

Beste lezer,

Deze bijdrage is de achtste in de serie waarvoor onze in 2013 overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loep te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeersrecht, aansprakelijkheid, schade of verzekering.

In deze achtste aflevering blikt Han Wansink terug op zijn proefschrift *De Algemene Aansprakelijkheidsverzekering* (Zwolle: Tjeenk Willink 1987) dat hij op 8 oktober 1987 aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam verdedigde. Zijn promotor was prof. mr. P. Clausing.

De redactie wenst u veel leesplezier.

109 De algemene aansprakelijkheidsverzekering

Een dissertatie uit 1987. Enige bespiegelingen

Prof. mr. J.H. Wansink *

I. Inleiding

Raadkamerberaad na de verdediging van een proefschrift. Elke keer weer moet ik daarbij terugdenken aan de gedenkwaardige middag op 8 oktober 1987 in de Aula van de Erasmus Universiteit toen ik zelf op het podium moest wachten op het judicium. Alweer 27 jaar geleden! Nooit duurde het wachten zo lang, bijna een uur! Maar toen was het eindelijk zo ver: het boek was een groot succes. Rond middernacht klonk tijdens het feestgedruis voor de laatste maal het refrein:

**“het boek is gebonden
dat kan nu niet meer mis
de dikke van Wansink
verkoopt als verse vis”**

Inmiddels is in 1994 een tweede druk verschenen en een derde druk in 2006. Veel van wat zich na 1987 in de wereld van de algemene aansprakelijkheid heeft ontwikkeld hetzij in de verzekeringsbranche zelf, hetzij in de jurisprudentie, is in beide herdrukken terug te vinden, maar NIET ALLES! Genoeg om daaraan – mede ter nagedachtenis aan Niels Frenk – enige bespiegelingen te wijden.

Ook na 2006 is gebleken dat de systematiek van de begrenzing naar tijd van de dekking in een aansprakelijkheidsverzekering op basis van het claims made-beginsel nog een verdere verzachting verdiende ten gunste van de verzekerde. Voorts leert de jurisprudentie dat vooral in het laatste decennium tot de belangrijkste ontwikkelingen in het verzekeringsrecht behoort dat de verzekeraar meer en meer wordt aangesproken op zijn professionali-

teit in situaties waarin de verzekerde zonder actief ingrijpen van de verzekeraar het slachtoffer dreigt te worden van zijn “leek zijn”. Dat uit zich onder meer door in toenemende mate van de verzekeraar een actief handelen te eisen ter bescherming van de verzekerde in de vorm van zorg- en waarschuwingsplichten voor de verzekeraar. En dat is ook zichtbaar geworden voor de aansprakelijkheidsverzekeraar, niet alleen in de toepassing van het

* Bijzonder hoogleraar verzekeringsrecht met emeritaat aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden.

claims made-beginsel, maar ook daarbuiten. En tenslotte laat de jurisprudentie van de Hoge Raad zien dat de toenemende flexibilisering van arbeid in combinatie met het subrogatieverbod ex artikel 7:962 lid 3 BW de aansprakelijkheidsverzekering niet onberoerd laat. Drie voorbeelden, waarop ik hieronder nader zal ingaan.

II. Zorg-/Waarschuwingsplichten bij overgang van claims made-dekkingen

In de jaren negentig werd alom door aansprakelijkheidsverzekeraars een nieuw systeem voor de begrenzing naar tijd ingevoerd: het claims made-systeem. Aanleiding was het gegeven dat de oude systemen de verzekeraar onvoldoende bescherming boden met name bij de zgn. long tail risico's waarbij het ziekteproces zich eerst na vele, soms tientallen jaren manifesteert met als gevolg een langdurige uitloopdekking na het verstrijken van de verzekeringstermijn (denk aan asbestosis). Onder het nieuwe systeem is de aansprakelijkheid van verzekerden in de verzekerde hoedanigheid voor schade van derden uitsluitend verzekerd indien de aanspraak op schadevergoeding voor de eerste maal tegen verzekerden is ingesteld tijdens de geldigheidsduur van de verzekering en tevens tijdens deze geldigheidsduur schriftelijk bij de maatschappij is aangemeld. Het is duidelijk dat de verzekeraar hier absolute prioriteit geeft aan de bescherming van zijn eigen belangen: het uit een oogpunt van verzekeringstechniek moeilijk beheersbare uitlooprisico is in beginsel volledig uitgesloten. Zodra de verzekering eindigt, ontbreekt voor de verzekerde elke dekking, mede ook als het gaat om aanspraken die weliswaar na de expiratedatum van de verzekering worden ingesteld, maar betrekking hebben op letsel of zaakbeschadiging die daarvóór is ontstaan. Anders dan in een aantal ons omringende landen hebben de Nederlandse verzekeraars direct bij de invoering van het claims made-beginsel voor de begrenzing van de dekking naar tijd op de aansprakelijkheidsverzekering een dubbele verzachting van de harde kern-uitsluiting van het uitlooprisico toegepast in de vorm van de zgn. namelding-clausule en met name de zgn. omstandighedendekking. Deze laatste heeft mijns inziens de grootste impact. Immers zij genereert voor risico's "met een begin van geur en/of rook" dekking op de oude polis, waarvoor inloopdekking op een nieuwe polis niet haalbaar lijkt: "indien zich feiten voordoen die voortvloeien uit of verband houden met een bepaald aan verzekerde(n) toerekenbaar handelen of nalaten, waarvan in redelijkheid kan worden aangenomen dat deze zullen leiden tot een aanspraak, en de verzekerde meldt deze nog tijdens de geldigheidsduur van de lopende verzekering, wordt de aanspraak die daaruit voortvloeit – ongeacht op welk tijdstip – geacht te zijn ingesteld op de datum van de melding van deze omstandigheid, ook al is de verzekering inmiddels geëindigd."

Zijn daarmee nu alle scherpe randjes van het claims made-systeem geëlimineerd? Het antwoord is "NEEN". De praktijk leert dat problemen kunnen ontstaan bij de overgang naar een nieuwe claims made-polis. Het is duidelijk dat het voor een verzekerde bij het oversluiten van het aansprakelijkheidsrisico van de bestaande claims made-polis naar een nieuwe claims made-polis van groot belang is dat hij tijdig van een "omstandigheid" melding doet onder de "oude" polis, nu de "nieuwe" polis in de regel een expliciete uitsluiting kent voor aanspraken of omstandigheden die bij het aangaan van de verzekering al bij een verzekerde bekend waren. Maar doorgaans zal de doorsnee-verzekerde zich niet bewust zijn van deze verstrekende consequenties die een overgang naar een andere AVB-verzekeraar kan hebben. Nu ook de verzekeraar dit behoort te beseffen, kan het bij verzuim van tijdige melding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet zijn dat de verzekerde "tussen wal en schip valt". Een waarschuwingplicht ligt daarom in beginsel in de rede en wel mijns inziens op de inkomende verzekeraar, nu aan zijn zijde in feite sprake is van een dekkingsbeperking van een "bezwarende" aard zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 9 september 1994, NJ 1995/285.

De vraag komt op wat ten deze de positie is van de professionele beursmakelaar bij verzekering ter beurze (in co-assurantie) en van de "provinciale" tussenpersoon. Allereerst de eerste. Gelet op de centrale positie van de professionele beursmakelaar als lasthebber van de verzekeringnemer bij het sluiten en beëindigen van verzekeringen (in co-assurantie) ter beurze mogen de betrokken beursverzekeraars er mijns inziens van uitgaan dat het de beursmakelaar is op wie de primaire zorgplicht rust tegenover de verzekeringnemer voor een adequate uitvoering van de omstandighedendekking bij het oversluiten van het verzekerde aansprakelijkheidsrisico.

Inmiddels heeft het Hof Den Haag ook een zorg-/waarschuwingplicht opgelegd aan een onafhankelijke "provinciale tussenpersoon" op wiens advies een scholengemeenschap (LVO) ervoor had gekozen voor alle aangesloten scholen een nieuwe collectieve aansprakelijkheidsverzekering te sluiten bij een door de tussenpersoon (A) aanbevolen verzekeraar.¹ Voor een van de aangesloten scholen speelt een gymongeval dat zich voor de verzekeringsovergang heeft voorgedaan, maar dat eerst daarna tot een aansprakelijkheidsclaim tegen de school leidt. Het hof stelt voorop dat (A) als assurantietussenpersoon de plicht had om LVO zorgvuldig te adviseren over de overstap, in het kader waarvan zij naar het oordeel van het hof tevens gehouden was om de risico's ervan te inventariseren, om LVO hiervoor uitdrukkelijk te waarschuwen en om LVO te adviseren over de mogelijkheden om deze risico's te ondervangen. Dit klemmt temeer waar het hier gaat om een overstap van de ene claims-madeverzekering naar de andere claims-madeverzekering, waarbij – naar binnen de verzekeringsbranche algemeen bekend is en zeker bij een assurantietussenpersoon als (A) bekend

“
In oude systemen
onvoldoende
bescherming verze-
keraar bij long tail
risico's.

. ”

1. Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:GHDHA:2013:3392.

diende te zijn – niet denkbeeldig is dat er voor nog niet gemelde gebeurtenissen uit het verleden een dekkingshiaat kan ontstaan. LVO verwijt (A) name dat deze niet heeft gewezen op de mogelijkheid van een (kosteloze) omstandighedenmelding bij de oude verzekeraar bij wie 13 van de 17 aangesloten scholen verzekerd waren en in dat verband niet heeft geadviseerd om, ter voorkoming van het ontbreken van dekking voor nog niet gemelde gebeurtenissen uit het verleden, voorafgaande aan de beëindiging van de oude verzekering te inventariseren of er bij de betreffende scholen sprake was van dergelijke (mogelijk nog tot een schadeclaim leidende) gebeurtenissen. Het hof verwerpt het verweer van (A) dat deze niet optrad als assurantie-tussenpersoon voor de verzekering bij de oude verzekeraar, zodat wat betreft deze verzekering op haar geen zorgplicht rustte. De zorgplicht van (A) op wier advies LVO heeft besloten tot een overstap naar de nieuwe verzekeraar, betrof als gezegd ook het inventariseren van en waarschuwen voor de risico's van een dergelijke overstap en het adviseren van LVO over de mogelijkheden om deze risico's te ondervangen. De polisvoorwaarden van de oude verzekeraar en de eventuele mogelijkheden die deze in dit verband voor LVO konden bieden, waren in dit verband relevant en dienden derhalve door (A) in haar onderzoek en advisering te worden betrokken. Nu vast staat dat de polisvoorwaarden van de oude verzekeraar de mogelijkheid boden van een omstandighedenmelding, had (A) LVO moeten adviseren om te inventariseren bij de desbetreffende scholen voor welke (nog niet bij Interpolis gemelde) gebeurtenissen uit het verleden nog een claim verwacht zou kunnen worden, teneinde deze voordat de verzekering door LVO werd opgezegd zekerheidshalve alsnog te melden bij de oude verzekeraar.

III. Valkuilen in de dekking: “een gewaarschuwd mens telt voor twee.”

Een mooi tweede voorbeeld van een waarschuwplicht voor de aansprakelijkheidsverzekeraar biedt een arrest van het Hof Den Haag uit 2012.²⁾ Daarin staat centraal een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering met een bijzondere clause voor brandgevaarlijke werkzaamheden. Op grond daarvan geldt bij wijze van uitgangspunt een hoog eigen risico bij brandgevaarlijke werkzaamheden, tenzij bepaalde in de polis omschreven voorzorgsmaatregelen worden getroffen, in welk geval een sterk gereduceerd eigen risico van toepassing wordt. Maar dan komt het: “indien deze voorzorgsmaatregelen niet of onvoldoende zijn getroffen, zal een volgende schadegebeurtenis, bij een herhaalde blijk van niet of onvoldoende getroffen maatregelen, buiten de dekking van de verzekering vallen.”

Hier is sprake van een “valkuil” waarvoor een prudente verzekeraar behoort te waarschuwen. Dat is ook de visie van zowel de rechtbank als in hoger beroep het hof: het is van essentieel belang dat een bedrijf er van op de hoogte is als er sprake is van

(dreigende) problemen met betrekking tot de dekking van toekomstige schadegevallen onder een door haar afgesloten AVB-verzekering. Daarom zal de verzekeraar, om een beroep te kunnen doen op een verval van dekking krachtens de clause, moeten aantonen dat hij de verzekeringnemer naar aanleiding van een eerder schadegeval tijdig en op duidelijke wijze heeft gewaarschuwd voor een mogelijk verval van dekking bij een volgend schadegeval. Een dergelijke waarschuwing geeft de verzekeringnemer de mogelijkheid om hierover met de verzekeraar in gesprek te gaan, en om zich naar aanleiding daarvan eventueel elders te verzekeren. Voor een dergelijke waarschuwplicht is temeer reden, nu niet elke verzekerde zich voldoende bewust zal zijn van het bestaan van de clause, en het bovendien voor veel verzekerden (bij afwezigheid van een duidelijke waarschuwing van de verzekeraar) niet in alle gevallen direct duidelijk zal zijn onder welke omstandigheden de verzekeraar een beroep zal doen op verval van dekking op grond van de clause.

Het mooiste deel van het arrest volgt aan het eind, daar waar het hof zijn uitspraak plaatst in het licht van het Valschermzweeftoestel-arrest van 9 juni 2006, NJ 2006/326. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat “waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsomschrijving niet met succes kan worden afgeweerd met de stelling dat een beroep van de verzekeraar daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. Met de dekkingsomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond. “In de onderhavige zaak stelde het hof zich voor de keuze om de bewuste clause te kenmerken hetzij als een (onderdeel van de) primaire dekkingsomschrijving, hetzij als een dekkingsvervalclause. Het koos voor het laatste en daarmee was er op basis van het Valschermzweeftoestel-arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2006, NJ 2006/326, dus ruimte om een beroep op de clause in de gegeven omstandigheden te toetsen aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die ruimte lijkt het arrest van de Hoge Raad niet te bieden zodra een clause geacht moet worden onderdeel te zijn van de primaire dekkingsomschrijving. Het hof gaat evenwel in een overweging ten overvloede aan dat onderscheid voorbij: ook indien de clause zou moeten worden aangemerkt als (een onderdeel van de) primaire dekkingsomschrijving, zou het oordeel van het hof ten aanzien van de waarschuwplicht van de verzekeraar niet anders zijn geweest. Gelet op het voorwaardelijk karakter van deze clause en de ernstige consequenties voor een verzekerde bij het toepasselijk worden ervan had het ook dan op de weg gelegen van de verzekeraar om de verzekerde tijdig te waarschuwen. De enkele kwalificatie als (onderdeel van de) primaire dekkingsomschrijving staat hier in het onderhavige geval niet aan in de weg.



Primaire dekkingsomschrijving.

2. Hof Den Haag 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8730.

Mijns inziens met recht! Het belang van een zorgplicht in deze situaties overstijgt het belang bij een onderscheid tussen dekkingsvervalclausules en primaire dekkingsomschrijvingen. Dat past ook bij het in de literatuur levend gedachtengoed dat het Valschermzweeftoestel-arrest niet te strikt moet worden gelezen. Hier gaat het om (het gebrek aan) transparantie van de dekking. Dan prevaleert de sociale functie van verzekering en heeft te gelden: een gewaarschuwde verzekerde telt voor twee!

IV. Flexibele arbeid en het subrogatieverbod ex art. 7:962 lid 3 BW

De flexibilisering van de arbeidsmarkt heeft in de laatste decennia een verscheidenheid aan arbeidsverhoudingen geschapen. Arbeidsverhoudingen die zowel in het aansprakelijkheidsrecht als in het verzekeringsrecht vragen hebben opgeroepen die de aansprakelijkheidsverzekering direct raken. Twee arresten van de Hoge Raad uit 2012 en 2014 spelen daarbij een belangrijke rol.

Allereerst het Allspan-arrest uit 2012³⁾, dat ziet op de relatie tussen een zzp'er ("zelfstandige zonder personeel") en een opdrachtgever voor wie de eerste anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever verricht. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of een zzp'er in beginsel op basis van het vierde lid van artikel 7:658 BW tegenover de opdrachtgever bij werkongevallen op dezelfde bescherming aanspraak kan maken die dat artikel schept in de relatie tussen een werkgever en een werknemer, bevestigend. Globaal gesproken is daarvoor vereist dat komt vast te staan dat 1) de zzp'er voor zijn veiligheid (mede)afhankelijk is van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht, en 2) dat de door de zzp'er verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot de beroeps- en bedrijfsuitvoering van de opdrachtgever behoren.

De rechtsvraag die in het verlengde van het arrest is opgekomen, ziet op het subrogatieverbod van artikel 7:962 lid 3 BW, luidende: de verzekeraar krijgt geen vordering op de verzekeringnemer, een mede-verzekerde, de echtgenoot of geregistreerde partner van de verzekerde, de bloedverwanten in de rechte lijn, een werknemer of de werkgever van een verzekerde, of op degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde. De rechtsvraag nu is of dit subrogatieverbod de verhaalsactie van de zorgverzekeraar treft voor door haar vergoede kosten van medische behandeling van een gekwetste zzp'er jegens diens opdrachtgever die op basis van artikel 7:658 lid 4 BW voor het opgelopen letsel aansprakelijk kan worden gehouden? Aansprakelijkheidsverzekeraars hadden moeite met de uitkomst dat enerzijds de opdrachtgever als ware hij werkgever krachtens artikel 7:658 lid 4 BW aan-

sprakelijk wordt gehouden, maar tegelijkertijd niet "als ware hij werkgever" beschermd wordt door het subrogatieverbod ex artikel 7:962 lid 3 BW. In de praktijk betekent dit dat een AVB-verzekeraar van een bedrijf dat relatief veel zaken doet met zzp'ers in plaats van met eigen werknemers meer risico loopt.

Het antwoord op de rechtsvraag ligt besloten in het arrest van de Hoge Raad uit 2014.⁴⁾ Kort gezegd, de regeling in artikel 7:962 lid 3 BW heeft de strekking te voorkomen dat verstoring plaatsvindt van een relatie van duurzame aard tussen de verzekerde en degene op wie verhaal wordt genomen en beoogt niet de bescherming van de vermogenspositie van degene op wie verhaal zou kunnen worden genomen.

Bijzondere aandacht vraagt hier de overweging van de Hoge Raad dat het als 'werknemer' aanmerken van ingeleend personeel niet zou passen bij de strekking van artikel 7:962 lid 3 BW. Aangenomen moet immers worden – aldus de Hoge Raad – dat ondernemingen kiezen voor een zodanig inlenen van personeel – en voor verwante figuren zoals het inschakelen van zogenoemde zzp'ers – in plaats van het aangaan van arbeidsovereenkomsten, omdat zij juist geen duurzame relatie met dit personeel willen aangaan. Het is de vraag of deze veronderstelling in het licht van de dagelijkse praktijk niet wat te absoluut is. Die praktijk laat in toevallende mate zien dat "vast personeel" wordt ontslagen en vervolgens weer op een "duurzame" basis als zzp'er wordt ingehuurd. Maar daarmee komt het subrogatieverbod niet in beeld. In voornoemd arrest sluit de Hoge Raad die weg af: uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever heeft beoogd om in artikel 7:962 lid 3 BW scherp omliggende en bij voorkeur bij bestaande juridische begrippen aansluitende categorieën op te nemen waarvan in de regel moet worden aangenomen dat subrogatie de onderlinge relatie zou verstoren, dat wil zeggen categorieën relaties die in hun algemeenheid worden gekenmerkt door de duurzaamheid waarop de bepaling het oog heeft. En diezelfde wetsgeschiedenis leert dat de wetgever heeft onderkend en aanvaard dat artikel 7:962 lid 3 BW niet voor alle relaties van duurzame aard subrogatie uitsluit.

De conclusie lijkt gewettigd dat het verzekeringsrecht de aansprakelijkheidsverzekeraar geen bescherming biedt tegen de verzwaring van het aansprakelijkheidsrisico krachtens artikel 7:658 lid 4 BW. Een verzwaring waarop de "klassieke" premiestelling gebaseerd op onder meer het aantal werknemers, niet is ingesteld. Van Tiggele-van der Velde constateert in haar beschouwing over de verzekeringsaspecten van het Allspan-arrest uit 2012 een zekere berusting bij verzekeraars: "deze risicoverzwaring maakt onderdeel uit van 'the black hole' die de aansprakelijkheidsverzekering kenmerkt".⁵⁾

En juist DAT maakt voor mij de aansprakelijkheidsverzekering ook na 27 jaar nog steeds de meest spannende verzekeringsvorm!

Flexibilisering van de arbeidsmarkt.

3. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, NJ 2014/414 (Allspan), VR 2012/106.
4. HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461, VR 2015/102.
5. N. van Tiggele-Van der Velde, ZZP onder "de werkverschaffer's AVB?", AV&S 2012 (13), p. 121 e.v.