd dat een beroep op opzet wel kan worden tegengeworpen aan een slachtoffer dat ageert op grond van een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering.⁸² Hierbij past wel de kanttekening dat het begrip opzet in België beperkter wordt uitgelegd dan in Nederland, zodat er minder gevallen onder vallen dan in Nederland. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van van 24 april 2009⁸³, zoals bevestigd bij arrest van het Hof van Cassatie van 26 oktober 2011⁸⁴, is het Hof van Cassatie immers van oordeel dat de opzettelijke fout in de zin van art. 8 lid 1 WLVO (thans art. 62 lid 1 WVerz.), die de dekking van de verzekeraar uitsluit, die is welke de wil inhoudt om schade te veroorzaken en niet gewoon de wil om het risico op schade te creëren. Wil de verzekeraar zich succesvol kunnen beroepen op bevrijding van dekking dan volstaat het dat de schade gewild werd. Zodra die voorwaarde vervuld is, is de fout opzettelijk, zelfs als de aard of de omvang van de schade niet als dusdanig door de pleger was beoogd. Een situatie van 'voorwaardelijk opzet' valt in België niet meer onder de reikwijdte van het begrip 'opzet' en is daarmee gewoon verzekeraar. Zoals hiervoor in par. 5.2.2 aan de orde kwam, is in Nederland nog steeds onduidelijk of voorwaardelijk opzet binnen het bereik van de opzetclausule valt, die in iedere aansprakelijkheidsverzekering is opgenomen. In zowel de literatuur als de rechtspraak lopen de meningen daarover uiteen. Naar verwachting zal derhalve een groter aantal slachtoffers van misdrijven in België effectief een rechtstreeks vorderingsrecht jegens de verzekeraar van de dader kunnen uitoefenen dan in Nederland.⁸⁵

⁷⁸ Cass. 26 juni 2012, *RW* 2012-13.

⁷⁹ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 576; Dubuisson 2003, p. 168.

⁸⁰ Cass. 4 oktober 2013, *Pas* 2013, 1850, *NJW* 2014, 459.

⁸¹ Meurs & Thiery 2014, p. 181, noot 3.

⁸² Dubuisson 2003, p. 168-169.

⁸³ Cass. 24 april 2009, *Arr. Cass.* 2009, 1111, *TBH* 2010, 56, m.nt. H. Cousy, *T. Verz.* 2010, 38, m.nt. J.L. Fagnart, *RABG* 2010, 1308, m.nt. D. Wuyts en *NjW* 2009, 635, m.nt. G. Jocqué.

⁸⁴ Cass. 26 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2348, *NjW* 2012, 214, m.nt. G. Jocqué en *RGAR* 2012, 14891.

⁸⁵ Aangenomen dat de verzekeringsdichtheid van de 'b.a. privé' of b.a. familiale in België min of meer vergelijkbaar is met die van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering in Nederland.

Uitbreidingsmogelijkheid - De Koning heeft krachtens art. 152 WVerz. de mogelijkheid het toepassingsgebied van paragraaf 1 (het verbod tot het tegenwerpen van wettelijke en contractuele excepties) uit te breiden tot categorieën van de niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen die de Koning bepaalt. In de toelichting valt over deze mogelijkheid te lezen:

“Een maximum aan soepelheid werd bijgevolg bewaard omdat in deze materie de uitvoerende macht best geplaatst is om de noden van elk type van verzekering voor burgerlijke aansprakelijkheid te beoordelen, bijgestaan door de Controledienst voor de Verzekeringen [...]. Het is inderdaad niet mogelijk de toewijzing van de schadevergoeding van de benadeelde op eenzelfde manier te regelen, gezien de grote verschillen die momenteel op de verzekeringsmarkt inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid bestaan. Denken we bijvoorbeeld enerzijds aan de verplichte verzekering voor de burgerlijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen en anderzijds aan de verzekering voor de burgerlijke aansprakelijkheid voor produktschade in hoofde van de fabrikanten.”⁸⁶

De mogelijkheid tot uitbreiding naar categorieën van de onverplichte aansprakelijkheidsverzekering die art. 152 WVerz. biedt, is tot nu toe nog niet benut.⁸⁷ Wel is in de literatuur betoogd dat het opportuun zou zijn van deze uitbreidingsmogelijkheid gebruik te maken voor de aansprakelijkheidsverzekering “familiale” (de Belgische variant van de AVP).⁸⁸ Ook is door de Commissie voor Verzekeringen voorgesteld het verweermiddelenverbod (gedeeltelijk) toepasselijk te maken op de niet verplichte particuliere aansprakelijkheidsverzekering, teneinde te bewerkstelligen dat ook voor deze verzekeringen de excepties van opzet en grove fout door een minderjarige niet kunnen worden tegengeworpen aan de slachtoffers. Hierin is opgemerkt dat men hiermee tegemoetkomt aan het aspect van slachtofferbescherming en men gaat niet in tegen de wettelijke regel dat opzet niet verzekeraar is.⁸⁹ Sommige leden van de Commissie achtten het wenselijk de regeling uit te breiden tot alle (niet verplichte) aansprakelijkheidsverzekeringen.⁹⁰

Regresrecht - Vanwege de beperking van de verweermiddelen, is in art. 152 WVerz. (art. 88 WLVO) een regresrecht van de verzekeraar op de verzekeringnemer gecreëerd indien de verzekeraar op basis van de wet of de overeenkomst een verweer had kunnen invoeren.⁹¹

Rechtvaardiging - De vraag is gerezen of het onderscheid in de behandeling van een benadeelde onder een verplichte aansprakelijkheidsverzekering en een onverplichte, discriminatoir is. Deze vraag is ontkennend beantwoord, in een hoger beroep tegen een vonnis waarbij de familiale verzekeraar (de particuliere aansprakelijkheidsverzekeraar) werd veroordeeld tot vergoeding van de schade geleden door de benadeelden ten gevolge van een verkeersongeval veroorzaakt door

⁸⁶ Cousy & Schoorens 1994, p. 285.

⁸⁷ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 575.

⁸⁸ Dubuisson 2003, p. 169.

⁸⁹ Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011, p. 3-4; Advies Commissie van Verzekeringen, Brussel 30 juni 2003, DOC C/2000/18, p. 12.

⁹⁰ Advies Commissie van Verzekeringen, Brussel 30 juni 2003, DOC C/2000/18, p. 17.

⁹¹ Dit regresrecht is vergelijkbaar met het recht dat is neergelegd in art. 15 van de Nederlandse WAM.

de fout van de fietser die op dat moment onder invloed was van alcohol. Volgens het Arbitragehof is het onderscheid niet discriminatoir en levert het geen schending op van art. 10 en 11 Grondwet.⁹² Het Arbitragehof motiveerde de uitspraak door erop te wijzen dat wanneer een verzekeringsplicht wordt opgelegd, de wetgever geacht wordt gehandeld te hebben om redenen van algemeen belang. In dat geval wordt een van het gewone recht afwijkende regel dat de verzekeraar bepaalde verweermiddelen niet mag tegenwerpen aan de benadeelde, redelijkerwijze verantwoord door dezelfde overwegingen van algemeen belang.⁹³ Ter motivering van het niet-discriminatoir karakter van dit onderscheid is ook wel gewezen op het feit dat het onderscheid is gebaseerd op een objectief criterium. De verzekeringen die verplicht zijn gesteld, zijn dat hetzij vanwege de doelstelling van slachtofferbescherming, hetzij omdat het risico waartegen zij beschermen een catastrofaal karakter heeft (brand of explosie op publieke plaatsen), hetzij omdat de schadelijke gevolgen een interventie vragen in het algemeen belang (zoals de verkeersongevallen).⁹⁴ Vanwege de “bekommernis om de slachtoffers te beschermen [is] in de verzekeringen die verplicht zijn gesteld, de niet-tegenstelbaarheid van de verweermiddelen er veel guller.”⁹⁵ Dit onderscheid in behandeling is door de wetgever voorts gemotiveerd door erop te wijzen dat bij verplichte verzekeringen “een grotere soepelheid” vereist zou zijn.⁹⁶ Voor zover valt na te gaan, ontbreekt een verdere toelichting of verantwoording voor het onderscheid.

Doctrine wil verdergaande bescherming benadeelde - In de Belgische rechtsliteratuur is herhaaldelijk ter discussie gesteld of er, naar de huidige maatschappelijke inzichten, een rechtvaardiging bestaat voor de wezenlijke verschillen in verhaalspositie van slachtoffers die kunnen ageren op basis van een verplichte verzekering (opzet niet tegen te werpen) en slachtoffers die uitsluitend een actie hebben op basis van een onverplichte verzekering (opzet wel tegen te werpen). Dit pleidooi is gemotiveerd door te wijzen op de maatschappelijke evolutie waarbij de nadruk is komen te liggen op meer individualisme, meer assertiviteit, opkomen voor het eigen recht en de duidelijke tendens om slachtoffers van geweld te beschermen:

“Vloeit uit de sociale taak van de verzekering niet voort dat deze verzekering zich inschrijft in een maatschappelijke evolutie? Duidelijk is dat de bescherming van de dader van fraude of van crimineel veroorzaakte schade in onze samenleving terecht niet kan of mag worden getoleerd. Onze samenleving evolueert evenwel ook naar meer individualisme, meer assertiviteit, opkomen voor eigen recht, “je nooit laten doen”, zo nodig zelfs instaan voor je (wettelijke) zelfverdediging. Tegelijkertijd is er een duidelijke tendens om slachtoffers van geweld te beschermen.”⁹⁷ [onderstreping toegevoegd]

En verder:

⁹² Arbitragehof nr. 167/2004, 28 oktober 2004.

⁹³ Schuermans & Van Schoubroeck 2015, p. 575.

⁹⁴ Dubuisson 2003, p. 155.

⁹⁵ Aldus Fontaine 2011, p. 520.

⁹⁶ Aldus de Memorie van Toelichting bij art. 87 WLVO, p. 118, te kennen uit: Geelen 2000, p. 76; Cousy & Schoorens 1994, p. 283.

⁹⁷ Van Schoubroeck 2005, p. 828-829; Van Schoubroeck 2004, p. 200-201.

“Aanvaardt [onze samenleving] dan nog dat het strijdig is met de goede zeden of de openbare orde dat de dader de financiële gevolgen van deze daden niet kan afwentelen op een verzekeraar? [...] Specifiek voor de aansprakelijkheidsverzekering rijst de vraag of onze samenleving nog langer een onderscheid tussen benadeelden aanvaardt, al naargelang zij aanspraak kunnen maken op tussenkomst op grond van een verplichte dan wel een niet verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Een veralgemening van de niet-inroepbaarheid tegen de benadeelde van opzettelijk[e] veroorzaakte schadegevallen, met een mogelijkheid van (beperkt) regres zou aan de maatschappelijke tendens tegemoet kunnen komen.”⁹⁸ [onderstreping toegevoegd]

De veralgemenisering van de niet-tegenwerpelijkheid tegen de benadeelde van opzettelijk veroorzaakte schadegevallen kan worden bewerkstelligd door een wetswijziging, maar ook door gebruik te maken van de mogelijkheid die de wet reeds biedt, namelijk de bevoegdheid van de Belgische koning om de bepaling inzake het verweermiddelenverbod van de verplichte verzekering, van toepassing te verklaren op een bepaalde categorie van de onverplichte verzekering. In dat verband is, zoals hiervoor al bleek, bepleit het toepassingsgebied van art. 152 WVerz. uit te breiden naar de ‘b.a. familiale’ (de Belgische variant van de AVP).⁹⁹

7.3.4. Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie

Het wezenlijke onderscheid tussen het Nederlandse en het Belgische systeem zit in het verbod dat het Belgische systeem kent voor aansprakelijkheidsverzekeraars om bepaalde verweermiddelen aan het slachtoffer tegen te werpen. Dit verweermiddelenverbod betekent dat in het Belgische verzekeringsrecht dat ziet op de algemene aansprakelijkheidsverzekering is aanvaard dat wettelijke en contractuele verweermiddelen een relatieve werking kunnen hebben. Zij werken wel in de contractuele verhouding met de aansprakelijke verzekerde, maar niet in de verhouding tot het slachtoffer. De verzekeraar is dan extern (richting het slachtoffer) tot betaling verplicht, terwijl hij dat intern (in de verhouding met de verzekerde) niet is. Deze relatieve werking was al aanvaard voor de Belgische pendant van de WAM waarin een verbod is opgenomen om wettelijke en contractuele verweren aan het slachtoffer tegen te werpen, maar is in 1992 uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Voor zover bekend, hebben verzekeraars in België zich niet verzet tegen deze veralgemenisering van het verweermiddelenverbod. We zullen hierna zien, dat deze veralgemenisering (in meer of mindere mate) ook heeft plaatsgevonden in Frankrijk, Duitsland en Zwitserland (naar ontwerprecht). Ook in de PEICL is de relatieve werking van verweermiddelen voor de aansprakelijkheidsverzekering aanvaard (zie par. 7.2.1). Via de *quick scan* was al gebleken dat een algeheel verweermiddelenverbod geldt voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering in Denemarken/Finland/Zweden en waarschijnlijk ook Spanje. In deze landen kan de verzekeraar het slachtoffer van een misdrijf niet tegenwerpen dat het schadevoval opzettelijk is veroorzaakt (zie par. 7.1).

Het argument van slachtofferbescherming lijkt bepalend te zijn geweest voor de veralgemenisering van het rechtstreekse vorderingsrecht in combinatie met de beperking in het tegenwerpen van verweren. Dit argument heeft ook relevantie voor de Nederlandse situatie. Hiervoor

⁹⁸ Van Schoubroeck 2005, p. 828-829; Van Schoubroeck 2004, p. 200-201.

⁹⁹ Dubuisson 2003, p. 169.

kwam aan de orde dat de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering in de afgelopen decennia steeds meer op de voorgrond is komen te staan, en mede ten grondslag heeft gelegen aan de invoering in 2006 van de directe actie voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Er is toen voor gekozen niet in te grijpen in de mogelijkheid van de verzekeraar om verweermiddelen tegen te werpen. De directe actie moest er alleen voor zorgen dat als er een aanspraak uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst bestond, de penningen terecht kwamen waar zij hoorden, namelijk bij de benadeelde. Hiervoor is al toegelicht dat een juridische rechtvaardiging voor het verschil in verhaalspositie tussen slachtoffers van gemotoriseerd verkeer die (met art. 6 en 11 WAM) een sterke positie hebben, en slachtoffers die anderszins schade lijden, ontbreekt. Die rechtvaardiging ontbreekt ook voor het verschil in verhaalspositie tussen slachtoffers van strafbare feiten (die *de facto* geen gebruik kunnen maken van de directe actie) en slachtoffers die schade lijden door een andere gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is (zoals medische fouten en arbeidsongevallen/beroepsziekten). Uit de parlementaire behandeling van art. 7:954 BW blijkt niet dat de wetgever zich dit onderscheid heeft gerealiseerd.

Algemeen werd onderkend dat de omstandigheid dat de verzekeraar niet meer alle excepties kan tegenwerpen die hij tegen de verzekerde kon laten gelden (behoudens regres), de positie van de verzekeraar kan verzwaren ten opzichte van het voorheen geldende stelsel. Deze omstandigheid werd door het Hof van Cassatie beschouwd als een bijkomstigheid¹⁰⁰, een “accessoir aspect dat niet opweegt tegen de wil van de wetgever.”¹⁰¹ Het Hof van Cassatie heeft verder benadrukt dat art. 86 WLVO (thans art. 150 WVerz.) in wezen de verplichtingen van de verzekeraar niet wijzigt en geen nieuwe aansprakelijkheidsregel invoert. Art. 86 WLVO geeft een procedurereguleerend strekt er hoofdzakelijk toe de afwikkeling van schadegevallen te vereenvoudigen en de benadeelde te beschermen tegen het onvermogen van de verzekerde.¹⁰²

Het feit dat de Belgische wet de mogelijkheid biedt om het algehele verbod om verweeren aan het slachtoffer tegen te werpen dat geldt bij de verplichte verzekering (waaronder het verweer dat de verzekerde met opzet heeft gehandeld) uit te breiden tot bepaalde categorieën van de onverplichte verzekering, betekent dat in België de niet-tegenwerpelijkheid van opzet niet noodzakelijkerwijs verbonden moet zijn met een verplichte verzekering. Dat ondersteunt de eerdere conclusie in dit onderzoek dat er geen juridisch inhoudelijke argumenten zijn op grond waarvan een verweermiddelenbeperking als hier voorzien (verbod voor de verzekeraar om zich jegens een slachtoffer van een strafbaar feit op opzet te beroepen) alleen mogelijk zou zijn in de context van een verplichte verzekering.

Betere verhaalspositie slachtoffer misdrijf – De artikelen 151 en 152 WVerz. brengen mee dat de verzekeraar in geval het slachtoffer aanspraak maakt op een uitkering onder een wettelijk *verplichte* aansprakelijkheidsverzekering aan het slachtoffer niet kan tegenwerpen dat de schade met opzet is veroorzaakt. Indien het misdrijf begaan is met een motorvoertuig, of in het kader van de beroepsuitoefening waar een verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering geldt, heeft het slachtoffer dus een goede verhaalspositie via de verzekeraar van de dader.

¹⁰⁰ Geelen 2000, p. 68.

¹⁰¹ Hof van Cassatie 6 oktober 2000, verslag Hof van Cassatie 2001, 61, *RW* 2000-01, 516. Het ging in deze procedure om de vraag of de regeling van art. 86 en 87 WLVO onmiddellijke werking had.

¹⁰² Geelen 2000, p. 69; Cousy & Van Schoubroeck 2002, p. 566-567.

Dat is anders voor het slachtoffer van een strafbaar feit waarvoor de algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering geldt. De algemene aansprakelijkheidsverzekering is in België, net als in Nederland, niet wettelijk verplicht.¹⁰³ Dat betekent dat de verzekeraar de verweermiddelen kan tegenwerpen voor zover deze hun oorzaak vinden in een feit dat het schadegeval vooraf is gegaan. Hiertoe behoort opzet van de verzekerde. Hoewel slachtoffers van een misdrijf onder het Belgische recht, net als in Nederland, opzet tegengeworpen kunnen krijgen, is hun positie verzekeringsrechtelijk wel beter dan een slachtoffer in Nederland. De verzekeraar mag hen immers geen verweermiddelen tegenwerpen die hun oorzaak vinden in een feit dat zich na het schadegeval heeft voorgedaan (zoals het in weerwil van de contractuele bepalingen erkennen van aansprakelijkheid, te late schademelding en het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht). Daarnaast ligt in de Belgische wet reeds nu de mogelijkheid besloten dat de niet-tegenwerpelijkheid van opzet ook voor de niet verplichte algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering gaat gelden. Dat betekent dat de wetgever bij het in het leven roepen van die mogelijkheid de keuze heeft gemaakt dat de niet-tegenwerpelijkheid van opzet ook bij onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen in de kern aanvaardbaar is. Niettegenstaande het onderscheid tussen de wettelijke verplichte en de onverplichte aansprakelijkheidsverzekering, is in België bovendien een duidelijke tendens in de rechtsliteratuur zichtbaar waarin wordt gepleit voor afschaffing van het onderscheid in positie tussen slachtoffers die kunnen ageren op basis van een verplichte verzekering en zij die “slechts” een actie hebben op basis van een onverplichte verzekering. Gelet op de huidige maatschappelijke visie op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering en op de tendens naar de bescherming van slachtoffers van geweld, is gepleit voor een veralgemenisering van de niet-inroepbaarheid tegen de benadeelde van opzettelijk veroorzaakte schadegevallen, om aan de maatschappelijke tendens tegemoet te komen.¹⁰⁴ In dit kader is ook relevant dat in particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen in België opzet van minderjarigen tot 16 jaar (soms tot 18 jaar) gewoon verzekeren.¹⁰⁵ Er is ook een advies van de Commissie voor Verzekeringen, een Belgisch adviesorgaan voor de minister, waarin de verzekeraars zich akkoord verklaard hebben om opzet van minderjarigen tot 14 jaar verplicht te dekken op de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Aan dat advies is tot op heden evenwel geen wetgevend gevolg gegeven.¹⁰⁶

7.4. Frankrijk

Dit deel van het rechtsvergelijkend onderzoek is verricht door C. Van Schoubroeck, hoogleraar verzekeringsrecht aan de Katholieke Universiteit Leuven.

¹⁰³ Zie de lijst van verplichte verzekeringen op www.fsma.be.

¹⁰⁴ Door Van Schoubroeck, Dubuisson en Callewaert. Zie daarover uitgebreid par. 2.6.

¹⁰⁵ Zie daarover par. 5.2.1.

¹⁰⁶ Zie daarover par. 5.2.1.

7.4.1. Functie aansprakelijkheidsverzekering

Algemene lijnen Frans verzekeringsrecht - Codes des assurances (hierna Cc), Boek I Contract, Titel I Regels gemeenschappelijk aan schadeverzekeringen en persoonsverzekeringen bepaalt in art. L113-1:

“Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.”¹⁰⁷

Eigen vertaling:

“Het verlies en de schade veroorzaakt door toeval of door de fout van de verzekerde zijn ten laste van de verzekeraar, behoudens formele en beperkte uitsluiting in de polis. Echter, de verzekeraar is niet gehouden voor het verlies en de schade afkomstig van een opzettelijke of bedriegelijke fout van de verzekerde.”

Artikel 113-1, lid 2 Cc betreffende de faute intentionnelle (opzettelijke fout) geldt voor alle verzekeringen en wordt geacht van openbare orde te zijn.¹⁰⁸ De faute intentionnelle wordt beschouwd als een wettelijke uitsluiting.¹⁰⁹ Met betrekking tot de interpretatie van de faute intentionnelle staat voorop dat er geen wettelijke definitie van bestaat. Het Hof van Cassatie heeft bepaald dat de feitenrechter soeverein beslist of er in de concrete zaak een faute intentionnelle is begaan, doch het Hof van Cassatie kan toetsen of de beslissing conform is aan artikel L113-1 Cc.¹¹⁰ Uit de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt dat de faute intentionnelle niet alleen vereist dat de dader bewust een daad heeft gesteld maar er moet ook aangetoond worden dat hij bewust de schade beoogde die zich heeft voorgedaan:

“d'une part que le comportement de son auteur ait été volontaire et, d'autre part que ce comportement ait été adopté afin de provoquer le dommage au bien ou à la personne.”¹¹¹
“la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu; le dommage que l'assuré a recherché en commentant l'infraction.”¹¹²

¹⁰⁷ Tot de wetwijziging in 1981 bepaalde atikel L113-1 Cc het volgende: “Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.” De literatuur geeft niet aan dat de weglating van de bewoordingen “nonobstant toute convention contraire” (“niettegenstaande ieder andersluidend beding”) invloed heeft op de interpretatie. Overigens, omdat de bepaling geacht wordt van openbare orde te zijn, heeft dit wellicht geen gevolgen.

¹⁰⁸ J. Kullmann (red.), *Lamy assurances 2014*, z.p.: Wolters Kluwer 2014, p. 94, nr. 172 (hierna : Lamy); Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Parijs: Précis Dalloz 2011, p. 305, nr. 388.

¹⁰⁹ Lambert-Faivre 2011, p. 303, nr. 383; p. 305, nr. 387.

¹¹⁰ Inzake de normatieve controle kende de rechtspraak van het Hof van Cassatie wel een evolutie. Zie Lamy 2014, p. 487, nr. 1302-1305.

¹¹¹ Lamy 2014, p. 95, nr. 173 en p. 486, nr. 1299.

Over de invulling in concrete gevallen van de beide vereisten en vooral het vereiste van “la volonté de créer le dommage tel qu’il est survenu” bestaat er geen eenduidigheid in de rechtspraak. De rechtsleer merkt wel op dat de rechters eerder nadruk leggen op het onderzoek naar de wil van de dader om de schade te veroorzaken (“Qu’il s’agisse de connaissance, de conscience ou de recherche, le juge doit se livrer à une analyse psychologique de l’auteur de la faute”)¹¹³.

Beperkte uitleg opzet - De rechtsleer is het er wel over eens dat aan het begrip *faute intentionnelle* een enge interpretatie toekomt. Zo wordt opgemerkt dat in de rechtspraak slechts zelden wordt weerhouden dat de verzekerde schade aan het slachtoffer heeft willen veroorzaken, behoudens in gevallen van echtelijk geweld of andere vormen van geweld (“il est excessivement rare que l’assuré ait voulu causer un dommage à la victime, sauf en cas de démente, de jalousie conjugale au autres hypothèses de violences”).¹¹⁴ Opzettelijke fout in de zin van artikel L113-1 Cc is een autonoom begrip. Het is niet omdat de strafrechter oordeelt dat een bepaalde daad een opzettelijk misdrijf is (*infraction pénale intentionnelle*), dat deze beslissing gezag van gewijsde heeft voor de beoordeling van de opzettelijke fout in de zin van artikel L113-1 Cc. Een strafrechtelijke inbreuk op een opzettelijk misdrijf impliceert op zich niet dat er ook een *faute intentionnelle* in de zin van artikel L113-1 Cc is begaan.¹¹⁵

Persoonlijk karakter faute intentionnelle - Art. L113-1, lid 2 Cc bepaalt: “Toutefois, l’assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d’une faute intentionnelle ou dolosive de l’assuré”. Indien er opzet in hoofde van de verzekerde is aangetoond, is de verzekeraar niet tot vergoeding gehouden is.¹¹⁶ Het Franse recht kent niet het persoonlijk karakter van de opzettelijke fout zoals dat in België en Nederland bestaat, zijnde in de enige betekenis dat enkel degene die de opzettelijke schade heeft veroorzaakt geen aanspraak kan maken op dekking. Het gevolg van de *faute intentionnelle* is dat de verzekeraar het schadegeval niet ten laste neemt. Het gaat volgens het Hof van Cassatie om een afwezigheid van verzekering (*absence d’assurance*) die gevolgen heeft ten aanzien van allen (*à l’égard de tous*). Dit betekent dat het kan ingeroepen worden ten aanzien van een medeverzekerde van eenzelfde risico, of ten aanzien van de benadeelde die een rechtstreekse vordering (*action directe*) uitoefent (zie ook *infra*).¹¹⁷ In geval van verzekering voor rekening waar de verzekerde een andere persoon is dan de verzekeringnemer, is in welbepaalde omstandigheden de *faute intentionnelle* van de verzekeringnemer niet inroepbaar tegen de verzekerde en vice versa.¹¹⁸ Niettemin moet artikel L113-1, lid 2 Cc samen gelezen worden met Article L121-2 Cc. Dit artikel L121-2 bepaalt: “L’assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l’assuré est civilement res-

¹¹² Lamy 2014, p. 487, nr. 1305; S. Bertolaso, *Assurances terrestres, Contrat d’assurance, Le risque, objet du contrat*, JurisClasseur Civil Annexes, V° Assurances, mise à jour 24 novembre 2015, nr. 63 (www.lexisnexis.com.fr); Lambert-Faivre 2011, p. 304, nr. 385.

¹¹³ Lamy 2014, p. 488, nr. 1306. Zie betreffende de rechtspraak Lamy, p. 490, nr 1316 ev; Bertolaso 2015, nr. 63 à 66, nr. 64 ; L. Mayaux, ‘La couverture du risque’, in J. Bigot (red.), *Le contrat d’assurance*, LGDJ: Parijs 2014, p 807-820.

¹¹⁴ Lamy 2014, p. 488, nr. 1307.

¹¹⁵ Bertolaso 2015, nr. 63 à 66, nr. 66; Lambert-Faivre 2011, p. 304, nr. 385.

¹¹⁶ Lamy 2014, p. 485, nr. 1297.

¹¹⁷ Mayaux 2014, p. 828, nr. 16669; G. Jocqué, ‘Opzet en grove fout in rechtsvergelijkend perspectief’, in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 155.

¹¹⁸ Mayaux 2014, p. 823-826, nr. 1662-1665 in verband met verzekering voor rekening.

ponsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes". Vrije vertaling: "De verzekeraar is gehouden het verlies en de schade te dekken die is veroorzaakt door personen waarvoor de verzekerde burgerrechtelijk aansprakelijk is op basis van artikel 1384 BW, wat ook de aard of de zwaarte van de fout van deze personen is."

Dit artikel 1384 BW regelt de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders ten aanzien van de minderjarige kinderen, aansteller ten aanzien van aangestelden en onderwijzers ten aanzien van leerlingen. Het Hof van cassatie heeft de toepassing van artikel L121-2 uitgebreid tot andere situaties van aansprakelijkheid van personen voor andermans daad.¹¹⁹ Bijgevolg zal de verzekeraar niettegenstaande een verzekerde een opzettelijke fout heeft begaan, toch de schade moeten vergoeden op basis van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de verzekerde-ouder, aangestelde of onderwijzer.¹²⁰

Grondslag niet-dekking van faute intentionnelle - De Franse literatuur en rechtspraak verantwoordt traditioneel de wettelijke uitsluiting van de faute intentionnelle op technische en morele gronden. De technische verantwoording is de afwezigheid van een alea in de uitvoering van de overeenkomst.¹²¹ Zie bijvoorbeeld Cour de cassation, Chambre civile 2, 20 Novembre 2014, n° 13-22.727, 1732.¹²² Daarnaast spelen ook overwegingen van openbare en goede zeden.¹²³ Mayaux onderschrijft de wettelijke uitsluiting van de faute intentionnelle maar nuanceert meer de onderliggende morele en technische overwegingen.¹²⁴

Lambert-Faivre merkt op dat sommige rechtspraak het begrip faute intentionnelle zeer eng gaat interpreteren (door een absolute samenvallen te vereisen tussen de beoogde schade en de gerealiseerde schade) om op die wijze toch voor meerdere gevallen de verzekeringsdekking te behouden. Hoewel ze deze *démarge* vanuit het oogpunt van de vergoeding van de slachtoffers begrijpt, oordeelt ze toch dat deze moet worden verworpen. Zij stelt dat bij gebreke aan een alea, het risico niet gedekt kan zijn ("si la volonté délictueuse de causer un dommage était prouvée, il n'y a plus d'alea dans la mise en jeu de la responsabilité, objet du contrat; et faute d'alea, le risque ne doit pas être garanti").

¹¹⁹ Bertolaso 2015, nr. 69; Lambert-Faivre 2011, p. 309, nr. 396 en p. 309-314.

¹²⁰ Lamy 2014, p. 96, nr. 179; Bertolaso 2015, nr. 67-71; Jocqué 2011, p. 155.

¹²¹ Lambert-Faivre 2011, p. 309, nr. 394.

¹²² "3°) ALORS, en toute hypothèse, QUE si l'alea est de l'essence du contrat d'assurance, sa disparition en cours de contrat ne peut être sanctionnée que dans les hypothèses prévues par le législateur, soit, en matière d'assurance de responsabilité, en cas de faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ; qu'une telle faute n'est caractérisée que par la volonté de l'assuré de commettre le dommage tel qu'il est survenu, et non pas seulement de créer le risque de ce dommage; qu'en déchargeant les sociétés GFA et Generali Assurances IARD de leur obligation de garantie à compter du 3 mai 2001 par des motifs impropres à établir que les sociétés SOCOMI et ITM avaient eu la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles 1964 du code civil et L. 113-1 du code des assurances."

http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T23443983452&format=GNBFULL&sort=DATE-DECISION,D,H,COURT-SORT,A,H,THEME,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T23443973692&cisb=22_T23443983457&treeMax=true&treeWidth=0&csi=268081&docNo=1

¹²³ Bertolaso 2015, nr. 62; Lamy 2014, p. 497-500.

¹²⁴ Mayaux 2014, p. 828-834.

Deze auteur wijst op de paradox dat de slachtoffers ingeval van faute intentionnelle geen vergoeding krijgen. Ze merkt evenwel op dat de slachtoffers die lichamelijke schade lijden beroep kunnen doen op bepaalde fondsen, zoals het Fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions (dat ook geldt bij verkeersongevallen).¹²⁵

7.4.2. Directe actie / eigen recht

De rechtstreekse vordering van de benadeelde tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar is ontstaan in de rechtspraak doch later wettelijk vastgelegd in artikel L124-3 Cc. Voor wat betreft de toepassingsvoorwaarden blijft de rechtspraak niettemin belangrijk. Article L124-3 Cc (ingevoegd in 2007) bepaalt: "Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable. L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré."

L'action directe houdt in dat de benadeelde zich rechtstreeks kan wenden tot de aansprakelijkheidsverzekeraar en dat deze verzekeraar de vergoeding rechtstreeks betaalt aan de benadeelde en niet via de omweg van het vermogen van de verzekerde.¹²⁶ L'action directe ontstaat op het ogenblik van het voorvallen van de schade.¹²⁷ L'action directe komt toe aan allen die een vordering tot vergoeding hebben tegen de verzekerde-aansprakelijke, zowel rechtstreekse slachtoffers en hun rechthebbenden die schade lijden door weerkaatsing (en afgeleid recht), als de gesubrogeerden.¹²⁸ Hoewel lange tijd het vereiste gold dat de verzekerde in het geding tussen de benadeelde en de verzekeraar moest worden betrokken, meent de rechtsleer dat dit volgens de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie niet meer noodzakelijk is.¹²⁹

7.4.3. Verweermiddelenverbod

De algemene regel is dat de aansprakelijkheidsverzekeraar ten aanzien van de benadeelde de voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst kan tegenwerpen, evenals de verweren die hij tegen de verzekerde zou kunnen invoeren. De grondslag voor dit principe wordt gelegd in artikel L112-6 Cc juncto voornoemd artikel L124-3 Cc. Artikel L122-6 CC bepaalt dat de verzekeraar ten aanzien van de derde die het voordeel van de polis invoert, de verweren kan tegenwerpen die hij tegen de oorspronkelijke onderschrijver kan invoeren. Het Hof van Cassatie oordeelt dat het recht van de benadeelde tegen de verzekeraar van de aansprakelijke zijn bron en maat vindt in de verzekeringsovereenkomst en dit recht aldus enkel betrekking kan hebben op de vergoeding zoals ze is bedongen, bepaald en beperkt in het contract.¹³⁰ Sommige rechtsleer merkt wel op dat deze door het Hof van Cassatie gegeven grondslag moeilijk verzoenbaar is met de beslissing van het Hof

¹²⁵ Lambert-Faivre 2011, p. 309, nr. 394, p. 319-329, p. 297, p. 702, nr. 861.

¹²⁶ Lamy 2014, p. 566, nr. 1533-1534.

¹²⁷ Lamy 2014, p. 571, nr. 1550.

¹²⁸ Lamy 2014, p. 567, nr. 1542.

¹²⁹ Lamy 2014, p. 569-570.

¹³⁰ Lamy 2014, p. 575, nr. 156; Mayaux 2014, p. 130, nr. 267.

om aan l'action directe een grotere autonomie te geven.¹³¹ De faute intentionnelle in de zin van artikel L113-1 Cc is tegenwerpelijk ten aanzien van de benadeelde die zijn action direct uitoefent.¹³²

Zoals hiervoor reeds vermeld, volgt deze tegenwerpelijkheid ten aanzien van de benadeelde uit het feit dat de faute intentionnelle de afwezigheid van verzekering impliceert. Tot zover bekend, maakt de literatuur geen onderscheid al naargelang de aansprakelijkheidsverzekering wettelijk verplicht is of niet.

Op de algemene regel dat de verweren uit de overeenkomst tegenwerpelijk zijn aan de benadeelde, bestaan uitzonderingen op grond van een wettelijke bepaling of de cassatierechtpraak.¹³³ Voor zover bekend, hebben deze door de wet of de rechtspraak bepaalde uitzonderingen op de tegenwerpelijkheid ten aanzien van de benadeelde geen betrekking op de faute intentionnelle. Zie bijvoorbeeld:

- Art. R124-1 Cc dat stelt dat de particuliere aansprakelijkheidsverzekeraar geen verval van dekking kan inroepen tegen de benadeelde die gesteund is op een tekortkoming van de verzekerde ná het schadegeval. Art. R124-1 Cc bepaalt: "Les polices d'assurance garantissant des risques de responsabilité civile doivent prévoir qu'en ce qui concerne cette garantie aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droit. Elles ne doivent contenir aucune clause interdisant à l'assuré de mettre en cause son assureur ni de l'appeler en garantie à l'occasion d'un règlement de sinistre. (...)." ¹³⁴ De zogenoemde posterieure verweermiddelen kunnen dus niet aan de benadeelde worden tegengeworpen.
- In de verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen zijn de gevallen van niet-tegenwerpelijkheid opgesomd in art. R211-3 Cc. De faute intentionnelle is daarin niet opgenomen.¹³⁵ Dit is in het kader van een binnen de EU geüniformeerde regeling een opmerkelijke afwijking. Voor het Nederlandse art. 11 WAM heeft het Benelux-Gerechtshof uitgemaakt dat opzet ook valt onder het verweermiddelenverbod van art. 11 WAM, in welk verband het Hof heeft gewezen op de totstandkomingsgeschiedenis en de bedoeling van de wet.¹³⁶ Het eigen recht van het slachtoffer van een verkeersongeval veroorzaakt door een motorvoertuig, kan dus niet gefrustreerd worden door opzet van de aansprakelijke persoon.¹³⁷

¹³¹ Lamy 2014, p. 577, nr. 1565.

¹³² Lamy 2014, p. 577, nr. 1565; Lambert-Faivre 2011, p. 549, nr. 703, 3 : "(...) l'assureur peut invoquer la faute intentionnelle et toute exclusion conventionnelle formelle et limitée dans la police."

¹³³ Lamy 2014, p. 567, nr. 1538, p. 575-578.

¹³⁴ Lambert-Faivre 2011, nr. 704; zie een gelijksoortige bepaling voor de luchtvaartverzekering: art. R175-5.

¹³⁵ Art. R211-13 Cc stelt : "Ne sont pas opposables aux victimes ou à leurs ayants droit:

1° La franchise prévue à l'article L. 121-1 ;

2° Les déchéances, à l'exception de la suspension régulière de la garantie pour non-paiement de prime;

3° La réduction de l'indemnité applicable conformément à l'article L. 113-9;

4° Les exclusions de garanties prévues aux articles R. 211-10 et R. 211-11. (...)."

¹³⁶ Benelux-Gerechtshof 19 februari 1988, NJ 1988, 677, rov. 23.

¹³⁷ Zie ook Robben 2015, p. 330.

- In de verplichte verzekering kabelbaan (*l'assurance des engins de remontée mécanique*) geldt art. R220-6 Cc. De *faute intentionnelle* is niet opgenomen in de opsomming.¹³⁸

Wel is het zo dat posterieure verweermiddelen niet kunnen worden tegengeworpen aan de benadeelde.¹³⁹ Het beroep op opzet is, zoals eerder aan de orde kwam, geen posterieur, maar een anterieur verweermiddel.

7.4.4. Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie

Het Franse en Nederlandse recht vertonen op het punt van de directe actie en de tegenwerpelijke van verweermiddelen grote gelijkenissen. De directe actie wordt beschouwd als een mogelijkheid voor de benadeelde om zich direct te wenden tot de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker, en dat deze verzekeraar rechtstreeks aan de benadeelde betaalt en niet via de omweg van het vermogen van de verzekerde. Voor de verweermiddelen geldt dat deze, net als in Nederland, in beginsel tegenwerpelijk zijn aan de benadeelde. Wel zijn in de Franse wet en rechtspraak uitzonderingen aanvaard op dit beginsel. Zo is aanvaard dat posterieure verweermiddelen die gebaseerd zijn op een tekortkoming van de verzekerde na het schadegeval niet tegenwerpelijk zijn aan de benadeelde. Daarmee staat de situatie in Frankrijk wat dat betreft op dezelfde lijn als in België en Zwitserland (ontwerpwet), waar ook de posterieure verweermiddelen niet kunnen worden tegengeworpen.¹⁴⁰

7.5. Duitsland

7.5.1. Functie aansprakelijkheidsverzekering

In Duitsland vormt het 'Gesetz über den Versicherungsvertrag' (VVG) de wettelijke basis voor de privaatrechtelijke regeling van de aansprakelijkheidsverzekering. Lange tijd heerste de opvatting dat het belangrijkste doel van de aansprakelijkheidsverzekering de bescherming van het vermogen van de verzekerde vormde tegen aanspraken van derden. In die driehoeksverhouding (verzekeraar, verzekeringnemer en derde) was de voornaamste taak van de verzekeraar om gegronde aanspraken te voldoen en daarmee de verzekeringnemer te bevrijden van zijn schuld (de "Freistellungsanspruch"), en om ongegronde aanspraken af te weren ("Rechtsschutzanspruch"), zie ook art. 100 en 101 VVG.¹⁴¹ Later is dat doel veranderd en heeft de andere functie van de aansprakelijkheidsverzekering, de bescherming van de benadeelde, aan betekenis gewonnen. Dit heeft ertoe geleid dat de positie van de derde in de loop der tijd is ver-

¹³⁸ Artikel R220-6 Cc bepaalt: "Ne sont pas opposables aux victimes ou à leurs ayants droit:

1° La franchise prévue à l'article L. 121-1;

2° La réduction de l'indemnité applicable conformément à l'article L. 113-9. (...)"

¹³⁹ Basedow/Fock 2002, p. 541, met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak aldaar.

¹⁴⁰ Zie ook Robben 1993, p. 63 die voor de rechtsfiguur van de directe actie bepleit dat hieraan inherent is dat de verzekeraar zich niet kan beroepen op feiten en omstandigheden die de dekkingsverhouding hebben veranderd na het schadegeval.

¹⁴¹ W.Th. Schneider 'Allgemeine haftpflichtversicherung' in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2015, p. 1286-1287; M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymans Verlag 2009, p. 350.

sterkt.¹⁴² Voorbeelden daarvan zijn dat de derde bij faillissement van de verzekeringnemer zijn aanspraak buiten het faillissement om kan afwikkelen (art. 110 VVG).¹⁴³ Ook kan de verzekeringnemer tegenover de derde niet vrij beschikken over de uit te keren verzekeringspenningen. Beschikkingshandelingen ten nadele van de derde zijn nietig ten opzichte van de derde (art. 108 VVG).¹⁴⁴ Bij wettelijk verplichte verzekeringen is de positie van de derde nog sterker (art. 113 e.v. VVG). Op de genoemde artikelen wordt hierna verder ingegaan. Deze veranderde opvatting over de functie van de aansprakelijkheidsverzekering past in een internationale tendens van streven naar de verbetering van de positie van slachtoffers. Deze tendens is ook waarneembaar in Zwitserland, België en Nederland.

7.5.2. Directe actie / eigen recht

Onverplichte verzekeringen - De benadeelde heeft onder het huidige Duitse recht bij onverplichte verzekeringen in beginsel geen rechtstreekse aanspraak tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij.¹⁴⁵ Het Duitse recht hanteert zowel een materieel als procesrechtelijk “Trennungsprinzip” waarbij van elkaar worden onderscheiden de rechtsverhouding tussen de verzekeringnemer en de verzekeraar (de zogenoemde “Deckungsverhältnis”) en de rechtsverhouding tussen de benadeelde derde en de verzekeringnemer (de zogenoemde “Haftplichtverhältnis”). Deze twee verhoudingen staan zelfstandig naast elkaar en de derde kan bij een vrijwillige aansprakelijkheidsverzekering niet rechtstreeks de verzekeraar van de schadeveroorzaker tot betaling aanspreken.¹⁴⁶ Hij zal ofwel de schadeveroorzaker moeten aanspreken, ofwel de vordering van de schadeveroorzaker op diens verzekeraar moeten overnemen.¹⁴⁷ De derde heeft wel een mogelijkheid de verzekeraar rechtstreeks te benaderen als er een benadeling van zijn rechten dreigt. Daarbij valt te denken aan de situatie dat de verzekeraar de dekking heeft afgewezen en de verzekeringnemer hier niet (tijdig) tegen ageert, of als de vordering van de verzekeringnemer tegen de verzekeraar dreigt te verjaren.¹⁴⁸

Dat is anders bij faillissement van de verzekerde. In dat geval bepaalt art. 110 VVG dat de benadeelde aanspraak kan maken op een “abgesonderte Befriedigung aus dem Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers”. Art. 110 VVG luidt als volgt:

“Ist über das Vermögen des Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der Dritte wegen des ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs abgesonderte Befriedigung aus dem Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers verlangen.”

¹⁴² Schneider 2015, p. 1287; Wandt 2009, p. 342.

¹⁴³ Dit loopt dan in eerste instantie wel via de curator en niet rechtstreeks met de verzekeraar, maar de vordering wordt buiten de boedel om afgewikkeld.

¹⁴⁴ Koch 2016, p. 153.

¹⁴⁵ Th. Langheid e.a., *Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung. Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2016, p. 739.

¹⁴⁶ Wandt 2009, p. 357-358.

¹⁴⁷ Wandt 2009, p. 367; Langheid 2016, p. 740.

¹⁴⁸ Langheid 2016, p. 740; K. Höra (red.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2013, p. 632.

In vrije vertaling komt dit erop neer dat de benadeelde in het faillissement van de verzekeringnemer aanspraak kan maken op een separate afdoening (buiten het faillissement om) uit de verzekeringspenningen.¹⁴⁹ Dit loopt dan in eerste instantie via de curator en niet rechtstreeks met de verzekeraar, maar van belang is dat de vordering buiten de faillissementsboedel om wordt afgewikkeld.¹⁵⁰ Vergelijk ook art. 106 lid 1 VVG, waarin is bepaald dat als de vordering van de derde al voor faillissement in een onherroepelijke uitspraak of een (vaststellings)overeenkomst is vastgelegd, de derde de verzekeraar rechtstreeks kan aanspreken tot betaling.¹⁵¹ Deze mogelijkheid om buiten de boedel om af te wikkelen, is niet beperkt tot vorderingen die zien op vergoeding van personenschade, zoals bij art. 7:954 BW het geval is. De benadeelde met andere schade dan personenschade heeft in het Duitse recht bij faillissement van de verzekerde aldus een betere positie dan de benadeelde met zaakschade of zuivere vermogensschade in Nederland. Die heeft weliswaar een voorrecht op grond van art. 3:287 BW, maar de afwikkeling van zijn vordering loopt via de boedel en de curator. Dat betekent dat hij lang moet wachten op zijn vergoeding. Bovendien moet hij meedelen in de faillissementskosten. De positie van de benadeelde onder Duits recht lijkt op die van een separatist: de afwikkeling vindt buiten het faillissement plaats.

Buiten faillissement kan de benadeelde zich ter zake van schadevergoeding uitsluitend wenden tot de aansprakelijke partij. Indien er tussen deze twee partijen geen vergelijk mogelijk is over de schadevergoeding, dan zal de benadeelde een procedure moeten starten tegen de aansprakelijke partij. De verzekeraar is geen partij bij die procedure, maar kan wel de regie voeren ten behoeve van de verzekerde.¹⁵² Als aansprakelijkheid vast te staan, zal in een separate procedure de dekkingsverhouding moeten worden vastgesteld. Onder omstandigheden is de verzekeraar gebonden aan de vaststellingen in de aansprakelijkheidsprocedure, voor zover deze van invloed zijn op de dekkingsverhouding.¹⁵³

Verplichte verzekeringen – De positie van de benadeelde bij de verplichte verzekering is veel sterker dan bij de onverplichte verzekering. Voor verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen kent het Duitse recht een wettelijk kader, dat is neergelegd in de artikelen 113-124 VVG. Het wettelijk kader regelt onder meer een rechtstreekse actie voor de derde op de verzekeraar, een relatieve werking van verweermiddelen, een bepaling over de (minimum) omvang van de dekking (art. 114 VVG) en bepaalde verplichtingen van de derde (art. 119 VVG).¹⁵⁴ Een belangrijke bepaling is art. 115 VVG, waarin in de leden 1 tot en met 3 genoemde situaties voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering een rechtstreekse “aanspraak” (“Direktanspruch”) is neergelegd. Een dergelijke rechtstreekse aanspraak gold al langer voor de Duitse WAM, waar men er goede ervaringen mee heeft opgedaan. Dat heeft geleid tot een uitbreiding van deze mogelijk-

¹⁴⁹ “Freistellungsanspruch” is de “Leistungsanspruch des Versicherungsnehmers in der Haftpflichtversicherung.”

¹⁵⁰ Langheid 2016, p. 752-754.

¹⁵¹ Koch 2016, p. 154.

¹⁵² Schneider 2015, p. 1358-1359.

¹⁵³ Schneider 2015, p. 1365-1366.

¹⁵⁴ Wandt 2009, p. 363.

heid tot de in art. 115 VVG genoemde gevallen.¹⁵⁵ Art. 115 VVG luidt, voor zover relevant, als volgt:

„Der Dritte kann seinen Anspruch auf Schadenersatz auch gegen den Versicherer geltend machen,

1. wenn es sich um eine Haftpflichtversicherung zur Erfüllung einer nach dem Pflichtversicherungsgesetz bestehenden Versicherungspflicht handelt oder
2. wenn über das Vermögen des Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist oder rein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden ist oder
3. wenn der Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt ist.

Der Anspruch besteht im Rahmen der Leistungspflicht des Versicherers aus dem Versicherungsverhältniss und, soweit eine Leistungspflicht nicht besteht, im Rahmen des par. 117 Abs. 1 bis 4. Der Versicherer hat den Schadenersatz in Geld zu leisten. Der Versicherer und der Ersatzpflichtige Versicherungsnehmer haften als Gesamtschuldner.“

Art. 115 VVG biedt de benadeelde in drie gevallen een rechtstreekse actie. Ten eerste als het om verzekeringplichten gaat die vallen onder het “Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter” (het “Pflichtversicherungsgesetz”).¹⁵⁶ Deze wet is de Duitse pendant van de Nederlandse WAM.¹⁵⁷ Zoals gezegd bestond voor deze gevallen al langer de mogelijkheid de verzekeraar van de schadeveroorzaker direct aan te spreken. Ten tweede geldt de rechtstreekse actie in geval van aanvraag van het faillissement van de verzekeringnemer of de verzekerde (lid 2) en ten derde in het geval dat de verblijfplaats van de verzekeringnemer onbekend is (lid 3).¹⁵⁸ Deze twee laatstgenoemde mogelijkheden bestaan ook voor verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen die niet vallen onder het Pflichtversicherungsgesetz (dus buiten de Duitse pendant van de WAM).¹⁵⁹ De rechtstreekse actie bij verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen in Duitsland strekt zich dus niet, anders dan bijvoorbeeld in België, zonder meer uit tot alle gevallen waarin een verplichte verzekering geldt. Bij de totstandkoming van art. 115 VVG had de wetgever de wens om de rechtstreekse actie voor alle verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen te laten gelden, zonder de beperkingen van de huidige leden 2 en 3.¹⁶⁰ De gedachte daarachter was dat dit een betere bescherming bood aan de derde benadeelde, en dat bovendien de vertrouwensrelatie die in sommige gevallen bestaat tussen derde en verzekeringnemer niet wordt aangetast, zoals bij arts-patiënt-verhoudingen het geval is, alsmede bij advocaat-cliënt-verhoudingen. Het Duitse parlement heeft deze keuze niet willen volgen maar wilde de rechtstreekse aanspraak alleen toestaan voor de gevallen waarin er in de praktijk problemen rijzen,

¹⁵⁵ Wandt 2009, p. 368.

¹⁵⁶ Wandt 2009, p. 368 en p. 376.

¹⁵⁷ Koch 2016, p. 155.

¹⁵⁸ Wandt 2009, p. 368-369.

¹⁵⁹ Höra 2013, p. 631-632.

¹⁶⁰ Höra 2013, p. 630-631.

zoals bij faillissement van de verzekeringnemer en bij onbekendheid van diens verblijfplaats.¹⁶¹ Deze aangebrachte beperking is in de Duitse rechtsliteratuur bekritiseerd.¹⁶²

Over de aard van de rechtstreekse actie wordt aangenomen dat de derde geen aanspraak geldend maakt die uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeit. Hij maakt de aanspraak uit onrechtmatige daad tegen de veroorzaker geldend, die zich tegelijkertijd richt tegen de verzekeraar.¹⁶³ Dit laatste is mogelijk omdat een belangrijk kenmerk van de Direktanspruch is dat de verzekeraar en de verzekerde hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de benadeelde (art. 115 VVG).¹⁶⁴ De Direktanspruch maakt de verzekeraar jegens de derde tot medeschuldenaar, naast de schadeveroorzaker.¹⁶⁵ In zoverre wijkt het Duitse recht dus af van de directe actie in Nederland. In Nederland is de heersende opvatting over de directe actie dat deze geen hoofdelijkheid doet ontstaan.¹⁶⁶ Indien niet voldaan is aan de voorwaarden van art. 115 VVG, dan heeft de derde alleen een *afgeleide* aanspraak op de verzekeraar. Dit is het geval indien de vordering van de verzekeringnemer op de verzekeraar is gecedeerd aan de derde, of indien hij op een andere manier het recht van de verzekeringnemer op de verzekeraar heeft verkregen, of in geval van faillissement (zie art. 110 VVG).¹⁶⁷

De Direktanspruch geldt, met inachtneming van het bepaalde in art. 115 VVG, alleen voor verplichte verzekeringen. Onder verplichte verzekeringen in de zin van art. 113 VVG worden niet alleen verplichtingen verstaan die bij wet in formele zin worden opgelegd, maar ook verzekeringsplichten die voortvloeien uit wetten in materiële zin of uit EU-verordeningen.¹⁶⁸ Welke aansprakelijkheidsverzekeringen zijn verplicht? Het uitgangspunt in Duitsland is dat in het verzekeringsrecht net als in de rest van het privaatrecht de contractsvrijheid geldt, en het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering op vrijwillige basis gebeurt. Toch zijn er de afgelopen jaren in toenemende mate op meerdere terreinen wettelijke verplichtingen in het leven geroepen tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Deze verplichte verzekeringen hebben de bescherming van de derde als primair doel, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de wettelijke bepalingen omtrent de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen (art. 113-124 VVG).¹⁶⁹ Dat dit het primaire doel is van de verplichte verzekeringen wordt afgeleid uit de omstandigheid dat er bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen een verweermiddelenverbod voor de verzekeraar geldt om zich jegens de derde op verweren uit de verzekeringsovereenkomst of de wet te beroepen (zie art. 116 VVG, waarover hierna meer). De verzekeraar heeft in deze gevallen waarin hij aan de derde moet uitkeren, terwijl hij dat niet had hoeven doen als er geen verplichte verzekering was geweest, een regresrecht op de verzekeringnemer.

¹⁶¹ Langheid 2016, p. 769-770.

¹⁶² E.R. Prölss en A. Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, Beckliche Kurz-Kommentare, Band 14, München: Verlag C.H. Beck 2015, p. 733; Schneider 2015, p. 1377 en p. 1382.

¹⁶³ Langheid 2016, p. 771-772; Prölss/Martin 2015, p. 735.

¹⁶⁴ Schneider 2015, p. 1384.

¹⁶⁵ Wandt 2009, p. 367-368; Langheid 2016, p. 773-774; Schneider 2015, p. 1384.

¹⁶⁶ Zie kritisch daarover: Verstijlen 2009, p. 1632; Franken 2011, p. 126.

¹⁶⁷ Koch 2016, p. 154-155.

¹⁶⁸ Langheid 2016, p. 760-762.

¹⁶⁹ Schneider 2015, p. 1376-1377; Koch 2016, p. 137 en 142; Langheid 2016, p. 762.

Om die reden is het “gerechtvaardigd te concluderen dat het doel van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering primair gelegen is in de bescherming van het slachtoffer.”¹⁷⁰

Zowel op federaal niveau als op het niveau van de “Bundesländer” is er een substantieel aantal verplichtingen tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Een dergelijke verplichting geldt niet voor de algemene particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Er gelden op federaal niveau in ieder geval verzekeringsplichten voor de aansprakelijkheid voor het bezit van motorrijtuigen (Kraftfahrzeuge), voor dieren of wapens, voor het verrichten van gevaarlijke activiteiten (vliegtuigmaatschappijen, spoorwegmaatschappijen, jagers) en voor “freiberufliche”, zoals makelaars, advocaten en notarissen.¹⁷¹ Op het niveau van de “Bundesländer” gelden er verzekeringsplichten voor de aansprakelijkheid van onder meer architecten, ingenieurs, medische beroepen en voor de aansprakelijkheid van leerlingen en vrijwilligers.¹⁷²

7.5.3. Verweermiddelenverbod

Art. 117 VVG, dat alleen geldt voor de rechtstreekse actie van de derde in het kader van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen,¹⁷³ geeft een regeling voor hetgeen rechtens geldt in de verhouding tussen verzekeraar en derde, in die gevallen waarin de dekkingsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer “verstoord”, of “ziek” is.¹⁷⁴ Daarmee wordt bedoeld op de situatie dat de verzekeraar zich jegens de verzekeringnemer op een wettelijk of contractueel verweer kan beroepen op grond waarvan de verzekeraar “Leistungsfrei” is, vrij is van verplichting. Dit kan zich voordoen in het geval de verzekeringnemer bepaalde verplichtingen niet is nagekomen, zoals een tijdige melding van het schadevoorzorg, een (niet gemelde) risicoverzorg of het niet betalen van de (vervolg)premie.¹⁷⁵ Het gaat hierbij dus zowel om de zogenoemde anterieure en posterieure verweren. Art. 117 VVG bepaalt dat, hoewel de verzekeraar jegens de verzekeringnemer “Leistungsfrei” is, de verplichting van de verzekeraar jegens de benadeelde blijft bestaan. Deze bepaling komt erop neer dat de verzekeraar zich niet kan beroepen op de verweermiddelen die hij jegens de verzekerde wel kan inroepen. Art. 117 VVG luidt, voor zover relevant, als volgt:

“(1) Ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung dem Versicherungsnehmer gegenüber ganz oder teilweise frei, so bleibt gleichwohl Seine Verpflichtung in Ansehung des Dritten bestehen.”

(2) (...)

(3) In den Fällen des Absatzes 1 und 2 ist der Versicherer nur im Rahmen der vorgeschriebenen Mindestversicherungssumme und der von ihm übernommenen Gefahr zur Leistung verpflichtet. Er ist leistungsfrei, soweit der Dritte Ersatz seines Schadens von ei-

¹⁷⁰ Koch 2016, p. 142.

¹⁷¹ Zie voor een overzicht van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen in Duitsland: Koch 2016, p. 479-493. Zie ook: Höra 2013, p. 630.

¹⁷² Zie voor een overzicht van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen in Duitsland: Koch 2016, p. 479-493.

¹⁷³ Prölss/Martin 2015, p. 737.

¹⁷⁴ Terminologie afkomstig van Langheid 2016, p. 783.

¹⁷⁵ Langheid 2016, p. 783.

nem anderen Schadenversicherer oder von einem Sozialsversicherungsträger erlangen kann.

(4) (...)

(5) Soweit der Versicherer den Dritten nach den Absätzen 1 bis 4 befriedigt und ein Fall des par. 116 nicht vorliegt, geht die Forderung des Dritten gegen den Versicherungsnehmer auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Dritten geltend gemacht werden.”

Uit art. 117 lid 1 VVG in combinatie met art. 115 lid 1 VVG, lijkt te volgen dat de verzekeraar bij een verplichte verzekering geen enkel verweer voortvloeiend uit de verzekeringsovereenkomst of de wet aan de derde kan tegenwerpen. Dat is echter niet zo. Verweren die zien op de omvang van de verzekeringsdekking, dus de vraag welke risico's onder de verzekering zijn gedekt, vallen niet onder het verweermiddelenverbod (lid 3). Deze kunnen aan de benadeelde worden tegengeworpen. Als voorbeeld van een risico-uitsluiting waar de verzekeraar zich jegens de derde wel op kan beroepen, is in de literatuur het opzettelijk veroorzaken van het schadegeval genoemd.¹⁷⁶ De verzekeraar kan met andere woorden opzet van de verzekerde wel tegenwerpen aan de benadeelde, nu dat risico niet gedekt is in de verzekeringsovereenkomst.¹⁷⁷ Opzettelijke veroorzaking van het schadegeval is als risico uitgesloten en is dus niet een “von ihm übernommenen Gefahr”, als bedoeld in art. 117 lid 3 VVG.¹⁷⁸ Deze situatie wijkt af van hetgeen in Frankrijk geldt. Ook daar geldt weliswaar dat opzet tegenwerpelijk is aan de benadeelde, maar die tegenwerpelijkheid ten aanzien van de benadeelde volgt uit het feit dat opzet de afwezigheid van verzekering impliceert.¹⁷⁹ Deze situatie wijkt ook af van het Belgische recht, waar bij de verplichte verzekering geen enkel verweermiddel ontleend aan de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde, aan de benadeelde kan worden tegengeworpen (zowel de posterieure als de anterieure verweermiddelen). Onder de anterieure verweermiddelen wordt ook het beroep op opzet begrepen (zie hiervoor par. 7.3.3).

Verder geldt de beperking dat de prestatieplicht (lees: de uitkeringsplicht) van de verzekeraar er uitsluitend is tot aan de minimaal verzekerde som. Voor zover de vordering van de derde dat bedrag overstijgt, kunnen de verweermiddelen wel tegen de benadeelde worden ingeroepen.¹⁸⁰ Uit art. 117 lid 3 VVG blijkt bovendien dat de verplichting van de verzekeraar jegens de benadeelde een subsidiair karakter heeft.¹⁸¹ Vindt vergoeding op andere wijze plaats dan is de aansprakelijkheidsverzekeraar bevrijd van zijn betalingsverplichting (“Leistungsfrei”). Art. 117 lid 3 VVG noemt in dat verband met name een schadeverzekering aan de zijde van de benadeelde zelf. Dat betekent dat als de benadeelde een eigen schadeverzekering heeft afgesloten die dekking biedt tegen schade als gevolg van een misdrijf van een ander, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader niet meer hoeft uit te keren. Of dit een voor de benadeelde bevredigende gang van

¹⁷⁶ Schneider 2015, p. 1383; Langheid 2016, p. 783.

¹⁷⁷ Wandt 2009, p. 366.

¹⁷⁸ Wandt 2009, p. 366.

¹⁷⁹ Zie par. 7.4.3.

¹⁸⁰ Hetzelfde geldt voor art. 11 WAM.

¹⁸¹ Prölss/Martin 2015, p. 746.

zaken is, kan worden betwijfeld. Deze vraag komt hierna uitgebreid aan de orde, in par. 11.4.2 en 11.4.3.

Art. 117 VVG brengt mee dat de verzekeraar in de genoemde gevallen gehouden is aan de benadeelde moet uitkeren, terwijl hij daartoe jegens de verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst niet gehouden is. De verzekeraar heeft voor hetgeen hij aan de benadeelde heeft betaald zonder dat de verzekeringsovereenkomst daartoe verplichtte, wel een regresrecht op de verzekerde.¹⁸² Dit wordt bewerkstelligd doordat, door de betaling van de verzekeraar aan de benadeelde, de vordering van de benadeelde op de aansprakelijke partij, op de verzekeraar overgaat (art. 117 lid 5 VVG).¹⁸³ Het gaat hier om een wettelijke overgang van de vordering.¹⁸⁴ Art. 117 lid 5 VVG bepaalt ook dat het regresrecht niet ten nadele van de benadeelde mag worden uitgeoefend.

Tegenover de sterkere bescherming van de benadeelde bij een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, staan bepaalde verplichtingen die op de benadeelde rusten. Zo moet de benadeelde binnen een bepaalde termijn na de schadeveroorzakende gebeurtenis zich schriftelijk bekend maken bij de verzekeraar (art. 119 lid 1 VVG).¹⁸⁵ Ook heeft de derde een verplichting de verzekeraar informatie te verstrekken voor zover dat nodig is om de schadeveroorzakende gebeurtenis en de omvang van de schade te kunnen vaststellen (art. 119 lid 3 VVG).¹⁸⁶

7.5.4. Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie

Net als in België, Nederland en Zwitserland (waarover hierna) is in Duitsland de afgelopen jaren de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering meer en meer op de voorgrond getreden. Dit heeft er onder meer toe geleid dat de positie van de benadeelde in de driehoeksverhouding (aansprakelijkheidsverzekeraar-verzekerde dader-slachtoffer) in de loop der tijd wettelijk is versterkt door middel van een aantal verzekeringsrechtelijke instrumenten. Bij de onverplichte verzekeringen heeft dat geleid tot de bepaling dat de verzekeringnemer niet ten nadele van de benadeelde mag beschikken over zijn vordering op de verzekeringspenningen. Bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekering heeft zich dat vertaald in een verdergaande bescherming van de derde, die onder bepaalde voorwaarden een rechtstreekse actie heeft op de aansprakelijkheidsverzekeraar, welke aanspraak is gecombineerd met een verweermiddelenverbod. Voor de Nederlandse discussie is verder relevant dat in Duitsland voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen aanvaard dat wettelijke en contractuele verweermiddelen een relatieve werking kunnen hebben.¹⁸⁷ Zij werken wel tegenover de verzekeringnemer, maar niet tegenover de benadeelde derde. Dat dit verweermiddelenverbod in Duitsland niet ziet op opzettelijk in het leven geroepen schadevoorvallen, doet aan die principiële aanvaarding van de mogelijkheid van relatieve werking van verweermiddelen niet af.

¹⁸² Schneider 2015, p. 1733 en p. 1773-1774; Prölss/Martin 2015, p. 748.

¹⁸³ Verschil met art. 15 WAM: daar is het recht vormgegeven als een zelfstandig wettelijk regresrecht van de verzekeraar, en niet als een overgang van de vordering.

¹⁸⁴ Wandt 2009, p. 372.

¹⁸⁵ Schneider 2015, p. 1387-1388; Wandt 2009, p. 369-370.

¹⁸⁶ Schneider 2015, p. 1389.

¹⁸⁷ Wandt 2009, p. 365.

Verder is relevant dat ook in de Duitse rechtsliteratuur de vraag is gesteld waarom de beschermde positie van de benadeelde in het kader van de (Duitse) WAM niet een breder bereik heeft. Zo heeft Wandt zich afgevraagd: “Bei dieser Erkenntnis erscheint es rechtspolitisch allerdings äusserst fragwürdig, den „segensreichen“ Schutz der Haftpflichtversicherung nur motorisierten Verkehrsteilnehmern aufzuzukroyieren.”¹⁸⁸ Verder laat de Duitse regeling zien dat een verweermiddelenverbod heel goed samengaat met een directe actie, en niet alleen maar in combinatie met een eigen recht mogelijk is, zoals in de WAM is voorzien. In Duitsland is de rechtstreekse aanspraak (“Direktanspruch”) immers niet vormgegeven als een eigen recht van de derde. Dat biedt ondersteuning voor het standpunt dat een verweermiddelenverbod niet noodzakelijkerwijs gepaard hoeft te gaan met een eigen recht.

7.6. Zwitserland

7.6.1. Functie aansprakelijkheidsverzekering

Het Zwitserse Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag¹⁸⁹, ofwel: Versicherungsvertragsgesetzes (hierna: VVG) dateert uit 1908 en is dus meer dan 80 jaar oud.¹⁹⁰ Het VVG is niet alleen oud, maar volgens de rechtsliteratuur ook verouderd. De wet is uitgedacht en geredigeerd in een tijd die zich in veel opzichten van de huidige tijd onderscheidt. Dit is van belang om te realiseren bij de hiernavolgende uiteenzetting over de verhaalspositie van de benadeelde onder het regime van het huidige VVG. Veranderende maatschappelijke opvattingen over de bescherming van benadeelden en over de functie van de aansprakelijkheidsverzekering hebben zich ook in Zwitserland voorgedaan. Zo is in het kader van de revisie van het VVG het volgende opgemerkt:

“Die Haftpflichtversicherung hat heute nicht mehr bloß individuelle Bedeutung. An ihr ist nicht der Haftpflichtige allein, sondern die menschliche Gesellschaft überhaupt interessiert.”¹⁹¹

Deze gewijzigde opvatting over de aansprakelijkheidsverzekering wordt weerspiegeld in de (wets)voorstellen die zijn gedaan ter vervanging van het huidige verzekeringsrecht. Zoals opgemerkt zijn deze voorstellen nog onderwerp van parlementair debat. Hieronder wordt zowel ingegaan op de verhaalspositie van een slachtoffer onder het huidige VVG, als op de inhoud en strekking van de gedane (wets)voorstellen. Ook worden de kernpunten van het wetenschappelijke debat weergegeven over de voorziene regelgeving voor zover die betrekking heeft op de verhaalspositie van een slachtoffer.

7.6.2. Directe actie / eigen recht

Huidig recht VVG - Het VVG ziet zich, net als de regelgeving in Nederland, België en Frankrijk, ook gesteld voor het uitgangspunt dat de aansprakelijkheidsverzekering een tweepartijenver-

¹⁸⁸ Wandt 2009, p. 342-343.

¹⁸⁹ Het gaat hier om een wet op federaal niveau (Bundesgesetz), en niet om een wet op kantonale niveau.

¹⁹⁰ Afgezien van een deelrevisie in 2006/2007. Deze had echter geen betrekking op bepalingen die samenhangen met de verhaalspositie van slachtoffers.

¹⁹¹ Botschaft zum VVG vom 2. Februar 1904; BBl 1904 1 241.

houding is waar het slachtoffer in beginsel geheel buiten staat. Door de benadeelde derde ontstaat er wel een driehoeksverhouding tussen verzekeraar, verzekerde en slachtoffer. Omdat de benadeelde geen partij is bij de overeenkomst, kan hij de verzekeraar van de aansprakelijke partij niet rechtstreeks aanspreken. Een “Direktes Forderungsrecht” bestaat alleen dan, als de wet daarin voorziet. Een Direktes Forderungsrecht met een verbod op het tegenwerpen van verweren aan de benadeelde kent de Zwitserse wet op dit moment met betrekking tot de Zwitserse variant van de WAM,¹⁹² voor (exploitanten van) schepen, kerninstallaties, dammen, oliepijpleidingen en voor fietsers en jagers.¹⁹³ Daarbuiten bestaat een dergelijk Direktes Forderungsrecht nog niet.¹⁹⁴ De vorderingsrechten lopen in die (meerderheid van) gevallen alleen over de twee zijden van de driehoek: het slachtoffer heeft een vorderingsrecht op de aansprakelijke partij (de verzekerde). De aansprakelijke partij heeft ter zake van de vordering van het slachtoffer een vorderingsrecht op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Buiten de hiervoor genoemde specifieke bepalingen kent het Zwitserse recht geen Direktes Forderungsrecht op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij.¹⁹⁵

De benadeelde is toch niet geheel onbeschermd omdat hij een wettelijk pandrecht heeft op de aanspraak op de verzekeringspenningen die de verzekerde heeft jegens zijn aansprakelijkheidsverzekeraar (art. 60 VVG). Het pandrecht ziet zowel op personenschade, zaakschade als zuivere vermogensschade. De benadeelde heeft, zo wordt afgeleid uit art. 60 VVG, jegens de verzekeringnemer/verzekerde een recht op informatie met betrekking tot de verzekeringsdekking. Deze informatie stelt hem in staat te kunnen inschatten of zijn pandrecht iets waard is en wat de omvang daarvan is.¹⁹⁶ Het pandrecht biedt op zichzelf een goede waarborg om ervoor te zorgen dat verzekeringspenningen daadwerkelijk bij het slachtoffer komen. Door het pandrecht is een betaling van de verzekeraar aan de verzekerde zonder toestemming van de benadeelde, niet mogelijk.¹⁹⁷

Het pandrecht ontstaat van rechtswege, maar pas indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij tegenover de benadeelde in rechte is vastgesteld, of door een buitengerechtelijke schuldenkenning vaststaat.¹⁹⁸ Op dat moment ontstaat ook pas de aanspraak op de verzekeringspenningen. Een eerdere cessie van die aanspraak aan de benadeelde, is dus niet mogelijk en wordt in de polis ook verboden.¹⁹⁹ Het pandrecht wordt uitgeoefend volgens het onderstaande stappenplan.²⁰⁰

1. Aansprakelijkstelling door benadeelde aan de aansprakelijke partij
2. “Betreibung auf Pfandbewertung gegen den Haftpflichtigen”

¹⁹² Art. 65 lid 3 Strassenverkehrsgesetz (SVG).

¹⁹³ Fuhrer 2011, p. 473; Fuhrer 2004, p. 15.

¹⁹⁴ Een rechtstreeks vorderingsrecht met een verbod op het tegenwerpen van verweren.

¹⁹⁵ Grolimund 2012, p. 119-120.

¹⁹⁶ Grolimund 2012, p. 120-121.

¹⁹⁷ Fuhrer 2011, p. 469.

¹⁹⁸ Grolimund 2012, p. 122, met verwijzing naar rechtspraak.

¹⁹⁹ Grolimund 2012, p. 123-124.

²⁰⁰ Grolimund 2012, p. 123.

3. Cessie door verzekeringnemer aan benadeelde van de aanspraak op de verzekeringspenningen
4. Aanspraak op uitkering onder de verzekering door de benadeelde jegens de verzekeraar

Dit komt erop neer dat als de benadeelde er niet buiten rechte uitkomt met de verzekerde, hij een procedure tegen de verzekerde zal moeten starten. In die procedure staat de aansprakelijkheidsvraag centraal. Eventuele dekkingsbeperkingen komen in deze procedure niet aan bod. Indien de procedure leidt tot een vaststelling van de aansprakelijkheid moet het slachtoffer zich, om zijn geld te krijgen, wenden tot de verzekeraar waarbij hij zich op zijn pandrecht kan beroepen. Beroept de verzekeraar zich op verweren die ontleend zijn aan de rechtsverhouding met de verzekerde dan zal de benadeelde uiteindelijk een tweede procedure moeten starten, dit keer tegen de verzekeraar. In deze procedure staat de dekkingsvraag centraal.²⁰¹ Uit art. 60 VVG vloeit voort dat het verzekeraar en verzekeringnemer/verzekerde verboden is gedurende de periode waarin het pandrecht nog niet vaststaat, zonder instemming van de benadeelde onderlinge afspraken te maken die de verplichtingen van de verzekeraar onder de overeenkomst beperken.²⁰²

Op de omslachtige werking van het pandrecht is in de doctrine de nodige kritiek geuit. Algemeen werd onderschreven dat de bescherming van de positie van een slachtoffer onder het huidige VVG niet voldoet.²⁰³ Geopperd is een rechtstreeks vorderingsrecht voor het slachtoffer te introduceren, welke suggestie door de wetgever is gevolgd.²⁰⁴ In de ontwerpregeling voor een nieuw VVG, is in een dergelijk rechtstreeks vorderingsrecht voorzien.

*Toekomstig recht onder het Ontwerp-VVG (E-VVG)*²⁰⁵- Het Ontwerp-VVG voorziet in art. 91 in een rechtstreeks vorderingsrecht ("direktes Forderungsrecht") van een slachtoffer tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader.²⁰⁶ Art. 91 Ontwerp-VVG luidt als volgt:

"Direktes Forderungsrecht und Auskunftsanspruch

1. Die geschädigte Person, ihre Rechtsnachfolgerin oder ihr Rechtsnachfolger hat im Rahmen der Versicherungsdeckung ein direktes Forderungsrecht gegen das Versicherungsunternehmen. Vorbehalten bleiben Einwendungen und Einreden, die ihr das Versicherungsunternehmen aufgrund des Gesetzes oder des Vertrags entgegenhalten kann.
2. Die geschädigte Person kann von der haftpflichtigen Person Auskunft über deren Haftpflichtversicherungsschutz verlangen.
3. Dieser Artikel findet auf die nicht obligatorische Haftpflichtversicherung für reine Vermögensschäden keine Anwendung."

²⁰¹ Fuhrer 2011, p. 470.

²⁰² Grolimund 2012, p. 124.

²⁰³ Fuhrer 2011, p. 470; Grolimund 2012, p. 125.

²⁰⁴ Fuhrer 2011, p. 470; Grolimund 2012, p. 125.

²⁰⁵ E-VVG staat voor "Entwurf-VVG"(ontwerp-VVG). Zie voor de ontwerptekst: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/7819.pdf>.

²⁰⁶ Het slachtoffer is niet verplicht te kiezen voor het rechtstreeks vorderingsrecht. Hij kan nog steeds de oorspronkelijke route kiezen, die verloopt via het pandrecht dat wordt uitgeoefend volgens het hiervoor geschetste stappenplan, Grolimund 2012, p. 123.

Het “Direktes Forderungsrecht” stelt de benadeelde in staat om zich direct tot de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker te wenden, hij hoeft niet meer de omweg via de verzekerde te nemen. Het “Direktes Forderungsrecht” bewerkstelligt, net als in Duitsland, een hoofdelijke aansprakelijkheid van verzekeraar en verzekerde.²⁰⁷ Het “Direktes Forderungsrecht” bestaat, net als in Nederland en België maar anders dan in Duitsland,²⁰⁸ zowel bij verplichte als bij onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.²⁰⁹ De term “Forderungsrecht” duidt erop dat de benadeelde over een subjectief recht beschikt. De term vordering wordt in de Nederlandse rechtstaal in ieder geval gebruikt ter aanduiding van een schuldvordering of een obligatoir recht: het (materiële) recht van een schuldeiser op een prestatie van een of meer schuldenaren, waartegenover aan de passiefzijde een verbintenis staat.²¹⁰ Het Zwitserse Direktes Forderungsrecht wijkt in dat opzicht af van de Nederlandse directe actie, waarvan wordt aangenomen dat deze geen subjectief recht meebrengt voor de benadeelde.²¹¹

Zwitserland kent op federaal niveau ongeveer 40 verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.²¹² Een daarvan is de Zwitserse variant van de WAM.²¹³ Andere verplicht gestelde verzekeringen betreffen de aansprakelijkheid van onder meer: (i) exploitanten van de spoorwegen, skiliften, schepen, vliegtuigen, pijpleidingen, circus- en kerninstallaties; (ii) jagers, (tand)artsen, advocaten, assurantietussenpersonen, pleegouders.²¹⁴ Daarnaast zijn er op kantonale niveau “ontelbaar veel” verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.²¹⁵ De particuliere aansprakelijkheidsverzekering, in Zwitserland bekend onder de naam “Privathaftpflichtversicherung”²¹⁶, is een onverplichte verzekering.²¹⁷

²⁰⁷ R. Beck, ‘Pflichtversicherungen – Entwurf einer gesetzlichen Regelung’, Vortrag Schweizerische gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR), 7 september 2012, p. 5.

²⁰⁸ Waar de benadeelde uitsluitend een rechtstreekse actie toekomt bij verplichte verzekeringen. Voor een nadere analyse van de Duitse regelgeving zij verwezen naar par. 7.5.

²⁰⁹ Grolimund 2012, p. 125.

²¹⁰ Storme 2011, p. 564.

²¹¹ Zie voor een mijns inziens overtuigende analyse dat de Nederlandse directe actie ook een subjectief recht meebrengt voor de benadeelde: Franken 2015, p. 179-197.

²¹² A. Stäubli, ‘Compulsory Liability in Switzerland’, in: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016, p. 217.

²¹³ Motorfahrzeugversicherung, nu Strassenverkehrsgesetz (SVG).

²¹⁴ Fuhrer 2011, p. 471 en 475.

²¹⁵ Zie voor een overzicht van de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen op federaal niveau (“Eidgenössige Haftpflicht-Versicherungsblicatorien”): Beck 2012, p. 9-19; Stäubli 2016, p. 217 en 518-527.

Zie kritisch over de lappendeken aan kantonale verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen: Fuhrer 2011, p. 471.

²¹⁶ Fuhrer 2011, p. 471.

²¹⁷ Fuhrer 2004, p. 13-14. Met betrekking tot de risico’s van aansprakelijkheid voor privépersonen bestaat alleen voor jagers een verzekeringsplicht: art. 16 Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel, Jagdgesetz (JSG), Wet van 20 juni 1986, AS 1988 506. Art. 16 bevat naast het voorschrift dat iedere jager over een aansprakelijkheidsverzekering moet beschikken (lid 1), ook het voorschrift dat de benadeelde een rechtstreeks vorderingsrecht heeft op de verzekeraar van de jager (lid 2) en dat de verzekeraar geen verweermiddelen uit de verzekeringswet of de verzekeringsovereenkomst mag tegenwerpen aan de benadeelde (lid 3).

Het vorderingsrecht ontstaat op het moment van het schadegeval (“Schadensverursachung”)²¹⁸ en kan alleen worden toegepast in gevallen van personenschade en zaakschade. Bij zuivere vermogensschade vindt het artikel alleen toepassing bij verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, zoals de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor advocaten (art. 91 lid 3 Ontwerp-VVG).²¹⁹

7.6.3. Verweermiddelenverbod

Art. 91 lid 1 Ontwerp-VVG behoudt voor de verzekeraar het recht voor om zich jegens het slachtoffer op alle verweren te beroepen die hij op grond van de wet of de overeenkomst tegen de verzekerde kan invoeren. Voor het Nederlandse recht wordt algemeen aangenomen dat een dergelijk voorbehoud niet nodig is, omdat het inherent is aan de rechtsfiguur van de directe actie dat de verzekeraar alle verweermiddelen die hij jegens de verzekeringnemer heeft ook jegens de benadeelde kan invoeren.²²⁰

Het voorbehoud in art. 91 lid 1 Ontwerp-VVG betekent niet dat de verzekeraar alle verweermiddelen mag tegenwerpen. Men gaat ervan uit dat als eenmaal het rechtstreekse vorderingsrecht is ontstaan (op het moment van de schadeveroorzaking), dit niet door nadien verrichte handelingen of nalaten van verzekeraar of verzekeringnemer/verzekerde (ongunstig) kan worden beïnvloed.²²¹ De rechtsverhouding tussen verzekeraar en benadeelde wordt als het ware op het moment van het schadegeval “gefixeerd”. Latere gebeurtenissen, zoals het nalaten schadebeperkende maatregelen te nemen waardoor de verzekerde zijn bereddingsplicht schendt, of een te late melding van de schade, regaderen de rechtstreekse vordering van de benadeelde niet. In het Zwitserse recht kan de verzekeraar deze verweermiddelen *niet* tegenwerpen aan de benadeelde, omdat zij zijn gebaseerd op feiten van het schadegeval.²²² Deze verweermiddelen zullen hierna, in navolging van het Belgische recht, worden aangeduid als “posterieure verweermiddelen.”

De rechtstreekse actie zoals voorzien in art. 91 Ontwerp-VVG, gaat derhalve gepaard met een verbod om de posterieure verweermiddelen uit de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde aan het slachtoffer tegen te werpen. De vraag rijst hoe het beroep op opzet in het Zwitserse recht moet worden gekwalificeerd: als een anterieur of posterieur verweermiddel? In Zwitserland is logischerwijze nog geen rechtspraak voor handen over de vraag of het beroep op de omstandigheid dat de schade opzettelijk is veroorzaakt, een anterieur of posterieur verweermiddel betreft. In navolging van hetgeen onder het Belgische recht wordt aangenomen, ligt het voor de hand dat ook in Zwitserland het beroep op opzet wordt be-

²¹⁸ Grolimund 2012, p. 130. In de literatuur wordt voor het ontstaansmoment van de rechtstreekse vordering verwezen naar “het schadegeval”, “het intreden van de schade” en de schadeveroorzaking. Meestal vallen die momenten samen, maar dat hoeft niet zo te zijn. Het is mogelijk dat het moment van schadeveroorzaking en het intreden van de schade/lieden van schade niet samenvallen, bijvoorbeeld in geval van blootstelling aan asbest. De blootstelling (de inademing van asbestvezels) is het schadeveroorzakende moment, terwijl de schade pas 30 jaar later wordt geleden, als de asbestziekte zich openbaart.

²¹⁹ Grolimund 2012, p. 126-127.

²²⁰ Kamphuisen 2005, p. 203.

²²¹ Grolimund 2012, p. 130.

²²² Grolimund 2012, p. 130.

schouwd als een anterieur (en niet als een posterieur) verweermiddel.²²³ Er lijkt immers weinig discussie over te kunnen bestaan dat het beroep op opzettelijke schadeveroorzaking is gebaseerd op een omstandigheid (namelijk de innerlijke gesteldheid van de dader) die aan het schadegeval voorafgaat. Dat betekent dat een slachtoffer van een strafbaar feit in Zwitserland in beginsel het verweer van de verzekeraar, inhoudende dat deze niet uitkeert nu de schade opzettelijk is veroorzaakt, tegen zich moet laten gelden.²²⁴ Dat neemt niet weg dat het Ontwerp-VVG toch relevant is voor de Nederlandse discussie met betrekking tot het onderhavige onderzoeksonderwerp. Aan de betekenis van art. 91 van het Ontwerp-VVG voor de Nederlandse discussie wordt hierna verder aandacht besteed.

Voorontwerp VVG - Vermeldenswaard is dat het Voorontwerp VVG voorzag in een lijst van bepalingen die voor alle verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen zouden gelden, om enige uniformering binnen de verplichte verzekering te bewerkstelligen. Een van deze bepalingen betrof de veralgemenisering van de rechtstreekse actie, in combinatie met een verweermiddelenverbod.²²⁵ Zoals hiervoor bleek is de directe actie in de vorm van een "Direktes Forderingsrecht" wel, maar het verweermiddelenverbod niet in het Ontwerp-VVG terechtgekomen. Wat de achtergrond daarvan is geweest, is uit de bestudeerde stukken niet duidelijk geworden. Dat een verweermiddelenverbod was opgenomen, geeft wel aan dat ook in Zwitserland de focus bij de aansprakelijkheidsverzekering meer en meer bij de bescherming van de benadeelde komt te liggen.

Recht op informatie - Op grond van art. 91 lid 2 Ontwerp-VVG heeft de benadeelde tegenover de aansprakelijke partij/verzekerde een recht op informatie over de dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering.²²⁶ Dit recht op informatie kan de benadeelde alleen geldend maken tegen de verzekeringnemer/verzekerde, maar niet tegen de verzekeraar.²²⁷ Zoals hiervoor in par. 4.5 is toegelicht, ontbreekt een dergelijk recht op informatie bij de Nederlandse directe actie (art. 7:954 BW). Bij de Nederlandse directe actie is de benadeelde in grote mate afhankelijk van de informatie die de aansprakelijke partij hem verstrekt. Als de aansprakelijke partij weigert inzicht te geven in de vraag of en bij wie hij tegen wettelijke aansprakelijkheid is verzekerd, staat de benadeelde met lege handen. Ook in een ander opzicht biedt de voorgestelde Zwitserse regeling een belangrijk voordeel ten opzichte van de Nederlandse regeling van de directe actie. Art. 91 Ontwerp-VVG kent namelijk niet de beperking dat de benadeelde pas rechtstreeks de aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken als de verwezenlijking van het risico is gemeld. Het is onduidelijk wanneer het ontwerp wordt aangenomen, en of dat in deze vorm zal gebeuren. In 2013 is het Ontwerp-VVG ter verdere bewerking naar de Bundesrat teruggestuurd.²²⁸

²²³ Het Ontwerp-VVG is immers nog niet in werking getreden en het huidige VVG voorziet voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering niet in een beperking van de verweermiddelen die aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen.

²²⁴ Ook in de Zwitserse wet en de overeenkomst is bepaald dat opzettelijk veroorzaakte schade uitgesloten is van dekking: Fuhrer 2011, p. 464. Zie ook art. 14 lid 2 VVG.

²²⁵ Art. 82 Voorontwerp-VVG. Het Voorontwerp is van de hand van de Expertcommissie, die tot taak had een gereviseerd VVG te ontwerpen. Te kennen uit: Fuhrer 2011, p. 477.

²²⁶ Een dergelijk recht op informatie ontbreekt bij de Nederlandse directe actie (art. 7:954 BW). Hiervoor is al vermeld tot welke problemen dat in de praktijk kan leiden.

²²⁷ Grolimund 2012, p. 126-127.

²²⁸ <http://www.svv.ch/de/medien/medienmitteilungen/chance-fuer-ein-ausgewogenes-versicherungsvertragsgesetz>

Doctrine wil verdergaande bescherming benadeelde - Het Zwitserse wetsontwerp ter herziening van het verzekeringsrecht gaat, op het gebied van slachtofferbescherming, minder ver dan in de Zwitserse literatuur door enkele auteurs werd bepleit. Zo heeft Fuhrer erop gewezen dat de slachtofferbeschermende instrumenten tot nu toe uitsluitend tot ontwikkeling zijn gekomen in het kader van de Zwitserse variant van de WAM (Strassenverkehrsgesetz (SVG))²²⁹, en dus alleen ten goede zijn gekomen aan verkeersslachtoffers.²³⁰ Hij heeft ervoor gepleit de instrumenten die het SVG aan verkeersslachtoffers biedt, te veralgemeniseren voor het gehele aansprakelijkheidsrecht, althans voor alle verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.²³¹ De instrumenten die het SVG kent, zijn dezelfde die de Nederlandse WAM kent en komen kort gezegd op het volgende neer:²³²

- verzekeringsplicht (art. 63 SVG);
- rechtstreeks vorderingsrecht (art. 65 lid 1 SVG);²³³
- verbod om verweermiddelen uit de dekkingverhouding tegenover de benadeelde in te roepen (“Einredenausschluss”) (art. 65 lid 2 SVG);
- vangnet (“Ausfallschutz”) voor het geval de aansprakelijke partij onbekend blijft, niet verzekerd is of als de verzekeraar faillieert. Het Zwitserse vangnet is het Nationale Garantiefonds, de pendant van het Nederlandse Waarborgfonds Motorrijtuigen (art. 76 SVG)²³⁴;
- schaderegelingvoorschriften om de afwikkeling van de schade te bespoedigen en de situatie van verkeersslachtoffers te verbeteren (art. 79a e.v. SVG). De vierde Richtlijn aansprakelijkheid Motorrijtuigen introduceert deze voorschriften, in navolging van de Franse Loi Badinter.²³⁵

Het verweermiddelenverbod (“Einredenausschluss”) die het SVG kent, is een algeheel verbod op het tegenwerpen van verweermiddelen die zijn ontleend aan de dekkingverhouding. De prestatieplicht van de verzekeraar gaat dus verder dan partijen contractueel zijn overeengekomen. Voor hetgeen de verzekeraar meer heeft betaald dan waartoe hij op grond van de verzekeringsovereenkomst was gehouden, heeft hij een regresrecht op de verzekerde (art. 65 lid 3 SVG). Algemeen wordt onderschreven dat dit systeem voor de benadeelde een vrijwel optimale bescherming biedt.²³⁶

²²⁹ Wet van 19 december 1958, AS 1959, 679.

²³⁰ Fuhrer 2011, p. 469.

²³¹ Fuhrer 2004, p. 18. Fuhrer is verbonden aan de Universiteit Basel en Freiburg en directielid van Basel Versicherungen alsmede vice-president van het “Nationale Garantiefonds der Schweiz” (de Zwitserse variant van het Waarborgfonds Motorverkeer).

²³² Fuhrer 2011, p. 470-474.

²³³ “Ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer.” Het is dus geformuleerd als een vorderingsrecht, en niet als een “eigen recht” zoals in de Belgische en Nederlandse WAM.

²³⁴ Deze voorziening is er alleen in het kader van het SVG. Voor andere verplichte verzekeringen bestaat er niet een dergelijk waarborgfonds: Fuhrer 2011, p. 473.

²³⁵ Loi no. 85-677 van 5 juli 1985 “tendant á lámélioration de la situation des victimes d’accidents de la circulation et a l’accélération des procédures d’indemnisation”, Journal Officiel de la République Française van 6 juli 1985, S. 7584; Fuhrer 2011, p. 473.

²³⁶ Fuhrer 2011, p. 473.

Fuhrer heeft daarnaast voorgesteld de verzekeringsplicht uit te breiden voor alle “Gefährdungshaftungen” en een verplichte “Privat-Haftpflichtversicherung für Personenschäden” in te voeren.²³⁷ De gedachte achter deze revisie is uniformering en modernisering van de bescherming van de benadeelde derden (“geschädigter personen”). Fuhrer is niet de enige die gepleit heeft voor een verdergaande inzet van slachtofferbeschermende instrumenten dan in het Ontwerp-VVG voorzien. Ook Beck heeft daarvoor gepleit en geopperd de particuliere aansprakelijkheidsverzekering (de Privat-Haftpflichtversicherung) voor gevallen van personenschade verplicht te maken.²³⁸ Voor die verplichte verzekering geldt dan ook een verweermiddelenverbod, zodat een optimale slachtofferbescherming kan worden bereikt.

Opzet - Van de verweermiddelen waar de verzekeraar in het kader van het SVG geen beroep op kan doen, maakt deel uit het beroep op opzet van de verzekerde bestuurder. In zijn voorstel tot veralgemenisering van het systeem van het SVG, maakt Fuhrer echter een belangrijke uitzondering voor opzettelijk gepleegde delicten. Fuhrer is van mening dat de “Einredenausschluss” niet zover moet gaan dat ook ernstige misdrijven daaronder vallen. In dat verband noemt hij moord, verkrachting en roof.²³⁹ Beck doet datzelfde: de verzekeraar mag wel aan het slachtoffer tegenwerpen dat het schadegeval opzettelijk is veroorzaakt (“Vorsätzliche Begehung von Vergehen und Verbrechen”).²⁴⁰ De verzekeraar moet naar zijn mening jegens de benadeelde nog wel de mogelijkheid hebben om zich op opzet van de verzekerde te beroepen. Hij maakt derhalve een onderscheid tussen “Geschädigtenschutz” (bescherming van *gelaedeerden*) en “Opferschutz” (bescherming van *slachtoffers van misdrijven*). Dit onderscheid rechtvaardigt hij door erop te wijzen dat slachtoffers van misdrijven vallen onder het “Opferhilfegesetz” (OHG),²⁴¹ op grond waarvan de kantonale overheid opkomt voor schade wegens een misdrijf. Hij voegt daaraan toe dat de ernst en intensiteit van misdrijven als moord, verkrachting en beroving de inzet van belastinggelden ten gunste van de slachtoffers rechtvaardigen, hetgeen anders ligt bij “gewone” aansprakelijkheid scheppende gebeurtenissen.²⁴²

Opferhilfegesetz (OHG) - Het OHG kent inderdaad een uitgebreide en gedetailleerde bescherming voor slachtoffers van misdrijven. Als slachtoffer onder de wet worden aangemerkt de personen die door een strafbaar feit in hun lichamelijke, seksuele of psychische integriteit zijn aangetast (art. 1 lid 1 OHG). Voor een aanspraak op slachtofferhulp is niet nodig dat de dader bekend is en er aangifte is gedaan. Ook maakt het niet uit of de dader opzet had of schuld (art. 1 lid 3 OHG). De slachtofferhulp omvat zes punten,²⁴³ waarvan voor dit onderzoek de schadeloosstelling (“Entschädigung”) en de genoegdoening (“Genugtuung”) relevant zijn (art. 2 sub d en e OHG). Het begrip “Entschädigung” kent een aantal vertalingen: genoegdoening, tegemoetkoming, schade-

²³⁷ Fuhrer 2004, p. 17.

²³⁸ Beck 2012a, p. 6.

²³⁹ Fuhrer 2004, p. 20.

²⁴⁰ Beck 2012a, p. 6.

²⁴¹ Das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Opferhilfegesetz (OHG) Wet van 4 oktober 1991, *SR (Systematische Rechtssammlung)* 312.5.

²⁴² Fuhrer 2004, p. 20.

²⁴³ “Beratung und Soforthilfe”, “langerfristige Hilfe der beratungsstellen”, Kostenbeiträge für langerfristige Hilfe Dritter”, “Entschädigung”, “Genugtuung”, “Befreiung von Verfahrenskosten”, art. 2 OHG.

vergoeding en schadeloosstelling. Of het slachtoffer van een misdrijf op basis van het OHG volledig schadeloos wordt gesteld, is de vraag. Ten eerste is van belang dat een uitkering onder het OHG een subsidiair karakter heeft (art. 4 lid 1 OHG). Het slachtoffer komt daarvoor pas in aanmerking indien en voor zover de dader of een andere instelling geen of onvoldoende verhaal biedt. Ten tweede is van belang dat de schadevergoeding wordt vastgesteld aan de hand van bepalingen uit het algemene verbintenissenrecht: art. 45, (schadevergoeding bij dood) en art. 46 (schadevergoeding bij lichamelijk letsel), zo volgt uit art. 19 lid 2 OHG. De schadevergoeding dekt de schade helemaal als de “anrechenbaren Einnahmen” (de compensabele inkomsten) van het slachtoffer het “maatgevende bedrag voor het algemene levensonderhoud” niet overstijgen (art. 20 lid 2 sub a OHG). De schadevergoeding dekt de schade “anteilmäßig” (naar evenredigheid) als de compensabele inkomsten van het slachtoffer tussen het eenvoudige en viervoudige liggen van het maatgevende bedrag voor het algemene levensonderhoud (art. 20 lid 2 sub b OHG). Uitkeringen die het slachtoffer van derden heeft gekregen, worden in mindering gebracht op de schadevergoeding (art. 20 lid 1 OHG). Hoe de berekening van de schadevergoeding nauwkeurig uitpakt is niet heel relevant, nu art. 20 lid 3 OHG de totale vergoeding op 120.000 franken maximeert. Dat betekent dat slachtoffers met ernstige personenschade in Zwitserland weliswaar een hogere uitkering kunnen krijgen dan slachtoffers van misdrijven in Nederland via het Schadefonds Geweldsmisdrijven, maar dat dit bedrag in de ernstige categorie van personenschade nog steeds geen algehele vergoeding van de schade betekent. Wel is het zo dat bovenop het bedrag aan schadevergoeding, het OHG aan het slachtoffer ook een aanspraak geeft op genoegdoening (“Genugtuung”), dat overeenkomsten vertoont met het betalen van een bedrag aan smartengeld. Al naar gelang de ernst (“Schwere”) van de “Beeinträchtigung” (“schade” of “afbreuk”) wordt hiervoor een bedrag uitgekeerd tot ten hoogste 70.000 franken per slachtoffer en 35.000 franken voor naasten (art. 22 en 23 OHG).²⁴⁴

De keuze van Fuhrer en Beck om personenschade van slachtoffers van misdrijven niet bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader te alloceren, lijkt dus direct verband te houden met het feit dat de Zwitserse kantonale overheid onder het huidige recht instaat voor de vergoeding van de schade die is ontstaan door een strafbaar feit. Het OHG is in het kader van dit onderzoek niet gedetailleerd onderzocht. Wel blijkt uit de terminologie van de wet (schadevergoeding) dat het om een verdergaande vergoeding gaat dan de uitkering die slachtoffers in Nederland op grond van het Schadefonds Geweldsmisdrijven kunnen krijgen. Daar gaat het, ook volgens de terminologie van de wet, om een *tegemoetkoming* in de schade. Deze is in Nederland zowel gemaximeerd als gecategoriseerd. Tegen de achtergrond van een “Staatshaftung” voor misdrijfschade, valt de keuze van Fuhrer om deze schade buiten de afwikkeling van het private verzekeringsrecht te houden, te begrijpen. Een dergelijke “Staatshaftung” ontbreekt in Nederland. Daar bestaat weliswaar de hiervoor vermelde voorschotregeling, maar de praktijk leert dat slachtoffers van misdrijven met ernstige personenschade de facto geen gebruik kunnen maken van die regeling omdat zij in het strafproces vaak niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vordering. Ook het Schadefonds Geweldsmisdrijven gaat in haar bescherming van de financiële positie van slachtoffers van misdrijven niet zover als de “Opferhilfe” in Zwitserland.

²⁴⁴ Op dit bedrag worden de genoegdoeningsuitkeringen van derden in mindering gebracht. (art. 23 lid 3 OHG).

7.6.4. Relevante aspecten voor de Nederlandse discussie

Relevant voor dit onderzoek, is het weergeven van de roep sinds enkele jaren uit de rechtswetenschap en de verzekeringsbranche voor een grondige herziening (*Gesamtrevision*) van het VVG. Onderdeel van die vernieuwing zou een uitbreiding zijn van het systeem van de Zwitserse WAM naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering (eigen recht met verweermiddelenuitsluiting). Hoewel de revisie van het VVG op dit moment nog onderwerp vormt van parlementair debat, en dus nog steeds het VVG uit 1908 het vigerende recht is, laat de discussie zien dat de ontwikkeling die de maatschappelijke functie van de aansprakelijkheidsverzekering in Zwitserland doormaakt, lijkt op de ontwikkeling daarvan in België en Nederland. Deze ontwikkeling (slachtofferbeschermende functie van de aansprakelijkheidsverzekering is meer en meer op de voorgrond komen te staan) heeft geresulteerd in de roep om de verhaalspositie van slachtoffers van strafbare feiten gelijk te trekken met die van andere groepen slachtoffers door uitbreiding van het verweermiddelenverbod tot onverplichte verzekeringen.

Het Zwitserse Ontwerp-VVG, het Voorontwerp-VVG en ook het discours vanuit de wetenschap en de branche²⁴⁵ tonen aan dat, als het gaat om de functie van aansprakelijkheidsverzekeringen de focus meer en meer komt te liggen bij slachtofferbescherming. Dit vertaalt zich in het huidige conceptwetsvoorstel tot herziening van het VVG, waarin is voorzien in een rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker, gecombineerd met een verbod voor de laatste om posterieure verweermiddelen aan de benadeelde tegen te werpen. Het vertaalt zich ook in het hiervoor besproken voorstel van Fuhrer om het systeem van de Zwitserse WAM uit te breiden naar de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen en om een AVP voor personenschade verplicht te stellen. Fuhrer stelt in dat verband aan de orde dat er geen rechtvaardiging bestaat het instrumentarium voor slachtofferbescherming gereserveerd te houden voor de specifieke gevallen waarin de wetgeving nu voorziet (in het bijzonder de Zwitserse variant van de WAM).

Deze ontwikkeling sluit aan bij een internationale tendens van gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de aansprakelijkheidsverzekeringen, waarbij de nadruk meer en meer komt te liggen bij slachtofferbescherming. Zie in dat verband ook de Duitse rechtsliteratuur, waarin deze tendens wordt geïllustreerd door te verwijzen naar de invoering in diverse rechtstelsels van een rechtstreeks vorderingsrecht en naar de uitbreiding van het aantal verplichte verzekeringen.²⁴⁶

Het Ontwerp-VVG geeft de benadeelde een rechtstreeks vorderingsrecht op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij. Dat vorderingsrecht heeft de benadeelde zowel als het om een verplichte aansprakelijkheidsverzekering gaat, als om een onverplichte. Aan het rechtstreeks vorderingsrecht is een beperkt verweermiddelenverbod gekoppeld, dat erop neerkomt dat de verzekeraar de verweermiddelen die hun oorzaak vinden in feiten van na het schadegeval niet aan de benadeelde kan tegenwerpen. België en Frankrijk kennen

²⁴⁵ Fuhrer 2004, p. 17-23; E. Meierhofer, 'Mehr Schutz für Opfer', K-Tipp van 10 maart 2004, zie www.ktipp.ch.

²⁴⁶ Koch 2013, p. 13-14. België, Frankrijk en Duitsland kennen een rechtstreeks vorderingsrecht met algeheel verweermiddelenverbod voor de verplichte verzekeringen. In België, Frankrijk en Zwitserland (naar toekomstig recht) geldt bovendien bij onverplichte verzekeringen een verbod op het tegenwerpen van posterieure verweermiddelen.

ook een dergelijke beperking om verweermiddelen aan de benadeelde tegen te werpen. In die landen is deze beperking echter gekoppeld aan een *eigen recht*, dat volgens de heersende opvatting in de Nederlandse literatuur verdergaat dan een rechtstreeks vorderingsrecht. Om die reden was de vraag gerezen of een verweermiddelenverbod (of beperking) past bij een rechtstreeks vorderingsrecht, of dat een dergelijk verbod alleen mogelijk is bij een *eigen recht*. De Zwitserse ontwerpregelgeving, alsook de hierna te bespreken Duitse regelgeving, laten zien dat een verweermiddelenverbod zich goed verhoudt tot een rechtstreeks vorderingsrecht.

Daarnaast laat het Zwitserse ontwerp zien dat men bij de afweging van de belangen van verzekeraars en benadeelden, (meer dan in Nederland) in bepaalde opzichten prioriteit heeft gegeven aan de belangen van benadeelden. Met het verbod op het tegenwerpen van posterieure verweermiddelen, gaat de bescherming van een slachtoffer in Zwitserland, indien het Ontwerp-VVG wet wordt, verder dan de bescherming in Nederland. Bij de directe actie (art. 7:954 BW) kan de verzekeraar aan de benadeelde immers alle verweermiddelen tegenwerpen die voortvloeien uit de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Tegenover de verdergaande bescherming van de verhaalspositie van het slachtoffer, staat een verslechtering van de positie van de verzekeraar nu hij onder omstandigheden jegens het slachtoffer tot meer gehouden is dan hij op grond van de overeenkomst jegens de verzekerde gehouden was. Art. 91 Ontwerp-VVG illustreert dat Zwitserland de voordelen die een dergelijk verbod biedt voor de verhaalspositie van de benadeelde vindt opwegen tegen de verslechtering van de positie van verzekeraars.²⁴⁷

Kennelijk was het (op dit moment nog) een stap te ver om een algeheel verweermiddelenverbod in het VVG op te nemen, op grond waarvan niet alleen posterieure, maar ook anteriore verweermiddelen niet kunnen worden tegengeworpen. Zoals we zagen, bestaat dit algehele verweermiddelenverbod in Frankrijk en België (althans voor wat betreft de verplichte aansprakelijkheidsverzekering). Een algeheel verweermiddelenverbod voor de verplichte verzekeringen was wel voorzien in het Voorontwerp-VVG, maar is in het Ontwerp-VVG niet meer teruggekomen. Wat de achtergrond daarvan is geweest, is uit de bestudeerde stukken niet duidelijk geworden. Dat er überhaupt een algeheel verweermiddelenverbod was opgenomen, geeft wel aan dat ook in Zwitserland de focus aan het verschuiven is en meer en meer bij de bescherming van de benadeelde komt te liggen.

Het voorgaande sluit naadloos aan bij de inhoud en toonzetting van het wetenschappelijke discours in Zwitserland, waarin de tendens is dat de focus van de algemene aansprakelijkheidsverzekering, in navolging van hetgeen van oudsher het geval is bij de Zwitserse WAM, meer en meer dient te liggen bij een verdergaande bescherming van de verhaalspositie van het slachtoffer.²⁴⁸ Kenmerkend voorbeeld hiervan is het voorstel van Fuhrer (onder meer directeur van een van de Zwitserse verzekeringsmaatschappijen en van het Zwitserse Waarborgfonds Motorverkeer) om het instrumentarium dat de Zwitserse variant van de WAM aan de benadeelde biedt (rechtstreeks vorderingsrecht in combinatie met algeheel verweermiddelenverbod), uit te breiden naar alle verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. Daarnaast heeft hij

²⁴⁷ Koch 2013, p. 13-14, die de wijziging plaatst in een maatschappelijke en internationale tendens naar meer slachtofferbescherming.

²⁴⁸ Fuhrer 2011, p. 463.

voorgesteld een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren in te voeren voor personenschade.²⁴⁹

7.7. Beschouwing

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek is gebleken dat er nog behoorlijk wat verschillen zitten tussen de onderzochte rechtsstelsels als het gaat om de vraag of een slachtoffer van een misdrijf een rechtstreekse aanspraak op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader heeft, en zo ja, of deze zich jegens het slachtoffer kan beroepen op het opzettelijk veroorzaken van het schadevoorval.

Functie aansprakelijkheidsverzekering - Opvallend is echter ook de unanimiteit in de onderzochte landen als het gaat om de veranderde visie op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering. Waar deze functie in de onderzochte landen aanvankelijk primair zag op de bescherming van het vermogen van de verzekerde tegen aanspraken van derden, is de functie van slachtofferbescherming in deze landen meer en meer op de voorgrond geraakt. Dit heeft in België geleid tot pleidooien in de rechtsliteratuur het algehele verweermiddelenverbod uit te breiden naar de onverplichte verzekering, in ieder geval naar de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. In Zwitserland heeft het ook een discussie op gang gebracht over de wijziging van het verzekeringsrecht om de verhaalspositie van slachtoffers beter te beschermen.

Directe actie/eigen recht- Die evolutie heeft tot gevolg gehad dat in de onderzochte landen de slachtofferbeschermende instrumenten die tot ontwikkeling zijn gekomen in het kader van de verzekering van aansprakelijkheid tegen door motorrijtuigen veroorzaakte personenschade (de Nederlandse WAM), in meer of mindere mate zijn uitgebreid naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Het gaat dan ten eerste om het rechtstreeks vorderingsrecht dat in Finland, Denemarken, Zweden, Spanje²⁵⁰, België, Frankrijk en (naar komend recht) in Zwitserland aan een benadeelde de mogelijkheid geeft om zijn schadevergoedingsvordering rechtstreeks te richten aan de verzekeraar van de aansprakelijke partij. In Duitsland komt een dergelijk rechtstreeks vorderingsrecht alleen toe aan de benadeelden die kunnen ageren op basis van een verplichte verzekering. Opmerking verdient dat de directe actie in Nederland, anders dan in andere landen, is beperkt tot schade als gevolg van letsel en overlijden.

Verweermiddelenverbod - Het gaat ten tweede om het instrument van het verweermiddelenverbod, waarmee de directe actie/eigen recht in sommige landen is versterkt. Dit verweermiddelenverbod gaat in Finland, Zweden en Denemarken (en waarschijnlijk ook Spanje) het verst. In deze landen kan aan het slachtoffer geen enkel verweermiddel worden tegengeworpen dat voortvloeit uit de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. In alle onderzochte landen is het uitgangspunt aanvaard dat de verweermiddelen die zijn ontleend aan de dekkings-

²⁴⁹ Fuhrer 2004, p. 17-18.

²⁵⁰ Van deze genoemde vier landen is de informatie niet gebaseerd op eigen systematisch onderzoek naar deze rechtsstelsels, maar op het rechtsvergelijkend onderzoek dat is beschreven in: Basedow/Fock 2002a.

verhouding een relatieve werking kunnen hebben. Zo geldt in alle onderzochte landen, met uitzondering van Nederland, dat ofwel alle verweermiddelen, ofwel de posterieure verweermiddelen niet tegenwerpelijk zijn aan de benadeelde. Ook in de PEICL geldt deze relatieve werking: bij de directe actie kan de aansprakelijkheidsverzekeraar de posterieure verweren niet tegenwerpen aan de benadeelde.²⁵¹

Opzet - Onder het verweermiddelenverbod is in *Zweden, Finland en Denemarken* uitdrukkelijk begrepen het verweer dat de verzekerde het schadegeval opzettelijk in het leven heeft geroepen. Ook dit verweer kan in deze landen dus niet aan het slachtoffer worden tegengeworpen. Voor zover bekend, wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen verplichte en onverplichte verzekeringen. De verhaalspositie van het slachtoffer van een misdrijf is in deze landen uitermate sterk te noemen en te vergelijken met de positie van een slachtoffer van gemotoriseerd verkeer in Nederland (WAM). Ditzelfde geldt waarschijnlijk voor het slachtoffer van een strafbaar feit in *Spanje*, waar de verzekeraar opzet van de verzekerde evenmin kan tegenwerpen. Omdat de rechtspraak op dit punt niet eenduidig is, valt dit echter niet met zekerheid te zeggen. Ook in *België* is het de verzekeraar bij een wettelijk verplichte verzekering (zoals de Belgische WAM en verschillende beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen) verboden aan de benadeelde opzet van de verzekerde tegen te werpen. Bij een onverplichte verzekering (waaronder de particuliere aansprakelijkheidsverzekering valt) kan de verzekeraar zich jegens het slachtoffer wel beroepen op opzet van de verzekerde. Niettegenstaande dit onderscheid is in België wel een tendens in de rechtsliteratuur zichtbaar waarin wordt gepleit voor afschaffing van het onderscheid in positie tussen slachtoffers die kunnen ageren op basis van een wettelijk verplichte verzekering en zij die “slechts” een actie hebben op basis van een onverplichte verzekering. Gelet op de huidige maatschappelijke visie op de functie van de aansprakelijkheidsverzekering en op de tendens naar de bescherming van slachtoffers van geweld, is gepleit voor een veralgemenisering van de niet-inroepbaarheid tegen de benadeelde van opzettelijk veroorzaakte schadegevallen, om aan de maatschappelijke tendens tegemoet te komen. In dit kader is ook relevant dat in particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen in België opzet van minderjarigen tot 16 jaar (soms tot 18 jaar) gewoon is verzekerd.²⁵² Er is bovendien een advies van de Commissie voor Verzekeringen, een Belgisch adviesorgaan voor de minister, waarin de verzekeraars zich akkoord verklaard hebben om opzet van minderjarigen tot 14 jaar verplicht te dekken op de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Aan dat advies is tot op heden evenwel geen wetgevend gevolg gegeven.²⁵³

Ook in *Zwitserland* is in de rechtsliteratuur kritiek geuit op de tot nu toe onsystematische inzet van slachtofferbeschermende instrumenten in het verzekeringsrecht, en is betoogd dat in het te reviseren verzekeringsrecht de slachtofferbeschermende instrumenten die tot ontwikkeling zijn gekomen in de Zwitserse variant van de WAM, moeten worden veralgemeniseerd. In het bijzonder is bepleit dat er een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren moet

²⁵¹ Zie par. 7.2.1.

²⁵² Zie daarover par. 5.2.1.

²⁵³ Zie daarover par. 5.2.1.

komen die dekking biedt tegen personenschade. Daarnaast is een algeheel verweermiddelenverbod bepleit bij verplichte verzekeringen. De auteurs die deze maatregelen bepleiten, en die overigens deels functies vervullen in de verzekeringsbranche, willen niet zover gaan dat ook opzet valt onder de verweermiddelen die niet aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen. Deze opvatting houdt nauw verband met het gegeven dat slachtoffers van misdrijven in Zwitserland op basis van het *Opferhilfegesetz* een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen bij de (kantonale) overheid indien de dader geen verhaal biedt en zij ook niet op andere wijze een vergoeding van hun schade hebben gekregen. In Zwitserland lijkt er derhalve een principiële keuze te zijn gemaakt om schade als gevolg van misdrijven bij de overheid te alloceren, waaraan de burger via belastinggelden bijdraagt. Of een dergelijk verband met een vergaande schadevergoedingsmogelijkheid via de overheid, ook bestaat in Frankrijk en Duitsland, waar opzet evenmin valt onder het verweermiddelenverbod, verdient nader onderzoek.

8. Gevolgen en rechtvaardiging niet-tegenwerpelijke opzet

8.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is onderzocht welke van de bestaande verzekeringsrechtelijke instrumenten die de wetgever kan toepassen om de verhaalspositie van benadeelden via de aansprakelijkheidsverzekering te versterken, het meest geschikt zijn om een effectief schadeverhaal voor slachtoffers van misdrijven te realiseren. Het blijkt te gaan om de combinatie van twee instrumenten, namelijk de reeds in de wet verankerde directe actie, in combinatie met een wettelijk verbod op het tegenwerpen aan de benadeelde van een specifiek verweermiddel dat de verzekerde het schadevoorval opzettelijk in het leven heeft geroepen, en daarmee aanverwante contractuele verweermiddelen. Effectief schadeverhaal via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader kan niet bereikt worden door middel van zelfregulerend vermogen in de betrokken sector.¹ Voor een dergelijk verbod is een wetswijziging nodig. In dit hoofdstuk worden enkele van de (te verwachten) gevolgen van een dergelijke wetswijziging op een rij gezet (par. 8.2), in het kader waarvan ook wordt ingegaan op de met een dergelijke wetswijziging gemoeide belangen van verzekeraars. In dat verband wordt aan de hand van de beschikbare onderzoeksgegevens een schatting (een “*educated guess*”) gemaakt van het jaarlijkse aantal slachtoffers dat ernstige letselschade lijdt met blijvende beperkingen als gevolg van een misdrijf, en het aantal slachtoffers dat als gevolg van een misdrijf is overleden (par. 8.2.2).

De voordelen van een wettelijk verweermiddelenverbod voor slachtoffers van misdrijven zijn evident, evenals de nadelen daarvan voor de verzekeringsbranche. Bij de afweging van de verschillende, deels met elkaar conflicterende, belangen is een relevante vraag wat de rechtvaardiging is voor een dergelijke maatregel en waarom de schadelast primair en in eerste instantie bij de verzekeraars (en de premiebetalende bevolking) wordt gealloceerd. Voor de beoordeling van deze vraag is het van belang deze te plaatsen in een bredere rechtshistorische en rechtsfilosofische context, waarbij de leerstukken van de retributieve en distributieve rechtvaardigheid een rol spelen (par. 8.3). Voorts wordt de vraag naar de rechtvaardiging benaderd in het licht van de WAM en in het licht van andere rechtsstelsels, en wordt bezien of er nog een rechtvaardigend onderscheid bestaat tussen het verweermiddelenverbod in de WAM en het ontbreken daarvan in de algemene aansprakelijkheidsverzekering (par. 8.4). Ten slotte komt de concrete inbedding in de bestaande regelgeving van een wettelijk verbod op het tegenwerpen van opzet aan de orde (par. 8.5).

8.2. Gevolgen wetswijziging

De wettelijke inperking van de verweermiddelen waar de verzekeraar zich op kan beroepen, zal op verschillende niveaus en voor verschillende partijen gevolgen hebben. Deze paragraaf stipt de meest in het oog springende te verwachten gevolgen aan.

¹ Vgl. aanwijzing 7 sub c van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij Circulaire van 21 augustus 2008, *Stcrt.* 2008, 183 en gerectificeerd in *Stcrt.* 2008, 190.

8.2.1. Gevolgen voor de verhaals- en incassopositie van slachtoffers van misdrijven

De introductie van een wettelijk verbod van de verzekeraar zich jegens het slachtoffer erop te beroepen dat de schade door een misdrijf is ontstaan², leidt ertoe dat slachtoffers van misdrijven met gebruikmaking van het rechtstreeks vorderingsrecht van art. 7:954 BW hun vordering tot schadevergoeding direct met de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader kunnen afwikkelen. Dit heeft tot gevolg dat schadeverhaal eenvoudiger wordt dan nu, en net als in WAM-zaken veelal buiten rechte zal kunnen plaatsvinden. Slachtoffers zullen daadwerkelijk in staat zijn hun schade als gevolg van het misdrijf te verhalen. Het verweermiddelenverbod, dat zich kan beperken tot een beroep op de opzetclausule en aanverwante clausules die beogen misdrijfschade van dekking uit te sluiten, vormt in combinatie met het reeds bestaande rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader (art. 7:954 BW) een krachtig verzekeringsrechtelijk instrument ter verbetering van de verhaalspositie van het slachtoffer. Gelet op het feit dat de verzekeringsdichtheid van de AVP-polis zeer groot is, is de kans dat een slachtoffer van een misdrijf zijn schade daadwerkelijk kan verhalen, groot. De kans op schadeverhaal wordt door de wetwijziging aanzienlijk vergroot ten opzichte van de huidige situatie.

Afwikkeling van schade in rechtstreeks overleg met de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft als bijkomend gevolg dat ook de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid worden vergoed, evenals de buitengerechtelijke kosten indien deze redelijk zijn en in redelijkheid zijn gemaakt (art. 6:96 lid 2 onderdelen b en c BW). Het verlenen van bijstand aan slachtoffers van misdrijven wordt dan voor veel advocaten financieel aantrekkelijker ten opzichte van de huidige situatie. In de huidige situatie komen slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven in aanmerking voor kosteloze gesubsidieerde rechtsbijstand (een "toevoeging"). Het slachtoffer hoeft geen eigen bijdrage te betalen. Evenmin vindt er voor het verlenen van een toevoeging een inkomens- en vermogenstoets plaats. Een toevoeging voor het verlenen van bijstand aan de benadeelde partij in de strafprocedure levert een advocaat maximaal ongeveer ruim € 500,- op.³ Dit geldt ook voor toevoegingen op het gebied van geweld- en zedenmisdrijven met ernstig letsel. Het aantal uren dat besteed moet worden in de meeste strafzaken staat in geen verhouding tot het bedrag dat het oplevert. Als de vordering door de strafrechter wordt toegewezen, wordt er weliswaar ook een kostenveroordeling uitgesproken die in beginsel is gebaseerd op het forfaitaire liquidatietarief. Deze valt echter niet onder de schadevergoedingsmaatregel en derhalve ook niet binnen het bereik van de voorschotregeling. Deze kostenveroordeling zal, ervan uitgaande dat de dader geen verhaal biedt, in de huidige situatie niet kunnen worden geïnd. De niet-tegenwerpelijke van opzet zal derhalve mogelijk ook als bijkomend effect hebben dat het aantal gespecialiseerde letselschadeadvocaten dat slachtoffers van misdrijven

² Alsmede een beperking van de mogelijkheid zich jegens het slachtoffer te beroepen op aanverwante clausules.

³ Dit is berekend aan de hand van het aantal punten dat door de Raad voor Rechtsbijstand standaard wordt toegekend voor het verlenen van bijstand aan slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met betrekking tot de voeging van de vordering benadeelde partij in het strafproces (5 punten), vermenigvuldigd met het vastgestelde bedrag per punt. Dit bedraagt in 2016 afgerond € 105,- per punt. Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, art. 3, Besluit van 21 december 1999, *Stb.* 1999, 580, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 293.

wil bijstaan, toeneemt. Ook de kwaliteit van de geleverde rechtsbijstand zal naar verwachting verbeteren.

Daarnaast kan afwikkeling van de schade via de verzekeraar van de dader gunstig uitpakken voor de bevrediging van de emotionele behoeften van het slachtoffer. Zoals uit onderzoek blijkt,⁴ hebben slachtoffers niet alleen financiële maar ook emotionele behoeften. Door de verwaarlozing van de emotionele dimensie in het afwikkelingsproces van letselschade kan deze behoefte tot relationele vergoeding in de knel komen.⁵ Beide behoeften lopen in het afwikkelingsproces van de letselschade bovendien door elkaar en kunnen met elkaar op gespannen voet komen te staan. De behoefte aan financiële compensatie vraagt immers om een opstelling waarin “het eigen belang en het rationeel calculerend gedrag” centraal staat. De behoefte aan erkenning en verzoening vraagt veeleer om “persoonlijk contact en het overbruggen van tegenstellingen.”⁶ Lindenbergh en Mascini hebben geopperd dat mogelijk een afwikkeling waarin het financiële en het relationele traject gescheiden van elkaar verlopen, deze spanning mogelijk kan wegnemen.⁷ Indien opzet niet meer kan worden tegengeworpen aan de slachtoffers, dienen deze gescheiden trajecten zich juist bij slachtoffers van misdrijven aan. Anders dan bij de afwikkeling van letselschade wegens aansprakelijkheid buiten misdrijf, is er bij een misdrijf immers een strafproces dat een plaats kan bieden voor de emotionele behoeften van het slachtoffer. Via het spreekrecht, strafrechtelijke mediation en slachtoffer-dadergesprekken kan aan de behoefte tot emotionele verzoening tegemoet worden gekomen. Het strafrecht biedt ook bij uitzondering ruimte om met de dader te communiceren. Bij een gebruikelijke afwikkeling van letselschade ontbreekt deze communicatie vaak. Het zijn dan de belangenbehartiger van het slachtoffer en de verzekeraar van de aansprakelijke partij die met elkaar communiceren over de financiële afwikkeling van de schade. Naast het strafproces, waarin het slachtoffer zich kan richten op zijn emotionele behoeften, kan de financiële afwikkeling min of meer buiten het slachtoffer om worden geregeld met de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader.

Concreet betekent het dat de verhaalspositie van een slachtoffer van een misdrijf substantieel verbetert. Een slachtoffer van een misdrijf krijgt de beschikking over nagenoeg dezelfde mogelijkheden als een slachtoffer van een verkeersmisdrijf om zijn schade rechtstreeks met de verzekeraar van de aansprakelijke partij af te wikkelen. In zoverre komt de verhaalspositie op een vergelijkbaar niveau als die van een slachtoffer van een verkeersmisdrijf, dat reeds geruime tijd wettelijke mogelijkheden heeft om schade als gevolg van het verkeersmisdrijf te verhalen op de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke gemotoriseerde verkeersdeelnemer. Helemaal gelijkwaardig zijn de posities niet, omdat de verzekeraar van de aansprakelijke bestuurder nagenoeg geen aan de wet en aan het verzekeringscontract ontleende verweermiddelen aan het slachtoffer kan tegenwerpen (art. 11 WAM). De in dit onderzoek onderzochte mogelijkheid ziet op de invoering van een beperking van het aantal verweermiddelen dat aan het

⁴ Huver e.a. 2007.

⁵ Akkermans & Van Wees 2007, p. 103-118.

⁶ Aldus S.D. Lindenbergh en P. Mascini, ‘Schurende dilemma’s in het aansprakelijkheidsrecht - De spanning tussen financiële en relationele compensatie’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 450-451 en 453.

⁷ Lindenbergh & Mascini 2013, p. 454.

slachtoffer kan worden tegengeworpen. Het betreft dus niet een algehele uitsluiting van de tegenwerpelijke van verweren.

8.2.2. Gevolgen voor verzekeraars in termen van schade(last)

De schadelast voor particuliere aansprakelijkheidsverzekeraars zal door de niet-tegenwerpelijke van opzet ongetwijfeld toenemen. Het begrip ‘schadelast’ omvat, zoals hiervoor in par. 5.3.13 is toegelicht, niet alleen de schade zelf (datgene wat verzekeraars moeten vergoeden aan slachtoffers), maar ook wat de schade “kost”. Daarbij valt te denken aan de afwikkelingskosten en de kosten die samenhangen met de noodzakelijke reserveringen voor openstaande schaden.⁸ Door de niet-tegenwerpelijke van opzet zal vermoedelijk zowel de schade toenemen, als de kosten daarvan. Waar verzekeraars voorheen de claims die betrekking hadden op personenschade veroorzaakt door een misdrijf met een beroep op de opzetclausule “buiten de deur” konden houden, is dat door de niet-tegenwerpelijke van opzet niet meer mogelijk. Dit zal tot een toename leiden van het aantal claims onder de aansprakelijkheidsverzekering. Het zal ook tot een toename leiden van het bedrag dat verzekeraars onder de particuliere aansprakelijkheidsverzekering zullen moeten uitkeren. Ook de afwikkelingskosten, de reserveringskosten en de kosten voor het nemen van regres zullen toenemen. De verzekeraars zullen het bedrag aan uitgekeerde schade niet volledig op de verzekerde daders kunnen verhalen, zeker als het gaat om een omvangrijk schadebedrag, hetgeen bij letsel- en overlijdensschade regelmatig voorkomt.

Over de jaarlijkse schadeomvang wegens letsel en overlijden als gevolg van een strafbaar feit zijn geen cijfers bekend. Evenmin zijn exacte gegevens bekend over het aantal slachtoffers met ernstig en blijvend letsel als gevolg van een strafbaar feit.⁹ In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade is de verwachting uitgesproken dat dit in omvang een beperkte groep zal zijn.¹⁰ Op basis van de beschikbare cijfers kan wel een “*educated guess*” worden gedaan over het *aantal slachtoffers* en nabestaanden dat jaarlijks letsel- en overlijdensschade lijdt als gevolg van geweld.¹¹ De schatting is tot stand gekomen door gegevens uit verschillende bronnen te combineren. Deze gegevens worden in deze paragraaf toegelicht. Het gaat om de volgende gegevens:

- openbare gegevens omtrent ziekenhuisopnames en overlijden als gevolg van geweld (par. 8.2.2.1;
- niet openbare gegevens omtrent de opgelegde schadevergoedingsmaatregelen (par. 8.2.2.2.)

⁸ Gregorius 1994, p. 43-51.

⁹ Zie ook de memorie van toelichting op het wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade: *Kamerstukken II 2014/15, 34257*, p. 8 (wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van de verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen.

¹⁰ *Kamerstukken II 2014/15, 34257*, p. 8.

¹¹ Waaronder ook zijn begrepen de slachtoffers van seksueel geweld die daaraan fysiek letsel hebben opgelopen. Er zijn niet voldoende cijfers bekend op basis waarvan een schatting kan worden gedaan van het aantal slachtoffers van seksuele misdrijven die daaraan geen fysiek letsel hebben overgehouden.

- deels openbare en deels niet openbare gegevens van Schadefonds Geweldsmisdrijven over het aantal uitkeringen in de zwaarste letselcategorieën 4, 5 en 6 (par. 8.2.2.3).

Bij de cijfers over geweld is van belang te realiseren dat de politie- en justitiestatistieken, als ook de algemene slachtofferonderzoeken een onderrapportage opleveren van het aantal geweldplegingen.¹² Uit onderzoek is bekend dat niet lang niet alle slachtoffers met hun verhaal naar de politie gaan. Ook monden niet alle delicten die bij de politie bekend zijn uit in een melding of aangifte, zodat deze daardoor niet in de registratiecijfers voorkomen.¹³ Daarbij komt dat bij slachtofferonderzoek de onderzoeksgroep niet altijd representatief is voor de populatie.¹⁴ In werkelijkheid kunnen de aantallen dan ook hoger zijn dan in de hieronder genoemde bronnen is gepresenteerd. De gegevens in par. 8.2.2.1 zijn primair afkomstig van het Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).¹⁵ Op deze site zijn alleen de cijfers over 2011 raadpleegbaar. De gegevens over letsel die door het Nationaal Kompas worden gepresenteerd, zijn op hun beurt afkomstig van verschillende bronnen:

- Landelijke Medische Registratie (LMR; Dutch Hospital Data), thans geheten Landelijke Basisregistratie Ziekenhuiszorg (LBZ). LBZ bevat gegevens over alle ziekenhuisopnamen in nagenoeg alle ziekenhuizen in Nederland
- Letsel Informatie Systeem (LIS). LIS is de letselregistratie van de stichting VeiligheidNL. Het LIS is een belangrijke informatiebron voor het letselpreventiebeleid van het Ministerie van VWS. Daarnaast is de Europese Injury Database (IDB) met betrekking tot Nederland gebaseerd op de gegevens uit LIS. In LIS staan slachtoffers geregistreerd die na een ongeval, geweld of zelfbeschadiging zijn behandeld op een afdeling Spoedeisende Hulp (SEH) van een selectie van ziekenhuizen in Nederland (16 ziekenhuizen in 2011). Deze ziekenhuizen vormen een representatieve steekproef van ziekenhuizen in Nederland met een continu bezette SEH-afdeling. Dat maakt het mogelijk cijfers op nationaal niveau te berekenen.¹⁶ Uit onderzoek van het RIVM blijkt dat de LIS-gegevens het aantal SEH-bezoeken goed weergeeft, in ieder geval voor het totale aantal SEH-bezoeken. De schattingen van het aantal bezoeken voor uitsluitend letsel liggen iets onder de gegevens afkomstig van het DBC-informatiesysteem (DIS) dat alle ziekenhuizen gebruiken voor de registratie van spoedeisende hulp en alle andere vormen van ziekenhuiszorg.¹⁷
- Doodsoorzakenstatistiek van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). De Doodsoorzakenstatistiek is een registratie op wettelijke basis van doodsoorzaken van alle overle-

¹² *Injuries in the European Union. Summary of injury statistics for the years 2008-2010*, EuroSafe 2013, p. 25. Dit rapport is raadpleegbaar via ec.europa.eu/health/data_collection.

¹³ M. Goderie en S. ter Woerds, *Veilige gemeenten waar vrouwen willen wonen. Een voorstudie naar lokale monitoring van vrouwenveiligheid*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2003, p. 29.

¹⁴ Goderie & Ter Woerds 2003, p. 29.

¹⁵ Zie ook www.zorgatlas.nl.

¹⁶ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

¹⁷ A.M. Gommer en R. Gijsen, *Onderzoek naar schatting van landelijk aantal SEH-bezoeken op basis van Letsel Informatie Systeem (LIS)*, RIVM 2016, p. 3.

den inwoners van Nederland die op het moment van overlijden geregistreerd staan op een Nederlands woonadres in het GBA.

- CBS-NND: Statistiek niet-natuurlijke dood (CBS).
- Europese Injury Data Base (IDB).
- Het in juni 2016 verschenen rapport van het RIVM, *Ziekte last en kosten van letsel door geweld*, RIVM-rapport 2015-0179, RIVM 2016.

8.2.2.1. Aantal ziekenhuisopnames en overlijdens als gevolg van geweld

Het aantal gevallen van letsel als gevolg van geweld - Het aantal ingeschreven rechtbankzaken wegens gewelds- en seksuele misdrijven bedroeg in 2014 45.000.¹⁸ Ter vergelijking: het aantal ingeschreven rechtbankzaken voor verkeersmisdrijven bedroeg in 2014 29.000.¹⁹ Het aantal ingeschreven rechtbankzaken voor vermogensmisdrijven was het grootst: 72.000 in 2014.²⁰ In 2011 werd 5% van alle inwoners van 15 jaar en ouder slachtoffer van geweld. Bij deze cijfers is alleen gekeken naar geweld dat door anderen is toegebracht. Zelf toegebracht letsel waaronder suicide(pogingen) of automutilatie is niet in de cijfers betrokken. Er wordt onderscheid gemaakt tussen een aantal typen geweld, naar gelang het doel (het motief) van de dader. Ten eerste kan het gaan om expressief geweld dat dient als uiting van gevoelens als woede, haat, onmacht en gekrenkte trots. Dan is er instrumenteel geweld dat is gericht op het verwerven van (im)materiële voordelen, zoals geld of status. Daarnaast worden ook nog cultureel en politiek geweld onderscheiden. Cultureel geweld heeft een rituele functie, bijvoorbeeld in een duel of eerwraak. Onderzoekers zijn nog niet in staat om dit type geweld te onderscheiden binnen de gebruikte registraties. Politiek geweld wordt aangewend om een maatschappelijke boodschap kracht bij te zetten, en komt in Nederland nauwelijks voor.²¹ In Nederland komen expressief en instrumenteel geweld het meeste voor en deze typen van geweld zijn in de onderstaande cijfers betrokken. Het percentage van 5% van alle inwoners dat in 2011 slachtoffer is geworden van geweld, is vergelijkbaar met 2010 en 2008, maar lager dan in 2009. Ongeveer 3,5% kreeg te maken met bedreiging, 1% met een seksueel delict en minder dan 1% met mishandeling.²² In 2012 is bijna 3% van de Nederlandse inwoners van 15 jaar en ouder slachtoffer geworden van een geweldsdelict. Ruim 1,5% werd bedreigd, minder dan 1% werd mishandeld en minder dan 0,5% kreeg te maken met geweld met seksuele bedoelingen.²³ In 2011 zijn 24.000 patiënten met letsel door geweld behandeld op de SEH-afdelingen van ziekenhuizen.²⁴ In 2012 waren dat

¹⁸ *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 52. Cijfers van na 2014 waren bij de publicatie van dit onderzoek niet bekend.

¹⁹ *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 52. Cijfers van na 2014 waren bij de publicatie van dit onderzoek niet bekend.

²⁰ *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 52. Cijfers van na 2014 waren bij de publicatie van dit onderzoek niet bekend.

²¹ Zie over de typen geweld: Snijders 2016, p. 15-16. Zie over de oorzaken van geweld: Liem & Muller 2016, p. 111-438.

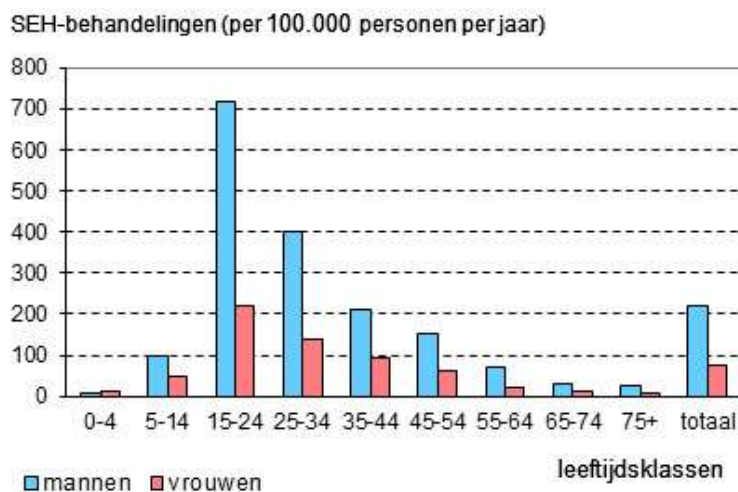
²² Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Integrale Veiligheidsmonitor 2011*, Den Haag: CBS, 2012h; Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

²³ CBS *Integrale veiligheidsmonitor 2012*, CBS, 2013d.

²⁴ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

er 22.000.²⁵ In 2014 bezochten 17.700 mensen een SEH-afdeling voor letsel door geweld.²⁶ In de hele periode 2009-2013 kwamen jaarlijks naar schatting 24.000 slachtoffers van een geweldsdelict op een SEH-afdeling.²⁷ Zowel absoluut als relatief zijn de letsels vooral te zien bij mannen van 15-34 jaar. Datzelfde geldt voor het jaar 2012 en 2014.²⁸ Vooral de leeftijdsgroep 15-24 jaar springt er ongunstig uit. Dat geldt voor de periode 2001-2005²⁹, maar ook voor latere jaren. Van het aantal gevallen dat zich in 2012 met letsel door geweld bij een SEH-afdeling heeft gemeld, is 41% afkomstig uit de leeftijdscategorie van 15-24 jaar.³⁰ Ook bij vrouwen is het merendeel van de wegens geweld behandelde patiënten jong.³¹ Verder is een opvallende uitkomst van onderzoek dat de laagste inkomensgroepen vaker slachtoffer worden van geweldsdelicten dan de hogere inkomensgroepen.³² Ook etniciteit speelt een rol: het risico om slachtoffer te worden van geweld is groter bij inwoners met een migratieachtergrond.³³ De in deze paragraaf opgenomen figuren zijn afkomstig van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM).³⁴

Figuur 1: Incidentie van SEH-behandelingen voor letsels als gevolg van geweld naar leeftijd en geslacht per 100.000 inwoners in 2011 (Bron: LIS).



²⁵ LIS Factsheet 2012, p. 9; I.N.J. de Groot en L. Hulshof, 'Geweldsdelicten: letselcijfers maken het plaatje compleet', *Tijdschrift voor de Politie* 2014/2, p. 30.

²⁶ Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

²⁷ Snijders 2016, p. 47.

²⁸ Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

²⁹ L.C. Lanting en N. Hoeymans, *Let op letsels. Letsels in het perspectief van de volksgezondheid*, RIVM 2008, p. 51.

³⁰ De Groot & Hulshof 2014, p. 30;

³¹ LIS; Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl); Den Hertog 2013, p. 59-60.

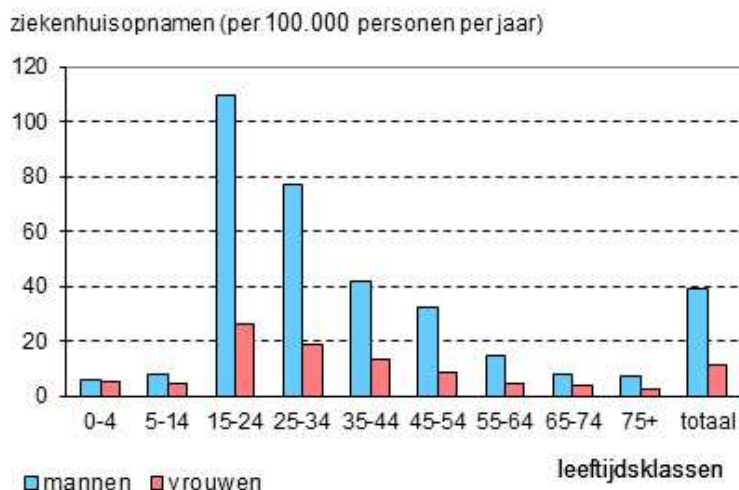
³² K. Wittebrood, *Slachtoffers van criminaliteit: Feiten en achtergronden*. Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2006.

³³ Justitie et al, *Actieplan tegen geweld*, Den Haag 2005.

³⁴ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

In 2011 zijn 4.100 mensen in het ziekenhuis opgenomen in verband met letsels door geweld.³⁵ De helft van deze groep valt in de leeftijdscategorie van 15-34 jaar.³⁶ In 2012 is het aantal ziekenhuisopnamen wegens letsel door geweld gedaald tot 3.600.³⁷

Figuur 2: Incidentie van ziekenhuisopnamen voor letsels door geweld naar leeftijd en geslacht per 100.000 inwoners per jaar, 2011 (Bron: LMR)



De belangrijkste letsels waarmee slachtoffers werden opgenomen zijn:³⁸

- Fracturen (34%, 1.400)
- Hersenletsel (26%, 1.100)
- Open wonden (12%, 500)

Bij ziekenhuisopnamen en SEH-behandelingen betrof het in 75% van de gevallen letsel dat is ontstaan door geweld zonder dat daar een wapen bij werd gebruikt (2011). Het betrof letsel vanwege lichaamskracht, een ongewapend gevecht of ruzie.³⁹ In 2012 werden 78% van de SEH-letsels door geweld door middel van lichaamskracht veroorzaakt. Daarna volgen een scherp wapen of voorwerp (10%), een stomp wapen of voorwerp (7%) en een vuurwapen (2%).⁴⁰ Bij de ziekenhuisopnamen komt 68% van het letsel door geweld voort uit ongewapende ruzies en

³⁵ Landelijke Medische Registratie (LMR; Dutch Hospital Data), thans geheten Landelijke Basisregistratie Ziekenhuiszorg (LBZ); Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl). Zie ook www.zorgatlas.nl.

³⁶ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

³⁷ De Groot & Hulshof 2014, p. 30.

³⁸ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

³⁹ Den Hertog 2013, p. 58, 60.

⁴⁰ De Groot & Hulshof 2014, p. 31.

gevechten.⁴¹ Over de plaats van geweld zijn ook gegevens beschikbaar. Geweld dat een SEH-behandeling tot gevolg heeft, vindt zowel op straat plaats, als in of om huis, maar vooral bij uitgaans- en horecagelegenheden. Dit laatste sluit aan bij onderzoeksbevindingen dat in het weekend veel SEH-behandelingen plaatsvinden in verband met letsel door geweld. Als het gaat om geweld met dodelijk afloop vindt ruim de helft (57%) in of om het huis plaats. Eén op de zes gevallen van geweld met dodelijke afloop vond plaats op straat (17%).⁴²

Het percentage slachtoffers dat blijvende beperkingen overhoudt door geweld is onbekend.⁴³ Wel is in algemene zin bekend dat de fysieke gezondheidsschade groter is naarmate het oorspronkelijke letsel dat ontstaan is na geweld zwaarder was.⁴⁴ Voor een aantal letsels bestaat een relatief grote kans op blijvende beperkingen. Deze kans is bepaald aan de hand van de LIS Patiënten Enquête 2001-2002. Het percentage patiënten dat blijvende beperkingen houdt is geschat als percentage patiënten dat na twee jaar nog voldeed aan de in de panelstudies gehanteerde beschrijving van het letsel.⁴⁵ Lichte letsels als enkeldistorsies en armfracturen hebben een laag risico op blijvende beperkingen, terwijl ernstige letsel zoals een dwarslaesie en zwaar hersenletsel gepaard gaan met een aanzienlijk risico op blijvende beperkingen, inclusief het onvermogen tot (volledige) werkhervatting.⁴⁶ Ruggenmergletsels, schedel- en hersenletsels en letsels van de benen (vooral fracturen) brengen de grootste kans op blijvende beperkingen mee.⁴⁷

Het aantal doden als gevolg van geweld - In 2011 zijn 143 mensen overleden als gevolg van geweld.⁴⁸ Als daarbij de niet-ingezetenen bij worden opgeteld (personen die op het moment van overlijden niet staan ingeschreven bij de Gemeente Basis Administratie), komt het aantal overledenen in 2011 op 165. De meeste dodelijke slachtoffers van geweld zijn gedood met vuurwapens (34%, 49 personen). Iets minder slachtoffers met snijdende of stekende voorwerpen (30%, 43 personen). Daarnaast zijn in 2011 nog 3 personen overleden aan de late gevolgen van letsel door geweld.⁴⁹ In 2014 zijn 123 personen overleden als gevolg van geweld.⁵⁰ Over de hele peri-

⁴¹ De Groot & Hulshof 2014, p. 31.

⁴² Den Hertog 2013, p. 61.

⁴³ Lanting & Hoeymans 2008, p. 52; Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

⁴⁴ Lanting & Hoeymans 2008, p. 52, onder verwijzing naar onderzoek.

⁴⁵ Lanting & Hoeymans 2008, p. 235, met verwijzing naar S. Polinder c.s., 'Functional outcome at 2,5, 5,9 and 24 months after injury in the Netherlands', *J. Trauma* 2007; 62:133-41.

⁴⁶ Lanting & Hoeymans 2008, p. 25 met verwijzing naar onderzoek.

⁴⁷ Lanting & Hoeymans 2008, p. 31 met verwijzingen naar S. Polinder c.s., 'Functional outcome at 2,5, 5,9 and 24 months after injury in the Netherlands', *J. Trauma* 2007; 62:133-41 en C.K. van der Sluis, *Outcomes of major trauma* (diss. Groningen), Groningen 1998.

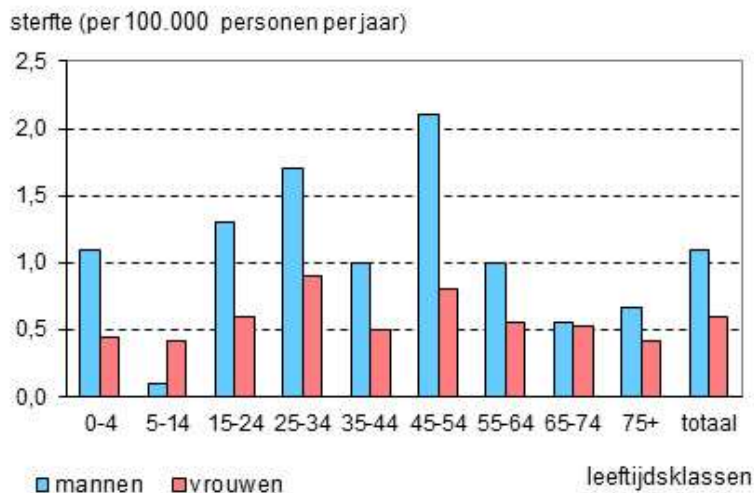
⁴⁸ CBS, *Doodsoorzakenstatistiek*.

⁴⁹ Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

⁵⁰ CBS Statline Overledenen; belangrijke doodsoorzaken, 2016; Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

ode 2008-2012 schommelt het aantal overledenen door geweld tussen de 143 en 155 personen per jaar.⁵¹

Figuur 3: Sterfte door letsels door geweld naar leeftijd en geslacht per 100.000 inwoners per jaar, 2011 (Bron: CBS Doodsoorzakenstatistiek)



Trend in de tijd - De trend in de tijd geeft aan dat het aantal behandelingen op de SEH-afdelingen vanwege letsel door geweld over de periode 2007-2011 met 17% is afgenomen (zie figuur 4). De dalende trend van het aantal behandelingen op SEH-afdelingen heeft zich in de periode 2011-2014 voortgezet.⁵² Het aantal ziekenhuisopnamen vanwege letsel door geweld is in de periode 2007-2011 toegenomen met 63% (zie figuur 5). Een eenduidige verklaring van de stijging ontbreekt nog. Men vermoedt dat het te maken heeft met veranderingen in opnamebeleid en vergoedingenstelsel.⁵³ Het aantal dodelijke slachtoffers is niet significant toe- of afgenomen in de periode 2006-2011 (zie figuur 6).⁵⁴ Wel is er een afname van het aantal doden door geweld ten opzichte van midden jaren negentig. In 2014 was de sterfte voor mannen als gevolg van geweld weer nagenoeg op hetzelfde niveau als in 1980, voor vrouwen lag de sterfte lager dan in 1980.⁵⁵

⁵¹ De Groot & Hulshof 2014, p. 30.

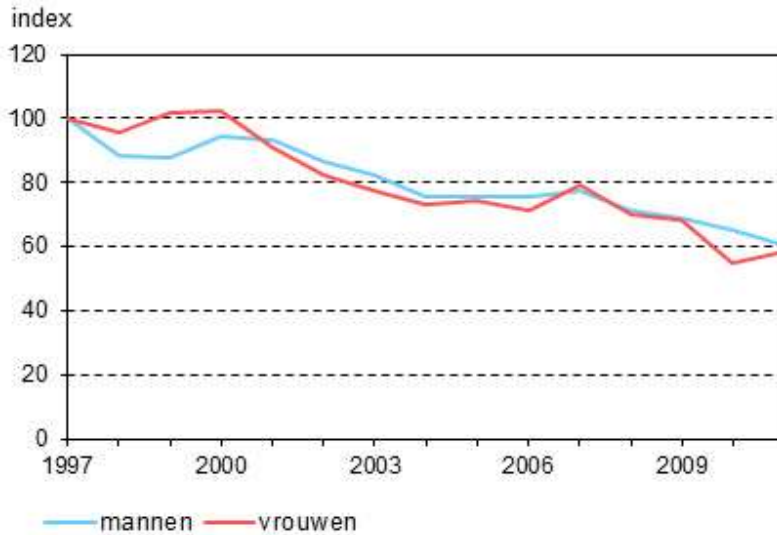
⁵² Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

⁵³ Den Hertog 2013, p. 59.

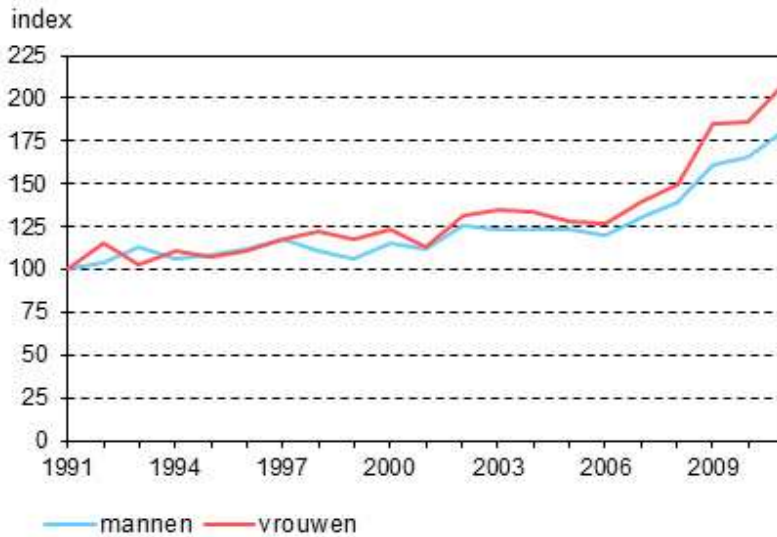
⁵⁴ Informatie en tabellen afkomstig van Nationaal Kompas Volksgezondheid.

⁵⁵ Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

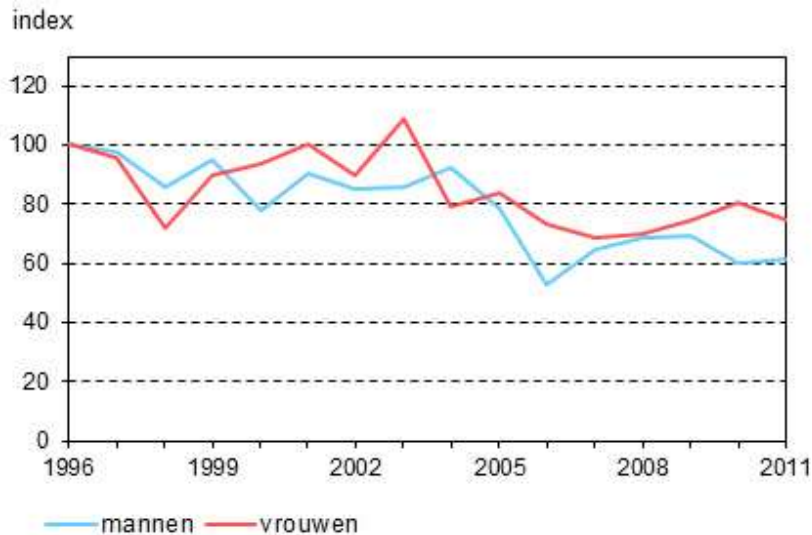
Figuur 4: Trend in het jaarlijks aantal SEH-behandelingen voor letsels als gevolg van geweld in de periode 1997-2011; gestandaardiseerd naar de bevolking van Nederland in 2011; geïndexeerd (januari 1997=100) (Bron: LIS)



Figuur 5: Trend in het jaarlijks aantal ziekenhuisopnamen voor letsels als gevolg van geweld in de periode 1991-2011; gestandaardiseerd naar de bevolking van Nederland in 2011; geïndexeerd (januari 1991=100) (Bron: LMR)



Figuur 6: Trend in jaarlijkse sterfte voor letsels als gevolg van geweld in de periode 1996-2011; gestandaardiseerd naar de bevolking van Nederland in 2011; geïndexeerd (1996=100) (Bron: CBS Doodsoorzakenstatistiek) .



Gebaseerd op prognoses van de bevolkingsomvang wordt verwacht dat bij gelijkblijvende incidentie het aantal slachtoffers de komende twintig jaar ongeveer gelijk zal blijven.⁵⁶ In een op 30 juni 2016 verschenen rapport van het RIVM is becijferd wat de medische- en verzuimkosten zijn die samenhangen met letsel door geweld.⁵⁷ Schattingen van die kosten als gevolg van lichamelijk letsel door geweld bedroegen in de onderzochte periode (2009-2013) jaarlijks gemiddeld respectievelijk € 30 miljoen voor de medische kosten van lichamelijk letsel door geweld en € 66 miljoen voor de kosten tengevolge van arbeidsverzuim door lichamelijk geweldsletsel.⁵⁸ De geschatte kosten voor de psychische gevolgen van letsel door geweld (PTSS en depressie) zijn aanzienlijk lager (€ 5,2 miljoen).⁵⁹ Van het bedrag van € 30 miljoen wordt jaarlijks ruim € 16 miljoen aan medische kosten besteed aan slachtoffers van expressief geweld en € 2,5 miljoen aan slachtoffers van instrumenteel geweld. Een groot aantal slachtoffers kon niet worden ingedeeld naar type geweld. Zij zorgden samen voor € 11 miljoen aan directe zorgkosten.⁶⁰ Ruim de helft van alle arbeidsverzuimkosten is het gevolg van expressief geweld.⁶¹ In zijn algemeenheid geldt dat ruim de helft (58%) van het aantal slachtoffers met lichamelijk letsel door geweld is toe te schrijven aan expressief geweld. 7% door instrumenteel geweld en 36% is onbekend.⁶²

⁵⁶ Den Hertog 2013, p. 59.

⁵⁷ Snijders 2016, p. 3.

⁵⁸ Snijders 2016, p. 47.

⁵⁹ Snijders 2016, p. 47.

⁶⁰ Snijders 2016, p. 47.

⁶¹ Snijders 2016, p. 47.

⁶² Snijders 2016, p. 49-50.

8.2.2.2. Opgelegde schadevergoedingsmaatregelen

Aan het CJIB is in het kader van dit onderzoek verzocht of er cijfers beschikbaar zijn waaruit blijkt welk bedrag jaarlijks aan schadevergoedingsmaatregelen wordt opgelegd wegens veroordelingen voor geweldsmisdrijven. Het CJIB heeft cijfers ter beschikking gesteld over de schadevergoedingsmaatregelen die zijn opgelegd over de jaren 2010 tot en met 2015 met betrekking tot moord en doodslag en zwaar lichamelijk letsel. Het risico bestaat dat er dubbeltellingen in deze bedragen zitten omdat bij meerdere daders hoofdelijkheid kan voorkomen, waarbij er per dader een zaak wordt aangemaakt. Uit deze cijfers blijkt dat in de jaren voorafgaand aan 2014 de totale omvang van het bedrag aan schadevergoedingsmaatregelen ter zake van moord en doodslag beperkt bleef tot minder dan € 500.000,- per jaar. In 2014 steeg het bedrag aan schadevergoedingsmaatregelen daar voor het eerst bovenuit: € 548.179,-. In 2015 is het bedrag aan schadevergoedingsmaatregelen verdubbeld ten opzichte van het jaar daarvoor en werd een totaalbedrag van € 1.113.369 opgelegd. De volgende tabel biedt een overzicht.

Schadevergoedingsmaatregelen moord en doodslag

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2010	355.662	66	7.634
2011	505.774	78	11.500
2012	404.696	62	8.653
2013	454.419	93	7.787
2014	548.179	80	10.593
2015	1.113.369	109	16.373

Bron: CJIB, peildatum 7 februari 2016

Voor het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel is de omvang van de opgelegde schadevergoedingsmaatregelen sinds 2010 gestaag toegenomen, tot een bedrag van € 616.672,- in 2015. In een schematisch overzicht ziet dat er als volgt uit.

Schadevergoedingsmaatregelen zwaar lichamelijk letsel

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2010	317.367	179	2.351
2011	302.293	178	2.191
2012	530.601	219	2.899
2013	609.038	218	3.402
2014	599.018	233	3.041
2015	616.672	249	3.162

Bron: CJIB, peildatum 7 februari 2016

In totaal werd in 2015 voor moord/doodslag en zwaar lichamelijk letsel bij elkaar opgeteld een bedrag van € 1.730.041,- aan schadevergoedingsmaatregelen opgelegd.

Totaal aan schadevergoedingsmaatregel moord/doodslag/zwaar lichamelijk letsel 2015⁶³

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers
2015	1.730.041	358

Duidelijk is dat dit bedrag van € 1.730.041 niet de totale schade wegens letsel en overlijden door misdrijven vertegenwoordigt. Dat bedrag zal aanmerkelijk hoger liggen. In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het aantal slachtoffers met letsel door geweld jaarlijks beduidend hoger ligt dan het aantal slachtoffers ter zake van wiens vordering een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd (358 slachtoffers in 2015). Dat verschil kan worden verklaard doordat in het aantal slachtoffers met letsel door geweld ook het lichte letsel is meegerekend. Maar ook dan blijft er een groot verschil. Ervan uitgaande dat bij licht letsel geen ziekenhuisopname nodig is, en bij zwaar lichamelijk letsel wel, is er nog steeds een discrepantie tussen het aantal ziekenhuisopnames vanwege letsel door geweld (3.600 in 2012) en het aantal slachtoffers ten behoeve van wie een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd (358 in 2015). Een verklaring is ook dat in de bovenstaande cijfers de schadevergoedingsmaatregelen wegens mensenhandel niet zijn meegenomen. Een andere mogelijke verklaring voor het verschil is dat niet alle geweldsincidenten met letsel strafrechtelijk worden vervolgd. Ter zake van geweldsincidenten die niet strafrechtelijk vervolgd worden, hebben slachtoffers niet de mogelijkheid zich te voegen en wordt in beginsel geen schadevergoedingsmaatregel opgelegd. Ook als wel strafrechtelijk wordt vervolgd, zullen niet alle slachtoffers zich steeds voegen in de strafprocedure. Bovendien zullen niet alle slachtoffers hun volledige vordering in de strafprocedure inbrengen. Een deel van de slachtoffers zal anticiperen op het niet-ontvankelijkheidscriterium en om die reden het gedeelte van de vordering dat mogelijk een onevenredige belasting voor het strafgeding meebrengt, achterwege laten. Hiervoor werd toegelicht (par. 1.2.8) dat juist de schadecomponenten die niet eenvoudig te beoordelen zijn, zoals (toekomstig) verlies van arbeidsvermogen en derving van levensonderhoud na overlijden, meestal het omvangrijkst zijn en het leeuwendeel van de schade zullen vormen. Het gevolg van een anticipatie op het ontvankelijkheidscriterium is dat juist die schadecomponenten buiten de strafprocedure worden gehouden. Dat dit het geval is, lijkt ook te kunnen worden afgeleid uit de relatief lage gemiddelde bedragen van de schadevergoedingsmaatregel. Een andere, voor de hand liggende verklaring voor de discrepantie is dat de complexe vorderingen in de strafprocedure niet inhoudelijk worden beoordeeld vanwege het criterium van de onevenredige belasting. Deze schades zijn niet verdisconteerd in de opgelegde schadevergoedingsmaatregelen, hetgeen ook kan worden afgeleid uit de relatief geringe gemiddelde omvang van de bedragen van de schadevergoedingsmaatregel.

Een betere indicatie voor de omvang van de schadevergoedingsmaatregelen vormt wellicht de impactanalyse die voorafgaand aan de totstandkoming van de voorschotregeling is uitgevoerd. Daaruit bleek dat in de eerste vijf jaar van de regeling, toen deze alleen gold voor

⁶³ De cijfers in deze tabel zijn de optelsom van de cijfers over 2015 in tabellen 1 en 2 tezamen.

slachtoffers van geweld- en zedenmisdriven, de totale kosten voor de Staat waren berekend op € 1,2 miljoen in het eerste jaar, oplopend tot ruim € 5 miljoen in het vijfde jaar.⁶⁴

8.2.2.3. Uitkeringen Schadefonds Geweldsmisdrijven

Naast de opgelegde schadevergoedingsmaatregelen, geven ook de uitkeringen door het Schadefonds Geweldsmisdrijven aan slachtoffers van geweldsmisdrijven een indicatie van de omvang van de schade wegens letsel en overlijden door geweld. De afgelopen jaren zijn de volgende bedragen uitgekeerd:

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2013	11.900.000	7.167	2.720
2014	13.600.000	6.726	3.161
2015	16.500.000	7.500	3.272
2016	18.200.000	7.247	3.721

Bron: Jaarverslagen Schadefonds Geweldsmisdrijven

Het in 2015 uitgekeerde bedrag is een veelvoud van het bedrag dat in 2015 in het kader van de schadevergoedingsmaatregel is opgelegd ter zake van moord, doodslag en zwaar lichamelijk letsel. Ook het aantal slachtoffers aan wie een uitkering is toegekend, is een veelvoud van het aantal slachtoffers ten behoeve van wie in 2015 een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd. Datzelfde geldt voor de uitkeringen die het Schadefonds Geweldsmisdrijven in 2016 heeft gedaan. De vraag rijst waardoor deze discrepantie kan worden verklaard. Een eerste verklaring kan zijn dat in het bedrag van de uitkeringen door het Schadefonds ook begrepen zijn de uitkeringen op grond van de Tijdelijke regelingen seksueel misbruik jeugdzorginstellingen en pleeggezinnen (de commissie Samson). Hiermee was in 2015 een bedrag van € 3 miljoen gemoeid en in 2016 een bedrag van ongeveer € 2,2 miljoen. Ook de uitkeringen met betrekking tot de zogenoemde Overvalregeling zijn in het totaalbedrag inbegrepen. Met de uitkeringen op grond van de Overvalregeling was in 2015 een bedrag van € 233.423,- gemoeid. In 2016 was dat een bedrag van € 185.174,-.⁶⁵ Ook kan de discrepantie worden verklaard door de omstandigheid dat nabestaanden bij het Schadefonds in aanmerking komen voor een tegemoetkoming in de immateriële schade. Een dergelijke vordering zou bij de strafrechter (en bij de civiele rechter) afstuiten op de beperkte kring van gerechtigden die in het BW geldt (art. 6:106, 6:107 en 6:108 BW), op grond waarvan in beginsel alleen het primaire slachtoffer recht heeft op vergoeding van zijn schade, waaronder ook immateriële schade. In de uitgekeerde bedragen in 2016 zijn ook begrepen de tegemoetkomingen aan nabestaanden van slachtoffers van dood door schuld delicten. Deze delicten zijn niet meegenomen in de cijfers van het CJIB met betrekking tot de schadevergoedingsmaatregel.

De cijfers uit het jaarverslag van het Schadefonds zeggen weliswaar iets over het aantal slachtoffers dat jaarlijks schade letsel oploopt als gevolg van een geweldsmisdrijf, maar het zegt

⁶⁴ Nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311, p. 8.

⁶⁵ Zie voor de uitkeringen in 2015 en 2016: jaarverslag Schadefonds Geweldsmisdrijven 2016.

nog niets over de omvang van de groep slachtoffers die ernstige en blijvende letselschade lijdt. Het zegt ook niets over de gemiddelde schadeomvang per slachtoffer in deze groep. Om meer zicht te krijgen op de omvang van de groep slachtoffers met ernstige en blijvende letselschade, is aan het Schadefonds Geweldsmisdrijven gevraagd hoeveel uitkeringen er zijn gedaan in de drie zwaarste categorieën (categorie 4, 5 en 6). In letselcategorie 4 gaat het om fysiek letsel met blijvende hinderlijke beperkingen, die naar de aard en gevolgen ernstiger zijn dan letselcategorie 3 (bijvoorbeeld langdurige gedeeltelijke afhankelijkheid). In letselcategorie 5 gaat het om fysiek letsel met ernstige blijvende beperkingen in het dagelijks beroeps- of bedrijfsmatig functioneren (of een daaraan gelijk te stellen activiteit) en/of blijvende gedeeltelijke afhankelijkheid. In letselcategorie 6 gaat het om fysiek letsel met zeer grote of volledige en blijvende afhankelijkheid. Van slachtoffers met letsel die in aanmerking komen voor een uitkering op basis van de categorieën 4, 5 en 6 is door een van de medisch adviseurs van het Schadefonds vastgesteld dat hun letsel wat aard en ernst en blijvende gevolgen past bij deze letselcategorieën. Om een goed beeld te krijgen om wat voor soort letsels het gaat in deze categorieën, is gekeken naar de "Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven 2016."⁶⁶ Daaruit blijkt dat indeling in categorie 4, 5 en 6 kan plaatsvinden vanwege meerdere letsels, zoals hersenschade, schade aan ogen en oren, en schade aan hals, wervelkolom en rug, schade aan armen, benen, buik. Als door een geweldsmisdrijf meerdere fysieke letsels, al dan niet in combinatie met psychisch letsel zijn opgelopen, dan is het meest ernstige letsel leidend voor de indeling in de letselcategorie. Deze letselcategorie bepaalt dan de hoogte van de uitkering. In de Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven is het fysieke letsel naar lichaamsdeel ingedeeld. Per lichaamsdeel worden fysieke letsels genoemd. Het cijfer dat voor het letsel staat, geeft aan in welke letselcategorie het valt.⁶⁷ Op basis van de Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven 2016 passen de volgende fysieke letsels bij de categorieën 4, 5 en 6:

Hoofd/hersen/schedel

- 4 Posttraumatische onvolledige halfzijdige verlamming (parese).
- 5 Posttraumatische volledige halfzijdige verlamming (paralyse).
- 6 Posttraumatisch frontaal syndroom leidend tot blijvende verpleeghuisopname.

Oog

- 4 Totale blijvende uitval van de visus in één oog = functioneel verlies van één oog.
- 4 Functioneel en anatomisch verlies van één oog.
- 5 Letsel bij eenogigen aan het gezonde oog in letselcategorieën 2 of 3.
- 6 Functioneel (al of niet gecombineerd met het anatomisch verlies van het resterende oog, met als gevolg algehele blindheid).
- 6 Functioneel of anatomisch verlies van beide ogen, met als gevolg algehele blindheid.

Oor

- 4 Functioneel en anatomisch verlies van één oor.

⁶⁶ De Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven is raadpleegbaar op de website van het Schadefonds: www.schadefonds.nl

⁶⁷ Zie deel IB van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven: "Lijst met fysieke letsels en bijbehorende letsel categorieën."

- 5 Functioneel (al dan niet gecombineerd met het anatomisch) verlies van beide oren of het resterende oor.

Hals, wervelkolom, rug

- 4 Caudasyndroom
5 Dwarslaesie op lumbaal (= lage rug) niveau.
6 Dwarslaesie op thoracaal (=borst) niveau met blijvend volledig verlies van gevoel en motoriek vanaf borstniveau naar beneden (dus beide benen).
6 Dwarslaesie op cervicaal (=hals) niveau met blijvend volledig verlies van gevoel en motoriek vanaf halsniveau naar beneden (dus beide armen en benen).

Arm

- 4 Plexuslaesie met uitval van grove en fijne motoriek.
4 Blijvende functionele uitval van een arm.
5 Anatomisch verlies van (een belangrijk deel van) een arm.
6 Anatomisch verlies van (belangrijke delen van) beide armen.

Hand

- 4 Functioneel verlies van een hand.
6 Anatomisch verlies van beide handen.

Buik

- 4 Beschadiging van de urinewegen leidend tot blijvende incontinentie.
4 Aanleg van een definitieve stoma, bijvoorbeeld na perforatie van de darm of beschadiging van de urinewegen.
5 Beschadiging van de in- of uitwendige geslachtsorganen, gepaard gaande met blijvend functieverlies.

Been en voet

- 4 Fracturen van kuit- en /of scheenbeen, leidend tot herhaalde operatieve ingrepen al dan niet gepaard gaande met vertraagde consolidatie of pseudo-artrosevorming.
5 Anatomisch verlies van een (onder)been.
6 Anatomisch verlies van beide (onder)benen.

Navraag bij het Schadefonds leert dat er in het jaar 2015 in totaal 30 uitkeringen zijn gedaan in categorie 5 (ad € 20.000,-). In 2015 zijn er 7 uitkeringen gedaan in categorie 6 (ad € 35.000,-). In 2015 zijn 142 uitkeringen gedaan die behoren tot categorie 4. Schematisch weergegeven is het aantal uitkeringen dat het Schadefonds Geweldsmisdrijven in 2015 deed in de categorieën met het ernstigste letsel (4, 5 en 6):

Letselcategorie 4:	142
Letselcategorie 5:	30
Letselcategorie 6:	7
Totaal	179

Ook is navraag gedaan naar het aantal uitkeringen in letselcategorie 3 waarin het gaat om "fysiek letsel met blijvende hinderlijke beperkingen in het dagelijks beroeps- of bedrijfsmatig func-

tioneren (of een daaraan gelijk te stellen activiteit).” In 2015 zijn 635 uitkeringen gedaan die behoren tot categorie 3.

Op basis van deze cijfers kan het aantal slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met ernstig letsel als gedefinieerd in de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven worden geschat op 179 per jaar. Wordt ook het aantal uitkeringen in categorie 3 meegerekend, dan komt dat neer op 814 uitkeringen per jaar.⁶⁸

8.2.3. Interpretatie cijfers

In 2012 was het aantal ziekenhuisopnamen in verband met letsel door geweld 3.600. Van deze slachtoffers hebben circa **1.084** personen letsel dat kans geeft op blijvende beperkingen en daardoor mogelijk een complexe schadevergoedingsvordering heeft. Het aantal van 1.084 is als volgt tot stand gekomen. Bekend is dat ernstige letsels zoals hersenletsel en fracturen van de benen een aanzienlijk risico geven op blijvende beperkingen. Van de slachtoffers die in 2011 in het ziekenhuis zijn opgenomen, hadden er 1.100 (een vorm van) hersenletsel. Aangenomen wordt dat 1/3 deel van deze groep licht hersenletsel had, zoals een hersenschudding. Aangenomen wordt dat 734 van hen zwaarder hersenletsel had. 1.400 van de totale groep hadden fracturen. Ervan uitgaand dat een kwart van de fracturen een beenfractuur betrof (350), dan komt het totale aantal slachtoffers van geweld met een hoger risico op blijvende beperkingen op 1.084. Bij deze groep van 1.084 moeten de slachtoffers worden meegerekend die overlijden als gevolg van geweld. In 2014 zijn 123 personen overleden als gevolg van geweld. Op basis van deze cijfers bedraagt het aantal slachtoffers met een hoger risico op blijvende beperkingen en nabestaanden afgerond **1.200** personen.

Niet deze hele groep van 1.200 personen zal een omvangrijke schade lijden. Een indicatie daarvan is de omstandigheid dat in 85% van schadevergoedingsmaatregelen, de maatregel minder dan € 2.000 belooft.⁶⁹ Ook als gekeken wordt naar het gemiddelde bedrag dat slachtoffers van geweldsmisdrijven in een civiele procedure hebben gevorderd, dan blijkt daaruit dat het lang niet bij ieder slachtoffer om een zeer omvangrijk schadebedrag gaat. Het gemiddelde gevorderde bedrag was € 17.000,-.⁷⁰ De schadeomvang is voor ieder slachtoffer anders en is afhankelijk van alle concrete omstandigheden van het geval. Bepalend zijn vooral het inkomen dat het slachtoffer voor het geweldsincident genereerde, de leeftijd van het slachtoffer en verder of er omstandigheden zijn die de schadevergoedingsplicht beperken. Daarbij valt te denken aan een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW), de vraag of verrekend kan worden met een schade-uitkering die het slachtoffer van een first party-verzekeraar heeft ontvangen (art. 6:100 BW) en of er wellicht bepaalde pre-existente klachten waren voorafgaand aan het geweldsincident. Verder is het zo dat de blijvende beperkingen niet bij ieder slachtoffer hoeven te leiden tot gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De aard van het letsel, de persoon en het

⁶⁸ In dit aantal zijn ook uitkeringen aan nabestaanden inbegrepen. Niet bekend is hoe groot dat aantal is.

⁶⁹ Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel conservatoir beslag ten behoeve van slachtoffers, *Kamerstukken I* 2012-2013, 33 295 C, p. 6.

⁷⁰ Schrama & Geurts 2012, p. 89.

karakter van het slachtoffer en het soort werk dat het betreffende slachtoffer doet of nog kan doen, zijn bepalend voor de vraag of er arbeidsongeschiktheid optreedt, en zo ja in welke mate. Desalniettemin is er een aantal letsels waarvan kan worden aangenomen dat deze hoe dan ook leiden tot ernstige financiële schade. Deze letsels leiden immers in het algemeen tot (blijvende en algehele) arbeidsongeschiktheid en tot hoge zorgkosten. Het gaat om:

- (i) ernstig hersenletsel waarbij een volledige of onvolledige verlamming ontstaat, of een frontaal syndroom dat leidt tot blijvende verpleeghuisopname;
- (ii) letsel aan de wervelkolom, rug of hals waarbij een dwarslaesie ontstaat op het niveau van de lage rug, de borst of het halsniveau.
- (iii) anatomisch verlies van (belangrijke delen) van armen, handen, (onder)benen of het anatomisch of functioneel verlies van beide ogen.⁷¹

Deze letsels sluiten aan bij de categorieën 4, 5 en 6 van de door het Schadefonds Geweldsmisdrijven gehanteerde letsellijst. Zoals hiervoor in par. 8.2.2.3 toegelicht, heeft het Schadefonds in het jaar 2015 in de drie hoogste categorieën (4, 5 en 6) met het ernstigste letsel de volgende uitkeringen gedaan:

Letselcategorie 4:	142
Letselcategorie 5:	30
Letselcategorie 6:	7
<hr/>	
Totaal	179

Op basis van deze cijfers kan het aantal slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met ernstig en blijvend letsel als gedefinieerd in de drie hoogste categorieën van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven worden geschat op 179 per jaar. Worden daarbij opgeteld het aantal uitkeringen in categorie 3 (635) en het aantal overledenen als gevolg van geweld (123), dan benadert dat aantal (namelijk 938), het aantal dat is geschat op basis van de ziekenhuisopnames en overlijdens is becijferd (1200). Op basis van een “*educated guess*” wordt het aantal personen dat jaarlijks ernstige schade met blijvende beperkingen lijdt wegens letsel door geweld of overlijdt als gevolg van geweld geschat op **940 tot 1.200**. Van deze groep kan het aantal slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven met (zeer) ernstig letsel en blijvende beperkingen als gedefinieerd in de drie hoogste categorieën van de Letsellijst van het Schadefonds Geweldsmisdrijven⁷² worden geschat op **180 tot 220** per jaar.⁷³

⁷¹ Zie ook de Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven (25 januari 2016), waarop deze letsels zijn gecategoriseerd in de twee hoogste schalen (5 en 6) en recht geven op het hoogste bedrag aan tegemoetkoming dat het Schadefonds wettelijk mag uitkeren.

⁷² Te raadplegen op de website van het Schadefonds: www.schadefonds.nl.

⁷³ Hierin zijn niet meegenomen de slachtoffers van zedenmisdrijven zonder lichamelijk letsel. Over de omvang van de groep slachtoffers van zedenmisdrijven is weinig informatie bekend. De marge van 40 personen (het verschil tussen 180 en 220) houdt verband met de omstandigheid dat er ook slachtoffers zijn met ernstig letsel en blijvende beperkingen die zich niet melden bij het Schadefonds, maar die zich mogelijk wel bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader melden als opzet niet meer tegenwerpelijk is.

Schadelast als gevolg van andere verzekeringsevenementen - Ter vergelijking: de uitkeringen als gevolg van inbraak bij particulieren bedroegen in 2000 € 115 miljoen en voor brand € 235 miljoen, afgezien van de immateriële schade.⁷⁴ In 2013 bedroeg de schadelast bij brand ruim € 600 miljoen.⁷⁵ Ook in 2014 zorgden brand en diefstal voor bijna de helft van de gedane uitkeringen.⁷⁶ In 2015 lag de schadelast voor grote branden voor het eerst boven de € 700 miljoen.⁷⁷ Het Waarborgfonds Motorverkeer keerde in 2014 een bedrag van € 51.520.000 uit wegens schades die zijn veroorzaakt door motorvoertuigen en waarvoor het slachtoffer geen aanspraak heeft op de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke bestuurder.⁷⁸ In 2015 werd er een bedrag van € 60.649.000,- uitgekeerd.⁷⁹ Er zijn via het Verbond van Verzekeraars geen actuele cijfers bekend over de omvang van de uitkeringen van de WAM-verzekeraars.

8.2.4. Gevolgen voor overheidsfinanciën en rechterlijk apparaat

In juni 2016 heeft het RIVM de justitiële kosten becijferd van letsel door (expressief en instrumenteel) geweld.⁸⁰ Justitiële kosten zijn in dat onderzoek beperkt tot uitgaven in de veiligheidszorgrekeningen voor ondersteuning van het slachtoffer van geweldsletsel (in het rapport uitgesplitst in 'mishandeling' en 'levensmisdrijf'). Dit betreft de kosten van Slachtofferhulp en het Schadefonds geweldsmisdrijven. In 2014 bedroegen de totale uitgaven aan veiligheidszorgrekeningen voor 'mishandeling' € 508,2 miljoen. Hiervan werd € 2,2 miljoen uitgegeven aan ondersteuning van het slachtoffer. De meeste kosten zijn bestemd voor preventie, opsporing, vervolging, berechting, tenuitvoerlegging en ondersteuning van verdachten en daders.⁸¹ De totale kosten aan veiligheidszorgrekeningen voor een 'levensmisdrijf' bedroegen € 396,3 miljoen in 2014. Een klein gedeelte hiervan (€ 0,2 miljoen) werd uitgegeven aan ondersteuning van het slachtoffer.⁸² Uit het rapport blijkt niet of in dit bedrag de kosten voor de beoordeling van de civiele vordering van de benadeelde partij zijn begrepen.

Een waarschijnlijk gevolg van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet aan het slachtoffer is dat minder slachtoffers een civiele vordering indienen in de strafprocedure. Zij kunnen hun vordering tot schadevergoeding immers rechtstreeks voorleggen aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. De vorderingen die vermoedelijk uit de strafprocedure zullen verdwijnen, betreffen de complexe vorderingen tot vergoeding van personenschade. De verwachting is dan ook gerechtvaardigd dat het rechterlijk apparaat door de niet-tegenwerpelijkheid van opzet in ieder geval in enige mate zal worden ontlast.

⁷⁴ C.J. Maas-de Waal, *Voorzieningen voor slachtoffers van misdrijven; Gebruik, bereik en draagvlak*, Den Haag: SCP 2006, p. 76.

⁷⁵ *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 55.

⁷⁶ *Verzekerd van Cijfers* 2015, p. 55.

⁷⁷ *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 55.

⁷⁸ Jaarverslag Waarborgfonds Motorverkeer 2014, p. 34.

⁷⁹ Jaarverslag Waarborgfonds Motorverkeer 2015, p. 10, 39-40; *Verzekerd van Cijfers* 2016, p. 50.

⁸⁰ Snijders 2016.

⁸¹ Snijders 2016, p. 49.

⁸² Snijders 2016, p. 49.

8.2.5. Gevolgen voor Schadefonds Geweldsmisdrijven

Indien een groot deel van de personenschades als gevolg van misdrijven via de aansprakelijkheidsverzekeraars van de daders kan worden afgewikkeld, zal naar verwachting het beroep op het Schadefonds Geweldsmisdrijven afnemen. Ook de hoeveelheid uitkeringen aan slachtoffers van misdrijven zal afnemen. Het Schadefonds zal een belangrijke rol te vervullen krijgen als vangnet voor de situaties waarin de dader niet bekend is, of niet over een (dekking biedende) aansprakelijkheidsverzekering beschikt. Het Schadefonds zal in die gevallen een functie kunnen vervullen die vergelijkbaar is met die van het Waarborgfonds Motorverkeer in het kader van de WAM, zij het dat de bedragen die het Schadefonds uitkeert, anders dan het waarborgfonds Motorverkeer, te beschouwen zijn als tegemoetkoming in de schade en niet als een volledige vergoeding van de schade. Ook zal het Schadefonds een functie blijven vervullen in die gevallen waarin de schade niet volledig is vergoed, bijvoorbeeld als gevolg van een ontoereikende verzekerde som. Ook blijft er een rol weggelegd voor het Schadefonds voor die schadecomponenten waarin het huidige schadevergoedingsrecht (nog) niet voorziet, maar waarvoor een uitkering op grond van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven wel een vergoeding pleegt in te sluiten. In dat verband kan worden gedacht aan smartengeld voor nabestaanden, ook voor nabestaanden van slachtoffers van dood door schuld delicten. Nabestaanden komen op grond van de beperkte kring van gerechtigden waarin art. 6:106, 6:107 en 6:108 BW thans voorzien niet voor een vergoeding van hun immateriële schade in aanmerking. Nabestaanden komen bij het Schadefonds tot een bepaald bedrag wel in aanmerking voor een tegemoetkoming in hun immateriële schade.⁸³ Het Schadefonds Geweldsmisdrijven zal ook een rol blijven vervullen als het gaat om ad hoc compensatieregelingen, zoals dat het geval is bij de uitvoering van de Tijdelijke regeling uitkeringen seksueel misbruik minderjarigen in instellingen en pleeggezinnen.⁸⁴ Ook indien besloten wordt de afwikkeling van claims die zien op misdrijfschade niet te laten plaatsvinden door de aansprakelijkheidsverzekeraar, maar de behandeling daarvan te alloceren bij een fonds, kan het Schadefonds Geweldsmisdrijven een rol blijven vervullen. Deze mogelijkheid wordt nader uitgewerkt in par. 9.8.

8.3. Allocatie van misdrijfschade in het licht van rechtsfilosofische bronnen

8.3.1. Inleiding

Dit onderzoek neemt tot uitgangspunt dat het slachtoffer van een misdrijf niet zelf de schade hoeft te dragen die hij als gevolg van een misdrijf lijdt. Dit uitgangspunt wordt algemeen onder-

⁸³ Nabestaanden van slachtoffers van delicten wegens dood door schuld komen sinds 1 juli 2016 in aanmerking voor een tegemoetkoming in de immateriële schade: Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces en wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkering aan nabestaanden, *Stb.* 2016, 160.

⁸⁴ Regeling van 11 juli 2013, *Stcrt.* 2013, 20303. Deze regeling vervalt per 1 maart 2017.

kend, en is ook als beleidsdoel omarmd.⁸⁵ Kaptein beschouwt dit uitgangspunt als een belangrijk recht van slachtoffers, namelijk dat zij er recht op hebben “niet te zijn veroordeeld tot het gevoel dat hun schade door het lot is aangedaan.” In zijn visie behoort vergoeding van misdrijf-schade van nature tot de belangrijkste menselijke waarden.⁸⁶ Zie in dat verband ook Fredericq, die het als volgt heeft verwoord:

“Iedereen is zich ervan bewust dat indien hij door zijn fout schade aan een ander veroorzaakt, hij deze schade dient te vergoeden. (...) het is onmogelijk aan het begrip fout voorbij te gaan bij de vergoeding van de gevolgen van ongevallen. Iedere vernieuwing waarbij het recht op schadeloosstelling van het “onschuldige slachtoffer” zou opgeheven of beperkt worden is onaanvaardbaar, Indien er een fout is van iemand en de fout schade veroorzaakt, dient het “onschuldige slachtoffer” volledige schadeloosstelling van de “schuldige dader” van het ongeval te kunnen eisen. Het beginsel van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dient behouden te blijven en de schadeloosstelling dient volledig te zijn.”⁸⁷

Adequate schadevergoeding aan het slachtoffer dient ook een publiek belang. Voor de overheid is het van belang slachtoffers (ook in hun financiële belangen) te beschermen, omdat dit voorkomt dat burgers uit onvrede over de niet vergoede schade zelf tot het gebruik van geweld overgaan. De rechtsorde heeft dus ook een belang bij vergoeding van schade die is toegebracht door een misdrijf.⁸⁸ Slingenberg onderkende dit belang al in zijn proefschrift in 1896, waarin hij over de relatie tussen eigenrichting en gebrekkige mogelijkheden tot schadeverhaal opmerkte:

“Als niet langs wettelijken weg herstel van schade is te verkrijgen, zal een zekere categorie van benadeelden niet altijd nalaten zich zelf recht te verschaffen. Wat blijft hun anders over? Niet ieder bezit eene lijdzame natuur.”⁸⁹

Slingenberg relateerde het ontbreken van voldoende effectieve mogelijkheden tot schadeverhaal aan de ondermijning van de rechtspleging doordat de burger daarin zijn vertrouwen verliest in de overheid.⁹⁰

Vanuit herstelrechtelijk perspectief kan worden betoogd dat niet alleen de belangen van het slachtoffer gediend zijn met een conflictoplossing waarbij de schade wordt vergoed, maar

⁸⁵ *Recht doen aan slachtoffers. Visiedocument*, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2013, p. 18, 26 t/m 28. Zie ook de beantwoording van schriftelijke vragen naar aanleiding van de beleidsdoorlichting slachtofferzorg: *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 33199, 6, antwoord op vragen 23 en 66.

⁸⁶ Kaptein 1998, p. 87 en de aldaar genoemde verwijzingen naar o.a. J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard University Press 1971. Zie ook: A. Lascaris, *Het soevereine slachtoffer. Een theologisch essay over geweld en onderdrukking*, Baarn: Uitgeverij Ten Have 1993, p. 29-30, 94 en 257, waarin hij vaststelt dat recht gedaan worden, in de vorm van wederkerigheid en restitutie, fundamenteel is voor het menselijk leven.

⁸⁷ S. Fredericq, *Moderne risico's en de vergoeding van letselschade*, Brussel: Bruylant 1990, p. 242-243.

⁸⁸ M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1985, p. 148, met verwijzing naar J. Slingenberg, *De strafbare daad en de schadeloosstelling van den benadeelde* (diss. Amsterdam UvA) 1896; *Recht doen aan slachtoffers. Visiedocument*, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2013, p. 15-16.

⁸⁹ J. Slingenberg, *De strafbare daad en de Schadeloosstelling van den Benadeelde* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Academische Boekhandel Delsman & Nolthenius 1896, p. 119.

⁹⁰ Slingenberg 1896, p. I-II.

ook die van de dader zelf, en daarmee de maatschappij als geheel. De stigmatisering zal dan mogelijk minder zijn, als gevolg waarvan een betere resocialisering mogelijk is. Daar staat weer tegenover dat het hebben van schulden een criminogene factor is. Zo beschouwd kan de verplichting van de dader tot volledige vergoeding van de schade het recidiverisico verhogen.⁹¹ Onderzoek lijkt echter uit te wijzen dat verplichtingen tot herstel van schade niet aan resocialisatie in de weg hoeven te staan.⁹²

Het evidente belang van een adequate schadevergoeding aan een slachtoffer van een misdrijf neemt niet weg dat een relevante voorvraag bij dit onderzoek is waarom misdrijfschade moet worden vergoed. De vervolgvraag is door wie misdrijfschade moet worden vergoed.⁹³ Het huidige Nederlandse recht neemt tot uitgangspunt dat op degene die onrechtmatig schade heeft toegebracht een schadevergoedingsplicht rust. Het wordt als een vanzelfsprekendheid ervaren dat degene die onrechtmatig schade toebrengt die schade ook moet vergoeden.⁹⁴ Het is echter goed om stil te staan bij de oorsprong van dat beginsel. De doelstellingen en functies van het aansprakelijkheidsrecht bewegwijzeren immers niet zonder meer naar het antwoord op de vraag wie de schade moet vergoeden. De compensatiedoelstelling geeft aan dat er betaald (en hersteld) moet worden, maar leidt niet noodzakelijkerwijs tot de uitkomst dat de daders daar zelf voor moeten zorgen. Ook betaling door een ander (bijvoorbeeld door de eigen verzekeraar van het slachtoffer) leidt tot vergoeding van schade. Het tweede doel van aansprakelijkheidsrecht is genoegdoening: een erkenning voor het feit dat men schade heeft geleden. Ook voor de vervulling van deze functie is niet noodzakelijk dat (uitsluitend) de dader betaalt. Ook een uitkering van het Schadefonds Geweldsmisdrijven kan voor een slachtoffer genoegdoening opleveren. Het derde doel van het aansprakelijkheidsrecht is preventie. Die doelstelling wijst wel in de richting van de dader die moet opdraaien voor toegebrachte schade.

Dit onderzoek leent zich niet voor een uitvoerige uiteenzetting van de rechtshistorische en rechtsfilosofische bronnen als het gaat om de vraag of misdrijfschade moet worden vergoed, en zo ja, door wie. Voor dit onderzoek is wel relevant of in de rechtshistorische bronnen en in de beginselen van de corrigerende en distributieve rechtvaardigheid een antwoord kan worden gevonden op de vraag of het rechtvaardig is (een deel van de) misdrijfschade, evenals de proces- en incassolast, te alloceren bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader.⁹⁵ Ter beantwoording van die vraag worden enkele hoofdlijnen geschetst van hetgeen de rechtshistorie en rechtsfilosofie ons op dit punt kunnen leren.⁹⁶ In het hiernavolgende zal aan de hand van het

⁹¹ Adviezen NVvR, NOvA, Reclassering en VNG in het kader van het wetsvoorstel dat ziet op de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg, *Kamerstukken II 2014/15*, 34067, nr. 3, p. 13 (MvT).

⁹² P.J.P. Tak, *Kostenveroordeling in strafzaken. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de veroordeling van de verdachte in de proceskosten in Duitsland en Engeland*, Den Haag: WODC 2012, p. 34-35.

⁹³ Deze vraag is al eerder gesteld, door o.a. Kool 2000, p. 196-201.

⁹⁴ Groenhuijsen 1985, p. 151; Kaptein 1998, p. 83.

⁹⁵ Hierbij verdient de kanttekening dat er auteurs zijn die van mening zijn dat het niet meer gaat om de vraag naar rechtvaardigheid, maar om de solidariteit met (potentiële) slachtoffers, zie o.a. H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: SUN 1993, p. 29.

⁹⁶ Zie voor een uitvoerige behandeling van de historische wortels van (vergoeding bij) onrechtmatige daad: J. Hallebeek, *Lijf ende Goed. De juridische bescherming van de menselijke persoon en diens vermogen. Een schets van de westerse geschiedenis*, Amsterdam: VU University Press 2014, p. 231-483.

gedachtegoed van Augustinus, Hugo de Groot en Thomas van Aquino worden gezocht naar een onderbouwing en rechtvaardiging van het als vanzelfsprekend ervaren uitgangspunt dat degene die onrechtmatig schade heeft toegebracht de schade moet vergoeden (par. 8.3.2). Daarbij zullen ook de door Aristoteles tot ontwikkeling gebrachte leerstukken van de corrigerende (retributieve) en verdelende (distributieve) rechtvaardigheid aan de orde komen, die, zoals zal blijken, een rechtvaardiging bieden voor de allocatie van misdrijfschade en de bijbehorende proces- en incassolast bij een partij die gelieerd is aan de schadeveroorzaker (par. 8.3.3-8.3.5).

8.3.2. Augustinus, Thomas van Aquino en Hugo de Groot

“Indien andermans zaak, waarmee een zonde is begaan, teruggegeven kan worden en niet teruggegeven wordt, is er geen werkelijke maar een geveinsde boetedoening. Indien oprecht wordt gehandeld, zal de zonde niet vergeven worden tenzij het weggenomen wordt teruggegeven.”⁹⁷ Deze woorden van kerkvader Augustinus (354-430) illustreren het onomstreden uitgangspunt in het canonieke recht dat de schade veroorzaakt door een misdrijf moest worden vergoed, en wel door de dader die door het plegen van het delict een zonde had begaan. De delictpleger was moreel gehouden tot restitutio (het teruggeven), hetgeen de betekenis had van het herstel van de natuurlijke orde.⁹⁸ Aan de gehoudenheid tot restitutio lag de theologische gedachte ten grondslag dat de zonde niet vergeven zal worden indien het weggenomen niet wordt teruggegeven.⁹⁹ De geciteerde uitspraak van Augustinus, die uitdrukking gaf aan deze gedachte, is later als rechtsregel gecodificeerd in het Corpus iuris canonici: “De zonde wordt niet vergeven indien het weggenomen niet wordt teruggegeven” (“Peccatum non dimittitur, nisi restitatur ablatum”).¹⁰⁰ Deze ‘regula’, naar haar beginwoord bekend als de regula Peccatum, is ook buiten het canonieke recht de grondslag geworden voor beschouwingen over de restitutieplicht in het algemeen.¹⁰¹ Zo hebben de moraaltheologische schrijvers deze regula als uitgangspunt genomen voor de door hen ontwikkelde leer van de ‘restitutio’, ofwel ‘terug-gave’. De eerste moraaltheologische schrijver die de term ‘restitutio’ gebruikte voor de schadevergoedingsplicht na delict was Thomas van Aquino (ca. 1225-1274). Aan de restitutie-leer lag, zoals hiervoor aan de orde kwam, de uitspraak van de kerkvader Augustinus (354-430) ten grondslag, over het uitblijven van vergeving zonder restitutio van het weggenomen. Het begrip ‘wegnemen’ werd ruim opgevat. Daaronder werd niet alleen diefstal begrepen, maar ook doodslag, verminking van iemands lichaam, vernieling van andermans zaak en aantasting van an-

⁹⁷ Decretum Gratiani, C.14, q.6,c.1 (tekst van Augustinus in brief 54 aan Macedonius; naar de editie Friedberg (= Corpus iuris canonici, I, Lipsiae 1879, kol.742), ontleend aan: R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002, p. 34.

⁹⁸ Zie uitvoerig over de restitutie-leer in het canonieke recht: Hallebeek 2014, p. 370-373.

⁹⁹ Het canonieke recht is overigens niet de allereerste bron waarin vergeving in verband wordt gebracht met restitutio. Ook bij de oude Grieken trof men verwijzingen aan naar een *quid pro quo*, waarbij vergeving (pas) kan plaatsvinden als er iets tegenover staat. Zie bijvoorbeeld een passage in de Ilias waar Agamemnon een poging doet Achilles tot verzoening te bewegen: Homerus, *Ilias*, 496-501.

¹⁰⁰ Liber Sextus (1298), *De reguli iuris*, 4 (naar de editie Friedberg (=Corpus iuris canonici, II, Lipsiae 1881, kol. 1122), ontleend aan: Feenstra 2002, p. 34.

¹⁰¹ Feenstra 2002, p. 15.

dermans reputatie. Er werd in deze gevallen immers iets aan het slachtoffer ontnomen.¹⁰² Thomas van Aquino zette in zijn *Summa Theologiae* uiteen dat telkens wanneer iemand iets had weggenomen, en hij daardoor een zonde had begaan, er voor hem een morele verplichting tot teruggave bestond. Deze persoon had een *inaequalitas* veroorzaakt, een 'onevenheid'. De rechtvaardigheid vereiste dat de onevenheid zou worden hersteld:¹⁰³

“Het schijnt voor het zieleheil niet noodzakelijk te zijn dat er restitutie plaatsvindt van hetgeen is weggenomen. [...] Maar daartegen pleit hetgeen Augustinus zegt: ‘De zonde wordt niet vergeven indien het weggenomene niet wordt teruggegeven.’ Ik antwoord dat gezegd moet worden dat de *restitutio*, zoals reeds is opgemerkt, een daad van vergeldende rechtvaardigheid is welke in een zekere gelijkwaardigheid ('evenheid') bestaat. En daarom betekent restitueren teruggeven van de zaak die onrechtmatig weggenomen is, zo wordt immers de 'evenheid' hersteld doordat de zaak opnieuw wordt afgegeven. Indien zij echter rechtmatig is weggenomen, zal er 'onevenheid' zijn als zij aan hem gerestitueerd wordt, aangezien immers de rechtvaardigheid in 'evenheid' bestaat. Omdat het voor het zieleheil noodzakelijk is de rechtvaardigheid te betrachten, is de consequentie dat het voor het zieleheil noodzakelijk is te restitueren hetgeen bij iemand onrechtmatig weggenomen is. [...] Wanneer het weggenomene niet te restitueren is door iets gelijkwaardigs, moet een vergoeding gegeven worden in een vorm die mogelijk is. Bijv. wanneer iemand een lichaamsdeel onttrekt, moet hij hem vergoeding geven in geld of in een of ander eerbewijs, waarbij de stand van beide personen in aanmerking moet worden genomen, zulks volgens hetgeen een fatsoenlijk man billijk zou oordelen.”

Uit het citaat blijkt dat termen als evenheid en rechtvaardigheid in verband worden gebracht met de restitutieplicht. De rechtvaardigheid, die in evenheid bestaat, wordt opgevoerd als bron van de restitutieplicht. De rechtvaardigheid (Van Aquino spreekt van de *vergeldende* rechtvaardigheid) is noodzakelijk voor het “zieleheil.” De gedachte van de rechtvaardigheid als bron voor de restitutieplicht, vindt aansluiting bij de gedachte van Aristoteles, maar dan zonder de theologische connotatie die de rechtvaardigheid bij Thomas van Aquino heeft. Van Aquino beschouwde de restitutie als een morele verplichting door het begaan van een zonde, het plegen van een misdrijf, ontstond. Door te voldoen aan de restitutieplichting zou de zonde worden weggenomen en de ziel behouden blijven. Aan het eind van de 13^e eeuw hebben de canonisten de morele verplichting tot restitutie omgezet in een juridische verplichting.¹⁰⁴ De in de 13^e eeuw door Thomas van Aquino ontwikkelde leer van de restitutie heeft grote invloed gehad op ons huidige schadevergoedingsrecht.¹⁰⁵

Ook Hugo de Groot heeft zich laten inspireren door de leer van de *restitutio*. Anders echter dan de visie van moraaltheoloog (en niet-jurist) Thomas van Aquino, die de restitutie als een louter morele verplichting beschouwde, berustte volgens Hugo de Groot de verbintenis tot

¹⁰² Broers 2012, p. 61.

¹⁰³ Thomas van Aquino, *Summa theologiae*, Secunda Secundae, Quaestio 62, articulus 2 ad secundum (Opera omnia, iussu imensaue Leonis XIII P.M. edita, IX, Romae 1897, p. 42-43, ontleend aan: Feenstra 2002, p. 34.

¹⁰⁴ Broers 2012, p. 81.

¹⁰⁵ Broers 2012, p. 85.

schadevergoeding op het natuurrecht.¹⁰⁶ Uit het recht dat de mens was aangeboren, dat wil zeggen in het recht dat besloten ligt in de natuur van de mens omdat deze nu eenmaal een redelijk wezen is,¹⁰⁷ vloeit een verbintenis voort tot het vergoeden van schade die door een *malficium* (een 'misdaad' die schade had veroorzaakt) was ontstaan.¹⁰⁸ Voor een goed begrip van de natuurrechtelijke grondslag van zijn denken, is van belang te onderkennen dat Hugo de Groot een mens beschouwde als een wezen dat door waardigheid, of morele waarde, wordt gekenmerkt en tevens door sociabiliteit (een drang naar maatschappijvorming). Deze twee aspecten behoren volgens De Groot tot de menselijke natuur. Uit deze concepten vloeien bepaalde specifieke rechten voort, als noodzakelijke voorwaarden voor een leven met menselijke waardigheid. Deze rechten liggen al besloten in de idee van de menselijke waardigheid.¹⁰⁹ Een van die rechten is het recht op schadevergoeding na een *malficium*. Aan zijn *De iure belli ac pacis* (1625) kan het volgende worden ontleend:

“(1) Hierboven hebben wij gezegd dat hetgeen aan ons verschuldigd is drie bronnen kan hebben: *pactio* (overeenkomst), *maleficium* ('misdaad'), *lex* (de wet). Over *pactiones* is reeds voldoende gehandeld. Laat ons nu komen tot hetgeen ons uit *maleficium* naar de natuur verschuldigd is. *Maleficium* noemen wij in dit verband elke *culpa* ('fout') hetzij in handelen, - hetzij in niet handelen bestaande – die strijdt met hetgeen mensen behoren te doen, hetzij in het algemeen, hetzij op grond van een bepaalde hoedanigheid. Uit een dergelijke *culpa* ontstaat naar de natuur een verbintenis indien daardoor *damnum* (schade) is toegebracht, d.w.z. een verbintenis tot vergoeding daarvan.”

“(2.1) *Damnum*, dat wellicht is afgeleid van *demere* ('wegnemen'), duidt hetzelfde aan als 'to elatton' (griekse term voor 'het minder zijn'), d.w.z. het geval dat iemand minder heeft dan het zijne; dit zijne kan hem toekomen hetzij alleen uit de natuur hetzij doordat daar nog een menselijk handelen bijkomt, zoals bij eigendom of overeenkomst, hetzij uit de wet. Naar de natuur kan de mens als het zijne beschouwen: zijn leven – wel te verstaan niet om het te vernietigen maar om het te beschermen -, zijn ledematen, zijn goede naam, zijn eer, zijn vrijheid om te doen en te laten wat hij wil.”

Als er aldus door het *maleficium* schade is ontstaan, dan moet de dader die vergoeden. De Groot definieert schade als de situatie waarin iemand “minder heeft dan het zijne.” Deze vergoedingsplicht behoort volgens De Groot tot de bron van het recht, die hij omschrijft als “het bewaren van een maatschappelijke orde”:¹¹⁰

¹⁰⁶ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, 2,17,1-2 (in de titel *De damno per iniuriam dato et obligatione quae inde oritur* (= 'Over onrechtmatig toegebrachte schade en de verbintenis die daaruit voortvloeit, naar de 'editio maior', uitgegeven door B.J.A. de Kanter – van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939, p. 427-428, ontleend aan: Feenstra 2002, p. 41.

¹⁰⁷ E.J.M.F.C. Broers, *Strafen en schadevergoeding. Drie historische hoofdstukken*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 24.

¹⁰⁸ Onder 'misdaad' werd zowel begrepen een handelen uit schuld (waaronder ook onvoorzichtigheid) als uit opzet: Broers 2012, p. 131.

¹⁰⁹ M. Nussbaum, *Grensgebieden van het recht. Over sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam: Ambo 2006, p. 44-45.

¹¹⁰ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, 8 (naar de 'editio maior', uitgegeven door B.J.A. de Kanter- van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939, p. 9, ontleend aan: Feenstra 2002, p. 40-41.

“Dit streven naar het bewaren van een maatschappelijke orde dat wij hiervoor ruw geschetst hebben en dat past bij het menselijk verstand, is de bron van het recht dat in de meest eigenlijke zin als zodanig wordt aangeduid. Daartoe behoren het zich onthouden van eens anders goed en, indien wij iets van een ander onder ons hebben of voordeel daaruit getrokken hebben, het restitueren daarvan, de verplichting tot het nakomen van toezeggingen, de vergoeding van door onze schuld veroorzaakte schade en het verdiend zijn van straf tussen mensen.”

De Groot beschreef dat uit elke ‘misdad’ (waaronder een ‘wandaad, een ‘misdraging’ werd verstaan) twee verbintenissen kunnen voortvloeien: een verbintenis tot straf en een verbintenis ‘tot wedergeving van de onevenheid’.¹¹¹ Waar het recht op straffen toekwam aan de overheid, kwam het recht tot ‘wedergeving’ of ‘wederevening’ toe aan degene die door de misdaad is ‘verkort’, de persoon wiens belangen zijn aangetast. Net als Thomas van Aquino heeft De Groot het over het ontstaan van een onevenheid (*inaequalitas* bij Van Aquino) en het herstellen van de evenheid (*aequalitas* bij Van Aquino) door het ‘wedergeven’ (*restituere* bij Van Aquino) van het ontnomene.¹¹² En met de link tussen evenheid en rechtvaardigheid als grondslagen van de restitutieplicht, zijn we aanbeland bij de door Aristoteles ontwikkelde concepten van de distributieve (verdelende) rechtvaardigheid, en de corrigerende (retributieve of vergeldende) rechtvaardigheid. In de volgende paragrafen worden deze concepten kort toegelicht, waarna wordt ingegaan op de betekenis van deze beginselen voor de vraag naar een rechtvaardige allocatie van misdrijfschade (par. 8.3.5).

8.3.3. De retributieve rechtvaardigheid: de dader betaalt

Vanaf de dertiende eeuw werd de gedachte van restitutie na delict meer en meer in verband gebracht met de retributieve rechtvaardigheid, een begrip dat is ontleend aan Aristoteles.¹¹³ Deze heeft in zijn *Ethica* verschillende typen rechtvaardigheid onderscheiden. Een door hem gemaakt onderscheid betrof de distributieve rechtvaardigheid (ook wel verdelende rechtvaardigheid genoemd) en de corrigerende rechtvaardigheid (ook wel vergeldende¹¹⁴, retributieve, vereffenende rechtvaardigheid of ruilrechtvaardigheid genoemd).¹¹⁵ De retributieve rechtvaardigheid ziet op het reguleren van contacten en transacties tussen twee partijen, en vereist dat bij schadetoebrengende handelingen de laedens het verstoorde evenwicht herstelt door aan de gelaedeerde te restitueren, terug te geven.¹¹⁶ Indien een verhouding tussen twee partijen wordt verstoord door een onrechtmatige daad vereist de retributieve rechtvaardigheid een herstel dat equivalent is aan de inbreuk (Aristoteles heeft het over een “exacte” tegenpresta-

¹¹¹ Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, uitgegeven en van aantekeningen voorzien door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers, 1965, boek III, deel 32, par. 7, ontleend aan Broers 2012, p. 86.

¹¹² Broers 2012, p. 86. Zie uitvoerig over het natuurrechtelijke systeem van Hugo de Groot in relatie tot de restitutieplicht bij buitencontractuele aansprakelijkheid: Hallebeek 2014, p. 403-428.

¹¹³ Hallebeek 2014, p. 371.

¹¹⁴ Hugo de Groot gebruikte ook al de term ‘vergeldende rechtvaardigheid’ in verband met de door hem beschreven natuurrechtelijke verplichting tot vergoeding van de schade die onrechtmatig was toegebracht.

¹¹⁵ Aristoteles, *Ethica, Ethica Nicomachea*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door C. Pannier en J. Verhaeghe, Groningen: Historische Uitgeverij 2009, p. 141; Hallebeek 2014, p. 371-372.

¹¹⁶ Hallebeek 2014, p. 372; Aristoteles, p. 150.

tie).¹¹⁷ De retributieve rechtvaardigheid wordt beschouwd als het leidende beginsel van het aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁸ Het uitgangspunt van de retributieve rechtvaardigheid is aldus dat het onrecht (dat in ongelijkheid bestaat) wordt hersteld door de gelijkheid te herstellen.¹¹⁹

Een voor dit onderzoek relevante vraag is of de retributieve rechtvaardigheid impliceert dat de compensatie moet komen van de schadeveroorzaker.¹²⁰ Coleman heeft deze vraag ontkennend beantwoord.¹²¹ De meerderheid in de literatuur is evenwel van mening dat aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker en compensatie van het slachtoffer in de leer van de corrigerende rechtvaardigheid wel degelijk zijn gerelateerd.¹²² Ik sluit mij bij die meerderheidsopvatting aan. Niet alleen leidt een tekstuele interpretatie tot die conclusie (Aristoteles heeft het over het herstel van de gelijkheid van de verliezende partij door “de winnende partij te ontnemen”)¹²³, maar daarnaast speelt bij de retributieve rechtvaardigheid het begrip wederkerigheid tussen dader en slachtoffer een rol: “recht is pas recht, als u geschiedt wat u een ander doet”.¹²⁴ Die wederkerigheid vormt de basis van de gedachte dat schade en daderschap niet van elkaar kunnen worden losgekoppeld. retributieve rechtvaardigheid eist aldus dat de schade door de dader wordt betaald.¹²⁵ Zonder betaling door de dader vindt immers geen correctie plaats, in ieder geval niet aan de zijde van de dader. De andere term die voor retributieve rechtvaardigheid wordt gebruikt, de corrigerende of vergeldende rechtvaardigheid, brengt het principe dat het de dader is die moet terugbetalen, nog duidelijker naar voren. Zonder terugbetaling *door de dader* kan niet van vergelding worden gesproken. Het principe van betaling door de dader zelf zit ook “ingebakken” in de term *retributieve* rechtvaardigheid (*retribuere* betekent *teruggeven*). Alleen degene die heeft *genomen*, kan iets *teruggeven*. Dat de retributieve rechtvaardigheid uitgaat van betaling door de *dader* komt ook tot uitdrukking in de liberale waarden die inherent zijn aan de retributieve rechtvaardigheid, zoals de individuele verantwoordelijkheid voor de gevolgen van het eigen handelen.¹²⁶ Bij de retributieve rechtvaardigheid hoort aldus een geïndividualiseerd, en geen gecollectiviseerd, schadebegrip: ieder draagt de eigen schade. Daarbij hoort ook het beginsel dat ieder de schade moet dragen die hij zelf veroor-

¹¹⁷ Onder meer Bentham en Spencer hebben voortgeborduurd op de corrigerende rechtvaardigheid van Aristoteles. Bentham legde (in 1811) een link tussen schadevergoeding na misdaad en de taak van de overheid. Zie zijn *Theorie des peines et des récompenses*, Parijs: Dumont 1811, ontleend aan: Slingenberg 1896, p. 46.

¹¹⁸ E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 92, M. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal beschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*. Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht, Deventer: Kluwer 2016, p. 8 (de pagninanummers corresponderen met de op internet beschikbare versie van het preadvies).

¹¹⁹ Aristoteles, p. 153.

¹²⁰ K.R. Heidt, *Corrective Justice From Aristotle to Second Order Liability: Who Should Pay When The Culpable Cannot?*, 47 Wash. & Lee L. Rev. 347 (1990), p. 354 en 370.

¹²¹ J.L. Coleman, ‘Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate’, 63, *Chi.-Kent L. Rev.* 451 (1987), al. 463-64. Zie voor een soortgelijke discussie: S.D. Sugarman, ‘Doing Away with Tort Law’, 73 *California Law Review* 1985, p. 607.

¹²² Heidt 1990, p. 370, onder verwijzing naar opvattingen in de literatuur, o.a. van Weinrib.

¹²³ Aristoteles, p. 153.

¹²⁴ Aristoteles, p. 155-156. Vgl. ook: Kaptein 1998, p. 82.

¹²⁵ Kaptein 1998, p. 81.

¹²⁶ Coleman 1992, p. 433.

zaak.¹²⁷ Dit uitgangspunt doet ook het meest recht aan de behoefte van slachtoffers, die van mening zijn dat schadevergoeding primair een verantwoordelijkheid van de dader is.¹²⁸ Ook internationale studies wijzen uit dat, ook al is de financiële compensatie waarschijnlijk beperkt, slachtoffers de voorkeur geven aan compensatie van de dader dan aan compensatie van de zijde van de Staat. Compensatie door de dader biedt erkenning door de dader van het aangedane leed.¹²⁹ Ander onderzoek wijst uit dat slachtoffers aan wie de dader vrijwillig een compensatie had gegeven, in significante mate meer vergevingsgezind waren dan slachtoffers die via de overheid een compensatie hadden ontvangen of een afgedwongen betaling van de dader.¹³⁰ Dit onderzoek biedt steun aan de gedachte dat naast een schadevergoeding via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, de aandacht gericht moet blijven op manieren om slachtoffers in emotioneel opzicht te compenseren.

8.3.4. De distributieve rechtvaardigheid: collectivisering van schade

De distributieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de leden van een groep of gemeenschap en gaat over de verdeling van aanzien, materieel bezit en “alle andere goederen die verdeeld kunnen worden” onder de leden van die groep of gemeenschap.¹³¹ Die verdeling moet gebeuren op grond van verdienste (*merites*), omdat “iedereen het er immers over eens [is] dat een verdeling rechtvaardig is als zij plaatsvindt naar verdienste.”¹³² Het Aristotelische begrip van rechtvaardigheid wordt ook wel samengevat als “ieder het zijne geven”, in de zin dat een ieder krijgt wat hem toekomt, wat hij verdient, wat passend is.¹³³ Bij de distributieve rechtvaardigheid wordt een gelijke verdeling van lusten en lasten bewerkstelligd volgens de maatstaven van proportionele gelijkheid, waarbij de verdienste dus een rol speelt. Distributieve of verdelende rechtvaardigheid neemt, evenals de corrigerende rechtvaardigheid, tot uitgangspunt dat slachtoffers er niet slechter van af behoren te komen dan anderen. Waar echter de corrigerende rechtvaardigheid, zoals hierna zal blijken, eist dat schade door de daders wordt betaald, gaat de distributieve rechtvaardigheid uit van een collectivisering van de lasten van schadevergoeding. De schade wordt dan gedistribueerd (verdeeld) over een collectief. Daarbij kan worden gedacht aan (publieke) schadefondsen die een tegemoetkoming in de schade bieden. In dat verband is de in Zwitserland gemaakte keuze illustratief, waar de Zwitserse kantonale overheid onder het huidige recht instaat voor de vergoeding van de schade die is ontstaan door een straf-

¹²⁷ Kaptein 1998, p. 83.

¹²⁸ Zie onder meer: C. Cozijn, *Schadevergoeding door het Schadefonds of door de dader: het oordeel van het slachtoffer*, Den Haag: WODC, SDU Uitgeverij 1988, p. 36, p. 39 en p. 47. Dat de meerderheid van de ondervraagde slachtoffers in dit onderzoek vond dat de dader de aangewezen persoon is om de toegebrachte schade te vergoeden, deed overigens niet af aan de gevoelde verantwoordelijkheid van de overheid voor de gevolgen van criminaliteit (p. 47 van het WODC-rapport). Zie ook: J.J.M. van Dijk, *Compensation by the state or by the offender, the victim's perspective*, Ministerie van Justitie, Den Haag 1985, p. 11.

¹²⁹ D. Miers, 'Offender and state compensation for victims of crime: Two decades of development and change', *International Review of Victimology* 2014, Vol 20(I), p. 148 met verwijzing aldaar naar meerdere onderzoeken.

¹³⁰ A. Ristovski & E.H. Wertheim, 'Investigation of compensation source, trait empathy, satisfaction with outcome and forgiveness in the criminal context', *Australian Psychologist* 2005; 40(I), p. 67.

¹³¹ Aristoteles, p. 150.

¹³² Aristoteles, p. 151.

¹³³ A. Kinneging, *Geografie van goed en kwaad*, Utrecht: Spectrum 2005, p. 104-105.

baar feit. Deze vorm van “Staatshaftung” voor misdrijfschade kennen we in Nederland ook door het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Het maximale bedrag van de uitkering door het Schadefonds is in Nederland evenwel beduidend lager dan in Zwitserland.¹³⁴ In Zwitserland lijkt er derhalve een principiële keuze te zijn gemaakt om schade als gevolg van misdrijven bij de overheid te alloceren, waaraan de burger via belastinggelden bijdraagt.

Als bezwaar tegen een vergaande collectivisering zijn genoemd dat derden onder de schade lijden (of althans aan de vergoeding daarvan meebetalen) die zij niet hebben aangericht. Een ander genoemd bezwaar is dat collectivisering leidt tot een achteloosheid bij daders en tot een ongebreidelde incassodrang bij slachtoffers.¹³⁵ Als nadeel is ook gesignaleerd dat vergaande collectivisering geen recht doet aan een belangrijke behoefte van het slachtoffer, namelijk de behoefte aan vergelding in de zin dat daders door hun betaling hun verantwoordelijkheid tonen voor de aan het slachtoffer toegebrachte schade.¹³⁶ Kaptein heeft om die reden betoogd dat individualisering van schade een wezenlijker solidariteit met het slachtoffer betekent dan de anonimiteit van de collectivisering:

“Niet de collectief gedragen gelijkheid van verdelende rechtvaardigheid, maar vergeldende rechtvaardigheid, vergoeding door daders in erkenning van slachtoffers, is de kern van solidariteit in wederkerigheid.”¹³⁷

In dat verband heeft hij er ook op gewezen dat in het concept van verdelende rechtvaardigheid aansprakelijkheid en schadevergoeding worden teruggebracht tot “schuiven met geld” en tot “een verdeling van lusten en lasten in heden en toekomst.” Daarbij wordt in zijn ogen miskend dat aansprakelijkheid te maken heeft met een wezenlijk verband tussen daderschap en schade. Als de verhouding tussen daderschap, schade en vergelding wordt losgelaten dan “verdwijnt de enige werkelijke grond onder het beginsel dat de dader betaalt. Die grond stelt een recht van slachtoffers op schadevergoeding door daders.”¹³⁸ Hij brengt het leerstuk van de vergeldende rechtvaardigheid ook in verband met vooronderstellingen van respect en zelfrespect, waarbij hij erop wijst dat deze menselijke waarden niet alleen voor slachtoffers gelden, maar ook voor daders. Daders worden pas voor vol aangezien en kunnen zichzelf voor vol aanzien in de mate waarin zij opkomen voor wat zij hebben gedaan.¹³⁹

8.3.5. Allocatie van misdrijfschade via verzekering in het licht van de retributieve en distributieve rechtvaardigheid

Hiervoor kwam al aan de orde dat zowel rechtshistorische als rechtsfilosofische bronnen bewegwijzeren naar het alloceren van de schadelast bij de schadeveroorzaker. Dat klassieke uit-

¹³⁴ Zie par. 7.6.3.

¹³⁵ Kaptein 1998, p. 81.

¹³⁶ Kaptein 1998, p. 81-82.

¹³⁷ Kaptein 1998, p. 82.

¹³⁸ Kaptein 1998, p. 89.

¹³⁹ Kaptein 1998, p. 87 en verwijzing aldaar naar G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 100: vergelding doet daders eer aan.

gangspunt van het aansprakelijkheidsrecht moet mijns inziens gehandhaafd blijven.¹⁴⁰ Wat is echter de aangewezen route in het geval de dader niet of niet voldoende solvabel is, en wat is de oplossing voor het probleem dat de proces- en incassolast bij het slachtoffer rust? In de literatuur over retributieve rechtvaardigheid is niet veel aandacht besteed aan deze vraag. Kathryn Heidt heeft dat wel gedaan.¹⁴¹ Zij meent dat de retributieve rechtvaardigheid een oplossing aanreikt is dat, voordat de samenleving wordt aangesproken om de kosten te dragen, een deel van de kosten worden gedragen door natuurlijke personen of rechtspersonen die op de een of andere manier gelieerd zijn aan degene die de schade heeft veroorzaakt. Zij noemt in de door haar beschreven casus van het dumpen van afval als voorbeeld van partijen die (een deel van) de schade moeten dragen, de crediteuren van de verantwoordelijke onderneming, waaronder zij de financiers van de onderneming verstaat.¹⁴² Deze laatsten zullen moeten bijdragen aan de schadevergoeding, ook als hen geen onrechtmatige daad kan worden verweten. De gedachte daarachter is enerzijds dat zij wel profijt hebben gehad van de (consequenties van de) verweten gedraging, en anderzijds dat het doel van corrigerende rechtvaardigheid prevaleert (herstel van de *status quo ante*, de toestand zoals die was voor de onrechtmatige gedraging).¹⁴³ De door Heidt beschreven uitkomst (betaling zonder contractuele of buitencontractuele rechtsgrond) past mijns inziens niet in het Nederlandse rechtssysteem, waar er een rechtsgrond moet zijn voor een schadevergoedingsverplichting. Wel kan aan dit idee inspiratie worden ontleend voor de vraag bij wie de schade en de proces- en incassolast moet worden gealloceerd. Het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid biedt ondersteuning aan de gedachte dat een partij die gelieerd is aan de primaire dader (een deel van) de schade draagt. Heidt noemt in dat verband de crediteuren van de onderneming, maar vertaald naar het onderhavige onderzoek zou de aangewezen partij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader kunnen zijn, die met laatstgenoemde een contractuele verbintenis heeft. Pas in laatste instantie bewegwijzert de corrigerende rechtvaardigheid naar de samenleving als degene die voor de schade moet opkomen, waarbij de verdeling van de lasten moet plaatsvinden volgens de standaarden van de distributieve rechtvaardigheid (een proportionele verdeling naar verdienste).¹⁴⁴

Vergoeding via de verzekering van de dader - De vraag is of vergoeding via de verzekering van de dader past bij de corrigerende rechtvaardigheid, of eerder beschouwd moet worden als een vorm van spreiding van schade en (dus) thuishoort bij de distributieve rechtvaardigheid. In het licht van het voorgaande past de route waarbij vergoeding via de verzekering van de dader loopt bij het uitgangspunt van corrigerende rechtvaardigheid. Niet de dader zelf betaalt in eerste instantie de schadevergoeding, maar een aan hem gelieerde partij: de aansprakelijkheidsverzekeraar met wie hij een contractuele verbintenis heeft. Dit past in de hierboven beschreven uitleg van Heidt van de corrigerende rechtvaardigheid. Bovendien blijven de schaderisico's in deze situatie gealloceerd aan de kant van de dader. Het slachtoffer zal een uitkering via de ver-

¹⁴⁰ Zie ook: R. Schwitters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2012/1171, p. 1390-1396.

¹⁴¹ Heidt 1990, p. 347-377.

¹⁴² Heidt 1990, p. 348 en 360.

¹⁴³ Heidt 1990, p. 360-362.

¹⁴⁴ Heidt 1990, p. 373-374.

zekeraar van de dader beschouwen als een uitkering van (de zijde van) de dader, een aspect dat zal ontbreken wanneer het slachtoffer via een eigen verzekering een vergoeding ontvangt.

In het grotere geheel beschouwd, komt schadevergoeding via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader niettemin neer op een (vorm van) collectivisering van schade. De gehele premiebetalende bevolking zal via de premies van de (eigen) particuliere aansprakelijkheidsverzekering immers meebetalen aan de schadeloosstelling van het slachtoffer. Ik ben dan ook geneigd vergoeding via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader te beschouwen als een route die berust op een combinatie van de concepten van de verdelende en corrigerende rechtvaardigheid. Het corrigerende aspect zit in het feit dat het gaat om een verzekering aan de kant van de dader, waarvoor de dader premies heeft betaald. Indien de uitkerende aansprakelijkheidsverzekeraar daadwerkelijk regres neemt op de dader, zal meer nadruk komen te liggen op het corrigerende aspect. Zonder (effectief) regres zal vergoeding via dit systeem erop neerkomen dat het beginsel van de corrigerende (vergeldende) rechtvaardigheid grotendeels heeft plaatsgemaakt voor dat van de verdelende rechtvaardigheid.

Vergoeding via de eigen verzekering van het slachtoffer - Vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade door de eigen verzekeraar van het slachtoffer (first party-verzekering) heeft op het eerste gezicht niets met corrigerende rechtvaardigheid te maken. Dat wordt anders als de betalende verzekeraar regres neemt op de veroorzaker van de schade. Ook vergoeding via de eigen verzekering van het slachtoffer berust dus, ervan uitgaand dat regres mogelijk is en ook wordt uitgeoefend, op een gecombineerd concept waarbij beide beginselen van verdelende en corrigerende rechtvaardigheid een eigen rol vervullen. Ook hier geldt dat als geen gebruik wordt gemaakt van de regresmogelijkheid op de dader, de rol van de corrigerende rechtvaardigheid minimaal zal zijn.

Conclusie – De retributieve, ofwel de corrigerende/vergeldende rechtvaardigheid is een wezenlijk fundament van het aansprakelijkheidsrecht. Ook bij de vergoeding van misdrijfschade speelt het beginsel van de retributieve rechtvaardigheid een cruciale rol, in die zin dat het uitgangspunt is dat de dader betaalt. Als de dader niet, of onvoldoende solvabel is, bewegwijzert de retributieve rechtvaardigheid naar een compensatie van de schade door een aan de dader gelieerde partij. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader is zo'n partij. Het voorgaande geldt evenzeer voor de vraag op wie de proces- en incassolast moet rusten. Pas in laatste instantie bewegwijzert de corrigerende rechtvaardigheid naar de samenleving als degene die voor de schade moet opkomen, waarbij de verdeling van de lasten moet plaatsvinden volgens de standaarden van de distributieve rechtvaardigheid (een proportionele verdeling naar verdienste). Een andere conclusie die zich laat trekken is dat vergoeding van omvangrijke schade wegens letsel en overlijden als gevolg van een misdrijf in het algemeen niet mogelijk is zonder (een vorm van) collectivisering van schade en spreiding van schaderisico's. Spreiding kan enerzijds geschieden via private verzekering aan de kant van de dader of het slachtoffer, of anderzijds via de overheid (publieke fondsen, voorschotregeling). In al deze verschillende routes van schadeverhaal zitten elementen van zowel distributieve als corrigerende rechtvaardigheid, mits het uitgangspunt is dat daadwerkelijk regres wordt genomen op de dader. Ontbreekt dat laatste,

dan zal de corrigerende rechtvaardigheid geen rol van betekenis meer vervullen bij de vergoeding van misdrijfschade. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht zal dan grotendeels wegvallen. Of de schade nu wordt gealloceerd via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader of via de overheid, voor beide routes geldt dat de schade uiteindelijk wordt gedragen door min of meer hetzelfde collectief. De Nederlandse bevolking draagt immers bij aan de vergoeding van schade, hetzij via premies voor de (eigen) AVP-verzekering, hetzij via belasting.

8.4. Allocatie van misdrijfschade via verzekering in het licht van de WAM

8.4.1. Argumenten WAM toepasbaar op AVP?

In par. 8.3 is aan de hand van de beginselen van de retributieve en distributieve rechtvaardigheid stilgestaan bij de rechtvaardiging voor het alloceren van misdrijfschade en het alloceren van de proces- en incassolast bij de aansprakelijkheidsverzekeraars. Een belangrijke constatering is dat een wettelijk verweermiddelenverbod voor de verzekeraar niet nieuw is. Het bestaat reeds lange tijd in de WAM en in enkele specifieke wetten, waar partijen er ervaring mee hebben kunnen opdoen. Op de werking ervan bestaat nagenoeg geen kritiek. De in dit rapport onderzochte mogelijkheid gaat veel minder ver dan het algehele verweermiddelenverbod van de WAM. Het gaat hier om het verbod een specifiek verweermiddel niet aan de benadeelde te mogen tegenwerpen, namelijk alleen het beroep op opzet. Alle andere verweermiddelen blijven tegenwerpelijk. Het gaat hier, anders dan in de WAM, bovendien om een verbod dat is beperkt tot slachtoffers van misdrijven die daardoor personenschade lijden. Het verbod ziet dus niet op misdrijven als fraude, oplichting, diefstal waardoor zuivere vermogensschade wordt geleden. De argumenten die destijds zijn gebruikt voor het opnemen van een verweermiddelenverbod in de WAM en de andere wetten, namelijk slachtofferbescherming en de onverbreekelijke en oorzakelijke band tussen de vordering van het slachtoffer en de verzekerde en de vordering van de verzekerde op de verzekeraar,¹⁴⁵ gelden evenzeer voor slachtoffers van misdrijven. Wellicht gelden deze argumenten nog wel sterker voor slachtoffers van misdrijven dan voor andere slachtoffers vanwege de ernst van de inbreuk. De argumenten die zijn gebruikt in het kader van de WAM, gelden inmiddels ook voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering. De bescherming van het slachtoffer is een belang dat inmiddels op zijn minst nevensgeschikt (en niet meer ondergeschikt) is aan het belang van de bescherming van het vermogen van de verzekerde. Ook in de andere Europese landen die de relatieve werking van wettelijke en contractuele verweermiddelen ook buiten de WAM aanvaard hebben, is de bescherming van de positie van de benadeelde daarvoor de belangrijkste rechtvaardiging.¹⁴⁶

Dat het onderscheid tussen “WAM-slachtoffers” en slachtoffers van aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenissen buiten de WAM op dit punt heroverwogen zou moeten worden, blijkt ook uit het advies van de Raad van State in het kader van de invoering van de directe ac-

¹⁴⁵ Zie in algemene zin over de argumenten voor ruimere bescherming van de benadeelde: Wansink 2006, p. 423-425.

¹⁴⁶ Zie hoofdstuk 7. Zie voor de Duitse situatie expliciet: Wandt 2009, p. 367.

tie.¹⁴⁷ Dit advies strekte ertoe het systeem van een eigen recht van de benadeelde tegenover de verzekeraar, gekoppeld aan verbod om contractuele en wettelijke verweren tegen te werpen, in de zin van de WAM uit te breiden naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering.¹⁴⁸ Zie in dit verband ook het preadvies van Du Perron voor de NJV, waarin hij, onder verwijzing naar Hartlief, verzekering van aansprakelijkheid in ruime mate toelaatbaar acht vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming.¹⁴⁹ De gedachte die hij daaraan ten grondslag legt is dat de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht vereist dat bij opzet wordt gestreefd naar een vergoeding van de materiële en immateriële schade die het werkelijke nadeel zoveel mogelijk benadert.¹⁵⁰ In dat verband noemt hij een stelsel voor vergoeding van misdrijfschade dat vergelijkbaar is met de WAM, waarbij het slachtoffer bij ernstiger vormen van verwijtbaarheid zoals opzet verhaal heeft op de aansprakelijkheidsverzekering van de dader (of in de woorden van Du Perron, op een “ander collectief compensatiemechanisme”), maar dat deze verzekeraar regres kan nemen op de dader. Een dergelijk stelsel combineert, in de woorden van Du Perron “slachtofferbescherming en genoegdoening, terwijl het ook vanuit preventief oogpunt wenselijk zou kunnen zijn.”¹⁵¹ Wel stelt Du Perron zich de vraag of een dergelijk stelsel werkt bij een onverplichte verzekering, omdat het de vraag is of de potentieel aansprakelijke personen zich wel zullen verzekeren nu zij “immers deels premie [betalen] voor uitkeringen die niet aan henzelf ten goede komen.”¹⁵² De vraag naar de haalbaarheid van een wettelijk verplichte verzekering kwam hiervoor in hoofdstuk 6 al aan de orde. Hieronder wordt ingegaan op de meer principiële vraag of de omstandigheid dat de AVP geen verplichte verzekering is, een rechtvaardiging is voor een minder vergaande slachtofferbescherming.

8.4.2. Verplichte versus onverplichte verzekering

Is de omstandigheid dat de WAM een wettelijk verplichte verzekering is en de particuliere aansprakelijkheidsverzekering niet, een (voldoende) rechtvaardiging voor het onderscheid dat de WAM wel en de algemene aansprakelijkheidsverzekering geen wettelijk verweermiddelenverbod kent? Het verplichte karakter van de WAM-verzekering wordt vaak aangevoerd als argument om het systeem van de WAM te verantwoorden. De redenering daarbij lijkt te zijn dat het verplicht karakter van de betreffende verzekering de wens van de wetgever illustreert om juist in die gevallen prioriteit te geven aan de slachtofferbescherming. A contrario zou een dergelijke wens ontbreken in de gevallen van onverplichte verzekeringen. Aan de parlementaire geschiedenis van de WAM kan worden ontleend dat enkele Kamerleden destijds (1963) inderdaad van mening waren dat de doelstelling bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekering een andere is

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 19529, D, p. 5* (advies Raad van State). Zie nader over dit advies en wat de wetgever ermee heeft gedaan paragrafen 8.4.1 en 8.5.3.

¹⁴⁸ Van Dam heeft op dit voorstel van de Raad van State instemmend gereageerd: C.C. van Dam & E.A. Waal, ‘De directe actie in titel 7.17 BW’, in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en Maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p. 118. Zie voor soortgelijke voorstellen in Zwitserland, hiervoor in par. 7.6.

¹⁴⁹ Du Perron 2003, p. 115.

¹⁵⁰ Du Perron 2003, p. 161.

¹⁵¹ Du Perron 2003, p. 116.

¹⁵² Du Perron 2003, p. 116.

dan bij de vrijwillige. Bij de vrijwillige verzekering zou de bescherming van het vermogen van de verzekerde voorop staan. Bij de verplichte verzekering staat voorop dat slachtoffers hun schade vergoed krijgen.¹⁵³ Hiervoor kwam echter ook aan de orde dat de doelstelling en functie van de algemene aansprakelijkheidsverzekering sindsdien aan verandering onderhevig is geweest, zie par. 2.6. Van een instrument ter bescherming van het vermogen van de verzekerde, is ook de algemene aansprakelijkheidsverzekering geworden tot een instrument ter bescherming van de verhaalspositie van een benadeelde. Uit het feit dat een verzekering niet wettelijk verplicht is gesteld, kan dan ook niet worden afgeleid dat in die gevallen de belangen van slachtoffers ondergeschikt zijn aan de belangen van andere partijen. In de literatuur is bepleit dat het slachtofferoogpunt niet alleen doorslaggevend is op terreinen waar een wettelijke verzekeringsplicht geldt, maar ook op terreinen waarvoor een verzekering zeer gebruikelijk is. De verzekering aan de kant van de veroorzaker is ook dan een “onderdeel van slachtofferbescherming.”¹⁵⁴ Dit geldt zonder meer voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren. Dat deze zeer gebruikelijk is, blijkt uit de omstandigheid dat de verzekeringsdichtheid reeds jaren nagenoeg 100% is (zie par. 2.7). In diezelfde paragraaf bleek ook dat de noodzaak tot het beschikken over een AVP maatschappelijk breed gedragen wordt. Uit het voorgaande volgt dat de omstandigheid dat de WAM een verplichte verzekering is, onvoldoende rechtvaardiging oplevert voor het onderscheid op dit punt tussen de WAM en de algemene aansprakelijkheidsverzekering.

8.4.3. Argumenten ontleend aan andere rechtsstelsels

Een belangrijk aspect bij de rechtvaardiging van een wettelijk verbod op het tegenwerpen van opzet aan de benadeelde, is dat een dergelijke regeling aansluit bij reeds geruime tijd bestaande systemen in andere Europese landen. In Finland, Zweden, Denemarken en waarschijnlijk ook in Spanje kan de aansprakelijkheidsverzekeraar aan een slachtoffer van een misdrijf niet tegenwerpen dat het schadevoorval opzettelijk is veroorzaakt. In België bestaat deze wettelijke mogelijkheid in theorie ook al, doordat de koning de mogelijkheid heeft het algehele verweermiddelenverbod (dat in België bij de verplichte verzekeringen hoort) uit te breiden naar de onverplichte verzekeringen, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Een debat over een dergelijke uitbreiding, en in verband daarmee een debat om slachtoffers van misdrijven verdergaand te beschermen door opzet ook bij niet verplichte verzekeringen niet-tegenwerpelijk te maken, wordt in de Belgische rechtsliteratuur gevoerd.¹⁵⁵

8.4.4. Belang bij verzet tegen niet-tegenwerpelijkheid opzet?

Het voorgaande roept de vraag op of verzekeraars een (lange termijn) belang hebben bij het verzet tegen de uitbreiding van het instrumentarium van de WAM voor slachtoffers van andere misdrijven. Op het eerste gezicht zou gesteld kunnen worden dat dit belang er niet of nauwelijks is. Ervan uitgaand dat het hier om een verzekeraar risico gaat (waarover hierna meer) waarvoor een adequate premie kan worden gevraagd en reservering kan worden aangelegd,

¹⁵³ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2217 en 2227.

¹⁵⁴ Hartlief en Tjittes 1990, p. 62.

¹⁵⁵ Zie hiervoor par. 2.6, 7.3.3 en 7.7 met verwijzingen aldaar.

lijkt een uitbreiding van het WAM-instrumentarium naar andere misdrijven slechts het (commerciële) belang van de verzekeraar te dienen.¹⁵⁶ Is niet ieder risico verzekeraar, als er maar voldoende risicopremie tegenover staat? Het gaat hier bovendien om een onderwerp dat zich leent voor een profilering in het kader van maatschappelijk verantwoord verzekeren. Zo merkte Hartlief in het kader van de reactie van de verzekeringsbranche op het arrest van de Hoge Raad waarbij de oude opzetclausule restrictief werd uitgelegd¹⁵⁷, op dat verzekeraars het niet moeten laten bij het formuleren van een nieuwe opzetclausule. Hij wijst erop dat maatschappelijk verantwoord ondernemen meebrengt dat verzekeraars “ook meedenken over een oplossing ten behoeve van slachtoffers”, en dat “vanuit ‘mvo’-perspectief een constructieve opstelling kan worden verwacht.”¹⁵⁸ Faure en Hartlief hebben echter de indruk dat verzekeraars “hun capaciteit liever investeren in een eerste partijverzekering, zoals bijvoorbeeld een opstalverzekering, waarvan de administratieve afhandelingskosten wellicht geringer zijn dan in een aansprakelijkheidsverzekering.” De actuele aandacht vanuit het Verbond van Verzekeraars voor het systeem van directe verzekering als vervanging voor het aansprakelijkheidsrecht duidt daar inderdaad op. Of de belangen van slachtoffers van misdrijven ook gediend zijn bij een dergelijke vervanging komt aan de orde in hoofdstukken 11 en 12, waar het schadeverhaal via de first party-verzekering centraal staat.

8.5. Inbedding in de bestaande regelgeving

8.5.1. Art. 7:954 BW

Het ligt voor de hand het verbod op het tegenwerpen van opzet, dat het reeds bestaande rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde of letsel versterkt, in te bedden in de wettelijke bepaling waar de directe actie is geregeld: art. 7:954 BW. Aan dit artikel kan een lid 8 worden toegevoegd dat ertoe strekt dat de verzekeraar niet aan de benadeelde kan tegenwerpen dat de verzekerde het schadevooral (de verwezenlijking van het risico) opzettelijk in het leven heeft geroepen. Door de plaatsing van dit verbod in art. 7:954 BW wordt tevens bereikt dat het alleen geldt voor benadeelden met personenschade. De werking van art. 7:954 BW is immers beperkt tot die categorie slachtoffers. Er wordt tevens mee bereikt dat sociale en particuliere regresnemers geen gebruik kunnen maken van het verweermiddelenverbod. Lid 7 van art. 7:954 BW sluit immers regresnemers van het bereik van art. 7:954 BW uit.

Volgt er op dit punt een wetswijziging dan verdient het aanbeveling van de mogelijkheid gebruik te maken ook art. 7:954 lid 1 BW te wijzigen, en het daarin neergelegde mededelingsvereiste door de verzekerde of verzekeringnemer te verwijderen, of de mogelijkheid open te laten dat de mededeling ook kan worden gedaan door de benadeelde. Zie in dit verband de uitgebreide toelichting in par. 4.5.

¹⁵⁶ Zie in ander verband ook: Faure & Hartlief 1995, p. 305-306.

¹⁵⁷ HR 6 november 1998, NJ 1999, 220, m.nt. MMM (Aegon/Van der Linden). Zie over dit arrest par. 5.2.2.

¹⁵⁸ Hartlief 2003b, p. 246-247.

8.5.2. Directe actie of eigen recht

De vraag die rijst bij een inbedding in art. 7:954 BW is of een verbod zich jegens het slachtoffer op opzet te beroepen alleen mogelijk is bij een eigen recht, of ook bij een directe actie. Gelet op de doelstelling van beide instrumenten (zie par. 4.4) kan gezegd worden dat een verweermiddelenverbod beter past bij een eigen recht dan bij een directe actie. Weliswaar hebben beide instrumenten tot doel de benadeelde te beschermen, maar het eigen recht gaat daarin net iets verder. Dit betekent echter niet dat een verweermiddelenverbod bij een directe actie niet mogelijk is. Ter toelichting dient het volgende. Enkele auteurs gaan ervan uit dat in het eigen recht een verweermiddelenverbod ligt besloten. Zie in dat verband Faure en Hartlief, die op basis daarvan menen dat een eigen recht een zekere “decontractualisatie” meebrengt vanwege de niet-tegenwerpelijkheid van verweermiddelen.¹⁵⁹ Ook Van Dam gaat ervan uit dat een eigen recht meebrengt dat de verzekeraar jegens het slachtoffer geen gebruik meer kan maken van zijn verweermiddelen.¹⁶⁰ Ook Robben gaat daarvan uit, waarbij zij als dragend argument wijst op het hoofdelijk mededebiteurschap van de verzekeraar naast de aansprakelijke verzekerde. De verzekeraar is tegenover de verzekerde in dezelfde mate aansprakelijk als zijn verzekerde en kan zich tegenover de benadeelde alleen beroepen op verweren die de schadeveroorzaker kan invoeren tegen de benadeelde als deze zou worden aangesproken.¹⁶¹ Hiervoor in paragrafen 4.2.3 en 4.4 kwam al aan de orde dat in de rechtsliteratuur een discussie is gevoerd over de vraag of een directe actie moet worden beschouwd als een bevoegdheid waarmee de benadeelde het recht van de verzekerde uitoefent (‘ius agendi’), of als een eigen (subjectief) recht van de benadeelde. In beide interpretaties (‘ius agendi’ dan wel eigen recht) kan een verweermiddelenverbod worden ingevoerd in de algemene aansprakelijkheidsverzekering. In het eerste geval kan bepleit worden dat een verweermiddelenverbod reeds inherent is aan het eigen recht dat de directe actie in die opvatting impliceert. In het tweede geval geldt dat ook een directe actie die alleen een ‘bevoegdheid’ meebrengt, kan worden gecombineerd met een verweermiddelenverbod. Er zijn in dit onderzoek geen argumenten gevonden die ertoe nopen dat een wettelijk verweermiddelenverbod alleen past bij een uitdrukkelijk als zodanig door de wetgever benoemd “eigen recht”, en niet bij de directe actie. De wet aansprakelijkheid olietankschepen (WAOT) illustreert dit.¹⁶² In deze wet is bepaald dat de benadeelde zijn vordering tot vergoeding van schade rechtstreeks kan instellen tegen de verzekeraar van de aansprakelijke eigenaar van het verontreinigende olietankschip (art. 7 lid 1 WAOT). Art. 7 lid 2 WAOT koppelt aan deze directe actie een verbod voor de verzekeraar om zich op verweren te beroepen die ontleend zijn aan de dekkingsverhouding. Een voorbeeld van een wettelijke regeling waarin een directe actie is gecombineerd met een verweermiddelenverbod betreft art. 8:644 BW, over het aan-

¹⁵⁹ Faure & Hartlief 1995, p. 336-337.

¹⁶⁰ Van Dam 1995, p. 118, 124 en 128; Verslag van de vergadering van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ en de Vereniging voor verzekeringswetenschap van 21 april 1995 over *Verzekering naar komend recht*, naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytink e.a. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 35-37.

¹⁶¹ Robben 1993, p. 222-223.

¹⁶² Wet van 11 juni 1975, *Stb.* 1975, 321, laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 december 2012, *Stb.* 2012, 666. Zie over de verzekeringsrechtelijke instrumenten in de WAOT: par. 3.11.2.

sprakelijkheidsregime voor verontreiniging door bunkerolie. Ten derde valt in dit verband te wijzen op art. 8:529b BW, waarin aansprakelijkheidsregels zijn neergelegd jegens passagiers van zeeschepen. Ook deze regeling is een voorbeeld van een directe actie (en geen eigen recht) in combinatie met een verbod voor de verzekeraar om zich jegens de benadeelde op verweren te beroepen die ontleend zijn aan de dekkingsverhouding. Zie par. 3.11.2 voor een nadere beschrijving van deze regelingen. Zij tonen aan dat in de Nederlandse regelgeving is aanvaard dat een directe actie kan samengaan met een “decontractualisatie” in de vorm van een verweermiddelenverbod jegens de benadeelde.

Ook het wettelijke regime in andere landen biedt steun aan de veronderstelling dat een directe actie kan worden gecombineerd met een verweermiddelenverbod. In Frankrijk, Duitsland en Zwitserland (wetsontwerp) lijkt de naamgeving van de rechtstreekse aanspraak van de benadeelde op de verzekeraar het meest op een ‘directe actie’: “l’action directe” in Frankrijk (art. L124-3Cc), “Direktklage” in Duitsland (art. 115 VVG)¹⁶³ en “direktes Forderungsrecht” in Zwitserland (art. 91 Ontwerp-VVG). In België gaat het om een ook als zodanig benoemd “eigen recht” (art. 150 Wverz.). Kijken we naar het rechtskarakter van de directe actie in deze landen, dan blijkt dat in Duitsland, Zwitserland en België wordt aangenomen dat de directe actie (in België het eigen recht) een hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer ten opzichte van de benadeelde. In Frankrijk is over de hoofdelijkheid niets bepaald. In Duitsland is de hoofdelijkheid in de wet vastgelegd (art. 115 VVG),¹⁶⁴ in Zwitserland wordt dat in de rechtsliteratuur aangenomen (zie par. 7.6.2). Ook in België wordt aangenomen dat de verzekeraar en de verzekerde hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de benadeelde. De verzekeraar heeft twee debiteuren, namelijk de verzekerde en de benadeelde, die beiden over een eigen recht beschikken om de verzekeraar tot betaling aan te spreken. Dat sluit aan bij de opvatting over het eigen recht, waarvan de hoofdelijke verbondenheid van verzekeraar en verzekerde ten opzichte van de benadeelde als één van de kenmerken wordt beschouwd.¹⁶⁵ In zoverre lijkt de rechtstreekse aanspraak in Duitsland en Zwitserland weer meer op een eigen recht. Ook in Spanje brengt de directe actie een hoofdelijke aansprakelijkheid mee van de verzekeringnemer en de verzekeraar jegens de benadeelde.¹⁶⁶

In par. 7.5.3 en 7.6.3 is toegelicht dat het direktes Forderungsrecht gecombineerd is met een verbod op de tegenwerpelijkheid van posterieure verweermiddelen aan de benadeelde. In Duitsland is de Direktklage voor verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen ook gecombineerd met een wettelijk verweermiddelenverbod. Ook in Frankrijk gelden er op grond van wet en rechtspraak beperkingen voor de verzekeraar om zich jegens de benadeelde op bepaalde verweren te beroepen (par. 7.4.3). Uit het voorgaande volgt dat er landen zijn waar de directe actie een hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt (Duitsland en Zwitserland), en er zijn landen waar dat niet zo is, of waar wordt aangenomen dat dit niet zo is (Nederland en Frankrijk). Mijns inziens staat het ontbreken van hoofdelijkheid niet in de weg aan een (beperkt) wettelijk ver-

¹⁶³ De term “Direktklage” is geen wettelijke term, maar de rechtstreekse aanspraak als bedoeld in art. 115 VVG wordt in de rechtsliteratuur als zodanig bestempeld.

¹⁶⁴ Zie par. 7.5.2.

¹⁶⁵ Zie daarover par. 4.4.

¹⁶⁶ Basedow/Fock 2002a, p. 1351.

weermiddelenverbod. Net zoals het mogelijk is om bij de directe actie met hoofdelijkheid wettelijke beperkingen aan te brengen op het verweermiddelenverbod (zoals in Duitsland is gebeurd, art. 117 VVG), is het mogelijk bij een directe actie zonder hoofdelijkheid wettelijk te bepalen dat een bepaald verweermiddel niet mag worden tegengeworpen.¹⁶⁷ Ik zie voor dat laatste geen dogmatisch beletsel. Wel kan dan worden gesteld dat het rechtskarakter van de directe actie steeds meer trekken krijgt van een eigen recht.

8.5.3. Verplichte verzekering

Is een wettelijk verweermiddelenverbod alleen mogelijk bij een wettelijk verplichte verzekering? In de rechtsliteratuur is dit standpunt regelmatig ingenomen. Fonkert heeft voor het oude recht in 1950 het standpunt ingenomen dat het eigen recht van de benadeelde nauw verband houdt met de verplichting tot verzekering.¹⁶⁸ Hij heeft deze opvatting verder niet uitgewerkt, zodat we niet weten waarop hij deze opvatting stoelt. Datzelfde geldt min of meer voor Faure en Hartlief, die bepleit hebben dat een eigen recht met verweermiddelenverbod alleen past bij een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.¹⁶⁹ Later hebben zij deze opvatting iets genuanceerder weergegeven, waarbij zij hebben opgemerkt dat een verweermiddelenverbod past bij “terreinen die gekenmerkt worden door het uitgangspunt dat zoveel mogelijk vergoeding gewenst is.”¹⁷⁰ Ook van Dam is van mening dat een eigen recht met een daaraan gekoppeld verweermiddelenverbod “beter past bij een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, zoals de WAM.”¹⁷¹ Van Dam lijkt op laatstgenoemd standpunt enkele jaren na zijn preadvies te zijn teruggekomen in zijn bijdrage voor de bundel “Verzekering en maatschappij” over de huidige regeling van de directe actie in art. 7:954 BW, waarin hij opmerkt dat “van de zijde van de verzekeraars nooit is opgemerkt wat het *concrete* bezwaar is tegen het Belgische en Franse systeem, waarin de verzekeraar geen verweren mag voeren die zijn ontstaan na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Het lijkt in ieder geval weinig aannemelijk dat dit risico in Nederland niet en in België en Frankrijk wel verzekeraar zou zijn.”¹⁷² Hieruit valt op te maken dat Van Dam de mogelijkheid van een verweermiddelenverbod, in ieder geval voor wat betreft de posterieure verweren, in de onverplichte algemene aansprakelijkheidsverzekering niet uitsluit.

Wat de onderbouwing is voor het standpunt dat een verweermiddelenverbod alleen (of “beter”) past bij een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, wordt niet uitgewerkt. Vermoedelijk houdt het verband met de opvatting dat bij verplichte verzekeringen het aspect van slachtofferbescherming op de voorgrond staat en dat op deze terreinen verzekeringsrechtelijke instrumenten gerechtvaardigd zijn om te waarborgen dat de schade van het slachtoffer daad-

¹⁶⁷ Vgl. de uitzonderingen die in Frankrijk zijn aanvaard op het uitgangspunt dat de verzekeraar bij de *l'action directe* alle verweermiddelen mag tegenwerpen, par. 7.4.3.

¹⁶⁸ Fonkert 1950, p. 307.

¹⁶⁹ Faure & Hartlief 1995, p. 336-337.

¹⁷⁰ Hartlief & Tjittes 1999, p. 7-8.

¹⁷¹ Van Dam 1995, p. 118, 124 en 128; Verslag van de vergadering van de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de Vereniging voor verzekeringswetenschap van 21 april 1995 over *Verzekering naar komend recht*, naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 35-37.

¹⁷² Van Dam & Waal 2000, p. 118.

werkelijk wordt vergoed.¹⁷³ De opvatting dat hiervan alleen bij verplichte verzekeringen sprake is of zou kunnen zijn, houdt mijns inziens geen stand. Ik kom hierop later in deze paragraaf terug.

Een andere vraag die kan worden opgeworpen is of de introductie van een verweermiddelenverbod in de niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekering op rechtssystematische bezwaren stuit. Ik meen dat daarvan geen sprake is. Voorop staat dat daar waar de Nederlandse regelgeving een verweermiddelenverbod kent voor de aansprakelijkheidsverzekeraar, dit steeds gecombineerd is met een wettelijke verzekeringsplicht.¹⁷⁴ Dit geldt ook voor de regelingen in België, Duitsland en Zwitserland. Daar wordt een *algeheel* verweermiddelenverbod consequent alleen toegepast bij verplichte verzekeringen. Dat geldt niet voor het gedeeltelijke verweermiddelenverbod dat ziet op de niet-tegenwerpelijkheid van de posterieure verweermiddelen. Posterieure verweermiddelen kunnen in België en in Zwitserland (Ontwerp-VVG) ook bij onverplichte verzekeringen niet aan de benadeelde worden tegengeworpen. Dit uitgangspunt van niet-tegenwerpelijkheid van posterieure verweermiddelen bij zowel verplichte als onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen geldt ook in de PEICL (art. 15:101 lid 2).¹⁷⁵ In België bestaat in theorie de mogelijkheid tot een algeheel verweermiddelenverbod bij de onverplichte verzekering. De koning heeft daar immers de mogelijkheid het algehele verweermiddelenverbod uit te breiden naar de onverplichte verzekeringen, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. Een debat over een dergelijke uitbreiding, en in verband daarmee een debat om slachtoffers van misdrijven verdergaand te beschermen door opzet ook bij niet verplichte verzekeringen niet-tegenwerpe-lijk te maken, wordt in de Belgische rechtsliteratuur gevoerd. Uit de rechtsvergelijkende *quick scan* valt op te maken dat in Finland/Zweden en Denemarken voor het verbod om op opzet tegen te werpen geen onderscheid wordt gemaakt tussen een verplichte of onverplichte verzekering.¹⁷⁶ Voor de vraag of er rechtssystematische bezwaren kleven aan een verweermiddelenverbod in een onverplichte verzekering, is ook het advies relevant van de Raad van State bij de totstandkoming van art.7:954 BW.¹⁷⁷ Dit advies strekte ertoe het systeem van een eigen recht van de benadeelde tegenover de verzekeraar, gekoppeld aan verbod om contractuele en wettelijke verweren tegen te werpen, in de zin van de WAM uit te breiden naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering.¹⁷⁸ Als tussenoplossing adviseerde de Raad van State dat alleen de verweren die hun oorzaak vinden in na het schadevooral voorgevallen feiten, niet aan de benadeelde mogen worden tegengeworpen. Het onverplichte karakter van de algemene aansprakelijkheidsverzekering, werd door de Raad van State kennelijk niet beschouwd als obstakel voor een (al dan niet beperkt) verweermiddelenverbod. De toenmalige minister van Jus-

¹⁷³ Hartlief & Tjittes 1999, p. 8; Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

¹⁷⁴ Andersom geldt dat niet: niet iedere wettelijke verzekeringsplicht is gecombineerd met een verweermiddelenverbod voor de verzekeraar. Zie een overzicht van de Nederlandse regelgeving waarin voor aansprakelijkheidsrisico's een verzekeringsplicht is opgenomen: par. 3.11.2.

¹⁷⁵ Zie over de PEICL par. 7.2.1.

¹⁷⁶ Basedow/Fock 2002a, p. 980 en 984-985.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1999/00, 19529, D, p. 5 (advies Raad van State).

¹⁷⁸ Van Dam heeft op dit voorstel van de Raad van State instemmend gereageerd: Van Dam & Waal 2000, p. 118. Zie voor soortgelijke voorstellen in Zwitserland, hiervoor onder 7.6.

titie heeft dit advies niet gevolgd. Als belangrijkste argument hiervoor, wijst hij op het onverplichte karakter van de algemene aansprakelijkheidsverzekering:

“Het niet kunnen tegenwerpen past bij aansprakelijkheidsverzekeringen die door de wetgever vanuit het oogpunt van het daarbij gemoeide zwaarwegende belang van slachtofferbescherming verplicht zijn gesteld. Men denke aan de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) en de Jachtwet. Met deze verplichting wil de wetgever bereiken dat een benadeelde daadwerkelijk schadeloos wordt gesteld. Dit rechtvaardigt dat aan de benadeelde niet die verweren kunnen worden tegengeworpen die mogelijk aan de verzekerde kunnen worden tegengeworpen, omdat anders niet gegarandeerd is dat de benadeelde onder alle omstandigheden de schade waarvoor de verzekerde aansprakelijk is vergoed krijgt (zie artikel 11 lid 1 WAM en artikel 12b lid 3 Jachtwet.” (thans art, 54-55 Flora- en faunawet).“

“Het onderhavige artikel heeft evenwel betrekking op terreinen waar de wetgever het niet noodzakelijk heeft gevonden om het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering verplicht te stellen. De benadeelde kan derhalve evenzogoed een veroorzaker aantreffen die geen aansprakelijkheidsverzekering heeft gesloten. Daarbij past het niet dat indien er wel een dergelijke verzekering is gesloten de positie van de benadeelde ten koste van de verzekeraar verdergaand wordt beschermd.”¹⁷⁹

Een soortgelijk argument werd gebruikt in het kader van de keuze voor het voorrecht van art. 3:287 BW, Zo vermeldt de Toelichting-Meijers bij Boek 3 BW uit 1953 het volgende:

“Het ontwerp stelt voor de benadeelden een voorrecht op de vordering tegen de verzekeraar te geven. Het ontwerp wil dus niet zover gaan, als artikel 6 van het ontwerp van gemeenschappelijke bepalingen (voorstel van de Beneluxcommissie) betreffende verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, welk artikel aan de benadeelde een eigen recht tegen de verzekeraar geeft. Een dergelijke bepaling moge in een regeling van verplichte verzekering passen, als algemene regel voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen gaat zij te ver.”¹⁸⁰

Bij laatstgenoemd citaat zij bedacht dat het stamt uit 1953. Uit het rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen lijkt te volgen dat de ‘angst’ voor een eigen recht is ingegeven door de veronderstelling dat het risico van de verzekeraar wordt verzwaard omdat hij niet meer gebruik kan maken van alle verweermiddelen die hij tegen de verzekerde had.¹⁸¹ Uit de toelichting op het voorgestelde art. 3:287 BW blijkt niet waarom een regeling als in de WAM voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering “te ver” gaat. Ook uit de toelichting op art. 7:954 BW wordt niet duidelijk waarom het niet “past” de positie van de benadeelde verdergaand te beschermen in een systeem van onverplichte verzekeringen. Het dragende argument in de toelichting op art. 7:954 BW lijkt te zijn dat er dan ongelijkheid zou kunnen ontstaan tussen slachtoffers die een verzekerde aansprakelijke partij treffen en slachtoffers wier schade is veroorzaakt door een onverzekerde partij. Dit argument overtuigt niet. Ten eerste is bij een verzeke-

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 19529, nr. 5, p. 34-35 (NvW I).

¹⁸⁰ *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 877.

¹⁸¹ Rapport van de commissie bevoorrechting van vorderingen 1974, p. 67-68.

ringsdichtheid van de AVP van bijna 100% de vraag hoe groot de kans is dat een slachtoffer een onverzekerde dader treft. Ten tweede bestaan er zonder een gelijkstelling tussen de AVP en WAM op dit punt nog grotere verschillen in positie. Zo is in de inleiding toegelicht dat de tegenwerpelijkheid van het verweermiddel van opzet aan de benadeelde ertoe leidt dat een slachtoffer van een misdrijf de facto geen gebruik kan maken van de directe actie, waar slachtoffers wier schade niet door een misdrijf is ontstaan (maar door een arbeidsongeval of medische misser) wel gebruik kunnen maken van de directe actie. Dogmatisch beschouwd zie ik geen beletsel in het opnemen van een verweermiddelenverbod in een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering.

Het verplichte karakter van de WAM-verzekering wordt veelal aangevoerd als argument om het systeem van de WAM te verantwoorden.¹⁸² De redenering daarbij lijkt te zijn dat het verplicht karakter van de betreffende verzekering de wens van de wetgever illustreert om juist in die gevallen prioriteit te geven aan de slachtofferbescherming. A contrario zou een dergelijke wens ontbreken in de gevallen van onverplichte verzekeringen. Gaat die redenering op? Aan de parlementaire geschiedenis van de WAM kan worden ontleend dat enkele Kamerleden destijds (1963) inderdaad van mening waren dat de doelstelling bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekering een andere is dan bij de vrijwillige. Bij de vrijwillige verzekering zou de bescherming van het vermogen van de verzekerde voorop staan. Bij de verplichte verzekering staat voorop dat slachtoffers hun schade vergoed krijgen.¹⁸³ In dit verband is mede van belang dat het tamelijk lang geleden is dat de wetgever heeft nagedacht over het verplicht stellen van de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Voor zover valt na te gaan is dit 24 jaar geleden voor het laatst aan de orde geweest voorafgaand aan de invoering van het Nieuw BW in 1992. De wetgever was toen van mening dat de algemene aansprakelijkheidsverzekering vooralsnog niet verplicht gesteld zou moeten worden.¹⁸⁴ Hiervoor kwam echter ook aan de orde dat de doelstelling en functie van de algemene aansprakelijkheidsverzekering sindsdien aan verandering onderhevig is geweest, zie par. 2.6. Van instrument ter bescherming van het vermogen van de verzekerde, is ook de algemene aansprakelijkheidsverzekering geworden tot een instrument ter bescherming van de verhaalspositie van een benadeelde. Uit het feit dat een verzekering niet wettelijk verplicht is gesteld, kan dan ook niet worden afgeleid dat in die gevallen de belangen van slachtoffers ondergeschikt zijn aan de belangen van andere partijen. In de literatuur is bepleit dat het slachtofferoogpunt niet alleen doorslaggevend is op terreinen waar een wettelijke verzekeringsplicht geldt, maar ook op terreinen waarvoor een verzekering zeer gebruikelijk is. De verzekering aan de kant van de veroorzaker is ook dan een "onderdeel van slachtofferbescherming."¹⁸⁵ Dit geldt zonder meer voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren. Dat deze zeer gebruikelijk is, blijkt uit de omstandigheid dat de verzekeringsdichtheid reeds jaren nagenoeg 100% is (zie par. 2.7). In diezelfde paragraaf bleek ook dat de noodzaak tot het beschikken over een AVP maatschappelijk breed gedragen wordt. Zo wordt voor professionele bewindvoerders voorgeschreven dat zij erop toezien dat hun cliënten beschikken over

¹⁸² Faure & Hartlief 1995, p. 336-337.

¹⁸³ *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2217 en 2227.

¹⁸⁴ Memorie van Antwoord, p. 165 betreffende het gewijzigd ontwerp nieuw BW Boek 6.

¹⁸⁵ Hartlief & Tjittes 1990, p. 62.

een particuliere aansprakelijkheidsverzekering.¹⁸⁶ De introductie van een verweermiddelenverbod voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering hoeft mijns inziens niet noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met een wettelijke verzekeringsplicht. Ook zonder een dergelijke wettelijke verplichting is wel duidelijk dat algemeen wordt onderschreven dat de verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven bescherming verdient. In zoverre is voor de inzet van verzekeringsrechtelijke instrumenten ten behoeve van het slachtoffer mijns inziens niet zozeer beslissend of het gaat om een verplichte of onverplichte verzekering, maar meer of het gaat om een terrein waar het gewenst is dat een benadeelde een zo volledig mogelijke vergoeding krijgt van de geleden schade.¹⁸⁷ Het algemene aansprakelijkheidsrecht is onmiskenbaar zo'n terrein, zeker als het gaat om de aansprakelijkheid voor misdrijfschade.

Uit het voorgaande volgt dat er geen rechtssystematische bezwaren in de weg staan aan de invoering van een verbod op het tegenwerpen van opzet jegens het slachtoffer. Evenmin is het argument steekhoudend dat alleen bij verplichte verzekeringen het oogpunt van slachtofferbescherming bepalend is voor de vraag of de inzet van slachtofferbeschermende instrumenten worden ingezet. Dat is het immers (inmiddels) ook voor verzekeringen die (nog) niet wettelijk verplicht zijn zoals de algemene aansprakelijkheidsverzekering, maar die wel zeer gebruikelijk zijn en waarbij de functie van slachtofferbescherming op de voorgrond staat. Dat een wettelijke verzekeringsplicht vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming bevredigender zou zijn, omdat de kans dan nog kleiner wordt dat een slachtoffer een onverzekerde dader treft¹⁸⁸, mag zo zijn, het betekent niet dat deze materie niet ook in een onverplichte verzekering kan worden neergelegd.

¹⁸⁶ Zie par. 2.7.

¹⁸⁷ Vgl. Hartlief & Tjittes 1999, p. 8.

¹⁸⁸ Hetgeen voor Den Dulk de reden vormde om ervoor te pleiten dat een regeling met verzekeringsrechtelijke instrumenten om te waarborgen dat de verzekeringspenningen daadwerkelijk bij de benadeelde terecht komen, in een verplichte verzekering zou worden voorgeschreven: Den Dulk 1929, p. 60.

9. Mogelijkheden tot mitigering van de effecten voor verzekeraars

9.1. Inleiding

Een verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer te beroepen op opzet, brengt een verzwaring van de positie van de aansprakelijkheidsverzekeraars mee (par. 8.2.2 en 8.2.3). Ook al gaat een dergelijk verweermiddelenverbod gepaard met een verhaalsrecht voor de verzekeraar jegens de dader, niet ontkend kan worden dat de schade- en incassolast, alsmede het verhaalsrisico in die gevallen waarin er niet of niet voor het geheel regres kan worden genomen op de dader, gealloceerd wordt bij de aansprakelijkheidsverzekeraars. Via doorbelasting in de premies zal de (extra) schade- en incassolast uiteindelijk komen te liggen bij de premiebetalende bevolking. In dit hoofdstuk worden enkele mogelijkheden besproken om de financiële gevolgen van een wettelijk verweermiddelenverbod als in dit onderzoek centraal staat, voor verzekeraars en de premiebetalers te beperken.

9.2. Beperking tot personenschade

Zoals in het inleidende gedeelte van dit onderzoek is uiteengezet, beperkt de hier onderzochte mogelijkheid van een verweermiddelenverbod zich tot slachtoffers van misdrijven die schade wegens letsel en overlijden tot gevolg hebben gehad. Voor misdrijven die zaakschade en zuivere vermogensschade tot gevolg hebben gehad geldt het verbod niet. Dit betreffen de vermogensdelicten, zoals diefstal, heling, verduistering, inbraak, fraude en oplichting. Ook misdrijven waarbij geweld is gebruikt tegen zaken (vernietiging) of dieren (dierenmishandeling) vallen er buiten, evenals drugsgerelateerde delicten. Een uitzondering in deze categorie betreft opzettelijke brandstichting, teweegbrengen van een ontploffing of overstroming die de dood of zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft (art. 157 Wetboek van Strafrecht). Hierbij geldt wel dat het verweermiddelenverbod (overigens net als de directe actie van art. 7:954 BW) alleen ziet op de schade die ten gevolge van het toegebrachte letsel is ontstaan. Voor de vordering met betrekking tot vergoeding van de waarde van het afgebrande of (bij diefstal met geweld) gestolen goed geldt het verweermiddelenverbod niet. Een tussencategorie vormen de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (zoals mensenhandel, bedreiging en wederrechtelijke vrijheidsberoving).¹ Ook deze misdrijven kunnen personenschade meebrengen. Slachtoffers van dit soort misdrijven komen (ook als zij geen lichamelijk letsel hebben) voor vergoeding van hun immateriële schade in aanmerking nu het bij deze misdrijven gaat om ernstige aantasting van hun fundamentele rechten. Zij kunnen dan aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade omdat zij “op andere wijze in hun persoon zijn aangetast” als bedoeld in art. 6:106 lid sub b BW. Dit geldt overigens ook voor die slachtoffers van zedenmisdrijven die geen lichamelijk letsel hebben opgelopen. Een rechtvaardiging om ook de vorderingen van deze categorie slachtoffers onder het bereik van het verweermiddelenverbod te laten vallen, kan worden gevonden in de omstandigheid dat bij deze misdrijven de blijvende materiële schade weliswaar gering is (of kan zijn) maar de immateriële schade zeer groot is of kan zijn. Het zou in zulk gevallen onbevredigend zijn.

¹ Titel XVIII van het Wetboek van Strafrecht.

digend zijn indien deze slachtoffers geen gebruik zouden kunnen maken van de voordelen van een rechtstreeks beroep op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Een soortgelijke gedachte ligt ten grondslag aan de mogelijkheid tot uitkering van een tegemoetkoming in de immateriële schade bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven.² Een andere categorie misdrijven die niet direct valt onder het bereik van de in het Wetboek van Strafrecht omschreven geweldsdelicten, maar waarbij wel ernstige personenschade kan optreden, zijn de “Traficuri-achtige delicten” waarbij opzettelijke milieuvervuiling leidt tot ernstige aantasting van de gezondheid van personen.

De rechtvaardiging voor de beperking van het verweermiddelenverbod tot misdrijven die personenschade hebben veroorzaakt, kan gevonden worden in de omstandigheid dat schade wegens letsel en overlijden algemeen wordt beschouwd als de ernstigste vorm van schade. In de wet en de praktijk neemt deze schade om die reden in tal van gevallen zowel in het materiële als in het formele recht een bevoorrechte positie in ten opzichte van andere vormen van schade zoals zaakschade en zuivere vermogensschade.³ Zie bijvoorbeeld de bijzondere verjaeringsregel van art. 3:310 lid 5 BW voor schade door letsel of overlijden, alsmede art. 6:106 BW, op grond waarvan een benadeelde met letsel wél, maar een benadeelde met zaakschade in beginsel geen aanspraak op smartengeld heeft. Verder geldt de deelgeschilprocedure alleen voor personen die schade lijden wegens dood of letsel (art. 1019w Rv). Onder deze personen worden mede begrepen personen die een vordering ter zake van deze schade hebben verkregen onder algemene titel, alsmede de personen die een vordering op grond van art. 6:107 BW hebben. Ook bij de directe actie is ervoor gekozen het toepassingsbereik te beperken tot personen die schade hebben geleden wegens overlijden of letsel (art. 7:954 lid 1 BW). De inbreuk op het beginsel van de paritas creditorum, waarvan bij de directe actie sprake is, wordt in de literatuur in geval van letselschade wel, maar bij zaakschade niet zonder meer gerechtvaardigd geacht.⁴ Een ander voorbeeld is art. 6:98 BW, waarbij wordt aangenomen dat bij personenschade een ruimere toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis gerechtvaardigd is dan bij zaakschade en zuivere vermogensschade. Bij art. 6:101 BW zal de billijkheidscorrectie eerder en ruimer toepassing vinden bij personenschade dan bij zaak- of zuivere vermogensschade. Ook bij de door de Hoge Raad tot ontwikkeling gebrachte leerstukken bij onzeker causaal verband als de proportionele aansprakelijkheid en de omkeringsregel speelt de aard van de geschonden norm en de aard van de schade een onderscheidende rol. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat de proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast, en dat de rechter aan de hand van onder meer de aard van de geschonden norm en de aard van de schade moet motiveren waarom toepassing van de proportionele aansprakelijkheid gerechtvaardigd is.⁵ Zo zal in de regel toepassing van dit leerstuk eerder gerechtvaardigd zijn bij personenschade dan bij zuivere vermogensschade. Een ander domein waar het onderscheid tussen personenschade en andere vormen van schade is gemaakt, is het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Bij de oprichting van dit Schadefonds is ervoor gekozen alleen personen die

² *Kamerstukken II 1972/73*, 12131, nr. 3, p. 6 (MvT).

³ Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

⁴ Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

⁵ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. TTT (Fortis/Bourgonje), rov. 3.8.

slachtoffer zijn geworden van een ernstig geweldsmisdrijf en daarbij ernstig letsel hebben opgelopen, in aanmerking te laten komen voor een financiële tegemoetkoming door het Schadefonds. Slachtoffers van vermogensmisdrijven zoals diefstal en oplichting kunnen geen gebruik maken van de mogelijkheid tot financiële tegemoetkoming die het Schadefonds biedt. Daartoe is destijds besloten nu de financiële consequenties van een ruimere opzet waarbij ook de vermogensdelicten onder het bereik van de wet zouden vallen, te groot en te weinig overzienbaar waren. Men vreesde voor een grote stroom van verzoeken om uitkering.⁶ De veronderstelling dat letsel- en overlijdensschade een klein deel vormt van de totale schade wegens misdrijven, sluit aan bij de bevindingen waarop is gewezen bij de parlementaire behandeling van de directe actie. In dat verband is opgemerkt dat schadeclaims wegens letsel en overlijden slechts een klein gedeelte uitmaken van de totale omvang aan schadeclaims. De omvang van zaakschade en zuivere vermogensschade zou veel groter zijn.⁷ Dat de directe actie is beperkt tot personen-schade, werd dan ook beschouwd als een resultaat van onderhandeling tussen de wetgever en de verzekeraarslobby. Dit duidt erop dat een beperking van het verweermiddelenverbod tot slachtoffers en nabestaanden met schade wegens letsel en overlijden een daadwerkelijke verzachting betekent van de gevolgen voor verzekeraars. Niet alle misdrijfschade wordt bij de verzekeringsbranche gealloceerd, maar alleen een beperkt deel daarvan. Uit het voorgaande volgt dat een beperking van het verweermiddelenverbod tot de categorie slachtoffers met schade wegens letsel en overlijden geen noviteit is, en past in de wettelijke systematiek en de toepassing daarvan in de praktijk.

9.3. Beperking tot opzettelijk gepleegde (gewelds)misdrijven

Het verweermiddelenverbod kan voorts worden beperkt tot schade als gevolg van een opzettelijk gepleegd (gewelds)misdrijf, inclusief de strafbare pogingen daartoe indien en voor zover er letselschade is geleden. Geweldsmisdrijven zijn “geweldsuitingen die door de wetgever strafbaar zijn gesteld.”⁸ De geweldsmisdrijven plegen te worden onderscheiden in vijf categorieën, namelijk ‘tegen het leven’, ‘seksueel’, ‘mishandeling’, ‘bedreiging’ en ‘diefstal met geweld’. Tegenwoordig vormen deze geweldsdelicten verreweg het grootste deel van alle geweldsdelicten zodat de som van deze vijf delicten ook als benadering wordt gebruikt voor de totale geweldsdelictiviteit.⁹ Het Wetboek van Strafrecht onderscheidt binnen de categorie levensmisdrijven: moord en doodslag. Bij mishandeling wordt onderscheid gemaakt tussen “gewone” mishandeling en “zware” mishandeling (art. 300 tot en met 306 Wetboek van Strafrecht). Bij veel seksuele misdrijven wordt ook geweld gebruikt, hetgeen in het bijzonder het geval is bij verkrachting (art. 242 Wetboek van Strafrecht). De vraag rijst of de afbakening van het verweermiddelenverbod tot *geweldsmisdrijven* niet te beperkt is. Het sluit immers de slachtoffers van seksuele delicten waarbij geen geweld is gebruikt, uit. Daarbij valt te denken aan aanranding (art. 246 Wetboek

⁶ Kamerstukken II 1972/73, 12131, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

⁷ Kamerstukken II 1999/00, 19529, D (advies Raad van State en Nader Rapport).

⁸ J.J.M. van Dijk, ‘Daderschap en slachtofferschap in geweldsmisdrijven’, in: Liem & Muller 2016, p. 64.

⁹ P. Smit en C.C.J.H. Bijleveld, ‘Omvang en trends van geweldsdelictiviteit in Nederland: 1950-2014’, in: Liem & Muller 2016, p. 37.

van Strafrecht), mensenhandel (art. 273f Wetboek van Strafrecht), en andere vormen van seksueel misbruik waarbij geen fysiek geweld wordt gebruikt. Mijns inziens zouden ook deze misdrijven onder het bereik van het verweermiddelenverbod moeten vallen. Ook deze misdrijven zou men immers geweldsmisdrijven kunnen noemen nu het ook bij deze misdrijven gaat om een vorm van geweld (psychische dwang, afhankelijkheidsrelatie). Dit correspondeert met de door het Ministerie van Justitie in de Zedenalmanak gehanteerde definitie van seksueel geweld als “alle gebeurtenissen waarbij mensen tegen hun wil geconfronteerd worden met seksuele of seksueel geladen handelingen van derden en waarbij de ongelijke machtsverhouding tussen de betrokkenen en/of de machtsongelijkheid tussen de seksen een rol speelt.”¹⁰ Ook het CBS rekent de meeste seksuele misdrijven tot de geweldsmisdrijven.¹¹

De categorie van opzettelijk gepleegde geweldsmisdrijven dient ter afbakening van de dood door schuld delicten, waarvoor kan worden overwogen het verweermiddelenverbod niet te laten gelden. Hierbij valt te denken aan art. 6 Wegenverkeerswet (dood door schuld in het verkeer), of art. 307 Wetboek van Strafrecht (dood door schuld in algemene zin). Met betrekking tot dood door schuld in het verkeer geldt reeds dat slachtoffers en nabestaanden, indien en voor zover het delict is gepleegd met een onder de reikwijdte van de WAM vallend motorvoertuig, de WAM-verzekeraar kunnen aanspreken zonder dat deze hen verweermiddelen kan tegenwerpen (art. 6 j 11 WAM).

9.4. Uitsluiting regresnemers en cessionarissen

Een andere mogelijkheid om de gevolgen voor verzekeraars van een beperking van hun verweermogelijkheden jegens slachtoffers te verzachten, is de uitsluiting van sociale en particuliere regresnemers en cessionarissen. Voor deze partijen geldt dat zij het slachtoffer weliswaar zijn opgevolgd in de vordering tot vergoeding van de schade, maar zij hebben de schade niet zelf geleden. Deze uitsluiting zal erop neerkomen dat de sociale en particuliere regresnemers en cessionarissen niet profiteren van het verbod om opzet tegen te werpen. Aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen zich jegens de sociale en particuliere regresnemers en cessionarissen gewoon beroepen op alle wettelijke en contractuele verweermogelijkheden die zij ook jegens de verzekerde dader hebben. Alleen het primaire slachtoffer en diens nabestaanden kunnen daarvan profiteren. Een dergelijke uitsluiting is in lijn met eerder door de wetgever gemaakte keuzes op het gebied van vergoeding van personenschade. Zo staat het deelgeschil, de procedure die sinds 1 juli 2010 kan worden gevoerd in geval van een geschil over schade wegens letsel en overlijden, niet open voor regresnemers en cessionarissen, zie art. 1019w Rv.¹² De regresnemers en cessionarissen kunnen evenmin profiteren van de directe actie. Lid 7 van art. 7:954 BW staat daaraan in de weg (“De leden 1 tot en met 6 missen toepassing voor zover de benadeelde schadeloos is gesteld of voor zover hem door de wet jegens de verzekeraar een eigen recht op schadevergoeding is toegekend”). In het kader van de WAM is een andere keuze

¹⁰ Zedenalmanak, p. 10. De Zedenalmanak is al geruime tijd niet meer in gedrukte vorm verkrijgbaar, maar is wel te downloaden als pdf-bestand via de website van huiselijk geweld: www.huiselijkgeweld.nl.

¹¹ Van Dijk 2016, p. 65.

¹² Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 15 (MvT).

gemaakt. Ook bij de totstandkoming van de WAM is de vraag aan de orde gesteld of particuliere en sociale verzekeraars die de schade van de benadeelde al (deels) hebben vergoed, gebruik kunnen maken van eigen recht en of ook jegens deze regresnemers het verweermiddelenverbod geldt. Een argument dat werd aangevoerd tegen het laten profiteren van deze regresnemers van de instrumenten die de WAM in eerste instantie ten behoeve het primaire slachtoffer in het leven heeft geroepen, was dat de bestaande verplichtingen van de WAM-verzekeraars verder zullen worden verzwaaard en dat die verzwaaarde positie niet gerechtvaardigd is in het licht van het feit dat primaire slachtoffer al (gedeeltelijk) schadeloos is gesteld.¹³ Daar is tegenin gebracht dat in het verhaal door uitvoeringsorganen op grond van de sociale verzekeringswetten ook een beschermenswaardig belang is gelegen, aangezien daardoor de premie lager kan zijn dan zonder de mogelijkheid van verhaal het geval was.¹⁴ Overeenkomstig de Gemeenschappelijke Bepalingen bij de Benelux-Overeenkomst, die ten grondslag lagen aan de WAM, wordt thans aangenomen dat ook regresnemers, hetzij uit hoofde van een wettelijk regresrecht hetzij gesubrogeerd, behoren tot de kring van benadeelden in de WAM. Dit heeft te maken gehad met de uitleg van de Gemeenschappelijke Bepalingen bij de Benelux-Overeenkomst, die ten grondslag lag aan de WAM, op grond waarvan een ruime interpretatie van het begrip ‘benadeelde’ voor de hand lag.¹⁵ ¹⁶ In de WAM beschikken de sociale en particuliere regresnemende verzekeraars dus over een eigen recht. Het verweermiddelenverbod geldt ook jegens hen.

9.5. Wettelijke limitering

Een wettelijke limitering van het bedrag waartoe de verzekeraar gehouden is uit te keren aan het slachtoffer indien hij zich niet kan beroepen op de wettelijke en contractuele verweermogelijkheden die verband houden met de omstandigheid dat de schade is veroorzaakt door een misdrijf. Dit zou tegemoetkomen aan het argument van de zijde van verzekeraars dat het risico van misdrijfschade vanwege de beperkte homogeniteit en calculeerbaarheid (zie echter par. 5.3.5) slecht beheersbaar en daardoor niet goed verzekeraar zou zijn. Bij een wettelijke limitering van de uit te keren schadebedragen dient men wel bedacht te zijn op de mogelijke nadelige gevolgen daarvan. Hartlief en Faure zijn in hun bijdrage voor de bundel “Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast” uitvoerig ingegaan op de nadelen van wettelijke limitering.¹⁷ Daarbij zij wel aangetekend dat de door hen genoemde bezwaren vooral lijken te zien op wettelijke limitering van aansprakelijkheid, en niet zozeer op limitering van de uit te keren schadebedragen. In het kader van dit onderzoek gaat het uitsluitend om limitering van de uit te keren schadebedragen en niet om limitering van aansprakelijkheid van de dader. Het door Hartlief en Faure gesignaleerde rechtseconomische bezwaar houdt kort samengevat in dat een wettelijk gelimiteerd bedrag waartoe de aansprakelijkheid zich uitstrekt kan meebrengen dat de preventieve prikkel jegens de potentiële dader wegvalt of in ieder geval sterk vemindert. Als juridisch

¹³ *Kamerstukken II 1961/62*, 6342, nr. 5, p. 6 (VV II).

¹⁴ *Kamerstukken II 1961/62*, 6342, nr. 5, p. 7 (VV II).

¹⁵ Robben 1993, p. 197-198.

¹⁶ Zie over de positie van regresnemers in het kader van de WAM meer uitvoerig: Blee 2010, p. 254-255, 290; Robben 1993, p. 197-200. Zie ook hiervoor par. 3.9.4 en 3.9.5 over het eigen recht en het verweermiddelenverbod in de WAM.

¹⁷ Faure & Hartlief 1995, p. 305-315.

bezwaar wijzen zij op de gevolgen van limitering, namelijk dat het slachtoffer of de slachtoffers niet hun gehele schade vergoed krijgen. Zij hebben in dat verband geciteerd uit kamerstukken waarin is overwogen dat een gevolg van limitering van een aansprakelijkheidslast die op een onderneming rust, erop neerkomt

“[...] dat deze onderneming, voor wat betreft dit deel van de kosten van het productieproces, wordt ondersteund ten koste van de slachtoffers, of van de gemeenschap die zich hun lot aantrekt, en die aldus in feite een deel van deze kosten te hunnen laste krijgen, [...]”¹⁸

Dit argument zal vooral gelden als de onderneming die wordt ondersteund ten koste van de slachtoffers zelf de aansprakelijke is voor de veroorzaakte schade. Niettemin geldt dat van de zijde van de wetgever is benadrukt dat van de bevoegdheid tot limitering alleen gebruik gemaakt moet worden als er sprake is van een risico van zeer omvangrijke schadebedragen die de huidige verzekeringsdekking ver te boven gaan.¹⁹ De rechtvaardiging van limitering is dan vooral gelegen in eventuele onverzekerbaarheid. Een risico is volgens de regering verzekerbaar als daarvoor een verzekering verkrijgbaar is voor “een economisch draagbare premie bij een behoorlijke assuradeur.” Van onverzekerbaarheid is bij misdrijfschade, naar het zich nu laat aanzien, geen sprake. Hartlief en Faure hebben er in hun voornoemde bundel uit 1995 op gewezen dat niet te verwachten valt dat de wetgever tot limitering overgaat, nu de wetgever nog van oordeel is (althans tot 1995) dat aansprakelijkheid (in het bijzonder verkeersaansprakelijkheid, beroepsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen) in ons land in beginsel verzekerbaar is.²⁰ De regering heeft erop gewezen dat ook in het buitenland geen sprake is van limitering, met uitzondering van het vervoerrecht en het kernongevallenrecht.²¹ Een andere rechtvaardiging voor limitering kan zijn dat het een tegenhanger vormt voor een gecreëerde risicoverdeling. Dit was in het vervoersrecht de rechtvaardiging voor een limitering.²² Niet iedere ingreep tot spreiding van risico's heeft echter limitering van de uit te keren schadebedragen tot gevolg gehad. Zo is in het kader van de WAM niet gekozen voor limitering van schadebedragen als contragewicht voor het instrumentarium waarover het slachtoffer beschikt om zijn schade via de WAM-verzekeraar vergoed te krijgen.

Faure en Hartlief hebben nog enkele andere bezwaren aangestipt tegen wettelijke limitering van aansprakelijkheid, die ook kunnen opgaan voor wettelijke limitering van schadebedragen. Een van die overige bezwaren is dat bedragen snel aan veroudering onderhevig kunnen zijn, mede “tegen de achtergrond van de internationale verzekeringsmarkt.”²³ Ook is genoemd dat limitering slecht past in de rechtscultuur van de meeste Europese landen.²⁴ Ten slotte is een, niet onbelangrijk, bezwaar, dat er een zekere discriminatie kan uitgaan van limitering.²⁵

¹⁸ Faure & Hartlief 1995, p. 309.

¹⁹ Faure & Hartlief 1995, p. 310, met verwijzing aldaar naar kamerstukken.

²⁰ Faure & Hartlief 1995, p. 311, met verwijzing aldaar naar kamerstukken.

²¹ Faure & Hartlief 1995, p. 310-311.

²² Faure & Hartlief 1995, p. 312.

²³ Faure & Hartlief 1995, p. 313.

²⁴ Faure & Hartlief 1995, p. 313, met verwijzing aldaar naar literatuur.

²⁵ Faure & Hartlief 1995, p. 313.

Het roept immers de vraag op waarom het bij de ene groep wel wordt toegepast en bij de andere niet. Die vraag laat zich ook hier stellen: waarom is er geen limitering voor de WAM-verzekeraar bij uitkering van schade aan slachtoffers van verkeersmisdriven en wel een limitering voor de particuliere aansprakelijkheidsverzekeraars? Vanuit de slachtoffers geredeneerd: waarom krijgen slachtoffers van verkeersmisdriven hun schade wel volledig vergoed en slachtoffers van andersoortige misdrijven niet?

9.6. Drempelbedrag/afbakening via de letselcategorieën van het Schadefonds Geweldsmisdrijven

Invoering van een algemeen verbod voor verzekeraars om zich jegens het slachtoffer te beroepen op opzet, brengt mee dat niet alleen de complexe en omvangrijke personenschades, maar ook de eenvoudig te begroten personenschades via de verzekeraar afgewikkeld kunnen worden. De verzekeraars worden in dat geval ook met de behandeling van de kleinere en minder complexe schades belast, terwijl de regeling van de voeging juist bij dit soort schades adequaat lijkt te werken.²⁶ Zoals uit de probleemstelling bleek, zit het belangrijkste probleem bij de meer complexe personenschadevorderingen, waar schadeposten als verlies van arbeidsvermogen en derving van levensonderhoud (bij overlijden) een onevenredige belasting voor het strafproces kunnen meebrengen. Om die reden kan worden overwogen de niet-tegenwerpelijkheid van opzet alleen te laten gelden voor vorderingen boven een bepaald drempelbedrag. Over de omvang van het drempelbedrag kan nadere gedachtevorming plaatsvinden. In dat verband kan aansluiting worden gezocht bij de kantonrechtsgrens van € 25.000,-. Dit bedrag is arbitrair. Ook de beoordeling van schadevorderingen tot € 25.000,- kunnen immers om meerdere redenen een onevenredige belasting vormen voor de strafprocedure. De kans daarop lijkt echter bij dit soort schades kleiner te zijn dan bij vorderingen die het bedrag van € 25.000,- te boven gaan.²⁷ De grens kan ook worden gelegd bij “uitzonderlijke schade.” Heidt heeft in het kader van het beginsel van de retributieve rechtvaardigheid voor de “uitzonderlijke schade” bepleit dat in ieder geval deze schade niet voor rekening van het slachtoffer moet komen.²⁸ “Uitzonderlijke schade” wordt door haar omschreven als schade die de bestaande “proportionality or social fabric” substantieel kan veranderen. Het gaat dan vaak om schade die “disaffection” te weeg kan brengen bij leden van de samenleving.²⁹ Schade als gevolg van een opzettelijk gepleegd gewelds- (of zeden)delict met ernstige schade tot gevolg beantwoordt aan die omschrijving. Voor de beantwoording van de afbakeningsvraag kan verder aansluiting worden gezocht bij het criterium dat de Raad voor Rechtsbijstand hanteert bij de beoordeling of een slachtoffer in aanmerking komt voor gesubsidieerde rechtsbijstand door een advocaat. Zoals aan de orde kwam, heeft een slachtoffer van een gewelds- of zedenmisdrijf een recht op gesubsidieerde rechtsbijstand, ongeacht het inkomen en vermogen van het slachtoffer.³⁰ Als maatstaf hanteert

²⁶ Kool e.a. 2016, p. 246, 258-259.

²⁷ Kool e.a. 2016, p. 246, 258-259.

²⁸ Heidt 1990, p. 348.

²⁹ Heidt 1990, p. 359.

³⁰ Art. 44 lid 4 Wet op de rechtsbijstand.

de Raad voor Rechtsbijstand dat er sprake moet zijn van ernstige gewelds- of zedendelicten. Voor de beoordeling wat daaronder wordt verstaan, heeft de Raad voor Rechtsbijstand aansluiting gezocht bij de definitie die het Schadefonds Geweldsmisdrijven hanteert voor de uitkering van een tegemoetkoming in de schade.³¹ Dat betekent dat er sprake moet zijn van ernstig lichamelijk of geestelijk letsel als gevolg van een in Nederland gepleegd opzettelijk geweldsmisdrijf dan wel dat sprake is van een misdrijf tegen de zeden. Onder ernstige geweldsmisdrijven wordt onder meer begrepen: brandstichting met zwaar lichamelijk letsel (art. 157 lid 2 Sr), gijzeling (art. 282a Sr), opzettelijke vrijheidsberoving met zwaar lichamelijk letsel (art. 282 lid 2 Sr), doodslag (art. 287 Sr), moord (art. 289 Sr), mishandeling met zwaar lichamelijk letsel (art. 300 lid 2 Sr), mishandeling met voorbedachte rade met zwaar lichamelijk letsel (art. 301 lid 2 Sr), zware mishandeling (art. 302 Sr), zware mishandeling met voorbedachten rade (art. 303 Sr), diefstal met geweld en roofoverval in de privésfeer (art. 312 Sr). Bij ernstige zedenmisdrijven kan worden gedacht aan: verkrachting (art. 242 Sr), seksueel binnen dringen van een bewuste-loze, onmachtige of gestoorde (art. 243 sr), seksueel binnendringen van iemand beneden twaalf jaar (art. 244 Sr) en seksueel binnendringen van iemand beneden zestien jaar (art. 245 Sr).³² Het Schadefonds Geweldsmisdrijven keert sinds 1 juli 2016 ook tegemoetkomingen uit aan nabestaanden van slachtoffers van dood door schuld delicten (art. 3 sub c Wet schadefonds geweldsmisdrijven).³³ Ook nabestaanden van deze delicten zouden mijns inziens moeten vallen onder het bereik van het verbod op het tegenwerpen van opzet, voor zover moet worden aangenomen dat deze delicten niet reeds buiten het bereik van de huidige opzetclausule vallen. Zie over deze discussie hiervoor par. 5.2.2.

Ook in de eerste WAM-ontwerpen is overwogen een franchise op te nemen in de wet, enerzijds als extra stimulans voor de verzekerde tot voorzichtigheid, anderzijds om verzekeraars niet te belasten met het onderzoek naar geringe schadegevallen.³⁴ In deze discussie, alsmede in de hieraan verwante discussie over het al dan niet tegenwerpen van het eigen risico aan de benadeelde, stond de afweging centraal tussen enerzijds het belang van de benadeelde bij volledige vergoeding en anderzijds het belang de premie beperkt te houden. Dat belang kan worden gediend door een eigen risico of een franchise. Een franchise heeft ook tot gevolg dat verzekeraars worden ontlast van het onderzoek naar en de vergoeding van talloze kleine schades. Ook het regres met betrekking tot deze kleine schades kan dan achterwege blijven. Juist bij kleine schades kunnen de kosten van behandeling en onderzoek onevenredig hoog zijn, tengevolge waarvan juist deze kleine schades (met bijbehorende administratieve last) een opwaartse druk op de premielast kunnen hebben.³⁵ Het nadeel bij een franchise is zoals gezegd het arbi-

³¹ Zie de werkinstructies voor het verlenen van toevoegingen op: www.kenniswijzer.rvr.org.

³² Zie voor deze opsomming ook de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel conservatoir beslag ten behoeve van slachtoffers, *Kamerstukken I* 2012/13, 33295, C, p. 3.

³³ Deze wijziging is ingevoerd bij wet van 14 april 2016, *Stb.* 2016, 160.

³⁴ *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3, p. 10 (MvT). Gedacht werd aan een franchisebedrag van NLG 50,-. Zie ook de discussie bij de totstandkoming van de WAM over het al dan niet tegenwerpen van het eigen risico aan de benadeelde: *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 7 (MvA II).

³⁵ Zie een soortgelijke discussie in het kader van de WAM, waar uiteindelijk niet is gekozen voor een franchise en het tegenwerpen van het eigen risico aan de benadeelde: *Kamerstukken II* 1960/61, 6342, nr. 3, p. 10 (MvT); *Kamerstukken II* 1961/62, 6342 nr. 5, p. 9-10 (VV II); *Kamerstukken II* 1962/63, 6342, nr. 6, p. 7 (MvA II); *Handelingen II* 1962/63, 6342, p. 2228.

trair karakter van de omvang daarvan. Daarnaast is gewezen op de vrees voor misbruik omdat de vraag of de schade net boven of onder het franchisebedrag ligt, relatief belangrijk wordt.³⁶ Dit vormde de reden om in WAM-verzekeringsspolissen met een eigen risico te werken in plaats van met een franchise.³⁷

Een andere mogelijkheid is om, voor de vraag voor welke gevallen het verweermiddelverbod moet gelden, aansluiting te zoeken bij de letselcategorieën van het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Het voordeel van een dergelijke afbakening is dat het gaat om een medisch-inhoudelijk criterium, en niet om een vast bedrag dat aanleiding kan geven tot misbruik. Door op deze manier de afbakening te zoeken, wordt bovendien aan verzekeraars de mogelijkheid gegeven op basis van concrete cijfers en statistisch materiaal hun risico in te schatten. Zo beschikt het Schadefonds Geweldsmisdrijven over cijfers van het aantal slachtoffers van geweldsmisdrijven dat de afgelopen jaren een uitkering ontving in de hoogste drie letselcategorieën. Het gaat om categorieën 4, 5 en 6, die overeenkomen met de ernstigste vormen van letsel. Het gaat om 180 uitkeringen in het jaar 2015. In letselcategorie 3 (“blijvende, hinderlijke beperkingen”) heeft het Schadefonds Geweldsmisdrijven 635 uitkeringen gedaan. Zie par. 8.2.2.3 voor deze cijfers. Of een nadere afbakening gewenst is, en zo ja hoe die moet worden vormgegeven (ligt de grens bij letselcategorie 3 of 4?), verdient nadere overdenking. Een afbakening kan ook een tijdelijke maatregel zijn, bedoeld voor een overgangperiode. De aansluiting bij de geweldscategorieën van het Schadefonds is niet zonder precedent. Ook in het kader van het creëren van de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade aan naasten en nabestaanden is aansluiting gezocht bij deze letselschadeschalen, meer in het bijzonder bij de hoogste twee.³⁸ Daarbij is ervan uitgegaan alleen slachtoffers uit de hoogste twee letselschadeschalen mogelijk aan te merken zijn als personen met ernstig en blijvend letsel in de zin van het wetsvoorstel affectieschade.³⁹

9.7. Uitsluiting van het terrorismerisico

Vanuit de gedachte dat terroristisch geweld van de ene op de andere dag in potentie een schade van “catastrofale omvang” kan veroorzaken, geldt het terrorismerisico feitelijk als onverzekerbaar.⁴⁰ Met gebruikmaking van een goede definitie van het begrip terrorisme kan worden bepaald dat het wettelijk verbod op het tegenwerpen van opzet niet geldt voor slachtoffers van terrorisme. Anderzijds rijst de vraag of dit risico daadwerkelijk niet verzekerbaar is. Uit het jaarverslag van het Waarborgfonds Motorverkeer volgt dat het Waarborgfonds het terrorismerisico heeft herverzekerd bij de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschade N.V..⁴¹

³⁶ Dit vormde de reden om in verzekeringsspolissen met een eigen risico te werken in plaats van met een franchise.

³⁷ Zie voor de discussie hierover in het kader van de WAM: *Kamerstukken II 1962/63*, 6342, nr. 6, p. 7 (MvA II).

³⁸ *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, p. 8 (MvT).

³⁹ *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, p. 8 (MvT).

⁴⁰ Wansink 2003, p. 10 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

⁴¹ Jaarverslag Waarborgfonds Motorverkeer 2014, p. 41.

9.8. Schadeafwikkeling via een fonds

Hiervoor is toegelicht dat bij een verbod op het aan het slachtoffer tegenwerpen van opzet, geen sprake is van het verzekeren van opzet. In de verhouding tot de verzekerde dader blijft het beroep op opzet immers wel degelijk tegenwerpelijk, hetgeen de basis vormt voor het regresrecht op de verzekerde dader. Desalniettemin is denkbaar dat de uitbreiding van het verbod op het tegenwerpen van opzet van de WAM naar de algemene aansprakelijkheidsverzekering op bezwaren blijft stuiten bij verzekeraars. Een manier om daaraan tegemoet te komen is de afwikkeling van misdrijfschades op enige afstand van de verzekeringsbranche te plaatsen en te laten verlopen via een fonds. De gelden voor het fonds worden verschaft door de verzekeringnemers via de premiebetalingen aan de verzekeraars. Deze laatsten zullen een zeker bedrag aan het fonds afdragen. Denkbaar is dat ook de Staat jaarlijks een bedrag stort in de kas van het fonds.⁴² Het voordeel van het laten afwikkelen van de misdrijfschade door een fonds kan zijn dat de afwikkeling van schade op enige afstand van de schadeveroorzaker en diens verzekeraar wordt geplaatst en daardoor wellicht op minder morele bezwaren stuit. Afwikkeling van misdrijfschade via een fonds sluit voorts aan bij de in het parlementair debat in het kader van de WAM opgeworpen vraag of de invoering van een verbod op het tegenwerpen van opzet jegens de benadeelde, meebrengt dat van verzekeren geen sprake meer is maar dat het dan uitsluitend gaat om het garanderen van een zeker verhaal.⁴³

De optie van schadeafwikkeling via een fonds verdient nader onderzoek en nadere uitwerking.⁴⁴ Daarbij is aandacht vereist voor de werkwijze en de functie van het fonds. Mijns inziens dient de afwikkeling van misdrijfschade via een fonds niet wezenlijk te verschillen van de wijze van afwikkeling van schade die is veroorzaakt door een bedrijfsongeval of een medische fout. Ook bij afwikkeling van door een aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis via een fonds dient de compensatiefunctie voorop te staan, evenals het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. In zoverre zal een fonds dat ten behoeve van de aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar misdrijfschade afwikkelt, zich onderscheiden van de meeste van de in het verleden opgerichte incidentele en structurele rampenfonds, zoals het Schadefonds voor asbestslachtoffers en de verschillende fondsen die na de Vuurwerkkramp Enschede en de legionella-uitbraak in Bovenkarspel zijn opgericht, zoals de Stichting Fonds Legionella-epidemie, het Wilnisfonds en de ruim twintig regelingen die na de vuurwerkkramp in Enschede zijn ontworpen.⁴⁵ Veel van deze rampenfonds keren alleen tegemoetkomingen uit en hanteren bovendien een bepaalde berekeningswijze om tot het vergoedingsbedrag te komen, waarbij wordt geabstra-

⁴² Hetgeen ook zou passen in de concepten van retributieve als distributieve rechtvaardigheid, waarbij zowel een partij aan de zijde van de dader het slachtoffer compenseert, als ook de overheid.

⁴³ *Kamerstukken II* 1961/62, 6342, nr. 5, p. 2 (VV II).

⁴⁴ Een interessante aanzet daarvoor vormt de publicatie van L. Vanhooff, T. Vansweevelt en B. Weyts, 'So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom', *European Journal for Commercial Contract Law* 2016-3/4, p. 41-58. Zie ook: G.J. de Groot, 'Schadefonds. Tussen toen en toekomst?', in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 23-39.

⁴⁵ Zie uitvoerig over deze (ad hoc) fondsen: J.E. van de Bunt, *Het Rampenfonds* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 112-183. Zie voorts over praktijkgevallen van fondsvorming: L. Dommering-van Rongen, *Schade vergoeden door Fondsvorming* (rede Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 5-18.

heerd van de concrete omstandigheden van het geval.⁴⁶ Dit leidt vaak tot genormeerde vergoedingen⁴⁷, zoals (inmiddels) ook bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven gebruikelijk is. Er zijn twee rampenfondsden die wel een volledige schadevergoeding kennen, zij het voor een nauwkeurig omschreven soort schade. Het gaat om twee regelingen die zijn getroffen naar aanleiding van de vuurwerkramp Enschede, namelijk het Cascofonds en de Regeling functionele invaliditeit.⁴⁸ Dit onderscheid valt te verklaren vanuit de omstandigheid dat de door de overheid na een ramp opgericht en gefinancierd fonds zijn grondslag niet vindt in aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis. De meeste fondsen zijn, al dan niet in het kader van de Wet Tegemoetkoming Schade bij rampen en zware ongevallen (WTS)⁴⁹, opgericht als een uiting van maatschappelijke solidariteit. Bij deze fondsen prevaleert de erkenningsfunctie boven de compensatiefunctie. Daarnaast zijn deze fondsen gefinancierd met voornamelijk publiek geld. Een fonds dat ten behoeve van de aansprakelijkheidsverzekeraar de misdrijfschade afwikkelt, kan beter worden vergeleken met bijvoorbeeld het Waarborgfonds Motorverkeer, waar aan de afwikkeling ook een aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis is vooraf gegaan, en dat is gefinancierd met privaat geld. Datzelfde geldt voor fondsen of stichtingen die zijn opgericht om na een aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis het verzekeringsgeld te verdelen onder de slachtoffers. Een voorbeeld van een dergelijke stichting is de Stichting Tegemoetkoming Legionellaslachtoffers (STL). Deze Stichting had als statutair doel de verdeling onder de slachtoffers van de verzekeringspenningen van de aansprakelijkheidsverzekeraars van enkele bedrijven die in 1999 tijdens de Westfriese Flora te Bovenkarspel een stand hadden. De STL heeft uiteindelijk aan 140 slachtoffers 63% van de claims kunnen vergoeden.⁵⁰ De voorgeschiedenis van de STL noopt wel tot nadere overdenking over de vormgeving van een fonds dat verzekeringspenningen verdeelt onder de benadeelden. Aanvankelijk had namelijk de *trustee* aan wie de verzekeraar van de standhouder de uitkering had gedaan ter verdeling onder de benadeelden, het geld weggesluisd. De op verzoek van de benadeelden benoemde bewindvoerder ontdekte dit. De verzekeraar heeft toen opnieuw de verzekerde som beschikbaar gesteld. Dit incident heeft tot de vraag geleid of de verzekeraar het verzekeringsgeld zonder meer ter beschikking mag stellen aan (een *trustee* van) de aansprakelijke partij. Onder het regime van art. 7:954 BW kan dat niet, althans niet zonder dat de verzekeraar zelf de regie blijft voeren. In de woorden van Van Boom in een noot onder een van de Legionella-uitspraken: “Een AVB-verzekeraar kan in een massaal letselschadedossier als dit dus niet de handen aftrekken van het dossier door de gehele verzekerde som in handen geven van een stichting die als *trustee* optreedt. Nauwkeuriger geformuleerd: een dergelijke handelwijze kan de verzekeraar niet bevrijden tegenover de benadeelden. De verzekeraar moet op grond van art. 7:954 BW zelf de regie blijven voeren over de afwikkeling of zich de fouten van de *trustee* laten aanrekenen.”⁵¹ Een ander voorbeeld van een fonds dat is opgericht om verzekeringsgelden en gelden van aansprakelijke partijen te verdelen onder de

⁴⁶ Van de Bunt 2016, p. 196-197.

⁴⁷ Zie over de verschillende wijzen van normering: Van de Bunt 2016, p. 197-201.

⁴⁸ Van de Bunt 2016, p. 196.

⁴⁹ Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325.

⁵⁰ Zie voor meer informatie: www.stichtingveteranenziekte.nl.

⁵¹ Rb. Zutphen 14 mei 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI3783, *JA* 2009, 100.

slachtoffers is het DES Fonds.⁵² Het DES Fonds is opgericht door een aantal farmaceutische bedrijven en hun verzekeraars om uitkeringen aan DES-betrokkenen te kunnen doen. Bij beide fondsen ging het om de verdeling van uitkeringen na een gebeurtenis of een veelheid aan gebeurtenissen waaruit veel gelijksoortige schadevorderingen zijn voortgekomen (legionella en het gebruik van DES-preparaten). Buiten het Waarborgfonds Motorverkeer zijn geen fondsen bekend die in individuele aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenissen de afwikkeling van schade overnemen van de aansprakelijkheidsverzekeraars.

Ook de verdere vormgeving van een fonds dat ten behoeve van aansprakelijkheidsverzekeraars misdrijfschade gaat afwickelen verdient nadere overdenking. Overwogen kan worden voor dit doel een nieuw fonds op te richten. Ook kan worden overwogen de afwikkeling van deze vorderingen uit misdrijf onder te brengen bij een reeds bestaand fonds, of de afwikkeling te concentreren via één verzekeraar, bijvoorbeeld De Vereende. Bij de afwikkeling via een bestaand fonds denkt men al snel aan het reeds bestaande Waarborgfonds Motorverkeer. Het Waarborgfonds is een op grond van art. 23 WAM aangewezen rechtspersoon⁵³ waarop benadeelden die geen verhaalsmogelijkheden op de aansprakelijke schadeveroorzaker een beroep kunnen doen. Zij kunnen, mits er burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor hun door een motorvoertuig veroorzaakte schade bestaat, een recht op schadevergoeding geldend maken in de situaties die worden genoemd in artikel 25, eerste en tweede lid, van de WAM. Zie uitgebreid over het Waarborgfonds hiervoor par. 3.9.6. Het Waarborgfonds wikkelt de schade op dezelfde wijze af als de WAM-verzekeraar. Voor gemoedsbezwaarden is gekozen voor een constructie waarbij het fonds niet optreedt als verzekeraar maar als garant.⁵⁴ De gemoedsbezwaarden zijn vrijgesteld van de verzekeringsplicht. Voor de afgifte van het bewijs van vrijstelling van de verzekeringsplicht betalen zij een bedrag aan de Staat. De Staat stort dit bedrag in het Waarborgfonds (art. 20-21 WAM). Het voordeel van het onderbrengen bij het Waarborgfonds van de afwikkeling van claims die verband houden met misdrijfschade, is dat het Waarborgfonds al ruime ervaring heeft opgedaan met de behandeling van personenschadeclaims. Bovendien heeft het Waarborgfonds zich gecommitteerd aan de in het kader van de WAM geldende schaderegelingsvoorschriften, alsmede aan de gedragsregels die op het niveau van private zelfregulering tot stand zijn gebracht, zoals de Bedrijfsregeling 'Gedragsregels bij de Behandeling van Letselschaden in het Verkeer', die de basis vormde voor de in 2006 tot stand gekomen Gedragscode Behandeling Letselschade, die voor de afwikkeling van alle letselschades geldt.⁵⁵

Ten tweede kan worden gedacht aan de afwikkeling van misdrijfschades via het reeds bestaande Schadefonds Geweldsmisdrijven.⁵⁶ Dit fonds vervult al sinds 1976 een rol bij het bieden van een financiële tegemoetkoming aan slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven en heeft veel ervaring opgedaan met deze groep slachtoffers. De rol van het Schadefonds is de laatste jaren gegroeid, niet in de laatste plaats door de uitbreiding van het soort misdrijven dat onder de regeling van het Schadefonds valt. Zo kunnen sinds 1 juli 2016 nabe-

⁵² Zie www.desfonds.nl

⁵³ Besluit van 19 mei 1989, *Stcrt* 103.

⁵⁴ *Kamerstukken II*, 6342, nr. 3, p. 15 (MvT).

⁵⁵ De Bosch Kemper & Gruben 2003, p. 43.

⁵⁶ Wet schadefonds geweldsmisdrijven, Wet van 26 juni 1975, *Stb.* 1975, 382.

staanden van slachtoffers van dood door schuld delicten een tegemoetkoming krijgen. Daarbij valt te denken aan dood door schuld in het verkeer of dood door schuld in algemene zin. Ook personen die getuige zijn geweest van een geweldsmisdrijf of dood door schuld delict komen onder omstandigheden in aanmerking voor een tegemoetkoming, evenals personen die direct geconfronteerd zijn met de gevolgen van een dergelijk misdrijf of dood door schuld delict. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven is, anders dan het Waarborgfonds Motorverkeer, een fonds dat voornamelijk door de overheid financieel in stand wordt gehouden. Niet alleen zorgt de overheid voor de financiële middelen waaruit de tegemoetkomingen worden voldaan, ook verstrekt de overheid jaarlijks een subsidie aan het Fonds voor de kosten van de uitvoering van de wet (art. 2 lid 1 Wet schadefonds geweldsmisdrijven).⁵⁷ Bij de oprichting van het Fonds is wel ruimte gelaten voor de mogelijkheid dat het fonds op andere wijzen de beschikking krijgt over bepaalde gelden, bijvoorbeeld door legaten of schenkingen, dan wel doordat het Fonds verhaalsrechten uitoefent op de dader of derden.⁵⁸ Hiervan wordt in de praktijk ook gebruik gemaakt. Zo haalde het Schadefonds in 2015 een bedrag van € 645.000,- via het CJIB terug bij de dader. Waar het Waarborgfonds schadeclaims behandelt en afwikkelt met toepassing van de regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (afdeling 6.1.10 BW), gaat het bij het Schadefonds om de behandeling van verzoeken om een tegemoetkoming in de schade buiten het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht om. Het toetsingskader bij de beoordeling van een aanvraag bij het Schadefonds wordt niet gevormd door het Burgerlijk Wetboek, maar door de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, de eigen beleidsbundel van het Schadefonds en de door haar opgestelde letsellijst. De eenmalige uitkering bestaat uit een vast bedrag dat is gekoppeld aan één van de zes letselcategorieën die het Schadefonds gebruikt. De ernst van het letsel, de gevolgen ervan en de omstandigheden waaronder het geweldsmisdrijf plaatsvonden bepalen de indeling in één van de zes letselcategorieën. Hoe ernstiger het letsel, de omstandigheden en de gevolgen zijn, hoe hoger de letselcategorie en het bijbehorende bedrag. De uitkering kan variëren van € 1.000,- tot maximaal € 35.000,-. In zoverre heeft het Schadefonds in de huidige werkwijze minder ervaring dan het Waarborgfonds Motorverkeer met de behandeling van schadeclaims op basis van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

9.9. Verhaal op de dader

Een andere mogelijkheid om de effecten van de niet-tegenwerpelijkheid van opzet te mitigeren is dat de aansprakelijkheidsverzekeraar verhaal neemt op de aansprakelijke verzekerde. Een wettelijke bepaling dat de verzekeraar opzet niet mag tegenwerpen aan het slachtoffer, brengt immers geen wijzigingen mee in de tussen verzekeringnemer en verzekeraar bestaande rechtsverhouding. In die rechtsverhouding geldt dat de verzekeraar meer heeft vergoed dan waartoe hij op grond van de verzekeringsovereenkomst gehouden was. De verzekeraar dient om die reden verhaal te kunnen nemen op zijn verzekerde. Om dezelfde reden bepaalt art. 15 lid 2 WAM dat de verzekeraar, mits hij dat recht in de polis heeft bedongen, verhaal kan nemen op de verzekeringnemer en op de verzekerde indien hij jegens de verzekeringnemer volgens de

⁵⁷ Kamerstukken II 1972/73, 12131, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁵⁸ Kamerstukken II 1972/73, 12131, nr. 3, p. 9 (MvT).

wet of de verzekeringsovereenkomst gerechtigd is de uitkering te weigeren of te verminderen, maar door de werking van art. 11 WAM niettemin de schade van het slachtoffer heeft moeten vergoeden. Het is in een aantal opzichten van belang dat de verzekeraar over een effectief verhaalsrecht tegen de verzekerde of verzekeringnemer beschikt. In de eerste plaats dient het verhaalsrecht ertoe om de schadelast voor de verzekeraar (enigszins) te beperken. Ten tweede is het voor slachtoffers en voor de maatschappij als geheel van belang dat de schade uiteindelijk wordt gedragen door degene die de schade heeft veroorzaakt. Daarmee wordt recht gedaan aan een belangrijk uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht dat de aansprakelijke derde de "dans niet mag ontspringen." Ten slotte is het ook voor de premiebetalende bevolking van belang dat verzekeraars een deel van de schade kunnen terughalen bij de dader, om te voorkomen dat de premies teveel stijgen als gevolg van de doorbelasting van de extra schadelast. Vanwege de relevantie van het onderwerp wordt aan het verhaalsrecht van de verzekeraar een apart hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 10).

10. Verhaalsrecht verzekeraars

10.1. Inleiding

Het niet kunnen tegenwerpen van opzet aan de benadeelde verzwart het risico van de verzekeraar aanzienlijk. Hij is immers ten opzichte van het slachtoffer in sterkere mate gebonden dan voortvloeit uit de bepalingen uit de overeenkomst waartoe hij zich jegens de verzekeringnemer heeft verplicht. Ook de schadelast zal voor verzekeraars toenemen. Waar een belangrijk deel van de misdrijfschade thans via de voeging in de strafprocedure, de schadevergoedingsmaatregel en de voorschotregeling wordt gealloceerd bij de Staat, zal dit door de niet-tegenwerpelijkheid van opzet verschuiven naar de private aansprakelijkheidsverzekeraars. In hoofdstuk 8 is al stilgestaan bij de rechtvaardiging voor die allocatie, waarna in hoofdstuk 9 is bezien op welke manieren de last voor verzekeraars kan worden beperkt. Een van die manieren is het nemen van verhaal op de dader, de aansprakelijke verzekerde. Voor het verhaalsrecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar tegen de verzekeringnemer of de verzekerde wordt ook het begrip 'regresrecht' gebruikt. De term 'regresrecht' wordt evenwel ook gebruikt voor het subrogatierecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar, brandverzekeraar of rechtsbijstandsverzekeraar. In het hiernavolgende zal de term regresrecht alleen worden gebruikt in de eerstbedoelde betekenis: het verhaalsrecht van de aansprakelijkheidsverzekeraar tegen de verzekeringnemer of de verzekerde, tenzij anders aangeduid. Het nemen van verhaal kost geld, en het is maar de vraag of het loont. Net zomin als slachtoffers van een kale dader kunnen plukken, kunnen verzekeraars dat. De kerntaak van verzekeraars is verzekeren en schades afwikkelen, niet het nemen van verhaal. Tegelijkertijd is het voor verzekeraars, de maatschappij, de slachtoffers en voor de premiebetalende bevolking belangrijk dat de draagplicht voor de schade daar komt te liggen waar hij hoort: bij de dader. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe het verhaalsrecht van aansprakelijkheidsverzekeraars op hun eigen verzekerde zo kan worden vormgegeven, dat de kans wordt geoptimaliseerd dat de dader zoveel mogelijk van de door hem veroorzaakte de schade terugbetaalt. Een effectief verhaalsrecht draagt immers bij aan het resultaat dat de draagplicht voor de geleden schade uiteindelijk bij de veroorzaker komt te liggen.¹ De afgelopen jaren zijn in het kader van de strafprocedure instrumenten ingevoerd die de verhaalspositie van slachtoffers alsook de regrespositie van de Staat verbeteren. Als de schadelast door de niet-tegenwerpelijkheid van opzet verschuift van de Staat en het slachtoffer naar de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, is de vraag gerechtvaardigd of de verzekeraar ook kan profiteren van de in het strafproces besloten liggende instrumenten, ter verbetering van zijn regrespositie. Voordat wordt toegekomen aan die hoofdvraag, wordt eerst aandacht besteed aan de (voor)vraag naar de wettelijke grondslag voor het verhaal van de aansprakelijkheidsverzekeraar op zijn eigen aansprakelijke verzekerde (par. 10.2). Die vraag is relevant omdat het nemen van verhaal in deze verhouding niet gebruikelijk is en op gespannen voet staat met de verzekeringsgedachte. Vervolgens komt aan de orde hoe het nemen van verhaal zich

¹ Zie onder meer uitvoerig over de strekking en grondslagen van regres: E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003, p. 207-228; vgl. ook H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1965, p. 61 en p. 63.

verhoudt tot het concept van retributieve (corrigerende) rechtvaardigheid (par. 10.3). Heeft dit concept nog relevantie als het slachtoffer al is voldaan en herstel niet plaatsvindt op het niveau tussen de dader en het slachtoffer? In par. 10.4 komt de hoofdvraag aan de orde of de verzekeraar kan profiteren van de instrumenten die in de strafprocedure bestaan om een effectief verhaal voor het slachtoffer en de Staat mogelijk te maken. Meer in het bijzonder gaat het om de schadevergoedingsmaatregel, de mogelijkheid van strafrechtelijk conservatoir beslag, de mogelijkheid het regres voor verzekeraars via het CJIB te laten lopen en ten slotte de optie de voor-schotregeling ook aan te wenden ten behoeve van aansprakelijkheidsverzekeraars die het misdrijfslachtoffer schadeloos hebben gesteld.

10.2. Wettelijke grondslag verhaal op de eigen verzekerde

10.2.1. Verhouding verzekeraar en verzekerde

De vraag rijst op grond waarvan de aansprakelijkheidsverzekeraar regres kan nemen op de eigen verzekerde. In het geval van de vergoeding van misdrijfschade gaat het om het verhaal van de verzekeraar op zijn eigen verzekerde (de schadeveroorzaker), en in die verhouding is regres niet gebruikelijk. In de verhouding tussen de aansprakelijkheidsverzekeraar en de verzekerde speelt immers het verzekeringselement een belangrijke rol. Dit verzekeringselement brengt mee dat door de betaling door de verzekeraar aan de benadeelde ook de verzekerde is bevrijd van schuld. In die situatie is er geen aanleiding voor het nemen van regres op de verzekerde. Voor de verzekerde dient zijn aansprakelijkheidsverzekering er nu juist toe hem dekking te bieden tegen die aansprakelijkheid en om de schade te spreiden over de gehele groep van premiebetalers. Door het nemen van regres wordt de spreidingsfunctie van de aansprakelijkheidsverzekering teniet gedaan.² In zoverre kan worden gezegd dat regres op de verzekerde door de verzekeraar in strijd is met de verzekeringsgedachte en als “tegennatuurlijk” wordt beschouwd.³ Toch is er bij schade die als gevolg van een misdrijf door de verzekerde is veroorzaakt, en welke schade de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft vergoed, alle aanleiding voor regres op de aansprakelijke verzekerde. In de volgende paragrafen wordt aandacht besteed aan de grondslag van dat regres. Ook een regresvordering heeft een grondslag nodig. Het aannemen van verbintenissen buiten de wet om mag immers niet “uit de losse hand gebeuren.”⁴ Er zijn meerdere grondslagen denkbaar voor regres.

10.2.2. Verhaal op grond van subrogatie, art. 7:962 BW

Een van de grondslagen voor regres is subrogatie. Subrogatie is een vorm van rechtsverkrijging waarbij de rechtsverkrijger door het doen van een betaling in bepaalde rechten treedt van de gene aan wie hij betaalt. Voor de schadeverzekeraar die de schade van de gelaedeerde, zijn verzekerde, vergoedt, bepaalt art. 7:962 BW dat de uitkerende verzekeraar van rechtswege in

² Hartlief & Tjittes 1990, p. 60-61 en noot 30.

³ Cousy 2007, p. 447. Zie ook het debat hierover in het kader van de totstandkoming van de WAM: *Handelingen II 1962/63*, 6342, p. 2230.

⁴ Zoals Bloembergen opmerkte in zijn noot onder HR 10 oktober 1975, *NJ 1976*, 175.

de vorderingen tot schadevergoeding treedt die zijn verzekerde op derden heeft. Biedt art. 7:962 BW een wettelijke grondslag voor het regres van de aansprakelijkheidsverzekeraar op zijn eigen (aansprakelijke) verzekerde? Het antwoord luidt ontkennend. Art. 7:962 BW bepaalt dat “indien de verzekerde ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, die vorderingen bij wijze van subrogatie over [gaan] voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt.” De verzekeraar treedt, zo volgt uit lid 1, alleen in de vorderingen op derden. De verzekeringnemer en (mede)verzekerden onder dezelfde polis zijn geen derden in de zin van art. 7:962 BW.⁵ Daarnaast bepaalt art. 7:962 BW dat alleen vorderingen tot schadevergoeding op de verzekeraar overgaan die de *verzekerde* op derden heeft. De door de aansprakelijkheidsverzekeraar schadeloos gestelde benadeelde geldt niet als verzekerde in de zin van art. 7:962 BW.⁶

De subrogatiebepaling van art. 7:962 BW kan wel aan de orde zijn indien het gaat om regresvorderingen die de ene hoofdelijke aansprakelijke schuldenaar heeft jegens de andere hoofdelijke schuldenaar op grond van art. 6:10 BW en art. 6:12 BW. Ook dit zijn “vorderingen tot schadevergoeding jegens een aansprakelijke derde” als bedoeld in art. 7:962 lid 1 BW.⁷ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat de verzekerde (A) jegens een slachtoffer aansprakelijk is, en er een derde (B) is die (mede) aansprakelijk is voor het ontstaan van de schade van het slachtoffer.⁸ A en B zijn dan hoofdelijk verbonden tot vergoeding van dezelfde schade. Indien de aansprakelijkheidsverzekeraar van A het slachtoffer schadeloos stelt, treedt de verzekeraar door subrogatie in de regresvordering die de verzekerde A op grond van art. 6:10 BW heeft op B. Het gaat in deze situaties die bestreken worden door art. 7:962 BW dus steeds om de overgang van vorderingen die de eigen verzekerde jegens derden heeft. Door de overgang bij wijze van subrogatie kan de verzekeraar de rechten van de verzekerde jegens derden uitoefenen.

Uit het voorgaande volgt dat art. 7:962 BW geen grondslag biedt voor regres wegens misdrijfschade die is toegebracht door de eigen verzekerde.

10.2.3. Eigen recht, art. 6:162 en 6:107 BW

De verzekeraar heeft evenmin een eigen recht om op grond van art. 6:162 BW van de aansprakelijke partij schadevergoeding te vorderen. Een dergelijke actie stuit af op de gesloten kring van gerechtigden tot vergoeding van personenschade en het relativiteitsbeginsel.⁹ Dit lijkt slechts uitzondering als de schadeveroorzaker de schade heeft toegebracht met de bedoeling de verzekeraar te benadelen. Daarvan zal slechts in zeer beperkte gevallen sprake zijn. De omstandigheid dat de verzekerde door een misdrijf schade veroorzaakt, wetende dat er een verze-

⁵ HR 31 maart 2006, *NJ* 2007, 20, m.nt. MMM.

⁶ Zie anders: De Bosch Kemper & Gruben 2003, p. 88-89. Zij betogen dat de WAM-verzekeraar weliswaar feitelijk de schade van de benadeelde vergoedt, maar tegelijkertijd schade van de verzekerde wiens vermogen anders immers aangetast zou blijven door zijn schuld aan de benadeelde.

⁷ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/575.

⁸ Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 506, m.nt. G (aanrijding te Alkmaar).

⁹ De Kok 1965, p. 92, met verwijzing naar HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, 299 (Vonk); Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/570.

kering bestaat, is daarvoor onvoldoende. Zie in dat verband de overwegingen van de Hoge Raad in het Vonk-arrest, waarin is overwogen dat de omstandigheid dat een verzekeraar zich bij overeenkomst heeft verplicht tot schadevergoeding in geval van brand “aan derden niet de plicht oplegt om zich daarom te onthouden van handelingen die de brand moeten of kunnen veroorzaken, ook niet indien die derden met het bestaan van de verzekeringsovereenkomst bekend zijn of dat bestaan moeten vermoeden.”¹⁰

Ook art. 6:107 BW biedt geen grondslag voor verhaal op de aansprakelijke verzekerde. Weliswaar bepaalt art. 6:107 dat een derde die ten behoeve van de gelaedeerde kosten heeft gemaakt, deze kosten kan verhalen op de aansprakelijke derde, maar deze bepaling ziet uitsluitend op kosten die zijn gemaakt anders dan krachtens een verzekering.¹¹ De uitkerende verzekeraar kan hierop dus geen beroep doen.

10.2.4. Zelfstandig recht van verhaal

Uit het voorgaande volgt dat een wettelijke grondslag voor regres van de aansprakelijkheidsverzekeraar op zijn eigen verzekerde niet zonder meer bestaat. Een dergelijk regresrecht zal voor deze situatie wettelijk moeten zijn vastgelegd of de verzekeraar zal de mogelijkheid van een dergelijk regresrecht contractueel moeten bedingen. Ditzelfde is gebeurd in de WAM, waar art. 15 lid 1 aan de verzekeraar een wettelijk verhaalsrecht geeft, en waarin in lid 2 is bepaald dat de verzekeraar zich een zelfstandig (contractueel) recht van verhaal kan voorbehouden in de verzekeringsovereenkomst op de verzekeringnemer en op de aansprakelijke verzekerde.¹² Art. 15 WAM luidt als volgt:

“1. De verzekeraar die ingevolge deze wet de schade van een benadeelde geheel of ten dele vergoedt, ofschoon de aansprakelijkheid voor die schade niet door een met hem gesloten verzekering was gedekt, heeft voor het bedrag der schadevergoeding verhaal op de aansprakelijke persoon. Het bepaalde in de vorige zin geldt niet ten aanzien van de aansprakelijke persoon, die niet is de verzekeringnemer, tenzij hij niet te goeder trouw mocht aannemen dat zijn aansprakelijkheid door een verzekering was gedekt.

2. De verzekeraar kan zich bovendien voor de gevallen waarin hij volgens de wet of de verzekeringsovereenkomst gerechtigd mocht zijn de uitkering te weigeren of te verminderen, een recht van verhaal voorbehouden tegen de verzekeringnemer, en indien daartoe grond bestaat, tegen de verzekerde die niet is de verzekeringnemer.”

In art. 15 lid 1 WAM is, zoals opgemerkt, een wettelijk verhaalsrecht neergelegd dat de verzekeraar van rechtswege toekomt indien hij de schade van een benadeelde heeft vergoed hoewel de aansprakelijkheid voor die schade niet door de verzekeringsovereenkomst was gedekt. Hieronder is begrepen de situatie van art. 11 WAM, maar ziet ook op andere gevallen waarin de aansprakelijkheid niet door verzekering is gedekt. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie

¹⁰ HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, 299 (Vonk).

¹¹ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/570.

¹² Ook de andere wetten die een verweermiddelenverbod kennen, hebben dat gecompenseerd met een wettelijke regresmogelijkheid voor de verzekeraar. Zie in dat verband bijvoorbeeld art. 3.29 lid 4 Wet natuurbescherming met betrekking tot het verweermiddelenverbod en het regresrecht voor aansprakelijkheidsverzekeraars voor jachtrisico's (voorheen de Jachtwet).

van art. 13 lid 4 WAM waarbij de verzekeringsovereenkomst is geëindigd maar de verzekeraar nog wel gedurende een bepaalde periode kan worden aangesproken (het 'narisico'). Omdat de overeenkomst is geëindigd, kan het verhaalsrecht niet op de overeenkomst worden gebaseerd, zodat een wettelijk verhaalsrecht uitkomst moet bieden. Het wettelijk verhaalsrecht van lid 1 is beperkt tot verhaal op de aansprakelijke persoon. In art. 15 lid 2 WAM is de mogelijkheid neergelegd een contractueel recht van verhaal voor te behouden in de verzekeringsovereenkomst, specifiek met betrekking tot de situatie dat er wel een verzekeringsovereenkomst is, maar die jegens de verzekeringnemer of verzekerde geen dekking biedt door de werking van het weermiddelenverbod van art. 11 WAM. Dit contractuele verhaalsrecht kan zowel zien op de verzekeringnemer, ongeacht de vraag of deze zelf aansprakelijk is, als op de aansprakelijke verzekerde. Het verhaalsrecht jegens de verzekerde kan alleen worden voorbehouden "indien daartoe grond bestaat." Dit is het geval indien de verzekerde in gebreke is gebleven met de nakoming van een op hem rustende verbintenis, waarbij kan worden gedacht aan de mededelingsplicht van art. 8 WAM.

Art. 27 WAM bevat een soortgelijk regresrecht ten behoeve van het Waarborgfonds Motorverkeer. Het gaat hier niet om een regresrecht uit subrogatie, maar het gaat om een zelfstandig recht van verhaal.¹³

De omvang van het verhaalsrecht wordt bepaald door de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Voor de inhoud van het verhaalsrecht is de vraag of opzet verzekeraar is en zo ja tot welke gradaties, nog steeds relevant. Daarvoor is ook nog steeds de discussie relevant hoe de huidige opzetclausule moet worden uitgelegd.¹⁴ Zie over die discussie hiervoor par. 5.2.2. Het regresrecht geeft ook in het kader van de WAM nog regelmatig aanleiding tot discussies tussen verzekeraar en verzekerde over de uitleg van polisbepalingen.¹⁵ Indien het verbod op het tegenwerpen van opzet ook gaat gelden voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering, dan zal de wet moeten voorzien in een met art. 15 WAM vergelijkbare bepaling die de regresmogelijkheid van de aansprakelijkheidsverzekeraar van een wettelijke grondslag voorziet.

10.3. Verhaal en retributieve rechtvaardigheid

Ondanks de wettelijke mogelijkheid van regres, is het de vraag of verzekeraars daadwerkelijk regres zullen nemen. Dat zal in belangrijke mate afhangen van de vraag of het nemen van regres loont. Als de kosten die gemoeid zijn met het nemen van verhaal op de dader niet of nauwelijks opwegen tegen de verwachte opbrengsten, zal een verzekeraar afzien van het nemen van regres. Dit staat de verzekeraar vrij. Er rust op de verzekeraar die een uitkering heeft gedaan geen verplichting om tot regres over te gaan. Verzekeraars kunnen van regres afzien, en kunnen vooraf, in de polisvoorwaarden, en achteraf afstand doen van hun verhaalsrechten. Art. 7:962 BW bevat geen dwingend recht. Maakt het uitblijven van regres inbreuk op het beginsel

¹³ De Kok 1965, p. 92-93.

¹⁴ Zie onder meer: Van Tiggele-van der Velde 2016, p. 143-144, waarin zij het standpunt inneemt dat het tijd is voor een nieuwe clausule gelet op de onduidelijkheid waartoe de toelichting op de huidige clausule aanleiding geeft.

¹⁵ Zie o.a.: HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83; N. van Tiggele-van der Velde, 'Over alcohol & voorwaardelijk opzet', AV&S 2015/10, p. 60.

van de retributieve rechtvaardigheid? Ik meen van wel. In par. 8.3 kwam aan de orde dat het beginsel van de retributieve of corrigerende rechtvaardigheid dat ten grondslag ligt aan het aansprakelijkheidsrecht, meebrengt dat de schade van het slachtoffer moet worden vergoed en ook dat de uiteindelijke draagplicht bij de dader berust. Op die manier wordt de door het misdrijf verstoorde rechtsbetrekking tussen hen hersteld. Regres draagt bij aan de verwezenlijking van dit uitgangspunt en draagt verder bij aan de bevrediging van een belangrijke behoefte van het slachtoffer, namelijk dat de dader betaalt en er “niet mee wekomt.” Als regres uitblijft, komt de dader ermee weg, de draagplicht van de door hem veroorzaakte schade rust dan bij zijn verzekeraar en niet bij hem. Een wezenlijk onderdeel van de retributieve rechtvaardigheid is daarmee teniet gedaan. Het is dan immers niet de dader zelf die voor het rechtsherstel zorgt, maar zijn verzekeraar. Ook echter indien de verzekeraar wel regres neemt op de dader, kan het standpunt worden betrokken dat geen sprake is van corrigerende rechtvaardigheid. Aan dat standpunt ligt de veronderstelling ten grondslag dat corrigerende rechtvaardigheid ervan uitgaat dat binnen de verhouding tussen schadeveroorzaker en benadeelde rechtsherstel plaatsvindt.¹⁶ Ik onderschrijf deze veronderstelling en dit standpunt. Dat betekent mijns inziens echter niet dat betaling aan het slachtoffer door de verzekeraar van de dader niet past in het concept van corrigerende rechtvaardigheid en dat het leerstuk van de corrigerende rechtvaardigheid geen relevantie meer heeft voor betalingen door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader aan het slachtoffer. Zoals hiervoor in par. 8.3.5 is toegelicht, kan de aansprakelijkheidsverzekeraar immers worden beschouwd als een partij die gelieerd is aan, of zich in ieder geval bevindt aan de zijde van, de dader. Als de verhoudingen waarbinnen in het concept van de corrigerende rechtvaardigheid rechtsherstel zou moeten plaatsvinden, ruim worden opgevat, dan sluit het systeem waarbij de verzekeraar van de dader aan het slachtoffer de schade vergoedt, wel degelijk aan bij de corrigerende rechtvaardigheid. Het is dan wel een interessante vraag of slachtoffers een betaling door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader ook ervaren als rechtsherstel door de dader. Van onderscheidend belang zal bij die ervaring mogelijk zijn of de verzekeraar wel of geen regres neemt op zijn verzekerde.

10.4. Mogelijkheden ter verbetering verhaalspositie verzekeraar

10.4.1. Inleiding

Het voorgaande illustreert dat de regrespositie van de aansprakelijkheidsverzekeraar bijzondere aandacht verdient. Het is voor verzekeraars, voor de premiebetalende bevolking en voor de slachtoffers van groot belang dat er daadwerkelijk regres wordt genomen op de daders. Om te bevorderen dat verzekeraars daadwerkelijk regres nemen en dat de schade zoveel mogelijk daar komt te liggen waar hij hoort, moeten de verzekeraars beschikken over een effectieve regrespositie. Hieronder worden enkele mogelijkheden aangestipt die de regrespositie van de particuliere verzekeraars kunnen versterken. Deze mogelijkheden hebben gemeenschappelijk dat zij de aansprakelijkheidsverzekeraars laten profiteren van de verworvenheden die de afgelopen jaren in het kader van de strafprocedure zijn ontwikkeld om de verhaalspositie van

¹⁶ Engelhard 2003, p. 204-207.

slachtoffers en de regrespositie van de Staat te versterken. Het gaat dan in het bijzonder om de volgende verworvenheden:

- De mogelijkheid tot het opleggen van een schadevergoedingsmaatregel (art. 36f lid 1 en 2 Sr);
- De mogelijkheid tot het leggen van conservatoir beslag op vermogensbestanddelen van de verdachte om daarmee het recht van verhaal van een strafrechtelijke schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer van een misdrijf veilig te stellen;¹⁷
- Mogelijkheden waarover het Openbaar Ministerie (CJIB) beschikt om in de executiefase de schadevergoedingsmaatregel te innen en zo nodig te incasseren in het geval de veroordeelde weigert te betalen;¹⁸
- Het uitkeren door het CJIB van niet tijdig betaalde betalingsverplichtingen aan het slachtoffer (de zogenoemde ‘voorschotregeling’).¹⁹

De gedachte achter het laten meeprofiteren is dat in de huidige situatie een belangrijk deel van de misdrijfschade via de voorschotregeling wordt gealloceerd bij de Staat. Het deel van de schade dat niet via de strafprocedure en de voorschotregeling wordt vergoed, blijft thans voor rekening van de slachtoffers. Indien door het verbod op het tegenwerpen van opzet aan het slachtoffer een belangrijk deel van de misdrijfschade en de daarmee gepaard gaande proces- en incassolast (en incassorisico) komt te liggen bij de aansprakelijkheidsverzekeraars, verdient het aanbeveling nader te onderzoeken of het mogelijk is ook de verhaalspositie van de aansprakelijkheidsverzekeraar te versterken, en daarmee het restitutierisico te beperken, door middel van de instrumenten die aanvankelijk zijn ontwikkeld om de verhaalspositie van de Staat en het slachtoffer te versterken. Het spreekt voor zich dat deze instrumenten alleen kunnen worden aangewend indien de schadeveroorzaker strafrechtelijk wordt vervolgd.

10.4.2. Verzekeraars laten profiteren van de schadevergoedingsmaatregel

De incassopositie van een slachtoffer heeft bij de schadevergoedingsmaatregel aanzienlijke voordelen. Het slachtoffer hoeft niet zelf achter de dader aan om zijn betalingsverplichting af te dwingen en hoeft daarvoor ook geen kosten te maken. Het CJIB neemt de incassolast en het risico op niet-betaling van het slachtoffer over. Dit levert het primaire slachtoffer op financieel en emotioneel vlak veel voordelen op. Maar ook de aansprakelijkheidsverzekeraar die het slachtoffer van een misdrijf schadeloos heeft gesteld, heeft er baat bij als een ervaren en specifiek op de incasso van betalingsverplichtingen ingerichte organisatie als het CJIB deze taak overneemt. Hierna zal blijken dat de bevoegdheden die het CJIB in dit kader heeft, nauw zijn

¹⁷ Wet van 26 juni 2013 tot aanpassing van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof in verband met de introductie van de mogelijkheid conservatoir beslag te leggen op het vermogen van de verdachte ten behoeve van het slachtoffer, *Stb.* 2013, 278.

¹⁸ Art. 3 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, Besluit van 24 juli 2010, *Stb.* 2010, 311; Aanwijzing executie (vervangende) vrijheidsstraffen, taakstraffen van meerderjarigen, geldboetes, schadevergoedings- en ontnemingsmaatregelen, Europese geldelijke sancties en toepassingen voorwaardelijke invrijheidstelling van het College van procureurs-generaal, Regeling van 11 december 2006, *Stcrt.* 2006, 251 (oud).

¹⁹ Art. 36f lid 7 Sr jo art. 1 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel.

verbonden met de schadevergoedingsmaatregel. Een eerste mogelijkheid om de verhaalspositie van de betalende aansprakelijkheidsverzekeraar te verbeteren, is dan ook om de verzekeraar te laten profiteren van de schadevergoedingsmaatregel. Dat doel kan op meerdere manieren worden bereikt. Ten eerste door het mogelijk te maken dat de verzekeraar zich als benadeelde partij voegt in de strafprocedure en met betrekking tot het door hem aan het slachtoffer uitgekeerde bedrag een schadevergoedingsmaatregel op te leggen. De tweede manier is dat het slachtoffer zich als benadeelde partij in het strafproces voegt (zoals nu gebruikelijk is), en dat het CJIB de inning en incasso op zich neemt van de in dat kader opgelegde schadevergoedingsmaatregel (ook zoals nu gebruikelijk is). Het bedrag dat het CJIB bij de dader kan innen en incasseren, wordt in deze optie echter niet afgedragen aan het slachtoffer (dat immers al schadevergoeding heeft ontvangen), maar afgedragen aan de verzekeraar, indien en voor zover hij het slachtoffer heeft voldaan. Een derde mogelijkheid is dat de schadevergoedingsmaatregel wordt opgelegd voor het bedrag dat de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft uitgekeerd aan het slachtoffer, zonder dat het slachtoffer of de verzekeraar zich voegt in de strafprocedure.

De eerste route (verzekeraar voegt zich als benadeelde partij, of neemt de voeging van het slachtoffer over als deze schadeloos is gesteld), is bij de beraadslaging in het kader van het wetsvoorstel strafrechtelijk conservatoir beslag op het vermogen van de verdachte, in een vergelijkbare vorm voorgesteld door (destijds) Kamerlid Van der Steur. Zijn vraag was in dat verband of het Schadefonds Geweldsmisdrijven, nadat het fonds een uitkering had gedaan aan het slachtoffer, diens schadevergoedingsvordering niet kan overnemen van het slachtoffer.²⁰ Naar huidig recht is dit (overname van de voeging door het Schadefonds of een verzekeraar) nog niet mogelijk. Het ontvankelijkheidscriterium van de rechtstreekse schade verzet zich daartegen. Rechtstreekse schade wordt opgevat als schade geleden door iemand die “is getroffen in een belang dat door de overtreden strafbepaling wordt beschermd.”²¹ Rechtstreekse schade is dan geleden door degene aan wie onmiddellijk door het strafbare feit schade is toegebracht, zoals het slachtoffer van het strafbare feit. Aan de eis van rechtstreeksheid is niet voldaan als het gaat om de indirecte schade. De schade van de gesubrogeerde verzekeraar wordt als zodanig beschouwd.²² De verzekeraar als regresnemer is destijds bij de invoering van de voegingsregeling en de schadevergoedingsmaatregel bewust niet aangemerkt als voegingsgerechtigde. De gedachte daarachter was dat verzekeringsmaatschappijen voldoende zijn toegerust tot het voeren van schadevergoedingsacties en dat voor hen een vereenvoudigde procedure niet nodig was.²³ Het ging in die context om verzekeraars aan de kant van het slachtoffer zelf die enige schade die door het misdrijf was ontstaan hebben vergoed (een inboedelverzekeraar of onge-

²⁰ *Handelingen II* 2012/13, 33295, p. 65-81.

²¹ Zie de memorie van toelichting bij het voorstel dat heeft geleid tot de Wet Terwee: *Kamerstukken II* 1989/90, 21345, nr. 3, p. 11.

²² Corstens & Borgers 2014, p. 76-77; Langemeijer 2010, p. 68; Candido e.a. 2013, p. 95; HR 5 oktober 1965, *NJ* 1966, 292, m.nt. WP en HR 23 maart 1999, *NJ* 1999, 403, over een bank die de schade aan het slachtoffer had vergoed en vervolgens niet kon worden ontvangen in haar vordering als benadeelde partij omdat niet voldaan was aan het criterium van rechtstreekse schade. Zie ook: Groenhuijsen in zijn noot onder HR 18 april 2006, *NJ* 2007, 295; HR 5 oktober 1965, *NJ* 1966, 292, m.nt. WP; W.H. Vellinga, ‘De benadeelde partij in het strafproces vanuit civielrechtelijke perspectief’, *VR* 2001, p. 102.

²³ *Kamerstukken II* 1989/90, 21345, nr. 4, p. 8 (VV II); *Kamerstukken II* 1990/91, 21345, nr. 5, p. 13 (MvA II).

vallenverzekering). In die context lag niet de situatie voor die in dit onderzoek centraal staat, namelijk dat aansprakelijkheidsverzekeraars van daders misdrijfslachtoffers volledig schade-loosstellen en de misdrijfschade aldus wordt gealloceerd bij de verzekeraars, in plaats van (pri-mair) bij de Staat. Dit nieuwe perspectief kan meebrengen dat de vraag of de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar zich moet kunnen voegen in de strafprocedure, inmiddels anders moet worden beantwoord. In dat verband is ook relevant dat destijds bij de behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet Terwee al is opgeworpen dat verzekeraars moeten worden beschouwd als “institutionele slachtoffers” en dat het voegingsrecht zich ook zou moeten uitstrekken tot verzekeraars en uitkeringsinstanties teneinde “het herstel van de schade door de dader” uit te breiden.²⁴ Aan de vraag hoe de positie van de aansprakelijkheidsverze-ke-raar zich verhoudt tot andere regresnemers, en of deze dan ook de mogelijkheid moeten krij-gen om zich te voegen, wordt aan het eind van deze paragraaf aandacht besteed.

De tweede route is die waarbij het slachtoffer de gevoegde benadeelde partij blijft, maar waarbij de afdracht van de door het CJIB bij de dader geïnde betalingen in het kader van de schadevergoedingsmaatregel niet aan het slachtoffer maar aan de verzekeraar worden ge-daan. Een belangrijk obstakel bij deze route lijkt te zijn dat het slachtoffer, indien en voor zover zijn schade al is vergoed, geen belang meer heeft bij de voeging van zijn vordering in het straf-proces en zijn vordering in zoverre niet-ontvankelijk zal worden verklaard. Ditzelfde argument staat in de weg aan het opleggen van een schadevergoedingsmaatregel. Deze ziet immers op de betaling van een som geld aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer of diens nabestaanden in de zin van art. 51f lid 1 en 2 Sv (art. 36f lid 1 Sr). De regresnemende verzekeraar valt, zoals hiervoor bij de eerste route al ter sprake kwam, buiten de definitie van slachtoffer in de zin van art. 51f Sv. Ten slotte bepaalt art. 36f lid 1 laatste zin Sr dat de Staat een ontvangen bedrag on-verwijld uitkeert aan het slachtoffer of diens nabestaanden. De mogelijkheid van uitkering aan een ander kent de wet niet. Ook de Aanwijzing executie gaat uit van betaling aan het slachtof-fer of diens nabestaande, waarbij kan worden aangenomen dat voor de uitleg van deze begrip-pen wordt aangeknoopt bij de definities in art. 51f Sv. Dat de wet niet (expliciet) de mogelijk-hed biedt dat de uitkering aan een ander dan het slachtoffer plaatsvindt, betekent niet dat een dergelijke uitkering op grond van de wet niet mogelijk is. De wet verbiedt een betaling aan een ander dan het slachtoffer niet. Toch moet worden aangenomen dat de strekking van de betref-fende wettelijke bepalingen (in het bijzonder art. 51 f Sv en art. 36f Sr) meebrengt dat deze rou-te onder het huidige wettelijke regime niet mogelijk is. Als alternatieve route in dit verband kan nog worden genoemd de mogelijkheid dat het slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekeraar overeenkomen dat de uitkering die de verzekeraar doet, wordt verrekend met hetgeen het slachtoffer door het CJIB krijgt uitbetaald, hetzij op grond van de inning en incasso door het CJIB, hetzij op grond van de voorschotregeling.

Als derde mogelijkheid om de verzekeraar te laten profiteren van de schadevergoe-dingsmaatregel, is dat deze wordt opgelegd zonder voorafgaande voeging (noch door het slachtoffer, noch door de verzekeraar) in het strafproces. Theoretisch is dit mogelijk. De voe-ging en de schadevergoedingsmaatregel zijn twee op zichzelf staande trajecten.²⁵ De voegings-

²⁴ *Kamerstukken II 1989/90*, 21345, nr. 4, p. 16-17 (VV II).

²⁵ *Kamerstukken II 1990/91*, 21345, nr. 5, p. 3 (MvA).

procedure is een civiele procedure ingebed in het strafproces, waarlangs de benadeelde partij haar schade kan verhalen. De schadevergoedingsmaatregel is een sanctie die de rechter binnen de grenzen van het recht naar eigen goeddunken kan toepassen, waarbij voor de hoogte van het aan het slachtoffer te betalen bedrag de civielrechtelijke aansprakelijkheid het uitgangspunt vormt.²⁶ In verband met dit laatste is wel nodig dat de omvang van de civielrechtelijke aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoedingsplicht waartoe de maatregel zich uitstrekt, voor de betrokken partijen in het strafproces bekend zijn. Daaraan zal in de regel kunnen worden voldaan, nu verzekeraar en slachtoffer buiten rechte de schadeafwikkeling al ter hand zullen hebben genomen, en, afhankelijk van de tijd tussen het misdrijf en de strafvervolgning, reeds tot overeenstemming zijn gekomen over de betaling van een bepaald bedrag, hetgeen gebruikelijk wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Hierbij zal wel moeten worden bedacht dat in bepaalde gevallen bij het slachtoffer nog geen medische eindtoestand is bereikt, zodat de omvang van de schade zich nog niet definitief laat vaststellen. Denkbaar is dat hierover aanvullende afspraken kunnen worden gemaakt tussen slachtoffer en verzekeraar, zodat in ieder geval de schade die zich op het moment van de inhoudelijke behandeling van de strafzaak laat vaststellen, bij het bepalen van de schadevergoedingsmaatregel kan worden meege-
nomen.

Deze op het eerste gezicht aantrekkelijke route, is naar huidig recht echter nog niet be-
gaanbaar, als gevolg van dezelfde redenen die aan de tweede route in de weg stonden. Kort
gezegd komen die erop neer dat een schadevergoedingsmaatregel kan worden opgelegd ten
behoefte van het slachtoffer. Indien het slachtoffer al schadeloos is gesteld, valt het belang van
het slachtoffer bij een schadevergoedingsmaatregel weg, en zou het slachtoffer in diens vorde-
ring niet-ontvankelijk zijn. Dit hoeft echter nog niet te betekenen dat geen schadevergoedings-
maatregel kan worden opgelegd. Uit de rechtspraak volgt immers dat de schadevergoedings-
maatregel ook kan worden opgelegd bij niet-ontvankelijkheid.²⁷ Dit is gemotiveerd door erop te
wijzen dat de schadevergoedingsmaatregel een zelfstandige strafrechtelijke maatregel is die
mede beoogt een door een strafbaar feit benadeelde persoon te versterken in zijn positie tot
herstel van een rechtmatige toestand. Het is wel de vraag of de genoemde uitspraken hun rele-
vantie behouden als de niet-ontvankelijkheid zijn oorzaak vindt in het feit dat de rechtmatige
toestand van het slachtoffer door de uitkering van de aansprakelijkheidsverzekeraar al is her-
steld.

Een ander obstakel kan zijn bepaalt art. 36f lid 1 Sr dat uitkeringen aan het slachtoffer of
diens nabestaanden worden gedaan. Regresnemende verzekeraars vallen niet onder die definitie.
Denkbaar is dat ook hier afspraken tussen het slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzeke-
raar erin voorzien dat de uitkering die de verzekeraar doet, wordt verrekend met hetgeen het
slachtoffer door het CJIB vanwege de schadevergoedingsmaatregel krijgt uitbetaald, hetzij op
grond van de inning en incasso door het CJIB, hetzij op grond van de voorschotregeling.²⁸ Deze

²⁶ *Kamerstukken II 1989/90*, 21345, nr. 4, p. 3 (VV II).

²⁷ HR 11 oktober 2016, *NJ 2017*, 90, m.nt. Keulen; Rb. Den Haag 30 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3521.

²⁸ Vgl. de vraag die in het kader van de parlementaire behandeling van de voegingsprocedure is opgeworpen, namelijk of scha-
deverzekeraars (bedoeld zal zijn: first party-verzekeraars) aan het slachtoffer de voorwaarde gaan stellen zich in het strafproces
te voegen en langs die weg te trachten een schadeloosstelling door de dader te bewerkstelligen wil het – bij het niet slagen

route vergt echter wel een herijking van de uitgangspunten van de schadevergoedingsmaatregel (en voorschotregeling) nu bij de totstandkoming van deze instrumenten ervan is uitgegaan dat deze ten goede komen aan de primaire slachtoffers, en niet (ook) aan de regresnemers. Zoals in dit onderzoek naar voren is gebracht, bestaan er goede argumenten om de aansprakelijkheidsverzekeraars te ondersteunen in hun regrespositie en bestaan er ook argumenten om hen te laten profiteren van de strafrechtelijke instrumenten die oorspronkelijk in het leven zijn geroepen voor het primaire slachtoffer.

Alle genoemde mogelijkheden hebben een aantal voordelen gemeenschappelijk. De eerste is dat in alle besproken varianten de beoordeling van de civiele vordering geen onevenredige belasting meer vormt van het strafproces. De beoordeling heeft immers al plaatsgevonden in een buitengerechtelijk traject tussen (de belangenbehartiger van) het slachtoffer en (de belangenbehartiger van) de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. De uitkomst van de beoordeling en de buitengerechtelijke onderhandeling zal, afhankelijk van de tijd tussen het misdrijf en de inhoudelijke behandeling van de strafzaak, zijn neergelegd in een vaststellingsovereenkomst tussen verzekeraar en de aansprakelijke verzekerde enerzijds en het slachtoffer anderzijds.

Het tweede voordeel houdt verband met een belangrijk aspect bij de schadevergoedingsmaatregel. Dat ziet er namelijk op dat de schadevergoedingsmaatregel de dader confronteert met de gevolgen van zijn handelen doordat het de relatie tussen de strafbare gedraging en de daardoor veroorzaakte schade bij de straftoemeting duidelijk tot uitdrukking brengt.²⁹ Deze relatie wordt verbroken als de schade(afwikkeling) wordt losgekoppeld van de straf(toemeting).

Ook uit het oogpunt van proceseconomie zijn er argumenten aanwezig ook de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader toe te laten tot de voegingsprocedure, of in ieder geval de schadevergoedingsmaatregel mede te laten strekken ten behoeve van de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar. De verzekeraar is anders alsnog genoodzaakt een procedure bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken, waarbij het gaat om schadeverhaal uit een en hetzelfde voorval.³⁰ Bovendien heeft de verzekeraar, als zijn belang kan meeliften in de strafprocedure, een prikkel om de schadeafwikkeling met het slachtoffer voortvarend op te pakken.

Hiervoor is de vraag al opgeworpen hoe de positie van de aansprakelijkheidsverzekeraar die een van deze mogelijkheden tot zijn beschikking krijgt, zich verhoudt tot andere particuliere en sociale regresnemers die niet kunnen profiteren van de voordelen van de schadevergoedingsmaatregel. Daarbij valt te denken aan first party-verzekeringen aan de kant van het slachtoffer zoals een arbeidsongeschiktheidsverzekering, een zorgverzekering en aan uitke-

daarvan – in aanmerking kunnen komen voor een uitkering: *Kamerstukken II 1989/90*, 21345, nr. 4, p. 12 (VV II). Zie voor de gedachte dat verzekeraars slachtoffers voor hen laten procederen: Vellinga 2001, voetnoot 25. Er zijn geen aanwijzingen dat deze route in de praktijk (op grote schaal) wordt bewandeld.

²⁹ *Kamerstukken II 1989/90*, 21 345, nr. 4, p. 3 en p. 6 (VV II).

³⁰ Vgl. de argumenten die zijn gebruikt om te bepleiten dat ook nabestaanden van het primaire slachtoffer toegang moeten krijgen tot de voegingsprocedure: *Kamerstukken II 1989/90*, 21345, nr. 4, p. 11 (VV II); *Kamerstukken II 1990/91*, nr. 5, p. 7 (MvA II).

ringsinstanties als het UWV. Bedacht moet worden dat deze regresnemers op grond van de wet (UWV) of op grond van de (verzekerings)overeenkomst een uitkeringsverplichting hadden. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader die aan het slachtoffer moet uitkeren vanwege een wettelijk verweermiddelenverbod, is tot meer gehouden dan waartoe hij op grond van de overeenkomst met zijn verzekerde gehouden was. De aansprakelijkheidsverzekeraar verkeert daarmee in een positie die wezenlijk verschilt met de positie van de andere regresnemers, hetgeen als een rechtvaardiging kan worden beschouwd van het onderscheid tussen de verschillende regresnemers.

10.4.3. Verzekeraars laten profiteren van mogelijkheden strafrechtelijk conservatoir beslag

Ter versterking van de verhaalspositie van met name de Staat is in 2014 de mogelijkheid geïntroduceerd tot het leggen van strafrechtelijk conservatoir beslag op vermogensbestanddelen van de verdachte van een misdrijf (art. 94a lid 3 Sv).³¹ Het moet dan gaan om de verdenking van een misdrijf waarvoor een geldboete van de vierde categorie (€ 20.500,- of hoger) kan worden opgelegd. Het strafrechtelijk conservatoir beslag is bedoeld om het recht op verhaal veilig te stellen van een op te leggen schadevergoedingsmaatregel ten behoeve van het slachtoffer. Het beslag kan al tijdens het opsporingsonderzoek worden gelegd, om te voorkomen dat de verdachte zijn vermogen verstoort voordat hij wordt veroordeeld tot een schadevergoeding. Door de mogelijkheid in een vroeg stadium van de opsporing conservatoir beslag te leggen, wordt het restitutie-risico voor de Staat beperkt. Ook wordt hiermee bewerkstelligd dat een slachtoffer zelf geen civielrechtelijk conservatoir beslag hoeft te leggen.³² Bij de evaluatie van de wet zal duidelijk worden of de mogelijkheid tot conservatoir beslag tot effect heeft gehad dat een groter deel van de schadevergoedingsmaatregelen bij de dader wordt geïncasseerd.³³ Naar huidig recht strekt het strafrechtelijk conservatoir beslag uitsluitend tot betaling aan de Staat. Het strekt niet tot betaling aan het slachtoffer, en evenmin tot betaling aan de verzekeraar. De constructie is dat de dader op grond van de schadevergoedingsmaatregel moet betalen aan de Staat, die het slachtoffer vervolgens schadeloos stelt. De constructie verloopt derhalve via de schadevergoedingsmaatregel. In het huidige recht is de enige mogelijkheid waarop de verzekeraar baat kan hebben bij het gelegde conservatoir beslag via een van de drie hiervoor in par. 10.4.2 beschreven routes, waarbij de verzekeraar gebruik kan maken van de schadevergoedingsmaatregel. Wijziging van de wet in die zin dat het strafrechtelijk conservatoir beslag zich

³¹ Wet van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 278.

³² Dit moet het slachtoffer wel zodra de uitspraak van de strafrechter onherroepelijk is geworden en de vordering van de benadeelde partij geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk is verklaard, of om een andere reden geen schadevergoedingsmaatregel is opgelegd. In dat geval vervalt namelijk het strafrechtelijk conservatoir beslag van rechtswege. Het slachtoffer zal dan de voorzieningenrechter van de rechtbank moeten verzoeken conservatoir beslag te leggen op grond van het commune civiele recht. Zie ook: Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel conservatoir beslag ten behoeve van slachtoffers, *Kamerstukken I* 2012/13, 33295, C, p. 7.

³³ De evaluatie van de wet is voorzien in 2017, drie jaar na de introductie van de mogelijkheid tot het leggen van conservatoir beslag ten behoeve van het slachtoffer.

ook uitstrekt tot betaling aan het slachtoffer zelf, is bij de behandeling van het wetsvoorstel aan de orde gekomen, maar is verworpen.³⁴

10.4.4. Verzekeraars laten profiteren van de bevoegdheden CJIB in de executiefase

Een derde mogelijkheid om de regerspositie van verzekeraars te verstevigen is door hen bij het regres te laten bijstaan door het CJIB, of door hen te laten profiteren van de bevoegdheden die het CJIB in de executiefase heeft. Het CJIB is de landelijke dienst die in opdracht van het Openbaar Ministerie de tenuitvoerlegging verzorgt van de financiële sancties en de schadevergoedingsmaatregelen.³⁵ Voor slachtoffers van misdrijven is het CJIB belast met het uitkeren van niet tijdig betaalde betalingsverplichtingen van de veroordeelde aan het slachtoffer en met het verhaal op de veroordeelde.³⁶ Op grond van de wet- en regelgeving heeft het CJIB bepaalde innings- en incassobevoegdheden. Deze komen er op neer dat het CJIB in de inningsfase probeert de schadevergoedingsmaatregel te executeren door middel van toezending aan een veroordeelde van een aanschrijving en daaropvolgende aanmaningen met aangehechte “optisch leesbare acceptgirokaarten” (OLA), tot het moment waarop de betaling is verricht dan wel de daartoe verleende termijn is verstreken. Indien de veroordeelde het verschuldigde bedrag op de eerste aanschrijving niet (tijdig of volledig) heeft betaald, wordt na het verstrijken van de betalingstermijn een eerste wettelijke verhoging opgelegd (art. 24b Sr). Voor de betaling van het op dat moment verschuldigde bedrag wordt een eerste aanmaning met OLA gezonden. Indien de veroordeelde op de eerste aanmaning niet tijdig of volledig betaalt, wordt hem een tweede wettelijke verhoging opgelegd (art. 24b Sr). Indien in de inningsfase geen (volledige) betaling heeft plaatsgevonden, dan treedt de incassofase in. In deze fase wordt getracht de schadevergoedingsmaatregel te executeren door met of zonder dwangbevel beslag te leggen op de goederen van de veroordeelde. Hiervoor wordt in de regel een gerechtsdeurwaarder ingeschakeld. Indien dit niet tot (voldoende) resultaat leidt, of indien aannemelijk is dat toepassing van verhaal niet succesvol zal zijn, wordt een arrestatiebevel uitgevaardigd om de vervangende hechtenis ten uitvoer te leggen. Deze vervangende hechtenis kan de strafrechter bevelen in de uitspraak waarbij de schadevergoedingsmaatregel wordt opgelegd, voor het geval noch volledige betaling noch volledig verhaal van het verschuldigde bedrag volgt (art. 24c Sr jo art. 36f lid 8 Sr). De tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis heft de verplichting ingevolge de maatregel tot schadevergoeding ten behoeve van het slachtoffer niet op. Ten slotte geldt dat het CJIB de inning en incasso van de schadevergoedingsmaatregel definitief stopt wanneer het slachtoffer zelf afspraken maakt met de veroordeelde omtrent de betaling van de vorde-
ring.³⁷

³⁴ Zie het antwoord van toenmalig staatssecretaris Teeven op een vraag van toenmalig Kamerlid Van der Steur: *Handelingen II* 2012/13, 33295, p. 65-81.

³⁵ Zie art. 553 Sv en de Aanwijzing executie, Regeling van 1 januari 2015, *Stcrt.* 2014, 37617.

³⁶ Art. 3 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel.

³⁷ Zie voor een beschrijving van de bevoegdheden van het CJIB in de executiefase: Aanwijzing executie, Regeling van 1 januari 2015, *Stcrt.* 2014, 37617, in het bijzonder paragraaf 4 (innings- en incassofase) en 8 (vervangende hechtenis). Zie ook de voorloper hiervan: Aanwijzing executie (vervangende) vrijheidsstraffen, taakstraffen van meerderjarigen, geldboetes, schadevergoedings- en ontnemingsmaatregelen, Europese geldelijke sancties en toepassingen voorwaardelijke invrijheidstelling van het

Uit het voorgaande volgt dat incasso van de schadevergoedingsmaatregel via het CJIB een aantal belangrijke voordelen kent ten opzichte van een innings- en incassotraject door een civiele partij. Ten eerste is de tenuitvoerlegging van financiële sancties en schadevergoedingsmaatregelen een van de kerntaken van het CJIB. Deze instantie is, anders dan bijvoorbeeld verzekeraars, geheel ingericht en toegerust op de uitoefening van deze kerntaak. Ten tweede heeft het CJIB een belangrijke stok achter de deur indien de veroordeelde niet (tijdig of volledig) zijn betalingsverplichting nakomt. In dat geval wordt immers de vervangende hechtenis ten uitvoer gelegd. Dit dwangmiddel ontbreekt indien een civiele partij een vonnis of een andere executoriale titel ten uitvoer wil leggen. Die kan hoogstens beslag laten leggen op vermogensbestanddelen van de veroordeelde. De invordering van de schadevergoedingsmaatregel via het CJIB verhoogt dus de kans op effectief regres en is voor het slachtoffer aanzienlijk minder emotioneel belastend dan bij een incassotraject dat het slachtoffer zelf moet instellen tegen de dader.³⁸

Wil de verzekeraar ook mee profiteren van deze verbeterde regrespositie, dan zal dat volgens het huidige recht moeten lopen via de schadevergoedingsmaatregel. Het CJIB is immers niet belast met de executie van de vordering van het slachtoffer, maar met de executie van de schadevergoedingsmaatregel. Voor de invordering van de schadevergoedingsmaatregel is wel vereist dat de mogelijkheid tot oplegging van een schadevergoedingsmaatregel zich ook uitstrekt ten behoeve van de verzekeraar. Hiervoor kwam aan de orde dat die wettelijke mogelijkheid thans nog niet bestaat, maar dat er in de praktijk mogelijk wel manieren zijn om te bewerkstelligen dat de verzekeraar hiervan meeprofiteert, bijvoorbeeld via verrekening van het bedrag dat het slachtoffer via de schadevergoedingsmaatregel ontvangt, met het bedrag dat de aansprakelijkheidsverzekeraar uitkeert (zie hiervoor par. 10.4.2).

De vraag rijst of er mogelijkheden zijn om private verzekeraars gebruik te laten maken van de bevoegdheden van het CJIB zonder dat ten behoeve van hen een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd. In dit verband kan een vergelijking worden gemaakt met de positie van het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Met betrekking tot de door het Schadefonds Geweldsmisdrijven aan slachtoffers gedane uitkeringen geldt dat deze ook zoveel als mogelijk worden verhaald op de dader. Dit verhaal wordt uitgevoerd door het CJIB, en komt erop neer dat het CJIB de bij wege van schadevergoedingsmaatregelen opgelegde bedragen verreken met het door het Schadefonds uitgekeerde bedrag. Het door het Schadefonds uitgekeerde bedrag betreft immers een voorwaardelijke uitkering, indien en voor zover de schade van het slachtoffer niet op andere wijze, bijvoorbeeld door de schadevergoedingsmaatregel, wordt vergoed. De afspraken over dit regres zijn neergelegd in een convenant tussen het Schadefonds Geweldsmisdrij-

College van procureurs-generaal, Regeling van 11 december 2006, *Stcrt.* 2006, 251, in het bijzonder par. 4 (oud). Inhoudelijk stemmen de regelingen op het punt van de executie van schadevergoedingsmaatregelen met elkaar overeen.

³⁸ Reden waarom in de beraadslaging over het wetsvoorstel conservatoir beslag op het vermogen van de verdachte, is voorgesteld (door Van der Steur) dat de overheid het slachtoffer blijft bijstaan in de incasso van de schadevergoeding, ook nadat de dader de (vervangende) hechtenis heeft uitgezeten. Deze gedachte is niet gevolgd, waarbij is aangetekend dat slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven hun schade (voor zover die is toegewezen in het strafproces) via de voorschotregeling uitgekeerd krijgen van de Staat en dat de Staat in deze gevallen het incassotraject- en incassorisico overneemt: *Handelingen II* 2012/13, 33295, p. 65-81.

ven en het CJIB, en zien voornamelijk op een rechtmatige en doelmatige uitwisselen van gegevens tussen het Schadefonds en het CJIB. Het regres door het CJIB ten behoeve van het Schadefonds Geweldsmisdrijven komt dus neer op een verrekening tussen het door het Schadefonds uitgekeerde bedrag en het bedrag dat in het kader van de schadevergoedingsmaatregel is opgelegd.³⁹ Het opgelegd zijn van de schadevergoedingsmaatregel is ook in deze constructie een wezenlijke voorwaarde voor de inzet van het CJIB. Voorbeelden waarbij het CJIB de innings- en incassobevoegdheden aanwendt ten behoeve van een private partij zijn in het kader van dit onderzoek niet aangetroffen.

De conclusie uit het voorgaande luidt dat de bevoegdheden van het CJIB in het kader van de inning en incasso van betalingsverplichtingen bij de dader onlosmakelijk zijn verbonden aan de executie van een uitspraak waarbij een schadevergoedingsmaatregel is opgelegd. Indien het bereik van de schadevergoedingsmaatregel niet in die zin wordt uitgebreid dat deze ook kan worden opgelegd ten behoeve van aansprakelijkheidsverzekeraars, dan resteert nog de mogelijkheid dat het slachtoffer zelf zich als benadeelde partij in het strafproces voegt (zoals nu gebruikelijk is), en dat het CJIB de inning en incasso op zich neemt van de in dat kader opgelegde schadevergoedingsmaatregel. Het bedrag dat het CJIB bij de dader kan innen en incasseren, belandt via verrekening bij de verzekeraar, indien en voor zover hij het slachtoffer heeft voldaan. Zoals hiervoor in par. 10.4.2 aan de orde kwam behoeft deze route wel een herijking van de grondslagen van de schadevergoedingsmaatregel.

10.4.5. Verzekeraars laten profiteren van de voorschotregeling?

Een vierde instrument dat sinds 1 januari 2011 de verhaalspositie van slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven aanzienlijk heeft verbeterd, is de voorschotregeling. Deze regeling, die is neergelegd in art. 36f lid 7 Sr, komt erop neer dat het CJIB na acht maanden nadat de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden, het slachtoffer het resterende bedrag van de schadevergoedingsmaatregel uitkeert dat tot dat moment nog openstaat bij de dader (art. 36f lid 7 Sr). Het voorschot bij gewelds- en zedenmisdrijven is niet aan een maximum gebonden. Het slachtoffer ontvangt dus van de Staat het gehele bedrag dat in de schadevergoedingsmaatregel is bepaald, acht maanden na het onherroepelijk worden van de uitspraak. Het behoeft geen nader betoog dat deze regeling de verhaalspositie van de slachtoffers substantieel heeft verbeterd. Voorheen keerde de Staat bij de tenuitvoerlegging van de schadevergoedingsmaatregel alleen de reeds van de veroordeelde ontvangen geldbedragen uit aan het slachtoffer. Als geen incasso mogelijk was vanwege onvoldoende vermogen of inkomen van de veroordeelde, bleef dat voor risico van het slachtoffer. Door de voorschotregeling is het slachtoffer niet meer afhankelijk van (de inkomens – en vermogenspositie van de) dader en rust op het slachtoffer ook geen incassolast en incassorisico. De Staat neemt dit van het slachtoffer over, in ieder geval met betrekking tot het bedrag dat in de schadevergoedingsmaatregel is bepaald.

Met ingang van 1 januari 2016 is de voorschotregeling ook van toepassing bij schadevergoedingsmaatregelen opgelegd in verband met andere misdrijven dan geweld- en zedenmisdrijven (zoals vermogensmisdrijven). Het voorschot voor slachtoffers van andere dan ge-

³⁹ Zie ook Nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311, p. 7.

welds- en zedenmisdrijven is gemaximeerd tot € 5.000,- (art. 36f lid 7 Sr jo art. 2 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel).⁴⁰ De voorschotregeling geldt, anders dan de schadevergoedingsmaatregel, alleen voor natuurlijke personen en niet voor rechtspersonen. Dit blijkt uit art. 36f lid 7 Sr jo art. 1 Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, en de bijbehorende Nota van toelichting.⁴¹ Regresnemende verzekeraars kunnen er niet van profiteren. Het verdient nadere overdenking de voorschotregeling, al dan niet gedeeltelijk, uit te breiden naar aansprakelijkheidsverzekeraars die een uitkering hebben gedaan aan het slachtoffer van een misdrijf.

10.4.6. Argumenten voor versterking positie verzekeraars via strafrecht

Door een wettelijk verbod op het tegenwerpen van opzet wordt een belangrijk deel van de misdrijfschade gealloceerd bij de aansprakelijkheidsverzekeraars. Het is niet realistisch te verwachten dat verzekeraars, ook al beschikken zij over een wettelijk en contractueel recht op verhaal, erin zullen slagen 100% van de uitgekeerde bedragen op de aansprakelijke verzekerde te verhalen. Dit zal vooral niet te verwachten zijn waarin de dader een langdurige vrijheidsstraf al of niet in combinatie met een ontnemingsmaatregel is opgelegd. De veroordeelde zal in de regel geen inkomsten van betekenis hebben. Dit betekent dat maar een gedeelte van de uitgekeerde bedragen en de uitvoeringskosten zullen kunnen worden verhaald op de dader.⁴² Ter illustratie kan worden gekeken naar de hoeveelheid schadevergoedingsmaatregelen die het CJIB jaarlijks bij de veroordeelde daders kan innen. In 2014 zijn 12.670 schadevergoedingsmaatregelen afgedaan. In 85% van die gevallen belooft de maatregel minder dan € 2.000.⁴³ Ruim 80% van alle schadevergoedingsmaatregelen is afgesloten wegens volledige betaling door de veroordeelde. Ongeveer 16% van de zaken is afgesloten omdat door de veroordeelde vervangende hechtenis is ondergaan. De overige zaken zijn om andere redenen afgesloten, bijvoorbeeld omdat de veroordeelde is overleden. Van de afgesloten zaken bleek in de periode 2010 tot en met 2014 gemiddeld een bedrag van bijna € 10 miljoen per jaar niet inbaar.⁴⁴ Uit cijfers van het Waarborgfonds Motorverkeer blijkt dat van de in 2015 uitbetaalde claims van € 60.649.000,- de gespecialiseerde regresafdeling van het Waarborgfonds een bedrag van € 2.596.000,- heeft teruggehaald.⁴⁵ Het ligt in de lijn der verwachting dat verzekeraars de extra last, die door het verbod op het tegenwerpen van opzet bij hen komt te liggen, via premiestelling doorberekenen aan alle verzekerden met een AVP-polis.

⁴⁰ Besluit van 24 juli 2010, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, 311.

⁴¹ *Stb.* 2010, 311, p. 3-4.

⁴² Vgl. de discussie in het kader van de voorschotregeling: Nota van toelichting, *Stb.* 2010, 311, p. 5.

⁴³ Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel conservatoir beslag ten behoeve van slachtoffers, *Kamerstukken I 2012/13*, 33295, C, p. 6.

⁴⁴ Antwoorden op kamervragen: *Aanhangsel Handelingen II 2015/16*, 1056, p. 3.

⁴⁵ Jaarverslag Waarborgfonds Motorverkeer 2015, p. 13.

10.4.7. Beschouwing

Indien verzekeraars, al dan niet gedeeltelijk, kunnen profiteren van de strafrechtelijke instrumenten die ten behoeve van het slachtoffer zijn ontwikkeld, heeft dat de volgende voordelen:

1. Het 'dader betaalt' beginsel blijft zoveel als mogelijk overeind.
2. Er wordt met een krachtig middel tegemoet gekomen aan de bezwaren van de kant van de verzekeraars, zeker als de voorschotregeling, al dan niet gedeeltelijk, mogelijk wordt gemaakt.
3. Er is geen onevenredige belasting meer van het strafgeding. In het kader van het verhaal kunnen dan ook complexe schadezaken 'kant en klaar' aan de strafrechter worden voorgelegd. In feite ontstaat dan een soort klapluikconstructie naar het buitengerechtelijk traject waarin de verzekeraar en het slachtoffer eruit proberen te komen. De verzekeraar heeft de expertise om er met het slachtoffer uit te komen. In veel gevallen zal dit buitengerechtelijk kunnen, indien nodig kunnen partijen de hulp inroepen van de deelgeschillenrechter.
4. Op deze wijze wordt de expertise van de verzekeraars ingezet om de mogelijkheden van de voeging in het strafproces te maximaliseren.

B Effectief schadeverhaal via de first party-verzekering

11. Directe (schade)verzekering

11.1. Inleiding

In deel A zijn de mogelijkheden onderzocht effectief schadeverhaal te verkrijgen via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader (third party-verzekering). In dit deel staat de vraag centraal of een andere private verzekeringsmogelijkheid, namelijk de zogenoemde first party-verzekering (ofwel directe verzekering)¹, een effectieve mogelijkheid biedt om schade wegens letsel en overlijden als gevolg van een misdrijf vergoed te krijgen. In de afgelopen jaren heeft de directe schadeverzekering herhaaldelijk de aandacht gekregen in de rechtsliteratuur, waarbij de directe verzekering werd genoemd als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast, of gewoon als alternatief voor een schadevergoedingssysteem dat is gebaseerd op het aansprakelijkheidsrecht.² Aan de directe verzekering kleven echter ook bezwaren.³

Na een omschrijving van de belangrijkste kenmerken van de directe schadeverzekering (par. 11.2), worden de voor- en nadelen van een directe verzekering belicht vanuit zowel het perspectief van de verzekeraar als het slachtoffer (par. 11.3 en 11.4). In par. 11.5 komt aan de orde dat de te bereiken verzekeringsdichtheid van de first party-verzekering in sterke mate bepalend is voor de vraag of deze route de mogelijkheden van effectief schadeverhaal voor misdrijfslachtoffers daadwerkelijk substantieel vergroot.

11.2. Definitie en kenmerken

De begrippen 'first party-verzekering' en 'directe verzekering' zijn hierboven door elkaar gebruikt. Het is de vraag of dat wel correct is. Faure en Hartlief hebben betoogd dat een directe verzekering niet hetzelfde is als een (zuivere) first party-verzekering. Het onderscheid zit volgens deze auteurs in de omstandigheid dat de first party-verzekering door het (latente) slachtoffer zelf wordt gesloten, terwijl de directe verzekering door een ander gesloten wordt waarbij het risico van schade van de (latente) benadeelde is gedekt en die benadeelde ook direct op de polis kan claimen. Zij hebben hierbij specifiek het oog op de verzekering die door de werkgever wordt gesloten en die het risico van schade bij de werknemer dekt.⁴ Strikt genomen is dit onderscheid tussen de zuivere en onzuivere first party-verzekering naar ik meen juist. Nu een verzekering tegen misdrijfsschade, anders dan bij schade wegens arbeidsongevallen en beroeps-

¹ Zie voor het onderscheid tussen de termen 'first party-verzekering' en 'directe verzekering' par. 11.2.

² Zie onder meer: N. Frenk, 'De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende schadelast', *AV&S* 2000/0, p. 2-13; Wansink 2000a, p. 419; Faure & Hartlief 1995, p. 336; Bloembergen 1980a, p. 9.

³ Faure & Hartlief 2002, p. 262-268.

⁴ M.G. Faure en T. Hartlief, 'Directe schadeverzekering bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001, p. 86-88.

ziekten, in de meeste gevallen door het (latente) slachtoffer zelf zal worden gesloten⁵, zullen in het hiernavolgende de termen directe verzekering en first party-verzekering naast elkaar worden gebruikt.

Bij aansprakelijkheidsverzekeringen wordt het risico verzekerd dat een verzekerde als gevolg van aansprakelijkheid een schadevergoeding moet betalen aan een slachtoffer (de zogenoemde third party-verzekering). Bij een first party-verzekering verzekert een verzekeraar het risico dat zijn eigen verzekerde (de benadeelde) loopt. De schade van de benadeelde is dus bij zijn eigen verzekeraar (direct en niet via een aansprakelijke derde) verzekerd. Elzas heeft om die reden als kenmerkend verschil tussen een third party-verzekering en een first party-verzekering gewezen op de contractuele band tussen de benadeelde en de verzekeraar, welke band bij de third party-verzekering niet, en bij de first party-verzekering wel, bestaat.⁶ Een tweede kenmerkend onderscheid is dat de first party-verzekering geen verzekering tegen aansprakelijkheid is, maar een verzekering die direct de schade van het slachtoffer dekt. Frenk heeft dit onderscheid als volgt treffend omschreven: "Bij een directe schadeverzekering is de schade van de benadeelde verzekerd, bij een aansprakelijkheidsverzekering de aansprakelijkheid van de veroorzaker van de schade."⁷

Kenmerk van de directe verzekering is dat de benadeelde zich direct bij de verzekeringsmaatschappij kan melden om daar de schade te claimen, zonder tussenkomst van de schadeveroorzaker of de aansprakelijke partij. Daar wordt veelal het voordeel aan verbonden dat afwikkeling van schade niet meer verloopt in een conflictmodel, maar in een harmoniemodel. De benadeelde hoeft de betaling immers niet te bevechten op "vijandelijk terrein" (bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader).⁸ Hartlief en Faure hebben erop gewezen dat dit genuanceerder ligt bij de directe verzekering die door een ander dan de benadeelde is afgesloten. Heeft de werkgever de verzekering afgesloten ten behoeve van de werknemer, dan zal de werknemer de verzekering van zijn werkgever moeten aanspreken.⁹ Ook hebben zij erop gewezen dat het aanspreken van de eigen verzekeraar niet per definitie via het harmoniemodel hoeft te lopen. Ook met zijn eigen verzekeraar kan men immers problemen hebben.¹⁰ In par. 11.3.2 komen deze, en andere, kritische kanttekeningen aan de orde.

Directe verzekeringen zijn *schadeverzekeringen*, geen *aansprakelijkheidsverzekeringen*. Dat betekent dat de (vaak lastige) omweg via het aansprakelijkheidsrecht niet hoeft te worden gemaakt. Directe verzekeringen keren uit indien een in de polis omschreven schade zich voordoet, los van de vraag of iemand aansprakelijk is voor de ontstane schade. De directe verzekering wordt om die reden ook wel een '*no fault*'-verzekering genoemd. Die benaming is bij een

⁵ Dit kan anders zijn voor werknemers die vanwege de aard van hun werk een groter risico lopen om slachtoffer te worden van een misdrijf. Daarbij kan worden gedacht aan hulpverleners zoals politie en ambulance-personeel en personeel van openbaar vervoer.

⁶ R.Ph. Elzas, 'Niemand draagt zijn eigen schade...', in: *Van daden en draden. Liber amicorum prof. mr. J.H. Wansink*, Deventer: Kluwer 2006, p. 210.

⁷ Frenk 2000a, p. 2.

⁸ Deze term is ontleend aan: Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 42.

⁹ Faure & Hartlief 2001a, p. 88, noot 31.

¹⁰ Faure & Hartlief 2001a, p. 88, noot 31.

verzekering die dekking biedt tegen eigen schade als gevolg van een misdrijf van een ander niet helemaal juist. Voor de uitkering is immers, anders dan bij de ongevallenverzekering, wel degelijk relevant dat de schade is veroorzaakt door een fout (een misdrijf) van een ander. Wel is het zo dat voor een uitkering onder de eigen verzekering geen discussie over de aansprakelijkheid met de schadeveroorzaker (en/of diens verzekeraar) nodig is. Verzekeringen waarbij de schade van de benadeelde direct verzekerd is ongeacht de vraag of er aansprakelijkheid bestaat, functioneren in Nederland al. Zo bestaat op het terrein van de milieuaansprakelijkheid de Milieu-SchadeVerzekering (MSV-polis), die de aansprakelijkheidsdekking heeft vervangen.¹¹ Een ander voorbeeld van een 'no fault'-verzekering is de verplichte schadeverzekering die de letsel- en overlijdensschade dekt van proefpersonen die hebben deelgenomen aan medisch-wetenschappelijk onderzoek (WMOM).¹² Zowel de MSV-polis als de verzekering op basis van de WMOM laten de mogelijkheid onverlet dat de benadeelden de schadeveroorzaker via het aansprakelijkheidsrecht aanspreken.¹³

Naast directe schadeverzekeringen, zijn er ook directe sommenverzekeringen, of combinaties van schade- en sommenverzekering. Een sommenverzekering keert bij de verwezenlijking van een bepaald risico een vooraf vastgestelde som uit aan de verzekerde, onafhankelijk van de daadwerkelijke schade. Voorbeelden van sommenverzekeringen zijn de overlijdensrisicoverzekering, de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de ongevallenverzekering. Van deze laatste zijn veel subvarianten bekend zoals de ongevallenverzekering inzittenden (OVI) en de eenogigenverzekering.

De first party-verzekering kan een (latent) slachtoffer voor zichzelf afsluiten. In dat geval draagt hij ook zelf de premie. Een andere variant is dat de verzekering door een ander ten behoeve van het (latente) slachtoffer wordt afgesloten. Bij dit type verzekering behoeft de benadeelde dus niet zelf met de verzekeraar gecontracteerd te hebben.¹⁴ Een voorbeeld hiervan is de verzekering die een werkgever afsluit voor beroepsziekten of op een andere wijze ontstane letselschade van haar werknemers of vrijwilligers. Ook de verplichte schadeverzekering in het kader van de WMOM wordt niet door de (latente) benadeelde zelf afgesloten. De uitvoerder of opdrachtgever van het onderzoek zal een dergelijke verzekering ten behoeve van de proefpersoon sluiten. De benadeelde is in dit voorbeeld niet de verzekeringnemer, maar wel de verzekerde: hij is degene die recht heeft op uitkering onder de polis. Faure en Hartlief hebben deze variant onderscheiden van de "zuivere" first party-verzekering. Zij menen dat hier wel sprake is van een directe verzekering, maar niet van een (zuivere) first party-verzekering omdat het (latente) slachtoffer deze verzekering niet zelf gesloten heeft, maar alleen verzekerde is.¹⁵

¹¹ Wansink 2000a, p. 419.

¹² Wet van 26 februari 1998 houdende regelen inzake medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016, 424; Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 2015, Besluit van 24 november 2014, *Stb.* 2014, 477. Zie over deze verplichte verzekering nader: Frenk 2000, p. 11-13, en Franken 2000, p. 1-8 en par. 3.11.2.

¹³ Faure & Hartlief 2001a, p. 78.

¹⁴ Bloembergen 1992, p. 447.

¹⁵ Faure & Hartlief 2001a, p. 87-88.

Dat een slachtoffer beschikt over een directe verzekering op grond waarvan schade als gevolg van een misdrijf is gedekt, betekent niet dat de dader immuniteit geniet voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zo kan de benadeelde proefpersoon die in het kader van de WMOM zijn schade via de directe verzekering (deels) vergoed heeft gekregen, de uitvoerder of opdrachtgever van het onderzoek aansprakelijk stellen voor de resterende, niet vergoede, schade. In dit opzicht verschilt de hier besproken optie van directe verzekering van een schadevergoeding via een 'no fault'-systeem. Het uitgangspunt van een 'no fault'-systeem is dat directe schadevergoeding aan het slachtoffer het systeem van aansprakelijkheid vervangt, en dus immuniteit meebrengt voor de schadeveroorzaker. Zo is herhaaldelijk aandacht (geweest) voor een 'no fault'-systeem ter vervanging van bijvoorbeeld werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsongevallen en beroepsziekten,¹⁶ ter vervanging van aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen bij medische fouten,¹⁷ ter vervanging van aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen specifiek bij geboortelletsels,¹⁸ en ter vervanging van verkeersaansprakelijkheid bij verkeersongevallen. In een dergelijk systeem, waarbij de potentieel aansprakelijke partij (bijvoorbeeld de werkgever) wettelijk verplicht is een verzekering ten voordele van de werknemers te sluiten, geniet de schadeveroorzaker immuniteit voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dit betekent dat het slachtoffer in beginsel geen civiele claim tegen de schadeveroorzaker kan indienen, ook al is zijn schade niet volledig vergoed door de uitkering onder de verzekering. De bezwaren tegen een dergelijk systeem komen aan de orde in par. 12.3.5.

11.3. Argumenten voor de directe verzekering

11.3.1. Afhandeling schade onafhankelijk van de aansprakelijke partij

Kenmerkend voor de first party-verzekering is dat uitkering losstaat van de vraag naar aansprakelijkheid van de dader. Indien aan de voorwaarden is voldaan (in het kader van de in dit onderzoek relevante vraag: personenschade van de verzekerde door een in Nederland gepleegd misdrijf) vindt uitkering plaats. Dit betekent ook dat uitkering onder de eigen verzekering evenmin afhankelijk is van de vraag of er een dader kan worden geïdentificeerd, of de dader een aansprakelijkheidsverzekering heeft en of deze dekking biedt. Het (latente) slachtoffer kan zijn eigen verzekeraar uitkiezen en is niet afhankelijk van de (al dan niet soepele) houding van de verzekeraar van de aansprakelijke partij. Onderzoek onder slachtoffers van strafbare feiten heeft uitgewezen dat onder deze groep grote tevredenheid heerst over de afwikkeling van schade via een eigen verzekeraar. Daarbij moet worden vermeld dat deze resultaten zagen op afwikkeling door zorg- en inboedelverzekeraars, en niet op afwikkeling van personenschade als gevolg van een misdrijf.¹⁹ Niettemin kunnen deze resultaten ook relevant zijn voor andere verzekeringen aan de kant van het slachtoffer, vooral wordt gekeken naar de oorzaak van de te-

¹⁶ Faure & Hartlief 2001a, p. 77-107.

¹⁷ J.L. Smeehuijzen, A.J. Akkermans en T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013. In deel II van het preadvies komt de claimbeoordeling bij een 'no fault'-systeem aan de orde.

¹⁸ W.H. van Boom, 'Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar 'no-fault'?', *AV&S* 2006/1, p. 8-24.

¹⁹ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 30 en 42.

vredenheid. Deze lag in de snelheid waarmee de schade werd afgewikkeld, in combinatie met de afwikkeling zonder moeilijkheden verliep.²⁰ Deze resultaten sluiten aan bij in het verleden verricht onderzoek onder verkeersslachtoffers. Daar gaven de onderzoeksresultaten aan dat deze slachtoffers “gelukkiger zijn met een stelsel waarin zij met hun eigen verzekeraars te doen hebben”, ten opzichte van een afwikkeling via de WA-verzekering van een ander.²¹ Binnen de categorie “eigen particuliere verzekering” scoorde de zorgverzekering het hoogst op de schaal van tevredenheid (93% van de ondervraagden was tevreden), gevolgd door de cascoverzekeraar: bijna 80% van de verzekerden was tevreden over de afwikkeling van de schade aan het vervoermiddel door de *all risk* verzekeraar, terwijl 13% ontevreden was. De oorzaak van de ontevredenheid was niet de duur van de schadeafwikkeling, maar het feit dat de schade aan het vervoermiddel in een aantal gevallen niet volledig werd vergoed.²² Ook hier werd als oorzaak van de tevredenheid over de eigen verzekeraar genoemd de voortvarendheid van de schadeafwikkeling en dat de verzekeraars zonder “moeilijkheden” betaalden.²³ Van alle particuliere verzekeraars kwam de WA-verzekeraar het slechtste uit de bus. Uit de onderzoeksgegevens bleek dat de bezwaren groter waren bij de vergoeding van letselschade dan bij de vergoeding van zaakschade. De vergoeding van letselschade duurde ook langer dan de vergoeding van zaakschade.²⁴ De oorzaken van de ontevredenheid, onvolledigheid van de vergoeding en de lange duur van de schadeafwikkeling, werden door de onderzoekers in verband gebracht met het vigerende aansprakelijkheidssysteem. Zij noteerden het volgende:

“In dit systeem bieden de oplossing van de schuldvraag en de vaststelling van de schade-omvang – dit laatste vooral bij letsel – voldoende conflictstof om een flink aantal slachtoffers ontevreden te maken, doorgaans via een lange wachttijd of een onvolledige vergoeding. Daar komt bij, dat de WA-verzekeraar de verzekeraar van de tegenpartij is. Hij heeft er doorgaans vooral als het om wat grotere bedragen gaat, geen commercieel belang bij om door een snelle en soepele schadeafhandeling zijn wederpartij tevreden te stellen. Er zijn hier duidelijke verschillen met de eigen particuliere verzekeraar die graag service aan zijn cliënt zal willen verlenen en met de sociale verzekeraar die meer vanuit een dienstverleningsperspectief opereert. Kortom, het aansprakelijkheidssysteem is een conflictueus systeem, dat vaak tot ontevredenheid moet leiden.”²⁵

Dat niet (of in ieder geval minder) gediscussieerd hoeft te worden over de aansprakelijkheid van de dader is een belangrijk voordeel op het gebied van emotioneel herstel van het slachtoffer, evenals een snelle afwikkeling. Ook aan een ander aspect dat van belang kan zijn in het kader van emotioneel herstel, kan de directe verzekering een goede dienst bewijzen. Dat houdt verband met de veronderstelling dat het loskoppelen van het herstel van de financiële schade van het emotioneel herstel (slachtoffer-dadergesprek, mediation, het aanbieden van excuses)

²⁰ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 30 en 42.

²¹ A.R. Bloembergen en P.J.M. van Wersch, *Verkeersslachtoffers en hun schade*, Deventer: Kluwer 1973, p. 202.

²² Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 127-128.

²³ Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 128.

²⁴ Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 129.

²⁵ Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 129-130.

een bijdrage kan leveren aan het emotioneel herstel van het slachtoffer.²⁶ Het slachtoffer staat niet in een afhankelijkheidspositie ten opzichte van de verzekeraar van de dader.

Dat de uitkering via de directe verzekering niet plaatsvindt via de aansprakelijke partij, brengt tevens als voordeel mee dat het voor het recht op uitkering niet uitmaakt of de dader bekend is, of onvindbaar is. Ook in die gevallen vindt, behoudens andersluidende polisbedingen, de uitkering onder de eigen verzekering plaats. Dit is voor slachtoffers van misdrijven van substantieel praktisch belang nu in een deel van de gewelds- en zedendelicten de dader onbekend of onvindbaar blijft.

11.3.2. Snelle afwikkeling schade zonder complexe (causaliteits)vragen uit het aansprakelijkheidsrecht

Een kenmerk van de directe verzekering is dat afwikkeling van de uitkering plaatsvindt zonder dat daartoe een discussie is vereist met de aansprakelijke partij of diens verzekeraar over de aansprakelijkheid. Aangenomen wordt dat bij de directe verzekering ook lastige causaliteitsvragen uit het aansprakelijkheidsrecht worden geëcarteerd. Datzelfde geldt voor de bepaling van de omvang van de schade. Bij afwikkeling via de aansprakelijkheidsverzekering is volledige schadevergoeding het uitgangspunt. De omvang van de schade wordt bepaald aan de hand van afdeling 6.1.10 BW en de in dat verband in de rechtspraak ontwikkelde regels.²⁷ Bij een afwikkeling via het aansprakelijkheidsrecht kunnen de verweren die ontleend worden aan deze afdeling voor vertraging en conflicten leiden. Zo is een veelvoorkomend geschilpunt tussen partijen de vraag of de schadeposten in zodanig verband staan tot de schadeveroorzakende gebeurtenis (in casu: het misdrijf) dat deze daaraan als gevolg kunnen worden toegerekend (art. 6:98 BW). Ook (het bewijs van) het causaal verband bij meerdere potentiële schadeveroorzakers kan aanleiding zijn voor debat (art. 6:99 BW). Ook kan in dat verband worden gedacht aan eventuele eigen schuld van de verzekerde aan het ontstaan van de schade, en aan de vraag of uitkeringen uit anderen hoofde in mindering moeten worden gebracht op de uitkering (art. 6:100 BW). Omdat juist deze vragen bij de afwikkeling via de aansprakelijkheidsverzekering zorgen voor vertraging en tot conflicten en procedures aanleiding geven, biedt de afwezigheid van deze vragen bij de afwikkeling via de directe verzekering grote voordelen. De directe schadeverzekering biedt de verzekeraar de mogelijkheid het aansprakelijkheidsrecht, in de bewoordingen van Wansink “buiten spel” te zetten, en zelf in de polis de voorwaarden te bepalen waarop hij de geleden schade wil vergoeden. In de polis kan de werking van art. 6:98 en art. 6:99 BW worden vervangen door eigen causaliteits- en bewijsregels.²⁸ Dit is ook gebeurd in de milieuschadeverzekering (MSV-polis). Dit is een directe schadeverzekering voor milieuschade op de verzekerde locatie (voor de saneringskosten), maar ook voor milieuschade die door de verwezenlijking van een verzekerd gevaar op de verzekerde locatie daarbuiten door derden wordt geleden. In deze polis geldt als causaliteitsvereiste dat er voor dekking sprake moet zijn van een rechtstreeks en

²⁶ Lindenbergh & Mascini 2013, p. 454.

²⁷ Zoals HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof/Helvetia) en HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. ARB (Johanna Kruidhof).

²⁸ Wansink 2006, p. 273; Wansink 2003, p. 7 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

uitsluitend verband tussen de verwezenlijking van een verzekerd gevaar op de verzekerde locatie en een verontreiniging van bodem en/of water.²⁹ Aangenomen kan worden dat een snelle en harmonieus verloopende schadeafhandeling gunstige gevolgen heeft voor het emotioneel herstel van het slachtoffer.³⁰ Op basis daarvan kan worden verondersteld dat de kans dat secundaire victimisatie ontstaat, bij afwikkeling van de schade via een directe verzekering minder groot is dan bij een afwikkeling waarbij het aansprakelijkheidsrecht het uitgangspunt is. Ten tweede leidt een snellere afhandeling tot lagere transactiekosten.

Bij het voorgaande passen wel enkele kritische kanttekeningen. Ten eerste blijven er ook bij de directe verzekering nog voldoende discussiepunten over die aan een snelle uitkering in de weg kunnen staan.³¹ De praktijk van de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, ook een vorm van een first party-verzekering, is in dat verband illustratief. Daar wordt regelmatig geprocedeerd over de uitleg van polisbepalingen, en over medische causaliteit. Bij de first party-verzekering die dekking biedt voor misdrijfschade, zal afhankelijk van de uitwerking en definitie in de polis, tussen partijen debat kunnen ontstaan over de vraag of sprake is van een misdrijf. Als er een strafrechtelijke veroordeling is, zal op dit punt geen discussie ontstaan. Maar wat als er geen veroordeling volgt (bijvoorbeeld wegens gebrek aan bewijs), of als de verdachte wordt vrijgesproken? Ten tweede heeft het ecarteren van causaliteits- en schadevragen ook een prijs voor de verzekerde, die verband houdt met de manier waarop bij de directe verzekering het causaal verband wordt vastgesteld en de omvang van de schade wordt bepaald. Ook bij een directe verzekering zal immers op een manier die vooraf voor partijen kenbaar is, moeten worden vastgesteld of er een *condicio sine qua non* verband tussen het misdrijf en de schade bestaat en of de gevolgen allemaal in zodanig verband tot het misdrijf dat deze daaraan kunnen worden toegerekend (art. 6:98 BW). De causaliteitsvragen zullen, zoals opgemerkt, bij een directe verzekering zoveel mogelijk worden geëcarteerd door in de polis strikter omliggende causaliteitsnormen te hanteren. Discussie rondom de omvang van de schade kan worden verminderd door in de polis te werken met een vergaande normering van schade. Deze twee oplossingen leiden echter voor de verzekerde tot een beperktere dekking en tot een niet volledige vergoeding van zijn schade. Personenschade kan immers tot op zekere hoogte genormeerd worden, maar dat geldt niet voor de, vaak omvangrijkste, schade van het verlies aan arbeidsvermogen. Frenk heeft er in dat verband op gewezen dat strikter omliggende causaliteitsnormen in de polis leiden tot een beperktere dekking voor de verzekerde.³² Datzelfde gevolg heeft de normering van schade. Of slachtoffers deze prijs willen betalen in ruil voor het ecarteren van causaliteits- en schadevragen en daarmee een snellere en minder conflictueuze schadeafhandeling, is de vraag. Uit onderzoek lijkt enerzijds te volgen dat de behoefte van slachtoffers van

²⁹ Wansink 2006, p. 273; Wansink 2003, p. 7 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

³⁰ N.A. Elbers en A.J. Akkermans, 'Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering', *TVP* 2013/2, p. 33-39; A.J. Akkermans, 'De emotionele kosten van het geschil', in: P. Langstraat e.a., *De kosten van het geschil*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2008, Den Haag: Sdu 2008, p. 93-131; Akkermans & Van Wees 2007, p. 103-118.

³¹ Faure & Hartlief 2002, p. 258-261; Faure & Hartlief 2001a, p. 87-88.

³² Frenk 1999, p. 1547 e.v..

niet opzettelijke schadeveroorzakende gebeurtenissen (verkeersongevallen, arbeidsongevallen en medische fouten) aan een snelle en vreedzame afhandeling groter is dan de behoefte aan een exacte en volledige financiële compensatie als daarvoor een (lange) rechtsstrijd nodig is.³³ Dat ligt iets genuanceerder bij de slachtoffers van misdrijven. Er zijn aanwijzingen dat juist bij die categorie slachtoffers een groter belang wordt gehecht aan (volledige) vergoeding van de financiële schade dan aan herstel via een gesprek met de dader.³⁴ Dit wordt in verband gebracht met de omstandigheid dat de morele verontwaardiging bij het slachtoffer over het opzettelijk gepleegde delict leidt tot de wens van bestraffing van de dader en tot schadevergoeding.³⁵ Op dit thema wordt nader ingegaan in paragraaf 12.3.

11.3.3. Beter risicocalculatie, risicodifferentiatie en lagere transactiekosten

Een veelbenoemd voordeel voor verzekeraars is dat bij een directe verzekering het risico beter kan worden gecalculeerd en gedifferentieerd dan bij een aansprakelijkheidsverzekering.³⁶ Bij de directe schadeverzekering is voor uitkering alleen van belang of een bepaald risico zich heeft verwezenlijkt. Voor de calculeerbaarheid is dan “slechts” een nauwkeurige inschatting nodig van de kans dat er een uitkering moet worden gedaan. Dit is nauwkeuriger in te schatten dan het aansprakelijkheidsrisico.³⁷ Het aansprakelijkheidsrecht is immers aan ontwikkeling onderhevig. Het kan zomaar zijn dat achteraf, na het sluiten van de overeenkomst en het bepalen van de premie, door nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak, techniek of wetenschap (de “nieuwe risico’s”) ineens een ruimere dekking moet worden geboden dan aanvankelijk was beoogd. Met de omstandigheid dat het betreffende risico bestond en onder de dekking zou vallen, heeft de verzekeraar bij de premiestelling geen rekening kunnen houden.³⁸ Ook veranderingen in de loop van de tijd die te maken hebben met de omvang van de schadevergoeding (bijvoorbeeld de verhoging van de bedragen aan smartengeld), zijn lastig vooraf te calculeren. Bij een directe verzekering weet de verzekeraar van tevoren precies welk risico hij heeft verzekerd en voor welke schadeposten dekking wordt verleend. De hoogte van de premie kan daar nauwkeurig op worden afgestemd. Ook door de mogelijkheden die de first party-verzekeraar, anders dan de aansprakelijkheidsverzekeraar, heeft om in de polis te bepalen voor welke schadecomponenten uitkering wordt verleend en voor welke niet, en bovendien de schadecomponenten te onderwerpen aan limitering of normering, is de first party-verzekeraar beter dan de aansprakelijkheidsverzekeraar in staat zijn risico van tevoren te calculeren en te differentiëren. Afdeling 6.1.10 BW is op directe schadeverzekeringen in beginsel immers niet van toepassing nu het hierbij niet gaat om een wettelijke, maar een contractuele verplichting tot schadevergoeding.

³³ Huver e.a. 2007, p. 4-5, p. 81-86.

³⁴ M. Malsch e.a., ‘Vergelding en herstel: de behoeften van het slachtoffer’, *TvH* 2013/13, p. 18.

³⁵ Malsch 2013, p. 10; J.M. Darley & T.S. Pitman, ‘The psychology of compensatory and retributive justice’, *Personality and Social Psychology Review*, 2003/4, p. 327, p. 331-332.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Faure & Hartlief 2001a, p. 87-89, die tegelijkertijd de vraag opwerpen of dit voordeel zich wel voordoet bij directe verzekeringen die door een ander dan de benadeelde zijn afgesloten; Faure & Hartlief 2002, p. 256-257.

³⁷ Frenk 2000a, p. 4.

³⁸ Deze discussie speelt bij zogenoemde “long tail-schaden” zoals de aansprakelijkheid van de werkgever voor asbest, alsmede voor allerlei nieuwe risico’s, zoals gen- en nanotechnologie.

Dan gelden de regels van titel 7.17 BW in combinatie met de polisbepalingen. Als bijkomend voordeel voor first party-verzekeraars ten opzichte van de aansprakelijkheidsverzekeraars wordt daarnaast genoemd dat bij de eigen verzekerde het risico beter te calculeren is dan bij een (onbekende) derde. Van zijn eigen verzekerde is bijvoorbeeld bekend wat de inkomenssituatie is, en dus wat de eventuele inkomensschade zal zijn bij blijvende of tijdelijke arbeidsongeschiktheid. Bij de aansprakelijkheidsverzekering heeft de verzekeraar bij het aangaan van de verzekering die gegevens van de (ten tijde van het aangaan van de overeenkomst nog onbekend) derde vanzelfsprekend niet, hetgeen een risicocalculatie verder bemoeilijkt. Vanwege de ruime beschikbaarheid van informatie speelt het antiselectie probleem bij de first party-verzekering ook niet of nauwelijks. Hiervoor kwam al aan de orde dat het probleem van antiselectie in belangrijke mate wordt veroorzaakt door een gebrek aan informatie bij de verzekeraar, als gevolg waarvan hij niet goed in staat is een risico- en premiedifferentiatie te maken.³⁹ Dit voordeel voor de verzekeraar heeft voor de benadeelde evenwel een nadeel ten opzichte van afwikkeling van de schade via de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. De verzekerde zal immers in het kader van de totstandkoming van de verzekering gehouden kunnen zijn medische informatie te verschaffen en wellicht zelfs verplicht kunnen worden een medisch onderzoek te ondergaan. Ook zal de benadeelde andere informatie moeten verschaffen aan de hand waarvan de verzekeraar het risico nauwkeuriger kan inschatten. Bij schadeverhaal via de aansprakelijkheidsverzekering van de dader zal medische informatie ook vaak een belangrijke rol spelen, vooral bij de vaststelling van causaal verband. Daar is evenwel het verstrekken van deze gegevens met waarborgen omgeven en is de verplichting van de benadeelde ook aan (privacy-)beperkingen onderhevig, welke beperkingen jegens de eigen verzekeraar minder snel zullen kunnen worden ingeroepen.⁴⁰

Een ander voor verzekeraars belangrijk voordeel van de directe verzekering is dat de transactiekosten lager zijn, omdat er in beginsel geen procedures behoeven te worden gevoerd over de aansprakelijkheid en de afwikkeling sneller, en in beginsel zonder gespecialiseerde (rechts)bijstand zal verlopen.⁴¹ De first party-verzekeraar zal, anders dan de aansprakelijkheidsverzekeraar, in beginsel geen kosten kwijt zijn met betrekking tot de door de slachtoffers geleden schade in de vorm van buitengerechtigde kosten (art. 6:96 lid 2 sub b BW) en kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub c BW), vermindert.⁴² Om begrijpelijke redenen wordt dit door de verzekeraars als voordeel ervaren. Dat betekent echter niet dat het ontbreken van rechtsbijstand aan slachtofferzijde ook een voordeel voor slachtoffers betekent. Zoals hiervoor aan de orde kwam, laat de praktijk bij de afwikkeling van claims op de arbeidsongeschiktheidsverzekering zien, dat ook bij een first party-verzekering discussiepunten blijven bestaan, ook al is de vraag naar aansprakelijkheid niet aan de orde. Ook bij een discussie met de eigen verzekeraar is het van belang dat het debat op een gelijkwaardig niveau kan worden gevoerd. Dit belang weegt des te zwaarder als het om letselschade gaat. De gelijkwaardige positie die slachtoffers thans innemen ten opzichte van aansprakelijkheidsverzekeraars, houdt

³⁹ Faure & Hartlief 1995, p. 301.

⁴⁰ Frenk 2000a, p. 8.

⁴¹ Kremer 2016, p. 324.

⁴² M.G. Faure en T. Hartlief, 'Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER', *NJB* 1998, p. 1135 e.v.

voor een belangrijk deel verband met de juridische bijstand die zij ontvangen door gespecialiseerde advocaten en de laagdrempelige mogelijkheden die deze bijstand meebrengt bij het kunnen voeren van procedures.

11.3.4. Tevredenheid slachtoffers met hun eigen verzekering

Uit onderzoek naar de ervaringen van slachtoffers van misdrijven met het verhalen van hun schade blijkt een grote tevredenheid van slachtoffers met verhaal op hun eigen verzekeringen.⁴³ Het verhaal op de eigen inboedelverzekering bij inbraak is daar een belangrijk voorbeeld van. Het gaat hier ook om misdrijfschade (zij het voornamelijk zaakschade en zuivere vermogensschade), die via een first party-verzekering (de inboedelverzekering en de zorgverzekering) wordt vergoed. Verhaal verliep doorgaans probleemloos en er werd binnen afzienbare tijd een uitkering verkregen.⁴⁴ Om die reden was een van de aanbevelingen van het onderzoek te bezien in hoeverre verzekeraars in staat en bereid zijn om ten aanzien van schade door geweldsdelicten een first party-verzekering in het leven te roepen.⁴⁵ Een soortgelijk resultaat over de grote tevredenheid van slachtoffers over de schadeafwikkeling met hun eigen verzekeraar ten opzichte van de aansprakelijkheidsverzekering van een derde, kwam naar voren uit het onderzoek dat in 1973 is verricht door Bloembergen en Van Wersch.⁴⁶ De onderzoeksresultaten van dat onderzoek wezen uit dat de aan het onderzoek deelnemende personen “gelukkiger zijn met een stelsel waarin zij met hun eigen verzekeraars te doen hebben”, ten opzichte van een afwikkeling via de WA-verzekering van een ander.⁴⁷ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de resultaten van dit onderzoek par. 11.3.1.

11.3.5. Actuele aandacht voor het first party-stelsel

Vanwege al deze voordelen is al lang geleden geopperd dat de directe schadeverzekering vanuit het perspectief van verzekeraars een oplossing kan bieden voor de “uitdijende” aansprakelijkheidslast.⁴⁸ In 2004 is een wetsvoorstel aan de orde geweest ter introductie van een wettelijk verplichte beroepsrisicoverzekering naar Belgisch voorbeeld (aangeduid als de Extra Garantie-

⁴³ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 42-43; S.D. Lindenbergh en A.J. Akkermans, *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldsslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 19.

⁴⁴ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 30.

⁴⁵ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 42-43; Lindenbergh & Akkermans 2014, p. 21.

⁴⁶ Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 127-128 en p. 202.

⁴⁷ Bloembergen & Van Wersch 1973, p. 202.

⁴⁸ Spier en Bolt noemden in hun preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1996 al de mogelijkheid van de first party-verzekering voor de “uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht”: A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 394 en 399. Zie ook: Faure & Hartlief 1995, p. 301-304; T. Hartlief, ‘Van slachtoffers en ‘daders’: op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?’, in: T. Hartlief e.a. (red.), *Het belang van de dader*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1999, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 1-27.

regeling voor Beroepsrisico's, EGB). De EGB zou dekking bieden voor alle vormen van schade van de werknemer in de werksfeer, en omvatte ook de oprichting van een onafhankelijk instituut voor de claimbeoordeling. De EGB is tijdens de discussie in de SER gesneuveld, maar de mogelijkheid om de in de toekomst opnieuw na te denken over een verplichte (directe) beroepsrisicoverzekering is opengehouden.⁴⁹ Recent is de discussie over de introductie van een first party-stelsel nieuw leven ingeblazen, waarbij de aandacht in de eerste plaats uitgaat naar een stelsel dat een oplossing biedt voor aansprakelijkheidsrisico's die samenhangen met letselschade als gevolg van beroepsziekten, verkeersongevallen en medisch handelen.⁵⁰ Het Verbond van Verzekeraars onderzoekt momenteel of een directe verzekering een werkbaar alternatief biedt voor de verkeersaansprakelijkheid. Een van de belangrijke onderwerpen in dat debat vormt de vraag of een first party-stelsel het aansprakelijkheidsrecht in het geheel dient te vervangen, in combinatie met een immuniteit van de dader, of dat het naast het aansprakelijkheidsstelsel dient te staan. Over de bezwaren tegen een vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door een first party-stelsel in het licht van misdrijfschade en de daarmee samenhangende immuniteit van de dader, zij verwezen naar par. 8.3.3, 11.4.3 en 12.3.5.

11.4. Argumenten tegen de directe verzekering

11.4.1. Geen volledige schadevergoeding

Voor de vraag of een first party-verzekering een aantrekkelijke route is voor effectief schadeverhaal na een misdrijf, zijn er vanuit slachtofferperspectief een aantal bezwaren te formuleren tegen de directe verzekering ten opzichte van de route van schadeverhaal via het aansprakelijkheidsrecht en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Een belangrijk bezwaar is in dat verband dat directe verzekeringen veelal maximum verzekerde of genormeerde bedragen kennen, al dan niet in combinatie met uitsluitingen van bepaalde schadeposten. De schade wordt dan niet afgewikkeld via afdeling 6.1.10 BW, maar via de genormeerde bedragen in de polis. Er zijn echter ook directe schadeverzekeringen die wel een afwikkeling van de schade via afdeling 6.1.10 BW kennen, zoals de directe schadeverzekering die ten behoeve van de proefpersonen verplicht moet zijn afgesloten op grond van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (zie ook art. 7 lid 2 van die wet).⁵¹ Vanuit verzekeraarsperspectief is een afwikkeling buiten afdeling 6.1.10 BW een belangrijk voordeel dat verbonden is aan de directe verzekering, omdat dit een instrument vormt om de schadelast te beheersen en te beperken.

Een van die, vanuit verzekeraarsperspectief gerechtvaardigde, instrumenten is het verbinden van een maximum aan het per jaar en per gebeurtenis verzekerde bedrag. Deze beperking komt ook in aansprakelijkheidsverzekeringen voor, waar de maximum verzekerde som meestal € 1 miljoen of € 1,5 miljoen per jaar en per gebeurtenis zal bedragen. Bij een directe verzekering zal de maximaal verzekerde som beduidend lager liggen, zoals hierna in paragraaf

⁴⁹ Kremer 2016, p. 321.

⁵⁰ Zie o.a.: Kremer 2016, p. 317-325.

⁵¹ Wet van 26 februari 1998 houdende regelen inzake medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016, 424.

12.3.1 zal blijken. Daarnaast zal bij directe verzekeringen een verfijning kunnen plaatsvinden in die zin dat de polis bepaalde schadecomponenten van dekking uitsluit of de dekking van die componenten aan een maximum bindt. Zo achten Faure en Hartlief het denkbaar dat componenten als buitengerechtigde kosten en smartengeld aan een maximum worden gebonden.⁵² Als gevolg van de maximering, uitsluiting en normering zal de dekking onder een first party-verzekering (veel) minder zijn dan de dekking op grond van een aansprakelijkheidsverzekering. De dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering is weliswaar ook gemaximeerd, in die zin dat schade boven de verzekerde som niet wordt uitgekeerd. In het geval een partij aansprakelijk is, is het uitgangspunt van het vigerende aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat de volledige schade moet worden vergoed.⁵³ Het slachtoffer moet worden teruggebracht in de situatie waarin hij/zij zich bevond voor de schadeveroorzakende gebeurtenis.⁵⁴ De praktijk leert dat personenschade zeer omvangrijk kan zijn. Vooral bij ernstig en blijvend letsel, waarbij het slachtoffer gedurende het hele leven of langere tijd niet of minder in staat zal zijn om werkzaamheden te verrichten en inkomen te genereren, zal de financiële schade aanzienlijk zijn. Dat geldt vooral bij jonge slachtoffers die nog een heel werkzaam leven (met bijbehorend verdienvermogen) voor zich hadden. Alleen al deze schadepost (verlies aan arbeidsvermogen) kan in de tonnen lopen. De aanzienlijke omvang van de personenschade is een van de redenen geweest dat het minimaal verzekerde bedrag in de WAM wettelijk is vastgesteld op een bedrag van € 6.070.000,-.⁵⁵ Een gemaximeerde uitkering van een directe verzekering van (bijvoorbeeld) € 50.000,- is dan een symbolisch bedrag dat niet meer dan een tegemoetkoming in de schade biedt. Het behoeft geen betoog dat het bedrag dat als verzekerde som bij de AVP-polis is verzekerd, veel beter tegemoetkomt aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding.

Het steeds terugkerende argument voor de noodzaak van een gemaximeerde uitkering bij een directe verzekering is dat de premies betaalbaar moeten blijven. In hoeverre dit argument van verzekerbaarheid is gebaseerd op onderzoek is niet duidelijk. In de literatuur wordt dit argument als een gegeven beschouwd. Indien gekeken wordt naar de (relatief lage) premies voor een aansprakelijkheidsverzekering, dan is dit argument zonder nadere toelichting niet heel overtuigend. Bij een verzekerde som van € 2.500.000,- per jaar voor een gezin met kinderen geldt een maandpremie van € 4,50 tot € 6,60. Bij dezelfde verzekerde som maar dan voor een alleenstaande zonder kinderen geldt een maandpremie van € 2,70 tot € 3,94. Ter vergelijking: de premies voor een verzekering voor een mobiele telefoon of een fietsverzekering bedragen respectievelijk € 6,99 per maand (afhankelijk van merk en aanschafprijs) en € 5,30 (afhankelijk van type fiets, aanschafwaarde en postcodegebied woonplaats).⁵⁶ We zullen hierna zien dat er

⁵² Faure & Hartlief 1995, p. 336.

⁵³ W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-Van der Velde (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 64-65.

⁵⁴ Zie in dat verband ook J. Spier, 'Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V) tijdperk', *A&V* 2000/6, p.123, waarin hij opmerkte dat degene die de stelling inneemt dat volledige vergoeding van lestschaade te duur is, dat zorgvuldig en uitvoerig moet motiveren.

⁵⁵ Dit bedrag geldt per 1 januari 2017: Art. 2 lid 1 sub a Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, Besluit van 27 oktober 1964, *Stb.* 1964, 410, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 25 augustus 2016, *Stb.* 2016, 324.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld vergelijkingssites als: www.123geldzaken.nl; www.klikzeker.nl; www.smartphonepolis.nl.

op de markt reeds enkele AVP-polissen worden aangeboden, waarin een dekking is opgenomen voor eigen schade door een misdrijf van een ander. Deze zijn niet substantieel duurder dan een AVP-polis zonder een dekking voor misdrijfschade, terwijl daar toch een maximale uitkering van € 50.000,- (en € 250.000,- in geval van schade bij meerdere verzekerden) in de dekking is inbegrepen. In hoeverre een verhoging van de gemaximeerde uitkering tot hogere premies leidt, en zo ja over welke bedragen het dan gaat, zou nader onderzoek gedaan moeten worden (een economische analyse). In hoofdstuk 12 wordt hierop verder ingegaan.

11.4.2. Invloed directe verzekering op aansprakelijkheid en schadevergoedingsverplichting

Een tweede bezwaar heeft te maken met de mogelijke invloed van een eigen verzekering aan de kant van het slachtoffer die de ontstane schade (gedeeltelijk) dekt, op de aansprakelijkheid en de schadevergoedingsverplichting van de dader. Er is veel geschreven over de invloed van aansprakelijkheidsverzekering op het aansprakelijkheidsrecht. In dat verband is een van de terugkerende uitgangspunten dat de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekering aan de kant van de aansprakelijke partij invloed heeft op de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoedingsverplichting. De omgekeerde vraag doet zich echter ook voor: is de aanwezigheid van een verzekering aan de kant van het slachtoffer van invloed op de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker en diens schadevergoedingsverplichting?⁵⁷ Zo vormde de afwezigheid van een verzekering aan de kant van het slachtoffer die (deels) de schade dekte, mede aanleiding voor de overweging van de Hoge Raad in de Hangmat-zaak om het juridisch inhoudelijk oordeel over de reikwijdte van art. 6:174 BW (zijn medebezitters jegens elkaar risicoaansprakelijk voor een gebrek in de opstal?) te laten uitvallen ten gunste van het slachtoffer.⁵⁸

Indien potentiële slachtoffers zelf hun schade door misdrijf verzekerd hebben, en als dit even gebruikelijk en gemakkelijk is om zelf dit soort schade te verzekeren als een door een aansprakelijke partij af te sluiten aansprakelijkheidsverzekering,⁵⁹ kan de vraag rijzen waarom de schade dan beter aan de kant van de veroorzaker gespreid zou kunnen of moeten worden.

Op heel praktisch niveau zal het feit dat het slachtoffer (een deel van) de schade zelf verzekerd had, invloed kunnen hebben op het partijdebat en uiteindelijk ook invloed hebben op de omvang van de schade en de omvang van de schadevergoedingsverplichting. De verzekeringsuitkering zal in veel gevallen immers de schade van het slachtoffer verminderd hebben. Indien het slachtoffer ervoor kiest de dader via de strafprocedure (door voeging) of via een civiele procedure aansprakelijk te stellen voor zijn schade, dan zal een belangrijk verweer van de dader zijn dat de verzekeringsuitkering de schade van het slachtoffer heeft verminderd en dat

⁵⁷ Vgl. Drion 1955, p. 21.

⁵⁸ HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465, m.nt. Hartlief (Hangmat).

⁵⁹ Hierna in paragraaf 12.3.1 zal blijken dat er momenteel al vormen van particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen op de markt zijn waarin, naast de (klassieke) dekking tegen aansprakelijkheid jegens derden, ook de eigen schade als gevolg van een misdrijf door een ander is gedekt. Een combinatiepolis dus van een third party-verzekering, met een first party-element erin. Nu de verzekeringsdichtheid van de AVP bijna 100% is, kan bereikt worden dat de verzekeringsdichtheid van een first party-verzekering tegen misdrijfschade ook naar dat percentage gaat. Daarvoor is wel nodig dat de verzekeringsbranche in zijn geheel bereid en in staat is een dergelijke first party-dekking aan te bieden op de AVP, en dat het gaat om een automatische (en geen optionele) dekking in het basispakket.

deze uitkering moet worden verrekend met de schadevergoedingsverplichting (voordeelverrekening, art. 6:100 BW). Uit art. 6:100 BW volgt dat indien een schadetoebrengeende gebeurtenis voor de benadeelde partij naast schade ook voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de schadevergoeding in rekening wordt gebracht voor zover dit redelijk is. Dit doet zich voor bij een schadeverzekering.⁶⁰

Dit verweer heeft de dader uiteraard ook bij andere first party-verzekeringen zoals de ongevallenverzekering en de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Ook bij overlijdensschade (art. 6:108 BW) kunnen uitkeringen die uit hoofde van eigen verzekeringen van het slachtoffer of de nabestaande vanwege het overlijden zijn gedaan, van invloed zijn op de omvang van de schade en daarmee op de schadevergoedingsverplichting van de dader. Uitkeringen uit eigen verzekeringen hebben doorgaans het effect dat de schadevergoedingsverplichting van de dader wordt verminderd.⁶¹ Deze constatering leidt tot een volgend bezwaar tegen betaling van schade via first party-verzekering, namelijk dat geen recht wordt gedaan aan de behoefte van slachtoffers tot erkenning van daderschap. In de literatuur is betoogd dat in dat verband betaling door daders van belang is, waaronder ook is begrepen betaling door de verzekeraar van de dader.⁶²

11.4.3. De schade valt niet waar hij hoort: bij de dader

Indien het verweer op voordeelverrekening van de dader wordt gehonoreerd, ontstaat de bijzondere situatie dat de schadevergoedingsverplichting van de dader wordt verminderd met het bedrag dat de eigen verzekering van het slachtoffer uitkeert. De dader profiteert dan van een verzekering die het slachtoffer zelf heeft afgesloten en waarvoor het slachtoffer zelf (wellicht zelfs jarenlang) premies heeft betaald. Dat zal het slachtoffer als onbevredigend ervaren. Niet de dader, maar hijzelf betaalt (of draagt bij aan betaling van) zijn eigen schadevergoeding. Aan een belangrijke behoefte van het slachtoffer wordt dan immers niet tegemoetgekomen, namelijk de behoefte dat de dader zelf financieel moet boeten voor de door hem veroorzaakte schade. Ditzelfde bezwaar geldt als geen verrekening met een vergoedingsplicht van de dader plaatsvindt, maar de schadevergoeding geheel of gedeeltelijk vanuit de first party-verzekering wordt voldaan. De vergeldende rechtvaardigheid wordt in dit stelsel geheel vervangen door de verdelende rechtvaardigheid. De schade wordt (volledig of grotendeels) gecollectiviseerd. Er is geen wederkerigheid in persoonlijke verantwoordelijkheid meer. Dit argument geldt des te sterker in een systeem waarin de directe verzekering het aansprakelijkheidsrecht geheel vervangt en de dader algehele immuniteit geniet.⁶³ Over de (on)wenselijkheid van laatstgenoemde optie voor slachtoffers, zie par. 12.3.5.⁶⁴

⁶⁰ Zie HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013, 81, m.nt. Hartlief, rov. 3.5.3.

⁶¹ Zo ook Bloembergen 1980a, p. 15-16.

⁶² Kaptein 1998, p. 86.

⁶³ Frenk 2000a, p. 9-10.

⁶⁴ Zie onder meer: Cozijn 1988, p. 36, p. 39 en p. 47. Dat de meerderheid van de ondervraagde slachtoffers in dit onderzoek vond dat de dader de aangewezen persoon is om de toegebrachte schade te vergoeden, deed overigens niet af aan de gevoelde verantwoordelijkheid van de overheid voor de gevolgen van criminaliteit (p. 47 van het WODC-rapport). Zie ook: Van Dijk 1985, p. 11.

Aan dit bezwaar kan mogelijk tegemoet gekomen worden doordat de verzekeraar die aan zijn verzekerde een uitkering heeft gedaan, overgaat tot het nemen van regres op de dader en het slachtoffer van de uitkomst daarvan ook op de hoogte houdt. Ook vanuit het oogpunt van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is het raadzaam dat het regres daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Dit is vergelijkbaar met de praktijk die het CJIB hanteert bij het terughalen bij de veroordeelde van bedragen die onder de voorschotregeling zijn uitbetaald aan de slachtoffers. Ook de bedragen die het Schadefonds Geweldsmisdrijven aan slachtoffers uitkeert, kunnen op de schadeveroorzaker worden verhaald. Art. 6 lid 4 van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven bepaalt daartoe dat de Staat voor het bedrag dat het fonds aan de aanvrager heeft uitgekeerd in de rechten treedt die deze ter zake van de door hem geleden schade tegenover derden heeft. Het gaat hier om een wettelijk regresrecht. Volgens de cijfers in het jaarverslag blijkt dat dit regres in ieder geval in de afgelopen twee jaar ook daadwerkelijk is uitgeoefend. Door het nemen van regres wordt de preventieve functie die het aansprakelijkheidsrecht uitoefent, door de first party-verzekering overgenomen, in ieder geval voor wat betreft het onder die verzekering vergoede deel van de schade. Of regres mogelijk is, zal afhangen van de polisvoorwaarden. Bij een wettelijke verplichte first party-verzekering zal de vraag of regres kan worden genomen ook afhangen van de mogelijkheden die de wetgever aan de verzekeraar laat.⁶⁵ Regres door de verzekeraar op de dader doet bovendien recht aan het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat degene die door een strafbaar feit schade veroorzaakt, uiteindelijk de rekening daarvoor zelf betaalt. Dit uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan het wetsvoorstel inzake de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en slachtofferzorg⁶⁶, en de voorgestelde eigen bijdrage voor verblijf in de justitiële inrichting.⁶⁷

Ten slotte geldt dat de vorm waarin de first party-verzekering is gegoten relevant is voor de vraag of op grond van subrogatie (art. 7:962 BW) regres kan worden genomen op de aansprakelijke derde. Kan de first party-verzekering niet worden beschouwd als een schadeverzekering als bedoeld in art. 7:944 BW, maar als een zuivere sommenverzekering, dan wordt aangenomen dat regres krachtens subrogatie niet mogelijk is.⁶⁸ Een sommenverzekering onderscheidt zich van de schadeverzekering doordat bij de verwezenlijking van een bepaald risico een vooraf vastgestelde som wordt uitgekeerd aan de verzekerde, onafhankelijk van de daadwerkelijke schade. Vormen van sommenverzekeringen zijn de overlijdensrisicoverzekering, de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de ongevallenverzekering en de pensioenverzekering. Dat bij

⁶⁵ T. Hartlief, 'Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?', in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennestreken over personenschade*. Bijdragen ter gelegenheid van het twintigste symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2009, Den Haag; Sdu Uitgevers 2009, p. 21.

⁶⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van Strafvordering in verband met de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en slachtofferzorg, *Kamerstukken II 2014/15*, 34067, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁶⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden, de Beginselenwet justitiële jeuginrichtingen en enige andere wetten in verband met de eigen bijdrage voor verblijf in een justitiële inrichting, *Kamerstukken II 2014/15*, 34068, nr. 3, p. 1 (MvT). Dit wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken.

⁶⁸ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/571; Engelhard 2003, p. 121-122; P.S. de Graaf en J.B. Wezeman, 'Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde gelaedeerde', *NTHR* 2010-1, p. 7. Zie genuanceerd: De Kok 1965, p. 94, die heeft bepleit dat aan de sommenverzekeraar subrogatie toekomt voor zover hij schade vergoedt voor welke een derde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is.

sommenverzekeringen de verzekeraar niet wordt gesubrogeerd in de rechten van zijn verzekerde jegens de aansprakelijke derde heeft de Hoge Raad beslist in het arrest Spoorwegongeval De Vink,⁶⁹ en is sindsdien vaste rechtspraak. Dat subrogatie niet op de sommenverzekering ziet, blijkt ook uit de omstandigheid dat de wettelijke regeling omtrent subrogatie is opgenomen in de titel die ziet op de overeenkomst van schadeverzekering (afdeling 7.17.2 BW).⁷⁰ Het onderscheid tussen een sommenverzekering en een schadeverzekering is vaak niet goed te maken.⁷¹ De vraag of een verzekering het karakter van een sommenverzekering heeft en niet strekt tot vergoeding van schade zal beoordeeld moeten worden door de rechter die over de feiten oordeelt.⁷² Wordt het sommenverzekerskarakter aangenomen, dan is er geen plaats voor subrogatie ex art. 7:962 BW. Wel kan worden bezien of het mogelijk is in de polis van een sommenverzekering te bepalen dat de verzekeraar verhaal kan nemen op de schadeveroorzaker.⁷³

Bij de vormgeving van een first party-verzekering tegen misdrijfschade dient bijzondere aandacht te worden besteed aan dit aspect.

11.4.4. Verzekeringsrechtelijke verplichtingen benadeelde bij de directe verzekering

Onder een directe verzekering zullen op de benadeelde als verzekerde respectievelijk verzekeringnemer enkele verplichtingen rusten die bij een aanspraak op de AVP-polis van de dader niet op hem zouden rusten. Te denken valt aan de meldingsplicht, op grond waarvan de verzekerde nadat hij schade heeft geleden, dit zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is moet melden bij de verzekeraar (art. 7:941 lid 1 BW). Daarnaast dient hij binnen redelijke termijn de verzekeraar inlichtingen en bescheiden te verschaffen die van belang zijn voor de beoordeling van de uitkeringsplicht (art. 7:941 lid 2 BW). Komt hij deze verplichtingen niet na, dan kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor lijdt of zijn uitkeringsplicht geheel laten vervallen als hij door de niet nakoming in een redelijk belang is geschaad (art. 7:941 lid 3 en 4 BW). Voor de veiligstelling van zijn vordering binnen het aansprakelijkheidsrecht en jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader is de positie van de benadeelde een andere. Daar heeft hij rekening te houden met de verjaringstermijn van art. 3:310 BW, hetgeen erop neerkomt dat hij vijf jaar de tijd heeft om zijn vordering te verhalen.⁷⁴ Het voorgaande verdient in zoverre nuancering dat het slachtoffer bij zijn verhaal via het aansprakelijkheidsrecht wel rekening zal hebben te houden met art. 7:954 BW in het kader van zijn rechtstreeks vorderingsrecht

⁶⁹ HR 31 december 1931, *NJ* 1932, 419 en HR 3 januari 1936, *NJ* 1936, 78: "Zowel de woorden van het wetsvoorschrift als zijn strekking verzetten zich tegen de toepassing op een verzekering krachtens welke de verzekeraar niet tot vergoeding van schade, maar tot uitkering van een vaste som onafhankelijk van geleden schade gehouden is." Zie de genuanceerde opvatting van Meijers in zijn noot onder *NJ* 1932, 419, waarin hij pleit voor subrogatie voor de sommenverzekeraar voor zover hij schade vergoedt.

⁷⁰ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/571.

⁷¹ Zie voor aanknopingspunten op grond waarvan de kwalificatie als schade- of sommenverzekering kan plaatsvinden: Engelhard 2003, p. 124-133.

⁷² Zie bijvoorbeeld HR 6 juni 2003, *NJ* 2004, 670, m.nt. MMM; HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009, 80, m.nt. MMM.

⁷³ Zoals in België het geval is. Ook daar wordt een onderscheid gemaakt tussen schadeverzekeringen ("indemnitare" verzekeringen) en sommenverzekeringen ("forfaitaire" verzekeringen). Bij de indemnitare verzekeringen heeft de verzekeraar een subrogatierecht. Bij de forfaitaire verzekeringen niet, tenzij dat in de polis is bedongen.

⁷⁴ Frenk 2000a, p. 8.

op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. In het kader van termijnen is lid 1 van art. 7:954 BW van belang. Daaruit volgt dat het rechtstreeks vorderingsrecht pas ontstaat indien de verzekeringnemer de verwezenlijking van het risico bij de verzekeraar heeft gemeld. In par. 4.5 kwam al aan de orde dat deze verplichting in de praktijk leidt tot onnodige vertraging en problemen. Wat op deze plaats echter van belang is, is dat te late melding een ongunstige invloed kan hebben op de rechten van het slachtoffer, indien de verzekeraar aantoont dat hij door de late melding in zijn belangen is geschaad.

Daarnaast valt te denken aan de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, die op de verzekeringnemer rust (art. 7:928 BW). Bij een directe verzekering kan dit de benadeelde zelf zijn, of een derde die ten behoeve van het (latente) slachtoffer een verzekering sluit. In het kader van de totstandkoming van de overeenkomst is de verzekeringnemer verplicht feiten met betrekking tot de verzekerde waarvan hij begrijp of behoort te begrijpen dat die voor de verzekeraar relevant zijn, mee te delen (art. 7:928 lid 1 BW). De sanctie op de niet nakoming van deze verplichting is dat de benadeelde niet of minder uitgekeerd krijgt en dat de verzekeraar de overeenkomst kan opzeggen (art. 7:929 BW en art. 7:930 BW). In zoverre is de positie van de benadeelde bij een directe verzekering, zeker als hij niet zelf tevens de verzekeringnemer is, kwetsbaarder is dan via de route van het aansprakelijkheidsrecht.⁷⁵ Frenk heeft in dit verband als oplossing voor dit probleem geopperd dat wettelijk wordt vastgelegd dat de verzekeraar een schending van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer niet kan tegenwerpen aan de benadeelde.⁷⁶

Ook zullen er bij de directe verzekering contractuele verplichtingen op het slachtoffer rusten in het kader van het verschaffen van privacygevoelige informatie. In dat verband valt te denken aan het verstrekken van medische informatie en het ondergaan van medisch onderzoek ter beoordeling van de causaliteit. Deze contractuele verplichtingen rusten niet op het slachtoffer die ageert op grond van het aansprakelijkheidsrecht. Ook daar zal het slachtoffer moeten meewerken aan het verschaffen van informatie in het kader van de vaststelling van het oorzakelijk verband tussen schadeval en schade, maar daar heeft het slachtoffer een beter beschermde en gelijkwaardiger positie ten opzichte van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. In die context kan het slachtoffer een beroep doen op privacyregels die het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens bemoeilijken.⁷⁷ Frenk heeft in dat verband opgemerkt dat, in ieder geval bij een overstap van aansprakelijkheid naar een directe verzekering, de overheid alert dient te zijn op de vraag welke contractuele verplichtingen al dan niet toelaatbaar zijn.⁷⁸ Bij een vrijwillige verzekering is die overheidscontrole er niet en kan de positie van een slachtoffer minder gunstig en juist kwetsbaarder zijn dan bij een verhaal via het aansprakelijkheidsrecht.

⁷⁵ Frenk 2000a, p. 8.

⁷⁶ Frenk 2000a, p. 8.

⁷⁷ Frenk 2000a, p. 8.

⁷⁸ Frenk 2000a, p. 8.

11.5. Verzekeringsdichtheid bepaalt mate van effectiviteit

11.5.1. Slagingsfactoren first party-verzekering

Een belangrijk nadeel van een vrijwillige first party-verzekering is dat de vraag of het op deze manier vergroten van de private verzekeraarbaarheid een daadwerkelijke oplossing biedt voor het in dit onderzoek centraal staande probleem, afhankelijk is van de verzekeringsdichtheid die bereikt wordt. Die hangt weer samen met vraag of particulieren (de latente slachtoffers) een dergelijke verzekering zullen afsluiten. Het hangt van verschillende factoren af of een particulier een dergelijke verzekering zal afsluiten. De mate van risico-aversie, de hoogte van de premie, informatie over de risico's en de mate van verzekeraarbaarheid, alsmede de vraag in hoeverre men zelf in staat is de financiële gevolgen van een misdrijf te dragen, zullen een rol spelen bij deze beslissing. Ook de vraag of de schade al deels is gedekt door sociale voorzieningen (zoals het sociale zekerheidsrecht of een publiek schadefonds) of door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader zal de graad van risicoaversie mede bepalen.⁷⁹ Ook de mate waarin men het risico inschat dat men slachtoffer zal worden van een misdrijf, zal een rol spelen bij de keuze een dergelijk verzekeringsproduct te sluiten. Uit onderzoek blijkt dat personen ex ante, wanneer nog niet duidelijk is wie van hen het lot zal treffen en het nog niet gaat om een identificeerbaar, maar alleen maar om een statistisch risico, bereid zijn een risico op (in ieder geval) immaterieel verlies te accepteren.⁸⁰ Indien dit ook opgaat voor het aanvaarden van een materieel verlies, kan dit meebrengen dat er onvoldoende markt bestaat voor een dergelijk specifiek verzekeringsproduct als een verzekering tegen de financiële gevolgen van letsel en overlijden door een misdrijf. In dit verband is relevant dat vooral jonge mensen (tussen de 15 en 40 jaar) slachtoffer worden van een geweldsmisdrijf.⁸¹ Zo blijkt dat van de personen die in 2011 behandeld zijn voor letsel door geweld zowel absoluut als relatief de slachtoffers tussen de 15 en 34 jaar oud zijn.⁸² De grootste risico's zijn er voor de 12-24 jarigen: een op de zeven binnen deze groep wordt jaarlijks slachtoffer van een gewelddelict.⁸³ Uit de integrale veiligheidsmonitor blijkt dat van de 15-24-jarigen 5% slachtoffer werd van een gewelddelict, tegen 1 % van de 65-plussers. Slachtofferschap als gevolg van geweld lijkt dan ook sterk leeftijdgebonden.⁸⁴

Het is zinvol te bezien hoe het enkele jaren is vergaan met de poging van het Verbond van Verzekeraars de aangesloten leden te interesseren voor een Frans verzekeringsproduct dat in Frankrijk (kennelijk) gretig aftrek vond. Het ging om de verzekering *Garantie des Accidents de la Vie* (GAV).

⁷⁹ Vanden Borre 2001, p. 714.

⁸⁰ Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 5 (www.medialeidenuniv.nl). De verkorte versie van deze publicatie is opgenomen in *NJB* 2005 (37), p. 1934-1936.

⁸¹ *Slachtoffers van criminaliteit*, Sociaal en Cultureel Planbureau (p. 69).

⁸² Letsel Informatie Systeem, LIS, (Consument en Veiligheid). Zie ook hiervoor in par. 8.2.2.1.

⁸³ Lanting & Hoeymans 2008, p. 132-133 onder verwijzing naar: Wittebrood 2006 en Justitie et al, *Actieplan tegen geweld*, Den Haag 2005.

⁸⁴ Den Hertog 2013, p. 61.

11.5.2. Garantie des Accidents de la Vie (GAV)

De GAV is een first party-verzekering voor particulieren die dekking biedt tegen personenschade, inclusief immateriële schade, als gevolg van blijvende invaliditeit of dood als gevolg van een 'accident de la vie privée'. De schade wordt vergoed overeenkomstig het Franse schadevergoedingsrecht. Onder 'accidents de la vie privée' zijn alle van buiten komende onheilen begrepen zoals alledaagse (huis,- tuin en keuken)ongevallen, maar ook misdrijven en medische incidenten. Alleen verkeers- en arbeidsongevallen zijn van dekking uitgezonderd. De GAV zou voor enkele tientjes per maand voor het hele gezin zijn af te sluiten. Kremer heeft jaren geleden ervoor gepleit om te onderzoeken of er in Nederland ook een markt voor een dergelijke verzekeringsvorm bestaat.⁸⁵ In 2011 heeft het Verbond van Verzekeraars de GAV onder de aandacht van haar leden gebracht, maar een introductie van een soortgelijk verzekeringsproduct op de Nederlandse markt is achterwege gebleven. Onbekend is of er destijds onderzoek is gedaan naar de vraag of in Nederland een markt bestaat voor een dergelijke verzekering en of het resultaat van dat onderzoek de reden is geweest waarom introductie op de Nederlandse markt achterwege is gebleven. Als dat zo is, dan kan betwijfeld worden of dat inmiddels is veranderd. Voor een verandering pleit dat het sociale zekerheidsstelsel verder is vermagerd en de afgelopen jaren een toename te zien is geweest aan terroristische aanslagen. In zoverre kan het belang van een risico-averse burger zijn toegenomen bij het sluiten van een first party-verzekering tegen misdrijfschade. Tegen een verandering pleit dat de reeds op de markt beschikbare zelfstandige producten kennelijk geen hoge vlucht hebben genomen en geen navolging hebben gevonden bij andere verzekeraars. Ook in België zijn de first party-verzekeringen erg beperkt gebleven, vooral vanwege de beperkte dekkingen en de hoge premie.⁸⁶

⁸⁵ Kremer 2006, p. 317.

⁸⁶ Volgens informatie van C. van Schoubroeck, hoogleraar verzekeringsrecht aan de Katholieke Universiteit Leuven.

12. Vormgeving directe verzekering

12.1. Inleiding

Bij de vormgeving van een directe verzekering speelt een aantal aspecten een rol. Zo rijst de vraag of een first party-dekking het beste kan worden gerealiseerd binnen een reeds bestaand verzekeringsproduct, of dat een dekking binnen een separaat en specifiek verzekeringsproduct de voorkeur verdient. Daarnaast rijst de vraag of er minimumeisen moeten en kunnen worden gesteld aan de dekking en de verdere voorwaarden waaraan de directe verzekering moet voldoen om het doel van een dergelijke verzekering, namelijk een betere bescherming van de financiële positie van een slachtoffer van een misdrijf, te effectueren. In dat verband laten zich vragen definiëren naar de wenselijkheid van maximering van de uitkering, en de mogelijkheden tot uitbreiding van het uitkeringsplafond zonder dat dit leidt tot een substantiële premieverhoging. Bij een (niet verplichte) directe verzekering is het uitgangspunt dat de verzekeraar vrij is in de vaststelling van zijn eigen regels in de polis.¹ Interessante vraag is derhalve of het opnemen in de polis van eigen causaliteits- en bewijsregels om complexe causaliteitsvragen uit het aansprakelijkheidsrecht te ecarteren, uit het oogpunt van slachtofferbescherming wenselijk is, of dat een polis die bij de bepaling van de omvang van de schade uitgaat van de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW de voorkeur verdient. Daarnaast is de vraag of een directe verzekering voor misdrijfschade ook een rechtsbijstandscomponent moet kennen, op grond waarvan het slachtoffer de kosten vergoed krijgt die samenhangen met het verhaal van de niet-vergoede schade via het strafrecht of het civiele recht op de aansprakelijke partij. Ten slotte is de vraag relevant of de totstandkoming en vormgeving van de directe verzekering van misdrijfschade geheel aan de branche moet worden overgelaten. Is een vorm van verplichte first party-verzekering, met een minimale dekkingsomvang, wenselijk en mogelijk?

12.2. First party-dekking op bestaande polis of in separaat product?

12.2.1. First party-dekking op de AVP-polis

Een directe verzekering kan in meerdere vormen worden aangeboden. Het kan een zelfstandig verzekeringsproduct zijn, zoals een arbeidsongeschiktheidsverzekering of een ongevallenverzekering. Het kan ook een dekking zijn die is meegenomen in een ander verzekeringsproduct. Een voorbeeld hiervan is de mogelijkheid een directe verzekering aan de kant van het slachtoffer van een misdrijf in de vorm van een first party-dekking te koppelen aan zijn eigen AVP-polis. Het gaat hier om een combinatie van een third party-verzekering, namelijk de aansprakelijkheidsverzekering voor de schade die de verzekerde zelf aan een ander toebrengt, met een first party-verzekering voor de door de verzekerde geleden schade als gevolg van een door een ander gepleegd misdrijf. Deze mogelijkheid is in het verleden herhaaldelijk geopperd door Wansink.² Wansink verbond aan een dergelijke verzekering wel een aantal (verstreckende) voor-

¹ Wansink 2000a, p. 416.

² Wansink 2000, p. 14 e.v.; Wansink 2003, p. 7-8 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52); Wansink 2006, p. 273; Wansink 2010, p. 43.

waarden. Zo stelde hij voorop dat het slechts om een beperkte en subsidiaire dekking kan gaan waarbij het slachtoffer aanspraak kan maken op een genormeerde uitkering tegen cessie van zijn vordering op de dader ten belope van het uitgekeerde bedrag. Om de verzekeraar in staat te stellen het verhaalsrecht daadwerkelijk uit te oefenen dient volgens Wansink aan de aanspraak de voorwaarde worden verbonden dat (i) er een bekende aansprakelijke dader is. Deze voorwaarde doet een van de voordelen van de directe verzekering te niet, namelijk dat de eigen verzekering van het slachtoffer ook uitkeert bij een onbekend gebleven of geheel onverzekerde dader. Daarnaast is aan de aanspraak van het slachtoffer op zijn eigen verzekeraar de voorwaarde verbonden dat (ii) de AVP-polis van de dader geen dekking biedt uitsluitend op grond van de opzetclausule, dat (iii) de uitkering alleen ziet op personenschade, (iv) waarvoor het slachtoffer geen aanspraak op vergoeding heeft uit hoofde van enige (ander(e)) verzekering, voorziening of fonds. De directe verzekering is in de versie van Wansink een verzekering met een subsidiaire dekking. Een soort 'vangnet' dat alleen als er geen andere verhaalsmogelijkheid is, tot uitkering komt. Bij ernstige geweldsmisdrijven bestaat er in de regel altijd een aanspraak op het een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Dit zou in de visie van Wansink dan al in de weg staan aan uitkering onder de directe verzekering.

Ook Hartlief heeft gewezen op de mogelijkheid van een first party-verzekering, al deed hij dat niet specifiek met het oog op de verbetering van de positie van slachtoffers van misdrijven.³ Datzelfde geldt voor Faure, die over de first party-verzekering in het debat over een verplichte verzekering voor rampen, heeft genoteerd dat "onder omstandigheden een dekkingsplicht in het kader van de first party-verzekering ook met rechtseconomische argumenten ondersteund zou kunnen worden."⁴

Frenk heeft de mogelijkheid van een directe schadeverzekering in verband gebracht met de verbetering van de verhaalspositie van het slachtoffer van een strafbaar feit.⁵ Zijn voorstel hield in dat de aansprakelijkheidsverzekering voor de gevallen dat ingevolge de opzet- (en misbruik)clausule geen dekking bestaat, het slachtoffer toch schadeloos stelt. Zijn gedachte was dat de aansprakelijkheidsverzekering van de dader in dat geval "van kleur verschiet" en een directe verzekering ten behoeve van het slachtoffer wordt. "In de gevallen dat derhalve de aansprakelijkheidsverzekering voor de verzekerde *dader* geen dekking biedt, biedt de verzekering wel dekking voor de schade van het *slachtoffer*, die dan als verzekerde rechtstreeks zijn schade vergoed krijgt," aldus Frenk.⁶ Hij voegt eraan toe dat "het fraaie van dit alternatief is dat het slachtoffer onder alle omstandigheden schadeloos wordt gesteld, maar dat in de gevallen dat er sprake is van opzet, de verzekeraar voor de uitkering die hij dan toch aan het slachtoffer doet verhaal kan nemen op de dader."⁷ De mogelijkheid die Frenk oppert (het 'van kleur verschieten' van de aansprakelijkheidsverzekering van een third party-verzekering naar een first party-verzekering als de opzetclausule in de weg staat aan uitkering aan het slachtoffer van een misdrijf), vergt een aanpassing van de verzekeringsovereenkomst.

³ Hartlief 2003a, p. 11.

⁴ Faure 2010, p. 128.

⁵ Frenk 2000, p. 93.

⁶ Frenk 2000, p. 93.

⁷ Frenk 2000, p. 93.

Vanuit de verzekeringsbranche is afwijzend gereageerd op het voorstel van Frenk. Tolman heeft het aldus verwoord:⁸

“Frenk ziet hier in een van zijn alternatieve oplossingen nog een mooie taak weggelegd voor verzekeraars; de verzekeraar betaalt en verhaalt. De verzekeraar als wrekende gerechtigheid die de onverlaat namens het slachtoffer bespringt. Maar helaas, verzekeraars zijn in principe geen verhaalsinstanties, maar uitkeringsinstanties. De verzekeraar oefent zijn verhaalsrechten veelal uit op collega-verzekeraars. Het verhaal van opzet-schaden op daders is echter andere koek. Daar heb je een soort ‘pluk-ze-teams’ voor nodig.”⁹

Regres - De belangrijkste kritiek lijkt te zijn dat het verhaal van schade veroorzaakt door een misdrijf een lastige opgave is waarvoor verzekeraars niet zouden zijn toegerust. Dit argument overtuigt niet, nu het regres van dit soort schades niet wezenlijk anders is dan het regres op collega-verzekeraars of professionele partijen. Grotere verzekeraars hebben zelfs afdelingen die gespecialiseerd zijn in het nemen van regres. In juridisch opzicht zal het verhaal van schade die is veroorzaakt door een misdrijf zelfs eenvoudiger zijn dan bijvoorbeeld het verhaal van schade op een collega-verzekeraar of andere professionele partij (bijvoorbeeld de verhuurder) na het opruimen van door brand vrijgekomen asbest. In het eerste geval is de onrechtmatigheid (het misdrijf) een gegeven, terwijl het vaststellen van de onrechtmatigheid (en in het verlengde daarvan de aansprakelijkheid) in het tweede geval aanmerkelijk lastiger zal zijn. Aan Tolman kan worden toegegeven dat er bij plegers van misdrijven in het algemeen in kwalitatief en kwantitatief opzicht minder vermogensbestanddelen zullen zijn waarop verhaal mogelijk is dan in het geval van verhaal op collega-verzekeraars of andere professionele partijen. Succesvol verhaal is echter zeker niet onmogelijk. Zo blijkt uit cijfers van het CJIB dat van de uitgekeerde schadevergoedingsmaatregelen een substantieel gedeelte wordt teruggehaald bij de dader. In 2014 zijn 12.670 schadevergoedingsmaatregelen afgedaan. Ruim 80% daarvan is afgesloten wegens volledige betaling door de veroordeelde. Ongeveer 16% van de zaken is afgesloten omdat door de veroordeelde vervangende hechtenis is ondergaan. De overige zaken zijn om andere redenen afgesloten, bijvoorbeeld omdat de veroordeelde is overleden. Van de afgesloten zaken bleek in de periode 2010 tot en met 2014 gemiddeld een bedrag van bijna € 10 miljoen per jaar niet inbaar.¹⁰ Van de door het Schadefonds Geweldsmisdrijven uitgekeerde bedragen wordt minder teruggehaald bij de dader. In 2015 is van het uitgekeerde bedrag van € 16,5 miljoen een bedrag van € 645.000 via het CJIB verhaald op de dader.¹¹ Dit verschil valt mogelijk te verklaren door de dreiging met vervangende hechtenis die als sanctie is gesteld op het niet-terugbetalen door de dader van de schadevergoedingsmaatregel. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven ontbeert deze mogelijkheid bij het nemen van regres voor gedane uitkeringen.

⁸ Tolman 2000, p. 128 (Tolman was ten tijde van deze publicatie in 2000 juridisch adviseur bij Delta Lloyd Schadeverzekering N.V. en voorzitter van de Juridische Commissie van het Verbond van Verzekeraars).

⁹ Zie voor een reactie van Frenk op de bijdrage van Tolman: Frenk 2000c, p. 130.

¹⁰ Antwoorden op kamervragen van het lid Oskam over de uitbreiding van de voorschotregeling voor slachtoffers van misdrijven per 1 januari 2016 en antwoord van Minister Van der Steur (Veiligheid en Justitie) van 8 januari 2016: *Aanhangsel Handelingen II 2015/16*, 1056, p. 3. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II 2015/16*, 644.

¹¹ Cijfers Jaarverslag Schadefonds Geweldsmisdrijven 2015.

12.2.2. First party-dekking voor misdrijfschade via separaat verzekeringsproduct

Naast de mogelijkheid van een dekking voor misdrijfschade op de eigen AVP-polis, is het mogelijk deze dekking vorm te geven in een separaat verzekeringsproduct. Een voorbeeld van een dergelijk (reeds bestaand product) wordt hierna besproken. Een belangrijk nadeel van een separaat product is dat de vraag of de misdrijfschade verzekerd is, afhankelijk is van de vraag of het (latente) slachtoffer een dergelijke verzekering gesloten heeft. Het hangt van verschillende factoren af of een particulier een dergelijke verzekering zal afsluiten. De mate van risico-aversie, de hoogte van de premie, informatie over de risico's en de mate van verzekeraarbaarheid, alsmede de vraag in hoeverre men zelf in staat is de financiële gevolgen van een misdrijf te dragen, zullen een rol spelen bij deze beslissing. Ook de mate waarin men het risico inschat dat men slachtoffer zal worden van een misdrijf, zal een rol spelen bij de keuze een dergelijk verzekeringsproduct te sluiten. Uit onderzoek blijkt dat personen ex ante, wanneer nog niet duidelijk is wie van hen het lot zal treffen en het nog niet gaat om een identificeerbaar, maar alleen maar om een statistisch risico, bereid zijn een risico op (in ieder geval) immaterieel verlies te accepteren.¹² Indien dit ook opgaat voor het aanvaarden van een materieel verlies, kan dit meebrengen dat er onvoldoende markt bestaat voor een dergelijk specifiek verzekeringsproduct als een verzekering tegen de financiële gevolgen van letsel en overlijden door een misdrijf. In dit verband is relevant dat vooral jonge mensen (tussen de 15 en 40 jaar) slachtoffer worden van een geweldsmisdrijf.¹³

12.2.3. Voordelen first party-dekking op de AVP-polis of de zorgverzekering

Het hiervoor genoemde bezwaar bestaat in beginsel ook bij een first party-dekking op de AVP-polis, maar gelet op de grote verzekeringsdichtheid van de AVP-polis (99,9%) zullen bij een op de AVP-polis meeverzekerde first party-dekking voor misdrijfschade de meeste huishoudens kunnen profiteren van een dergelijke verzekering. Dit geldt echter alleen indien deze first party-dekking tot het basispakket van de AVP-polis behoort, en de aspirant-verzekerde geen keuze daarvoor hoeft te maken. De first party-dekking is dan met andere woorden “automatisch” meeverzekerd en verdisconteerd in de te betalen premie. Dit is thans het geval bij de AVP-polis die ASR aanbiedt. De vorm van een first party-dekking op de eigen AVP-polis is, voor zover nu kan worden beoordeeld, het meest veelbelovend vanwege de grote verzekeringsdichtheid van de AVP-polis.¹⁴ Daardoor is immers een brede spreiding gegarandeerd, terwijl “macro-economisch bezien – de uitkeringen blijven rondlopen binnen het totale premie-inkomen voor AVP-verzekeringen”, aldus Wansink.¹⁵ Hij doet nog de suggestie de aan de first party-dekking verbonden schadelast te financieren uit de besparing aan uitkeringen die de nieuwe opzetclau-

¹² Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 5 (www.medialeidenuniv.nl). De verkorte versie van deze publicatie is opgenomen in *NJB* 2005 (37), p. 1934-1936.

¹³ Wittebrood 2006, p. 69.

¹⁴ Zie paragraaf 2.7.

¹⁵ Wansink 2006, p. 273.

sule oplevert ten opzichte van de oude clause op basis van de door de Hoge Raad voorgestane uitleg daarvan.¹⁶

Een andere mogelijkheid is de first party-dekking te realiseren via de zorgverzekering, die wettelijk verplicht is. De gedachte daarachter zou kunnen zijn dat zorgverzekeraars toch al een aanzienlijk deel van de misdrijschade dragen doordat de kosten van ziekenhuisopname en medische ingrepen van de slachtoffers grotendeels gedekt zijn. Daar staat tegenover dat aansprakelijkheidsverzekeraars meer expertise hebben opgebouwd in het kader van afwikkeling van aansprakelijkheidsclaims. Een afwikkeling van misdrijschade op basis van een directe schadeverzekering sluit beter aan bij de praktijk en expertise van aansprakelijkheidsverzekeraars.

Het is echter de vraag of het reëel is te verwachten dat alle aansprakelijkheidsverzekeraars een automatische first party-dekking tegen misdrijschade in de basisdekking van hun AVP gaan meenemen, zeker niet als de dekking meer zal zijn dan € 50.000. De verwachting is eerder dat een dergelijke first party-dekking als extra optie wordt aangeboden, tegen betaling van een hogere premie. Als dat het geval is, zal de praktijk moeten uitwijzen hoe groot de verzekeringsdichtheid zal zijn, en daarmee hoe effectief de oplossing van de first party-verzekering is voor het voorliggende probleem. Een andere mogelijkheid is een model waarbij een verplichte first party-verzekering tegen misdrijschade als verplichte aanvullende dekking wordt toegevoegd aan een vrijwillig gesloten verzekering die een hoge verzekeringsdichtheid kent, zoals de AVP. Volgens Faure bestaat een dergelijk model al in Frankrijk, waar een huiseigenaar verplicht is om naast een vrijwillige verzekering (zoals de opstalverzekering) verplicht is een verzekering te nemen tegen natuurrampen.¹⁷ Faure heeft erop gewezen dat voor dit model steun kan worden gevonden in de "behavioural literature", waarin is vastgesteld dat personen bereid waren om tot 30% meer te betalen voor een verzekering waarbij rampendekking wordt gecombineerd met een dekking voor een vaker voorkomend risico dan wanneer twee polissen separaat werden aangeboden.¹⁸

12.3. Uitgangspunten voor de dekking bij een directe verzekering voor misdrijschade

Het is de vraag aan welke uitgangspunten een directe verzekering voor misdrijschade (minimaal) zou moeten voldoen om enerzijds betekenis te hebben in het kader van een daadwerkelijke verbetering van de positie van het slachtoffer, terwijl anderzijds voldoende tegemoet wordt gekomen aan de gerechtvaardigde belangen van verzekeraars. Het is in dit kader zinvol te kijken naar de gekozen uitgangspunten in de reeds bestaande verzekeringsproducten die een first party-dekking aanbieden voor misdrijschade. De markt heeft de mogelijkheid van een first party-dekking (al dan niet op de eigen AVP-polis) (nog) niet massaal opgepakt. De twee bestaande vormen worden in de volgende paragraaf besproken. In de paragrafen die daarop volgen, worden aan de hand van deze polissen enkele uitgangspunten nader uitgewerkt.

¹⁶ Wansink 2006, p. 273.

¹⁷ Faure 2010, p. 129-130.

¹⁸ Faure 2010, p. 130.

12.3.1. Reeds bestaande verzekeringsproducten

Verzekeringen die uitsluitend zijn gericht op het vergoeden van misdrijfschade zijn schaars. Er bestaan wel reeds first party-verzekeringen waar schade door criminaliteit, samen met een pakket aan andere dekkingen, op is meeverzekerd. De belangrijkste first party-schadeverzekeringen waar dekking tegen criminaliteitschade een rol speelt zijn de volgende¹⁹:

- De inboedelverzekering, bij voorwerpen die uit de woning of de auto zijn gestolen en soms bij elders gestolen voorwerpen;
- De opstalverzekering, bij schade door brandstichting en schade ontstaan door inbraak;
- De reisverzekering, bij diefstal van bagage, portemonnee en reischeques;
- De zorgverzekering die de directe schade bij lichamelijk letsel dekt;
- De cascoverzekering bij diefstal van en uit auto's.

Daarnaast bestaan er ook sommenverzekeringen, die bij de verwezenlijking van een bepaald risico een bepaalde verzekerde som uitkeren, ongeacht de omvang van de schade en ongeacht of de verwezenlijking van het risico te wijten is aan een door een ander dan de verzekerde gepleegd misdrijf.

- Ongevallenverzekeringen, waarbij een uitkering wordt verstrekt indien de verzekerde een ongeval overkomt. Er kan een uitkering worden verstrekt bij ziekenhuisopname, blijvende invaliditeit en overlijden;
- Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die uitbetalen bij arbeidsongeschiktheid, ook als de arbeidsongeschiktheid door een misdrijf is ontstaan. Een arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt beschouwd als een combinatie van een schade- en sommenverzekering;
- De pensioenverzekering, die ook bij inkomensschade als gevolg van misdrijf een rol kan vervullen.

De verzekerde sommen op een ongevallenverzekering zijn veelal niet toereikend om inkomensverlies vanwege blijvende arbeidsongeschiktheid op te vangen. Deze opsomming, en dan in het bijzonder de zorgverzekering, de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de pensioenverzekering, illustreert dat private verzekeraars reeds een rol van betekenis vervullen als het gaat om de dekking van sociale risico's. De opmars van private verzekeraars op het terrein van de sociale zekerheid, wordt toegeschreven aan de privatisering van de Ziektewet en de wijzigingen in het stelsel van de sociale zekerheid.²⁰

First party-dekking op de AVP-polis

Onder enkele verzekeringslabels wordt op dit moment in de Nederlandse markt een verzekeringsproduct aangeboden waarbij de eigen schade van de verzekerde door een misdrijf van een ander is verzekerd. Het gaat om Ditzo, De Europeesche en ASR Verzekeringen N.V.. Ditzo en De

¹⁹ Het overzicht is ontleend aan: Maas-de Waal 2006, p. 24.

²⁰ K.P. Goudswaard, 'De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's', in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en Maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 435.

Europeesche behoren tot de onderneming van ASR. ASR behoort tot de vijf grootste verzekeraars als het gaat om aansprakelijkheidsverzekeringen voor particulieren met een omzet (bruto geboekte premie) van € 91 miljoen in 2015.²¹ Het gaat hier om een verzekeringsproduct dat is opgenomen in de aansprakelijkheidsverzekering particulieren. Deze mogelijkheid wordt, voor zover valt na te gaan, op de Nederlandse markt op dit moment aangeboden door de volgende verzekeraars:

- ASR;
- De Europeesche (label van ASR);
- Ditzo (label van ASR).

Bij Ditzo en ASR wordt de dekking voor eigen schade van de verzekerde door een misdrijf van een ander gedekt op de eigen aansprakelijkheidsverzekering van het slachtoffer. Bij De Europeesche gaat het om een dekking zowel op de polis van aansprakelijkheid bij groeps- en schoolreizen, als op eigen aansprakelijkheidsverzekering. Inhoudelijk zijn de polisbepalingen van deze drie aanbieders vrijwel identiek. Naast de (klassieke) dekking tegen aansprakelijkheid jegens derden, is op deze polis ook de eigen schade als gevolg van een misdrijf door een ander gedekt. Een combinatiepolis dus van een third party-verzekering, met een first party-element erin. Het gaat bij deze aanbieders steeds om een first party-dekking die is opgenomen in de basisverzekering van de AVP-polis.

Daarnaast bestaat er bij enkele verzekeraars de mogelijkheid van een AVP-polis met daarin begrepen een ‘Schadeverzekering opzetsdelicten’.

- Stad Rotterdam Verzekeringen die als bijzondere voorwaarden bij de AVP-polis een ‘Schadeverzekering opzetsdelicten’ kent.²² Deze kent dezelfde condities en hoogte van de maximale uitkering als de first party-dekking op de eigen AVP-polis van ASR en Ditzo. Ook hier is de uitkering subsidiair van aard en gekoppeld aan een recht op uitkering uit het Schadefonds geweldsmisdrijven.
- Ook De Amersfoortse biedt een ‘Schadeverzekering opzetsdelicten’ aan, die net als bij Stad Rotterdam is vormgegeven door middel van bijzondere voorwaarden bij de AVP-polis. Ook hier zijn de voorwaarden en de omvang van de dekking identiek aan de dekking op de hiervoor genoemde verzekeringen.
- De ‘Schadeverzekering opzet’ is ook teruggevonden in een “Studentenverzekering”.²³

De first party-dekking in de AVP-polis van ASR, Ditzo en De Europeesche maakt onderdeel uit van de basisdekking. Het is dus niet een aanvullend product, waar een keuzemoment of een handelen van de verzekerde voor nodig is om de first party-dekking mee te verzekeren. Bij Stad Rotterdam en De Amersfoortse lijkt de first party-dekking op het eerste gezicht wel als een

²¹ *Verzekerd van cijfers* 2016, p. 42. Bij Ditzo en ASR wordt de eigen schade van de verzekerde door een misdrijf van een ander gedekt op de eigen aansprakelijkheidsverzekering van het slachtoffer. Bij De Europeesche gaat het om een dekking zowel op de polis van aansprakelijkheid bij groeps- en schoolreizen, als op eigen aansprakelijkheidsverzekering. Inhoudelijk zijn de polisbepalingen van deze drie aanbieders vrijwel identiek.

²² Wansink noemde een dergelijk verzekeringsproduct al: Wansink 2006, p. 273, voetnoot 17.

²³ Via www.dekeyzeronline.nl.

aanvullend product te worden aangeboden, dat men (al dan niet tegen betaling van extra premie) kan afsluiten bovenop de basisdekking van de AVP (gelet op de aanduiding: Bijzondere voorwaarden). Bij nadere analyse van de polis blijkt hier toch sprake te zijn van een automatische meeverzekering.²⁴ De polisbepaling luidt als volgt:²⁵

“3.2 Eigen schade door een misdrijf van een ander

Ook bent u onder de Basisdekking verzekerd voor personenschade die u oploopt als slachtoffer van een misdrijf. U of uw erfgenamen krijgen een vergoeding. Dus niet een ander die uw rechten heeft verkregen. Voor de vergoeding gelden de volgende voorwaarden:

- het misdrijf moet in Nederland zijn begaan;
- het misdrijf moet zijn begaan door een ander dan een verzekerde;
- de maximale vergoeding is € 50.000 per gebeurtenis per verzekerde en maximaal € 250.000 per gebeurtenis voor alle verzekerden samen;
- u hebt recht op een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijven voor de schade of een deel van de schade;
- het misdrijf vindt plaats tijdens de looptijd van de verzekering.”

Volgens de polis wordt de schade vastgesteld op grond van het Nederlands burgerlijk recht en is de daadwerkelijk geleden schade het uitgangspunt:

“5. Hoe stellen wij de schade vast en hoe betalen wij de schade uit?

5.1 [...]

5.2 Eigen schade door een misdrijf van een ander

Hebt u schade doordat een ander een misdrijf heeft gepleegd? Dan bepalen wij de schade op grond van het Nederlands burgerlijk recht. Wij houden rekening met de rechten en verweren (de verdediging) van de aansprakelijke derde.

Wij gaan uit van het werkelijke schadebedrag. Krijgt u een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijven en is de uitkering lager dan het werkelijke schadebedrag? Dan betalen wij u het deel dat u niet vergoed krijgt. Is de werkelijke schade hoger dan het bedrag dat u van het Schadefonds krijgt? Dan krijgt u van ons een voorschot.”

Ditzo biedt een vrijwel identieke dekking aan, op basis van dezelfde voorwaarden en maximaal verzekerde som per gebeurtenis per verzekerde van 50.000.²⁶ De dekking van Ditzo is expliciet beperkt tot misdrijven die in Nederland zijn gepleegd.²⁷ Datzelfde geldt impliciet voor de dekking van ASR. Deze komt immers alleen tot uitkering indien de verzekerde recht heeft op een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Dat recht bestaat alleen als de schade is ontstaan door een in Nederland gepleegd misdrijf.

De kenmerken van de geboden verzekeringsdekking kunnen als volgt worden samengevat:

²⁴ De bepaling luidt: “Bijzondere Voorwaarden Schadeverzekering Opzetsdelicten. Met inachtneming van de algemene verzekeringsvoorwaarden is meeverzekerd het recht op uitkering op grond van een schadeverzekering opzetsdelicten onder de volgende voorwaarden, [...]”.

²⁵ ASR Polisvoorwaarden Particuliere Aansprakelijkheid, model 2015.

²⁶ Ditzo voorwaarden aansprakelijkheid particulier, artikelen 3.2, 4.18 en 6.2-6.3.

²⁷ Art. 4.18 van de polis.

- het gaat alleen om vergoeding van personenschade;²⁸
- het recht op uitkering is niet overdraagbaar;
- de uitkering is gemaximeerd tot een bedrag van 50.000 per gebeurtenis, per verzekerde en tot een bedrag van 250.000 per gebeurtenis voor alle verzekerden samen;
- als voorwaarde voor uitkering geldt dat de verzekerde recht heeft op een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijf. Dat betekent dat er sprake moet zijn van *ernstig lichamelijk of geestelijk letsel* dat is veroorzaakt door een in *Nederland opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf*²⁹ (of een strafbare poging daartoe)³⁰, aan het ontstaan waarvan degene die de uitkering aanvraagt niet zelf mede schuldig is.
- het strafbare feit moet plaatsvinden tijdens de looptijd van de verzekering (de zogenoemde “loss occurrence” dekking)

Met betrekking tot de omvang van de dekking gelden volgens de polis de volgende uitgangspunten en beperkingen:

- de schade wordt bepaald op grond van het Nederlands burgerlijk recht. Dat wil zeggen dat afdeling 6.1.10 BW van toepassing is op het bepalen van de omvang van de schade. Dat betekent dat ook elementen als eigen schuld (art. 6:101 BW) en de vraag in hoeverre de geleden schade kan worden toegerekend aan het misdrijf (art. 6:98 BW), van invloed zijn op de omvang van de uitkering. De polis verwijst hiernaar door te bepalen dat rekening wordt gehouden met verweren van de aansprakelijke derde. De verwijzing naar afdeling 6.1.10 BW brengt tevens mee dat smartengeld voor vergoeding onder de uitkering in aanmerking komt;
- uitgangspunt is de werkelijk geleden schade. Het gaat hier aldus om een schadeverzekering en niet om een sommenverzekering. Een sommenverzekering is een verzekering waarbij een vast bedrag wordt uitgekeerd, ongeacht de vraag of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW). Een schadeverzekering heeft de vergoeding van de geleden schade tot doel, hetgeen niet wegneemt dat uitkeringen bij een schadeverzekering ook genormeerd en gemaximeerd kunnen zijn;
- er wordt alleen uitgekeerd indien en voor zover de schade uitstijgt boven de uitkering van het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Het maximumbedrag dat het Schadefonds Geweldsmisdrijven uitkeert, is € 35.000,-;³¹
- de verzekeraar keert uit nadat het Schadefonds Geweldsmisdrijven heeft uitgekeerd. Dit kan mogelijk een snelle afhandeling in de weg staan, zeker indien het

²⁸ Die is gedefinieerd als: “letsel, aantasting van de gezondheid of dood van personen. Inclusief de schade die daar een gevolg van is.”

²⁹ Art. 3 lid 1 Wet schadefonds geweldsmisdrijven (Wet van 26 juni 1975, *Stb.* 1975, 382, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 313).

³⁰ Art. 3 lid 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

³¹ Art. 1 sub c Regeling maximumbedragen uitkeringen schadefonds geweldsmisdrijven.

een verzoek om uitkering uit het Schadefonds wordt afgewezen en het slachtoffer daartegen in bezwaar moet.

First party-dekking via separaat verzekeringsproduct

Naast de AVP-polissen met een first party-dekking voor misdrijfschade, wordt op de markt ook een separaat verzekeringsproduct aangeboden onder de naam “Zinloos Geweld Verzekering”, is een initiatief van Look Insurance in samenwerking met ACE, DAS, NIM-BMW en VKG. Het gaat hier om een combinatie van een schadeverzekering die uitkeert bij schade wegens letsel en overlijden als gevolg van “zinloos geweld”, en een rechtsbijstandsverzekering die de juridische kosten tot maximaal een bedrag van € 40.000,- verzekert ten behoeve van het verhalen van de schade op de dader.³² Het uitgangspunt is dat de werkelijke schade wordt vergoed, waarbij wel een maximale uitkering geldt van een bedrag van € 100.000,-. In de toelichting op de verzekeringsvoorwaarden wordt duidelijk gemaakt dat er geen smartengeld in dit bedrag is begrepen. Bij een verzekerd bedrag van €100.000 per persoon per gebeurtenis, bedraagt de premie van € 32,04 per jaar voor een alleenstaande, voor een gezin zonder kinderen € 59,67 per jaar en voor een gezin met kinderen € 87,30 per jaar. De premiestelling ligt beduidend hoger dan bij de particuliere aansprakelijkheidsverzekering, waar de premie gemiddeld € 42,- per jaar bedraagt.³³ De verzekering biedt alleen dekking als de schade niet reeds onder een andere polis (zorg- en rechtsbijstandsverzekering) of voorziening (rechtsbijstand via Slachtofferhulp Nederland of een tegemoetkoming in de schade via het Schadefonds geweldsmisdrijven) geclaimd kan worden.

Op basis van navraag bij AON³⁴ en onderzoek via internet zijn buiten de hiervoor genoemde verzekeringsproducten geen andere verzekeringsproducten aangetroffen waarbij het mogelijk is eigen schade door een misdrijf van een ander te verzekeren. Wel bestaan verzekeringsproducten waarbij schadeuitkeringen worden gedaan bij overlijden³⁵, of bij lichamelijke ongevallen (de klassieke “ongevallenverzekering”). Het gaat hier vaak om sommenverzekeringen, die ongeacht de daadwerkelijke schade een uitkering doet. De uitkering is bij deze verzekeringen gemaximeerd en genormeerd en wordt vastgesteld aan de hand van de mate van invaliditeit. Een dergelijke ongevallenverzekering keert vaak niet uit indien het ongeval door iemand opzettelijk of door zijn schuld of roekeloosheid is veroorzaakt.³⁶

12.3.2. Toepasselijkheid afdeling 6.1.10 BW

Bij de bespreking van de voor- en nadelen van de directe verzekering kwam al ter sprake dat een belangrijk voordeel van de directe verzekering, namelijk een afwikkeling waarbij complexe

³² Dit bedrag geldt per persoon en per gebeurtenis.

³³ *Verzekerd van cijfers 2016*, p. 47; *Verzekerd van cijfers 2015*, p. 45.

³⁴ AON is een assurantiemakelaar die zelf polisvoorwaarden opstelt. De vestiging van AON in Noordwijk houdt zich bezig met particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen en ongevallenverzekeringen.

³⁵ Zoals bijvoorbeeld de zogenoemde “Sudden Death Protection” die in ieder geval op de Belgische markt bestaat, zie: www.vdhco.be.

³⁶ Zie bijvoorbeeld de voorwaarden voor de ongevallenverzekering van Delta Lloyd.

causaliteits- en schadevragen buiten beschouwing blijven en daarmee bijdragen aan een snelle en harmonieuze schadeafwikkeling, ook een belangrijk nadeel voor de verzekerde meebrengen. Dat nadeel bestaat in een beperktere dekking en in een genormeerde en daarmee niet volledige schadevergoeding. Dit heeft er voor een belangrijk deel mee te maken dat bij een directe schadeverzekering afdeling 6.1.10 BW niet van toepassing is. Deze afdeling ziet alleen op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en niet op contractuele plichten tot schadevergoeding. De afwikkeling van schade bij de directe schadeverzekering geschiedt aan de hand van bepalingen van titel 7.17 BW en de polisbepalingen. Dit kan tot aanzienlijke verschillen leiden. Zo is bij de directe verzekering immateriële schade niet gedekt, en evenmin zullen de kosten die genoemd zijn in art. 6:96 BW gedekt zijn. Bij de schadeafwikkeling op de directe schadeverzekering zal evenmin het beginsel van volledige schadevergoeding gelden, hetgeen bij afdeling 6.1.10 BW wel het uitgangspunt is.³⁷ Aan dit nadeel voor de verzekerde kan worden tegemoetgekomen door afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op de directe schadeverzekering. Ongebruikelijk is dat niet. In dat verband is de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMOM) illustratief. De WMOM stelt het sluiten van een persoonsverzekering (een directe verzekering ten behoeve van de proefpersoon) verplicht en bepaalt dat de uitkering moet worden vastgesteld met (grotendeels) overeenkomstige toepassing van art. 6.1.10 BW.³⁸ Hieruit volgt dat een (betaalbare) directe verzekering niet noodzakelijkerwijs bescheiden limieten hoeft te kennen, en dat de afwikkeling van schade via (of analoog aan) afdeling 6.1.10 BW ook bij een directe schadeverzekering tot de mogelijkheden behoort. Ditzelfde geldt voor de Schadeverzekering voor Inzittenden (SVI). Een SVI dekt de schade van een inzittende (waaronder de bestuurder) of opzittende van een motorvoertuig, ongeacht de aansprakelijkheidsvraag. In tegenstelling tot de Ongevallenverzekering voor Inzittenden (OVI) zijn bij de SVI geen vaste bedragen verzekerd, maar keert de SVI-polis doorgaans het bedrag uit aan de benadeelde dat deze ook gehad zou hebben van een aansprakelijke derde omdat de SVI vaak bepaalt dat afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing is.³⁹ De uitkering is dus gebaseerd op het schadevergoedingsrecht (afdeling 6.1.10 BW) en kan ook smartengeld omvatten.⁴⁰ Deze verzekeringsvormen worden op grote schaal gesloten en zijn relatief goedkoop.⁴¹

Opvallend in dit verband is dat in de reeds op de markt aangeboden AVP-polis met first party-dekking wel is gekozen voor toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW op de uitkeringsverplichting van de verzekeraar. De formulering van de betreffende polisbepaling doet vermoeden dat deze keuze is ingegeven door de wens van de verzekeraar om de verweren uit die bepaling aan het slachtoffer te kunnen tegenwerpen, die de aansprakelijke partij ook zou kunnen tegenwerpen (zoals eigen schuld, voordeelverrekening, en toerekening van de schade aan het misdrijf). De complexe vraagstukken uit het aansprakelijkheidsrecht worden hiermee de directe

³⁷ Zie uitvoerig over de verschillen waartoe dit onderscheid kan leiden: Franken 2000a, p. 147-162.

³⁸ Wet van 26 februari 1998 houdende regelen inzake medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016, 424.

³⁹ Franken 2000a, p. 148-149.

⁴⁰ Kremer 2006, p. 317.

⁴¹ Kremer 2006, p. 317.

verzekering weer ‘binnengeloofd’. Een belangrijk voordeel van de directe verzekering, snelle en harmonieuze afhandeling, gaat daarmee mogelijk verloren. Om te bezien of en in hoeverre de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW op de schadeafhandeling bij de directe verzekering in de praktijk daadwerkelijk tot vertraging en conflicten leidt, is het zinvol te kijken naar de ervaring in de praktijk van de first party-verzekering voor proefpersonen voor medisch-wetenschappelijk onderzoek. Bij de totstandkoming van de wettelijke verplichting tot het afsluiten van deze verzekering, is afgesproken dat op de verplichting tot schadevergoeding van de verzekeraar afdeling 6.1.10 BW van toepassing is. Dat betekent dat het uitgangspunt is dat de volledige schade wordt vergoed, waaronder ook de immateriële schade is begrepen en dat de schadevormen die voor vergoeding in aanmerking komen niet gestandaardiseerd of gemaximeerd zijn. Om aan de vrees van verzekeraars tegemoet te komen dat dit tot leidt tot het binnenhalen van ongewenste causaliteitsproblematiek die in het aansprakelijkheidsrecht een rol speelt, is afgesproken dat verzekeraars en overheid de resultaten zullen evalueren.⁴² Na de evaluatie van de WMOM is het uitgangspunt van volledige toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW deels verlaten. Sinds 2012 is immers niet meer de gehele afdeling 6.1.10 BW van toepassing op de schadeafwikkeling, maar alleen de artikelen die genoemd worden in art. 7 lid 2 WMOM.⁴³ Art. 6:98 BW en art. 6:99 BW inzake het causaal verband zijn niet (meer) van overeenkomstige toepassing.

Ten slotte kan over dit punt worden opgemerkt dat een nauwkeurige vaststelling van de schade aan de hand van afdeling 6.1.10 BW minder voor de hand ligt bij een gemaximeerde uitkering. Als het uitgangspunt door de maximering tot een relatief beperkt bedrag, is dat het uitgangspunt van een volledige schadevergoeding, in de gevallen van ernstige personenschade wordt verlaten, dan is niet meer zo belangrijk om de schade die op grond van de directe verzekering wordt uitgekeerd, exact vast te stellen.

12.3.3. Volledige schadevergoeding of gemaximeerde uitkering

Vanuit het oogpunt van slachtoffers is een ander gesignaleerd nadeel van de directe verzekering de maximering van de uitkering. Dit is een gerechtvaardigd instrument van verzekeraars om verzekeraarbaarheid van een bepaald risico te garanderen, maar het komt niet tegemoet aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding. In de AVP-polissen met first party-dekking is het uitkeringsplafond € 50.000. In het separate product (de Zinloos Geweld Verzekering) is het plafond € 100.000. Deze bedragen zullen bij ernstige personenschade, waarbij ook toekomstig verlies aan arbeidsvermogen aan de orde is, niet de volledige schade dekken. Wil de directe schadeverzekering als een adequate alternatieve route voor schadeverhaal bij misdrijven kunnen worden beschouwd, dan verdient het aanbeveling te onderzoeken of hogere maximumbedragen verzekerd kunnen worden tegen betaalbare premies.

⁴² Wansink 2000a, p. 419, noot 41.

⁴³ Deze wijziging is ingevoerd bij Wet van 2 februari 2012, houdende wijziging van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in verband met de evaluatie van deze wet en herstel van onvolledige implementatie van richtlijn nr. 2001/20/EG, *Stb.* 2012, 70.

Net als bij de vraag of afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard op de first party-verzekering, kan ook bij de vraag naar de omvang van de maximale verzekerde som aansluiting worden gezocht bij de WMOM en het Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en de SVI. Een (betaalbare) directe verzekering hoeft niet noodzakelijkerwijs bescheiden limieten te kennen.⁴⁴ Een link kan ook worden gelegd met de in Frankrijk bestaande “Garantie des accidents de la vie” (GAV).⁴⁵ Zoals hiervoor al aan de orde kwam in par. 11.5.2, biedt deze verzekeringsvorm aan het hele gezin dekking tegen schade voortvloeiende uit alle ongevallen, met uitzondering van verkeers- en bedrijfsongevallen. Ook misdrijfschade is gedekt. De schadevergoeding vindt plaats op basis van het Franse schadevergoedingsrecht. De GAV zou voor enkele tientjes per maand aan te schaffen zijn.

Het verdient aanbeveling te onderzoeken of verzekeraars bereid en in staat zijn een first party-verzekering aan te bieden waarbij de uitkering is gebaseerd op het schadevergoedingsrecht (afdeling 6.1.10 BW), waarbij de verzekerde som in de buurt komt van de AVP, en welke premie daarvoor berekend wordt. Indien en voor zover een first party-verzekering waarbij de uitkering is gebaseerd op het schadevergoedingsrecht en waarbij de verzekerde som in de buurt komt van die van een AVP, niet realiseerbaar blijkt te zijn, dan rijst de vraag of bereidheid bestaat een belangrijk uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht (volledige schadevergoeding) op te offeren in het belang van een voortvarende en meer harmonieuze behandeling van personenschade.⁴⁶ Deze vraag hangt nauw samen met het in par. 8.3.3 besproken beginsel van retributieve (corrigerende) rechtvaardigheid, dat een volledige schadevergoeding voorschrijft.

12.3.4. Smartengeld

Voorop staat dat een systeem van directe verzekering een smartengeldvergoeding niet uitsluit.⁴⁷ Of in een smartengeldvergoeding is voorzien, hangt af van de vormgeving van de verzekering. Indien de afwikkeling van de schade bij een directe verzekering niet loopt volgens de uitgangspunten van afdeling 6.1.10 BW, zal smartengeld niet begrepen zijn onder de dekking. Zie in dat verband de in par. 12.3.1 genoemde Zinloos Geweld Verzekering, waar vergoeding van smartengeld van dekkings is uitgesloten. Voorop staat dat vergoeding van smartengeld in allerlei opzichten belangrijk is voor het slachtoffer en niet achterwege kan blijven. De vraag is of het ontbreken van een vergoeding van smartengeld via de directe verzekering aan de zijde van het slachtoffer onoverkomelijk is. Uit WODC-onderzoek blijkt dat vorderingen tot vergoeding van immateriële schade veelvuldig in het strafproces worden voorgelegd. Een zeer kleine minderheid van deze vorderingen wordt geheel niet-ontvankelijk verklaard.⁴⁸ De meeste vorderingen worden geheel of gedeeltelijk toegewezen. Dit zou verklaard kunnen worden door de grote vrijheid die de rechter heeft bij de begroting van de omvang van het smartengeld. Niet een vol-

⁴⁴ Franken 2000a, p. 148-149.

⁴⁵ Zie hierover: ‘Une seconde generation de Gav est lancée’, in *L’argus de l’assurance*, 2005 nr. 6953, p. 24.

⁴⁶ Hartlief heeft deze vraag opgeworpen in het kader van de bespreking van een ‘no fault’-systeem voor bedrijfsongevallen en beroepsziektes: Hartlief 2009, p. 22-23.

⁴⁷ Faure & Hartlief 2001a, p. 97.

⁴⁸ Kool e.a. 2016, p. 249.

ledige vergoeding staat voorop, maar een vergoeding naar billijkheid (art. 6:106 lid 1 BW).⁴⁹ Als deze vorderingen worden toegewezen, blijkt wel dat veelal minder wordt toegewezen dan wordt gevorderd. De onderzoekers schrijven dit toe aan het feit dat het Openbaar Ministerie en de strafrechter de vordering in veel gevallen matigen.⁵⁰ Dat vorderingen tot vergoeding van immateriële schade veelvuldig via het strafproces worden voorgelegd, wordt ook opgemerkt door Lindenbergh en Candido, die de strafrechter in verhouding tot zijn civiele collega als een “veelbeslisser” schetsen op het gebied van smartengeld.⁵¹ Dit ligt genuanceerder voor vorderingen tot vergoeding van shockschade, welke schadesoort zowel materiële als immateriële schade kan omvatten.⁵² De Hoge Raad heeft over de vordering tot vergoeding van shockschade in een aantal zaken het oordeel van het hof bevestigd dat een inhoudelijke beoordeling daarvan kan leiden tot een onevenredige belasting van het strafgeding.⁵³ Indien de vordering evenwel goed is onderbouwd, en in het bijzonder indien is gedocumenteerd dat de benadeelde lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, dan kan de shockschadevordering in beginsel in de strafprocedure worden beoordeeld.⁵⁴ Met betrekking tot de vergoeding van smartengeld lijkt het strafproces aan het slachtoffer een effectieve verhaalsmogelijkheid te bieden. In dat licht bezien, lijkt het ontbreken van een vergoedingsmogelijkheid van immateriële schade via de directe verzekering, overkomelijk. Het voorgaande zou anders komen te liggen als de directe verzekering een algehele vervanging van het aansprakelijkheidsrecht zou gaan inhouden. In dat geval zou vergoeding van immateriële schade via de strafprocedure niet meer mogelijk zijn en zou de dekkingsuitsluiting in de polis van de directe verzekering van immateriële schade niet aanvaardbaar zijn.⁵⁵ In de hiernavolgende paragraaf komt de (on)wenselijkheid aan de orde van de algehele vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door de directe verzekering bij misdrijf-schade.

12.3.5. Directe verzekering geen vervanging voor aansprakelijkheidsrecht

Het bestaan van een first party-verzekering aan de zijde van het slachtoffer van een misdrijf doet de vraag rijzen of het aansprakelijkheidsrecht nog een rol speelt, of dat een systeem van (verplichte) directe verzekering meebrengt dat de dader civielrechtelijke immuniteit geniet? Deze vraag is wisselend beantwoord. Faure en Hartlief hebben in het kader van het debat over een directe verzekering ten behoeve van de werknemer voor beroepsziekten gewezen op de

⁴⁹ Lindenbergh 2014, p. 2696.

⁵⁰ Kool e.a. 2016, p. 248.

⁵¹ S.D. Lindenbergh en J. Candido, ‘Strafrechter en smartengeld, de civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling’, *NTBR* 2014/21, p. 1 en 5. Zie verder ter illustratie: Rb. Den Haag 8 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5092, waarin de verdachte werd veroordeeld tot betaling van 150.000,- aan smartengeld. Zie ook Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6986, *JA* 2016/10, m.nt. Franke, waarin een bedrag van € 200.000,- aan smartengeld werd toegewezen door de strafrechter.

⁵² Engelhard e.a. 2015, p. 87-96.

⁵³ HR 11 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:528, *NJ* 2014, 183, rov.4.4; HR 15 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5257, *NJ* 2003, 364, rov. 5.7 en HR 10 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5670, *NJ* 2007, 223, rov. 4.5.

⁵⁴ HR 27 september 2016, *NJ* 2017, 88 en HR 4 oktober 2016, *NJ* 2017, 89, beiden m.nt. Lindenbergh.

⁵⁵ Zie in dezelfde zin: Faure & Hartlief 1995, p. 336.

voordelen van een systeem waarbij de werkgever wordt verplicht een directe verzekering voor zijn werknemers te sluiten en in dat geval immuniteit voor civielrechtelijke aansprakelijkheid verkrijgt.⁵⁶ Zij hebben evenwel ook aandacht besteed aan de kritiek op het inruilen van het aansprakelijkheidsrecht voor de directe verzekering⁵⁷ en hebben er in dat verband op gewezen dat immuniteit voor aansprakelijkheid geen “wezenskenmerk” van de directe verzekering is.⁵⁸ Wansink en Frenk hebben zich kritisch uitgelaten over de afschaffing van het aansprakelijkheidsrecht voor de risico’s die onder een directe verzekering zijn gedekt. Frenk heeft ten eerste gewezen op de principiële argumenten tegen een algehele immuniteit van de dader, die botst met het rechtsgevoel dat de dader de rekening moet betalen. Algehele immuniteit heeft ook tot bijkomend gevolg dat (sociale) verzekeraars geen regres meer kunnen nemen. In dat uitgangspunt zal de dader geheel vrijuit gaan en de schade worden afgewenteld op het collectief.⁵⁹ Frenk heeft ten tweede gewezen op het onwenselijke gevolg dat in een dergelijke situatie de verzekeraars een monopoliepositie zullen gaan innemen. Het zijn de private verzekeraars die een dergelijk systeem in feite bepalen of er nog rechtsbescherming voor slachtoffers bestaat en hoever die strekt.⁶⁰ Verzekeraars kunnen immers op enig moment besluiten geen dekking meer te bieden tegen bepaalde risico’s. Frenk heeft erop gewezen dat dit niet ondenkbaar is nu Nederlandse particuliere verzekeraars medische risico’s niet willen dekken.⁶¹ Hij heeft er bovendien op gewezen dat het gevaar dreigt dat “de rechtsvorming de democratische legitimiteit van wetgeving of de onafhankelijkheid van een rechterlijk oordeel mist. De rechtsvorming wordt dan in handen gegeven van een belanghebbende.”⁶² Verder heeft hij benadrukt dat immuniteit van de schadeveroorzaker voor aansprakelijkheid het slachtoffer extra kwetsbaar maakt. Is er geen directe verzekering of is er geen dekking dan kan het slachtoffer niet terugvallen op het aansprakelijkheidsrecht en de dader alsnog aansprakelijk stellen. Preventieve prikkels van het aansprakelijkheidsrecht komen daarmee te vervallen. Frenk heeft zich om die reden afgevraagd of een publiekrechtelijke regeling in bepaalde gevallen niet de voorkeur verdient boven een privaatrechtelijke regeling. Directe verzekeringen zouden dan, indien zij het aansprakelijkheidsrecht vervangen, gesloten moeten worden bij een sociale verzekeraar. De monopoliepositie van de verzekeraar brengt verder mee dat deze de premies bepaalt. Indien een verzekering verplicht is en een schadeveroorzaker niet de keuze heeft bepaalde risico’s voor zijn eigen rekening te nemen, dan zou volgens Frenk ook gegarandeerd moeten zijn dat tegen een redelijke premie dekking valt te verkrijgen.⁶³ Voor het geval de directe verzekering toch het aansprakelijkheidsrecht zou gaan vervangen, heeft Frenk een aantal spelregels geformuleerd waaraan een vervangende directe verzekering van overheidswege moet voldoen. In dat verband heeft hij een verzekeringsplicht genoemd met een door de overheid dwingend voorgeschreven dek-

⁵⁶ Faure & Hartlief 2002, p. 261- 270; Faure & Hartlief 2001a, p. 90-92, p. 97-99.

⁵⁷ Faure & Hartlief 2001a, p. 90-92 en p. 97-99.

⁵⁸ Faure & Hartlief 2002, p. 263 en 268; Faure & Hartlief 2001a, p. 90-92.

⁵⁹ Frenk 2000a, p. 9-10.

⁶⁰ Frenk 2000a, p. 6.

⁶¹ Frenk 2000a, p. 6.

⁶² Frenk 1999, p. 1547 e.v..

⁶³ Frenk 2000a, p. 7.

king.⁶⁴ Bij immuniteit van aansprakelijkheid hoort volgens Frenk ook een beperking voor de verzekeraar om zich jegens de benadeelde op bepaalde verweren te beroepen die zijn ontleend aan de wet of de verzekeringsovereenkomst en die ertoe leiden dat er geen uitkering verschuldigd is, zoals het niet voldoen door de verzekeringnemer aan de mededelingsplicht, niet nakoming van bepaalde zorgplichten, het niet betalen van vervolgpremie en opzet.⁶⁵ Het gaat hier om bepaling is die vergelijkbaar is met art. 11 WAM.

Wansink heeft zich in belangrijke mate aangesloten bij de kritiek van Frenk tegen een vervanging van het aansprakelijkheidsrecht door een directe verzekering.⁶⁶ In plaats van de door Frenk voorgestane oplossing, heeft Wansink met betrekking tot de directe verzekering gepleit voor een gemengd stelsel, waarin de directe verzekering een “symbiose” aangaat met het aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijk gemengd stelsel heeft volgens Wansink als voordeel dat het tegemoetkomt aan het “thans nog breed gevoelde principiële bezwaar tegen algehele immuniteit van aansprakelijkheid” en bovendien aantrekkelijk is vanuit het oogpunt van preventie.⁶⁷ Ook voor Fredericq is de directe verzekering een extra bescherming voor slachtoffers die naast, en niet in plaats van, het aansprakelijkheidsrecht gestalte moet krijgen.⁶⁸ Kremer neemt een meer neutrale positie in, waarbij hij tegen een vervanging lijkt te zijn als die slechts ziet op een of enkele onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht. Hij lijkt zich wel te kunnen vinden in vervangend first party-stelsel dat ziet op de gehele linie van de letselschadevergoeding.⁶⁹

Het verdient, om redenen die door Frenk en Wansink zijn genoemd, ook mijn voorkeur de directe verzekering naast het civiele aansprakelijkheidsrecht te laten bestaan, in ieder geval voor zover de schade door de directe verzekering niet is gedekt. De first party-verzekering is met andere woorden geen vervanging van aansprakelijkheid van de dader, noch van de dekking op diens aansprakelijkheidsverzekering. Het gemengde systeem, waarbij de directe verzekering naast het aansprakelijkheidsrecht bestaat, functioneert op dit moment in twee vormen. Ten eerste op het terrein van de milieuaansprakelijkheid en ten tweede op het terrein van de proefpersonen in het kader van wetenschappelijk onderzoek. De Milieuschadeverzekering (MSV-polis) is een directe verzekering voor milieuschade op de verzekerde locatie (de saneringskosten) en voor milieuschade die door de verwezenlijking van een verzekerd gevaar op de verzekerde locatie daarbuiten door derden wordt geleden. De MSV-polis laat onverlet dat de (verzekerde) vervuiler ook civielrechtelijk aansprakelijk is voor milieuaansprakelijkheid, ook al is hij daarvoor niet meer gedekt.⁷⁰ Dit is een belangrijk verschil met het vergoeden van misdrijf-schade via een directe verzekering aan de zijde van het slachtoffer. Anders dan bij de MSV-polis het geval is, brengt de aanwezigheid van een directe verzekering aan de kant van het slachtof-

⁶⁴ Frenk 1999, p. 1547 e.v.; Frenk 2000a, p. 10-12.

⁶⁵ Frenk 2000a, p. 7.

⁶⁶ Wansink 2000a, p. 418; Wansink 2003, p. 7 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

⁶⁷ Wansink 2000a, p. 419; Wansink 2003, p. 8.

⁶⁸ Fredericq 1990, p. 242-243, ontleend aan: Frenk 2000a, p. 9-10.

⁶⁹ Kremer 2016, p. 323.

⁷⁰ Wansink 2000a, p. 416-417.

fer van een misdrijf niet mee dat de aansprakelijkheidsdekking op de AVP-polis van de dader komt te vervallen. Dat dekking voor aansprakelijkheid wel vervalt bij de MSV-polis heeft ermee te maken dat degene die de verzekering afsluit niet ook degene is die aansprakelijk kan worden gehouden voor door derden geleden schade. Ook de omstandigheid dat de dader van het misdrijf aansprakelijkheidsdekking heeft onder een eigen AVP-polis pleit voor handhaving van het aansprakelijkheidsrecht naast de directe verzekering.

Het tweede voorbeeld van een directe verzekering in een gemengd stelsel, is de zogenoemde “proefpersonenverzekering” die verplicht is gesteld in de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMOM). Deze wet bepaalt dat degene die een experiment uitvoert met proefpersonen een schadeverzekering dient af te sluiten ten behoeve van die proefpersonen.⁷¹ De schadeverzekering staat er niet aan in de weg dat de benadeelde proefpersoon de uitvoerder of opdrachtgever van het onderzoek aansprakelijk kan stellen.

12.3.6. Rechtsbijstandscapient

Indien in de first party-verzekering afdeling 6.1.10 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard op de vergoedingsverplichting van de verzekeraar, zijn ook de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte gedekt (art. 6:96 lid 2 sub b en c BW).

Indien toepasselijkverklaring achterwege is gebleven, is een voor de praktijk relevante aanvulling dat de rechtsbijstandskosten voor het verhaal van resterende schade tot een bepaald maximum zijn meeverzekerd.⁷² Zeker als de uitkering uit de directe verzekering van het slachtoffer is gemaximeerd, en diens schade niet volledig is vergoed, brengt de rechtsbijstandsverzekering mee dat het slachtoffer in staat is de dader in rechte aan te spreken tot vergoeding van zijn resterende schade. Het gaat hier om een aanvulling die voor de praktijk van groot belang is omdat verreweg de meeste slachtoffers thans vanwege onder meer financiële redenen het instellen van een civiele vordering tegen de dader achterwege laten.⁷³ In de praktijk leidt dit tot een immuniteit van de dader voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Een rechtsbijstandscapient in de directe verzekering heeft dan ook als bijkomend voordeel dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht geëffectueerd wordt. Het komt bovendien tegemoet aan een belangrijke behoefte van het slachtoffer dat de dader de gevolgen van het misdrijf in zijn portemonnee voelt. Ten slotte is van belang dat, indien toepasselijkverklaring van afdeling 6.1.10 BW achterwege is gelaten, in de gemaximeerde uitkering van de directe verzekering geen vergoeding voor smartengeld is verdisconteerd. De rechtsbijstandsverzekering die gekoppeld is aan de directe verzekering maakt dat het slachtoffer ook voor deze, in het kader van genoegdoening belangrijke, schadecomponent verhaal kan nemen op de dader.

⁷¹ Wet van 26 februari 1998, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016,424. Zie ook hiervoor par. 3.11.2.

⁷² In de hier genoemde Zinloos Geweld Verzekering zijn de juridische kosten verzekerd tot een bedrag van € 40.000,-.

⁷³ Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 23.

12.3.7. Subsidiare dekking en excedent-verzekering

De hiervoor besproken AVP-polissen met first party-dekking voor misdrijfschade bieden een subsidiaire dekking. Dat betekent dat ze pas tot uitkering komen als de schade via een in de polis beschreven andere route (in dit geval het Schadefonds Geweldsmisdrijven) niet wordt vergoed. Daarnaast is de dekking als een excedent-uitkering omschreven. Dat betekent dat alleen die schade wordt vergoed die uitstijgt boven het bedrag dat via de in de polis aangeduide andere route is vergoed. Dit kan er in sommige gevallen toe leiden dat de verzekering niets hoeft uit te keren omdat de schade al vergoed is door een uitkering van het Schadefonds Geweldsmisdrijven. In die gevallen is de schade gealloceerd bij de overheid en rust het regresrisico ook op de overheid, terwijl er wel premie is betaald voor de verzekering. De subsidiaire dekking en de vormgeving van de verzekering als excedent-verzekering, zijn instrumenten voor verzekeraars om de premie laag te kunnen houden.

Het is de vraag of de manier waarop deze subsidiaire en excedent-dekking is vormgegeven, gunstig uitpakt voor de verzekerde. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven verbindt immers zelf ook als voorwaarde aan de uitkering dat het slachtoffer de schade niet elders vergoed kan krijgen of heeft gekregen.⁷⁴ In de toelichting op de website van het Schadefonds worden hierbij als voorbeeld de dader en een “verzekeringsmaatschappij” genoemd. De uitkering van het Schadefonds heeft in zoverre ook een subsidiair karakter. De uitkering is bovendien voorwaardelijk. Indien later blijkt dat het slachtoffer ook via een andere route zijn schade vergoed heeft gekregen, dan zal het slachtoffer de uitkering aan het Schadefonds Geweldsmisdrijven moeten terugbetalen.⁷⁵ De voorwaarde in de polis lijkt het voorwaardelijk karakter van de uitkering uit het Schadefonds te miskennen. Dit heeft voor het verzekerde slachtoffer tot gevolg dat deze de uitkering aan het Schadefonds moet terugbetalen, terwijl hij van zijn verzekeraar alleen de schade vergoed heeft gekregen die uitsteeg boven het bedrag van het Schadefonds.

Bij de vormgeving van een directe verzekering zal met dit aspect rekening moeten worden gehouden. Een primaire dekking verdient vanuit het oogpunt van de benadeelde de voorkeur. Het is wel mogelijk te bepalen dat uitkering alleen plaatsvindt indien en voor zover het slachtoffer zijn schade niet vergoed heeft gekregen van de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) dader. Het gaat ook dan om een subsidiaire en excedent-uitkering, maar in dat geval is de schade van het slachtoffer, anders dan bij een uitkering uit het Schadefonds, ook daadwerkelijk en onvoorwaardelijk vergoed. Een dergelijke bepaling in de directe verzekering heeft als bijkomend voordeel dat de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) dader zich niet kan beroepen op de omstandigheid dat het slachtoffer zijn schade deels al vergoed heeft gekregen via een eigen verzekering en dat die uitkering in mindering strekt op de schadevergoedingsverplichting van de dader.

⁷⁴ Art. 6 lid 1 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

⁷⁵ Art. 6 lid 2 en 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

12.3.8. Huiselijk gewelds- en zedenmisdrijven niet gedekt

In de bestaande polissen tegen misdrijfschade is schade veroorzaakt door andere verzekerden van dekking uitgesloten. Andere verzekerden zijn onder meer de gezinsleden. Uit deze bepaling volgt dat gewelds- en zedenmisdrijven in de huiselijke sfeer niet onder de dekking van de first party-verzekering vallen, althans niet onder de reeds op de markt bestaande varianten daarvan.

12.3.9. Voorwaarden aan uitkering?

Wansink heeft zijn voorstel een first party-verzekering te koppelen aan de eigen AVP-polis van de verzekerde verbonden aan een aantal voorwaarden. First party-dekking wegens schade van de verzekerde door een misdrijf zou volgens Wansink aan de volgende voorwaarden kunnen worden verbonden:⁷⁶ (i) er is een bekende aansprakelijke dader, (ii) diens AVP-polis biedt geen dekking uitsluitend op grond van de opzetclausule, en (iii) de uitkering ziet uitsluitend op geleden personenschade, bijvoorbeeld in de vorm van smartengeld, waarvoor het slachtoffer geen aanspraak heeft uit hoofde van enige ander(e) verzekering, voorziening of fonds. Deze voorwaarden vormen vanuit verzekeraarsperspectief een manier om het risico beheersbaar te houden. Vanuit slachtofferperspectief impliceren deze voorwaarden echter dat de dekking onder een directe schadeverzekering aan belangrijke beperkingen onderhevig is. Zo neemt de voorwaarde dat de aansprakelijke dader bekend moet zijn, een belangrijk voordeel van de directe verzekering voor slachtoffers van misdrijven weg, omdat juist bij misdrijven daders nogal eens onbekend blijven. Ook de voorwaarde dat de uitkering uitsluitend ziet op reeds geleden schade, zoals smartengeld, doet afbreuk aan de potentie van de directe schadeverzekering voor slachtoffers van misdrijven. Zoals bij de probleemstelling aan de orde kwam (par. 1.2.9.1), is het juist de nog niet ingetreden schade die de vordering van het slachtoffer in het strafproces kwetsbaar maakt voor niet-ontvankelijkheid. Door de dekking op de directe schadeverzekering te beperken tot geleden schade, biedt deze verzekering weinig meerwaarde voor het slachtoffer ten opzichte van het strafproces. Dat geldt ook voor de dekking op de polis van het smartengeld. Zoals hiervoor aan de orde kwam in par. 12.3.4 hebben strafrechters doorgaans weinig moeite met de inhoudelijke beoordeling van de smartengeldvordering. Slachtoffers lopen niet zo snel het risico dat zij in hun vordering tot vergoeding van smartengeld geheel niet-ontvankelijk worden verklaard.⁷⁷ Ook op het punt van het smartengeld biedt de directe verzekering weinig meerwaarde voor het slachtoffer. De voorwaarde onder (iii) ten slotte maakt de uitkering onder de directe verzekering subsidiair aan de uitkeringen uit andere verzekeringen (zoals bijvoorbeeld een uitvaartverzekering) en de uitkering uit fondsen, zoals het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Hiervoor in par. 12.3.7 kwamen de nadelen van een dergelijke subsidiaire en excedentdekking al aan de orde, althans beschouwd vanuit het perspectief van de verzekerde. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven verbindt immers zelf ook als voorwaarde aan de uitkering dat het

⁷⁶ Wansink 2003, p. 8-9 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

⁷⁷ Zie voor een voorbeeld waarin de rechtbank anders oordeelde over de vordering tot betaling van smartengeld: Rb. Gelderland 10 maart 2017, ECLI:RBGEL:2017:1357 (zoutzuuraanval in woning).

slachtoffer de schade niet elders vergoed kan krijgen of heeft gekregen.⁷⁸ De voorwaarde onder (iii) zoals door Wansink geformuleerd, en zoals die ook in de reeds bestaande polissen van directe schadeverzekeringen wegens misdrijf voorkomt, lijken het voorwaardelijk karakter van de uitkering uit het Schadefonds te miskennen. Dit heeft voor het verzekerde slachtoffer tot gevolg dat deze de uitkering aan het Schadefonds moet terugbetalen, terwijl hij van zijn verzekeraar alleen de schade vergoed heeft gekregen die uitsteeg boven het bedrag. Ook een beperking in de polis als hier bedoeld kan ertoe leiden dat een directe verzekering tegen misdrijfschade geen meerwaarde heeft voor misdrijfslachtoffers.

12.3.10. Een verplichte directe verzekering met (verplichte) dekkingssomvang?

De vraag of een first party-verzekering een effectieve oplossing is voor het in dit onderzoek centrale probleem hangt in belangrijke mate af van de verzekeringsdichtheid van een dergelijke verzekering. Hoe meer personen over een dergelijke verzekering beschikken, hoe effectiever de maatregel is. Bij een vrijwillige verzekering, hangt de verzekeringsdichtheid af van de verzekeringsbereidheid van de individuele burgers alsmede van de private verzekeringsmogelijkheden. Bij een verzekering op vrijwillige basis zal ook het totale bruto premie-inkomen in algemene zin geen ruimte bieden voor hoge verzekerde bedragen.⁷⁹ Hiervoor kwam al aan de orde dat betwijfeld kan worden of er voldoende markt is voor een verzekering tegen misdrijfschade. Het verdient aanbeveling daar in overleg met de verzekeringsbranche nader onderzoek naar te doen. Daarbij moet worden bedacht dat de ontwikkeling naar meer private verzekeraarbaarheid ook afhankelijk is van algemene condities zoals de mate waarin sprake is van het zogenoemde “*crowding out*” effect: compensatie door de overheid leidt tot verdringing van private initiatieven, alsmede de op de Nederlandse markt beschikbare (her)verzekeringscapaciteit.⁸⁰ Ook als uit dit onderzoek zou blijken dat er vraag is naar een dergelijk verzekeringsproduct, en de verzekeringsbranche bereid en in staat is een first party-dekking aan te bieden, hangt het van de bereidheid van de individuele personen af of zij zich wensen te verzekeren tegen dit risico. Ditzelfde geldt als het gaat om een “aanhangsel” op de AVP. Ervan uitgaand dat een verzekeraar een dergelijk aanhangsel niet zonder meer in de basisdekking zal opnemen zonder dat dit consequenties heeft voor de premie en de concurrentiepositie van de verzekeraar, zal een dergelijk aanhangsel in de praktijk een vrijwillige optie zijn, waar verzekerden ook vanaf kunnen zien.

De (enige) andere manier om een brede spreiding te garanderen, is het introduceren van een wettelijke verplichting tot het afsluiten van een verzekering tegen misdrijfschade, eventueel in combinatie met een verplichte dekkingssomvang. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een verplichte aanvullende dekking toe te voegen aan een vrijwillig afgesloten verzekering. In Frankrijk kent men deze variant in de rampenverzekering. Huizenbezitters in Frankrijk die zich op vrijwillige basis hebben verzekerd, bijvoorbeeld via een opstalverzekering, zijn wettelijk ver-

⁷⁸ Art. 6 lid 1 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

⁷⁹ Wansink 2003, p. 9 (de paginanummering verwijst naar de via Legal Intelligence raadpleegbare versie. In het authentieke document loopt de paginanummering van 45-52).

⁸⁰ Vgl. het rapport van het externe onderzoeksbureau dat onderzoek heeft gedaan naar de verzekeraarbaarheid van rampschade: *Kamerstukken II 2005/06*, 29668, nr. 11, p. 24.

plicht een verzekering te sluiten tegen natuurrampen.⁸¹ Het gaat hier dus niet om een verplichte verzekering, maar om een verplichte aanvullende dekking tegen natuurrampen die wordt toegevoegd aan een vrijwillig gesloten verzekering.

Tegen een verplichte first party-verzekering tegen misdrijfschade zijn de nodige bezwaren te formuleren. Ten eerste zijn dit bezwaren die in zijn algemeenheid gelden voor (wettelijke) verzekeringsplichten. Deze bezwaren zijn aan de orde gekomen in het kader van de vraag naar een verplichte particuliere aansprakelijkheidsverzekering, zie hoofdstuk 6. Een belangrijk bezwaar in dit verband is dat het diep ingrijpt in ieders vrijheid om ervoor te kiezen bepaalde risico's zelf te dragen, en deze niet door betaling van een premie af te wentelen op een verzekeraar. Niet iedere burger is in dezelfde mate blootgesteld aan risico's en niet alle burgers zijn in dezelfde mate afkerig van risico's.⁸² Een verplichting kan als een "vervelende overheidsbemoeienis" worden ervaren, aldus Frenk.⁸³ Ten tweede zijn dat bezwaren die specifiek voor deze first party-verzekering gelden. Deze hebben ermee te maken dat een verplichting tot het beschikken over een verzekering tegen misdrijfschade niet goed in het huidige juridische systeem past en ook praktisch niet goed uitvoerbaar en handhaafbaar is. De Nederlandse overheid is bovendien terughoudend met het verplicht stellen van verzekeringen ("dwangverzekeringen").⁸⁴ De Nederlandse wet kent momenteel een verplichte first party-verzekering, namelijk de verplichte persoonsverzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.⁸⁵ De verzekeringsplicht rust in het kader van deze wet niet op de latente benadeelden, maar op de opdrachtgever tot het verrichten van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Dat is een cruciaal verschil ten opzichte van de verzekering tegen misdrijfschade, waar het in beginsel de latente slachtoffers zelf zijn die een dergelijke verzekering moeten afsluiten. "In beginsel", omdat er ook situaties denkbaar zijn dat werkgevers het afsluiten van een dergelijke verzekering voor hun werknemers voor hun rekening nemen. Een verplichting daartoe hebben zij evenwel niet. Nu de verplichting tot het afsluiten van een schadeverzekering *conditio sine qua non* is voor het mogen verrichten van medisch-wetenschappelijk onderzoek is de verplichting goed uitvoerbaar en handhaafbaar en kon ook gekoppeld worden aan specifieke regelgeving. Dat ligt heel anders voor een verplichting voor alle burgers om te beschikken over een verzekering die dekking biedt tegen misdrijfschade. Voor het nadenken over de wenselijkheid en haalbaarheid van een verplichte verzekering tegen misdrijfschade kan inspiratie worden opgedaan uit het debat dat in 2005-2006 is gevoerd over de mogelijkheid private verzekeraarbaarheid van rampschade te vergroten. Ook in dat verband is de vraag onder ogen gezien of het principe van vrijwilligheid zonder uitzondering moet worden gehandhaafd of dat een vorm van een verplicht

⁸¹ Faure 2010, p. 130 met verwijzing aldaar naar Franse literatuur.

⁸² Vgl. de argumenten die Hartlief heeft opgesomd tegen een verplichte first party-verzekering tegen water- of regenschade: T. Hartlief, 'Schadefonds en de rol van de overheid', in: J.M. Barendrecht e.a., *Kring van aansprakelijken bij massaschade*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002, Den Haag: Koninklijke Vermande 2012, p. 100.

⁸³ Frenk 2000a, p. 10.

⁸⁴ Frenk 2000a, p. 10.

⁸⁵ Wet van 26 februari 1998, houdende regelen inzake medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, *Stb.* 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 oktober 2016, *Stb.* 2016, 424.

verzekeringstelsel tegen rampschade moest worden geïntroduceerd. “Introductie van een vorm van een verplicht verzekeringstelsel kan resulteren in een risicogemeenschap die voldoende groot is om verzekeraarbaarheid te creëren.”⁸⁶ Daarbij, zo vervolgt het kabinetsstandpunt, moet er wel op worden gelet dat binnen een dergelijk verplicht stelsel sprake is van een systeem van premiedifferentiatie dat enerzijds is gebaseerd op een stelsel van risicoklassen op basis van calculeerbare, reëel bestaande risico’s en dat door premieoverheveling anderzijds recht doet aan de in Nederland beoogde brede maatschappelijke solidariteit, die door al te grote verschillen in de hoogte van de premie kan worden aangetast.”⁸⁷ Tot een verplichte verzekering van burgers en bedrijven tegen rampschade is het niet gekomen.

Dit is, voor zover bekend, de enige verplichte first party-verzekering die de wet kent. Zoals eerder besproken, is door de Hoge Raad via de band van art. 7:611 BW een verplichting voor de werkgever in het leven geroepen een first party-verzekering af te sluiten voor zijn werknemers met betrekking tot het verkeersrisico waaraan zij in de uitoefening van hun werkzaamheden blootstaan.

Tegen de verplichte verzekering is ook nog als argument aangevoerd dat men in meer of mindere mate afhankelijk wordt van de verzekeringsmarkt, die uiteindelijk bepaalt of voor een bepaald risico dekking wordt geboden. Zo heeft Faure erop gewezen dat als de verzekerde som die de markt ter beschikking stelt zo gering kan zijn dat “de verzekeringsplicht *de facto* niet realistische wijze kan worden ingevuld.”⁸⁸ Ook Salomons heeft het probleem dat verzekeraars nee zeggen tegen bepaalde risico’s gesignaleerd.⁸⁹ Als mogelijke oplossing voor het probleem ziet hij de wet (een discriminatieverbod, Wet Toegang Ziektekostenverzekeringen, Wet medische keuringen). De enige andere optie is “het afwegen tussen de bestaande verzekeringspraktijk enerzijds, en de maatschappelijke druk tot verruiming anderzijds.”⁹⁰

Een andere mogelijkheid is een first party-verzekering tegen door derden veroorzaakte misdrijfschade als een verplichte aanvullende dekking toe te voegen aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.

12.3.11. First party-verzekering en corrigerende rechtvaardigheid

Een first party-verzekering past minder goed in het beginsel van de corrigerende rechtvaardigheid, nu de schade primair wordt vergoed door een voorziening aan de zijde van het slachtoffer, die het slachtoffer in veel gevallen zelf heeft getroffen en zelf door middel van premies heeft bekostigd. Ook vanuit de preventiegedachte kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij schadeverhaal via de first party-verzekering van het slachtoffer. De schade wordt afgewenteld op een verzekeraar aan de zijde van het slachtoffer. Het daadwerkelijk uitoefenen van een regresrecht op de dader kan aan deze bezwaren tegemoetkomen.

⁸⁶ *Kamerstukken II 2005/06*, 29668, nr. 11, p. 26.

⁸⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 29668, nr. 11, p. 26.

⁸⁸ Faure 2010, p. 133-134.

⁸⁹ R.A. Salomons, ‘Hebben de verzekeraars macht?’, in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 309-310.

⁹⁰ Salomons 2000, p. 310.

12.4. Beschouwing

Resumerend kan worden gezegd dat er vanuit slachtofferperspectief en vanuit het perspectief van verzekeraars zowel voor- als nadelen verbonden kunnen zijn aan de first party-verzekering. Een eigen verzekering aan de kant van het slachtoffer die schade dekt die het slachtoffer lijdt als gevolg van een misdrijf, kan een effectieve mogelijkheid zijn om misdrijfschade te verhalen. De mate van effectiviteit hangt in de eerste plaats af van de polisvoorwaarden en de omvang van de dekking. De paar verzekeringsproducten die momenteel op de markt zijn, kennen een zeer beperkte verzekerde som van € 50.000,-, en zijn bovendien vormgegeven als een subsidiaire dekking dan wel een zogenoemde 'excedent-dekking'. Bij een dergelijke dekking komt de verzekering pas tot uitkering indien en voor zover het slachtoffer niet schadeloos is gesteld door het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Bovendien zijn er first party-verzekeringen op de markt waarbij het beginsel van volledige schadevergoeding is losgelaten en de schade-uitkering plaatsvindt buiten afdeling 6.1.10 BW om. Ook is een bezwaar dat een uitkering aan het slachtoffer uit een directe verzekering ertoe leidt dat de schadevergoedingsverplichting van de dader dienovereenkomstig wordt verminderd. Aan dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door de verzekeraar ter zake van hetgeen op basis van de directe verzekering is uitgekeerd een regresrecht te geven op de dader, voor zover dit het verhaalsrecht van het slachtoffer op de dader voor de resterende schade niet ongunstig beïnvloedt. Deze nadelen staan er mijns inziens niet aan de in de weg om de directe verzekering als reële mogelijkheid voor de verbetering van de verhaalspositie van slachtoffers van misdrijven in samenspraak met de verzekeringsmarkt te ontwikkelen. Temeer niet omdat in de concrete uitwerking van de verzekering kan worden gezien of de ongunstige gevolgen van deze aspecten voor de verzekerde kunnen worden gemitigeerd. In hoofdstuk 12 zijn daartoe enkele mogelijkheden besproken.

De mate van effectiviteit hangt in de tweede plaats af van de verzekeringsdichtheid van de first party-verzekering. Indien de bereidheid in de branche tot een brede introductie van een first party-dekking op de WA-polis ontbreekt of om andere redenen niet haalbaar is, dan zal de vraag of een first party-verzekering een effectieve verhaalsmogelijkheid is, in sterke mate afhangen van de bereidheid van burgers een separate verzekering af te sluiten die dekking biedt tegen misdrijfschade. Om die reden zal een dergelijke verzekering vermoedelijk geen hoge dekkinggraad kennen en reeds om die reden minder bijdragen aan effectief schadeverhaal dan het verzekeringsrechtelijk instrumentarium als beschreven in deel A. Een andere mogelijkheid om een hoge verzekeringsdichtheid te bewerkstelligen is het invoeren van een wettelijke verplichting tot het verzekeren tegen misdrijfschade. De route van verplichte first party-verzekering biedt om dezelfde redenen die in par. 6.4 voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering zijn uiteengezet echter weinig perspectief. Een andere mogelijkheid is een first party-verzekering tegen door derden veroorzaakte misdrijfschade als een verplichte aanvullende dekking toe te voegen aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.

13. Executive summary

Slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven blijven met hun schade zitten

1. De verhaalspositie van slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven is aanmerkelijk slechter dan die van slachtoffers van verkeers- en arbeidsongevallen of medische fouten. Slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven hebben vaak omvangrijke schade door letsel en overlijden (personenschade). Zij raken tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt en verliezen hun baan. De derving van inkomen wordt niet of maar voor een deel opgevangen door het Nederlandse sociaal vangnet. Toch heeft deze groep slachtoffers geen effectieve mogelijkheid om de door hen personenschade te verhalen.
2. Het strafrecht biedt geen effectieve verhaalsmogelijkheid, zo blijkt uit onderzoek en uit de letselschadepraktijk. Hoewel het slachtoffer in het strafproces een civiele vordering kan instellen tegen de dader (tegelijk met de strafvervolging van de dader door het Openbaar Ministerie), is een dergelijke letselschadevordering complex en wezensvreemd aan de aard van het strafproces, waardoor zij vaak geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk wordt verklaard door de strafrechter.
3. Het civiele recht biedt ook geen mogelijkheid tot effectief schadeverhaal. In de eerste plaats omdat een slachtoffer daarvoor langdurig moet procederen en incasseren, terwijl hij juist liever zo kort mogelijk met de dader verbonden zal willen blijven. In de tweede plaats omdat de dader veelal onvoldoende verhaal biedt, diens eigen vermogen schiet eenvoudigweg tekort om de schade van het slachtoffer te vergoeden. Het slachtoffer van een misdrijf kan zich daarvoor ook niet wenden tot de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. In beginsel heeft het slachtoffer wel een rechtstreekse aanspraak jegens die verzekeraar (de zogenoemde 'directe actie' uit artikel 7:954 Burgerlijk Wetboek). Maar de verzekeraar kan een dergelijke aanspraak eenvoudig afwenden door een beroep te doen op de zogenoemde 'opzetclausule', die onderdeel is van alle WA-verzekeringen. Is de schade opzettelijk veroorzaakt, en dat is het geval bij misdrijven, dan hoeft de aansprakelijkheidsverzekeraar niet uit te keren. Dat is een wezenlijk verschil met de positie van slachtoffers van bijvoorbeeld (niet-opzettelijke) arbeidsongevallen en medische fouten.
4. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven biedt weliswaar een tegemoetkoming, maar die vormt een druppel op een gloeiende plaat vanwege het uitkeringsplafond van € 35.000,- (bij de zwaarste categorie letselschade).

Een mogelijke oplossing is om in het verzekeringsrecht een verbod op te nemen, zodat de verzekeraar zich niet langer jegens het slachtoffer kan beroepen op de opzet van de dader

5. De verhaalspositie van het misdrijfslachtoffer zou aanzienlijk verbeteren door een wettelijk verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer te beroepen op de opzetclausule (zie hierboven alinea 3), oftewel een verbod op het opzet-verweer. Door de combinatie van de al bestaande directe actie jegens de verzekeraar (art. 7:954 BW), en het verbod dat die

zich op de opzetclausule beroept, zou het slachtoffer rechtstreeks een solvabele wederpartij kunnen aanspreken (de verzekeraar).

6. Een verbod op het opzet-verweer is een bekend fenomeen. Zo'n verbod is namelijk al sinds de jaren '60 opgenomen in de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). Een slachtoffer van een verkeersmisdrijf kan (uiteraard net als een slachtoffer van een 'gewoon' verkeersongeval) direct de WAM-verzekeraar van het schadeveroorzakende motorvoertuig aanspreken voor een schadevergoeding. De verzekeraar kan vervolgens de uitgekeerde schadevergoeding weer verhalen op de verzekerde dader (het 'verhaalsrecht'). Het systeem van de WAM geldt inmiddels in het verkeersrecht van alle Europese landen, en wordt beschouwd als een vrijwel sluitende waarborg voor volledige schadevergoeding van het slachtoffer. De afwikkeling verloopt in de praktijk relatief snel en vindt meestal zonder tussenkomst van de rechter plaats.
7. Daarbij komt dat in Nederland bijna iedereen een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering heeft. De verzekeringsdichtheid van de particuliere aansprakelijkheidsverzekering in Nederland was in 2014 99,9%. Cijfers over de verzekeringsdichtheid onder veroordeelden en potentiële daders van gewelds- en zedenmisdrijven ontbreken. Er is echter geen aanwijzing dat in de kleine groep van huishoudens dat niet over een aansprakelijkheidsverzekering beschikt, de plegers van (gewelds)misdrijven (sterk) oververtegenwoordigd zouden zijn. Dat valt ook niet af te leiden uit onderzoeksgegevens omtrent typen daders, typen geweld en het profiel van onverzekerden en wanbetalers in het kader van de zorgverzekering, en het blijkt ook niet uit waarnemingen in de letselschadepraktijk.
8. Het centrale argument om het verbod op het opzet-verweer in de WAM op te nemen, gaat ook op voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering: bescherming van (verkeers)slachtoffers tegen de oninbaarheid van hun schadevordering. Hoewel de WAM een wettelijk verplichte verzekering is, en de algemene WA-verzekering niet, is dat geen goede verklaring voor het verschil in verhaalspositie. Om die reden heeft de Raad van State de wetgever gesuggereerd (ten tijde van de invoering van de directe actie in 2006) om de invoering van een verweermiddelenverbod bij de algemene aansprakelijkheidsverzekering in overweging te nemen.
9. Het onderzoek biedt ook een inventarisatie van argumenten tegen de invoering van een het verbod op het opzet-verweer voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering. Deze argumenten zijn gewogen en geen van alle zijn doorslaggevend bevonden. Een van de meer fundamentele bezwaren is moreel-ethisch van aard, namelijk dat een verbod op het opzet-verweer tot gevolg zou hebben dat de dader ongestraft (althans in civielrechtelijke zin) zou blijven. Hij zou de schadelijke gevolgen van zijn opzettelijke daad kunnen afwentelen op zijn verzekeraar, en op die manier gevrijwaard zijn van financiële verplichtingen. Dat argument gaat echter niet op. Een verbod op het opzet-verweer geldt immers alleen tussen het slachtoffer en de verzekeraar. Tegenover de dader kan de verzekeraar zich wel op diens opzet beroepen, en daardoor biedt de verzekering in hun onderlinge verhouding geen dekking. In juridische zin heeft de verzekeraar dan een schuld ingelost van de dader aan het slachtoffer, en kan de verzekeraar vervolgens regres nemen op de dader. Het uitgangspunt

is en blijft aldus dat 'de dader betaalt'. Daaraan doet niet af dat de dader mogelijk geen (volledig) verhaal biedt aan de verzekeraar.

10. Om ervoor te zorgen dat de dader betaalt, dienen de verzekeraars te beschikken over een effectieve verhaalspositie. In dat kader is voorgesteld verzekeraars gebruik te laten maken van de sterke verhaalsmogelijkheden die de Staat (het CJIB) heeft. Het gaat dan in het bijzonder om de schadevergoedingsmaatregel, het leggen van strafrechtelijk conservatoir beslag op het vermogen van de verdachte en mogelijkheden van het CJIB om in de executiefase de schadevergoedingsmaatregel te innen. Ook kan worden overwogen verzekeraars onder de voorschotregeling te laten vallen.
11. Tegen het genoemde moreel-ethische bezwaar kan verder nog worden aangevoerd dat private verzekeraars al geruime tijd een rol vervullen bij de vergoeding en afwikkeling van misdrijfschade. In dit verband kan worden gedacht aan de inbraak,- inboedel,- en brandverzekering, alsmede aan ongevallenverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.
12. De rechtsstelsels van Finland, Denemarken, Zweden en vermoedelijk ook Spanje kennen voor alle aansprakelijkheidsverzekeringen een verbod op het opzet-verweer van de verzekeraar. Voor België, en vermoedelijk ook Luxemburg, geldt dit alleen bij de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen. In België bestaat de mogelijkheid dit verbod uit te breiden (de Koning is daartoe bevoegd) tot niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering. In de Belgische rechtsliteratuur wordt krachtig bepleit (onder meer door prof. C. van Schoubroeck) om de niet-tegenwerpelijkheid aan het slachtoffer van opzettelijk veroorzaakte schadegevallen te veralgemeniseren en die ook te laten gelden voor de niet-verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen.

Een andere mogelijkheid is de verzekering van de schade door het slachtoffer zelf

13. De schade veroorzaakt door gewelds- en zedenmisdrijven kan ook worden gedekt door een verzekering die door het slachtoffer zelf wordt genomen, een 'first party-verzekering'. De effectiviteit van een dergelijke verzekering hangt in de eerste plaats af van de polisvoorwaarden en de omvang van de dekking. Er is op dit moment al een aantal verzekeringsproducten op de markt (zie ook alinea 14 hieronder), maar die kennen een beperkte verzekerde som van € 50.000,- , en bieden bovendien slechts subsidiaire dekking (in het geval de schade niet langs andere weg wordt vergoed, bijvoorbeeld door het Schadefonds Geweldsmisdrijven, (zie ook hierboven alinea 4) of een uitkering uit een eventuele andere verzekering), of excedent-dekking (boven een bepaald schadebedrag).
14. De effectiviteit van de first party-verzekering hangt in de tweede plaats af van de verzekeringsdichtheid. Die is vooralsnog laag. Momenteel wordt maar een enkele separate first party-verzekering op de markt aangeboden tegen (door derden veroorzaakte) misdrijfschade. Een aantal andere verzekeraars biedt die dekking ook aan, maar dan niet in een

separaat verzekeringsproduct, maar als onderdeel van de reguliere verzekering tegen (eigen) wettelijke aansprakelijkheid.

15. De spreiding van first party-verzekeringen tegen misdrijschade zou uiteraard aanzienlijk toenemen, indien de verzekeringsbranche die dekking een standaard-onderdeel zou maken van particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen. Kennelijk heeft marktwerking in de branche daar vooralsnog niet toe geleid. Op zich is het mogelijk om een wettelijke verplichting in te voeren, die burgers ertoe dwingt zich ook tegen misdrijschade te verzekeren. Het verplicht stellen van een verzekering grijpt echter diep in op de contractsvrijheid van burgers en verzekeraars, en is daarom niet zonder meer een voor de hand liggende aanpak. Een andere mogelijkheid is een first party-verzekering tegen door derden veroorzaakte misdrijschade als een verplichte aanvullende dekking toe te voegen aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de particuliere aansprakelijkheidsverzekering.

Conclusie

16. De invoering van een verbod op het opzet-verweer voor algemene aansprakelijkheidsverzekeringen opent de weg naar een effectief schadeverhaal door slachtoffers die door een misdrijf personenschade hebben geleden. Hiervoor is een wetswijziging nodig die de reeds bestaande directe actie van een slachtoffer op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader combineert met een verbod voor de verzekeraar om zich jegens het slachtoffer erop te beroepen dat opzettelijk veroorzaakte schade van dekking is uitgesloten, naar analogie van het systeem in de WAM.
17. De invoering van het bedoelde wettelijke verbod brengt, afhankelijk van de inkleding daarvan, de volgende voordelen:
 - Slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven krijgen een effectieve verhaalsmogelijkheid en kunnen op dezelfde voet als andere slachtoffers hun personenschade vergoed krijgen;
 - De bedoelde slachtoffers worden bevrijd van de niet te rechtvaardigen bijzondere lasten die thans op hen rusten (insolventierisico, procedure- en incassolast);
 - Die slachtoffers wordt ook een langdurige, kostbare en emotioneel belastende civiele procedure en incassotraject tegen de dader bespaard;
 - De verzekeraars zou via hun regres op de dader toegang kunnen krijgen tot de schadeverhaalprocedure in het strafproces (in plaats van het slachtoffer), en hun expertise zou dienstig kunnen zijn aan de effectiviteit van die rechtsgang; en
 - Met die toegang zou de verzekeraar ook kunnen worden toegestaan gebruik te maken van de incasso door het CJIB en de krachtige dwangmiddelen die de schadevergoedingsmaatregel meebrengt. Ook kan worden overwogen om de verzekeraars in aanmerking te laten komen voor de voorschotregeling.

Parallel aan de invoering van het wettelijk verbod op de tegenwerpelijke van opzet, kan verder praktijkonderzoek worden gedaan naar de bereidheid en de mogelijkheden binnen de verzekeringsbranche tot een brede introductie van een adequate first party-dekking op de eigen

aansprakelijkheidsverzekering tegen schade die de verzekerde lijdt als gevolg van een door een ander gepleegd misdrijf. Daarbij kan ook aandacht worden besteed aan de uitwerking van het model waarin een verplichte aanvullende dekking tegen misdrijfschade wordt toegevoegd aan een vrijwillig afgesloten verzekering, zoals de aansprakelijkheidsverzekering.

Literatuur

In dit onderzoek zijn literatuurverwijzingen weergegeven zoals hieronder vermeld, en zijn eventuele volgende verwijzingen verkort weergegeven zoals hieronder in vetgedrukt vermeld.

Van der Aa & Groenhuijsen 2012

S. van der Aa en M.S. Groenhuijsen, 'Slachtofferrechten in het strafproces: drie stapjes naar voren en een stapje terug?', *AA* 2012/8, p. 603-611.

Akkermans & Van Wees 2007

A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief: Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007/4, p. 103-118.

Akkermans 2008

A.J. Akkermans, 'De emotionele kosten van het geschil', in: P. Langstraat c.s., *De kosten van het geschil*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2008, Den Haag: Sdu 2008, p. 93-131.

Akkermans 2015

A.J. Akkermans, 'Think Rehab!, over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel', in: *(Je) geld of je leven (terug), vergoeding in natura*, voordrachten gehouden op het symposium van letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Bju 2015, p. 11-36.

Aristoteles

Aristoteles, *Ethica, Ethica Nicomachea*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door C. Pannier en J. Verhaeghe, Groningen: Historische Uitgeverij 2009.

Van Ardenne-Dick 2015

M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Wettelijke uitsluitingen in titel 7.17 BW. De uitsluitingen voor 'eigen gebrek' en 'eigen schuld'; een overzicht van de ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar', in: N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw'verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 123-177.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012

J.H. Wansink, N. Van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX, Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', in: J.M. Barendrecht e.a., *Kring van aansprakelijken bij massaschade*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002, Den Haag: Koninklijke Vermande 2012, p. 1-35.

Basedow/Fock 2002

J. Basedow/T. Fock, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band I*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

Basedow/Fock 2002a

Basedow/T. Fock, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band II*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

De Beaufort 1986

L.A.R.J. de Beaufort, 'Slachtoffer en straftoemeting', in: D.H. De Jong, J.L. van der Neut & J.J.J. Tulkens, *De vrijheidsstraf. Opstellenbundel ter gelegenheid van de eeuwherdenking op 15 april 1986 te Groningen van het Wetboek van Strafrecht en de eerste Beginselenwet van het gevangeniswezen*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 201-224.

Beck 2012

R. Beck, 'Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungsblicatorien', in: S. Fuhrer en C. Chappuis (red.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Droit de la responsabilité civile et des assurances. Liber amicorum Roland Brehm*, Bern: Stämpfli Verlag AG Bern 2012, p. 3-19.

Beck 2012a

R. Beck, 'Pflichtversicherungen – Entwurf einer gesetzlichen Regelung', Vortrag Schweizerische gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR), 7 september 2012.

Beckmann 2009

Beckmann/Matusche-Beckmann (red.), *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2009.

Van den Bergh e.a. 1990

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

Van den Bergh 1998

R. van den Bergh, 'Automatische vergoeding van schade geleden door zwakke verkeersdeelnemers: een rechtseconomische kritiek', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1998, p. 27-71.

Bertolaso 2015

S. Bertolaso, *Assurances terrestres, Contrat d'assurance, Le risque, objet du contrat*, JurisClasseur Civil Annexes, V° Assurances, mise à jour 24 novembre 2015.

Blees 2010

F.J. Blees, *De weg naar schadevergoeding in het internationale gemotoriseerde verkeer*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Bloembergen & Van Wersch 1973

A.R. Bloembergen en P.J.M. van Wersch, *Verkeersslachtoffers en hun schade*, Deventer: Kluwer 1973.

Bloembergen 1980

A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', *NJB* 1980, p. 174-183.

Bloembergen 1980a

A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 7-21.

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'De invloed van verzekeringen', in: B. Weissmann e.a. (red.), *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 447-468.

De Boer & Delfos 2008

M.B. de Boer & Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Insolventie en verzekering', *VrA* 2008/2, p. 5-48.

Bolt & Lensing 1993

A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1993.

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bongers 1964

H.A. Bongers, *Algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering*, Amsterdam: De Bussy 1964.

Van Boom 1994

W.H. van Boom, 'Hoe geprivilegieerd is het voorrecht op de verzekeringspenningen? Herkomst, werking en tekortkomingen van art. 3:287 BW', *WPNR* 1994 (6151), p. 635-640.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-Van der Velden (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 61-72.

Van Boom 2006a

W.H. van Boom, 'Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar 'no-fault'?', *AV&S* 2006/1, p. 8-24.

Van Boom & Lindenbergh 2013

W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

De Bosch Kemper & Gruben 2003

H.J.J. De Bosch Kemper en R. Gruben, *De WAM in werking. 38 jaar jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2003.

De Bosch Kemper 2016

H.J.J. de Bosch Kemper, 'Wet aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM)', in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2016, p. 2120-1-2120-24.

Boutellier 1993

H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: SUN 1993.

Bouw 1985

M.C.M. Bouw e.a., 'Toekomst voor slachtoffers van strafbare feiten?', *NJB* 1985, p. 524-525.

Broers 2012

E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2012.

Broers 2013

E.J.M.F.C. Broers, *Straf en schadevergoeding. Drie historische hoofdstukken*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Brunner 1977

C.J.H. Brunner, 'Bouwschade en w.a.-verzekering', *Bouwrecht* 1977, p. 303-309.

Van de Bunt 2016

J.E. van de Bunt, *Het Rampenfonds* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Buruma 1994

Y. Buruma, 'Victimalisering van het strafrecht', in: M. Moerings e.a. (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 211-231.

Buruma 1996

Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 1997

Y. Buruma, 'De derde in het strafprocesrecht', *AA* 1997, p. 102-111.

Callewaert 2011

V. Callewaert, 'La notion de sinistre intentionnel et son impact sur la couverture d'assurance R.C. vie privée', in: J. Wildemeersch en J. Loly (red.), *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Luik: Editions de Jeune Barreau de Liège 2011, p. 191-217.

Candido 2011

J. Candido, 'De vordering van benadeelde partij in het strafproces en de onevenredige belasting van het strafgeding', *Trema* 2011, afl. 10, p. 354-359.

Candido e.a. 2013

J. Candido, M. Hoendervoogt, P. van Dam, M. Gest, *Slachtoffer en de rechtspraak. Handleiding voor de strafrechtspraktijk*, de Rechtspraak 2013.

Candido & Lindenbergh 2014

J. Candido en S.D. Lindenbergh, 'Strafrechter en smartengeld, de civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling', *NTBR* 2014/21, p. 173-179.

Chiappori & Salanie 2000

P.-A. Chiappori & B. Salanie, 'Testing for Asymmetric Information in Insurance Markets', *The Journal of Political Economy* 2000, 56-78.

Clausing 1998

P. Clausing, *Inleiding verzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

Cleton 1983

R. Cleton, 'De wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen: een terugblik', *VR* 1983, p. 142-145.

Cohen & Siegelman 2010

A. Cohen & P. Siegelman, 'Testing for Adverse Selection in Insurance Markets', *The Journal of Risk and Insurance* 2010, vol. 77, p. 39-84.

Coleman 1987

J.L. Coleman, 'Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate', 63, *Chi.-Kent L. Rev.* 451 (1987), p. 451-470.

Coleman 1992

J.L. Coleman, *Risks and wrong*, Oxford: Oxford University Press 1992.

Colle 2010

P. Colle, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, p. 87-126.

Colle 2011

P. Colle, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia, 2011.

Commissie voor Verzekeringen 2011

Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011.

Corstens 1995

G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (rede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Corstens & Borgers 2014

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Cousy 1995

H.A. Cousy, 'Titel 7.17 NBW gezien vanuit het Belgische verzekeringsrecht', in: A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman en H.A. Cousy, *Verzekering naar komend recht*. Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 199-253.

Cousy 2007

H.A. Cousy, 'Pikante details over een beruchte driehoeksverhouding: de rechtstreekse vordering in de aansprakelijkheidsverzekering,' in: K. Bernauw e.a., *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 417-455.

Cousy & Schoorens 1994

H.A. Cousy & G. Schoorens, *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst. Parlementaire voorbereiding van de Wet van 25 juni 1992 en van de wijzigende Wet van 16 maart 1994*, Deurne: Kluwer 1994.

Cousy & Van Schoubroeck 2002

H.A. Cousy en C. Van Schoubroeck, 'De actualiteit van de rechtstreekse vordering in het verzekeringsrecht', in: *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel: Bruylant 2002, p. 563-578.

Cousy, Schuermans, Bernauw & Van Schoubroeck 2000

H.A. Cousy, L. Schuermans, K. Bernauw en C. Van Schoubroeck, *Artikelsgewijze commentaar Verzekeringen, met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer 2000, losbladig, p. 51-88.

Cozijn 1988

C. Cozijn, *Schadevergoeding door het Schadefonds of door de dader: het oordeel van het slachtoffer*, Den Haag: WODC, SDU Uitgeverij 1988.

Cuijvers 1988

G. Cuijvers, *Slachtoffers van misdrijven*, Leuven-Amersfoort: Uitgeverij Acco 1988.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel en zaakschade*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Van Dam 1995

C.C. van Dam, 'De schadeverzekering naar komend recht. Kanttekeningen bij Afdeling 2 van Titel 17 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek', in: A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman en H.A. Cousy, *Verzekering naar komend recht*, preadvies van de Vereniging

'Handelsrecht' en de Vereniging voor verzekeringswetenschap 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 63-129.

Van Dam 1996

Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor verzekeringswetenschap van 21 april 1995 over *Verzekering naar komend recht* naar aanleiding van de preadviezen van A.J. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman en H.A. Cousy, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Dam & Waal 2000

C.C. van Dam & E.A. Waal, 'De directe actie in titel 7.17 BW', in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en Maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p. 105-118.

Van Dam & Waal 2005

C.C. van Dam & E.A. Waal, 'Het nieuwe verzekeringsrecht. De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht', *VR* 2005, p. 101-106.

Darley & Pitman 2003

J.M. Darley & T.S. Pitman, 'The psychology of compensatory and retributive justice', *Personality and Social Psychology Review*, 2003/4, p. 324-336.

Van Dijk 1999

Chr. H. van Dijk, 'Opzetclausule. HR 6 november 1998, RvdW 1998, 207C', *Bb* 1999, p. 18-20.

Van Dijk 1985

J.J.M. van Dijk, *Compensation by the state or by the offender, the victim's perspective*, Ministerie van Justitie, Den Haag 1985.

Van Dijk 2016

J.J.M. van Dijk, 'Daderschap en slachtofferschap in geweldsmisdrijven', in: M. Liem en E.R. Muller (red.), *Geweld. Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 63-88.

Van Dijke 2013

S.C. van Dijke, 'De overstromingsverzekering in Nederland', in: S.D. Lindenbergh en W.H. van Boom (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 247-270.

Dirix 1984

E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden* (diss. Antwerpen UiA), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1984.

Dommering-van Rongen 2006

L. Dommering-van Rongen, *Schade vergoeden door Fondsvorming* (rede Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Donner 1927

J. Donner, 'Wetgeving. Verrekening tusschen verzekeraar en benadeelden derde', *NJB* 1927, p. 513-516.

Dorhout Mees 1929

T.J. Dorhout Mees, *Verzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929.

Dorhout Mees 1967

T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, 4e druk met medewerking van B. Wachter, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Dorhout Mees 1980

T.J. Dorhout Mees, *Nederlands Handels-en faillissementsrecht, deel III: Waardepapieren en geldverkeer; handelskoop; verzekering*, Arnhem: Gouda Quint 1980.

Dorhout Mees 1987

T.J. Dorhout Mees, *Nederlands Handels-en faillissementsrecht, deel III, Het nieuwe verzekeringsrecht, Verzekering en lijfrente volgens het Nieuwe BW*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Drion 1955

H. Drion, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), 's Gravenhage: Martinus Nijhoff 1955.

Den Dulk 1929

J. den Dulk, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid en verplichte verzekering van motorrijtuigen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: H.J. Paris, 1929.

Van Dongen, Hebly & Lindenbergh 2013

J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, *Je hebt geluk als je van een pauw mag plukken. Ervaringen van slachtoffers van strafbare feiten met het verhalen van hun schade*, Den Haag: WODC 2013.

Dubuisson 2003

B. Dubuisson, 'L'action directe en l'action récursoire', in: B. Dubuisson en P. Jadoul (red.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Dix années d'application*, Collection Droit des assurances no 13, Louvain la Neuve: Bruylant 2003, p. 147-204.

Dubuisson 2010

B. Dubuisson, 'La faute intentionnelle en droit des assurances – l'éclairage du droit pénal', *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* (2010), F.270.

Dute, Faure & Koziol 2002

J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, *Onderzoek No-Fault compensatiesysteem, reeks evaluatie regelgeving deel 13*, Den Haag: ZonMw 2002.

Van Eijk-Graveland 1999

J.C. van Eijk-Graveland, *Verzeekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Eijk-Graveland 1999a

J.C. van Eijk-Graveland, 'Opzet en aansprakelijkheidsverzekering', *Vrb* 1999, p. 63-65.

Van Eijk-Graveland 1999b

J.C. van Eijk-Graveland, 'Schadeverzekering biedt slachtoffer geen genoegdoening', *Trouw* 15 mei 1999.

Van Eijk-Graveland 2009

J.C. van Eijk-Graveland, 'Opzettelijk en tegen een persoon gericht wederrechtelijk handelen. De opzetsluiting in de AVP-polis', *NTHR* 2009-6, p. 250-256.

Eisenhauer 2004

J.G. Eisenhauer, 'Risk Aversion and the Willingness to Pay for Insurance: A Cautionary Discussion of Adverse Selection', *Risk Management & Insurance Review* 2004, p. 165-175.

Elbers & Akkermans 2013

N.A. Elbers en A.J. Akkermans, 'Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering', *TVP* 2013/2, p. 33-39.

Elsen 1984

M.A. Elsen, 'Kan de immateriële schadevergoeding op grond van artikel 6:106 BW dienen als aanknopingspunt voor de Amerikaanse punitive damages?', in: P. Abas e.a. (red.), *Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1984, p. 93-107.

Elzas 2006

R.Ph. Elzas, 'Niemand draagt zijn eigen schade...', in: *Van daden en draden. Liber amicorum prof. mr. J.H. Wansink*, Deventer: Kluwer 2006, p. 209-223.

Elzas & Veldman 2011

R. Ph. Elzas en G. Veldman, 'De WAM onderweg. Enkele aspecten van de verplicht gestelde aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen', *Het Verzekeringsarchief* 2011/4, p. 175-182.

Emaus & Kool 2017

J.M. Emaus en R.B.S. Kool, 'Civiel schadeverhaal via het strafproces anno 2016. Verslag van een onderzoek naar de praktijk van de besluitvorming van de strafrechter ten aanzien van de afdoening van de voeging benadeelde partij, *TVP* 2017/1, p. 1-9.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schade-dragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003.

Engelhard e.a. 2015

E.S. Engelhard, M.R. Hebly en I. van der Zalm, 'De shockschadevordering in het strafproces,' *TVP* 2015/4, p. 87-96.

Farner 1938

H. Farner, *Die private Unfall- und Haftpflichtversicherung*, Bern: Verlag Herbert Lang 1938.

Faure 2010

M.G. Faure, 'Verplichte verzekering in rechtseconomische perspectief', in: N. Van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 121-137.

Faure & Hartlief 1995

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Gevolgen van de uitbreidende werkgeversaansprakelijkheid', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995, p. 283-336.

Faure & Hartlief 1998

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER', *NJB* 1998, p. 1135-1142.

Faure & Hartlief 2001

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Vergoeding van rampschade', in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 149-172.

Faure & Hartlief 2001a

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Directe schadeverzekering bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 77-107.

Faure & Hartlief 2002

M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Faure & Hartlief 2006

M.G. Faure & T. Hartlief, 'Verplichte verzekering', in: N. Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink Bundel – Van daden en draden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 223-245.

Faure & Van Boom 2013

M.G. Faure en W.H. van Boom, 'Gedragsveronderstellingen en verzekeringen', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 693-732.

Feenstra 2002

R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002.

Feunekes 2006

R. Feunekes, 'Het regime van het nieuwe verzekeringsrecht: gevolgen voor de positie van de verzekerde bij verzwijging en subrogatie en die van de benadeelde bij toepassing van de directe actie', *MvV* 2006-3, p. 54-55.

Feyves, Kissling, Perner e.a. 2016

A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016.

Fonkert 1950

N.L.C. Fonkert, *Beschouwingen over de wetgeving op de verzekeringsovereenkomst* (diss. Leiden), 's Gravenhage: Nijhoff 1950.

Fontaine 2011

M. Fontaine, *Verzekeringsrecht*, Brussel: Larcier 2011.

Fontaine 2016

M. Fontaine, *Droit des assurances*, Brussel: Larcier 2016.

Franken 2000

A.Ch.H. Franken, 'Verplichte persoonsverzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *A&V* 2000/1, p. 1-8.

Franken 2000a

A.Ch.H. Franken, 'Schadeverzekering en schadevergoeding', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en Maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 147-162.

Franken 2011

A.Ch.H. Franken, 'De directe actie: een (onnodig) complexe regeling', *AV&S* 2011/13, p. 121-134.

Franken 2015

A.Ch.H. Franken, 'De directe actie'. 10 jaar nieuw verzekeringsrecht', in: N.van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 179-197.

Fredericq 1990

S. Fredericq, *Moderne risico's en de vergoeding van letselschade*, Brussel: Bruylant 1990.

Frenk 1999

N. Frenk, 'De directe schadeverzekering als vervanging van aansprakelijkheid', *NJB* 1999 (32), p. 1547-1554.

Frenk 2000

N. Frenk, 'De verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *A&V* 2000/1, p. 11-13.

Frenk 2000a

N. Frenk, 'De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende schadelast', *AV&S* 2000/0, 2-13.

Frenk 2000b

N. Frenk, 'De gewijzigde opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen', *NbBW* 2000, p. 86-93.

Frenk 2000c

N. Frenk, 'Naschrift', *NbBW* 2000, p. 128-130.

Frenk 2015

N. Frenk, 'Strafbare feiten en de reikwijdte van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen', *VR* 2015/36, p. 91-97.

Frenk & Salomons 2001

N. Frenk en F.R. Salomons, 'Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt', *VA* 2001/1, p. 4-30.

Frenk & Salomons 2006

N. Frenk en F.R. Salomons, 'De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen', *WPNR* 2006 (6658), p. 200-209.

Fuhrer 2004

S. Fuhrer, 'Die Totalrevision des Haftpflicht- und des Versicherungsvertragsrechts als Chance für eine Vereinheitlichung und Modernisierung der Bestimmungen zum Schutz geschädigter Personen', in Sutter-Somm, Hafner, Schmid, Seelman (Hrsg.): *Risiko und Recht*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, p. 2-25.

Fuhrer 2011

S. Fuhrer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zürich: Schulthess 2011.

Geelen 2000

R. Geelen, 'Commentaar bij art. 86 Wet Landverzekeringsovereenkomst', in: H.A. Cousy, L. Schuermans, K. Bernauw en C. Van Schoubroeck, *Artikelsgewijze commentaar Verzekeringen, met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer 2000, losbladig, p. 51-87.

Goderie & Ter Woerds 2003

M. Goderie en S. ter Woerds, *Veilige gemeenten waar vrouwen willen wonen. Een voorstudie naar lokale monitoring van vrouwenveiligheid*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2003.

Gommer & Gijsen 2016

A.M. Gommer en R. Gijsen, *Onderzoek naar schatting van landelijk aantal SEH-bezoeken op basis van Letsel Informatie Systeem (LIS)*, RIVM 2016.

Goudswaard 2000

K.P. Goudswaard, 'De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's', in: T. Hartlief en M.M. Mendel, *Verzekering en Maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, 435-451.

De Graaf & Wezeman 2010

P.S. de Graaf en J.B. Wezeman, 'Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na vergoeding van de schade aan de verzekerde gelaedeerde', *NTHR* 2010-1, p. 1-9.

Greebe 1935

J.J.A.F. Greebe, *Eenige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1935.

Gregorius 1994

F.K. Gregorius, 'De verzekeraar en de totale schadelast; de financiering; financieel management', in: *Begroting van schade, verandering en verzekering. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1994*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1994, p. 39-61.

Groenhuijsen 1985

M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

Grolimund 2012

P. Grolimund, 'Haftpflchtversicherung und direktes Forderungsrecht', in: A.K. Schnyder, *Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft*, Zurich-Basel: Schulthess Juristische Medien AG 2012, p. 119-137.

De Groot 1980

G.J. de Groot, 'Schadefondsen. Tussen toen en toekomst?', in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 23-39.

De Groot & Hulshof 2014

I.N.J. de Groot en L. Hulshof, 'Gewelddelicten: letselcijfers maken het plaatje compleet', *Tijdschrift voor de Politie* 2014/nr. 2, p. 30-32.

Hallebeek 2014

J. Hallebeek, *Lijf ende Goedt. De juridische bescherming van de menselijke persoon en diens vermogen. Een schets van de westerse geschiedenis*, Amsterdam: VU University Press 2014.

Hartlief 1994

T. Hartlief, 'Van aansprakelijkheid naar draagkracht naar draaglijke aansprakelijkheid', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p.139-147.

Hartlief 1999

T. Hartlief, 'Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?', in: T. Hartlief e.a. (red.), *Het belang van de dader*. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1999, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 1-27.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Klassieken van het Nederlands Privaatrecht: Verzekering en aansprakelijkheidsrecht van H. Drion', *NTBR* 2000-1, p. 11-16.

Hartlief 2000a

T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *A&V* 2000/5, p. 93-105.

Hartlief 2000b

Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Schadefondsen en de rol van de overheid', in: J.M. Barendrecht e.a., *Kring van aansprakelijken bij massaschade. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2012, p. 61-103.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten', *NTBR* 2003-2, p. 72-82.

Hartlief 2003a

T. Hartlief, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid', in: A.W.H. Doctors van Leeuwen e.a. (red.), *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw. Preadviezen voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-30.

Hartlief 2003b

T. Hartlief, 'Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *SV&V* 2003-6, p. 236-247.

Hartlief 2009

T. Hartlief, 'Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?', in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade. Bijdragen ter gelegenheid van het twintigste symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2009*, Den Haag; Sdu Uitgevers 2009, p. 1-23.

Hartlief & Tjittes 1990

T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, 'De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: Privaatrechtelijke aspecten', in: R. van den Bergh e.a., *De invloed van verzekering op de civiele aansprake-*

lijkheid. Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990, p. 55-115.

Hartlief & Tjittes 1999

T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Heidt 1990

K.R. Heidt, *Corrective Justice From Aristotle to Second Order Liability: Who Should Pay When The Culpable Cannot?*, 47 Wash. & Lee L. Rev. 347 (1990), p. 347-377.

Heiss & Kosma 2006

H. Heiss en O. Kosma, 'Die Direktklage des Geschädigten im Europäischen Versicherungsrecht', in: N. van Tiggele-Van der Velde (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 279-293.

Hemenway 1990

D. Hemenway, 'Propitious Selection', *The Quarterly Journal of Economics*, 1990, p. 1063-1069.

Hendrikse 2002

M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2002.

Hendrikse 2011

M.L. Hendrikse, 'Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

Hengeveld 2007

W.H. Hengeveld, 'De afwikkeling van 'voorbije' rampen', *AV&S*, 2007/5, p. 236-241.

Den Hertog 2013

P. den Hertog, C. Stam, H. Valkenberg, A. Bloemhoff e.a., *Letsels en letselpreventie*, VeiligheidNL 2013.

Hoekema 1980

A.J. Hoekema, 'Rechtssociologische aantekeningen bij het schadevergoedingsrecht', in: J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 175-228.

Höra 2013

K. Höra (red.), *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2013.

Houben 2000

L.S.J. Houben, 'Contractdwang en verzekering', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 287-298.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Huver e.a. 2007

R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid: een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007.

Jocqué 2011

G. Jocqué, 'Opzet en grove fout in rechtsvergelijkend perspectief', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 151-161.

Jocqué 2015

G. Jocqué, 'Actualia Verzekeringsrecht', in: T. Vansweevelt en B. Weyts (red.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 25-44.

Junger & Van Hecke 1988

M. Junger & T. van Hecke, *Schadevergoeding binnen het strafrecht. Daders en slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: WODC 1988.

Kamphuisen 2005

J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 181-220.

Kaptein 1998

H.J.R. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-94.

Kinneging 2005

A. Kinneging, *Geografie van goed en kwaad*, Utrecht: Spectrum 2005.

Koch 2013

R. Koch, '§§ 100-124 VVG', in: Bruck/Möller (red.), *Versicherungsvertragsgesetz, Großkommentar, Viertes Band, Haftpflichtversicherung*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 1-127.

Koch 2016

R. Koch, 'Compulsory Liability Insurance in Germany', in: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016.

Kool 2000

R. Kool, 'Seksueel geweld: een kwestie van vergelding?', *Nemesis* 2000/6, p. 196-201.

Kool e.a. 2016

R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraak en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Koopmann 1995

M.W.E. Koopmann, 'Beroepsaansprakelijkheid en verzekering', *AA* 1995, p. 755-764.

De Kok 1965

H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1965.

Korthals Altes 1988

A. Korthals Altes, 'WA-verzekering: opmars over struikelblokken', *NJB* 1988, p. 859-861.

Kortmann 2000

S.C.J.J. Kortmann, 'Reactie: Rechtstreekse schadeloosstelling door de verzekeraar aan de benadeelde', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, p. 47.

Kremer 2006

F.Th. Kremer, 'All victims are equal, but some victims are more equal than others', in: N. Van Tiggele-Van der Velde e.a. (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 307-319.

Kremer 2016

Th. Kremer, 'Vergoeding van letselschade anno 2016: staan we op een kruispunt, een keerpunt of een doodlopende weg?', in: M.G. Faure & T. Hartlief, *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 313-325.

Kruit 2012

J.A. Kruit, 'Verplichte verzekering van sloopseigenaren tegen maritieme vorderingen. Een lege huls?!', *Tijdschrift vervoer & Recht* 2012-5, p. 140-150.

Kwakman 1999

N.J.M. Kwakman, 'De mateloosheid van de solidariteit: het onvermijdelijke gevolg van een slachtoffergericht strafproces met het vanouds dadergerichte strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 182-193.

Van Laer 1956

J.C. van Laer, 'De positie van de benadeelde in het kader ener aansprakelijkheidsverzekering ter zake van het verkeer met motorrijtuigen!', *VA* 1956, p. 104-133.

Lambert-Faivre 2011

Y. Lambert-Faivre, *Droit des Assurances*, Paris: Précis Dalloz 2011

Lamy 2014

J. Kullmann (red.), *Lamy assurances*, z.p.: Wolters Kluwer 2014.

Langemeijer 2010

F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2010.

Langheid 2016

Th.Langheid e.a., *Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG- Informationspflichtenverordnung.Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2016.

Lanting & Hoeymans 2008

L.C. Lanting en N. Hoeymans, *Let op letsels. Letsels in het perspectief van de volksgezondheid*, RIVM 2008.

Lascaris 1993

A. Lascaris, *Het soevereine slachtoffer. Een theologisch essay over geweld en onderdrukking*, Baarn: Uitgeverij Ten Have 1993.

Leijten

C.J.M. Leijten, 'De onrechtmatige daad begaan door een minderjarige', *WPNR* 5365, p. 634-641.

Liem & Muller 2016

M. Liem en E.R. Muller (red.), *Geweld. Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'De hoogte van het smartengeld in Nederland; een verkenning van de top', *VR* 1999, p. 129-134.

Lindenbergh 2002

S.D. Lindenbergh, 'Slachtofferbescherming: beginsel of rode draad?', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel, *Schadevergoeding: een eeuw later. Opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 97-101.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, 'De letselschadevordering in het strafproces, dat moet beter kunnen', *NJB* 2014 (39), p. 2696-2702.

Lindenbergh 2014a

S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in: *Kritiek op recht*, liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht, Kluwer: Deventer 2014, p. 239-251.

Lindenbergh & Mascini 2013

S.D. Lindenbergh en P. Mascini, 'Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht - De spanning tussen financiële en relationele compensatie', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 437-457.

Lindenbergh & Akkermans 2014

S.D. Lindenbergh en A.J. Akkermans, *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldsslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Lippmann 1951

J.E.M. Lippmann, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: Van Stockum 1951.

Loth 2016

M. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal beschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht*. Pre-advies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht, Deventer: Kluwer 2016.

Maas-de Waal 2006

C.J. Maas-de Waal, *Voorzieningen voor slachtoffers van misdrijven; Gebruik, bereik en draagvlak*, Den Haag: SCP 2006.

Mackaay 1980

E. Mackaay, 'Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen', in: J.P. Verburgh e.a. *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 147-174.

Mayaux 2014

L. Mayaux, 'La couverture du risque', in J. Bigot (red.), *Le contrat d'assurance*, LGDJ: Parijs 2014, p 807-820.

Malsch 2013

M. Malsch e.a., 'Vergelding en herstel: de behoeften van het slachtoffer', *TvH* 2013 (13), p. 7-22.

Mendel 1991

M.M. Mendel, 'In hoeverre vereist opzet van w.a-verzekerden gerichtheid op de gevolgen?', *Vrb* 1991, p. 19-20.

Mendel 1992

M.M. Mendel, 'Enige verzekeringsrechtelijke arresten over opzet en hun strafrechtelijke wortels', *VR* 1992, p. 6-11.

Mendel 1993

M.M. Mendel, 'Enkele aspecten van opzet en grove schuld in het schadeverzekeringsrecht', in: H.A. Bouman (red.), *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 113-125.

Mendel 1994

M.M. Mendel, 'Enkele aspecten van opzet en grove schuld in het schadeverzekeringsrecht', *VR* 1994/1, p. 1-5.

Mendel 2015

M.M. Mendel, 'Oude opzetclausule revisited', *AV&S* 2015/31, p. 198-201.

Meurs & Thiery 2014

T. Meurs en Y. Thiery, 'Aansprakelijkheidsverzekering: risicovolle onderneming?', in: C. Van Schoubroeck en I. Samoy (red.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 2014-2015, p. 73-109.

Miers 2014

D. Miers, 'Offender and state compensation for victims of crime: Two decades of development and change', *International Review of Victimology* 2014, Vol 20(I), p. 145-168.

Molengraaff 1955

W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht, deel III, Schadeverzekering in het algemeen*, Haarlem: Bohn 1955.

Mulder 1981

H.D.M. Mulder, 'Opzettelijk veroorzaken in het strafrecht en het aansprakelijkheidsverzekeringsrecht', in: A.J. Bins (red.), *Beginnelen. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 197-206.

Mulder 2009

J.D.W.E. Mulder, *Compensatie na geweld. Wie krijgen er een vergoeding van het Schadefonds Geweldsmisdrijven en wat zijn de effecten van zo'n financiële vergoeding?*, Tilburg: Intervict 2009.

Nolst Trenité 1921

J.G.L. Nolst Trenité, *Brandverzekering*, Haarlem: Bohn 1921.

Nussbaum 2006

M. Nussbaum, *Grensgebieden van het recht. Over sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam: Ambo 2006.

Nuytinck e.a. 1995

A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman, H.A. Cousy, *Verzekering naar komend recht*, preadvies voor de Vereeniging 'Handelsrecht' en de vereniging voor verzekeringswetenschap 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Oosenbrug & Van den Berghe 1996

A. Oosenbrug, L.A.A. van den Berghe (red.), *Schadeverzekering in Nederland*, 's Gravenhage: Delwel 1996.

Overeem 1984

R. Overeem, 'Notitie n.a.v. het rapport smartegeld van de verbondscommissie schaderegelingsbeleid', *VR* 1984, p. 228-229.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 105-161.

Peters 1966

A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

Picard & Besson 1982

M. Picard, André Besson, *Les assurances terrestres en droit Français, Tome premier, Le contrat d'assurance*, Paris: Librairie Générale 1982.

Polak 1980

N.J. Polak, 'De beledigde partij in ere hersteld', *NJB* 1980, p. 21-32.

Ponet, Rubens & Verhees 1993

F. Ponet, P. Rubens & W. Verhees, *De Landverzekeringsovereenkomst. Praktisch commentaar bij de wet van 25 juni 1992*, Deurne: Kluwer 1993.

Prölss/Martin 2015

E.R. Prölss en A. Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, Beckliche Kurz-Kommentare, Band 14, München: Verlag C.H. Beck 2015.

Ristovski & Wertheim 2005

A. Ristovski & E.H. Wertheim, 'Investigation of compensation source, trait empathy, satisfaction with outcome and forgiveness in the criminal context', *Australian Psychologist* 2005; 40(1), p. 63-69.

Robben 1992

C.P. Robben, 'Aansprakelijkheidsverzekering en rechtstreekse vordering', *NJB* 1992, p. 1271-1273.

Robben 1993

C.P. Robben, *De action directe en de wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 1993.

Robben 2015

C.P. Robben, 'Rechtstreekse actie. Welke?', *VR* 2015/97, p. 329-333.

Roording 1989

J. Roording, 'De schadevergoedingsstraf, Rapport van de Commissie Terwee', *AA* 1989, p. 40-47.

Ruitenbeek-Bart 2008

F.M. Ruitenbeek-Bart, 'Verzekeringsrechtelijk(e) verhalen (1). De verhaalsmogelijkheden van de schadeverzekeraar in het nieuwe verzekeringsrecht', *TVP* 2008, p. 29-35.

Ruitenbeek-Bart 2008a

F.M. Ruitenbeek-Bart, 'Verzekeringsrechtelijk(e) verhalen (2). De invloed van het nieuwe verzekeringsrecht op de verhaalsmogelijkheden van gesubrogeerde verzekeraars en wettelijke regresnemers', *TVP* 2008, p. 67-71

Ruitenbeek-Bart & Schijns 2014

F.M. Ruitenbeek-Bart & A.J.J.G. Schijns, 'De schadeclaim van het slachtoffer van strafbare feiten. Bruggenbouwer tussen twee rechtsgebieden?' *TvP* 2014/2, p. 38-47.

Salomons 1977

R.A. Salomons, 'Opzet en voorwaardelijk opzet bij aansprakelijkheidsverzekering', *NJB* 1977, p. 582- 583.

Salomons 2000

R.A. Salomons, 'Hebben de verzekeraars macht?', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 299-312.

Sas 2010

A.H. Sas, 'Strafrecht voor civilisten: de verbetering van de mogelijkheid om schade via het strafrecht te verhalen,' *TVP* 2010/3, p. 80-87.

Sas 2012

A.H. Sas, 'Strafrecht voor civilisten deel II: over de gewijzigde Wet schadefonds geweldsmisdrijven en nog enkele opmerkingen over schadeverhaal via het strafproces,' *TVP* 2012/2, p. 45-60.

Sas 2015

A.H. Sas, 'De zaak Robert M. in cassatie. De ouders van de slachtoffers als benadeelde partij in het strafproces: hun verplaatste schade en proceskosten', *TVP* 2015/1, p. 8-15.

Sas 2016

A.H. Sas, 'Schadevergoeding via de strafrechtelijke procedure', in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2016, p. 4070-5 - 4070-86.

Schalken 1980

T.M. Schalken, 'De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering', *D&D* 1980, p. 266-278.

Schalken 1999

T.M. Schalken, 'Rechten zedendelinquenten mogen niet altijd heilig zijn', *NRC Handelsblad* 16 augustus 1999.

Scheltema 1998

H.J. Scheltema, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, bewerkt door F.H.J. Mijnsen, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

Schijns 2009

A.J.J.G. Schijns, 'Waar blijven de verzekeringspenningen?', *Verzekeringsblad* 2009, p. 46-47.

Schijns 2015

A.J.J.G. Schijns, 'De letselschadevordering van het slachtoffer in het strafproces: een zwakte in de strafrechtelijke slachtofferbescherming. Enkele oplossingsrichtingen voor een verbetering van het schadeverhaal na een misdrijf', *TPWS* 2015/8, p. 35-37.

Schneider 2015

W.Th. Schneider 'Allgemeine haftpflichtversicherung' in: Beckmann/Matusche-Beckmann (red.), *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2015, p. 1283-1393.

Van Schoubroeck 2004

C. van Schoubroeck 'Verzekeraarbaarheid van opzettelijke daad en grove schuld: Belgische wettelijke regeling blijft voor beroering zorgen' in: P.J.M. Drion (red.), *Tussen persoon en recht: Afscheidsbundel prof. mr. J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 177-201.

Van Schoubroeck 2005

C. van Schoubroeck, 'Over opzettelijk veroorzaakte schadegevallen en verzekering', *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht/Revue de Droit Commercial Belge* 2005/8, p. 819-829.

Van Schoubroeck 2014

C. van Schoubroeck, 'Verzekeringen en jeugdbeschermingsrecht: een moeilijke verhouding?', in: J. Put (red.), *Jeugdbeschermingsrecht*, Leuven: die Keure 2014, p. 75-101.

Solus 1914

H. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1755, 1798, 1994 du code civil* (Th. dr. Paris), Paris: 1914.

Schrama & Geurts 2012

W.M. Schrama & T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten. De rol van de civiele procedure: gebruik, knelpunten en oplossingsrichtingen*, Den Haag: WODC 2012.

Schuermans 1992

L. Schuermans, 'De nieuwe wet op de Landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 (slot)', *Rechtskundig Weekblad* 1992-1993, p. 729-751.

Schuermans & Van Schoubroeck 2015

L. Schuermans en C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2015.

Schuermans & Jordens 1997

Schuermans & Jordens, *Nederlandse staatswetten, nr. 156. Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen*, bewerkt door I. Jansen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Schwitters 2012

R. Schwitters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2012/1171, p. 1390-1396.

Sieburgh 2003

C.H. Sieburgh, 'Beschikt de burgerlijke rechter over onbegrensde krachten?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 173-198.

Slingenberg 1896

J. Slingenberg, *De strafbare daad en de Schadeloosstelling van den Benadeelde* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Academische Boekhandel Delsman & Nolthenius 1896.

Smeehuijzen, Akkermans & Van Sweevelt 2013

J.L. Smeehuijzen, A.J. Akkermans en T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Smit & Bijleveld 2016

P. Smit en C.C.J.H. Bijleveld, 'Omvang en trends van geweldscriminaliteit in Nederland: 1950-2014', in: M. Liem en E.R. Muller (red.), *Geweld. Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37-61.

Smulders 1962

K. Smulders, 'Dekkingsproblematiek in de verplichte wa-verzekering voor motorrijtuigen', *VA* 1962, p. 324-335.

Snijders 1996

H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 1996.

Snijders 2016

B.E.P. Snijders, A.M. Gommer, J.A. Haagsma, M.J. Panneman e.a., *Ziektelast en kosten van letsel door geweld*, RIVM-rapport 2015-0179, RIVM 2016.

Solus 1914

H. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1755, 1798, 1994 du Code Civil* (Th. dr. Paris), Paris: 1914.

Spier 2000

J. Spier, 'Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V) tijdperk', *A&V* 2000/6, p.123-129.

Spruit 2005

M.D. Spruit, 'De directe actie, artikel 7:954 BW (art. 7.17.2.9c)', *NTHR* 2005-6, p. 264-272.

Stadermann 2011

F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, (diss. OU), Zutphen: Uitgeverij Paris, 2011.

Stadermann 2014

F. Stadermann, 'De dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering; daar staat het slachtoffer toch zeker buiten?', in: *De toekomst van de letselschadepraktijk. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten' 2014*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2014, p. 51-62.

Stäubli 2016

A. Stäubli, 'Compulsory Liability in Switzerland', in: A. Feyves, C. Kissling, S. Perner e.a. (red.), *Compulsory Liability Insurance from a European Perspective*, Berlin/Boston: De Gruyter 2016, p. 217-246 en p. 518-527.

Stoop 1923

A.E. Stoop, *Overeenkomsten tot afwenteling van de gevolgen van aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Utrecht: P. den Boer 1923.

Storme 2011

M.E. Storme, 'Weg met de rechtstreekse vordering!', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 563-571.

Streefkerk 2016

J. Streefkerk, 'Aansprakelijkheidsverzekering', in: J. Wildeboer en S. Binkhorst (red.), *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2016, p. 2125-1-2125-47.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Sugarman 1985

S.D. Sugarman, 'Doing Away with Tort Law', *73 California law Review* 1985, p. 558-664.

Suurmond & Van Velthoven 2005

G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *NJB* 2005 (37), p. 1934-1936.

Tak 2012

P.J.P. Tak, *Kostenveroordeling in strafzaken. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de veroordeling van de verdachte in de proceskosten in Duitsland en Engeland*, Den Haag: WODC 2012.

Van Tiggele-van der Velde & Wansink 2002

N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bereidingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Van Tiggele-van der Velde 2015

N. van Tiggele-van der Velde, 'Over alcohol & voorwaardelijk opzet', *AV&S* 2015/10, p. 60.

Van Tiggele-van der Velde 2016

N. van Tiggele-van der Velde, 'Opzet gericht op wat ook alweer?', *AV&S* 2016/27, p. 143-144.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

Tolman 2000

M.J. Tolman, 'Reactie op artikel Niels Frenk inzake opzetclausule', *NbBW* 2000, p. 126-128.

Tolman 2004

M.J. Tolman, 'Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden', *AV&S* 2004/4, p. 157-165.

Tromp 1996

J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk. Enige praktische aspecten van de letselschaderegeling*, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom BedrijfsInformatie 1996.

Uijtttenbroek, Akkermans e.a. 2008

E.M. Uijtttenbroek, A.J. Akkermans, J.E. Hulst en K.A.P.C. van Wees, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008/6772, p. 778-784.

Vanden Borre 2001

T. Vanden Borre, *Efficiënte preventie en compensatie van catastroferisico's. Het voorbeeld van schade door kernongevallen* (diss. Maastricht), Antwerpen-Groningen: Intersentia 2001.

Vanhooff, Vansweevelt & Weyts 2016

L. Vanhooff, T. Vansweevelt en B. Weyts, 'So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom', *European Journal for Commercial Contract Law* 2016-3/4, p. 41-58.

Van Veen 1993

W.J. M. van Veen, 'Verzekering ten behoeve van een derde volgens afdeling 7.17.2', in: *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck ter*

gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 73-87.

Van der Veen 1978

Th. L. van der Veen, 'Uitbreiding mogelijkheid directe actie voor schadelijgende partij na ongeval', *NJB* 1978, p. 39.

Van der Veen 1992

Th. L. van der Veen, 'Waarom geen directe actie wegens schadevergoeding tegen verzekeraar?', *NJB* 1992, p. 799.

Vellinga 2001

W.H. Vellinga, 'De benadeelde partij in het strafproces vanuit civielrechtelijke perspectief', *VR* 2001, p. 97-106.

Van Velthoven & Van Wijck 2001

B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001.

Verheij 1997

A.J. Verheij, 'Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen', *AA* 1997, p. 71-81.

Verheijden 2013

M. Verheijden, 'Symbolische verruiming van de aansprakelijkheid van ouders. Een oplossing voor het 'kale kip'-probleem bij jeugdcriminaliteit?', in: W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 131-151.

Verrijn Stuart 1991

H. Verrijn Stuart, 'Is aangifte van verkrachting altijd verstandig?', *Vrij Nederland* 5 oktober 1991.

Verstijlen 1996

Verlag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' 21 april 1995 over 'Verzekering naar komend recht' naar aanleiding van preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Verstijlen 2009

F.M.J. Verstijlen, 'De directe actie in het vermogensrecht', *NJB* 2009/1258, p. 1630-1635.

Visscher 2008

L.T. Visscher, 'Schadevergoeding voor slachtoffers in het strafproces vanuit rechtseconomisch oogpunt', *AV&S* 2008/4, p. 194-201.

Voetelink 1972

H.M. Voetelink, *Verzekering en voorwaardelijk opzet*, Deventer: Kluwer 1972.

Voetelink 1980

H.M. Voetelink, 'Onzeker voorval, onvermijdelijke schade en opzet in de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven', *VA* 1980, p. 195-201.

Voorduyn 1841

J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden*, Utrecht: Robert Natan, 1841.

Voorlopig verslag 1928

'Voorlopig verslag der vaste commissie voor privaot- en strafrecht uit de Tweede Kamer. Verrekening tusschen verzekeraar en benadeelde derde', *NJB* 1928, p. 132-137.

Vos 2000

H.Th. Vos, 'De opzetclausule', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57-70.

De Vries d'Amblée 1938

P.N. de Vries d'Amblée, *De schadeverzekeringsovereenkomst in de Fransche wet van 13 juli 1930, benevens eenige conclusies* (diss. Leiden), Delft: Van Marken 1938.

Wachter 1962

B. Wachter, 'Het ontwerp wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen', *RM Themis* 1962, p. 297-375.

Wachter 1977

B. Wachter, 'Opzet en voorwaardelijk opzet bij aansprakelijkheidsverzekering', *NJB* 1977, p. 582-583.

Wandt 2009

M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymans Verlag 2009.

Wansink 1992

J.H. Wansink, 'De invloed van het nieuw BW per 1 januari 1992 op het verzekeringsrecht', in: A.L. Castermans e.a. (red.), *Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden*, BW-krant jaarboek 1992, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 73-87.

Wansink 1992a

J.H. Wansink, 'De aansprakelijkheidsverzekering onder het regime van het NBW (Boeken 3,5 en 6), in: *Nieuw BW en personenschade. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1992*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1992, p. 5-26.

Wansink 1993

J.H. Wansink, 'Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over titel 7.17 en de Belgische Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 1992', in: H.A. Bouman (red.), *In volle verzekerdheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.J.O. baron van Wassenauer van Catwijck ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 379-393.

Wansink 1994

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (diss. Rotterdam 1987), Deventer: Kluwer 1994.

Wansink 1996

J.H. Wansink, interventie, in: *Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' en de vereniging voor verzekeringswetenschap over Verzekering naar komend recht naar aanleiding van de preadviezen van A.J.M. Nuytinck e.a.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 27.

Wansink 1997

J.H. Wansink, 'Eigen schuld en verzekering', in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad, Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1997*, Lelystad 1997, p. 71-82.

Wansink 2000

J.H. Wansink, 'De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een januskop in beweging', *AV&S* 2000/0, p. 14-17.

Wansink 2000a

J.H. Wansink, 'Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?', in: T. Hartlief en M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000, p. 407-421.

Wansink 2003

J.H. Wansink, 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21^e eeuw', *AV&S* 2003/2, p. 45-52.

Wansink 2003a

J.H. Wansink, 'Is er nog verzekeringsdekking bij de nieuwe verruimde verjaringstermijnen? De nieuwe regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden, Kamerstukken 26 824', *AV&S* 2003/3, p. 88-96.

Wansink 2005

J.H. Wansink, 'Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in Titel 7.17 BW: een nieuw geluid?', in: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 4-25.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (diss. Rotterdam 1987), Deventer: Kluwer 2006.

Wansink 2006a

J.H. Wansink, 'De nieuwe uitsluiting voor opzet en seksueel misbruik in de AVP-polis 2000: een terugblik op vijf jaar', *AV&S* 2006/1, p. 25-32.

Wansink 2010

J.H. Wansink, 'De dwingendrechtelijke beperking van contractsvrijheid in titel 7.17 BW', in: N. Van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 37-44.

Wansink 2013

J.H. Wansink, 'Kent het claims made-beginsel bij de aansprakelijkheidsverzekering nog scherpe randjes?', *AV&S* 2013/9, p. 77-78.

Wansink 2015

J.H. Wansink, 'De opzetclausule in de AVP-polis', *TVP* 2015/4, p. 112-115.

Wansink 2015a

J.H. Wansink, 'Bespiegelingen op de rode draden in het verzekeringsrecht na tien jaar titel 7.17 BW', in: N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-21.

Wansink & Van Tiggele-van der Velde 2015

Wansink & Van Tiggele-van der Velde, *T&C Burgerlijk Wetboek* (2015), art. 7:954 BW.

Van Wassenaer van Catwijck 1983

A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, 'Verzekering en aansprakelijkheid naar huidig recht en naar het N.B.W.', *Verkeersrecht* 1983, p. 146-158.

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Wery 1995

P.L. Wery, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Wiewel 1993

P.G. Wiewel e.a. (red.), *Dading in plaats van strafrecht* (symposiumbundel), Arnhem: Gouda Quint, 1993.

Wijne 2014

R.P. Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Wilken 2015

A. Wilken, *Het medisch beoordelingstraject bij letselschade. Verslag van een juridisch handelingsonderzoek* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Wittebrood 2006

K. Wittebrood, *Slachtoffers van criminaliteit. Feiten en achtergronden*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2006.

Van Wulfften Palthe 1933

A. van Wulfften Palthe, 'Rechtstreekse verrekening tusschen verzekeraar en benadeelden derde', *W.* 12541, p. 3-4.

Zijderveld 2003

A.C. Zijderveld, 'De wisselende aandacht voor slachtoffers', in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*. Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 3-32.

Overige bronnen

Rapport Studiecommissie Opzet 1980

Rapport van de Studiecommissie Opzet, 's Gravenhage: Verbond van Verzekeraars in Nederland 1980.

Rapport commissie bevoorrechting van vorderingen 1974

Rapport van de commissie bevoorrechting van vorderingen, 's Gravenhage 1974.

Nationaal Kompas Volksgezondheid

Nationaal Kompas Volksgezondheid, onderdeel van Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (www.nationaalkompas.nl).

Visiedocument

Recht doen aan slachtoffers. Visiedocument, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2013.

Integrale Veiligheidsmonitor

Integrale Veiligheidsmonitor 2011 e.v., Den Haag: CBS 2012h.

Jaarverslag Waarborgfonds Motorverkeer

CBS Kenmerken van wanbetalers zorgverzekeringswet

CBS, *Kenmerken van wanbetalers zorgverzekeringswet 2007*

CBS Statline

CBS StatLine 18 december 2015.

CBS Doodsoorzakenstatistiek

CBS StatLine Overledenen

CBS Statline Overledenen; belangrijke doodsoorzaken, 2016; Volksgezondheidszorg.info, onderdeel van de website van het Ministerie van VWS.

State of the art geweld

State of the art geweld, Aard en omvang, daders, slachtoffers, risicofactoren en aanpak, Politie-academie januari 2014.

Geweld

Geweld. Analyse van de aard, omvang en ontwikkeling van expressief geweld in Nederland (Politie, Dienst Landelijke Informatie Organisatie).

Commissie voor Verzekeringen België

Commissie voor Verzekeringen, *Advies over wetsvoorstellen die de verzekering buitencontractuele aansprakelijkheid van minderjarigen betreffen*, Doc. C-2011-3, Brussel, 10 november 2011, p. 3-4; Advies Commissie van Verzekeringen, Brussel 30 juni 2003, DOC C/2000/18, p. 12, Brussel 19 februari 2007, Doc C/2006/16.

Financieel jaarverslag verzekeringsbranche 2015

Overzicht ontwikkelingen Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015

KPMG, *Overzicht van ontwikkelingen in de Nederlandse verzekeringsmarkt 2008-2015*, KPMG, november 2015.

Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven

Letsellijst Schadefonds Geweldsmisdrijven. Raadpleegbaar op de website van het Schadefonds: www.schadefonds.nl

LIS Factsheet

LBZ

Landelijke Medische Registratie (LMR; Dutch Hospital Data), thans geheten Landelijke Basisregistratie Ziekenhuiszorg (LBZ)

Injuries in the European Union

Injuries in the European Union. Summary of injury statistics for the years 2008-2010, EuroSafe 2013, p. 25. Raadpleegbaar via: ec.europe.eu/health/data_collection.

Verzekerd van cijfers

Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van Cijfers*, 2016 en eerder (www.verzekeraars.nl).

Zedenalmanak

De Zedenalmanak is te downloaden als pdf-bestand via de website van huiselijk geweld: www.huiselijkgeweld.nl

Bijlage 1 Samenstelling begeleidingscommissie

De volgende personen maakten deel uit van de begeleidingscommissie bij dit onderzoek. De leden van de begeleidingscommissie hebben ook deelgenomen aan de expertmeeting op 24 maart 2016:¹

Voorzitter

Prof. mr. A.J. Akkermans Hoogleraar privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam

Leden

Prof. mr. Y. Buruma Raadsheer Hoge Raad der Nederlanden, hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen, wisselleerstoelhouder CPO met leeropdracht 'Rechtsstaat, rechtsvorming en democratie'

Mr. F. van der Woude Advocaat en partner Kennedy Van der Laan, Sectie Verzekering en Aansprakelijkheid

Mr. G. Hoekendijk Senior beleidsmedewerker Ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr. M. Beugel Verbond van Verzekeraars

Drs. C. Contino Hoofd beleid en programma's bij Fonds Slachtofferhulp

¹ Bijlage 2 bevat de thema's die onderwerp zijn geweest van debat tijdens de expertmeeting. Deze onderwerpen waren op voorhand aan de deelnemers van de expertmeeting toegestuurd.

Bijlage 2 Onderwerpen van debat expertmeeting 24 maart 2016

Voorvraag: allocatie van misdrijfschade en verhaalsrisico

Een vraag die (nog) niet in het onderzoek wordt behandeld, is de (voor)vraag naar de gewenste allocatie van misdrijfschade. Heeft een systeem waarbij de schade van een slachtoffer van een misdrijf via aansprakelijkheidsverzekeraars voornamelijk wordt gealloceerd bij de premiebetalende bevolking, de voorkeur boven een systeem waarbij de schade, via het strafproces en de voorschotregeling, via de overheid wordt gealloceerd bij de belastingbetaler? Of behoort vergoeding van deze schade (en het overnemen van het verhaalsrisico) gelet op de ernst van de inbreuk en de morele aspecten tot het (exclusieve) domein van de overheid? (zie de gedachten daarover in Zwitserland, par. 6.6.3-6.6.4).¹

Wetswijziging gerechtvaardigd?

Is een wetswijziging als voorzien in het onderzoeksrapport (verbod voor aansprakelijkheidsverzekeraars om zich jegens slachtoffers op opzet te beroepen, hoofdstuk 7) gerechtvaardigd gelet op de (veronderstelde) relatief beperkte omvang van de groep van slachtoffers van misdrijven met personenschade?

Verplichte aansprakelijkheidsverzekering particulieren (hoofdstuk 5 en par. 7.4.3)?

Indien wordt gekozen voor een wetswijziging waarbij de aansprakelijkheidsverzekeraar zich niet op opzet kan beroepen, zal dat dan gepaard moeten gaan met een wettelijke verplichting tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering? Bij deze vraag speelt een aantal aspecten:

- Is de onderzochte wetswijziging zonder verplichte verzekering en zonder vangnet effectief;
- is een verplichte verzekering noodzakelijk om een minimale dekkingsomvang te bewerkstelligen (par. 5.3.4);
- past een verweermiddelenverbod bij een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering, (zie par. 7.4.3) ;
- past een wetswijziging als voorzien (verweermiddelenverbod bij een onverplichte aansprakelijkheidsverzekering) in het tot nu toe gehanteerde systeem? Het Nederlandse rechtssysteem (hoofdstuk 5) heeft tot nu toe het verweermiddelenverbod immers alleen toegepast bij wettelijk verplichte verzekeringen (par. 2.11);
- Kan de (veronderstelde) wens van de wetgever om bij de aansprakelijkheidsverzekering prioriteit te geven aan bescherming van de positie van slachtoffers ook op andere wijze (dan een wettelijke verplichting) worden uitgedrukt? (par. 7.4.3).

¹ De paragraafnummers verwijzen naar de paragrafen in het conceptrapport van 26 februari 2016.

First party-verzekering

Hoe te bewerkstelligen dat de branche een first party-dekking op de aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren verder onderzoekt en vorm geeft om een zo breed mogelijke spreiding te garanderen? (par. 8.5 en hoofdstuk 9).

Bijlage 3 Cijfers CJIB

Schadevergoedingsmaatregelen moord en doodslag

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2010	355.662	66	7.634
2011	505.774	78	11.500
2012	404.696	62	8.653
2013	454.419	93	7.787
2014	548.179	80	10.593
2015	1.113.369	109	16.373

Bron: CJIB, peildatum 7 februari 2016

Schadevergoedingsmaatregelen zwaar lichamelijk letsel

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2010	317.367	179	2.351
2011	302.293	178	2.191
2012	530.601	219	2.899
2013	609.038	218	3.402
2014	599.018	233	3.041
2015	616.672	249	3.162

Bron: CJIB, peildatum 7 februari 2016

Schadevergoedingsmaatregel moord/doodslag/zwaar lichamelijk letsel¹

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers
2015	1.730.041	358

¹ De cijfers in deze tabel is de optelsom van de cijfers over 2015 in tabellen 1 en 2 tezamen.

Bijlage 4 Cijfers Schadefonds Geweldsmisdrijven

Uitkeringen Schadefonds Geweldsmisdrijven

Jaar	Bedrag	Aantal slachtoffers	Gemiddeld bedrag
2013	11.900.000	7.167	2.720
2014	13.600.000	6.726	3.161
2015	16.500.000	7.500	3.272
2016	18.200.000	7.247	3.721

Bron: Jaarverslagen Schadefonds Geweldsmisdrijven

Bijlage 5 Opzetclausules en aanverwante clausules in AVP-polissen

De in deze bijlage opgenomen teksten zijn afkomstig uit de polisvoorwaarden en uit informatie van de website van de respectievelijke verzekeringsmaatschappijen op 28 januari 2017.

Verzekeringskaart Nationale Nederlanden:

Wanneer keren wij niet uit?

Bij schade door opzet of een misdrijf. Of als het gaat om schade aan uw eigen spullen of die van uw gezinsleden en andere huisgenoten.

Polisvoorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Nationale Nederlanden

Uitsluitingen

3.2.7 Wapens. U bent niet verzekerd voor schade die verband houdt met het verboden bezit en/of verboden gebruik van een wapen. Het gaat hier om wapenbezit of -gebruik zoals bedoeld in de Wet Wapens en Munitie. ☒

3.2.8 Seksuele gedragingen. U bent niet verzekerd voor de aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt door en/of voortvloeit uit seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook door: ☒

- u of een medeverzekerde;
- een of meer personen die behoren tot een groep personen waartoe ook u of een medeverzekerde behoort. Dit geldt ook als u of uw medeverzekerde niet zelf zodanig heeft gehandeld of nagelaten. ☒

3.2.9 Opzet. U bent niet verzekerd voor de aansprakelijkheid voor schade die verband houdt met opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten door:

- u of een medeverzekerde; ☒
- een of meer personen die behoren tot een groep personen waartoe ook u of een medeverzekerde persoon behoort. Dit geldt ook als u of uw medeverzekerde niet zelf zodanig heeft gehandeld of nagelaten. ☒

Aan het opzettelijke karakter van het handelen of nalaten door genoemde personen doet niet af of zij zodanig onder invloed van alcohol of enige andere bedwelmende, opwekkende of soortgelijke stof verkeerden, dat zij niet in staat waren hun wil te bepalen.

Productwijzer Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Aegon:

Opzet

Schade die opzettelijk wordt veroorzaakt door een verzekerde, is niet verzekerd. Opzettelijk betekent dat iemand iets expres doet of juist niet doet. De gevolgen hiervan interesseren hem niet.

Polisvoorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Aegon:

Wij vergoeden nooit de schade die veroorzaakt is door of het gevolg is van:

- Opzet
Dit is het met opzet en onrechtmatig iets doen of nalaten. Het maakt hierbij niet uit of verzekerde:
 - behoorde tot een groep;
 - tussen 14 en 18 jaar oud is;
 - zelf iets heeft gedaan of heeft nagelaten te doen;
 - een geestesstoornis heeft;
 - onder invloed van alcohol of andere verdovende, stimulerende of hallucinerende middelen was.Bij het beoordelen van de vraag of sprake is van opzet kijken wij naar het gedrag en niet naar het gevolg.
Toelichting
Zo valt niet onder deze uitsluiting de situatie dat een fietser met opzet door het rode licht rijdt en iemand verwondt. Zijn opzet was niet gericht op het aanrijden van de ander. Onder de uitsluiting valt wel de situatie dat iemand een ander mishandelt, ook al loopt het slachtoffer daarbij letsel op, dat de verzekerde niet had bedoeld.
- Seksueel gedrag
Dat is seksueel (getint) gedrag van u op welke manier dan ook. Het maakt daarbij niet uit of:
 - u behoorde tot een groep;
 - u zelf niet gericht iets heeft gedaan of juist niet heeft gedaan.

Polisvoorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Delta Lloyd

Art. 26

Uw aansprakelijkheid is niet verzekerd als:

ARTIKEL 26.1

OPZET

1 u opzettelijk tegen een persoon of zaak in strijd met het recht iets hebt gedaan of nagelaten;
2 een of meer personen die bij een groep horen waar u ook deel vanuit maakt, opzettelijk tegen een persoon of zaak in strijd met het recht iets hebben gedaan of nagelaten. U hoeft niet zelf

iets te hebben gedaan of nagelaten. Was u, of een of meer personen die bij een groep horen waar u ook deel van uit maakt, niet meer in staat om uw eigen wil te bepalen? Bijvoorbeeld doordat u, of een of meer personen van deze groep, alcohol of andere stoffen hebt gebruikt? Dan blijft het handelen of nalaten opzettelijk.

ARTIKEL 26.2

SEKSUELE GEDRAGINGEN

In de volgende gevallen is uw aansprakelijkheid niet verzekerd als:

1 de schade is veroorzaakt door en/of voortvloeit uit uw seksuele of seksueel getinte gedragingen, van welke aard dan ook.

2 de schade is veroorzaakt en/of voortvloeit uit seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook van een of meer personen die bij een groep horen waar u ook deel van uitmaakt. U zelf hoeft zich niet op deze wijze te hebben gedragen.

ARTIKEL 26.3 [...]

ARTIKEL 26.4

WAPENS

Houdt de schade verband met het bezit en/of gebruik van wapens? En hebt u voor deze wapens geen wettelijke vergunning? Dan is uw aansprakelijkheid niet verzekerd.

Polisvoorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Univé

Hoofdstuk 4 Wat is niet verzekerd?

Niet verzekerd is schade:

- door opzet. Zie onze Algemene Voorwaarden;
- door seksueel of seksueel getint gedrag;
- in verband met het bezit of het gebruik van wapens in strijd met de wet
- [...]

Polisvoorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren ZLM

Hoofdstuk 5

Wat gebeurt er bij opzettelijk veroorzaakte schade?

Niet verzekerd is de aansprakelijkheid voor schade die een verzekerde opzettelijk veroorzaakt. Wij bedoelen hiermee het opzettelijk tegen een persoon of zaak gericht handelen of nalaten in strijd met het recht. Dit geldt ook als iemand anders de schade met uw goedvinden veroorzaakt.

Ook schade die opzettelijk is toegebracht door 1 of meer personen uit de groep waar de verzekerde bij hoort is niet gedekt. Ook niet als de verzekerde de schade niet zelf toebrengt.

Is de verzekerde onder invloed van alcohol of van een bedwelmend of opwekkend middel? Of is iemand anders in de groep waar de verzekerde toe hoort onder invloed van alcohol of van een bedwelmend of opwekkend middel? Ook dan is er geen dekking op deze verzekering.

Wat gebeurt er bij schade als gevolg van seksuele gedragingen?

De verzekering biedt geen dekking voor aansprakelijkheid voor schade door of die verband houdt met seksuele of seksueel getinte gedragingen. Dit geldt ook als deze gedragingen in groepsverband zijn gebeurd en de verzekerde niet aan deze gedragingen heeft meegedaan.

Polisvoorwaarden aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Avéro Achmea

11. Wat is niet verzekerd?

Een verzekerde doet opzettelijk iets of niets.

- Ook niet verzekerd als geen schade bedoeld is.
 - Alleen of in een groep.
 - Ook niet verzekerd: als de verzekerde zelf niets doet.
- Gebruik van alcohol, medicijnen of drugs is nooit een excuus.

Een verzekerde toont seksueel gedrag.

- Alleen of in een groep.
 - Ook niet verzekerd: als de verzekerde zelf niets doet.
 - Ook seksueel getint gedrag is niet verzekerd.
 - Wij beslissen of het gedrag seksueel getint is.
 - Er hoeft geen seks aan te pas[t] te komen.
 - Wij kijken ook naar de beleving van het slachtoffer.
- Gebruik van alcohol, medicijnen of drugs is nooit een excuus.

Polisvoorwaarden aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren Generali

8. WANNEER VERGOEDT GENERALI GEEN SCHADE?

Wij vergoeden geen schade in de volgende situaties:

- U heeft direct of indirect schade veroorzaakt door opzettelijk iets te doen of juist niet te doen. En wat u gedaan heeft of juist niet gedaan heeft, is in strijd met het recht. Het maakt niet uit of u bedoelde om de schade te veroorzaken of dat de schade anders uitpakt dan door u bedoeld was (zie voorbeeld onderaan deze pagina).
- U heeft toestemming gegeven voor het veroorzaken van de schade.
- De schade is door uw roekeloosheid ontstaan.

- De schade is veroorzaakt aan of met zaken die u niet in uw bezit had mogen hebben. Bijvoorbeeld omdat u ze gestolen had.
- De schade is ontstaan terwijl u illegale of criminele activiteiten uitvoerde.
- De schade heeft te maken met seksueel of seksueel getint gedrag.
- De schade is veroorzaakt door iemand uit een groep waar u bij hoorde. Of de schade is ontstaan bij illegale of criminele groepsactiviteiten, of heeft te maken met seksueel gedrag. Het maakt niet uit of u zelf niets heeft gedaan.
- De schade is ontstaan doordat u onder invloed van alcohol of drugs was.

Voorbeeld opzettelijk veroorzaakte schade

Iemand heeft ingebroken in een schoolgebouw en daar opzettelijk materialen in brand gestoken, maar had niet de intentie om de uitslaande brand die daardoor ontstond te veroorzaken. Hoewel deze persoon niet de bedoeling had om zoveel schade te veroorzaken, is de schade wel het gevolg van de opzettelijke brandstichting. Deze brandstichting is in strijd met het recht. De aansprakelijkheidsverzekeraar keert geen schadevergoeding uit.