

LEESWIJZER

Een belangrijk deel van de inhoud van dit rapport is tamelijk technisch-juridisch van aard. Daarom is voorafgaand aan de inhoudsopgave een samenvatting opgenomen. In die samenvatting zal de lezer de belangrijkste conclusies en aanbevelingen uit de studie kunnen vinden.

De achtergrond van die conclusies en beleidsaanbevelingen en de specifieke redengeving kunnen worden gevonden in het rapport dat uit 9 hoofdstukken bestaat. Hoofdstuk 1 bevat een introductie en verantwoording van de gebruikte methodologie. Hoofdstuk 2 bespreekt de mogelijke toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe gezondheidsrisico's. Hoofdstuk 3 bevat een discussie van de financiering van gezondheidsrisico's vandaag en van de regresrechten. In hoofdstuk 4 wordt de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's in de sleutel van de claimcultuurdiscussie geplaatst. De hoofdstukken 5-9 behandelen de kern van het onderzoek, meer bepaald de verzekerbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. Hoofdstuk 5 bespreekt de voorwaarden voor verzekerbaarheid; hoofdstuk 6 gaat in op de vraag of verplichte verzekering zou moeten worden ingevoerd. De daarop volgende hoofdstukken bespreken alternatieven voor aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering. Eerst wordt de terugkeer naar de sociale zekerheid gepresenteerd in hoofdstuk 7; vervolgens wordt het schadefonds als alternatief model in hoofdstuk 8 voorgesteld om af te sluiten met de directe verzekering als wenkend alternatief in hoofdstuk 9.

De lezer die derhalve voornamelijk is geïnteresseerd in de belangrijkste beleidsaanbevelingen die uit de studie volgen kan volstaan met lectuur van de hiernavolgende samenvatting; de lezer die eveneens geïnteresseerd is in de nadere redengeving zal die kunnen vinden in het hoofd rapport. Daarin kan dan weer degene die voornamelijk in verzekerbaarheidsvragen geïnteresseerd is volstaan met lectuur van de hoofdstukken 5-9, aangezien de hoofdstukken 2-4 veeleer op aansprakelijkheidsvragen ingaan.

Bij het opstellen van dit rapport hebben wij gebruik kunnen maken van een aantal eerdere publicaties van onze hand¹.

-
1. Het gaat daarbij om Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringsspolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *Het Verzekerings-Archief*, 1993, 3-22; Hartlief, T., "Vergoeding van Watersnoodschade", in Faure, M. en Stroink, F.A.M. (red.), *Recht in het Water*, Antwerpen, MAKLU, 1995, 131-159; Faure, M., "Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235; Faure, M., "Rechtseconomische kanttekeningen bij de deregulering van de arbeidsomstandighedenwetgeving", *Sociaal Recht*, 1995, 140-149; Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995; Faure, M. en Hartlief, T., "Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?", *A&V*, 1996, 140-151; Faure, M. en Hartlief, T., "Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?", *Sociaal Recht*, 1996, 37-43; Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997; Faure, M. en Hartlief, T., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142; Faure, M. en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?", *RMThemis*, 1998, 211-228; Faure, M. en Hartlief, T., "Het kabinet en de claimcultuur", *NJB*, 1999, 2007-2015; Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede - herziene - druk, Deventer, Kluwer, 1999; Hartlief, T., "Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?", in *Het belang van de dader*, LSA, Vermande, Lelystad, 1999, 1-27; Hartlief, T., "Stichting Reclassering Nederland/X. Reikwijdte werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (art. 7A:1638x (oud); art. 7:658 BW) (HR 22 januari 1999, *RvdW* 1999, 17)", *AA* 1999, 275-281; Hartlief, T., "Het bereik van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen: de betekenis van art. 7:658 lid 4", *WPNR* 6379, 1999, 851-852; Faure, M. en Hartlief, T., "Enkele opmerkingen naar aanleiding van de brief van het kabinet over de claimcultuur", *A&V*, 1999, 75-84; Hartlief, T., "Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 373-395; Faure, M. en Van den Bergh, R., "Aansprakelijkheidsverzekering, concurrentie en ongevallenpreventie", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 315-342; Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., "Evaluatie van het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 2000, 64-69; Hartlief, T., "Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid", *NTBR*, 2001, 57-66; Faure, M. en Hartlief, T., "Vergoeding van rampschade", in Ramp en Recht (Muller, E.R. en Stolker, C.J.J.M., red.), Den Haag, 2001, 149-172; Faure, M. en Hartlief, T., "Directe schadeverzekering bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering", nog niet gepubliceerd.

SAMENVATTING

§ 1. Inleiding

Centraal in deze studie staat de vraag naar de mogelijkheden van verzekering en de beschikbaarheid van verzekeringsdekking op de vier terreinen van de specifieke nieuwe gezondheidsrisico's die dienden te worden onderzocht. Specifieke aandacht wordt besteed aan de vraag onder welke voorwaarden de verzekerbaarheid van dergelijke nieuwe gezondheidsrisico's kan worden vergroot en of alternatieve maatschappelijke arrangementen denkbaar zijn voor verzekering.

Het is van belang om de beperkingen van deze studie aan te stippen, omdat die uiteraard ook van belang zijn voor de interpretatie van de conclusies. Een van de aspecten is dat geen technisch onderzoek kon worden gedaan naar de mogelijke oorzaken van allerhande nieuwe gezondheidsrisico's. Gelet op de beperkingen van dit juridisch onderzoek is alleen onderzocht in hoeverre het recht een adequate reactie kan bieden op nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij was oorspronkelijk vooral het doel vanuit een ex post perspectief naar de mogelijkheden van compensatie te kijken voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's; toch werd ook aan de eveneens belangrijke, wellicht nog belangrijker, vraag naar de preventie van gezondheidsrisico's aandacht besteed. Wat beide aspecten betreft (preventie en compensatie) werd vooral onderzocht in hoeverre aansprakelijkheid en verzekering als adequate instrumenten kunnen worden beschouwd om op nieuwe gezondheidsrisico's te reageren. Toch werd ook naar enkele alternatieven gekeken (vooral fondsen, sociale zekerheid en directe verzekering).

Maar ook binnen die beperkingen dienden nog nadere grenzen te worden gesteld. Zo kon uiteraard niet op alle terreinen in detail worden onderzocht welke mogelijke schade vanuit de nieuwe gezondheidsrisico's zou kunnen ontstaan. De verscheidene activiteiten die aan de basis kunnen liggen van nieuwe gezondheidsrisico's zijn immers te divers om daarop een allesomvattend antwoord te kunnen geven. Binnen het bestek van het aansprakelijkheidsrecht werd vooral aandacht besteed aan de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht en werd bekeken welke problemen kunnen rijzen bij de toepassing van die uitgangspunten op specifieke nieuwe gezondheidsrisico's. Denkbaar ware geweest om bijvoorbeeld ook aan andere aspecten aandacht te besteden, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheden van overheidsaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld in het kader van schade veroorzaakt door rampen zoals watersnood is wel onderzocht in hoeverre een deel van dergelijke risico's door overheidsoptreden wordt veroorzaakt. Meer dan globaal hebben wij hieraan geen aandacht kunnen besteden. Een meer gerichte bespreking zou echter een specifieke afzonderlijke studie vergen. Zij zou echter de compensatievraag en de verzekerbaarheid niet wezenlijk beïnvloeden.

In deze samenvatting zal nu worden gepoogd vanuit beleidsperspectief in te gaan op de vraag of ook van de overheid enige actie dient te worden verwacht wat betreft die nieuwe gezondheidsrisico's. Het is uiteraard interessant om vanuit wetenschappelijk perspectief vrijblijvend te onderzoeken in hoeverre bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe gezondheidsrisico's kan worden toegepast. De beleidsmaker zal echter willen weten in hoeverre ook actie nodig is om, bij een vastgesteld tekort in het aansprakelijkheidsrecht (in de zin dat het niet op alle nieuwe gezondheidsrisico's kan worden toegepast) ook vanuit beleidsmatig optiek dient te worden ingegrepen. Tegelijk kan ook de vraag worden gesteld of vanuit de overheid ingrijpen aangewezen is bijvoorbeeld om de verzekerbaarheid van bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's actief te stimuleren.

§ 2. Uitgangspunten

Het is van belang eraan te herinneren dat in het onderzoek is vastgesteld dat, welk juridisch instrument men ook gebruikt als reactie op mogelijke schade die door nieuwe risico's kan ontstaan, enkele algemene uitgangspunten steeds gerespecteerd dienen te worden:

- In de eerste plaats dient te worden onderzocht hoe een optimale preventie en compensatie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's kan worden gerealiseerd. Die twee aspecten (preventie en compensatie) kunnen nooit los van elkaar worden beschouwd. Preventie komt noodzakelijk voor de compensatie en dient op beleidsmatig vlak dan ook prioriteit te krijgen. Pas wanneer preventie heeft gefaald, rijst de compensatievraag. Bij het uitwerken van een compensatiesysteem dient vervolgens steeds de vraag te worden gesteld naar de mogelijke invloed van een dergelijk compensatiesysteem op de preventie. Het mag immers nooit zo zijn dat een compensatiesysteem wordt uitgewerkt dat uiteindelijk een negatief effect op preventief vlak zou kunnen hebben.
- Derhalve dient een compensatiesysteem steeds zo te worden uitgewerkt dat alleen zij die daadwerkelijk risico's hebben veroorzaakt of, meer algemeen, aan het ontstaan van het risico hebben bijgedragen ook de financiële gevolgen dienen te dragen van die acties. Dit betekent, positief geformuleerd, dat zij die risico's veroorzaken de financiële gevolgen daarvan dienen te ondergaan, maar dat anderzijds zij die niet hebben bijgedragen aan het ontstaan van die risico's niet gehouden dienen te worden tot bijdrage in die financiële risico's. Een systeem waarin dat anders is heeft niet voldoende positieve invloed op de prikkels tot preventie en leidt slechts tot administratieve kosten, die gepaard gaan met de verschuiving van financiële lasten.
- Bovendien dient in de mate van het mogelijke ook de financiële bijdrageplicht te worden gerelateerd aan de mate waarin men aan het risico heeft bijgedragen: risicodifferentiatie dus.
- Ook slachtoffers dienen alleen gerechtigd te worden tot vergoeding in de mate dat zij daadwerkelijk door de schadeverwekkende activiteit zelf schade hebben geleden. Ook de causaliteitseis blijft derhalve cruciaal. Welk systeem van compensatie men ook kiest, die eis blijft overeind staan.
- Deze uitgangspunten zijn niet alleen belangrijk vanuit economisch perspectief (risicodifferentiatie om een optimale preventie te genereren), maar ook vanuit het perspectief van een verdelende rechtvaardigheid. Wanneer zij immers niet zouden worden gerespecteerd, zou dat ertoe kunnen leiden dat personen dienen bij te dragen in een vergoedingsplicht ook als zij het risico niet hebben veroorzaakt, of dat personen schadeloosstelling zouden kunnen krijgen ook wanneer hun schade niet door het risico werd veroorzaakt. In beide gevallen zou een negatieve herverdeling het gevolg (kunnen) zijn. Juist bij de introductie van schadefondsen zou het respecteren van die uitgangspunten in gevaar kunnen komen, zo is in hoofdstuk 8 betoogd.

Waarom leiden deze eenvoudige uitgangspunten voor een optimale inzet van juridische instrumenten ter preventie en compensatie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's?

§ 3. Gebruik aansprakelijkheidsrecht optimaliseren

1. FOCUSSEN OP DE HOOFDLIJNEN

Een eerste vraag die in deze studie aan de orde is geweest, is in hoeverre het mogelijk en wenselijk is om het aansprakelijkheidsrecht toe te passen op sommige van de nieuwe gezondheidsrisico's. In dit kader is in hoofdstuk 2 in eerste instantie ingegaan op de hoofdlijnen en functies van het aansprakelijkheidsrecht en is vervolgens aan de hand van de jurisprudentie aangegeven dat ook inderdaad een aantal toepassingen kunnen worden gevonden van het aansprakelijkheidsrecht op deze nieuwe gezondheidsrisico's. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat slachtoffers van bepaalde risico's met problemen in het

aansprakelijkheidsrecht worden geconfronteerd. Desbetreffend kan de lezer voor meer bijzonderheden naar hoofdstuk 2 worden verwezen.

In het kader van deze beleidsaanbevelingen kan eenvoudig worden gesteld dat, waar mogelijk, ook in de toekomst ter preventie van nieuwe gezondheidsrisico's uiteraard steeds van het aansprakelijkheidsrecht gebruik zal moeten worden gemaakt. Dit heeft, zo werd in de rechtseconomische analyse aangetoond, onmiskenbaar grote voordelen omdat het prikkels kan bieden tot preventie. Juist op het terrein van de nieuwe risico's lijkt dat bijzonder belangrijk. Het aansprakelijkheidsrecht is daarenboven, vanuit economisch perspectief een relatief eenvoudig en derhalve goedkoop systeem om een preventiebeleid te genereren. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is er immers altijd en werkt ex ante, ook zonder dat er ongevallen zijn. Weliswaar kan ex post de kostprijs van het aansprakelijkheidsrecht, zeker wanneer een aansprakelijkheidsvordering via een procedure dient te worden geëffectueerd, hoog oplopen. Het komt echter lang niet in alle aansprakelijkheidszaken daadwerkelijk tot een procedure. Bovendien blijft van belang dat in aansprakelijkheidszaken de door partijen aan te wenden preventieve maatregelen ter voorkoming van risico's door de markt (door partijen zelf of door de rechter) zullen worden bepaald. In die zin is, zo wordt in § 6 van hoofdstuk 2 betoogd, een aansprakelijkheidssysteem goedkoper dan een systeem van regulering, waarbij enerzijds de overheid onderzoek zal moeten doen naar de efficiënte veiligheidsstandaards en anderzijds die veiligheidsstandaards altijd zullen moeten worden gehandhaafd, of er nu een ongeval is of niet. Uitgangspunt is derhalve dat waar mogelijk van die preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht gebruik moet worden gemaakt op een optimale wijze. Optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht dus. Voorwaarde voor die preventieve werking is uiteraard wel dat het ook mogelijk moet zijn om het aansprakelijkheidsrecht toe te passen. Zoals gebleken in hoofdstuk 2 zijn de mogelijkheden om het aansprakelijkheidsrecht op sommige nieuwe risico's toe te passen eerder beperkt. Daarover straks meer.

Van belang blijft wel dat dat aansprakelijkheidsrecht dan ook alleen wordt aangewend wanneer kan worden aangenomen dat aansprakelijkheid daadwerkelijk een prikkelwerking zal hebben op preventief vlak. Dit veronderstelt dus in ieder geval dat degene die aansprakelijk wordt gehouden door het nemen van preventieve maatregelen of het veranderen van zijn activiteiten invloed op het risico heeft. Dit stemt, zoals in § 2 wordt uitgewerkt, ook overeen met de dogmatiek waarin erop wordt gewezen dat het in het aansprakelijkheidsrecht in de kern gaat om het sanctioneren van een tekortkoming.

Wat houdt dat optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht nu precies in voor de nieuwe gezondheidsrisico's? In sommige gevallen kan dit betekenen dat het aangewezen is om het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht tot zijn juiste proporties terug te brengen. In hoofdstuk 2 (in § 4) wordt aangegeven dat in sommige gevallen, zeker bij arbeidsgerelateerde risico's, het aansprakelijkheidsrecht zodanig lijkt te zijn "uitgedijd" dat sprake is van een situatie waarbij het aansprakelijkheidsrecht de gewenste functies op preventief vlak niet of nauwelijks kan uitoefenen. In dat kader van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten lijken zowel problemen te bestaan wat betreft de vestiging van de aansprakelijkheid als wat betreft het beoordelen van de eigen schuld in hoofde van het slachtoffer. In de rechtseconomische analyse (zie hoofdstuk 2, § 3) wordt weliswaar aangegeven dat het enkele feit dat een zeer vergaande aansprakelijkheid van de werkgever bestaat, die volgens sommigen neigt naar de risicoaansprakelijkheid op zichzelf geen probleem vormt. Ook een risicoaansprakelijkheid kan immers efficiënte prikkels tot preventie geven. Daarbij wordt echter verondersteld dat aansprakelijkheid steeds wordt toegepast in een situatie waarbij die werkgever door het aanwenden van preventieve maatregelen de totstandkoming van het risico kon beïnvloeden. Enkele voorbeelden toonden aan dat sterk kan worden betwijfeld of dat nog wel het geval is in de huidige jurisprudentie. Ook de zeer beperkte interpretatie van het eigen schuldverweer is vanuit rechtseconomisch perspectief problematisch. In dit verband moet nog eens worden benadrukt dat de rechtseconomische literatuur herhaaldelijk heeft gesteld dat het rekening houden met eigen schuld (ook al leidt dat slechts tot

een reductie van de schadeloosstellingplicht van de dader) in het belang is van dader en slachtoffer, omdat het een middel is om het ongevalsrisico additioneel te reduceren. Nu in de Nederlandse jurisprudentie eigen schuld als verweer nagenoeg wordt uitgesloten, lijkt ook dat strijdig met de in hoofdstuk 2 besproken uitgangspunten.

2. UITDIJEND AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT PROBLEMATISCH?

Uit het voorgaande moet zeker niet in het algemeen worden afgeleid dat het aansprakelijkheidsrecht op alle terreinen van de besproken nieuwe gezondheidsrisico's te ver zou zijn uitgedijd. De nieuwe gezondheidsrisico's die in deze studie centraal staan, zijn immers zeer divers en enkele daarvan (voedingsgerelateerde risico's, infectieziekten) zijn nog zo nieuw dat op die terreinen nog relatief weinig jurisprudentie bestaat. De mogelijke oorzaken daarvan zijn ook dermate uiteenlopend dat zeker niet in het algemeen kan worden gesteld dat elke aansprakelijkheid daarvoor te vergaand of inefficiënt zou zijn. Op enkele van die terreinen kan zelfs worden voorspeld dat een uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht in de rede ligt. Zeker bij voedingsgerelateerde risico's en infectieziekten is dat het geval, hoewel er bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht wel de nodige problemen te verwachten zijn (zie hoofdstuk 2, § 5). De eerste uitspraken wat betreft die laatste nieuwe gezondheidsrisico's werden reeds besproken.

In dat kader moet worden opgemerkt dat het optimaliseren van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht voor die risico's waar het aansprakelijkheidsrecht nog nauwelijks werd gebruikt dus juist zou kunnen betekenen dat een uitbreiding in de rede ligt. Dit is van belang, mede in het licht van de claimcultuurdiscussie, die in hoofdstuk 4 uitgebreid aan bod komt. Al te snel ontstaat de indruk dat door een ongenueanceerde verwijzing naar het ontstaan van een "claimcultuur" elk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht verdacht is. Gelet op de ontwikkelingen in de laatste decennia in de richting van een afkalving van de sociale zekerheid en een (deels daardoor veroorzaakte) socialisering van het aansprakelijkheidsrecht dient men zich in feite over een ontwikkeling in de richting van een claimcultuur niet te verbazen. In hoofdstuk 3 wordt aangegeven dat de relatie tussen de verscheidene financieringssystemen (vooral sociale zekerheids- en aansprakelijkheidsrecht) belangrijke wijzigingen heeft ondergaan. Doordat hier in feite van een systeem van communicerende vaten sprake is, kan worden verwacht dat bij een afkalvende sociale zekerheid de financiële noodzaak voor slachtoffers om een beroep te doen op het aansprakelijkheidsrecht inderdaad zal toenemen. In die zin zal een toename van claims (die dan in de volksmond als een claimcultuur wordt gekwalificeerd) ook geen verbazing mogen wekken. In hoofdstuk 4 wordt aangegeven dat die claimcultuur op zichzelf ook geen probleem vormt, op voorwaarde dat daarbij nog steeds sprake is van een gebruik van het aansprakelijkheidsrecht overeenkomstig de dogmatische en rechtseconomische uitgangspunten. Als, bijvoorbeeld op terreinen van nieuwe gezondheidsrisico's waar nog relatief weinig gebruik van het aansprakelijkheidsrecht werd gemaakt (zoals bij voedingsgerelateerde schade of infectieziekten) in de toekomst wel een grotere inzet van het aansprakelijkheidsrecht wordt gezien, kan dit inderdaad ook weer als hetzij een toegenomen claimcultuur worden gekwalificeerd. Die kwalificatie mag als zodanig echter bepaald niet leiden tot de conclusie op normatief vlak dat een dergelijk toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht dan ook onwenselijk zou zijn. In de kern blijft steeds de vraag of dat gebruik van het aansprakelijkheidsrecht overeenkomt met de in hoofdstuk 2 geschetste dogmatische en rechtseconomische uitgangspunten.

3. MAAR: SPECIFIEKE PROBLEMEN

Naast het feit dat ten dele een toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht kan worden verwacht (zie de discussie over de claimcultuur in hoofdstuk 4) wordt (vooral in hoofdstuk 2) ook aandacht besteed aan mogelijke problemen die zouden kunnen rijzen bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op enkele specifieke nieuwe gezondheidsrisico's. In sommige gevallen zijn het precies de essentiële eisen van

het aansprakelijkheidsrecht (zie § 2 van deze samenvatting) die meebrengen dat het moeilijk zal zijn om dat aansprakelijkheidsrecht toe te passen. Veelal gaat het daarbij niet eens om de vraag of in hoofde van degene die een bepaalde activiteit ondernam een tekortkoming kan worden vastgesteld, maar gaat het om de causaliteitsvraag. Vooral bij voedinggerelateerde ziektes zal het bewijs van een oorzakelijk verband tussen een tekortkoming en schade soms op problemen stuiten. Belangrijk blijft in dit verband weer dat de uitgangspunten en eisen van het aansprakelijkheidsrecht moeten blijven gerespecteerd, wil men dit aansprakelijkheidsrecht ook zijn preventieve functie op een efficiënte wijze laten vervullen. Daarom dient de verleiding te worden weerstaan de gelaedeerde tegemoet te komen door de causaliteitsonzekerheid maar af te wentelen op degene die bepaalde risico's in het leven heeft geroepen. Beter is het dan om, zoals werd aangegeven, op causaliteitsonzekerheid te reageren met aangepaste juridische instrumenten, zoals de proportionele aansprakelijkheid.

Het blijft van belang om het aansprakelijkheidsrecht zuiver te houden opdat het ook die optimale prikkels tot preventie kan bieden. De neiging om het aansprakelijkheidsrecht op te rekken (zoals men die bijvoorbeeld op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid kon ontwaren) is zeker begrijpelijk, in een tijd waarin de sociale zekerheid afkalt, omdat een afwijzing van aansprakelijkheid de facto betekent dat het slachtoffer in de kou blijft staan. Wanneer op normatief vlak echter de compensatiewens van slachtoffers voorop zou staan, is het van belang om andere instrumenten (zie hieronder) in te zetten om die (wellicht gedeeltelijke) compensatie te garanderen in plaats van aan de fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht te gaan tornen.

Dat laatste geldt zeker op die terreinen waar door nieuwe gezondheidsrisico's schade ontstaan en het aansprakelijkheidsrecht nooit soelaas zal kunnen brengen, gewoon omdat geen aansprakelijke dader kan worden gevonden. Dat is, als bekend, een van de problemen bij schade veroorzaakt door luchtverontreiniging, maar vaak ook bij natuurrampen. In dergelijke situatie zal juist grote schade kunnen ontstaan zonder dat een beroep op het aansprakelijkheidsrecht mogelijk is. Ook dan is derhalve aanleiding om naar andere instrumenten dan het aansprakelijkheidsrecht te zoeken wanneer men compensatie wil bieden aan die slachtoffers.

4. SAMENVATTEND: WAAR MOGELIJK, OPTIMALISEREN

Samenvattend pleiten wij voor een optimaal gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Dit betekent dat wanneer de dogmatische en rechtseconomische voorwaarden voor het aansprakelijkheidsrecht vervuld zijn hier ook vooral ten volle gebruik van moet worden gemaakt omdat het aansprakelijkheidsrecht dan een belangrijke bijdrage kan bieden aan de preventie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Van belang daarbij blijft ook wel met eigen schuld van het slachtoffer rekening te houden en om derhalve de aanspraak op schadeloosstelling te reduceren in de mate dat het slachtoffer door zijn gedrag aan het risico heeft bijgedragen. Dit "optimaliseren" van het aansprakelijkheidsrecht kan op bepaalde terreinen aanleiding geven tot een beperkter gebruik; daarbij kan vooral worden gedacht aan de werkgeversaansprakelijkheid. Op andere terreinen ligt wellicht juist een toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht in de rede. Dat moge dan wel aanleiding geven tot een toenemende claimcultuur, maar wanneer die claimcultuur gewoon betekent dat op effectieve wijze van het aansprakelijkheidsrecht als instrument van preventie en compensatie van nieuwe risico's gebruik wordt gemaakt, hoeft dit op normatief vlak niet als problematisch te worden beschouwd.

Wanneer aan al die zware voorwaarden (vooral ook inzake causaliteit) is voldaan, zal het slachtoffer volledige schadeloosstelling kunnen vorderen van de dader. Dat veronderstelt echter wel dat ook aan al die eisen, juist inzake de causaliteit, steeds de hand wordt gehouden. In die zin blijft, zoals in hoofdstuk 2 wordt betoogd, het aansprakelijkheidsrecht een luxe systeem, maar tegelijk een randverschijnsel. Het blijft

een randverschijnsel omdat het, gelet op de zware voorwaarden, geen absolute garantie van een integraal vermogensherstel bij elk ongeval zal kunnen bieden. Anderzijds is het ook een luxe systeem in die zin dat het slachtoffer wanneer immers aan de zware voorwaarden van het aansprakelijkheidsrecht is voldaan, recht geeft op volledig vermogensherstel en vergoeding van immateriële schade.

§ 4. Optimaliseren regulering

Verder blijft het van belang te benadrukken dat hoewel in beginsel ter preventie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's gebruik kan worden gemaakt van het "eenvoudige" systeem van het aansprakelijkheidsrecht, uit de economische criteria voor regulering is gebleken dat dit aansprakelijkheidsrecht ook vaak zal tekortschieten. Zie in dit verband verder in hoofdstuk 2, § 6. In sommige gevallen zal de rechter onvoldoende informatie hebben over de optimale wijze om nieuwe gezondheidsrisico's te voorkomen en zullen ook partijen die informatie niet hebben. Dan kan, denk bijvoorbeeld aan bepaalde infectieziekten, veiligheidsregulering het grote voordeel bieden dat de overheid onderzoek verricht naar de optimale wijze van reductie van risico's en kan zij via regulering bepalen onder welke voorwaarden bijvoorbeeld sauna's of bubbelbaden mogen worden gebruikt zodanig dat risico's van infectieziekten worden beperkt. Ook andere criteria voor regulering wijzen op tekorten van het aansprakelijkheidsrecht. Een belangrijk probleem blijft dat aansprakelijkheidsrecht slechts optimale prikkels biedt wanneer de potentiële schade niet hoger is dan het individueel vermogen van de veroorzaker. Bij een insolventierisico zal steeds het probleem dreigen van een tekort aan afschrikking. Ook kan juist omdat het slachtoffer het oorzakelijk verband tussen zijn schade en de activiteit van de dader niet kan bewijzen een succesvolle aansprakelijkheidsvordering uitblijven.

De nieuwe gezondheidsrisico's zullen daarom ook voor de overheid steeds aanleiding dienen te zijn tot regulerend ingrijpen wat betreft de optimale preventieve maatregelen om die risico's te voorkomen. Preventie kan niet alleen van het aansprakelijkheidsrecht komen. Wel zal dat aansprakelijkheidsrecht naast regulering een belangrijke aanvullende functie op preventief vlak moeten blijven vervullen. De overheid kan immers niet via regulering alle mogelijke activiteiten waaruit nieuwe gezondheidsrisico's kunnen ontstaan beheersen. Derhalve zal in de praktijk het aansprakelijkheidsrecht in combinatie met veiligheidsregulering worden gebruikt. Overigens kan de overheid door het stimuleren van onderzoek naar preventieve maatregelen ter reductie nieuwe gezondheidsrisico's juist weer bijdragen aan een optimalisering van het aansprakelijkheidsrecht². Wanneer efficiënte veiligheidsnormering immers in regulering wordt vertaald, zal in het aansprakelijkheidsrecht doorgaans worden aangenomen dat bij een schending van dergelijke veiligheidsnormen automatisch ook aansprakelijkheid vaststaat. Zo lost de veiligheidsregulering het informatietekort bij de rechter op: de veiligheidsregulering geeft invulling aan de zorgvuldigheidsnorm. Veiligheidsregulering levert daarmee een bijdrage aan de inzet van het aansprakelijkheidsrecht ter reductie van nieuwe gezondheidsrisico's. Anderzijds kan ook dit aansprakelijkheidsrecht een bijdrage leveren aan de handhaving van de veiligheidsregulering. Dit gecombineerd gebruik van aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsregulering en de daarmee verbonden wederzijdse beïnvloeding dient dus te worden gestimuleerd. Dat vereist echter wel dat de overheid investeert in onderzoek teneinde ook de optimale veiligheidsregulering ter reductie van nieuwe gezondheidsrisico's te kunnen vaststellen. Daar dient de overheid voorloper te zijn ten opzichte van het aansprakelijkheidsrecht (hoewel het de facto vaak andersom is: eerst aansprakelijkheidscases, waarna regulering volgt). Bovendien dient de overheid via een dynamisch systeem systematisch regulering aan te passen aan nieuwere technische inzichten aangaande de nieuwe gezondheidsrisico's en de preventieve maatregelen om die te voorkomen.

2. De rol van de overheid is naar ons idee belangrijker dan de rol die het kabinet voor de overheid weggelegd ziet in het kader van de onbekende gevaarlijke stoffen. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 646, nr. 2, waarin zeer sterk de rol van het bedrijfsleven wordt benadrukt.

Deze benadering is te verkiezen boven een toepassing van het zo wel genoemde voorzorgsbeginsel althans voor zover zij zou inhouden 'bij twijfel niet doen'. Een dergelijke benadering zou te hoge maatschappelijke kosten hebben, immers vernieuwing in de weg staan en er wellicht toe leiden dat zeer belangrijke maatschappelijke activiteiten niet (langer) mogelijk zijn³.

Het zij nogmaals benadrukt: ook in een studie zoals deze, die formeel de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's tot voorwerp heeft, kan aan het preventieaspect niet voorbij worden gegaan. En juist die preventie zal specifiek wat de complexe nieuwe gezondheidsrisico's betreft toch primair vanuit het regulerend optreden van de overheid dienen te komen. Dat regulerend optreden zoals hier wordt bepleit is vervolgens ook van belang om de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid te optimaliseren.

§ 5. Bevorderen verzekeraarbaarheid door optimaliseren aansprakelijkheidsrecht

1. UITGANGSPUNT: DE FACTO VERZEKERBAARHEID

Een van de aanleidingen voor dit onderzoek betreft de vraag in hoeverre nieuwe gezondheidsrisico's verzekerd worden en verzekeraarbaar zijn. Die verzekeringsaspecten komen uitgebreid aan bod, vooral in hoofdstuk 5. Vooral op het terrein van de arbeidsgerelateerde risico's, meer bepaald de beroepsziekten, is veel ervaring opgedaan met de problemen waartoe een uitdijend aansprakelijkheidsrecht aanleiding kan geven op verzekeringsvlak. Maar ook wat andere gezondheidsrisico's betreft die door een aansprakelijkheidsverzekering worden gedekt, kan worden verwacht dat dezelfde problemen zullen rijzen die een rol hebben gespeeld bij de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB) naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten.

Centrale vraag in dat verband is natuurlijk of de verzekeraarbaarheid nu bedreigd wordt door een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. Men zou kunnen betogen dat van onverzekerbaarheid klaarblijkelijk geen sprake is omdat voor vele van de nieuwe gezondheidsrisico's die het voorwerp van deze studie vormen de facto aansprakelijkheidsverzekeringen beschikbaar zijn. De werkgever kan beschikken over de genoemde AVB voor de beroepsziekten; de exploitant van bijvoorbeeld een tuincentrum, sauna-, of bubbelbadgelegenheid zal doorgaans ook kunnen beschikken over een verzekering waarbij globaal zijn aansprakelijkheid voor schade aan derden wordt gedekt, ook wanneer die schade uit infectieziekten ontstaat en hetzelfde geldt vermoedelijk voor degene die voedingsgerelateerde risico's in het leven roept. Alleen wanneer geen aansprakelijkheid mogelijk is omdat geen dader kan worden gevonden (dat geldt vooral voor de casus van de natuurrampen) zal uiteraard aansprakelijkheidsverzekering niet in beeld komen. In die zin zou eenvoudig kunnen worden geconcludeerd, dat die verschillende risico's blijkbaar verzekeraarbaar zijn, omdat zij immers verzekerd worden. Dat is echter iets te simpel. Vaak bieden verzekeraars immers een relatief ruime aansprakelijkheidsdekking voor allerhande risico's en wordt pas nadien wanneer bijzondere (bijvoorbeeld voedingsgerelateerde) risico's zijn vastgesteld, gewerkt met uitsluitingen, premieverhogingen of andere reacties. Op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is mede door de toename van het aantal claims voor beroepsziekten grote ongerustheid in kringen van verzekeraars ontstaan. Daar is door sommigen beweerd dat door de uitdijing van het aansprakelijkheidsrecht de aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten niet langer verzekeraarbaar is. Dit heeft onder meer aanleiding gegeven tot een (overigens interessante) zoektocht naar alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering. In dit kader is het echter van belang na te gaan wat nu precies de ontwikkelingen zijn in het aansprakelijkheidsrecht die mogelijk de verzekeraarbaarheid bedreigen. Wat dat betreft kunnen uit de ervaring met de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten diverse interessante lessen worden gehaald, die mogelijk ook van belang zijn voor de

3. Zie in dit verband overigens recentelijk Pieterman, R., "Weg met het voorzorgsbeginsel", *NJB*, 2001, 1023-1029.

andere nieuwe gezondheidsrisico's waarmee op dit ogenblik nog niet zoveel ervaring bestaat als met de beroepsziekten.

Principieel zou uiteraard de vraag kunnen worden gesteld of men bij de vormgeving van het aansprakelijkheidsrecht rekening moet houden een criterium als "verzekeraarbaarheid" nu het aansprakelijkheidsrecht toch primair zijn eigen doelstellingen moet dienen, los van de vraag of voor die aansprakelijkheid nu verzekeringsdekking beschikbaar is. Toch hoort men in de literatuur op dit moment steeds vaker stemmen die stellen dat de verzekeraarbaarheid van belang is, ook om de grenzen van aansprakelijkheid te bepalen. Daarover past wel weer een woord van relativering: of een risico verzekeraarbaar is, zal uiteraard uiteindelijk door de verzekeraars worden bepaald. Theoretisch kunnen interessante uitspraken over de verzekeraarbaarheid worden gedaan; wanneer verzekeraars uiteindelijk beslissen een bepaald risico niet te dekken, zal dat risico de facto dus onverzekerbaar zijn. En het omgekeerde is evenzeer het geval. Intussen is over de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid ook vanuit verzekeringseconomisch perspectief het een en ander te zeggen op objectief vlak, los van de vraag hoe de markt nu met de aansprakelijkheid precies omgaat.

2. GEBREKKIGE RISICO-INSCHATTING?

Wat kan nu worden gezegd over de evolutie in het aansprakelijkheidsrecht, zoals toegepast op nieuwe gezondheidsrisico's, in relatie tot de verzekeraarbaarheid?

In de eerste plaats dient natuurlijk het klassieke argument worden genoemd dat juist bij "nieuwe" risico's een tekort aan informatie zal bestaan bij de verzekeraar over de omvang van het risico. Essentieel voor nieuwe risico's is immers dat het voor de verzekeraar lastig is om een goede inschatting te maken van de probabiliteit van een schadegeval en van de mogelijke omvang van de schade wanneer zich een ongeval voordoet. Dat is uiteraard niet anders bij gezondheidsrisico's dan bij andere risico's. In hoofdstuk 5 wordt echter toegelicht dat die onzekerheid op zichzelf een risico niet onverzekerbaar maakt. De verzekeringseconomische literatuur heeft immers aangetoond dat verzekeraars de mogelijkheid hebben om een risicopremie te vragen als tegenwicht voor de onzekerheid waar zij mee te maken hebben. Vereist daarvoor is echter wel dat ook de verzekeringnemers erkennen dat er een onzekerheid bestaat ten aanzien van het te dekken risico. Anders zal bij hen de bereidheid ontbreken om die additionele risicopremie te betalen.

In dat verband moet ook worden opgemerkt dat de onzekerheid betreffende die nieuwe gezondheidsrisico's niet alleen betrekking heeft op de vraag welke premie een verzekeraar dient te vragen, maar ook op de vraag welke preventieve maatregelen hij dient te eisen. Immers: een goed verzekeraar dient, zo blijkt uit de analyse in hoofdstuk 5, risico's optimaal te differentiëren (zie ook hierna), waarvoor vereist is, dat de verzekeraar weet, wie de goede en wie de slechte risico's zijn. Dat laatste veronderstelt dan weer dat de verzekeraar informatie heeft over de mogelijke oorzaken van de risico's en over de preventieve maatregelen die deze kunnen voorkomen. Juist op dat vlak kan de eerder aangehaalde overheidsregulering weer van groot belang zijn. Als de overheid veiligheidsregulering uitvaardigt ten aanzien van activiteiten die aanleiding kunnen geven tot nieuwe gezondheidsrisico's kan de verzekeraar op zijn beurt daar weer gebruik van maken, bijvoorbeeld door, in ieder geval van zijn verzekerden naleving van verplichtende overheidsreglementering te eisen.

Met andere woorden: een deel van de onzekerheid waar de verzekeraar mee te maken heeft, kan door overheidsregulering worden opgelost. Toch kunnen potentieel voor de verzekeraar nog grote risico's blijven bestaan. In hoofdstuk 5 wordt aangegeven dat deze vooral met twee fenomenen te maken hebben.

3. RETROACTIEVE AANSPRAKELIJKHEID: ONVERZEKERBAAR

In de eerste plaats is een verzekering van aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht" vanuit verzekeringseconomisch perspectief problematisch. Het risico bij nieuwe gezondheidsrisico's bestaat echter altijd dat jurisprudentie vandaag beslist dat enige jaren geleden nieuwe veiligheidsnormen ter reductie van dat risico hadden moeten worden toegepast. Heeft de betreffende schadeveroorzaker die normen niet toegepast dan zal aansprakelijkheid worden aangenomen. Bij de werkgeversaansprakelijkheid heeft die aansprakelijkheid met terugwerkende kracht de verzekeraars veel parten gespeeld. Natuurlijk zou kunnen worden betoogd dat bijvoorbeeld ook bij infectieziekten, zoals legionella een eerste uitspraak waarbij aansprakelijkheid, bijvoorbeeld van een tuincentrum of organiseren van een tentoonstelling wordt aangenomen, in feite steeds een terugwerkende kracht wordt aangenomen. Dat kan voor verzekeraars problematisch zijn, maar hoeft niet. Dat is pas een probleem voor zover over die risico's als zodanig niets bekend was, er nog geen veiligheidsregulering bestond en de verzekeraar dus ook nog niets wist van mogelijke preventieve maatregelen die het risico hadden kunnen voorkomen. Helaas gaan zware ongevallen met schade (en dus aansprakelijkheidscases) vaak vooraf aan het ontstaan van veiligheidsregulering. Wanneer echter bepaalde risico's als zodanig bekend kunnen zijn bij verzekeraars en ook enig inzicht bestaat in de preventieve maatregelen ter reductie van die risico's kunnen die maatregelen door verzekeraars ook worden geëist. Wanneer nadien een rechter dan aansprakelijkheid aanneemt omdat de exploitant die veiligheidsmaatregelen niet had nageleefd, is van "terugwerkende kracht" dan ook geen sprake. Hier zou het voorbeeld van voedingsgerelateerde schade kunnen worden aangehaald. Betoogd zou kunnen worden dat terzake vandaag redelijk goed bekend is welke schade uit een verkeerd gebruik van sommige voedingsstoffen zou kunnen voortvloeien en dat ook preventieve maatregelen bekend zijn; anderzijds zijn er nog geen grote aansprakelijkheidsvorderingen op dat terrein ingediend. Daar zou een verzekeraar op dit moment al kunnen aanknopen bij veiligheidsregulering of bij kennis in de betreffende branche om nu reeds preventieve maatregelen te eisen. Daarmee kan het bewuste probleem van de vermeende terugwerkende kracht van rechtspraak, die een risico onverzekerbaar zou kunnen maken ten dele worden opgevangen.

4. AFWENTELING VAN CAUSALITEITSONZEKERHEID

Het andere bekende probleem in het aansprakelijkheidsrecht dat de verzekerbaarheid in gevaar kan brengen is de afwenteling van causaliteitsonzekerheid op een exploitant. In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat wanneer die afwenteling ertoe leidt dat exploitanten vandaag aansprakelijk worden gehouden niet alleen voor de schade die zij zouden hebben veroorzaakt, maar ook voor schade die door mogelijk totaal andere oorzaken in het leven werd geroepen, sprake is van afwenteling van de causaliteitsonzekerheid die verzekeringsproblemen kan meebrengen. Dit kan juist bij voedingsgerelateerde risico's een groot probleem vormen omdat het veelal lastig zal zijn een oorzakelijk verband aan te tonen tussen de blootstelling aan bepaalde voedingsgerelateerde risico's enerzijds en de daaruit voortvloeiende schade anderzijds.

Samenvattend kan, op beleidsmatig vlak, worden betoogd dat wanneer de overheid de objectieve voorwaarden voor de verzekerbaarheid van aansprakelijkheid wil verbeteren specifiek met twee problemen moet worden rekening gehouden. In de eerste plaats dient in de mate van de mogelijke retroactieve aansprakelijkheid te worden vermeden (bijvoorbeeld door prospectieve overruling) en verder dient afwenteling van causaliteitsonzekerheid zoveel mogelijk te worden vermeden. In dat kader geldt dat bij causaliteitsonzekerheid beter een proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast. Met andere woorden: voor beide fenomenen (retroactiviteit en causaliteitsonzekerheid) zijn in de literatuur oplossingen gesuggereerd binnen het aansprakelijkheidsrecht die de aansprakelijkheid verzekerbaar kunnen houden. Voorbeelden van deze benadering vallen ook reeds in de rechtspraak aan te wijzen.

§ 6. Verzekerbare aansprakelijkheid vanuit perspectief van verzekeraars

In deze conclusies, met betrekking tot de vraag hoe de overheid faciliterend zou kunnen optreden om verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's te stimuleren, is in de eerste plaats nagegaan aan welke voorwaarden het aansprakelijkheidsrecht dient te voldoen om – althans vanuit een objectief verzekeringseconomisch perspectief – verzekeraar te zijn. Opvallend is overigens dat de elementen die de verzekeraarbaarheid in gevaar brengen (retroactiviteit en afwentelen van causaliteitsonzekerheid) ook vanuit het efficiëntieperspectief ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht problematisch zijn. Afwenteling van causaliteitsonzekerheid en een retroactieve aansprakelijkheid zijn immers ook problematisch vanuit de gedachte dat efficiënte prikkels tot preventie moeten worden gegeven. Het valt dus op dat de eisen die noodzakelijk zijn om een efficiënt aansprakelijkheidsrecht gestalte te geven hand in hand gaan met de eisen van een verzekerbare aansprakelijkheid.

1. RISICODIFFERENTIATIE: ABSOLUTE NOODZAAK

Verder moet worden opgemerkt dat, zoals reeds werd aangegeven en in § 4 van hoofdstuk 5 verder wordt uitgewerkt, verzekeraars zich ook kunnen wapenen tegen onzekerheden betreffende de nieuwe gezondheidsrisico's en ook daarbij kan de overheid faciliterend optreden. Eerder werd al betoogd dat het antwoord op problemen van verzekeraarbaarheid steeds een optimale risicodifferentiatie is. Die risicodifferentiatie kan mogelijk worden gemaakt, mede door de overheid, door zo spoedig mogelijk adequate informatie aan de markt ter beschikking te stellen over de incidentie en omvang van bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's, over de mogelijke oorzaken en over de preventieve maatregelen die genomen kunnen worden. Die informatie kan dan vervolgens door de verzekeraars worden benut door op een concurrentiële markt adequate polisvoorwaarden (waaronder het eisen van preventieve maatregelen) aan te bieden. Overigens wordt aangestipt dat ook een verbond van verzekeraars bij het uitwisselen van informatie over nieuwe gezondheidsrisico's een belangrijke rol kan spelen en dat zulks zich ook goed verdraagt met verordening nr. 3932 aangaande de toepassing van het mededingingsrecht op de verzekeringsmarkt.

2. VERPLICHTE VERZEKERING GEWENST?

Verder zou, meer algemeen, nog de vraag kunnen worden gesteld waarom de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid vanuit beleidsmatig perspectief als zodanig als een interessant punt wordt gezien. Vanuit dat perspectief zou net zo goed kunnen worden geoordeeld dat het primair van belang is een goed functionerend aansprakelijkheidsrecht te hebben en dat het maar aan de aansprakelijke exploitanten is om op een concurrentiële verzekeringsmarkt een behoorlijke dekking te vinden. In hoofdstuk 6 wordt echter toegelicht dat de efficiëntie van het aansprakelijkheidsrecht in belangrijke mate in gevaar dreigt te komen wanneer een insolventierisico bestaat. Belangrijke winst kan worden geboekt wanneer de verzekeraar in staat is via een adequate controle op het gedrag van de verzekerde een remedie te bieden voor dat insolventierisico. Vanuit beleidsperspectief zou zelfs kunnen worden gesteld dat dit insolventierisico zodanig ernstig is dat zelfs een verplichting op bepaalde exploitanten zou moeten worden gelegd om een financiële zekerheid te zoeken ter dekking van de schade die zij zouden kunnen veroorzaken door nieuwe gezondheidsrisico's. Is verplichte aansprakelijkheidsverzekering inderdaad een adequaat antwoord bij de nieuwe gezondheidsrisico's?

Hoewel er op zichzelf zeker enkele argumenten kunnen worden genoemd in het voordeel van een dergelijke plicht lijken de nadelen toch groter te zijn. In de eerste plaats ontstaat al snel een te grote afhankelijkheid van de overheid ten opzichte van de verzekeringsmarkt wanneer een verzekeringsplicht

wordt ingevoerd voor bepaalde activiteiten. De facto worden het dan de verzekeraars die gaan bepalen onder welke voorwaarden een activiteit kan worden uitgeoefend. Dat is een op zichzelf niet abnormaal effect van een verzekeringsplicht en zelfs niet onwenselijk, op voorwaarde dat voldoende verzekeringsdekking en voldoende concurrentie op de markt aanwezig zijn. De ervaring, bijvoorbeeld met de verzekering van natuurrampen, heeft echter geleerd dat aan de concurrentie op de Nederlandse verzekeringsmarkt reëel kan worden getwijfeld. In sommige gevallen werden gewoon afspraken gemaakt om bepaalde risico's niet te dekken (hetgeen overigens op gespannen voet staat met het Europees mededingingsrecht). Ook rijst de vraag of voor die nieuwe gezondheidsrisico's wel voldoende dekking op de markt bestaat. Juist bij nieuwe risico's bestaat vaak het probleem dat de markt nog onvoldoende ontwikkeld is, waardoor een verzekeringsplicht zeker niet in de rede ligt.

Daarnaast rijst ook het probleem dat het aantal activiteiten dat aan de bron kan liggen van het ontstaan van nieuwe gezondheidsrisico's buitengewoon groot en gediversifieerd is. Dit betekent dan ook dat wanneer men de verplichte aansprakelijkheidsverzekering als serieuze optie beschouwt, het regulerend netwerk om dit te realiseren complex zou worden.

Tenslotte rijst natuurlijk het principiële probleem dat bijvoorbeeld bij de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten gebleken is dat de verzekeraars grote problemen hebben (onder meer door een toenemend aantal claims, ontwikkelingen in de jurisprudentie, socialisering van aansprakelijkheid) om dit risico behoorlijk te dekken. Het ligt niet voor de hand om de gebreken van een slecht functionerend systeem van aansprakelijkheidsverzekering weg te nemen door dit slecht functionerend systeem dan maar verplicht te maken. De problemen waarover verzekeraars klagen (gebrek aan informatie, rechtsonzekerheid, afwentelen van causaliteitsonzekerheid en retroactieve aansprakelijkheid) lost men uiteraard niet op door de invoering van een verplichting tot aanschaffing van aansprakelijkheidsverzekering. Het lijkt dan ook niet aangewezen om op beleidsmatig vlak een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor alle mogelijke nieuwe gezondheidsrisico's in het leven te gaan roepen.

3. AANPASSING: DEKKINGSSYSTEMATIEK

Tenslotte is gebleken dat verzekeraars zelf op allerhande mogelijke wijze op nieuwe gezondheidsrisico's, onder meer arbeidsgelateerde risico's, hebben gereageerd. Meer bepaald op het probleem van de retroactieve aansprakelijkheid werd gereageerd, zo wordt uitgebreid in hoofdstuk 5 toegelicht, door een wijziging van de dekkingssystematiek. Het gaat hier om de overgang van loss occurrence naar de claims made dekkingssystematiek. Ook hier geldt dat op beleidsmatig vlak de overheid alleen faciliterend dient op te treden bij dergelijke wijzigingen. In hoofdstuk 5 (§ 4) wordt betoogd dat die wijziging inderdaad belangrijk lijkt om het risico verzekeraar te houden. Het lijkt dan niet aangewezen om, zoals soms in het buitenland is gebeurd, de verzekeraars te verbieden een dergelijke wijziging van de dekkingssystematiek door te voeren, omdat die als onbillijk zou worden gekwalificeerd. Keerzijde van de medaille van de claims made dekking is dat zij weliswaar de verzekeraarheid van aansprakelijkheid bevordert, maar dat anderzijds de risico's toenemen dat de beschikbaarheid van verzekeringsdekking in concrete gevallen wel eens zou kunnen uitblijven. Claims made kan er dan ook in concreto toe leiden dat slachtoffers soms in de kou komen te staan. Onze beleidsmatige suggestie desbetreffend is zeker niet om het claims made dekkingssysteem dan maar te verbieden, doch veeleer om op zoek te gaan naar alternatieven die kunnen worden aangewend om de eventuele gaten die zouden vallen ten gevolge van een falende aansprakelijkheidsverzekering op te vullen.

§ 7. Alternatieven voor aansprakelijkheidsverzekering

1. AFKALVING SOCIALE ZEKERHEID EN TOENEMENDE CLAIMCULTUUR

Het voorgaande maakt duidelijk dat aansprakelijkheid gecombineerd met aansprakelijkheidsverzekering weliswaar in vele gevallen dekking zal kunnen bieden voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's; een absolute garantie van compensatie wordt door die systemen echter niet geboden. In sommige gevallen is er geen aansprakelijke dader te vinden (denk aan de natuurrampen) en in andere gevallen leidt de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht tot een toenemende druk op de aansprakelijkheidsverzekering, waardoor de verzekerbaarheid in gevaar komt. Wanneer men derhalve toch financiering wil zoeken voor schade veroorzaakt door dergelijke nieuwe gezondheidsrisico's dan komen al vlug alternatieven in beeld. Ook in deze studie worden enkele van die alternatieven bestudeerd. Vooraf is echter een woord van waarschuwing op zijn plaats. Traditioneel werd het grootste deel van de schade van de meeste slachtoffers van ongevallen gedekt door het sociaal zekerheidssysteem waarover in dit kader ook het stelsel van vergoeding van ziektekosten wordt geschetst. Dit systeem bood weliswaar geen volledige vermogensgarantie (zoals het aansprakelijkheidsrecht), maar wel een "Existenzsicherung". Men mag niet uit het oog verliezen dat dit meebracht dat zolang de sociale zekerheid ziektekosten dekte en ook een behoorlijk deel van het inkomensverlies voor zijn rekening nam de facto een groot deel van de schade van slachtoffers was gedekt. Vooral voor de hoge inkomensgroepen (wier inkomensverlies dus substantieel hoger was dan de inkomensvervangende tegemoetkoming vanuit het sociaal zekerheidssysteem) bleef het van belang een beroep te doen op een systeem dat een integrale vermogensgarantie bood, zoals het aansprakelijkheidsrecht. Ook was het aansprakelijkheidsrecht het enige systeem dat eveneens smartegeld vergoedde. In een rechtssysteem met een behoorlijk uitgewerkt sociaal zekerheidssysteem is de noodzaak voor slachtoffers om op systemen zoals het aansprakelijkheidsrecht een beroep te doen relatief.

Het is eigenlijk pas sinds de afkalving van de sociale zekerheid dat voor bepaalde slachtoffers het beroep op een aansprakelijkheidsrecht een absolute noodzaak wordt ook om vergoeding van primaire levensbehoeften te krijgen. In bepaalde vakbondskringen kan men dan ook bijvoorbeeld horen dat zij in ruime mate van het aansprakelijkheidsrecht gebruik zullen gaan maken, juist om "het WAO-gat te dichten". Dit is een belangrijk element in, wederom, de claimcultuurdiscussie. Een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht (claimcultuur) zal in belangrijke mate aangezwengeld worden door de financiële noodzaak van slachtoffers om op dat aansprakelijkheidsrecht een beroep te doen. Dit wordt in hoofdstuk 4 verder uitgewerkt.

2. TERUGKEER NAAR SOCIALE ZEKERHEID?

Men zou zich derhalve als men deze redenering volgt als voor de hand liggende oplossing een terugkeer naar de sociale zekerheid kunnen voorstellen. Hoewel daar in bepaalde kringen zeker voor zal worden gepleit zijn daar, zo wordt in hoofdstuk 7 betoogd, evident ook weer nadelen aan verbonden. De gedachte dat meer prikkelwerking in het sociale zekerheidssysteem dient te worden ingebouwd is op zichzelf uiteraard niet verkeerd; wij hebben echter de indruk dat de overheid onvoldoende rekening heeft gehouden met een nochtans logisch effect van de afkalving van de sociale zekerheid, namelijk dat slachtoffers dan op andere vergoedingssystemen zoals het aansprakelijkheidsrecht een beroep zullen doen. Ieder publiek sociaal zekerheidssysteem zal, door bureaucratie en een gebrek aan marktwerking steeds relatief duur zijn en inefficiënties vertonen. Ook is de wijze van financiering van een sociaal zekerheidssysteem voor een belangrijk deel anders dan een financiering van een systeem van private verzekering. Premieafdracht bij de sociale zekerheid vindt immers inkomensgerelateerd plaats, waardoor marktwerking in een dergelijk systeem zeer moeilijk kan worden ingebouwd. In een tijd waarin de

overheid zich steeds meer uit het publieke veld terugrekt en meer aan de markt overlaat lijkt een pleidooi voor een terugkeer naar de sociale zekerheid dus weinig kans te maken.

3. INTERVENTIE VANUIT COLLECTIEVE MIDDELEN?

Het is niettemin opvallend dat bij het ontstaan van grote schade ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's het precies weer diezelfde overheid is waarop men een beroep zal doen. Zo kan men vaststellen dat bij grote rampen, dat wil zeggen ongevallen met grote aantallen slachtoffers, politieke commotie ontstaat en de roep om slachtoffers een integrale schadeloosstelling te bieden wordt gehoord. Naar aanleiding van dergelijke crisis met vele aantallen slachtoffers wordt dan ook weer steeds om overheidsinterventie gevraagd. Men dient zich echter te realiseren dat, hoe lovenswaardig deze warme belangstelling voor de slachtoffers ook moge zijn, dit tegelijk ook wel een wrang element heeft. Het heeft er de schijn van dat de overheid voor slachtoffers van ongevallen alleen maar belangstelling lijkt te krijgen wanneer het ongeval als een ramp wordt gekwalificeerd en derhalve grote aantallen burgers worden getroffen, met alle gevolgen van dien, onder meer ook voor de aandacht die een dergelijk incident in de pers zal krijgen. Denk aan de verklaringen op politiek niveau onmiddellijk na de ramp in Enschede waarbij werd gesteld dat alle slachtoffers integraal schadeloos gesteld zouden dienen te worden. Dat is op zichzelf, nogmaals, een nobel streven. Men kan echter moeilijk voorbijgaan aan het feit dat het toch wel merkwaardig is dat men als slachtoffer klaarblijkelijk meer bescherming verdient wanneer men deel uitmaakt van een grote groep. Rechts-politiek blijft het daarom bevreemding wekken dat slachtoffers van rampen een betere bescherming zouden krijgen dan de vele andere slachtoffers die nu eenmaal ook door ongevallen ernstig letsel met vaak blijvende gevolgen lijden. De reden waarom de politiek zich meer zorgen maakt om slachtoffers van rampen zoals Enschede dan bijvoorbeeld om slachtoffers van verkeersongevallen, slachtoffers in huiselijke kring of van sport- en spelongevallen moge duidelijk zijn: door de massaliteit en de persbelangstelling neemt evident ook het politiek belang om "iets te doen" toe. Hetzelfde kan men vaststellen naar aanleiding van het Fonds luchtverontreiniging (zie hoofdstuk 8, § 7). Zowel uit de ontstaansgeschiedenis als uit de uitvoeringspraktijk ten aanzien van dit fonds is gebleken dat de facto alleen agrariërs met landbouwschade van uitkeringen vanuit dit fonds kunnen genieten. De voor dit onderzoek zo belangrijke gezondheidsschade wordt door dit Fonds luchtverontreiniging in het geheel niet gedekt.

Het blijkt derhalve dat de beslissing van de overheid om specifieke voorzieningen te treffen voor bepaalde groepen slachtoffers vaak door politieke motieven is ingegeven en in enkele gevallen veeleer het gevolg lijkt te zijn van belangengroepenpolitiek dan van een streven om de maatschappelijke welvaart te verhogen. Dit is niet alleen beleidsmatig een belangrijk punt. Ook juridisch kan men immers vragen stellen bij de beslissing specifieke categorieën slachtoffers beter te behandelen dan andere. Juist gelet op het gelijkheidsbeginsel heeft bijvoorbeeld Bloembergen daarom altijd kritiek gehad op dergelijke oplossingen waarbij vanuit de algemene middelen schadeloosstelling wordt geboden aan bepaalde categorieën slachtoffers. De keuze om de ene groep slachtoffers wel specifieke hulp te bieden en de andere niet is vanuit het gelijkheidsbeginsel immers al snel discutabel.

4. SCHADEFONDS

Deze constatering is van belang ter inleiding op de oplossing die vaak wordt gekozen wanneer de overheid die bepaalde categorieën slachtoffers een bijzondere bescherming wil bieden: de fondsoplossing. Wanneer men de eerder geformuleerde beginselen van financiering van schade veroorzaakt door nieuwe risico's (zoals risicodifferentiatie qua financiële bijdrage en causaliteitsvereiste voor slachtoffers) hoog in het vaandel blijft dragen, dan zal men – helaas – dienen vast te stellen dat veel van de problemen die ontstaan in het kader van het aansprakelijkheidsrecht ook aan de orde zullen zijn wanneer men een fonds

op efficiënte leest wil schoeien. Een van de grote problemen bij toepassingen van het aansprakelijkheidsrecht is vaak dat niet precies is uit te maken welke dader de schade nu heeft veroorzaakt (causaliteitsonzekerheid). Wanneer men een fonds op efficiënte wijze wil organiseren zal echter ook de bijdrageplicht van de dader gerelateerd dienen te zijn aan de mate waarin hij aan de totstandkoming van het risico heeft bijgedragen. Ook een fonds dient immers nog steeds financiële prikkels tot preventie te blijven geven. Dat betekent dat goede risico's minder zullen moeten betalen dan de slechte risico's. Risicodifferentiatie dus. Hetzelfde geldt aan de kant van de slachtoffers. Wanneer niet geheel duidelijk is of een bepaalde schade van het slachtoffer werd veroorzaakt door het risico dat door de aansprakelijke dader werd gecreëerd zal toch ook bij een fondsooplossing moeten worden nagegaan of de (gezondheids)schade van dat slachtoffer wel door dat risico werd gecreëerd waarvoor het fonds in het leven werd geroepen. Kortom: de problemen van de vereiste risicodifferentiatie en mogelijke oplossingen voor causaliteitsonzekerheid zullen evengoed rijzen bij fondsooplossingen, althans wanneer men die op efficiënte leest wil schoeien. Daarom lijkt het meer aangewezen om binnen het aansprakelijkheidsrecht mechanismen te zoeken om met die problemen (zoals causaliteitsonzekerheid) om te springen (bijvoorbeeld door de introductie van een proportionele aansprakelijkheid).

Natuurlijk kan men al die problemen met betrekking tot de efficiënte wijze van financiering (door optimale risicodifferentiatie) van tafel vegen door te stellen dat de overheid dan maar dient bij te dragen aan het fonds. Maar dan dient toch weer te worden herinnerd aan hetgeen hiervoor werd gesteld, namelijk dat men zich toch sterk kan afvragen waarom bepaalde slachtoffers daadwerkelijk een voorkeursbehandeling verdienen.

Ook de praktijk toont aan dat fondsooplossingen die gerelateerd zijn aan de hier onderzochte nieuwe gezondheidsrisico's geen onverdeeld succes zijn. Het Fonds luchtverontreiniging dat in § 7 van hoofdstuk 8 uitgebreider wordt besproken, blijkt de facto maar een zeer beperkt fonds te zijn en voor de voor dit onderzoek zo belangrijke gezondheidsschade niet eens tussen te komen. Ook de regeling van de WTS blijkt uiteindelijk aan zodanig strikte voorwaarden te zijn gebonden dat zij bij vele rampen niet eens zal kunnen worden toegepast. Daarbij laten wij de hiervoor vermelde principiële problemen (bijvoorbeeld inzake financiering) nog buiten beschouwing. In ieder geval blijkt bijvoorbeeld dat naar aanleiding van de ramp in Enschede weliswaar allerhande beloftes tot uitkering op politiek niveau zijn gedaan, doch die beloftes vonden steeds plaats *buiten* het kader van de WTS (zie daarover nader in hoofdstuk 8, § 5).

Het grootste succes tot nu toe is wellicht het Instituut voor Asbestslachtoffers. Maar dat is, de naam zegt het al, geen fonds, maar een instituut dat de claims van slachtoffers faciliteert. Het aansprakelijkheidsrecht blijft derhalve intact.

De vraag rijst niettemin of, afgezien van een uitbreiding van de sociale zekerheid of andere publieke oplossingen zoals compensatiefondsen, niet kan worden gedacht aan private vormen van compensatie, anders dan aansprakelijkheidsverzekering. In dit verband kan worden opgemerkt dat juist voor industriële catastroferisico's diverse alternatieve systemen zijn uitgedacht. Zo wordt onder meer het gebruik van kapitaalmarkten om hogere bedragen van compensatie te genereren gesuggereerd. Daarmee bestaat inmiddels overal de nodige ervaring. Dit soort moderne arrangementen wordt echter doorgaans ingezet wanneer de industrie dekking probeert te krijgen voor de eigen schade die aan het eigen bedrijf zou kunnen worden veroorzaakt. Daar is klaarblijkelijk vastgesteld dat op de kapitaalmarkten tegen betere financiële voorwaarden (althans in sommige omstandigheden) dekking kan worden verkregen dan op de traditionele verzekeringsmarkten. Voor de nieuwe gezondheidsrisico's waarover dit onderzoek handelt zijn die alternatieven vermoedelijk minder geschikt. Natuurlijk zouden bedrijven die potentieel nieuwe gezondheidsrisico's kunnen veroorzaken naar alternatieven kunnen zoeken om hun aansprakelijkheid te dekken. Die wetenschap is van belang wanneer de overheid toch zou beslissen om voor bepaalde risico's een verzekeringsplicht ten aanzien van de aansprakelijkheid in te voeren. Belangrijke conclusie is dan dat

een dergelijke plicht zo algemeen mogelijk dient te worden geformuleerd als "de plicht tot het verkrijgen van financiële zekerheid", zonder dat dit tot verzekering zou moeten worden beperkt. Op die wijze biedt men prikkels aan de markt om zo ruim mogelijk en tegen de beste voorwaarden dekking via verschillende mechanismen te zoeken. Ook in dat model gaat men echter nog steeds uit van een dekking van aansprakelijkheid.

5. DIRECTE VERZEKERING ALS WENKEND ALTERNATIEF?

In hoofdstuk 9 wordt geschetst dat er mogelijk een alternatief bestaat voor de traditionele aansprakelijkheidsverzekering dat ook in het kader van de nieuwe gezondheidsrisico's het bestuderen waard lijkt. Het gaat hier om een variant op de first party insurance, de zogenaamde directe verzekering. In hoofdstuk 9 wordt uiteengezet dat dit verzekeringssysteem essentieel anders is dan de aansprakelijkheidsverzekering. Immers, de verzekeraar biedt niet langer dekking voor het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt gesteld en een derde schadeloos dient te stellen, maar het risico dat zich een bepaalde schade zal voortdoen wordt rechtstreeks verzekerd. In hoofdstuk 9 wordt toegelicht hoe dit model zou kunnen werken ten aanzien van arbeidsgerelateerde risico's zoals beroepsziekten. Daar is dit zeker meer dan een theoretische discussie omdat de Nederlandse verzekeraars ernstig aan het nadenken zijn over de invoering van een dergelijke directe verzekering.

De directe verzekering heeft op dit moment de wind mee. Zo doet, in hoofdstukken 4 en 9 gaan wij daar kort op in, de Commissie Donner het voorstel voor een verplicht door de werkgever af te sluiten risque professionnel-verzekering die wellicht in ruil voor afschaffing van de werkgeversaansprakelijkheid wordt geïntroduceerd. Verder heeft minister van Justitie Korthals begin dit jaar verklaard dat hij zich aan het herbezinnen is op de taken en doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht en in dat kader ook bekijkt of en zo ja in hoeverre het wenselijk is de overstap naar directe verzekering te maken⁴. Hij noemt daarbij in het bijzonder het terrein der beroepsziekten.

Hoewel er zeker ook nadelen zijn wordt in hoofdstuk 9 toegelicht dat naar onze mening de balans overhelst in het voordeel van de directe verzekering, vooral wanneer men deze vergelijkt met de traditionele aansprakelijkheidsverzekering. Het betoog van verzekeraars dat directe verzekering een beter beheersbaar risico tot voorwerp heeft dan aansprakelijkheid lijkt juist. Vele onzekerheden waar het aansprakelijkheidsrecht aanleiding toe geeft kunnen bij directe verzekering worden uitgesloten of in ieder geval beperkt. Ook zijn er voor slachtoffers zeker voordelen. Zij hoeven niet langer de "lijdensweg" van het aansprakelijkheidsrecht te ondergaan en kunnen rechtstreeks op de polis van hun werkgever claimen. Nadelen zijn er uiteraard ook. Een directe verzekering is in feite een door de markt geboden sociale zekerheid. Dat betekent dat de directe verzekering nooit de luxe van een volledige vermogensgarantie zal kunnen bieden, die het aansprakelijkheidsrecht wel biedt. De bedragen die bij directe verzekering worden betaald zullen worden genormeerd (en dus beperkt). Ook blijft bij directe verzekering van groot belang dat heldere causaliteitscriteria worden bepaald. Bijvoorbeeld in het kader van de beroepsziekten moet immers de directe verzekering zodanig gestalte worden gegeven dat de verzekeraar van de werkgever uitsluitend tussenkomt ter vergoeding van de gevolgen van *beroepsziekten*. Met andere woorden: uitsluitend het risque professionnel moet door de verzekeraar worden gedekt, niet het risque social. Intussen zijn hier diverse modaliteiten denkbaar.

Directe verzekering lijkt dus voor arbeidsgerelateerde risico's, met inachtneming van de in hoofdstuk 9 beschreven nuances, een aantrekkelijk model. Nieuwe gezondheidsrisico's kunnen echter ook buiten het kader van de arbeidssituatie worden veroorzaakt door vele onderscheiden activiteiten. Men kan zich

4. *Kamerstukken II, 2000-2001, 27400 VI, nr. 54, 6-7.*

moeilijk voorstellen dat bijvoorbeeld al diegenen die potentieel nieuwe infectieziekten zouden kunnen veroorzaken, een directe verzekering ten voordele van hun potentiële slachtoffers zouden afsluiten. Immers: waar de potentiële slachtoffers van een werkgever goed bekend zijn, namelijk zijn werknemers, en een optimale risicodifferentiatie dus mogelijk is, geldt dat niet bijvoorbeeld voor de potentiële slachtoffers (ten gevolge van legionella) bij de uitbater van een tuincentrum. Wanneer men dergelijke slachtoffers additionele bescherming wil geven (dat wil zeggen naast het minimumniveau dat ze ook vandaag nog krijgen onder sociale zekerheid) zou voor hen een first party insurance mogelijk een oplossing kunnen bieden. De first party insurance is, zoals in hoofdstuk 9 wordt beschreven, een verzekering die slachtoffers zelf nemen ter dekking van hun eigen schade. De first party verzekering is dan ook, anders dan directe verzekering, een verzekering waarbij de potentiële slachtoffers zelf verzekerde zijn en derhalve ook de verzekeringspremie betalen. Het gaat hier in feite om een ongevalverzekering waarbij de potentiële slachtoffers zeer algemeen voor alle mogelijke risico's een dekking nemen. Doel van dergelijke dekking is dat men een aanvulling verkrijgt op het minimumniveau van sociale zekerheid dat vandaag wordt geboden.

Ten dele bestaan dergelijke verzekeringen natuurlijk vandaag ook in Nederland. Bijvoorbeeld na de wijziging van de WAO zijn veel private verzekeringen op de markt gekomen die werknemers de mogelijkheid geven om zich te verzekeren van een aanvulling op de WAO-uitkering wanneer ze arbeidsongeschikt zouden worden. In dat soort gevallen blijft de uitkering natuurlijk beperkt tot het loonverlies ingeval van arbeidsongeschiktheid. Smartegeld wordt in beginsel niet gedekt. Een stuk verder gaat een Franse polis die een dekking biedt tegen de zogenaamde ongevallen van het leven. Deze polis met de zeer algemene omschrijving "La garantie des accidents de la vie" wordt op de markt gebracht door de Fédération Française des Sociétés d'Assurances. Zij biedt een first party verzekering voor alle schade die veroorzaakt wordt door ongevallen (of deze zich nu voordoen thuis, in het verkeer, in een ziekenhuis, of waar ook). De dekking wordt geboden los van de vraag of daarvoor iemand aansprakelijk is en een uitkering geschiedt alsof het aansprakelijkheidsrecht van toepassing was. Met andere woorden: ook smartegeld wordt uitgekeerd. De first party verzekeraar heeft uiteraard daarna de mogelijkheid om regres uit te oefenen op de eventuele aansprakelijke dader. Deze polis is aantrekkelijk voor degenen die snel uitkering willen en niet willen wachten op de uitkomst van een procedure in het aansprakelijkheidsrecht, maar ook voor hen die vrezen dat zij slachtoffer worden van een ongeval zonder dat een aansprakelijke dader kan worden aangewezen.

Voor vele potentiële slachtoffers van ongevallen veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's zou een dergelijk polismodel uitkomst kunnen bieden. Nadeel is uiteraard dat potentiële slachtoffers zelf de dekking dienen te financieren. Anderzijds is er het voordeel dat de verzekeraar ook de polis kan toesnijden op de wensen en individuele risico's van de verzekerde. Een optimale risicodifferentiatie kan daarom plaatsvinden.

§ 8. Randvoorwaarden

1. VERPLICHTE DIRECTE VERZEKERING OF FIRST PARTY VERZEKERING?

De vraag rijst uiteraard waar het voorgaande, een pleidooi in de richting van directe verzekering (waar slachtoffergroepen ex ante kunnen worden geïdentificeerd) respectievelijk first party insurance (waar slachtoffergroepen zeer divers kunnen zijn) nu toe leidt op beleidsmatig vlak. Zou een plicht moeten worden ingevoerd bijvoorbeeld voor werkgevers om een directe verzekering ten behoeve van hun werknemers in te voeren of, nog veel ruimer, zouden alle potentiële slachtoffers (alle burgers dus) van nieuwe gezondheidsrisico's verplicht moeten worden een first party verzekering naar Frans model af te sluiten? Het eerste lijkt ons om de directe verzekering enige politieke kans van slagen te geven nodig.

Over het tweede denken wij echter anders. In feite zou dat er namelijk op neerkomen dat slachtoffers zelf dan een aanvulling op de uitkeringen vanuit de sociale zekerheid financieren. Bij de bespreking van de verplichte verzekering in hoofdstuk 6 wordt reeds aangegeven dat de ongevallenverzekering (first party verzekering) weliswaar het grote voordeel heeft dat een optimale risicodifferentiatie mogelijk is; doch dat het risico bestaat dat veel van die voordelen verloren gaan wanneer slachtoffers worden verplicht een verzekering te nemen, zeker wanneer die ook smartegeld zou omvatten. De basisidee hierachter is dat sommige burgers een hoge verwachte schade zullen hebben en anderen niet.

In de verzekeringseconomie wordt er terecht op gewezen dat het belangrijkste kenmerk van immateriële schade is dat immateriële schade wel als schade kan worden gekwalificeerd, maar geen vraag naar extra geld genereert. Uiteraard zijn er ook naar aanleiding van schrijnende ongevallen met letselschade vele mogelijkheden in de materiële sfeer die het lijden kunnen verlichten. Die kunnen als materiële schade worden gekwalificeerd en komen voor vergoeding in aanmerking. De vraag rijst echter of er economisch gezien een vraag naar compensatie bestaat voor schade die inderdaad zuiver immaterieel is. Daarmee wordt dan schade bedoeld die niet via extra materiële zorgen kan worden verzacht. Het kenmerk daarvan is immers dat het hier om lijden gaat dat als zodanig geen extra vraag naar geld genereert en waarbij dan ook de vraag rijst in hoeverre een financiële tegemoetkoming dit leed kan verzachten. Dat is evenwel niet de kern van de zaak. De kern van de zaak is dat het feit dat immateriële schade *ex post* geen vraag naar extra geld genereert als consequentie heeft dat immateriële schade *ex ante* ook geen vraag naar verzekering meebrengt. Het gevolg daarvan is dat het slachtoffer wanneer het aansprakelijkheidsrecht als compensatiesysteem niet te zijner beschikking zou staan *ex ante* geen vraag naar verzekering tegen immateriële schade zou hebben. Immers: de reden waarom slachtoffers een 'first party insurance' sluiten, zoals bijvoorbeeld een ongevallenverzekering of een rechtsbijstandsverzekering is dat zij bereid zijn *ex ante* premie te betalen om zich in te dekken wanneer *ex post*, dat wil zeggen nadat een risico zich heeft voorgedaan, een behoefte aan extra financiële middelen ontstaat. Materiële schade genereert immers een vraag naar extra geld. Deze *ex post* behoefte kan door de betaling *ex ante* van een premie worden weggenomen. De betaling van een premie *ex ante* betekent echter altijd een vermogensverlies. Normalerweise is de verzekerde bereid om dat te aanvaarden juist omdat dit vermogensverlies extra zekerheid zal geven nadat het risico zich heeft gerealiseerd. Het gaat hier om de vraag naar de intertemporele inkomensverdeling tussen leden van een risicogroep. Juist omdat immateriële schade *ex post* geen vraag naar extra geld genereert is het twijfelachtig of er *ex ante* 'willingness to pay' van het slachtoffer bestaat. De te betalen premie zou dan nu immers tot vermogensverlies leiden voor een immateriële schade die op zichzelf geen extra vraag naar geld genereert. Dat is de reden waarom op de markt geen first party insurance voor immateriële schade beschikbaar was. Men realiseert zich blijkbaar dat wanneer men tengevolge van het realiseren van een risico immateriële schade zou leiden, zulks niet kan worden weggenomen door extra geld zodat het ook geen zin heeft om daarvoor zelf een verzekering af te sluiten. Een tegenargument zou kunnen zijn dat, precies omdat de grens tussen materiële en immateriële schade vloeiend is, een slachtoffer *ex ante* zekerheid zou willen hebben dat hij na een ongeval extra financiële middelen zal hebben om zijn immateriële schade te verzachten. Dan gaat het dus wederom om middelen ter vergoeding van extra materiële kosten. Het is uiteraard wel mogelijk om een ongevals-sommenverzekering af te sluiten; de penningen daarvan kunnen uiteraard ook worden aangewend ter verzachting van moreel leed. Voor immateriële schade *an sich* kan echter, uitzondering daargelaten⁵, in een first party-verzekering klaarblijkelijk geen separate dekking worden verkregen.

Niet alleen treft men doorgaans geen first party-verzekering voor immateriële schade aan; de vraag kan zelfs worden gesteld of niet-vermogensschade op basis van een first party-verzekering als zodanig verzekeraar zou zijn. Het probleem is immers dat niet-vermogensschade subjectief verschillend per

5. Zo kennen bijvoorbeeld sommige varianten van de schadeverzekering voor inzittenden (de zogenaamde SVI) ook een smartegeldcomponent.

individu is, zodat een *ex ante* risicodifferentiatie zeer moeilijk is, precies wegens deze subjectiviteit. Verschillende mensen reageren immers verschillend op leed. Dit brengt uiteraard ook een moreel risico met zich mee aangaande de vraag hoe de vergoeding dient te worden beraamd wanneer het risico zich zou hebben voorgedaan. Dit laatste kan ten dele worden opgevangen door een standaardisering van de bedragen die zouden worden uitgekeerd, maar in dat geval is de vergoeding weer niet aangepast aan het individuele slachtoffer en dus niet integraal. Wanneer een potentieel slachtoffer *ex ante* vreest meer dan anderen immateriële schade te zullen lijden na een ongeval, zou hij dit - ten dele - kunnen opvangen door een ongevallenverzekering, die hij dan *ex post* kan aanwenden ter vergoeding van zijn (hoge) immateriële schade. Een differentiatie via vrijwillig af te sluiten ongevallenverzekeringen kan dan de verschillende vraag van onderscheiden individuen naar verzekeringsbescherming reflecteren, zonder dat alle slachtoffers gedwongen zouden worden premie te betalen voor een ongevallenverzekering ook als zij daar geen vraag toe hebben.

Precies dit feit, dat de immateriële schade per slachtoffer verschillend zal zijn brengt mee dat een algemene verzekeringsplicht negatieve effecten zou hebben omdat velen dan gedwongen zouden worden tot het aanschaffen van een dergelijke ongevallenverzekering, terwijl zij geen hoge verwachte schade hebben en derhalve ook geen vraag naar verzekering.

Wanneer dan toch, bijvoorbeeld via wettelijk ingrijpen, een verzekeringsplicht zou worden ingevoerd voor alle potentiële slachtoffers, bijvoorbeeld om een ongevallenverzekering naar Frans model te nemen, waarbij ook smartegeld integraal wordt gedekt, zou dit niet alleen tot inefficiënties leiden, maar bovendien ook tot een negatieve herverdeling. Het gevolg zou immers zijn dat alle slachtoffers een relatief hoge premie dienen te betalen waar slechts degenen die een hoge verwachte schade hebben relatief gezien het meeste van profiteren. Juist zij die subjectief zware schade verwachten zouden *ex ante* bereid zijn om hiervoor de relatief hoge premie te betalen. Die negatieve herverdeling kan worden vermeden door potentiële slachtoffers zelf een first party verzekering te laten afsluiten waarbij zij, rekening houdende met de eigen behoefte en hun eigen vraag naar bescherming, een verzekering op maat kunnen krijgen.

Samenvattend: first party insurance (in de vorm van ongevallenverzekering) lijkt zeker nuttig en wenselijk. Omdat echter de vraag naar verzekering van potentiële slachtoffers verschillend zal zijn kan een regulerend ingrijpen waarbij de overheid een verzekeringsplicht zou instellen en de voorwaarden voor verzekering zou bepalen alleen maar negatieve consequenties hebben. Een dergelijk ingrijpen zou tot inefficiënties leiden (omdat sommigen worden gedwongen verzekeringsdekking te nemen ook als zij daartoe geen vraag hebben) en zeker tot een negatieve herverdeling (omdat allen gedwongen zouden worden een dergelijke ongevallenverzekering te nemen, terwijl ze slecht, althans voornamelijk tot voordeel strekt van hen met een hoge verwachte schade). First party verzekering lijkt dus een adequaat antwoord op nieuwe gezondheidsrisico's, maar steeds onder het motto "vrijheid, blijheid".

Als conclusie van een uitgebreid onderzoek naar de verzekering van nieuwe gezondheidsrisico's lijkt een dergelijk besluit, dat erop neerkomt dat de overheid niets zou moeten doen en het vooral aan de markt zou moeten overlaten of men dergelijke ongevallenverzekeringen aanbiedt, wellicht onbevredigend. Uiteraard kan op beleidsniveau wel degelijk iets worden gedaan om te stimuleren dat dergelijke efficiënte verzekeringen ook worden aangeboden. Faciliterend optreden van de overheid ter zake is zeker mogelijk.

2. NOODZAAK CONCURRENTIEBELEID!

Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan het concurrentiebeleid. In § 5 van hoofdstuk 5 wordt erop gewezen dat soms concurrentie beperkende afspraken tussen verzekeraars worden gesloten die inhouden dat bepaalde risico's niet zullen worden gedekt. Dit heeft bijvoorbeeld geleid tot de facto

onverzekerbaarheid van de gevolgen van natuurrampen, hoewel vanuit verzekeringseconomisch perspectief van een onverzekerbaarheid zeker geen sprake was. Die zogenaamde bindende besluiten om bepaalde risico's niet te dekken zijn dan ook terecht gesneuveld in het licht van het Europese mededingingsrecht. Dit toont eens te meer aan dat een effectief concurrentiebeleid, ook op de Nederlandse verzekeringsmarkt, van groot belang is om te garanderen dat efficiënte verzekeringspolissen inderdaad kunnen worden aangeboden. De mededingingsautoriteiten dienen er steeds over te waken dat nog steeds een voldoende gevarieerd verzekeringsaanbod op de markt beschikbaar is, ook voor de dekking van de nieuwe gezondheidsrisico's. Het feit dat op dit moment in Nederland bijvoorbeeld voor beroepsziekten geen loss occurrencedekking meer verkregen kan worden, maar uitsluitend nog claims-made dekking geeft te denken dat hier, hoewel op papier volledige vrijheid bestaat om van het algemeen polismodel dat het verbond heeft geïntroduceerd af te wijken, toch sprake is van een feitelijk afgestemde gedrag door verzekeraars. Uit deze voorbeelden blijkt dat, wil men een gevarieerd en gedifferentieerd verzekeringsaanbod blijven garanderen ter dekking van de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's, dan is in ieder geval ook een actief mededingingstoezicht op de verzekeringsmarkt noodzakelijk.

3. INFORMATIEPOLITIEK

In de tweede plaats dient er rekening mee te worden gehouden dat burgers vermoedelijk onbekend zijn met de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's, met de mogelijke schade of consequenties die deze voor hen zouden kunnen hebben. Een informatiegebrek is reëel. In hoofdstuk 6 wordt toegelicht dat dergelijke informatiegebreken op zichzelf een reden kunnen zijn voor de invoering van een verzekeringsplicht wanneer risicoaverse personen onvoldoende de voordelen van verzekering inschatten. Verplichte verzekering lijkt hier, zoals werd aangestipt, geen adequate remedie omdat voordelen van first party de ongevallenverzekering niet in dezelfde mate voor alle potentiële slachtoffers gelden. Bovendien kunnen ook andere instrumenten ook worden ingezet ter bestrijding van die informatietekorten. Zo zou men kunnen denken aan een actief beleid van de overheid gericht op het informeren van de burger over de mogelijke gevolgen van nieuwe risico's. Tegelijkertijd zou de burger ook kunnen worden geïnformeerd over het feit dat vanuit de sociale zekerheid of andere gebruikelijke verzekeringen op dit moment slechts een beperkte dekking wordt geboden, opdat burgers dan vervolgens zelf goed geïnformeerd de afweging kunnen maken of een aanvullende ongevallenverzekering voor hen persoonlijk nutsverhogend zou werken. Een actief informatiebeleid ter zake van de overheid lijkt dus op zijn plaats om de burger weloverwogen keuzes te laten maken.

§ 9. Resultaat: een combinatie van juridische instrumenten

In dit onderzoek zijn verschillende financieringsmodellen bestudeerd. Gewezen werd op het feit dat het aansprakelijkheidsrecht zijn belang blijft behouden als sturingsinstrument en, waar een tekortkoming van de dader bestond, ook daadwerkelijk moet worden toegepast. Bij bepaalde schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's zal een dader ontbreken (rampen) of kunnen de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet worden toegepast. Bovendien heeft Nederland, getuige de hervorming van de AVB, klaarblijkelijk ook een mini-aansprakelijkheidsverzekeringcrisis gekend. Ondanks de hervorming van de AVB blijft de aandacht uitgaan naar alternatieven voor aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering. Het schadefonds is vermoedelijk geen adequaat alternatief omdat de problemen van aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering ook bij fondso oplossingen zullen rijzen, zo blijkt uit de analyse uit hoofdstuk 8. De ervaringen met de WTS tonen ook aan dat onvoldoende aandacht is uitgegaan naar de verzekeringsmogelijkheden.

Wel blijkt uit de analyse in hoofdstuk 9 dat de directe verzekering, waarover verzekeraars op dit moment enthousiast lijken te zijn, wellicht mogelijkheden biedt voor vergoeding van schade bij bepaalde nieuwe

gezondheidsrisico's waarbij dan in het bijzonder aan de arbeidsgerelateerde risico's dient te worden gedacht.

Het is daarom interessant de aandacht te laten uitgaan naar de optie van een gemengd stelsel van directe verzekering in combinatie met aansprakelijkheidsrecht.

In de huidige voorstellen van verzekeraars zou het model van directe verzekering vervangend moeten zijn voor het aansprakelijkheidsrecht. Dan rijst echter de vraag waar de prikkels tot preventie vandaan komen. Bij totale afschaffing van bijvoorbeeld werkgeversaansprakelijkheid zou afgezien van de prikkels die verzekeraars zelf (repressief en belonend) kunnen geven, op de preventieve werking van regulering zoals de arbeidsomstandighedenwetgeving vertrouwd. Men zou ook – en dat heeft onze voorkeur – kunnen denken aan een systeem van directe verzekering dat bestaat naast het aansprakelijkheidsrecht. Het ligt dan voor de hand ter voorkoming van minder efficiënte cumulatie van stelsels dat de rol van het aansprakelijkheidsrecht beperkt is, bijvoorbeeld tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werkgever. De meerwaarde voor de gelaedeerde is dan dat hij via het aansprakelijkheidsrecht dat deel van de schade vergoed krijgt dat niet via de directe verzekering wordt vergoed. Voor de potentiële dader is aan dit gemengde stelsel uiteraard het nadeel verbonden dat hij zowel een aansprakelijkheidsverzekering (voor zover deze beschikbaar is)⁶ als een directe verzekering ten behoeve van zijn slachtoffers dient af te sluiten.

Uiteraard zijn er ook andere gemengde stelsels mogelijk. Het is bijvoorbeeld best mogelijk dat wordt gewerkt met een beperkte (of uitgebreidere) sociale zekerheid, in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht, gesteund door een voorschot- of waarborgfonds, en een directe verzekering ten behoeve van slachtoffers. In dergelijke gevallen wordt het evenwel belangrijk aan te geven welke functies de onderscheiden systemen (separaat en in onderlinge combinatie) dienen te vervullen, opdat inefficiënte cumulaties worden vermeden.

Slotsom is dus dat elk systeem voor- en nadelen heeft en dat men derhalve het beste op optimale wijze gebruik kan maken van verschillende instrumenten ter garantie van een optimale preventie en compensatie van nieuwe gezondheidsrisico's. De combinatie die ons daarbij voor ogen staat is, zo wordt in het onderzoek aangetoond, het optimaliseren van het aansprakelijkheidsrecht, aangevuld door regulering met eventueel aanvullend directe verzekering of first party verzekering. Voor compensatiefondsen ter vervanging van aansprakelijkheid en verzekering is dan geen plaats. Uiteraard staat het de "politiek" vrij fondso oplossingen te introduceren voor bepaalde slachtoffers, doch dergelijke oplossingen verdragen zich al snel slecht met het gelijkheidsbeginsel. Waarom de ene groep wel bescherming verdient en de andere niet, is veelal moeilijk te bepalen.

§ 10. Aanbevelingen

Samenvattend kunnen de volgende aanbevelingen op beleidsmatig vlak worden geformuleerd:

1. Het aansprakelijkheidsrecht behouden en optimaliseren; dat wil zeggen:

- aansprakelijkheid uitsluitend inzetten als reactie op een tekortkoming van de schadeveroorzaker en alleen waar de schadeveroorzaker invloed op het ongevalsrisico kon hebben;

6. Een aansprakelijkheidsverzekering die zich beperkt tot de gevallen van opzet en bewuste roekeloosheid zal niet beschikbaar zijn. Zie over de verzekerbaarheid van opzet in het algemeen Van Eijk-Graveland, J.C., *Verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998.

- rekening houden met de eigen schuld van het slachtoffer, dat wil zeggen, dat de aanspraak op schadeloosstelling in beginsel dient te worden gereduceerd in de mate dat het slachtoffer aan de totstandkoming van het ongeval heeft bijgedragen;
 - vermijden van retroactieve aansprakelijkheid;
 - geen ondoordachte afwenteling van causaliteitsonzekerheid op de dader.
2. In sommige gevallen moge dit leiden tot een inperking van de reikwijdte van het huidige aansprakelijkheidsrecht; in andere gevallen kan juist een intensivering worden verwacht van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Dat zulks dan vervolgens wordt geduid als een ontwikkeling in de richting van een "claimcultuur" dient op zichzelf niet als problematisch te worden gekwalificeerd.
 3. Naast het aansprakelijkheidsrecht dient ook regulering waar nodig te worden ingezet ter preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij dient de veiligheidsregulering pro-actief en dynamisch te zijn. Dat wil zeggen dat de regulering niet slechts tot stand dient te komen nadat bekende risico's ook tot schade hebben geleden. Bovendien dient de regulering dynamisch te zijn in plaats van statisch. Dit betekent dat in de mate van het mogelijke veiligheidsregulering soepel en snel dient te worden aangepast aan nieuwe inzichten betreffende de gezondheidsrisico's en de technische inzichten omtrent de preventieve maatregelen om die risico's te beperken.
 4. Waar mogelijk kan de aansprakelijke dader uiteraard ook in de toekomst nog steeds verzekeringsdekking zoeken voor zijn aansprakelijkheid; teneinde het gebruik van aansprakelijkheidsverzekering te optimaliseren (dat wil zeggen de verzekerbaarheid van aansprakelijkheid te bevorderen) dient:
 - de aansprakelijkheid zo te worden ingericht dat de objectieve voorwaarden voor verzekerbaarheid optimaal zijn (geen retroactiviteit en ondoordachte afwenteling van causaliteitsonzekerheid) en
 - dienen verzekeraars ook een actief informatiebeleid te voeren (kennis verwerven over de nieuwe risico's en de daaraan gekoppelde preventieve maatregelen) om vervolgens op optimale wijze risicodifferentiatie toe te passen.
 5. Daarnaast lijken nieuwe instrumenten zoals directe verzekering en first party insurance interessante mogelijkheden op te leveren om aanvullende compensatie te kunnen bieden aan potentiële slachtoffers van nieuwe risico's. Op beleidsmatig vlak dient de overheid – behalve dan op het punt van de directe verzekering bij beroepsziekten - een dergelijke verzekering niet verplicht te stellen, opdat inefficiënties en een negatieve herverdeling zoveel mogelijk worden voorkomen.

In ieder geval dient de overheid faciliterend op te treden op een zodanige wijze dat op concurrentiele verzekeringsmarkten goed geïnformeerde burgers first party verzekeringspolissen kunnen aanschaffen die bij hun individuele risicohouding passen. In concreto dient de overheid derhalve:

- een actief concurrentiebeleid te voeren zodanig dat verzekeraars gestimuleerd worden een rijk, gevarieerd en gedifferentieerd verzekeringspakket aan te bieden op de markt;
 - een actieve informatiepolicies te voeren in de richting van burgers teneinde hen te informeren over de mogelijke gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's en de mate waarin deze al dan niet door de sociale zekerheid of andere gebruikelijke verzekeringen worden gedekt.
6. Gebruik van andere instrumenten, zoals publieke compensatiefondsen dient niet te worden gestimuleerd om verschillende redenen:

- onduidelijk is waarom vanuit algemene middelen bepaalde slachtoffers een bijzondere bescherming zouden moeten krijgen en anderen niet; dergelijke instrumenten waarbij de overheid tussenkomt als er grote groepen slachtoffers zijn, zijn slechts vanuit politieke overwegingen verklaarbaar maar verdragen zich slecht met het gelijkheidsbeginsel;
 - bovendien zijn compensatiefonds doorgaans niet in staat om de problemen die rijzen bij aansprakelijkheid en verzekering adequaat op te lossen;
 - wel kan eventueel een compensatiefonds faciliterend optreden, zoals bijvoorbeeld bij het Instituut voor Asbestslachtoffers. Dan gaat het echter niet om een echt compensatiefonds dat in de plaats treedt van het aansprakelijkheidsrecht, doch veeleer om een mechanisme dat de aansprakelijkheidsclaims van slachtoffers begeleidt en faciliteert.
7. Ten dele zijn de problemen met betrekking tot de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's uitsluitend ontstaan, niet zozeer omdat er nu veel nieuwe gezondheidsrisico's opduiken, maar wel omdat de gevolgen daarvan niet meer, zoals vroeger, in belangrijke mate vanuit de sociale zekerheid worden gefinancierd. De voor de hand liggende oplossing is dan ook om de afkalving van de sociale zekerheid ongedaan te maken teneinde slachtoffers weer vanuit de sociale zekerheid een behoorlijk minimumniveau te garanderen (zowel vergoeding van ziektekosten als inkomensbehoud). In dat model dient alleen voor de top van het inkomen en het smartegeld op het luxe systeem van het aansprakelijkheidsrecht een beroep te worden gedaan. In de huidige tijd van marktwerking en deregulering is een dergelijk pleidooi weinig kansrijk. Het alternatief van de directe verzekering of first party insurance lijkt dan aantrekkelijk; in de kern gaat het daar om een door de markt gefinancierde aanvullende sociale zekerheid.
8. In veel gevallen zal een combinatie van (vergoedings)systemen het eindresultaat zijn. Het is van belang bij de zoektocht naar de juiste combinatie aandacht te besteden aan aspecten als kosten en preventie.

INHOUDSOPGAVE

LEESWIJZER	I
SAMENVATTING	III
§ 1. Inleiding	III
§ 2. Uitgangspunten	IV
§ 3. Gebruik aansprakelijkheidsrecht optimaliseren	IV
1. <i>Focussen op de hoofdlijnen</i>	IV
2. <i>Uitdijend aansprakelijkheidsrecht problematisch?</i>	IV
3. <i>Maar: specifieke problemen</i>	VI
4. <i>Samenvattend: waar mogelijk, optimaliseren</i>	VII
§ 4. Optimaliseren regulering.....	VIII
§ 5. Bevorderen verzekeraarbaarheid door optimaliseren aansprakelijkheidsrecht	IX
1. <i>Uitgangspunt: de facto verzekeraarbaarheid</i>	IX
2. <i>Gebrekkige risico-inschatting?</i>	X
3. <i>Retro-actieve aansprakelijkheid: onverzekerbaar</i>	XI
4. <i>Afwenteling van causaliteitonzekerheid</i>	XI
§ 6. Verzekerbare aansprakelijkheid vanuit perspectief van verzekeraars	XII
1. <i>Risicodifferentiatie: absolute noodzaak</i>	XII
2. <i>Verplichte verzekering gewenst?</i>	XII
3. <i>Aanpassing: dekkingssystematiek</i>	XIII
§ 7. Alternatieven voor aansprakelijkheidsverzekering.....	XIV
1. <i>Afkalving sociale zekerheid en toenemende claimcultuur</i>	XIV
2. <i>Terugkeer naar sociale zekerheid?</i>	XIV
3. <i>Interventie vanuit collectieve middelen?</i>	XV
4. <i>Schadefonds</i>	XV
5. <i>Directe verzekering als wenkend alternatief?</i>	XVII
§ 8. Randvoorwaarden.....	XVIII
1. <i>Verplichte directe verzekering of first party verzekering?</i>	XVIII
2. <i>Noodzaak concurrentiebeleid!</i>	XX
3. <i>Informatie-politiek</i>	XXI
§ 9. Resultaat: een combinatie van juridische instrumenten.....	XXI
§ 10. Aanbevelingen	XXII
HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK	1
§ 1. Aanleiding voor het onderzoek.....	1

§ 2. Afbakening van het onderzoek	1
§ 3. Methodologie	2
§ 4. Structuur	3
HOOFDSTUK 2 DE TOEPASSING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	5
§ 1. Inleiding	5
§ 2. Hoofdpijnen van het aansprakelijkheidsrecht	6
1. <i>Het fundament van ons aansprakelijkheidsrecht</i>	6
2. <i>De functies van het aansprakelijkheidsrecht</i>	6
A. Inleiding	6
B. Preventie, vergoeding en kostenallocatie	7
C. Relativering van de vergoedingsfunctie	8
3. <i>Karakteristieken van het aansprakelijkheidsrecht</i>	9
A. Inleiding	9
B. De hoge drempels van het aansprakelijkheidsrecht	9
C. Drie typen van aansprakelijkheid; gemene deler	9
D. Hoge beloning	10
4. <i>Onderlinge verhouding: regres</i>	11
5. <i>Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht: verlaging van drempels?</i>	11
A. Inleiding	11
B. Meer risicoaansprakelijkheid	12
C. Toenemend belang van verkeers- en veiligheidsnormen	12
D. Afwenteling van causaliteitsonzekerheid	13
E. Ontwikkelingen op de terreinen van 'verkeer' en 'arbeid'	14
F. Ontwikkelingen niet beperkt tot personenschade	14
G. Samengevat	16
§ 3. Aansprakelijkheidsrecht in rechtseconomisch perspectief	16
1. <i>Preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht</i>	16
2. <i>Schuld- of risicoaansprakelijkheid?</i>	17
3. <i>Empirie en nuanceringen</i>	18
4. <i>Voorlopige bevindingen</i>	19
§ 4. Nieuwe risico's en werkgeversaansprakelijkheid voor onveilige werkomgeving	20
1. <i>Enkele hoofdpijnen</i>	20
A. Inleiding	20
B. Invoering van art. 7:658 per 1 april 1997: omkering van de bewijslast en lichte stelplicht	21
C. 'Schuld'aansprakelijkheid; de beperkte ontsnappingsmogelijkheden voor de werkgever	21
D. Andere ontsnappingsmogelijkheden?	22
2. <i>Reikwijdte van art. 7:658</i>	23
A. Inleiding	23
B. Het arrest inzake de reclasseringsmedewerker	23
C. (Ontbreken van) zeggenschap of instructiebevoegdheid is niet steeds beslissend	25
D. De verhouding tot goed werkgeverschap	25

E. Ruime uitleg van art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW	26
F. Art. 7:658 lid 4	27
3. <i>De beroepsziektenproblematiek: algemeen</i>	29
A. Inleiding	29
B. Verband met het werk	29
C. Rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot beroepsziekten.....	29
4. <i>Verjaringsproblemen voor slachtoffers met een beroepsziekte</i>	33
A. Inleiding	33
B. De beperkte betekenis van het wetsvoorstel verjaring personenschade.....	33
C. Verdienen de gelaedeerden van nu geen bescherming?	34
D. De rechtspraak van de Hoge Raad	34
E. Van Hese/De Schelde. Feiten en procedureverloop	35
F. Inhoud en betekenis van deze rechtspraak.....	38
G. Kritiek in de literatuur: rechtszekerheid zou prevaleren	39
H. De beperkte reikwijdte van art. 6:2 lid 2 BW	40
I. Gezichtspunten in abstracto.....	41
J. Problemen van verzekerbaarheid?	42
5. <i>Problemen van werkgeversaansprakelijkheid voor de in het onderzoek centraal gestelde beroepsziekten</i>	42
A. Enkele algemene opmerkingen vooraf.....	42
1. <i>Problemen van aansprakelijkheidsrecht</i>	42
2. <i>Lage drempel voor toepassing vaak nog steeds problematisch</i>	43
3. <i>Uiteindelijk is uiteraard (ontbreken van) tekortkoming werkgever beslissend</i>	44
4. <i>Verjaringsproblemen</i>	47
B. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van RSI	47
1. <i>Zeer belangrijke categorie; geen homogene groep klachten</i>	47
2. <i>Verband met het werk en andere causaliteitsproblemen</i>	48
3. <i>Valt wel een tekortkoming van de werkgever aan te wijzen?</i>	48
4. <i>Samengevat</i>	49
C. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van OPS	49
1. <i>Waar staat het voor?</i>	49
2. <i>Valt wel een tekortkoming van de werkgever aan te wijzen?</i>	50
3. <i>Mogelijke verjaringsproblemen</i>	50
4. <i>Samengevat</i>	50
D. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van stress.....	51
1. <i>Zeer belangrijke categorie; toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht</i>	51
2. <i>Lastig af te bakenen categorie: verband met het werk!?</i>	51
3. <i>Psychische klachten en het beschermingsbereik van art. 7:658</i>	51
4. <i>Samengevat</i>	52
§ 5. <i>Voedingsgerelateerde risico's en mogelijke problemen van aansprakelijkheidsrecht</i>	53
1. <i>Inleiding</i>	53
2. <i>BSE als voorbeeld</i>	53
3. <i>Diverse problemen van aansprakelijkheidsrecht</i>	53
4. <i>Samengevat</i>	54
§ 6. <i>Infectieziekten: legionella als voorbeeld</i>	55
1. <i>Inleiding</i>	55
2. <i>Oprichting Stichting Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie</i>	56
3. <i>Regelgeving ter bevordering van preventie</i>	56

4. <i>Mogelijkheden binnen het aansprakelijkheidsrecht</i>	57
5. <i>Samengevat</i>	59
§ 7. <i>Aansprakelijkheid van de overheid. Enkele globale opmerkingen</i>	59
1. <i>Inleiding</i>	59
2. <i>Natuurrampen. Een bespreking van mogelijkheden aan de hand van de watersnood in Limburg</i>	60
3. <i>Mensenhand</i>	62
4. <i>Samengevat</i>	63
§ 8. <i>Preventie van nieuwe gezondheidsrisico's door aansprakelijkheidsrecht of regulering?</i>	63
1. <i>Inleiding</i>	63
2. <i>Informatievoordelen</i>	65
3. <i>Insolventie</i>	66
4. <i>Gebrek aan prikkels vanuit de aansprakelijkheidsvordering</i>	67
5. <i>Empirie en nuanceringen</i>	67
6. <i>Gemeenschappelijk gebruik van aansprakelijkheidsrecht en regulering</i>	68
§ 9. <i>Samenvatting</i>	69
HOOFDSTUK 3 <i>FINANCIERING GEZONDHEIDSRISICO'S VANDAAG</i>	73
§ 1. <i>Inleiding</i>	73
§ 2. <i>Verzekering en financiering van nieuwe risico's: het voorbeeld van de beroepsziekten</i>	74
1. <i>Inleiding</i>	74
2. <i>Financiering van de gevolgen van beroepsziekten tot vandaag</i>	74
3. <i>Veranderingen</i>	74
§ 3. <i>Enkele ontwikkelingen</i>	75
1. <i>Grote aantallen slachtoffers en claims</i>	75
2. <i>Afkalving sociale zekerheid</i>	75
3. <i>Uitbreiding aansprakelijkheidsrecht</i>	76
§ 4. <i>Evolutie sociale zekerheid met betrekking tot de verhaalsrechten</i>	77
1. <i>Inleiding</i>	77
2. <i>Verschuivingen in de arbeidsongeschiktheidsregeling</i>	78
A. <i>Inleiding</i>	78
B. <i>Enkele hoofdlijnen van de Arbeidsomstandighedenwetgeving</i>	80
1. <i>Risicoinventarisatie en -evaluatie</i>	80
2. <i>Verzuimbeleid</i>	80
3. <i>Arbodiensten</i>	81
3. <i>Uitbreiding verhaalsrechten</i>	81
A. <i>Inleiding</i>	81
B. <i>Regres in rechtseconomisch perspectief</i>	82
C. <i>Welke verhaalsrechten kent het Nederlandse recht?</i>	83
D. <i>Schadeverzekeraar: subrogatie</i>	83
E. <i>Sociale verzekeringen: zelfstandige verhaalsrechten</i>	83
F. <i>De verhaalsrechten op het terrein van ziekte en arbeidsongeschiktheid</i>	86
G. <i>De verhaalsrechten met betrekking tot de ziektekosten</i>	87

H. Art. 61 ANW	87
I. Mogelijke toekomstige uitbreiding van het aantal verhaalsrechten.....	87
J. Regresnemers worden soms achtergesteld bij de direct gelaedeerden.....	88
K. Beperkingen met betrekking tot het personele bereik	88
L. Verhaal op gezinsleden	88
M. Verhaal krachtens een zelfstandig recht	89
N. Verhaal op grond van andere wetgeving.....	90
O. Verhaal op bedrijfsgenoten	91
P. Verhaal krachtens subrogatie.....	91
Q. Verhaal krachtens zelfstandig verhaalsrecht.....	92
R. Ratio en strekking van de uitsluiting van verhaal op bedrijfsgenoten.....	93
S. Mogelijke afschaffing van collega-verweer in de toekomst	93
T. De Tijdelijke regeling verhaalsrechten.....	93
U. Consequenties en kritiek.....	95
V. Reflexwerking van de TRV: jurisprudentiële beperking van verhaal.....	96
W. Institutionaliserings en collectivering	97
X. Vormen van institutionalisering en collectivering	98
Y. Collectivering in rechtseconomisch perspectief	99
Z. Samenvatting.....	101
§ 5. Gevolgen.....	101
HOOFDSTUK 4 CLAIMCULTUUR.....	104
§ 1. Inleiding	104
§ 2. Determinanten van de claimcultuur.....	105
1. <i>Juridisering van de samenleving</i>	105
2. <i>Verzakelijking van relaties</i>	106
3. <i>Ontwikkelingen in het sociale zekerheidsstelsel/privatisering</i>	106
4. <i>Toename aansprakelijkheidsverzekeringsproducten</i>	107
5. <i>Samenleving wordt complexer; voortschrijding van wetenschap en techniek</i>	107
6. <i>Ontwikkelingen in de rechtshulpverlening</i>	108
7. <i>Toename claimbewustheid</i>	108
8. <i>Ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht</i>	108
9. <i>Internationale invloeden</i>	109
§ 3. Weging van de determinanten door de minister.....	109
1. <i>Voorlopige conclusie</i>	109
2. <i>Weging van positieve en negatieve aspecten</i>	110
3. <i>Nadere conclusie</i>	111
4. <i>Amerikaanse toestanden in Holland?</i>	111
§ 4. Remedies van de minister tegen de claimcultuur.....	112
1. <i>De remedies van de minister</i>	112
2. <i>Beleidsvoornemens</i>	113
§ 5. Kritische analyse.....	113
1. <i>Het ontbreken van een normatief referentiekader breekt het kabinet op</i>	113
2. <i>Ontwikkelingen in de rechtshulpverlening. Zijn zij werkelijk riskant?</i>	116

3. Belangrijke oorzaken liggen bij de overheid zelf.....	118
4. (Overdreven) angst voor Amerikaanse toestanden.....	118
5. Het medicijn en de kwaal.....	119
§ 6. De betekenis van de claimcultuur voor het aansprakelijkheidsrecht	121
HOOFDSTUK 5 VERZEKERBAARHEID VAN NIEUWE GEZONDHEIDSRISICO'S	123
§ 1. Inleiding	123
§ 2. Verzekering en ongevallenpreventie.....	124
1. <i>Anti-selectie</i>	124
2. <i>Moreel risico</i>	125
§ 3. Bedreiging van de verzekerbare risico's	126
1. <i>Theorie</i>	126
A. Inschatbare ontwikkelingen in het recht	126
B. Onverzekerbare risico's	128
1. <i>Retroactieve aansprakelijkheid</i>	128
a. Verschijningsvormen van retroactieve aansprakelijkheid.....	128
b. Verzekerbare risico's van aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht"	129
(i) <i>Prima facie onverzekerbare risico's</i>	129
(ii) <i>Risicopremie als reactie op onzekerheid</i>	130
(iii) <i>Onvoorspelbaarheid ex post</i>	130
2. <i>Causaliteitsonzekerheid</i>	131
3. <i>Voorbeelden</i>	133
4. <i>Remedies binnen het aansprakelijkheidsrecht</i>	133
A. Preventie	134
B. Billijkheidsoverwegingen.....	137
C. Proportionele aansprakelijkheid als remedie voor causaliteitsonzekerheid	138
§ 4. Reacties van verzekeraars	139
1. <i>Theorie</i>	139
A. Beperking van de omvang van de dekking?.....	139
B. Limitering?	140
C. Risicodifferentiatie.....	140
1. <i>De theoretische noodzaak van risicodifferentiatie</i>	140
2. <i>De mogelijkheden tot risicodifferentiatie in de praktijk</i>	142
3. <i>Risicodifferentiatie en solidariteit</i>	143
D. Dekkingssystematiek	144
1. <i>Begrenzing van de dekking naar tijd</i>	144
a. Act committed-systeem	144
b. Loss occurrence-systeem.....	145
c. Claims made-systeem	145
2. <i>Relativering</i>	145
E. Andere polistechnische reacties	146
2. <i>Praktijk</i>	146
3. <i>Evaluatie</i>	147

§ 5. Concurrentie op verzekeringsmarkten.....	149
1. Inleiding	149
2. Verordening nr. 3932/92 en de Nederlandse praktijk van de aansprakelijkheids- verzekering.....	152
A. Premieafspraken.....	152
B. Standaard polisvoorwaarden	152
C. Pooling	153
D. Bindende besluiten.....	154
3. Nadelen van concurrentiebeperking.....	155
A. Uitwisselen van informatie: voordelen en gevaren	155
B. Onbetrouwbare informatie over verzekeraarheid.....	156
4. Verslag van de Commissie aan het Parlement en de Raad van 12 mei 1999.....	157
5. Toepassing: verzekeraarheid van rampen.....	159
A. Verzekeringsproblemen: verzekeraars spreken af geen dekking te verlenen.....	159
B. Begin jaren '90 van de vorige eeuw: natuurrampen zorgen voor politieke druk op de verzekeraars	160
C. Franse regeling als voorbeeld?	161
D. Of juist de Belgische regeling?.....	161
6. Stimuleren van verzekeraarheid verdient meer aandacht	163
7. Nogmaals. Concurrentie op verzekeringsmarkten: belang voor verzekeraarheid van nieuwe gezondheidsrisico's.....	164
 § 6. Samenvatting	 165
 HOOFDSTUK 6 VERPLICHTE VERZEKERING?.....	 168
§ 1. Inleiding	168
§ 2. Verhoging van het verwachte nut	169
§ 3. Informatieproblemen.....	170
§ 4. Insolventie.....	171
§ 5. Potentiële gevaren van een verzekeringsplicht	173
1. Moreel risico.....	173
2. Concentratie op verzekeringsmarkten.....	173
§ 6. Verdere nuanceringen.....	174
1. Afhankelijkheid van de verzekeringsmarkt.....	174
2. Noodzaak van samenwerking met de verzekeringswereld.....	175
3. Verzekeringplicht en nieuwe risico's.....	175
4. Aanvaardingsplicht?	176
§ 7. Samenvatting en beleidsaanbeveling.....	176
 HOOFDSTUK 7 TERUGKEER NAAR DE SOCIALE ZEKERHEID?	 179
§ 1. Inleiding	179

§ 2. Sociale zekerheid versus aansprakelijkheid: verschillende uitgangspunten	179
A. Inleiding	179
B. Lage drempels en lage(re) beloning	179
C. Het aansprakelijkheidsrecht als randverschijnsel en luxe systeem	180
§ 3. Nadelen sociale zekerheid	180
§ 4. Samenvatting	181
HOOFDSTUK 8 SCHADEFONDS	183
§ 1. Inleiding	183
§ 2. Fondstypen	183
1. <i>Beperkingsfonds</i>	183
2. <i>Voorschotfonds</i>	184
3. <i>Waarborgfonds</i>	185
4. <i>Fonds ter vervanging van aansprakelijkheid en verzekering</i>	186
§ 3. Fondsen versus aansprakelijkheidsverzekering	186
1. <i>Algemene uitgangspunten inzake compensatie</i>	186
2. <i>Toegesplitst: fonds of aansprakelijkheidsverzekering</i>	188
A. Inleiding: wie heeft betere informatie?	188
B. Sluipende schade	188
C. Retroactiviteit	189
D. Causaliteitsonzekerheid	189
E. Conclusie	190
3. <i>Kosten</i>	190
4. <i>Samenvatting</i>	191
§ 4. Financiering van het fonds en historische schade	191
1. <i>Inleiding: Wie betaalt voor de zonden van het verleden?</i>	191
2. <i>"Oude" veroorzakers</i>	192
3. <i>Huidige exploitanten</i>	192
4. <i>Verzekeraars</i>	193
5. <i>De overheid</i>	193
§ 5. Toepassing: rampschade	194
1. <i>Inleiding</i>	194
2. <i>Toepassingsbereik</i>	194
3. <i>Vangnetkarakter: vergoedingsniveau en verhouding tot andere systemen</i>	196
4. <i>Verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht</i>	197
5. <i>De WTS als voorschotfonds?</i>	198
6. <i>Preventie: voorkomen is beter dan genezen</i>	199
7. <i>Karakter van de regeling</i>	199
8. <i>De WTS in de praktijk</i>	200
§ 6. Toepassing: asbestslachtoffers	202
1. <i>Inleiding</i>	202
2. <i>Waardering</i>	202

3. Rapport De Ruiter en follow up.....	204
4. Beroepsziekten in het algemeen.....	204
§ 7. Toepassing: Fonds luchtverontreiniging.....	206
1. Aanleiding en situering van het onderzoek.....	206
2. De rechtsgrond van het Fonds luchtverontreiniging.....	207
3. 27 jaar uitvoeringspraktijk: slachtoffers en schade.....	208
4. Omvang van de schadeloosstelling.....	209
5. Financiering: alternatieven?.....	210
6. Afschaffen, hervormen of behouden?.....	211
§ 8. Conclusies.....	212
HOOFDSTUK 9 DIRECTE VERZEKERING.....	214
§ 1. Inleiding.....	214
§ 2. First party insurance versus third party insurance: theoretische verschillen.....	215
§ 3. Enkele hoofdlijnen van de directe verzekering toegepast op beroepsziekten.....	216
1. Verplichte verzekering?.....	218
2. Immuniteit voor aansprakelijkheid?.....	219
3. De directe verzekering kan niet (alle) problemen van aansprakelijkheid en verzekering oplossen.....	221
4. (verschillende) Problemen van aansprakelijkheid en verzekering kunnen ook binnen dat systeem worden opgelost door verzekeraars zelf.....	221
5. Introductie van directe verzekering vereist vergaand wetgevend ingrijpen.....	222
6. Directe verzekering gaat gepaard met ongewenste immuniteit van aansprakelijkheid.....	224
§ 4. Verschillende modellen zijn mogelijk.....	225
1. Inleiding.....	225
2. Vrijwillige invoering zonder regulering.....	226
3. Verplichte verzekering en regulering van de dekking.....	226
4. Verplichte verzekering: aansprakelijkheid afgeschaft, tenzij.....	226
5. België als lichtend voorbeeld?.....	226
6. Oproep tot nader onderzoek.....	228
7. Bruikbaarheid van directe verzekering buiten de beroepsziekten.....	228
8. De wind mee voor directe verzekering?.....	228
Literatuurlijst.....	231

HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

§ 1. Aanleiding voor het onderzoek

De Raad voor de Volksgezondheid dient te adviseren over nieuwe risico's voor de volksgezondheid. In dat verband rijst voor die Raad onder meer ook de vraag naar de verzekeraarbaarheid van dergelijke nieuwe risico's.

Bedoeling van deze achtergrondstudie is om inzicht te bieden in de verzekeraarbaarheid en onverzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. Het spreekt voor zich dat niet alle mogelijke typen verzekering van gezondheidsrisico's kunnen worden besproken, evenmin als alle nieuwe gezondheidsrisico's zelf. Wat de verzekeringsvormen betreft zal onder meer wel worden ingegaan op de vraag of aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering in staat zijn financiering te bieden voor nieuwe risico's; uiteraard dient te worden stilgestaan bij de vraag welke problemen kunnen rijzen bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering op die nieuwe risico's. Daarnaast wordt bestudeerd aan welke voorwaarden dient te worden voldaan om de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's te bevorderen. Bestudeerd wordt ook of andere financieringsvormen dan traditionele aansprakelijkheidsverzekering dekking kunnen bieden voor nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij kunnen oplossingen worden gezocht binnen het verzekeringsfenomeen zelf (bijvoorbeeld de zogenaamde directe verzekering), maar ook daarbuiten (bijvoorbeeld via fondsoptlossingen).

§ 2. Afbakening van het onderzoek

Een belangrijk deel van de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's zal ook in de toekomst uiteraard plaatsvinden via de sociale zekerheid. In deze studie zal de sociale zekerheid wel kort worden aangestipt, vooral wat de verschillen betreft met private verzekeringsvormen. Het is echter niet de bedoeling om uitgebreid te bestuderen of bijvoorbeeld de WAO vergoeding biedt voor gezondheidsschade die door nieuwe risico's werd veroorzaakt. Ook zal niet worden ingegaan op de vraag of de traditionele ziekteverzekeringen (via ziekenfondsen of particuliere verzekeraars) in staat zijn dekking voor de nieuwe risico's te bieden. Een inhoudelijke bespreking van de mogelijke omvang van de sociale zekerheid en de ziekteverzekering blijft derhalve achterwege; dat zou een andere studie vergen.

Ook kunnen uiteraard niet alle mogelijke nieuwe gezondheidsrisico's in deze studie aan bod komen. Vele terreinen zijn denkbaar waarop zich nieuwe gezondheidsrisico's kunnen voordoen. Men kan bijvoorbeeld denken aan risico's door verandering in de vervoerssystemen, leefstijl (denk aan genotmiddelengebruik) maar ook aan risico's bijvoorbeeld door klimaatverandering.

Teneinde het onderzoeksthema enigszins in te perken wordt vooral nagegaan in deze achtergrondstudie hoe met betrekking tot een viertal specifieke terreinen financiering van nieuwe gezondheidsrisico's mogelijk is. Daarbij zal de aandacht uitgaan naar de volgende risico's:

- infectieziekten (bijvoorbeeld legionella),
- voedingsgerelateerde risico's (bijvoorbeeld BSE),
- arbeidsgerelateerde risico's (bijvoorbeeld RSI, OPS),
- gezondheidsrisico's tengevolge van rampen

Deze selectie van risico's is voldoende breed, in die zin dat de oorzaken van die risico's (en de mogelijke verantwoordelijkheden) voldoende divers zijn. Dit laat ons toe zeer verschillende financierings-

mechanismen te bestuderen. Het spreekt overigens voor zich dat hoewel de financiering van nieuwe risico's specifiek voor die vier terreinen verder zal worden uitgewerkt, de resultaten ook voor andere domeinen van belang kunnen zijn.

§ 3. Methodologie

Wat de methodologie betreft is deze achtergrondstudie primair gebaseerd op deskresearch en niet op sociaal-wetenschappelijk empirisch onderzoek. De omvang, incidentie en oorzaken van de te bespreken nieuwe volksgezondheidsrisico's vormen derhalve niet het voorwerp van deze studie. Overigens houden anderen zich binnen de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg wel met die meer technische vragen naar de oorzaken van die nieuwe gezondheidsrisico's bezig. Voor zover de resultaten daarvan gedurende de loop van het onderzoek bekend worden zal daarmee uiteraard wel rekening worden gehouden. Het spreekt immers voor zich dat enig technisch inzicht in de oorzaken van de gezondheidsrisico's wel van belang is voor de beoordeling van financieringsvormen. Zo is het bijvoorbeeld bij arbeidsgerelateerde risico's van belang te weten of deze zuiver door "toeval" ontstaan dan wel dat het ook mogelijk is om het ontstaan van deze nieuwe risico's te voorkomen, bijvoorbeeld door het treffen van preventieve maatregelen. Immers, als rode draad door deze achtergrondstudie zal de gedachte lopen dat de verzekerings- en financieringsvraag nooit los kan worden gezien van de preventiegedachte. Als "Leitmotiv" voor deze studie zou kunnen gelden "de beste wijze om nieuwe gezondheidsrisico's financierbaar en verzekeraar te houden is om primair zulke systemen uit te werken die ook voor een optimale preventie van die risico's garant staan". Dit is een zeer basale verzekeringseconomische wijsheid die ervan uitgaat dat het feit dat een bepaald financieringsmechanisme voor gevolgen van risico's wordt uitgewerkt nooit tot gevolg mag hebben dat (bijvoorbeeld door een automatische vergoeding van schade) de prikkels tot preventie worden gereduceerd. Vandaar dat bij elk van de hierna te onderzoeken financieringsmechanismen en risico's steeds de aandacht zal moeten uitgaan naar de vraag of door bepaalde betrokkenen op die risico's enige invloed kan worden uitgeoefend in preventieve zin en of het financieringsmechanisme op zo een wijze gestalte kan worden gegeven dat optimale prikkels worden geboden ter preventie van die risico's. Daarom wordt ook steeds stil gestaan bij andere mechanismen dan aansprakelijkheid om prikkels tot preventie te genereren.

De achtergrondstudie is verder ook theoretisch in de zin dat de voorwaarden voor de verzekeraar van nieuwe gezondheidsrisico's onder verschillende verzekeringsvormen vanuit een theoretisch perspectief wordt onderzocht. Het is belangrijk dit te beseffen omdat de vraag of bepaalde risico's verzekeraar zijn uiteindelijk alleen door de verzekeringsmarkt zal worden beantwoord. Verzekeraar is in die simpele termen niets anders dan de bereidheid van verzekeraars om het risico te dekken. Of verzekeraars dat zullen doen is, nogmaals, een verzekeringsempirische vraag die niet achter de bureautafel kan worden beantwoord. Wel kan achter de bureautafel worden onderzocht welke voorwaarden dienen te worden vervuld teneinde de verzekeraar van die risico's te bevorderen. Maar het is evident aan de verzekeringsmarkt zelf om, behoudens strikte regulering, te beslissen of men die dekking ook daadwerkelijk zal verlenen.

Die vaststelling heeft uiteraard ook consequenties, bijvoorbeeld voor de vraag op welke wijze men die bereidheid van verzekeraars tot het verlenen van dekking kan bevorderen. Het bevorderen van de concurrentie tussen verzekeraars via een effectief mededingingsbeleid vormt daarbij een belangrijke sleutel. Daarnaast is de vaststelling dat verzekeraar uiteindelijk afhangt van de bereidheid van verzekeraars tot het verlenen van dekking ook van belang voor de vraag of men voor bepaalde risico's een verplichte verzekering zou (moeten) invoeren.

Het theoretisch kader voor deze studie wordt in de eerste plaats gevormd door het aansprakelijkheidsrecht. Vanuit de dogmatiek en jurisprudentie met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht zal worden onderzocht of voor bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's aansprakelijkheid mogelijk is en welke limieten aan (het gebruik van) dit aansprakelijkheidsrecht verbonden zijn. Hoewel deze achtergrondstudie primair de aandacht richt op (aansprakelijkheids)verzekering moet uiteraard eerst naar de voorwaarden voor aansprakelijkheid worden gekeken. Immers, het heeft weinig zin om aansprakelijkheidsverzekering als financieringsmechanisme te onderzoeken wanneer zou blijken dat het aansprakelijkheidsrecht bij bepaalde nieuwe risico's helemaal niet in beeld komt, bijvoorbeeld omdat de oorzaak (en dus een mogelijke aansprakelijke dader) helemaal niet kan worden vastgesteld.

Daarnaast zal gebruik worden gemaakt van de verzekeringsrechtseconomie, juist omdat in de rechtseconomische literatuur veel aandacht is uitgegaan naar de voor deze studie essentiële vraag, namelijk hoe bepaalde financieringsmechanismen de prikkels tot preventie van risico beïnvloeden.

§ 4. Structuur

Deze achtergrondstudie is opgezet rond de centrale vraag, namelijk hoe de verzekerbaarheid (zo deze er al is) van nieuwe gezondheidsrisico's op de vier genoemde terreinen in de toekomst mogelijk kan worden bevorderd onder specifieke verzekeringstechnische en maatschappelijke voorwaarden.

Achtereenvolgens komen na deze inleiding (1) de volgende thema's aan bod:

Eerst worden de mogelijkheden tot toepassing van het aansprakelijkheidsrecht geschetst. Duidelijk wordt gemaakt waar het om gaat in het aansprakelijkheidsrecht en of een aansprakelijkheid voor de nieuwe risico's op de vier genoemde terreinen binnen dat rechtsgebied mogelijk is. Daarbij zullen uiteraard niet alleen de mogelijkheden, maar ook de mogelijke knelpunten specifiek bij aansprakelijkheid voor die nieuwe gezondheidsrisico's worden geschetst. Bovendien wordt ook ingegaan op de verhouding van het aansprakelijkheidsrecht tot andere vergoedingssystemen zoals de sociale zekerheid.

Vervolgens wordt ingegaan op de financiering van die gezondheidsrisico's, zoals deze vandaag plaatsvindt. Daarbij kunnen kort de verschillende mogelijke financieringsmodellen worden geschetst en kan ook worden ingegaan op de financiering van schade veroorzaakt door nieuwe risico's via aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering. In dat kader komt ook het regres aan de orde (2). Duidelijk zal worden gemaakt dat sprake is van een verschuiving in de verhouding tussen sociale zekerheid enerzijds en aansprakelijkheidsrecht plus aansprakelijkheidsverzekering anderzijds. De afkalving van de sociale zekerheid zal leiden enerzijds tot een toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht als een toenemend beroep op alternatieve vergoedingssystemen. Of bepaalde slachtoffers een extra vergoeding dienen te krijgen is echter een rechts-politieke vraag (3).

Het lijkt er inderdaad op dat de druk op het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering toeneemt. Daarom wordt vervolgens de rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's gesteld in het kader van de claimcultuurdiscussie. Nieuwe risico's vormen inderdaad een thema binnen de meer algemene discussie over het uitbreidende aansprakelijkheidsrecht en de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur (zie desbetreffend de kabinetsbrief over de claimcultuur). Derhalve dienen de determinanten van de claimcultuur en de gevaren in dit verband te worden onderzocht omdat deze ook een invloed zullen hebben op de mogelijke rol van aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering bij de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's (4).

Daarna wordt specifiek ingegaan op de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's aan de hand van een nadere bestudering van de aansprakelijkheidsverzekering. De voorwaarden voor verzekeraarbaarheid via aansprakelijkheidsverzekering worden in kaart gebracht en de aandacht gaat uit naar de invloed van recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht op de geboden dekking door de verzekeraars. Te denken valt aan de invloed van de afwenteling van causaliteitsonzekerheid of retroactieve aansprakelijkheid op de verzekeringsvraag. Inderdaad zijn bepaalde remedies mogelijk voor een uitbreidend aansprakelijkheidsrecht, die besproken moeten worden. Gedacht kan worden aan oplossingen binnen (het systeem van) de aansprakelijkheidsverzekering, zoals een aanpassing van de dekkings-systematiek (5).

Wanneer een financieringsgarantie voor nieuwe risico's wordt gezocht, komt al gauw de vraag aan de orde of een verplichte verzekering dan niet zou moeten worden ingevoerd. Voor- en nadelen van de invoering van een verzekeringsplicht passeren dan ook de revue (6).

Vervolgens gaat de aandacht uit naar alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering. Ook wordt, als ander alternatief stilgestaan bij de rol van het sociale zekerheidssysteem bij de financiering van de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's. Hoewel niet in details op de (omvang van) sociale zekerheidsdekking zal worden ingegaan dient wel te worden stilgestaan bij essentiële verschillen tussen aansprakelijkheid plus aansprakelijkheidsverzekering enerzijds en de dekking via sociale zekerheid anderzijds. Duidelijk zal namelijk worden gemaakt dat de financiering via de sociale zekerheid op bepaalde beginselen stoelt die het minder goed mogelijk maken om een sociale zekerheidsfinanciering af te bouwen en te verwachten dat een gelijke financiering via het aansprakelijkheidsrecht wordt geboden (7).

Een ander alternatief voor de financiering van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's dat vaak de revue passeert is de introductie van een schadefonds. Denk daarbij aan de oprichting voor het Instituut voor Asbestslachtoffers, dat oorspronkelijk ook als een echt schadefonds was bedoeld. De vraag rijst of de in de literatuur geformuleerde suggestie om in toenemende mate schade te vergoeden op basis van fondsen een werkelijk alternatief kan bieden voor de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's. Deze vraag wordt vervolgens specifiek aan de orde gesteld voor een aantal nieuwe gezondheidsrisico's (8).

Uitgebreid aandacht is recent besteed, onder meer in het kader van de beroepsziekteproblematiek, aan de first party-verzekering en de directe verzekering. Betoogd werd in de literatuur dat first party-verzekering beter geschikt zou zijn het hoofd te bieden aan nieuwe risico's dan aansprakelijkheidsverzekering. De theoretische voordelen van first party-verzekering worden in kaart gebracht en vervolgens worden de mogelijkheden bij de vier genoemde nieuwe gezondheidsrisico's onderzocht (9).

Die analyse leidt tot enkele aanbevelingen, die als samenvatting aan het begin van deze studie zijn gepresenteerd. Centraal daarbij zal, voortgaande op deze inleiding, de vraag blijven hoe een financieringssysteem gestalte kan krijgen dat ook op optimale wijze nieuwe gezondheidsrisico's kan voorkomen. Bij deze aanbevelingen wordt niet resoluut voor het ene of voor het andere systeem gekozen, maar gaat de aandacht uit naar de optie van een gemengd stelsel. Afhankelijk van de aard van de nieuwe gezondheidsrisico's waar het om gaat kan het ene of het andere mechanisme meer nadruk krijgen. Aandacht dient dan ook uit te gaan naar de vraag in hoeverre de wetgever faciliterend of regulerend zou moeten optreden om een betere financiering (via verzekering of anderszins) van schade als gevolg van toekomstige gezondheidsrisico's mogelijk te maken.

HOOFDSTUK 2 DE TOEPASSING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

§ 1. Inleiding

Het lijkt van belang om eerst in te gaan op de mogelijkheden en problemen bij een mogelijke toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op de te onderzoeken nieuwe gezondheidsrisico's. Daartoe zal hieronder eerst kort worden geschetst waar het om gaat in het aansprakelijkheidsrecht door de hoofdlijnen van dat systeem te schetsen (§ 2). Daarbij wordt specifiek ingegaan op de rol van het aansprakelijkheidsrecht in zijn verhouding tot andere vergoedingssystemen. In dat verband wordt in het volgende hoofdstuk dan ook uitdrukkelijk ingegaan op de betekenis van de regresrechten. Zij zijn immers bij uitstek het instrument dat de verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en de sociale zekerheid regelt. In dit hoofdstuk wordt naast een algemene schets van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht ook specifiek – zij het kort - ingegaan op de vraag naar de mogelijke toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op nieuwe risico's.

Na deze dogmatische analyse van het aansprakelijkheidsrecht zal ook kort worden ingegaan op de economische functie van het aansprakelijkheidsrecht (§ 3). Nadat al de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht eerst in het algemeen zijn geschetst zal vervolgens worden onderzocht, mede aan de hand van de jurisprudentie, welke aansprakelijkheden mogelijk zijn bij de nieuwe gezondheidsrisico's en welke problemen eventueel kunnen rijzen bij de toepassing van die aansprakelijkheden op de nieuwe gezondheidsrisico's (§ 4 - § 6). In dit verband zal ook kort worden stilgestaan bij de mogelijke aansprakelijkheid van de overheid, die vooral bij rampen een rol kan spelen.

Het moge duidelijk zijn dat, hoewel de verzekerbaarheid in dit onderzoek centraal staat, het van belang is om eerst aandacht te besteden aan de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht. Immers, het is weinig zinvol om de mogelijkheden van aansprakelijkheidsverzekering te gaan onderzoeken wanneer zou blijken dat bij bepaalde gezondheidsrisico's de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht niet eens mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de aard van die risico's meebrengt dat een dader niet kan worden geïdentificeerd. Daarom zal in dit hoofdstuk ook worden ingegaan op de aard van de specifiek te bestuderen gezondheidsrisico's. Nagegaan wordt wat hun oorzaken zijn en welke middelen ter beschikking staan om die risico's met preventieve middelen te beïnvloeden. Dat inzicht is evident ook van belang wanneer de financieringssystemen in de volgende hoofdstukken worden onderzocht. Uitgangspunt blijft immers dat een financieringssysteem ook steeds optimale prikkels zal dienen te geven tot preventie van gezondheidsrisico's.

Afsluitend zal daarom ook worden aangegeven dat aan de beleidsmaker ook andere middelen dan het aansprakelijkheidsrecht ter beschikking staan om prikkels tot preventie te geven. Het desbetreffend meest voor de hand liggende instrument is het gebruik van veiligheidsregulering. Daarom zal ook worden benadrukt dat juist ter preventie van schade door nieuwe risico's regulerend ingrijpen van belang is (§ 8). Dat is van belang te meer daar regulering in belangrijke mate het aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt.

§ 2. Hoofdpijnen van het aansprakelijkheidsrecht

1. HET FUNDAMENT VAN ONS AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

'Ieder draagt zijn eigen schade'. Dat is het uitgangspunt, zo men wil het fundament, van ons aansprakelijkheidsrecht en van dat van de ons omringende landen⁷. Voor verplaatsing van schade moet een goede reden bestaan; die goede redenen worden onder meer gegeven in het aansprakelijkheidsrecht.

In het kader van dit onderzoek ligt het voor de hand de volgende vragen globaal onder ogen te zien:

- welke functies heeft het aansprakelijkheidsrecht; anders gezegd welke doelen worden in het aansprakelijkheidsrecht nagestreefd?
- welke zijn de gronden voor aansprakelijkheid?

Vervolgens kan dan ook op enkele recente ontwikkelingen worden ingegaan en kan de betekenis van het aansprakelijkheidsrecht voor de aan de orde zijnde nieuwe risico's worden besproken.

2. DE FUNCTIES VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

A. Inleiding

Welke functies worden het aansprakelijkheidsrecht toegedicht? Het is een vraag die in de tijd verschillend wordt beantwoord. Het oorspronkelijke doel was het afkopen van het slachtoffer, opdat hij het recht niet in eigen hand zou nemen⁸. Het is voor deze gelegenheid niet nodig aan deze historische achtergrond nadere aandacht te schenken. Evenmin is het nodig alle in de doctrine onderscheiden functies uitvoerig onder ogen te zien. Zo kan men kort zijn over de 'bestrafing'⁹. In ieder geval voor het Nederlandse recht wordt algemeen aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht een dergelijke functie niet heeft¹⁰. De belangrijkste functies zoals die althans in de literatuur worden aangeduid, zijn heden ten dage: vergoeding van schade, preventie, spreiding en kostenallocatie¹¹.

7. Zie voor een uitwerking en voor verdere vindplaatsen Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997. Zie verder Sieburgh, C.H., *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000, hoofdstuk 1 en Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, hoofdstuk 1.

8. Zie Von Bar, Chr., *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, München, 1996, Rdnr. 4 en meer uitgebreid Feenstra, R., *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, 2e druk, Deventer, Kluwer, 1993.

9. Ook deze functie heeft een historische achtergrond. Zie bijvoorbeeld Ashmann, M.J.A.M., "Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht", in Hol, A.H. en Stolker, C.J.J.M. (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1995, 11 e.v.

10. Zo nadrukkelijk Bloembergen, A.R., *Schadevergoeding: algemeen, deel 1, Mon. Nieuw BW B-34*, Deventer, Kluwer, 1982, nr. 3.

11. Zie voor Nederland vooral Van Dam, C.C., *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en raakschade*, Deventer, Kluwer, 1989, 199 e.v. Zie verder Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997, nrs. 8 e.v., Lindenbergh, S.D., *Smartegeld*, diss. 1998, 29 e.v. en Bergkamp, *De vervuiler betaalt dubbel: over de verhouding tussen privaot en publiek milieurecht*, Antwerpen/Groningen, 1998, 27 e.v. Schrijvers noemen ook buitenlandse bronnen.

B. Preventie, vergoeding en kostenallocatie

Meer en meer wordt aandacht besteed aan preventie. Dat heeft alles te maken met de toenemende belangstelling voor een rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht¹². Hierin staat het voorkomen van ongevallen centraal. Rechtsregels worden in deze visie gezien als prikkels die het menselijk gedrag beïnvloeden¹³. Aansprakelijkheidsregels geven prikkels aan mogelijke veroorzakers van schade om zorgvuldig te handelen. Zij moeten de door hen veroorzaakte schade vergoeden, wanneer zij niet de door het recht vereiste zorg in acht nemen. In deze visie zijn aansprakelijkheidsregels een aanmoediging zorgvuldig te zijn; door dat te zijn voorkomt men aansprakelijkheid en uiteindelijk ook schade. Preventie is, zo bekeken, belangrijker dan vergoeding. Preventie heeft echter ook een prijs. Uiteindelijk is het niet zinvol (efficiënt) om zoveel zorg te vereisen dat alle of bijna alle ongevallen worden voorkomen¹⁴:

"Als we de snelheid van het gemotoriseerde verkeer zouden terugbrengen tot die van de trekschuit, zouden we het aantal verkeersongevallen waarschijnlijk drastisch verlagen, maar efficiënt is deze handelwijze niet; de maatschappelijke kosten die met de verlaging zijn gemoeid, zijn te hoog."

Preventie kan weer in verband worden gebracht met kostenallocatie een term die ook steeds vaker, al dan niet onder de noemer van beginselen als 'de vervuiler betaalt' in het aansprakelijkheidsrecht opduikt. Via het aansprakelijkheidsrecht wordt een bepaalde toerekening van kosten gerealiseerd. Deze gedachte ziet men terug, behalve uiteraard in de sfeer van milieuaansprakelijkheid, bij de introductie van de recente risicoaansprakelijkheden voor gevaarlijke stoffen, stortplaatsen en boorgaten (art. 6:175 BW e.v.¹⁵), in de discussie over uitbreiding van de regresrechten en in de discussie over herziening van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid.¹⁶ Kostenallocatie en preventie hebben, als gezegd, weer met elkaar te maken: de gedachte is dan dat de doorberekening van kosten invloed heeft, althans kan hebben, op het activiteiten-niveau en daarmee zij het meer indirect op het aantal ongevallen¹⁷. Een strengere aansprakelijkheid voor het gemotoriseerd verkeer bijvoorbeeld maakt autorijden duurder, hetgeen tot gevolg heeft dat er minder zal worden gereden. Minder rijden betekent in beginsel ook minder ongelukken.

In het kader van dit onderzoek neemt preventie een bijzondere plaats in. Daarom wordt hierna in § 3 meer uitvoerig ingegaan op de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht.

-
12. Zie voor Nederland bijvoorbeeld Van Dam, C.C., *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en raakschade*, Deventer, Kluwer, 1989, 208 e.v.
 13. Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, nrs. 13 e.v.
 14. Bloembergen, A.R., in *Onrechtmatige daad*, BW-Krant Jaarboek 1996, 29.
 15. Zie Snijders, W., "Aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging: het verzekeringsaspect", *A&V*, 1993, 1 e.v.
 16. Zie Bloembergen, A.R., "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 117 e.v.; Hartlief, T. en Van Maanen, G., "Regres bij volksverzekeringen. De dader heeft het gedaan", *NTBR*, 1994, 75 e.v. en Van Dam, C.C., "Ieder draagt min of meer zijn eigen schade", in Franke, M.E., Jordaans, J.P., Smits, J.M. en Valk, W.L. (red.), *Beginselen van vermogensrecht*, BW-krant Jaarboek, Arnhem, 1993, 162.
 17. Zie bijvoorbeeld Van Dam, C.C., "Ieder draagt min of meer zijn eigen schade", in Franke, M.E., Jordaans, J.P., Smits, J.M. en Valk, W.L. (red.), *Beginselen van vermogensrecht*, BW-krant Jaarboek, Arnhem, 1993, 173-174 en Van Maanen, "Een sombere toekomst voor verhaalsmogelijkheden van (sociale) schadeverzekeraars" in *Bijzonder letsel*, Vereniging voor Letselschadeadvocaten, Lelystad, 1995, 97-98.

C. Relativering van de vergoedingsfunctie

Preventie en kostenallocatie. Er mag dan meer aandacht uitgaan naar deze doelstellingen, het is evident dat in de doctrine toch vooral wordt gedacht aan vergoeding van schade¹⁸. Is vergoeding van schade werkelijk doel van het aansprakelijkheidsrecht? We laten Kötz aan het woord¹⁹:

"Ebensowenig, wie das Ziel des Ehescheidungsrechts in der Scheidung von Ehen liegt, liegt der Zweck des Unfallrechts in der Ausgleichung von Schäden."

Zoveel is zeker: volledige vergoeding van alle schade is niet het streven van het aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijk streven zou weinig vruchtbaar zijn en bovendien een verlamdend effect op het maatschappelijk leven hebben. Recht op vergoeding van alle schade voor de een, beperkt noodzakelijkerwijs de ander in zijn mogelijkheden. Uiteraard kan moeilijk worden ontkend dat het inderdaad de bedoeling is dat bepaalde schade wordt vergoed: het aansprakelijkheidsrecht geeft aan *wanneer* men recht heeft op vergoeding. Vergoeding van schade is niet de functie van het aansprakelijkheidsrecht: het aansprakelijkheidsrecht geeft uiteindelijk juist aan wanneer de vrijheid van de een, in dienst van de bescherming van de rechten van de ander, wordt beperkt. Daar gaat het om in het aansprakelijkheidsrecht²⁰.

Ook het belang van slachtofferbescherming, ook wel als synoniem gezien van vergoeding van schade, moet worden gerelativeerd. Bloembergen stelt dat in ons tijdsgewricht bescherming van slachtoffers de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is²¹. Naar onze mening wordt men zo al snel op het verkeerde been gezet; vergoeding van schade komt uiteraard bepaalde slachtoffers ten goede; met de stelling dat bepaalde schade moet worden vergoed, zijn bepaalde slachtoffers beschermd. In de zienswijze van Bloembergen is slachtofferbescherming een doelstelling van elk aansprakelijkheidsrecht in welk land en in welke tijd dan ook. De vergoedingsdoelstelling heeft niet betrekking op vergoeding van alle schade, doch slechts op die schade die is terug te voeren op omstandigheden die inderdaad aansprakelijkheid opleveren²². Inderdaad kan men, dat zal nog blijken, met enig recht betogen dat aansprakelijkheid als gevolg van rechtspraak en wetgeving sneller dan voorheen wordt aangenomen. Daarbij speelt ongetwijfeld een *gezichtspunt* als slachtofferbescherming een rol²³. Daarmee is echter niet gezegd dat slachtofferbescherming het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht is.

Het is dus minder juist om te stellen dat het in aansprakelijkheidsrecht alleen om slachtofferbescherming of om vergoeding van schade gaat. Daar gaat het zeker niet alleen om. Men zal een aantal doelstellingen dienen te onderscheiden en zal zich bovendien bewust moeten zijn dat het aansprakelijkheidsrecht veelal een combinatie van doelstellingen nastreeft. Het heeft weinig zin het aansprakelijkheidsrecht op één doelstelling te beoordelen: dan blijkt het aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld een matig instrument voor vergoeding, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de preventieve werking en blijken er betere instrumenten voor kostenallocatie en spreiding te zijn. Het is wel mogelijk dat op verschillende terreinen steeds een andere combinatie van doelstellingen wordt nagestreefd. Het kan zelfs zo zijn dat op een bepaald terrein een bepaalde doelstelling overheerst.

18. In Nederland zijn vooral ook de geschriften van Bloembergen van belang. Zie onder meer in *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer, Kluwer, 1982, nr. 3 en, *Naar een nieuw verkeersongevallenrecht*, opgenomen in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 181.

19. Kötz, H., *Deliktsrecht*, zevende druk, Neuwred, Luchterhand, 1996, 18.

20. Zeer veel schades blijven derhalve onvergoed. Zie Van Manen, N.F. en Stutterheim, R.H., *Wie draagt de schade?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 101 en Willekens, in Van Manen, N.F. en Stutterheim, R.H. (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 67-68.

21. Zie in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 181.

22. Zie in dit kader Van Maanen, G., *Kwartalbericht Nieuw BW 1991*, 23 in zijn bespreking van de dissertatie van Van Dam.

23. Deze typering geeft Asser, C. en Vranken, J.B.H., *Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nr. 139.

Zo staat op een enkel terrein vergoeding inderdaad op de voorgrond; zozeer zelfs dat het schijnt alsof het daar inderdaad puur en alleen gaat om slachtofferbescherming. Zo is in het kader van dit onderzoek van belang – het zal hierna nog worden uitgewerkt – dat in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 7A:1638x (oud)/art. 7:658) BW groot belang wordt gehecht aan de strekking werknemers te beschermen. Slachtofferbescherming springt hier derhalve in het oog. Maar dan is het goed te benadrukken dat het niet gaat over het aansprakelijkheidsrecht als systeem maar om een enkele, zij het belangrijke, bepaling uit dit systeem.

3. KARAKTERISTIEKEN VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

A. Inleiding

Steeds meer slachtoffers doen een beroep op het aansprakelijkheidsrecht. Het wordt ze echter in het aansprakelijkheidsrecht in beginsel niet makkelijk gemaakt: in het aansprakelijkheidsrecht gaat het niet alleen om vergoeding. Niet ieder slachtoffer zal vergoeding vinden in het aansprakelijkheidsrecht. Slachtoffers zullen een *grond* voor verplaatsing moeten aangeven. Men heeft niet zonder meer recht op vergoeding. Uiteindelijk zal men zelfs vrij hoge drempels moeten slechten, voordat men met recht vergoeding krijgt toegewezen²⁴.

B. De hoge drempels van het aansprakelijkheidsrecht

Wat houden deze drempels in? Wanneer heeft de gelaedeerde recht op vergoeding van zijn schade? In het huidige recht dient zich een drietal typen van aansprakelijkheid aan²⁵. Buiten het geval van (1) toerekenbaar onrechtmatig handelen kan aansprakelijkheid worden gegrond op (2) een aansprakelijkheid voor andermans onrechtmatig gedrag of (3) een aansprakelijkheid voor zaken. In dit kader is sprake van een ontwikkeling van 'schuld' naar 'risico' die niet alleen heeft geleid tot invoering en uitbreiding van de laatste twee vormen van aansprakelijkheid, maar die ook heeft geleid tot een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig gedrag²⁶. Zie ook nog hierna.

C. Drie typen van aansprakelijkheid; gemene deler

Het slachtoffer kan derhalve een drietal verschillende typen van aansprakelijkheid in stelling brengen die echter gemeen hebben dat, of het nu om schuld- of risicoaansprakelijkheid gaat, steeds *enig* tekortschieten van personen of zaken in het geding is²⁷. Dit tekortkomingaspect is evident bij de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatig gedrag, doch ook heel duidelijk bij de aansprakelijkheid voor andermans onrechtmatig gedrag. Aansprakelijkheid van de een, veronderstelt daarbij aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad van de ander, de handelende persoon. Ook bij de aansprakelijkheden voor zaken kan het beeld van de tekortkoming goed worden gebruikt. Zo is voor verschillende aansprakelijkheden gebrekkigheid van de zaak vereist (art. 6:173, 174, 185 BW) en zo is bij diverse aansprakelijkheden in het kader van de verweermogelijkheden een koppeling gemaakt met de persoonlijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (tenzij-formule, (art. 6:173, 174, 179 BW); art. 6:178 BW).

24. Wij laten hier de feitelijke/sociale drempels als kosten en moeite en toegankelijkheid van de rechtshulp buiten beschouwing en beperken ons tot de meer inhoudelijke juridische drempels.

25. Zie Nieuwenhuis, in *(Nieuw) BW en personenschade*, LSA-1992, 1 e.v.

26. Zie uitgebreid Van Maanen, G., Spier, J. en Sterk, C.H.W.M. in Raaijmakers e.a. (red.), *Aansprakelijkheden*, 1990, 65 e.v.

27. Zie Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997, nrs. 22 e.v.

Uiteraard bestaan er evidente verschillen tussen de genoemde typen aansprakelijkheid. In de regel is het ook beter op de verschillen te wijzen. In dit kader echter zouden wij het *gemeenschappelijke* willen benadrukken: bij toepassing van ieder type van aansprakelijkheid, of het nu 'schuld'- of 'risicoaansprakelijkheid' betreft, valt in verreweg de meeste gevallen uiteindelijk enig tekortschieten als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid aan te wijzen. Anders gezegd, in ons recht bestaat eigenlijk nauwelijks aansprakelijkheid zonder dat van enig tekortschieten sprake is. Hiermee is niet gezegd dat tekortschieten steeds voorwaarde voor aansprakelijkheid is. Ook in die gevallen waarin dat inderdaad niet nodig is, gaat het in de regel echter wel om situaties die in de sleutel van enig tekortschieten van personen of zaken kunnen worden gezet.

Deze 'tekortkoming' is niet het enige vereiste voor aansprakelijkheid. Van belang is verder de causale relatie met de schade. De schade moet op de tekortkoming zijn terug te voeren. Min of meer complementair is de regel dat schade die de gelaedeerde zelf veroorzaakt, althans schade die aan de gelaedeerde zelf kan worden toegerekend, als 'eigen schuld' voor zijn rekening dient te blijven (art. 6:101 BW).

D. Hoge beloning

Met de eigen schuld is ook meteen een belangrijke uitzondering genoemd op het uitgangspunt van *volledige vergoeding* dat zo kenmerkend is voor het aansprakelijkheidsrecht. Wie in de prijzen van het aansprakelijkheidsrecht valt, krijgt in beginsel zijn volledige vermogensschade vergoed en onder voorwaarden ook nog vergoeding van immateriële schade.

De gelaedeerde heeft recht op een hoge beloning, wanneer hij de relatief hoge drempels heeft geslecht: hij krijgt volledige vergoeding van zijn schade wanneer er (1) een causale relatie is te leggen met (2) een aanknopingspunt in het aansprakelijkheidsrecht: 'een tekortkoming'. Is de schade echter mede een gevolg van (3) 'eigen schuld' dan blijft de schade in beginsel in zoverre voor rekening van het slachtoffer²⁸. Dat is uiteraard anders indien en voor zover hij een ander vergoedingsmechanisme in stelling kan brengen. In veel gevallen kan dat ook.

Buiten het aansprakelijkheidsrecht zijn er twee andere belangrijke vergoedingssystemen: dat van de private verzekeringen voor eigen schade en dat van de sociale zekerheid, waaronder voor deze gelegenheid ook de sociale verzekeringen en de loondoorbetalingverplichting van de werkgever worden begrepen⁽²⁹⁾. Deze twee stelsels verschillen op belangrijke punten van het aansprakelijkheidsrecht.

In een stelsel van private schadeverzekering (first party-verzekering) verkrijgt men tegen betaling van premie een recht op uitkering voor het geval zich een bepaalde (onzekere) gebeurtenis voordoet. Dit stelsel verschilt van dat van het aansprakelijkheidsrecht. Zo is niet steeds sprake van volledige vergoeding: men heeft soms bijvoorbeeld slechts recht op betaling van een vooraf overeengekomen bedrag. Verder staat de verzekering in beginsel neutraal tegenover de oorzaak van het intreden van de gebeurtenis en doet 'eigen schuld' van de uitkeringsgerechtigde in beginsel niet ter zake.

Het stelsel van sociale zekerheid ligt als vergoedingssysteem veel dichter bij dat van de private schadeverzekering dan dat van het aansprakelijkheidsrecht. In de kern is sociale zekerheid een publieke first party-verzekering. Evenals bij private verzekering is sprake van een laagdrempelig systeem: men

28. Hierbij zij overigens direct toegegeven dat het technisch gezien gaat om een verweermiddel voor de aansprakelijke persoon: hij zal moeten aangeven dat er van eigen schuld sprake is. Vgl. de kritiek van Dommering-van Rongen, "Boekbespreking", *NTBR* 1998, 153 op het beeld van de drempel.

29. Zie uitgebreid met verdere verwijzingen Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997, nrs. 21 e.v.

heeft recht op een uitkering, in beginsel ongeacht de oorzaak van de ziekte of de arbeidsongeschiktheid. Ook 'eigen schuld' van de uitkeringsgerechtigde heeft in beginsel geen gevolgen voor het recht op uitkering. Een zeer belangrijk verschil heeft betrekking op de vergoedingsomvang. Waar in het aansprakelijkheidsrecht volledige vergoeding vooropstaat, gaat het in de sociale zekerheid eigenlijk per definitie om een in tijd en omvang beperkte vergoeding.

4. ONDERLINGE VERHOUDING: REGRES

Het aansprakelijkheidsrecht, private verzekeringen en sociale zekerheid. Drie verschillende vergoedingssystemen. Zij hebben hun vergoedingsfunctie gemeen. Doch in de uitoefening van deze functie lopen zij uiteen. Een vraag die noodzakelijkerwijs rijst, nu ontstane schade onder het regime van meerdere systemen kan vallen, is hoe de onderlinge verhouding is. Hoe staan de systemen tegenover elkaar? Een drietal stelsels komt voor³⁰.

In het eerste stelsel wordt het aansprakelijkheidsrecht verdrongen door een ander vergoedingssysteem. Dit stelsel heeft lange tijd de bedrijfsongevallen beheerst. De Ongevallenwet 1901 gaf de werknemers sociale zekerheid en de werkgevers immuniteit voor aansprakelijkheid³¹. In het tweede stelsel, aan de andere kant van het spectrum, trekken zij zich niets van elkaar aan. Vanuit de gelaedeerde bekeken cumuleren de vergoedingen. Zo blijven uitkeringen uit sommenverzekering in het aansprakelijkheidsrecht in beginsel buiten beschouwing.

Tussen deze twee uitersten zit het veel voorkomende stelsel dat inhoudt dat in het aansprakelijkheidsrecht rekening wordt gehouden met uitkeringen op basis van andere vergoedingssystemen. Deze moet de rechter in mindering brengen op de schadevergoeding die op basis van het aansprakelijkheidsrecht wordt toegekend. Deze zogenaamde *verplichte voordeelstoerekening* is in de regel gekoppeld aan een recht van de uitkerende instantie de uitkeringen te verhalen op de aansprakelijke persoon: een *regresrecht*. Het regresrecht voorkomt dus dat de veroorzaker profiteert van het feit dat het slachtoffer verzekerd is. De totale schadelast komt via vergoeding aan het slachtoffer (top van het inkomen en smartegeld) en na regres door de uitkerende instantie (uitkeringen) voor rekening van de veroorzaker.

Dit stelsel vindt men bijvoorbeeld terug in de WAO, de ZFW, de ZW, de AWBZ en de ANW. De actuele ontwikkelingen in verband met regres komen verder in het volgende hoofdstuk aan bod.

5. ONTWIKKELINGEN IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: VERLAGING VAN DREMPELS?

A. Inleiding

In toenemende mate doet men een beroep op het aansprakelijkheidsrecht. Ongetwijfeld gaat het daarbij eerst en vooral om de hoge beloning die in dit stelsel wordt gegeven. De luxe van volledige vergoeding plus smartegeld krijgt men alleen hier. Daarvoor moet men echter wel hoge drempels over. Intussen is duidelijk dat het aansprakelijkheidsrecht zich ontwikkelt: het dijt uit. Om in de beeldspraak te blijven: er lijkt sprake van verlaging van drempels.

Het heeft weinig zin in dit kader over te doen wat anderen reeds voor ons hebben gedaan. Er ligt een inventarisatie van de hand van Bolt en Spier met betrekking tot de uitdijende reikwijdte van het

30. Zie in dit verband Bloembergen, A.R., in *Schade lijden en schade dragen*, NJB boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 15-16 en Schut, G.H.A., *Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1997, § 2.

31. Zie Schwitters, R.S.J., "Riskante aansprakelijkheid", *Recht en kritiek*, 1991, 5 e.v.

aansprakelijkheidsrecht³², die nog steeds actueel is. Van een tegengestelde tendens is in ieder geval geen sprake, eerder zet de uitdijning zich voort³³.

Een aantal kenmerkende ontwikkelingen wordt van kort commentaar voorzien. Het gaat daarbij om de ontwikkelingen die in de sleutel van verlaging van de relatief hoge drempels uit het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden geplaatst. Welke ontwikkelingen verdienen bespreking vanuit dit perspectief?

B. Meer risicoaansprakelijkheid

In de eerste plaats is met het huidige burgerlijk wetboek een relatief groot aantal nieuwe risicoaansprakelijkheden geïntroduceerd: aansprakelijkheden voor andermans onrechtmatig gedrag en aansprakelijkheden voor zaken of stoffen.

Naast de reeds bekende aansprakelijkheid voor ouders (art. 6:169 BW) en voor ondergeschikten (art. 6:170 BW) is er inmiddels:

- een aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW); en
- een aansprakelijkheid voor vertegenwoordigers (art. 6:172 BW).

Op het terrein van de aansprakelijkheid voor zaken kennen we naast de aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW):

- een aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW);
- een aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW), die uitgebreider is dan het oude art. 1405 BW en
- een aansprakelijkheid voor gebrekkige producten (art. 6:185 e.v. BW). Tenslotte maakt sinds 1995 een regeling van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen c.a. (art. 6:175 e.v. BW) deel uit van ons recht.

Recentelijk is - in verband met de problemen op het terrein van voedselveiligheid – bovendien uitbreiding gegeven aan het bereik van de regeling der productaansprakelijkheid. Zie nog hierna.

Duidelijk is dat men in geval van risicoaansprakelijkheid de 'dader' relatief gemakkelijk aansprakelijk kan stellen.

C. Toenemend belang van verkeers- en veiligheidsnormen

Van belang is dat een aantal van genoemde aansprakelijkheden vooral ook bedoeld is om bescherming te bieden tegen het risico van letsel en zaaksbeschadiging. Bij de diverse aansprakelijkheden voor zaken is dat evident. Veiligheid staat hoog op de agenda. Dat blijkt ook nog eens duidelijk uit het groeiende belang van de categorie verkeers- en veiligheidsnormen.

Schending van een dergelijke norm heeft een bijna beslissende betekenis voor de aansprakelijkheidsvraag. Het arrest inzake Tamara van Uitert (Lekkende kruik II) is hier illustratief³⁴. Met de schending van het voorschrift dat de Stichting Kraamzorg aan haar kraamverzorgsters geeft, is nu dit voorschrift pasgeborenen beoogt te beschermen, behoudens bijzondere omstandigheden aansprakelijkheid gegeven. De *enkele*

32. Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, 1996.

33. Zie Spier, J., *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Deventer, Kluwer, 1999 en Hartlief, T., "Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000", *NTBR*, 2001, 20-35.

34. HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB).

schending van een dergelijke norm brengt aansprakelijkheid met zich³⁵: voor aansprakelijkheid is niet vereist dat onderzocht wordt of de schending onzorgvuldig is.

Verder heeft de schending van verkeersnormen en veiligheidsnormen invloed in het kader van de vraag wie de bewijslast heeft met betrekking tot (het ontbreken van) het in beginsel vereiste *condicio sine qua non*-verband tussen schade en gedraging. In afwijking van hetgeen ex art. 177 Rv. zou gelden, heeft de Hoge Raad in het kader van schending van dergelijke normen beslist dat het causale verband in beginsel gegeven is, wanneer sprake is van een normschending en een in beginsel daarbij passend ongeval. Het is dan aan de overtreder van de norm om anders te bewijzen³⁶.

Bovendien is de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm van groot belang voor de omvang van de vergoedingsplicht. Zo is in het kader van de causaliteit een zeer ruime toerekening aangewezen, ook van allerlei wonderlijke ongevalgevolgen waaronder bijzondere lichamelijke en geestelijke gesteldheden aan de zijde van de gelaedeerde³⁷.

Juist in dit kader heeft de Hoge Raad nog niet eens zo lang geleden aangenomen dat de verkeers- en veiligheidsnormen niet geschreven behoeven te zijn, doch ook ongeschreven kunnen zijn: is bijvoorbeeld een ziekenhuis tekortgeschoten in de zorgvuldigheid die het met het oog op de veiligheid van een patiënt in acht had moeten nemen, dan heeft het een veiligheidsnorm geschonden³⁸. Ook dan geldt de ruime causaliteitstoerekening. Bovendien wordt in dit kader wel aangenomen dat minder snel eigen schuld kan worden aangenomen dan normaal gesproken het geval zou zijn³⁹.

Ook hier is duidelijk dat van relatieve verlaging van drempels sprake is: de tekortkoming wordt snel aangenomen, terwijl de gelaedeerde ook op het punt van het causale verband wordt tegemoetgekomen en eventuele eigen schuld niet snel als rechtens relevant in aanmerking wordt genomen.

D. Afwenteling van causaliteitsonzekerheid

Als één van de relatief hoge drempels uit het aansprakelijkheidsrecht hebben wij gepresenteerd de causale relatie tussen 'tekortkoming' en schade. Er moet in eerste instantie althans sprake zijn van een *condicio sine qua non*-verband. Opmerkelijk zijn daarom die beslissingen van de Hoge Raad waarin afstand wordt genomen van het *condicio sine qua non*-verband ten laste van de aangesproken persoon⁴⁰.

Natuurlijk heeft de wetgever met art. 6:99 BW inzake alternatieve causaliteit zelf mogelijk gemaakt dat afstand wordt genomen van het *condicio sine qua non*-verband, maar de Hoge Raad heeft deze regel wel op een zeer bijzondere wijze toegepast in de DES-zaak⁴¹. Ingevolge het arrest kan iemand die schade lijdt, veroorzaakt door een gebrekkig product dat door verschillende producenten in het verkeer is gebracht, zijn schade vergoed krijgen als hij wél in staat is te bewijzen dat de schade is veroorzaakt door dat product, maar niet kan aantonen welke producent het product heeft vervaardigd dat in zijn geval tot de schade heeft geleid. Van diverse tegen toepassing van art. 6:99 BW aangevoerde bezwaren is de Hoge Raad niet onder

35. Zie recentelijk ook HR 2 maart 2001, *RvdW* 2001, 62.

36. Zie onder meer HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55; HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95 en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (PAS). De Hoge Raad heeft deze lijn zelfs doorgetrokken naar gevaarzetting in het algemeen. Zie HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (WMK) Dicky Trading II en HR 19 januari 2001, *RvdW* 2001, 34.

37. Zie duidelijk HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (GJS).

38. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (CJHB).

39. Zie in dit verband Schadevergoeding, aant. bij art. 101 (Boonekamp).

40. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB). Zie in dit kader overigens met verdere verwijzingen Akkermans (1997) alsmede in kritische zin Peepkorn, *VR*, 1998, 321 e.v.

41. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB).

de indruk. De consequentie van toepassing van art. 6:99 BW in een casus als in het DES-arrest is dat in beginsel iedere producent van DES aansprakelijk is voor de gehele markt. A-G Hartkamp had juist een tussenoplossing voorgesteld: een marktdeelaansprakelijkheid. De Hoge Raad wil er vooral om redenen van slachtofferbescherming niet aan.

Verder kan worden gewezen op het afwentelen van causaliteitonzekerheid op de werkgever in gevallen waarin de werknemer is blootgesteld aan bepaalde gevaarlijke stoffen. Illustratief is in dit kader de beslissing in het arrest Cijssouw/De Schelde: de onzekerheid omtrent het zeer relevante tijdstip waarop de betrokken werknemer het bewuste asbestkristal had ingeademd, werd voor rekening van de werkgever gebracht⁴². De gevolgen van deze afwenteling van de causaliteitonzekerheid voor de verzekerbaarheid worden verder besproken in hoofdstuk 5.

E. Ontwikkelingen op de terreinen van 'verkeer' en 'arbeid'

Meest spectaculair zijn de ontwikkelingen op de terreinen van verkeer en arbeid⁴³. Die laatste worden later uitgebreider besproken omdat ondermeer de arbeidsgerelateerde risico's het voorwerp van dit onderzoek vormen⁴⁴. In het kader van art. 31 WVV (oud)/art. 185 WVV wordt het overmachtverweer reeds lang restrictief uitgelegd, doch voor de kinderen jonger dan 14 jaar is het min of meer afgeschaft⁴⁵. Ook eigen schuld kan deze slachtoffers eigenlijk niet worden aangerekend⁴⁶. Per saldo is sprake van een 100%-regel. Voor de oudere slachtoffers heeft de Hoge Raad het overmachtverweer gehandhaafd⁴⁷, doch heeft hij wel een bijzonder eigen schuldregime afgekondigd dat bekend staat als de 50%-regel⁴⁸. Uiteindelijk betekent dit dat al snel aansprakelijkheid bestaat, terwijl er relatief weinig ontsnappingsmogelijkheden zijn en dat geldt zowel in de fase van vestiging als van omvang van de aansprakelijkheid. In het wetsvoorstel verkeersongevallen, dat overigens, dat is wel zeker, niet ongeschonden de eindstreep zal halen, wordt deze lijn zelfs nog doorgetrokken.

Vergelijkbare ontwikkelingen doen zich voor op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid. Het is weliswaar zo dat art. 7:658 BW dogmatisch een aansprakelijkheid voor tekortschieten is; die tekortkoming wordt soms snel aangenomen⁴⁹. Intussen wordt ook met enige regelmaat gepleit voor het schrappen van de eis van tekortschieten en het introduceren van 'risicoaansprakelijkheid' waarmee dan een soort absolute aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten wordt bedoeld. Uiterst relevant in dit kader is dat de Hoge Raad het bereik van het eigen schuldverweer in dit verband min of meer geminimaliseerd⁵⁰. Zie voor een nadere meer uitgebreide bespreking hierna in § 4.

F. Ontwikkelingen niet beperkt tot personenschade

Men hoede zich ervoor te denken dat de ontwikkelingen beperkt zijn tot het terrein van de personenschade. Ook op andere terreinen doen zich opmerkelijke ontwikkelingen voor.

42. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS).

43. Zie Hartlief, T., "De zwakke verkeersdeelnemer", *TPR*, 1996, 1271 e.v.

44. Zie daarover verder in § 4 van dit hoofdstuk.

45. HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721 (CJHB).

46. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 (CJHB).

47. HR 5 december 1998, *NJ* 1998, 209.

48. HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (CJHB) en HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236 (CJHB).

49. Zie bijvoorbeeld HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45.

50. Zie HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 (PAS); HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 (PAS), HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (PAS) en HR 11 september 1998, *NJ* 1998, 870. Deze rechtspraak in verband met werkgeversaansprakelijkheid wordt verder besproken in § 4.

Zo trekt ook het terrein van de beroepsaansprakelijkheid de aandacht. In de rechtspraak van de Hoge Raad komt men onder meer accountants, artsen, advocaten, belastingadviseurs, gerechtsdeurwaarders en notarissen tegen. Vooral de artsen en notarissen zorgen voor rechtspraak. In de sfeer van de medische aansprakelijkheid heeft de Hoge Raad een van de meer omstreden vorderingen, die inzake wrongful birth, recentelijk erkend⁵¹. Een meer algemene ontwikkeling op dit terrein doet zich voor in de sfeer van aansprakelijkheid van dienstverlener jegens derden, niet-cliënten⁵². Het kan zeer wel zijn dat bij de betrokken dienstverlening ook de belangen van anderen dan de cliënt betrokken zijn althans dat men als derde wordt geconfronteerd met de gevolgen van het handelen van de beroepsbeoefenaar. Denk wat dit laatste betreft aan de gevallen waarin men afgaat op informatie van een accountant, of op een akte of informatie van een notaris. Zeer relevant is de vraag of en zo ja in hoeverre deze beroepsbeoefenaren ook rekening moeten houden met deze derden. Er valt een zekere neiging onder deze derden te bespeuren om inderdaad claims in te dienen. In het kader van de notariële aansprakelijkheid heeft de Hoge Raad inmiddels beslist dat de notaris jegens bepaalde derden tot een bijzondere zorg gehouden is. In het kader van de Tilburgse Hypotheek Bankaffaire is de vraag aan de orde of de notaris niet alleen aansprakelijk is jegens de THB, zijn cliënt, maar tevens jegens de (gezamenlijke) schuldeisers van de THB. De Hoge Raad stelt dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijkwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënte van hem verlangde ambtsverrichtingen⁵³.

Vergelijkbaar zijn de ontwikkelingen op een nieuw terrein dat dicht aan zit tegen de beroepsaansprakelijkheid: de bancaire aansprakelijkheid⁵⁴. Vooral ook in de rechtspraak van de Hoge Raad krijgen de banken ervan langs. De meer recente rechtspraak heeft betrekking op onder meer: het verschaffen van informatie over kredietwaardigheid aan derden; een misleidend emissieprospectus en het informeren over de risico's verbonden aan de optiehandel⁵⁵. En ook hier is de vraag jegens wie de bank een zorgplicht heeft: gaat het alleen om directe cliënten of ook om bepaalde derden? Het ligt in de lijn der verwachting dat ook de bank zich niet alleen over cliënten hoeft te ontfemen maar tot een verdergaande zorg ook jegens bepaalde anderen verplicht is⁵⁶.

Op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid verdient de vergaande aansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen bijzondere vermelding. Ingevolge inmiddels vaste rechtspraak van de Hoge Raad levert iedere vernietiging van een overheidsbesluit door de administratieve rechter in beginsel aansprakelijkheid van de overheid ex art. 6:162 BW op, zelfs wanneer het overheidslichaam geen verwijt kan worden gemaakt⁵⁷. In dat geval wordt toerekening krachtens de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW) aangenomen. Afgezien van het meer theoretische uitzonderingsgeval van de 'bijzondere omstandigheden' kan hooguit een causaliteitsverweer of een eigen schuldverweer uitkomst bieden⁵⁸.

Het is maar een enkel voorbeeld en geeft dus in het geheel geen compleet overzicht. Het is ons er op dit moment slechts om te doen aan te geven dat de ontwikkelingen zich op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht niet tot personenschade beperken.

51. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (CJHB) Wrongful birth.

52. Zie vooral Van den Akker, E.J.A.M., *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. KUB, Den Haag 2001.

53. HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 627-629 (WMK) THB.

54. Zie met verdere verwijzingen Bank & aansprakelijkheid (Tjittes, R.P.J.L. en Blom red.), 1996.

55. HR 10 december 1993, *NJ* 1994, 667 (PvS), HR 2 december 1994, *NJ* 1996, 246 (DWFV), HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (C.J. van Zeben) en HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (C.J. van Zeben).

56. Zie in dit verband Tjittes, R.P.J.L., in *Geldefecten*, Jonge Balie-congresbundel, 1997, 155 e.v. en Van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. KUB, Den Haag 2001.

57. Deze leer is duidelijk terug te vinden in HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 (CJHB), HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 (CJHB) alsmede in HR 1 juli 1993, *NJ* 1995, 150 (CJHB). Zie ook nog HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 87 en 88 (ARB).

58. Zie in dit kader HR 22 april 1994, *NJ* 1997, 396 (MS) GE/Den Haag en HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999, 756

G. *Samengevat*

Zoveel is zeker, het aansprakelijkheidsrecht dijt uit. Dat geldt in het bijzonder het terrein van de letselschade. Vooral 'verkeer' en 'arbeid' staan hoog op de agenda. Het is natuurlijk ook zo dat letsel de meest ingrijpende vorm van schade is die de mens kan overkomen. Het is bovendien zo dat veel ongelukken vallen te voorkomen. Bij verkeer en arbeid kan men bovendien nog wijzen op een duidelijke 'vervuiler': het gemotoriseerd verkeer respectievelijk de werkgever. Daar komt nog bij dat er op deze terreinen een duidelijk wettelijk aanknopingspunt is voor vergaande bescherming⁵⁹; respectievelijk art. 185 VVW en art. 7A: 1638x/7:658 BW. De tendens van uitdijing is echter niet beperkt tot het terrein van letselschade. Dat wijzen de ontwikkelingen met betrekking tot beroeps- en overheidsaansprakelijkheid duidelijk uit. Hier zijn de trefwoorden vooral: deskundigheid en monopoliepositie. Voor een aantal diensten is men nu eenmaal op bepaalde beroepsgroepen dan wel de overheid aangewezen. Keuzevrijheid is er niet.

Hierna zal worden ingegaan op de mogelijkheden die het hedendaagse aansprakelijkheidsrecht biedt in het kader van schade die is ontstaan als gevolg van één van de in dit onderzoek centraal gestelde nieuwe risico's. In § 4 staat werkgeversaansprakelijkheid centraal, terwijl in de daaropvolgende paragrafen de andere nieuwe risico's aan de orde worden gesteld.

§ 3. **Aansprakelijkheidsrecht in rechtseconomisch perspectief**

Na de schets van deze hoofdlijnen van het aansprakelijkheidsrecht lijkt het echter van belang eerst enige nadere aandacht te besteden aan de rechtseconomische beginselen van het aansprakelijkheidsrecht. Deze benadering is interessant omdat in de rechtseconomie, zoals hieronder zal worden betoogd en in § 2 al even is aangestipt, de preventie van ongevallen hoog in het vaandel staat. Voor de rechtseconoom is, veel minder dan voor vele juristen, vergoeding van slachtoffers geen doel op zichzelf. De schadeloosstelling aan het slachtoffer wordt veeleer beschouwd als een instrument om de dader ertoe aan te zetten zorgvuldig te handelen. Het spreekt voor zich dat deze preventiegedachte ook in het kader van mogelijke schade veroorzaakt door nieuwe risico's essentieel is. Juist daarom zal nu eerst worden stilgestaan bij de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht kan worden aangewend om deze preventieve werking te kunnen uitoefenen.

Overigens is die rechtseconomische analyse, waarbij er van wordt uitgegaan dat het aansprakelijkheidsrecht het gedrag van partijen stuurt, ook in het kader van de verzekeraarbaarheid, die verderop aan bod zal komen, van groot belang. Hierna zal namelijk worden betoogd dat wanneer de rechtseconomische functie van het aansprakelijkheidsrecht wordt gerespecteerd, dat wil zeggen dat het aansprakelijkheidsrecht wordt ingezet om prikkels tot vermindering van ongevallen te geven, ook in belangrijke mate het risico van een onverzekerbare aansprakelijkheid kan worden vermeden.

1. PREVENTIEVE WERKING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De basisidee bij het gebruik van aansprakelijkheidsregels is dat zij kunnen bijdragen tot preventie van ongevallen en dus tot een verhoging van de arbeidsveiligheid door de preventieve werking die van een mogelijke aansprakelijkheidsstelling zal uitgaan. Het idee dat een dader ex post gehouden zal zijn het slachtoffer schadeloos te stellen zal hem ex ante prikkels geven tot zorgvuldig gedrag. Bij schuldaansprakelijkheid kan deze prikkel vrij eenvoudig worden gegeven omdat de dader zal beseffen dat

59. Aan de andere kant is de koers met betrekking tot letselschade niet alleen maar een in de richting van vergaande slachtofferbescherming. Bij ongevallen in de huiselijke sfeer is de rechtspraak terughoudender. Zie hiervoor onder andere HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 (CJHB) en HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 (JH).

hij door het aanwenden van de in het recht vereiste betamelijke zorg kan vermijden zijn slachtoffer schadeloos te moeten stellen. Ook risicoaansprakelijkheid zal prikkels geven tot preventie. Bij risicoaansprakelijkheid wordt de na te leven zorgstandaard echter niet door het recht zelf gegeven zoals bij schuldaansprakelijkheid, maar zal de dader zelf in een marginale kosten / marginale batenafweging dienen te achterhalen wat de optimale zorgstandaard is⁶⁰. Toegepast op bijvoorbeeld de arbeidsveiligheid betekent dit dat de vraag of de werkgever een extra veiligheidsmechanisme ter bescherming van zijn werknemers zal invoeren onder een regime van schuldaansprakelijkheid in de beoordeling van de in het recht betamelijke zorg zal worden geïncorporeerd. Bij de beoordeling van de vraag of de werkgever onrechtmatig heeft gehandeld zou de rechter dan tot het oordeel kunnen komen dat er sprake van schuld is omdat de werkgever verzuimde het veiligheidsmechanisme in te voeren, hoewel dit aan relatief lage marginale kosten een behoorlijke vermindering van het risico op arbeidsongevallen had kunnen meebrengen. Het signaal dat daarmee vanuit het aansprakelijkheidsrecht wordt gegeven zou de werkgever dus kunnen aansporen tot het inzetten van dergelijke optimale veiligheidssystemen omdat hij daardoor het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kan vermijden. Hetzelfde resultaat, namelijk het invoeren van het optimale preventiemechanisme, zou ook onder een regime van risicoaansprakelijkheid kunnen worden bereikt. In dat geval wordt de integrale schadelast naar de werkgever verschoven die derhalve zelf zal dienen na te gaan hoe hij zijn eigen verwachte inkomen kan optimaliseren. Welnu, hij kan dit doen door de invoering van een veiligheidsmechanisme waarvan de marginale kosten lager zijn dan de opbrengst die bestaat in de reductie van het risico op ongevallen. Zou de werkgever minder preventieve maatregelen aanwenden, dan zou het ongevalsrisico relatief te hoog blijven en is hij, omdat hij alle schade dient te vergoeden, dus een dief van zijn eigen portemonnee. Door een aanvullende investering in het efficiënte preventiemechanisme kan hij het ongevalsrisico positief beïnvloeden en dus de kans dat hij tot schadeloosstelling gehouden zal zijn.

2. SCHULD- OF RISICOAANSPRAKELIJKHEID?

Betekent dit dan dat er tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid helemaal geen verschil bestaat? Uiteraard wel. Een eerste verschil betreft de vraag wie de noodzakelijke informatie dient te hebben om uit te vinden wat nu het optimale preventiemechanisme is om ongevallen te voorkomen. Bij schuldaansprakelijkheid wordt dit signaal in beginsel door de rechtspraak gegeven via de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de werkgever. Dit betekent dat een rechter *ex post* bij een aansprakelijkheidsbeoordeling de nodige informatie zal moeten hebben over de vraag of de door de rechter toegepaste preventiemechanismen als voldoende kunnen worden beschouwd of dat hij aanvullende zorg had kunnen uitoefenen bij relatief lage kosten, zodat zijn gedrag als onrechtmatig dient te worden bestempeld. Bij risicoaansprakelijkheid is de taak van de rechter in zekere zin eenvoudiger. Hij dient alleen vast te stellen dat schade werd veroorzaakt, dat er een relatie bestaat met de bedrijfsactiviteit en dat de werkgever bijgevolg aansprakelijk is. De vraag hoe deze schade door efficiënte preventieve maatregelen had kunnen worden voorkomen wordt bij risicoaansprakelijkheid dus geheel voor rekening van de aansprakelijke werkgever gelaten.

Wat volgt daaruit? Indien men meent dat de werkgever beter in staat is dan de rechter om te beoordelen wat het optimale niveau van arbeidsveiligheid is zal risicoaansprakelijkheid de voorkeur genieten boven schuldaansprakelijkheid. Is het omgekeerde het geval, dan gaat de voorkeur eerder uit naar schuldaansprakelijkheid. Voor de beantwoording van deze vraag in concreto lijkt het belangrijk na te gaan met wat voor werkgever we te maken hebben. De situatie in het midden- en kleinbedrijf is totaal verschillend van die in grote ondernemingen. Laatstgenoemde zullen veelal betere informatie hebben dan

60. Zowel risicoaansprakelijkheid als schuldaansprakelijkheid leiden dus in beginsel tot prikkels voor optimale zorg. Zie daarover Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheids-regulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 80-81.

de rechter om te achterhalen wat het optimale veiligheidsmechanisme was, terwijl dit bij het midden- en kleinbedrijf vaak veel moeilijker zal liggen.

Er is nog een tweede belangrijk verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid dat veeleer te maken heeft met een distributioneel verschil tussen beide aansprakelijkheidsregels. Als de in het recht vereiste betamelijke zorg, door de schuldaansprakelijkheid, door de werkgever wordt nageleefd, dan zal hij in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden en zal derhalve het slachtoffer geen recht op schadeloosstelling hebben. Bij risicoaansprakelijkheid is nu juist het uitgangspunt dat de werkgever het slachtoffer steeds integraal dient schadeloos te stellen. Indien geen behoorlijke schadeverzekering voor het slachtoffer beschikbaar is en aansprakelijkheidsregels derhalve voor compensatoire doelstellingen dienen te worden gebruikt zou ook dit een voordeel voor risicoaansprakelijkheid kunnen opleveren. Op het eerste gezicht lijkt dit argument in de Nederlandse sociale zekerheidsstaat niet erg overtuigend omdat slachtoffers via het systeem van sociale zekerheid in beginsel wel vergoeding krijgen, ten minste voor inkomensverlies en medische kosten. Maar ook daar is thans een duidelijke tendens kenbaar. Zie hierna hoofdstuk 3.

Nochtans ligt de belangrijkste reden voor risicoaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen vermoedelijk niet in de compenserende functie van risicoaansprakelijkheid, doch veeleer in de voordelen die deze regel biedt op preventief vlak. In de literatuur is aangegeven dat het grote voordeel van risicoaansprakelijkheid hierin gelegen is dat een potentiële dader alle voorzorgsmaatregelen zal treffen om het ongeval te vermijden, ook indien deze niet in de zorgstandaard die bij de beoordeling van de schuldaansprakelijkheid een rol speelt, kunnen worden geïncorporeerd. Is men dus van mening dat het vooral de werkgever is die de totstandkoming van een arbeidsongeval kan voorkomen of bevorderen dan ligt risicoaansprakelijkheid veeleer in de rede. Daarvoor zijn natuurlijk wel wat argumenten te geven. Hoewel een werknemer door voorzichtigheid bij de bediening van bepaalde apparatuur ongetwijfeld ook zijn steentje kan bijdragen aan de preventie van ongevallen zal het veiligheidsklimaat op het werk toch in belangrijke mate afhankelijk zijn van de algemene organisatie van de werkzaamheden door de werkgever, selectie en training van bekwaam personeel en aanschaf van veilig en beschermd materiaal, keuze voor het werken met ongevaarlijke stoffen, en dergelijke. Die beslissingen liggen principieel bij de werkgever. Hoewel die elementen wel degelijk het tot stand komen van een ongeval voor een belangrijk deel kunnen beïnvloeden, kan er bij het beoordelen van de schuldvraag bij onrechtmatige daad niet altijd rekening mee worden gehouden omdat sommige van die elementen moeilijk door de rechter kunnen worden herkend. Juist omdat de belangrijkste inspanningen op preventief vlak dus door de werkgever geleverd kunnen worden kan vanuit de rechtseconomische analyse van ongevallen een argument pro risicoaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen worden gegeven.

3. EMPIRIE EN NUANCERINGEN

Het aardige is dat dit niet slechts bij een theoretische beschouwing behoeft te blijven; Chelius heeft in een veel geciteerd onderzoek ook aangetoond dat het aantal arbeidsongevallen in de Verenigde Staten na de invoering van risicoaansprakelijkheid aanmerkelijk is gedaald⁶¹. Toch past bij dit resultaat van Chelius een belangrijke bedenking. Het betreft onderzoek dat werd uitgevoerd in de typisch Amerikaanse context, dat wil zeggen nagenoeg in afwezigheid van regulering. Het behoeft geen verbazing dat in een Amerikaans model waarbij de arbeidsveiligheid uitsluitend via het aansprakelijkheidsrecht werd afgedwongen een belangrijke verbetering kan worden gerealiseerd indien de schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid wordt verschoven, althans wat de preventieve inspanningen van de werkgever betreft. Gelet op

61. Chelius, J., "Liability for Industrial Accidents: a Comparison of Negligence and Strict Liability Systems", *Journal of Legal Studies*, 1974, 293-309; zie daarover ook Mackaay, E., "Veranderingen in het stelsel van Vergoeding en Verhaal van Schade", *NJB*, 1980, (813), 821.

de bewijsproblemen bij afwezigheid van regulering zal de schuld van de werkgever aan een arbeidsongeval niet gemakkelijk kunnen worden aangetoond. Een tweede nuancering bij een pleidooi pro risicoaansprakelijkheid betreft het feit dat ook steeds een juridisch mechanisme zal moeten worden ingevoerd dat ook het slachtoffer prikkels geeft tot ongevallenpreventie. Dit kan bestaan in een medeschuldverweer waarbij de aanspraken van het slachtoffer op schadevergoeding worden gereduceerd in de mate dat hij zelf aan de totstandkoming van het ongeval heeft bijgedragen. In de derde plaats is de invoering van risicoaansprakelijkheid slechts verantwoord indien het verzekeringstechnisch mogelijk is deze aansprakelijkheid te dekken. Schuldaansprakelijkheid zal bij de onvergoede slachtoffers een vraag naar verzekering doen ontstaan. Zij zullen een eigen, zogenaamde first party insurance (willen) afsluiten. Bij risicoaansprakelijkheid zal de aansprakelijke werkgever een aansprakelijkheidsverzekering, een zogenaamde third party insurance afsluiten. Indien men risicoaansprakelijkheid om compensatoire redenen invoert dient dan ook te worden nagegaan of de verzekeringsmarkt de mogelijkheid heeft een dergelijke verzekering onvoorwaardelijk aan te bieden⁶². Een vierde en bepaald niet onbelangrijke bedenking bij het onderzoek van Chelius is dat dit goed 10 jaar later flink is onderuitgehaald door Fishback die stelt dat de invoering van risicoaansprakelijkheid in de Amerikaanse wijnindustrie juist tot een verhoging van het aantal industriële ongevallen heeft geleid⁶³. Chelius zou verkeerde data hebben gebruikt⁶⁴. De stijging zou verklaard worden door een 'moreel risico', zijnde het probleem dat de zorg van werknemers ten gevolge van de integrale vergoeding afnam. Dit werd zelfs niet gecompenseerd door de extra inspanningen van de werkgever waartoe deze door de risicoaansprakelijkheid werd genoodzaakt⁶⁵.

4. VOORLOPIGE BEVINDINGEN

Wat volgt nu als voorlopige conclusie uit deze vergelijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht vanuit juridisch-dogmatisch perspectief (zoals geschetst in § 2) en vanuit rechtseconomisch perspectief? Het blijkt dat de juridische analyse, waarin ook preventie, vergoeding en kostenallocatie centraal worden gesteld in grote lijnen overeenstemt met de rechtseconomische analyse. Ook voor het juridisch debat is het van belang dat een aansprakelijkheidsstelling prikkels geeft tot vermijding van ongevallen en ook de compenserende functie van het aansprakelijkheidsrecht wordt in het juridisch debat gerelativeerd. Van belang is vooral dat het aansprakelijkheidsrecht voor de hiervoor geschetste dogmatische analyse noodzakelijkerwijze dient vast te knopen aan een tekortkoming van de dader. Ook dat stemt met de rechtseconomische analyse overeen. Hiervoor werd immers geschetst dat er weliswaar in sommige situaties argumenten zijn voor een risicoaansprakelijkheid (zij het dat ook dat weer werd genuanceerd), maar steeds zal de rechtseconoom uitgaan van een aansprakelijkheidsstelling in die situaties waarbij de dader door zijn gedraging een invloed op het ongevalsrisico kon uitoefenen. Wanneer het in het geheel niet mogelijk is voor de dader om via preventieve maatregelen het ongevalsrisico te beïnvloeden dan kan een aansprakelijkheidsstelling van het rechtseconomisch perspectief ook geen preventie bewerkstelligen. Dit is onder meer een belangrijk uitgangspunt voor de vraag of een aansprakelijkheid met terugwerkende kracht als efficiënt kan worden beschouwd.

Bovendien is van belang dat in de rechtseconomische analyse ook wordt benadrukt dat het juist in het belang van het slachtoffer lijkt te zijn om ook met diens eigen schuld rekening te houden. Het rekening houden met eigen schuld (waarbij een proportionele vermindering van de schadeloosstelling kan volgen) geeft, in deze rechtseconomische optiek, juist optimale prikkels tot reductie van ongevallen. Wanneer

62. Dat wij hier voorzichtig formuleren heeft hiermee te maken dat George Priest beweert dat de verzekeringscrisis in de Verenigde Staten in de jaren '80 voornamelijk is ontstaan door een verschuiving van first party naar third party liability insurance (zie Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590).

63. Fishback, P., "Liability Rules and Accident Prevention in the Workplace: Empirical Evidence from the Early Twentieth Century", *Journal of Legal Studies*, 1987, 305-328.

64. Fishback, P., *l.c.*, 318.

65. Fishback, P., *l.c.*, 324-325.

men, zoals de rechtseconoom, de preventie hoog in het vaandel heeft staan, is het juist van belang om alle partijen, dat wil zeggen dader en/of slachtoffer optimale prikkels te geven om efficiënte zorg aan te wenden die zij kunnen nemen om het ongeval te vermijden.

Op het terrein van de aansprakelijkheid voor de nieuwe risico's die in deze studie centraal staan, lijken er een aantal ontwikkelingen op handen te zijn waarbij die beginselen onder druk staan. Een eerste indruk van het beeld van het uitdijend aansprakelijkheidsrecht werd hierboven reeds geboden. In de navolgende paragrafen zal enerzijds worden onderzocht welke de mogelijkheden en beperkingen zijn van de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht op schade veroorzaakt door enkele van de nieuwe gezondheidsrisico's die in deze studie centraal staan. Daarnaast zal ook worden aangetoond hoe met betrekking tot sommige nieuwe gezondheidsrisico's (het gaat dan vooral om de arbeidsgerelateerde risico's) een tendens in de jurisprudentie te ontwaren valt om de voorwaarden voor aansprakelijkheid zodanig op te rekken dat, het is hiervoor reeds gesteld, mogelijk sprake zou kunnen zijn van een "socialisering" van het aansprakelijkheidsrecht. Die ontwikkeling is, zo zal in het volgende hoofdstuk (3) worden betoogd onwenselijk. Door deze toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht ontstaat mogelijks een verschuiving in de financiering van de gevolgen van gezondheidsrisico's, waardoor scheefgroei dreigt te ontstaan die de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid in gevaar brengt.

De lezer dient in het navolgende onderdeel dan ook een waarschuwing te zien: wanneer op bepaalde onderdelen wordt vastgesteld dat het twijfelachtig is of het aansprakelijkheidsrecht vandaag op schade veroorzaakt door bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's kan worden toegepast, is het antwoord niet onmiddellijk dat er actief moet worden gezocht in de richting van een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht om dit regime toch maar van toepassing te laten zijn op de schade veroorzaakt door de nieuwe gezondheidsrisico's. Van belang blijft het om het aansprakelijkheidsrecht slechts toe te passen in die situaties waar het ook de hiervoor geschetste preventieve werking kan hebben. Mocht dat ertoe leiden dat in bepaalde situaties slachtoffers van nieuwe risico's geen vergoeding zouden kunnen krijgen via het aansprakelijkheidsrecht (hiervoor is reeds gesteld dat juist omdat het aansprakelijkheidsrecht een randverschijnsel en luxe systeem is dit eerder uitzondering dan regel zou moeten zijn) dan dient wellicht naar andere oplossingen te worden gezocht om deze compensatie te garanderen.

§ 4. Nieuwe risico's en werkgeversaansprakelijkheid voor onveilige werkomgeving

1. ENKELE HOOFDLIJNEN

A. Inleiding

Voor de in dit onderzoek centraal gestelde aan de arbeid verbonden risico's zal werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW de belangrijkste grond voor vergoeding in het aansprakelijkheidsrecht zijn. Na enkele meer algemene thema's wordt uiteindelijk ingegaan op de betekenis van art. 7:658 voor de specifieke in dit onderzoek centraal gestelde beroepsziekten.

De genoemde bepaling vormt een van de meest vergaande aansprakelijkheden in het civiele recht⁶⁶. Het gaat hier weliswaar niet om een risicoaansprakelijkheid, doch om een aansprakelijkheid wegens toerekenbaar tekortschieten, zij het dat aan deze voorwaarde relatief snel is voldaan. Aan vermindering van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld van de werknemer komt men bovendien niet toe: de

66. Zie Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 2000.

aansprakelijkheid van de werkgever vervalt slechts ingeval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. In theorie zou bewuste roekeloosheid van de werknemer de werkgever in een aantal gevallen nog soelaas kunnen bieden, in de praktijk is dat niet het geval, omdat de Hoge Raad een uiterst restrictieve uitleg heeft gegeven aan dit begrip.

B. Invoering van art. 7:658 per 1 april 1997: omkering van de bewijslast en lichte stelplicht

Invoering per 1 april 1997 van titel 7.10 BW betreffende de arbeidsovereenkomst heeft voor de aansprakelijkheid van de werkgever een enkele inhoudelijke verandering meegebracht⁶⁷. De bepaling brengt een omkering van de bewijslast op het punt van de tekortkoming in de zorgplicht mee alsmede een verandering op het punt van de stelplicht. Verder wordt de situatie zoals zij zich onder het regime van art. 7A:1638x had ontwikkeld, gecontinueerd.

Terwijl de werknemer naar oud recht toedracht, tekortkoming en causaal verband moest stellen en zo nodig bewijzen, kan hij onder het huidige regime volstaan met te stellen dat hij schade heeft opgelopen tijdens werktijd op de werkplek⁶⁸. Verder bevat het derde lid een oplossing voor de samenloop van art. 7:658 met afd. 6.3.2 BW⁶⁹. In die laatste afdeling zijn, als bekend, verschillende risicoaansprakelijkheden opgenomen. Tekst en parlementaire geschiedenis van art. 7:658 lid 3 BW⁷⁰ geven aan dat een werknemer, zo hij dat wenst, het pad van afd. 6.3.2 BW kan bewandelen⁷¹.

Art. 7:658 BW houdt echter geen verandering in op het punt van de aard van de aansprakelijkheid. Het betreft een aansprakelijkheid van de werkgever voor verwijtbaar tekortschieten in zijn verplichtingen en daarmee blijft het, dogmatisch althans, een schuldaansprakelijkheid.

C. 'Schuld'aansprakelijkheid; de beperkte ontsnappingsmogelijkheden voor de werkgever

Intussen wordt schuld, althans een tekortkoming in de zorgplicht, relatief snel aangenomen: er wordt het nodige van de werkgever gevergd. Dat is in recente rechtspraak van de Hoge Raad ook nog gebleken⁷².

Vader en zoon Van Doorn, beiden in dienst van aannemer NBM, krijgen opdracht op zoek te gaan naar een ladder. Zij dienen deze in de laadruimte van een pick-up te vervoeren. Zij zijn vervolgens ongeveer een half uur op zoek naar bevestigingsmateriaal in verband met het risico dat de ladder uit de pick-up valt of waait. Als zij dit materiaal niet kunnen vinden, keren ze niet onverrichterzake terug, maar nemen zij de onverstandige beslissing toch met de ladder in de laadruimte te vertrekken. Vader Van Doorn neemt ook in de laadruimte plaats om de ladder zo nodig vast te houden. Dit wordt hem noodlottig. Onderweg vangt de

67. Zie voor overzichten Hartlief, T., in Kortmann, S.C.J.J. e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 495 e.v.; Van Dijk, Chr.H., "Nieuwe regeling werkgeversaansprakelijkheid", *Bb*, 1997, 126 e.v.; Klaassen, C.J.M., "Een nieuw arbeidsongevallenrecht", *SR*, 1997, 280 e.v. en Bier, L., "Veranderingen in de werkgeversaansprakelijkheid? Van artikel 7A:1638X BW (oud) naar art. 7:658 BW", *VR*, 1998, 1 e.v.

68. Zie reeds HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 (PAS) en HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 198.

69. Zie over deze problematiek, waarvan het praktische belang misschien niet moet worden overschat onder meer Klaassen, C.J.M., "Risico-aansprakelijkheid", *NJB*, 1991, 1412 e.v.; dezelfde *SR*, 1997, 282-283; Asser, C. en Vranken, J.B.M., *Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nr. 129; Tjittes, R.P.J.L., in *Miscellanea Jurisconsulto vero dedicata* (bundel opstellen aangeboden aan Prof.Mr. J.M. Van Dunné), Deventer, Kluwer, 1997, 431-432 en Hartlief, T., in *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 503-504.

70. Zie ook Frenk, N., "Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *A&V*, 1996, 81.

71. In deze zin ook Klaassen, C.J.M., "De werknemer, een achtergestelde burger", *NJB*, 1991, 1418; Roelvink, H.L., *LSA*, 1993, 6; Bolt, A.T. in Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid*, *NJV-advies* 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 113 en Strens-Meulemeester, J.A.M., in Kortmann, S.C.J.J. (red.), *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 273 e.v. in het bijzonder 284 e.v.

72. HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45.

ladder wind en valt deze uit de pick-up. Bij zijn poging een en ander tegen te gaan, valt ook vader Van Doorn uit de auto en loopt hij letsel op. Is de werkgever aansprakelijk? Kantonrechter en rechtbank menen van niet. A-G Hartkamp en Hoge Raad denken hier anders over: vader en zoon nemen een onverstandige beslissing, maar dat is precies waartegen art. 7A:1638x BW (oud) (art. 7:658 BW) beoogt te beschermen. De strekking van deze bepaling is werknemers te beschermen tegen de neiging in de dagelijkse routine niet steeds de vereiste voorzichtigheid in acht te nemen. Het ontbreken van bevestigingsmateriaal kon vader en zoon Van Doorn in de verleiding brengen een achteraf gezien minder voor de hand liggende keuze te maken.

Deze strekking heeft de Hoge Raad ook gebracht tot ernstige beperking van het bereik van het verweer dat de werknemer het ongeval aan zichzelf heeft te wijten (het eigen schuldverweer). Art. 7A:1638x lid 2 BW (oud)/art. 7:658 lid 2 BW bevat een bijzondere regel met betrekking tot de eigen schuld van de werknemer die afwijkt van art. 6:101 BW. De Hoge Raad heeft in de eerste plaats beslist dat voor het in aanmerking nemen van lichtere vormen van eigen schuld dan grove schuld geen plaats is en daarmee dat voor toepassing van art. 6:101 BW naast art. 7A:1638x lid 2 BW (oud) evenmin ruimte bestaat⁷³; vervolgens heeft hij beslist dat onder 'grove schuld' in art. 7A:1638 lid 2 BW (oud) slechts wordt verstaan 'opzet of bewuste roekeloosheid' en tenslotte heeft de Hoge Raad de laatste jaren het bereik van 'bewuste roekeloosheid' beperkt. Hiervan is slechts sprake wanneer de werknemer zich bij zijn laatste gedraging onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval ook daadwerkelijk bewust was van het roekeloze van zijn gedrag⁷⁴. Nu dit laatste zelden kan worden aangetoond, is de praktische betekenis van deze uitzondering beperkt. Per saldo betekent dit dat wanneer de werkgever is tekortgeschoten althans niet kan aantonen dat hij niet is tekortgeschoten hij ook vrijwel altijd *volledig* aansprakelijk is. Voor vermindering van de vergoedingsplicht is geen plaats, de vergoedingsplicht *vervalt* bij opzet of bewuste roekeloosheid geheel, maar aan dat geval komt men eigenlijk niet toe. Naar huidig recht is dit niet anders: het enige verschil met art. 7A:1638x BW (oud) is dat art. 7:658 BW in plaats van grove schuld reeds spreekt van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

D. *Andere ontsnappingsmogelijkheden?*

Wellicht dat werkgevers in de toekomst meer geld zullen zetten op het verweer dat het *condicio sine qua non*-verband tussen tekortkoming en ongeval ontbreekt. Recentelijk heeft de Hoge Raad nog eens op deze mogelijkheid gewezen⁷⁵:

"Die oorzaak is wel in zoverre van belang, dat het ziekenhuis zal kunnen volstaan met aan te tonen hetzij dat het heeft voldaan aan alle verplichtingen die ingevolge lid 1 op hem rustten teneinde een ongeval zoals dat aan Fransen is overkomen, te voorkomen, hetzij dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zou hebben voorkomen."

Het laatste houdt in dat de werkgever kan proberen aan te tonen dat er eigenlijk een andere oorzaak in het geding is dan de schending van de zorgplicht door de werkgever.

Creatief is ook het verweer van de werkgever dat aan de orde is in HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 Van Uitert/Jalas: een werknemer die zich niet aan de opdracht houdt en daarbij vervolgens schade oploopt zou geen schade lijden *in de uitoefening van de werkzaamheden*. Hoewel de rechtbank wel iets in dit verweer zag en de vordering van de werknemer zelfs afwees, geeft het arrest van de Hoge Raad niet veel aanleiding te denken dat werkgevers hier een praktisch relevant verweer aan overhouden: dat de

73. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (PAS).

74. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (PAS) en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870.

75. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 (PAS) Fransen/Pasteurziekenhuis.

werknemer zich niet aan zijn specifieke opdracht houdt wil nog niet zeggen dat hij geen schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De Hoge Raad lijkt vooral aan te knopen bij de factor "werkplek" en "werktijd". Die wezen in de casus beide nadrukkelijk in de richting van werkgeversaansprakelijkheid.

2. REIKWIJDTE VAN ART. 7:658

A. Inleiding

Juist omdat het aansprakelijkheidsregime voor gelaedeerden zo gunstig is, is het toepassingsbereik van art. 7:658 BW van groot belang. In recente literatuur en rechtspraak wordt de vraag of een bepaalde situatie onder het regime van art. 7:658 BW kan worden gebracht dan ook regelmatig gesteld⁷⁶.

In dit kader wordt in de eerste plaats ingegaan op het arrest inzake de reclasseringsmedewerker omdat dat belangrijke indicaties geeft voor het toepassingsbereik van art. 7:658 BW. In de tweede plaats wordt ingegaan op de achtergrond en betekenis van art. 7:658 lid 4 dat per 1 januari 1999 in werking is getreden.

B. Het arrest inzake de reclasseringsmedewerker

In deze recente procedure is de vraag of art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW ook betrekking heeft op een ongeval dat weliswaar verband houdt met zijn werk, maar dat de werknemer thuis is overkomen. In de onderhavige zaak gaat het om een aanslag gepleegd op een sociaal-psychiatrisch werker (X) in dienst van de Stichting Reclassering Nederland door een reclasseringscliënt, maar de hier aan de orde gestelde vraag is bijvoorbeeld ook van belang voor anderen die in het werk met potentieel gevaarlijke personen in aanraking komen. Denk aan politieagenten, personen die in het gevangeniswezen werkzaam zijn, rechters en officieren van justitie, controleurs in het openbaar vervoer, medewerkers van de Sociale Dienst, personen die werkzaam zijn in psychiatrische inrichtingen etcetera⁷⁷.

Op X die als sociaal-psychiatrisch werker in dienst is van de Stichting Reclassering Nederland wordt op vrijdagavond 14 december 1990 om ongeveer elf uur een aanslag gepleegd door een reclasseringscliënt. X wordt bij hem thuis in de deuropening ongeveer veertig keer met een hamer op het hoofd geslagen. In het onderhavige geding tegen zijn werkgever vordert X, die inmiddels arbeidsongeschikt is, behalve vergoeding van vermogensschade ook vergoeding van immateriële schade. Aan zijn vordering legt hij ten grondslag dat de Stichting is tekortgeschoten in haar verplichtingen op grond van art. 7A:1638x (oud) BW, doordat zij, hoewel het haar bekend was dat haar medewerkers cliënten begeleiden die ook voor hun hulpverleners 'gevaarlijk' zijn, niet de redelijkerwijs van de werkgever te vergen maatregelen heeft getroffen om de medewerkers, ook in hun privé-leven, te beschermen.

De Stichting heeft betwist dat zij in enige zorgplicht jegens X is tekortgeschoten, nu de zorgplicht op grond van art. 7A:1638x (oud) BW primair betrekking heeft op de werkplek, de werkmethoden en de werktuigen waarmee de arbeid wordt verricht. In dit geval heeft het ongeval plaatsgevonden buiten de werkplek, zonder gebruikmaking van werktuigen van de Stichting alsook buiten werktijd en het werkverband.

76. Zie onder meer Klaassen, C.J.M., "De hedendaagse werknemer en de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7: 658 BW: een danspaar uit de maat", *NTBR*, 1997, 105 e.v.; Frenk, N., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, driehoeksverhoudingen en buiten de arbeidsovereenkomst", *NTBR*, 1998, 33 e.v. en Hartlief, T., "De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving", *SR*, 1998, 221 e.v.

77. Zie in dit verband Van Dijk, Chr.H., "Werkgeversaansprakelijkheid en de vereisten werkplek en schade in de uitoefening van de werkzaamheden", *Bb*, 1997, 157.

De kantonrechter heeft dit verweer gegrond bevonden en de vordering afgewezen, doch de rechtbank heeft de vordering van X toegewezen beslissende dat X een ongeval is overkomen 'in de uitoefening van de dienstbetrekking' en dat de Stichting is tekortgeschoten in haar zorgplicht voor de veiligheid van X⁷⁸.

De Hoge Raad geeft in eerste instantie het oordeel van de rechtbank weer⁷⁹:

"3.3 Blijkens rov. 3.15 van haar vonnis is de Rechtbank ervan uitgegaan dat, wanneer de aard van de werkzaamheden een verhoogd risico meebrengt dat iemand met wie de werknemer bij de uitvoering van die werkzaamheden contact heeft, hem in zijn privé-situatie schade toebrengt, moet worden aangenomen dat zodanige schade aan de werknemer is overkomen in de uitoefening van zijn dienstbetrekking, tenzij de werkgever bewijst dat het optreden van die derde in geen enkel verband is te brengen met de uitvoering van de werkzaamheden."

Het hiertegen gerichte middel treft doel:

"De door de rechtbank gehanteerde maatstaf is noch met de bewoordingen, noch met de strekking van art. 7A:1638x te verenigen. Naar zijn tekst gaat het in het eerste lid van dit artikel om een zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving en de gebruikte werktuigen. Ook al dienen dit vereiste en het vereiste dat de schade de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen, ruim te worden uitgelegd, er bestaat geen goede grond deze, ook in het huidige art. 7:658 vervatte vereisten geheel ter zijde te stellen en de werkgever ook aansprakelijk te achten voor ongevallen die de werknemer in zijn privé-situatie zijn overkomen."

De Hoge Raad komt op dit punt met een nadere toelichting:

"De in art. 7A:1638x neergelegde verplichting van de werkgever de werkzaamheden zodanig te organiseren dat de werknemer is beschermd tegen aan zijn arbeid verbonden veiligheidsrisico's vloeit niet slechts voort uit de sociaal-economische positie van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer, maar houdt ook nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. In de regel ontbreken deze zeggenschap en bevoegdheid als het gaat om de privé-situatie van de werknemer."

Opmerkelijk is echter het vervolg waarin de Hoge Raad aangeeft dat eventueel toch een vergoedingsplicht van de werkgever kan worden aangenomen op basis van 'goed werkgeverschap' overigens zonder dat de Hoge Raad art. 7A:1638z BW (oud) (art. 7:611 BW) noemt:

"Dit brengt mee dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor ongevallen die de werknemer, ofschoon samenhangend met zijn werkzaamheden, in zijn privé-situatie zijn overkomen, niet wordt beheerst door de bijzondere regeling van art. 7A:1638x, maar telkens naar de omstandigheden van het gegeven geval moet worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt. Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar."

De opvatting van de rechtbank strookt noch met de tekst noch met de strekking van art. 7A:1638x BW (oud). Naar zijn bewoordingen gaat het in het eerste lid van dit artikel inderdaad om een zorgplicht van de

78. Rb. Den Bosch 4 april 1997, *NJKort*, 1997, 40.

79. HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 (PAS).

werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving en de gebruikte werktuigen. De privé-situatie valt hier in beginsel niet onder. Ook met de strekking van art. 7A:1638x BW (oud) is aansprakelijkheid van de werkgever in casu in beginsel niet te verenigen. Uit de nadere motivering blijkt dat de Hoge Raad hierbij in het bijzonder hecht aan de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. En inderdaad: in de regel ontbreken deze zeggenschap en bevoegdheid als het gaat om de privé-situatie van de werknemer.

C. (Ontbreken van) zeggenschap of instructiebevoegdheid is niet steeds beslissend

Toch zal het ontbreken van zeggenschap niet steeds beslissend zijn. Aangenomen mag worden dat werkgevers zich in de huidige tijd waarin telewerken, thuiswerken etc. steeds vaker voorkomen niet aan hun zorgverplichting kunnen onttrekken met de mededeling dat zij geen zeggenschap hebben over de privé-situatie. Zeker wanneer het gaat om structureel thuiswerken en om door de werkgever ter beschikking gesteld materiaal (computer, bureaustoel etc.), kan men zich wel degelijk een zorgplicht voorstellen. In een dergelijk geval is de werkplek 'thuis' en/of wordt er op deze werkplek met door de werkgever ter beschikking gesteld materiaal gewerkt. Volledige zeggenschap mag dan ontbreken, uitoefenen van (enige) invloed op de veiligheid is wel degelijk mogelijk. Ook in de arbeidsomstandighedenregeling wordt in een dergelijk geval een zorgplicht aangenomen⁸⁰. Het is waarschijnlijk dat de Hoge Raad dit bedoelt in de overweging waarin hij stelt dat zeggenschap en instructiebevoegdheid 'in de regel' ontbreken.

D. De verhouding tot goed werkgeverschap

Juist ook in het kader van het onderhavige onderzoek verdient de overweging van de Hoge Raad met betrekking tot de betekenis van 'goed werkgeverschap' nadere bestudering:

"Dit brengt mee dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor ongevallen die de werknemer, ofschoon samenhangend met zijn werkzaamheden, in zijn privé-situatie zijn overkomen, niet wordt beheerst door de bijzondere regeling van art. 7A:1638x, maar telkens naar de omstandigheden van het gegeven geval moet worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt. Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar."

De Hoge Raad suggereert hiermee dat in casu geen verplichting ex art. 7A:1638x BW (oud) bestaat, doch dat een verplichting met betrekking tot de veiligheid thuis in een bijzonder geval wel degelijk kan worden aangenomen ex art. 7A:1638z BW (oud)/art. 7:611 BW. De Hoge Raad stelt niet dat goed werkgeverschap kan inhouden dat de werkgever, ook al is hij niet tekortgeschoten, zich toch het (financiële) belang van de werknemer aantrekt⁸¹. Het lijkt er daarmee op dat de Hoge Raad een *veiligheidsverplichting* (waarvoor overigens ook het probleem van het ontbreken van zeggenschap geldt) aanneemt buiten het kader van art. 7A:1638x BW (oud).

Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat veiligheidsverplichtingen buiten het domein van art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW worden aangenomen. Men zou kunnen zeggen dat deze regeling

80. Zie in dit kader Van Dam, C.C., "De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid", *VR*, 2000, 43-44.

81. Met enige goede wil zou men de arresten HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 Bruinsma Tapijt B.V./Schuitemaker (PAS) en HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 (PAS) Vonk/Van der Hoeven zo kunnen beschouwen.

concreet formuleert wat goed werkgeverschap, of zo men wil, wat de redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen werkgever en werknemer meebrengen. Zo bekeken ligt het niet voor de hand daarnaast ook nog ruimte te zien voor aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap of toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Doet men dit toch dan bestaat het gevaar dat men de genuanceerde in de specifieke bepaling neergelegde risicoverdeling doorkruist. In een eerder arrest leek de Hoge Raad er zelf ook zo over te denken toen hem de vraag werd voorgelegd of aansprakelijkheid van de werkgever ook kon bestaan zonder dat aan de voorwaarden van art. 7A:1638x BW (oud) was voldaan⁸²:

"3.4 ... Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen en hij ook overigens niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, is er geen plaats voor een op "gebruik en billijkheid" dan wel op goed werkgeverschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Zulk een verplichting is met name onaanvaardbaar omdat daardoor, in strijd met de strekking van art. 1638x, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant."

Het is de vraag of de Hoge Raad zijn toevlucht had behoeven te zoeken tot goed werkgeverschap. Er lijkt weinig op tegen dat de Hoge Raad als regel zou aannemen dat de werkgever in beginsel geen *algemene* zorgplicht heeft met betrekking tot de privé-situatie, doch dat een *incidentele* verplichting op grond van art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW kan worden aangenomen bij een, zoals de Hoge Raad dat zelf formuleert, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar. Op basis van goed werkgeverschap kunnen dan andere, echt buiten het bereik van art. 7A:1638x BW (oud) liggende, verplichtingen worden aangenomen, bijvoorbeeld met betrekking tot het geestelijke welzijn van de werknemers in verband met functioneringsgesprekken en dergelijke meer⁸³. Zie nog hierna bij de bespreking van de betekenis van art. 7:658 BW voor stress.

Recentelijk is nog eens gebleken, overigens in het kader van lichamelijk letsel, dat de Hoge Raad art. 7:658 niet als exclusief ziet. Buiten deze bepaling kan eventuele aansprakelijkheid van de werkgever voor letsel van zijn werknemers op de redelijkheid en billijkheid danwel op goed werkgeverschap worden gebaseerd⁸⁴. Dit neemt niet weg dat in onze interpretatie verplichtingen met betrekking tot het geestelijk welzijn, juist ook vanwege het ontbreken van specifieke normering, het beste onder de noemer van goed werkgeverschap kunnen worden afgehandeld.

E. Ruime uitleg van art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW

In het arrest inzake de reclasseringsmedewerker is de Hoge Raad weliswaar nogal terughoudend met aansprakelijkheid ex art. 7A:1638x BW (oud)/art. 7:658 BW van de werkgever voor ongevallen overkomen in de privé-situatie, tegelijkertijd stelt hij dat de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving en de gebruikte werktuigen alsmede het vereiste dat de schade de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen ruim moeten worden uitgelegd. In zoverre sluit de beslissing aan bij recente literatuur waarin wordt gepleit voor een ruime uitleg van

82. HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven B.V. (PAS). In dezelfde zin overigens A-G Asser voor dit arrest en P.A. Stein in zijn noot bij *NJ* 1990, 573.

83. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 Nuts/Hofman (PAS). Vgl. ook HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476 Chubb Lips/Jansen.

84. HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 (PAS).

'werken', 'werktijden', 'werkplek' etc.⁸⁵ Daarbij wordt onder meer gedacht aan vervoer van en naar de 'echte' werkplek, bedrijfssporten, bedrijfsuitjes (teambuildingsbijeenkomsten, survivaltochten, ballonvaarten etc.). Het gaat hier veelal om (al dan niet verplicht) 'werk' waarvoor de werkgever de gelegenheid schept, materiaal ter beschikking stelt, deskundigen inschakelt etc. En ook hier zal het ontbreken van zeggenschap in beginsel niet steeds beslissend zijn⁸⁶.

Uiteindelijk is voor aansprakelijkheid uiteraard beslissend of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht: een ruime uitleg houdt niet in dat men afstand neemt van het vereiste van een tekortkoming van de werkgever. De conclusie dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht is bijvoorbeeld op haar plaats wanneer hij gebrekkige vervoermiddelen ter beschikking stelt, wanneer hij in het kader van het bedrijfssporten gebrekkige accommodatie ter beschikking stelt of wanneer hij, om een voorbeeld te noemen, een riviertocht of ballonvaart regelt zonder dat de veiligheid, voor zover mogelijk althans, is gewaarborgd (denk aan gebrekkig materiaal, onvoldoende gekwalificeerde begeleiders etc.)⁸⁷. Dat een werkgever geen deskundige is op het terrein van de ballonvaart, dat hij geen zeggenschap heeft over het 'varen' is niet doorslaggevend: een en ander ontslaat hem niet van de verplichting een voldoende deskundige en geoutilleerde begeleiders in te schakelen. Evenals in Power/Ardross kan de 'hulppersoon'-constructie soms uitkomst bieden: bij de uitvoering van zijn eigen veiligheidsverplichtingen maakt de werkgever gebruik van anderen. Hun tekortkomingen worden hem toegerekend⁸⁸.

F. Art. 7:658 lid 4

In het kader van de zogenaamde Flexwet die per 1 januari 1999 in werking is getreden is in een laat stadium (bij tweede nota van wijziging⁸⁹) voorgesteld art. 7:658 BW met het volgende vierde lid uit te breiden:

'Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.'

De betekenis van deze uitbreiding is onduidelijk, juist omdat de toelichting summier is⁹⁰.

Eerst en vooral blijkt de bedoeling van het vierde lid dat de positie van bij derden tewerkgestelde werknemers wordt geregeld: de toelichting noemt hierbij uitzendarbeid, inlening of aanneming van werk. Op degene bij wie de werknemer wordt tewerkgesteld (ook wel materiële werkgever genoemd) rust nu net als op de formele werkgever werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 leden 1 tot en met 3. Dit wordt als volgt toegelicht⁹¹:

85. Zie onder meer Klaassen, C.J.M., "De hedendaagse werknemer en de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7: 658 BW: een danspaar uit de maat", *NTBR*, 1997, 105 e.v. en Hartlief, T., "Sport en aansprakelijkheid", *NTBR*, 1996, 61-62, in Kortmann, S.C.J.J. e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 504 e.v. en "De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving", *SR* 1998, 221-222.

86. Zie ook Lindenbergh, S.D., *o.c.*, 83 e.v.

87. In de lagere rechtspraak zijn van deze benadering ook voorbeelden aan te wijzen. Zie Rb. Utrecht 3 september 1997, *JAR* 2000, 13.

88. Zo ook het vonnis van de Rechtbank Utrecht in de vorige voetnoot.

89. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 263, nr. 14 onderdeel Hb.

90. Zie Frenk, N., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, in driehoeksverhoudingen en buiten de arbeidsovereenkomst" *NTBR*, 1998, 33-37; Hartlief, T., "De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving", *SR*, 1998, 226-227, Van Dam, C.C., "De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid", *VR*, 2000, 41-44.

91. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 263, nr. 14, 6.

"De aansprakelijkheid van de inlener is wenselijk omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt."

En even verder⁹²:

"Deze bepaling is met name van belang voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat. Het is echter ook mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst."

Tekst van het vierde lid en toelichting hebben aanleiding gegeven tot speculaties over het toepassingsbereik ervan. Zo is in de literatuur gesteld dat bijvoorbeeld een advocatenkantoor of een verzekeringsmaatschappij (maar het kan ieder bedrijf zijn) dat opdracht geeft aan een schilder die vervolgens op het terrein van de opdrachtgever bij een ongeval betrokken raakt (van de steiger valt o.i.d.) ex art. 7:658 BW door de gelaedeerde zou kunnen worden aangesproken⁹³. De situatie valt binnen de tekst van de bepaling: de opdrachtgever geeft *de opdracht* immers binnen zijn beroep of bedrijf, de schilder heeft weliswaar geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, doch verricht wel arbeid. Ook in de, wellicht meer voor de hand liggende⁹⁴, uitleg dat *de arbeid* van de schilder juist in het kader van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever moet worden verricht, is niet onverdedigbaar dat de schilder zich weliswaar niet met het specifieke beroep of bedrijf van de opdrachtgever bezighoudt (schilderen is immers niet de 'core business') doch wel *ten behoeve van* dat beroep of bedrijf bezig is. Het beroep of bedrijf plukt er immers de vruchten van. Intussen zijn in de literatuur reeds vraagtekens bij de wenselijkheid van een en ander geplaatst: de opdrachtgever is veelal niet deskundig, weet niet welke veiligheidsmaatregelen noodzakelijk zijn en is wellicht ook niet voor deze uitbreiding van aansprakelijkheid verzekerd. Dient de bepaling nu zo ruim te worden uitgelegd dat ook de geschetste situatie er onder valt? Deze vraag is in het kader van de reparatiewetgeving met betrekking tot de Flexwet aan de regering voorgelegd⁹⁵.

De regering reageert bij monde van de ministers De Vries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Korthals van Justitie als volgt⁹⁶:

"Uit de toelichting bij dit artikellid ... blijkt duidelijk dat het hier moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten. In het door de VVD-fractie genoemde geval is hiervan geen sprake."

Wat houdt dit in? De conclusie ligt voor de hand: een advocatenkantoor is niet aansprakelijk ex art. 7:658 jgens een ingehuurd schilder, tenzij het ook schilders in dienst heeft. Dat is niet gebruikelijk, doch voor schoonmaakwerkzaamheden, automatiseringswerkzaamheden, catering e.d. kan dat heel goed anders liggen. Uit het citaat kan worden afgeleid dat lid 4 niet, zoals wel is bepleit, tot de 'core business' van de opdrachtgever is beperkt.

92. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 263, nr. 14, 6.

93. Zie bijvoorbeeld Frenk, N., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, in driehoeksverhoudingen en buiten de arbeidsovereenkomst", *NTBR* 1998, 35-36 en Hartlief, T., "De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving", *SR* 1998, 223.

94. Als dit de bedoeling was, is de tekst echter wel ongelukkig geformuleerd.

95. Door de VVD-fractie evenals door mr. S. Kuip (wiens lijst van knelpunten ter beoordeling aan de regering is voorgelegd). Zie *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 257, nr. 5, 7.

96. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 257, nr. 7, 15.

3. DE BEROEPSZIEKTENPROBLEMATIEK: ALGEMEEN

A. Inleiding

De aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten in het kader van art. 7:658 heeft zich tot een zelfstandig thema ontwikkeld. Op deze plaats wordt het onderwerp werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten niet uitputtend behandeld, daarvoor zij men verwezen naar anderen⁹⁷, doch worden enkele hoofdlijnen geschetst. Een centrale plaats wordt ingenomen door de rechtspraak van de Hoge Raad die vrijwel steeds betrekking heeft op asbestgerelateerde ziekten⁹⁸.

B. Verband met het werk

Het is van belang vast te stellen dat onder het regime van art. 7:658 de werknemer kan volstaan met aan te tonen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dat is bij beroepsziekten niet anders dan bij bedrijfsongevallen. Voor aansprakelijkheid van de werkgever is dat in eerste instantie voldoende. Vervolgens is het aan de werkgever om verweren te voeren. Intussen zal het bij bepaalde beroepsziekten, waaronder stress en RSI, niet eenvoudig zijn om dat verband met het werk aan te tonen. Zie hierna bij de meer specifieke bespreking.

C. Rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot beroepsziekten

In dit kader is een drietal arresten van de Hoge Raad van bijzonder belang. In de eerste plaats het arrest Janssen/Nefabas en in de tweede plaats twee arresten inzake Cijssouw/De Schelde⁹⁹. Janssen/Nefabas heeft behalve op de stelplicht en bewijslast betrekking op de vraag wat van de werkgever gevergd kan worden in het bijzonder wanneer wettelijke regels met betrekking tot de gevaren van door de werkgever te produceren of te verwerken stoffen ontbreken. Vooral, maar niet alleen, in een dergelijk geval zal er op de werkgever de verplichting rusten te onderzoeken welke gevaren een en ander voor de werknemers oplevert en zal hij zich tijdig op de hoogte moeten stellen van eventuele nadere gegevens die voor de voldoening aan de verplichtingen ex art. 1638x/7:658 van belang kunnen zijn. In geval van aantasting van de gezondheid van werknemers is het aan de werkgever om aan te geven of en in hoeverre hij zich tijdig heeft laten voorlichten over gevaren en daarop gerichte voorzieningen dan wel waarom een dergelijk onderzoek niet mogelijk was of niet van hem gevergd kon worden.

In de tweede plaats is van belang het arrest Cijssouw/De Schelde I. In deze zaak heeft de Hoge Raad een drietal kwesties beslist¹⁰⁰. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag vanaf welk moment van de werkgever mag worden verwacht dat hij maatregelen treft gericht op het voorkomen van de ziekte. Dat hangt, naar het oordeel van de Hoge Raad, uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval waaronder de vraag welke mate van zekerheid in de medische wetenschap bestaat omtrent de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde ziekte, de vraag of

97. Zie vooral Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996, 87 e.v. en Lindenberg, S.D., *o.c.*, hoofdstuk 7.

98. HR 26 januari 2001, *RvdW* 2001, 41.

99. Resp. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (PAS) en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS). Zie in dit kader ook Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Aansprakelijkheid van bedrijfsongevallen en -ziekten: recente ontwikkelingen met betrekking tot tewerkstelling en bewijslast", *SR*, 1990, 282 e.v. alsmede Spier, J., "Verscherping van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen", *A&V* 1993, 33 e.v.

100. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS).

het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar. Overigens moet rekening worden gehouden met enig tijdsverloop dat gemoeid kan zijn met het door de werkgever te verrichten onderzoek. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor onbekende gevaren althans wanneer de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichtingen maatregelen te treffen voor *bekende* gevaren. In de derde plaats heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het bewijsrisico ter zake van de vraag in welke periode de werknemer door de achteraf gezien fatale asbestvezel is getroffen. De strekking van art. 1638x/7:658 brengt mee dat de werkgever zich er niet op kan beroepen dat de werknemer die gedurende het hele dienstverband in aanraking is geweest met asbest, het fatale asbestvezel heeft binnengekregen in een periode van het dienstverband waarin de werkgever geen verwijt viel te maken van het ontbreken van veiligheidsmaatregelen.

Vervolgens richt de aandacht zich op het vervolg van de zaak van Cijssouw tegen De Schelde¹⁰¹. In het tweede arrest van de Hoge Raad in deze kwestie is een tweetal vragen van bijzonder belang:

- naar welke maatstaven en inzichten moet de zorgplicht van de werkgever worden beoordeeld?;
- wat is de betekenis van een bepaald gedragspatroon bij de overheid en werkgevers in dezelfde sector voor de (inhoud van) de zorgplicht?

Cijssouw heeft gesteld dat De Schelde in de periode 1949-1967 is tekortgeschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dat dit verzuim de kans dat zich bij Cijssouw een mesothelioom zou ontwikkelen in aanzienlijke mate heeft verhoogd. Het Hof heeft vervolgens op grond van diverse producties inderdaad bewezen geoordeeld dat De Schelde niet de maatregelen heeft genomen die vereist waren met het oog op gevaren van het werken met asbest, die bij haar bekend waren of althans moesten zijn, namelijk het gevaar van asbestose en longkanker. In cassatie wordt dit oordeel bestreden.

Uiteindelijk kan het oordeel van het Hof de toets der kritiek doorstaan. De Hoge Raad:

"Onderdeel 2.1 stelt op zichzelf met juistheid voorop dat de vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het Hof dit evenwel niet miskend. Het heeft geoordeeld dat hetgeen De Schelde in dit verband had aangevoerd, te weten dat asbest of asbesthoudende materialen destijds nog algemeen gebruikelijk waren en niet vervangbaar waren door andere materialen, en dat de situatie in andere bedrijven niet gunstiger was, niet afdoet aan zijn oordeel dat De Schelde is tekortgeschoten in haar verplichtingen."

Vervolgens is de Hoge Raad nogal resoluut over het gebruikelijkheidsverweer (state of the industry):

"Aldus heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dat het werken met asbest gebruikelijk en maatschappelijk aanvaard was, betekent immers nog niet dat een werkgever mag afzien van het treffen van de vereiste veiligheidsmaatregelen met het oog op de daaraan verbonden gevaren die hem bekend zijn of behoren te zijn. Nu het gaat om wat de betrokken werkgever bekend is of moet zijn, is evenmin van doorslaggevende betekenis dat in andere vergelijkbare bedrijven deze veiligheidsmaatregelen ook niet zijn getroffen (vgl. HR 6 april 1990, nr. 13783, NJ 1990, 573, rov. 3.4, voorlaatste alinea)."

101. HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 683 (JBMV) De Schelde/Cijssouw.

En even verder:

"... Voor zover het onderdeel nog aanvoert dat het Hof andere door De Schelde aangevoerde omstandigheden - kort samengevat: dat gebruik van asbest van overheidswege was voorgeschreven, dat de bedrijfsarts van De Schelde onderzoek deed omtrent het gebruik van asbest, en dat de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen heeft voorgeschreven of aanbevolen - niet in zijn overwegingen heeft betrokken, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof geoordeeld dat deze omstandigheden niet afdoen aan zijn oordeel dat hetgeen De Schelde wist of moest weten omtrent de gevaren van het werken met asbest haar hadden moeten nopen tot het treffen van meer en andere veiligheidsmaatregelen dan zij in feite heeft gedaan."

Het Hof heeft De Schelde als een verzuim aangerekend dat zij niet al veel eerder het gebruik van asbest hetzij heeft afgeschaft, hetzij heeft verminderd en in de tussentijd niet strenge veiligheidsmaatregelen heeft genomen. Ook over dit oordeel wordt vergeefs geklaagd:

"Hiermee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het dit verzuim als één geheel heeft gezien en heeft onderkend dat (algehele) afschaffing van asbestgebruik wellicht nog niet mogelijk was, maar dat dit niet eraan in de weg staat dat De Schelde wel gehouden was tot een - wel mogelijke - vermindering van dat gebruik, en in elk geval tot het treffen van strenge veiligheidsmaatregelen. Aldus verstaan bestaat er geen tegenstrijdigheid met de overweging van het Hof dat asbest en asbesthoudende materialen in de betrokken periode nog niet vervangbaar waren."

Ten slotte wordt vergeefs de stelling betrokken dat naar de destijds geldende normen het ontbreken van deugdelijk toezicht bij op zichzelf afdoende veiligheidsmaatregelen geen aansprakelijkheid op de voet van art. 1638x in het leven riep, althans dat ook op het punt van deugdelijk toezicht rechtens relevant is wat dienaangaande in soortgelijke bedrijven als norm gebruikelijk was:

"De strekking van art. 1638x - bescherming van de werknemer tegen onveilige situaties - bracht ook naar de destijds geldende normen mee dat de werkgever diende te zorgen voor deugdelijk toezicht op de naleving van de vereiste veiligheidsmaatregelen, ongeacht wat op dit punt bij soortgelijke bedrijven gebruikelijk was. Het onderdeel faalt derhalve."

Het arrest leert dat het dat het hier niet gaat om aansprakelijkheid met terugwerkende kracht¹⁰², waaronder dan wordt verstaan het toepassen van de normen van heden op situaties uit het verleden. Het gaat om een beoordeling aan de hand van de destijds geldende normen en inzichten. Men kan hooguit stellen dat deze normen wel eens strenger geweest kunnen zijn dan toen werd gedacht¹⁰³.

Afgezien van dit principiële punt schuilt het belang van het arrest De Schelde/Cijsouw II in het verwerpen door de Hoge Raad van een aantal verweren die niet alleen in andere asbestzaken, maar ook in het kader van andere beroepsziekten worden gevoerd en die derhalve ook in de kader van dit onderzoek van belang zijn.

Zoals beschreven, poogt De Schelde de Hoge Raad te verleiden tot het oordeel dat ten tijde van het betrokken handelen niet van onzorgvuldig gedrag sprake is, althans gelet op de destijds geldende inzichten. Daarbij doet De Schelde een beroep op onder meer:

102. Zie daarover in kritische zin Faure, "Is aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht" verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1 e.v.

103. Zie Van Boom, W.H. en Barendrecht, J.M., "Gedrag van toen, normen van nu?", in Brand, I. e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid, BW-Krant, Jaarboek 2000*, Deventer, Kluwer, 2000, 45 e.v.

- het feit dat asbest of asbesthoudende materialen gebruikelijk waren;
- de omstandigheid deze materialen niet door andere vervangbaar waren;
- het feit dat de situatie in andere bedrijven niet gunstiger was dan bij De Schelde;
- de omstandigheid dat het gebruik van asbest van overheidswege was voorgeschreven; en
- de omstandigheid dat de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen heeft voorgeschreven of aanbevolen.

Het mag allemaal niet baten. Vanuit een meer algemeen perspectief is relevant dat de Hoge Raad in vrij algemene termen korte metten maakt met verweren die ook voor andere bedrijven in de asbestsfeer van belang kunnen zijn en die ook in het kader van andere beroepsziekten als bijvoorbeeld RSI van belang zouden kunnen zijn¹⁰⁴. Te denken valt daarbij vooral aan het verweer dat:

- een bepaalde handelwijze gebruikelijk is;
- het treffen van maatregelen niet gebruikelijk is;
- het gebruik van materiaal of het volgen van een handelwijze van overheidswege is voorgeschreven;
- de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen heeft voorgeschreven of aanbevolen.

Het ligt voor de hand dat dit arrest, wat de waarde van deze verweren betreft althans, uitstraling heeft naar het meer algemene terrein van de aansprakelijkheid voor beroepsziekten¹⁰⁵. Helemaal als verrassing komt de ferme opstelling van de Hoge Raad niet. Reeds in het arrest Janssen/Nefabas heeft de Hoge Raad aangegeven dat de gebruikelijkheid van bepaald gedrag niet in de weg staat aan aansprakelijkheid, zij het dat hij het daar veel voorzichtiger formuleert dan in casu¹⁰⁶:

"... waarbij overigens aantekening verdient dat die enkele gebruikelijkheid nog niet meebrengt dat die norm ook als juist moet worden aanvaard voor werkgevers die ermee bekend waren of hadden behoren te zijn dat die norm uit een oogpunt van veiligheid tekortschoot."

In casu wordt korte metten gemaakt met de stelling dat geen aansprakelijkheid zou bestaan enkel en alleen omdat bepaalde gedragspatronen gebruikelijk zijn¹⁰⁷. Met A-G Spier: er is geen reden waarom werknemers de prijs zouden moeten betalen van een algemeen gangbare foute praktijk¹⁰⁸. In het andere op 2 oktober 1998 gewezen arrest (De Schelde/Wijkhuizen) gaat de Hoge Raad nog verder zelfs wanneer De Schelde strengere veiligheidsmaatregelen hanteerde dan andere vergelijkbare bedrijven, staat dit niet in de weg aan het oordeel dat de door De Schelde getroffen maatregelen onvoldoende waren.

Dit alles houdt niet in dat de omstandigheid dat bepaald gedrag gebruikelijk is steeds zonder betekenis is. Zo is de gebruikelijkheid van gedrag wel geschikt als ijkpunt in gevallen waarin *minder* dan gebruikelijk wordt gedaan. Dan is de gebruikelijkheid juist een indicatie voor onzorgvuldigheid of onrechtmatigheid: gebruikelijk gedrag vormt dan als het ware de minimumnorm: men mag erop vertrouwen dat gebruikelijke maatregelen worden getroffen¹⁰⁹.

Uit de rechtspraak blijkt dus dat de Hoge Raad strenge eisen stelt aan de werkgever. Deze moet niet alleen proactief optreden, doch kan zich verder ook niet disculperen door te wijzen op het feit dat andere werkgevers vergelijkbaar optreden of door te wijzen op het uitblijven van regelgeving danwel overheidstoezicht. Deze constatering is uiteraard van belang voor de slachtoffers van arbeidsgerelateerde

104. Zie wat dit betreft behalve A-G Spier, conclusie sub 5.16 ook Stolker en Moelands, *A&V* 1998, 132-133.

105. In vergelijkbare zin Van Dijk, *TvP*, 1999, 20.

106. Zie HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (PAS).

107. Zie overigens ook HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 682 De Schelde/Wijkhuizen.

108. A-G Spier, conclusie sub 5.16.

109. Vgl. de noot van Brunner bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 Bloedprik.

gezondheidsrisico's. Dat wil niet zeggen dat voor hen overigens alle problemen de wereld uit zijn. Zo kunnen causaliteits- of verjaringsproblemen opdoemen.

4. VERJARINGSPROBLEMEN VOOR SLACHTOFFERS MET EEN BEROEPSZIEKTE

A. Inleiding

Het onderwerp verjaring staat sinds kort (weer) op de agenda van de politiek: op 24 september 1999 is het wetsvoorstel dat voorziet in een bijzondere verjaringsregeling met betrekking tot personenschade aanhangig gemaakt¹¹⁰. Inmiddels heeft de Tweede Kamer het aanvaard. Aanleiding voor het wetsvoorstel zijn de problemen die de huidige verjaringsregeling oplevert¹¹¹ in het bijzonder bij gezondheidsklachten die zich pas na zeer lange tijd na de blootstelling aan een bepaald(e) gevaar(lijke stof) openbaren. Vooral asbestslachtoffers en dan in het bijzonder mesothelioomslachtoffers stuiten op de scherpe kanten van dat verjaringsregime, zoals dat althans in rechte wordt toegepast. Dat de wetgever zich de verjaringsproblematiek aantrekt is vooral te danken aan de vergeefse pogingen die deze gelaedeerden hebben ondernomen de rechter tot een soepele(r) toepassing van de verjaringstermijnen te bewegen. Van het wetsvoorstel hoeven zij zelf gelet op het vooralsnog voorgestelde overgangsrechtelijke regime echter niets te verwachten.

In een tweetal opmerkelijke arresten heeft de Hoge Raad enige verlichting gebracht: de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan zich verzetten tegen een beroep op (het verstrijken van) de absolute, ook wel lange, verjaringstermijn van art. 3:310 BW¹¹². Voordat de betekenis van deze rechtspraak wordt besproken, komt aan de orde tegen welke achtergrond zij moet worden beoordeeld.

B. De beperkte betekenis van het wetsvoorstel verjaring personenschade

Het genoemde wetsvoorstel verjaring personenschade beoogt te voorkomen dat een vordering terzake van letsel of overlijden verjaart op een moment dat de gerechtigde de vordering geldend heeft kunnen maken. Daartoe wordt het volgende vijfde lid aan art. 3:310 BW toegevoegd:

In afwijking van de leden 1 en 2 verjaart een rechtsovereenkomst tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden.

De absolute verjaringstermijn komt voor personenschade te vervallen, de relatieve resteert. De afweging tussen de belangen van de (mogelijk) aansprakelijke persoon en die van de gelaedeerde pakt, bij nader inzien (mede in het licht van de kritiek in de literatuur en de situatie in het buitenland), in het voordeel van de laatste uit¹¹³. De beroepsziektenproblematiek heeft een belangrijke rol gespeeld: het voorstel beoogt te

110. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 824, nrs. 1-2. Zie hierover Van Dort, *TMA*, 1999, 177 e.v.; Bauw, E., "Wetsvoorstel wijziging verjaring personenschade", *A&V*, 2000, 9-10 en Hartlief, T., "Wetsvoorstel verjaring personenschade", *Vrb.* 2000, 21 e.v.

111. Zie de uitvoerige bijdragen van Tjittes, R.P.J.L., "Redelijkheid en billijkheid en verjaring", *A&V*, 1999, 55 e.v.; Duyvensz, J.H., "Verjaring van asbestclaims", *NTBR*, 1999, 292 e.v. en Holthuysen, J.L.H., "Ontsnappen aan het verjaringszwaard", *NTBR*, 2000, 2 e.v.

112. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB) Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit. Zie verder Hengeveld, *TVP*, 2000, 43 e.v.; Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk", *Vrb.* 2000, 49 e.v.; Van Boom, W.H., "Verjaring mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 55 e.v. en Van Schaick, *WPNR* 6414 (2000), 591 e.v. Zie ook Bier, L., "Rechtszekerheid versus redelijke kans om een vordering geldend te maken", *VR*, 2000, 222 e.v.

113. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 824, nr. 3, 2-3.

voorkomen dat een problematiek als die van de asbestslachtoffers wat betreft de verjaring zich in de toekomst nog eens zal voordoen¹¹⁴. Het zure voor deze slachtoffers van 'nu' is dat zij van het wetsvoorstel niet profiteren: de nieuwe regeling is slechts van toepassing op schadeveroorzakende feiten die na inwerkingtreding hebben plaatsgevonden, omdat sprake zou zijn van een ingrijpende breuk met het verjaringsrecht zoals dat tot op heden luidt. De regering wijst in dit verband op de gevolgen voor de aansprakelijke personen in de sfeer van het bewaren van informatie en het in stand houden van verzekeringsdekking¹¹⁵.

Dit overgangsrechtelijke regime is velen een doorn in het oog: de slachtoffers van de toekomst hebben geen verjaringsproblemen meer; hun belangen wegen zwaarder dan de rechtszekerheid voor de mogelijk aansprakelijke personen. Tot dat oordeel komt de wetgever bij 'nader inzien' en juist omdat er *op dit moment* zulke schrijnende gevallen de revue passeren. Het verbaast niet dat daarom vraagtekens worden geplaatst bij het overgangsrecht¹¹⁶: Moeten de gelaedeerden van *nu* niet ook in de bescherming worden betrokken?

C. Verdienen de gelaedeerden van nu geen bescherming?

Een aantal van hen kan een beroep doen op de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers die eind 1999 operationeel is geworden. Om voor een tegemoetkoming (fl. 35.000) in aanmerking te komen moet een slachtoffer in leven zijn (geweest) op 6 juni 1997, maligne mesothelioom door blootstelling aan asbest tijdens het werk hebben opgelopen, geen financiële compensatie van de werkgever hebben ontvangen en moeten zijn mogelijkheden tot civielrechtelijk schadeverhaal op de werkgever zijn afgesloten, omdat de werkgever niet meer is te achterhalen, niet meer bestaat of in staat van faillissement verkeert of omdat de vordering is verjaard¹¹⁷. Het is duidelijk dat niet iedereen aan de uitkeringsvoorwaarden voldoet. Bovendien betreft het hier een bijzondere *overheidsregeling* die slechts in een *tegemoetkoming* voorziet.

De slachtoffers van dit moment hebben daarom hun hoop moeten vestigen op de rechter die met behulp van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een stokje voor verjaring zou kunnen steken. Voor het inzetten van dat noodverband is veel te zeggen: juist bij verborgen schade, althans schade die pas na verloop van lange tijd aan het licht komt, leidt toepassing van de lange verjaringstermijn van art. 3:310 BW immers tot onbillijke resultaten. De vordering van de gelaedeerde is in het uiterste geval reeds verjaard, op een moment dat hij de vordering nog niet geldend heeft *kunnen* maken. Hoewel de onredelijkheid van dit resultaat in het oog springt, gaf de rechtspraak van de laatste jaren echter geen aanleiding voor groot optimisme.

D. De rechtspraak van de Hoge Raad

Wat prevaleert: rechtszekerheid voor de laedens of billijkheid jegens de gelaedeerde? In die sleutel staat het bekende arrest Van B./Diaconessenhuis waarvan tot voor kort wel werd gedacht dat het beslissend zou zijn: de rechtszekerheid, en daarmee de billijkheid jegens de laedens, eist een vaste termijn¹¹⁸. Het loslaten

114. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 824, nr. 3, 1.

115. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 824, nr. 3, 4.

116. Zie bijvoorbeeld Dek, E.A., "Asbestontwikkeling- Oprechte tegemoetkoming of doekje voor het bloeden", *TMA*, 1999, 62; Van Dort, *TMA*, 1999, 178-179 en Aantjes, K., "Verjaring: de seksueel misbruik- en kindermishandelingsarresten", *VR*, 2000, 177. Zie overigens ook kritisch althans voor gevallen als seksueel misbruik en mishandeling Bloembergen in zijn noot bij HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16.

117. De regeling wordt beschreven in *Kamerstukken II*, 1998-1999, 25 834, nr. 7, 2. Zie over de regeling Dek, E.A., "Asbestontwikkeling- Oprechte tegemoetkoming of doekje voor het bloeden", *TMA*, 1999, 61-62.

118. HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (CJHB).

ervan zou juist tot onbillijkheden jegens de vermeende schuldenaar kunnen leiden. De Hoge Raad noemt in dit verband problemen in verband met het vaststellen van feiten en het beoordelen van gemaakte verwijten tientallen jaren na de gebeurtenis waarop de vordering is gebaseerd. Dit arrest gaf weinig hoop, juist ook omdat de Hoge Raad benadrukt dat de huidige verjaringsregeling is totstandgekomen na zorgvuldige en herhaalde afweging van de voor- en nadelen ervan.

Betrekkelijk kort geleden liet de Hoge Raad echter wel een opening in een ander type geval: seksueel misbruik¹¹⁹. Centraal staat hier (echter) de korte verjaringstermijn van 5 jaar (art. 3:310 lid 1 BW). De Hoge Raad laat in dit kader ruimte voor een billijkheidsuitzondering voor het geval dat de gelaedeerde de vordering als gevolg van omstandigheden die aan de debiteur kunnen worden toegerekend (zoals psychische overmacht) niet geldend heeft kunnen maken. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat de 5 jaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas een aanvang neemt wanneer deze omstandigheden het geldend maken van de vordering niet langer verhinderen. Deze uitspraak is inmiddels bevestigd in een arrest waarin kindermishandeling centraal staat¹²⁰. Voor het onderhavige thema is wellicht belangrijker dat dit laatste arrest niet veel hoop gaf voor de slachtoffers van beroepsziekten¹²¹: een vergelijkbare oplossing als bij de 5-jaarstermijn is niet mogelijk, omdat de lange verjaringstermijn immers loopt vanaf de schadeveroorzakende gebeurtenis. Omstandigheden die de gelaedeerde betreffen ((gebrek aan) kennis, psychische overmacht et cetera) zouden op dit punt zonder betekenis zijn.

De genoemde arresten hadden echter geen van alle betrekking op de beroepsziektenproblematiek¹²². Bovendien wees de Hoge Raad in een aantal van de genoemde teleurstellende arresten niet zozeer de mogelijkheid van toepassing van art. 6:2 lid 2 BW af, doch veeleer het aannemen van een ander *aanvangstijdstip* van de verjaringstermijn dan uit de wet voortvloeit¹²³. Er was daarom nog enige hoop¹²⁴: wellicht dat de Hoge Raad in dit kader met behulp van art. 6:2 lid 2 BW toch nog iets zou doen ten behoeve van de slachtoffers. Zij zijn niet teleurgesteld. In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad aangegeven dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid inderdaad enige soelaas biedt¹²⁵. Daarmee is toch, tegen de op eerdere rechtspraak gebaseerde verwachting in, iets gedaan aan de nijpende situatie van sommige gelaedeerden en hun nabestaanden.

Beide arresten, inzake Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit, hebben betrekking op de mesothelioomproblematiek. Mesothelioom is een zeer agressieve kankervorm (overlijden meestal in minder dan 1 jaar), met een lange incubatietijd (in de regel 20 tot 40 jaar) die slechts één oorzaak kent: het inademen van asbeststof. In beide gevallen is de werknemer ten tijde van het wijzen van het arrest van de Hoge Raad al enkele jaren overleden. De meest uitvoerige principiële overwegingen zijn in het arrest inzake Van Hese tegen De Schelde te vinden¹²⁶.

E. Van Hese/De Schelde. Feiten en procedureverloop

Van Hese heeft als schilder bij De Schelde gewerkt van 16 maart 1959 tot en met 7 juni 1963. Tijdens zijn werkzaamheden is hij blootgesteld aan asbeststof. In de loop van 1996 is bij hem een mesothelioom

119. HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15.

120. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 (ARB) Kindermishandeling.

121. Zo Tjittes, R.P.J.L., "Redelijkheid en billijkheid en verjaring", *A&V* 1999, 55 e.v. evenals Bloembergen in zijn noot bij HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16.

122. Aan een aantal belangrijke verjaringsvragen kwam de Hoge Raad niet toe in twee arresten van 2 oktober 1998 (*NJ* 1999, 682 en 683 (JBMV)) die wel betrekking hebben op de beroepsziektenproblematiek.

123. Zie in dit kader Van Boom, W.H., "Verjaring van mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 62.

124. Zo reeds A-G Spier voor Van Hese/De Schelde onder 10.3.

125. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB) Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit.

126. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430.

vastgesteld. Op 29 oktober 1996 is De Schelde aansprakelijk gesteld op grond van art. 7A:1638x BW (oud). Van Hese is vervolgens op 18 november 1996 overleden. De erven hebben vergoeding gevorderd van f 1000 aan materiële schade, f 200 000 wegens door Van Hese geleden immateriële schade plus f 828,44 voor kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand. De Schelde heeft zich ter bestrijding van deze vorderingen onder meer erop beroepen dat de in art. 3:310 lid 2 BW genoemde verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt, is verlopen. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep hebben de erven in verband met het beroep op verjaring onder meer een beroep gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank heeft dit beroep evenals de kantonrechter verworpen en het vonnis van de kantonrechter, waarbij de vorderingen van de erven zijn afgewezen, bekrachtigd. Hiertegen richt zich het cassatiemiddel.

Kan een vordering tot schadevergoeding nog geldend worden gemaakt wanneer na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom is gediagnostiseerd? De Hoge Raad geeft eerst nog eens een stand van zaken:

"Bij de beoordeling van deze vraag moet worden vooropgesteld dat op grond van art. 68a lid 1 in verbinding met art. 73 Ow NBW art. 3:310 van toepassing is. Zou de in het eerste lid van dat artikel neergelegde termijn van vijf jaar, die een aanvang neemt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, gelden, dan zou dit meebrengen dat de rechtsvordering nog niet was verjaard. Deze termijn kan echter niet meer tot toepassing komen indien inmiddels de termijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2 is verstreken. Laatstbedoelde termijn heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij - waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten - meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380)."

Vervolgens geeft hij echter aan dat deze termijn onder uitzonderlijke omstandigheden wel degelijk buiten toepassing kan worden gelaten:

"Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn."

Eén voorbeeld werkt de Hoge Raad vervolgens uit:

"Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken - hier: de blootstelling aan asbest - inderdaad tot schade - hier: de ziekte mesothelioom - zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin *naar haar aard* verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken."

De Hoge Raad legt uit dat anders dan in literatuur wel is gesuggereerd¹²⁷ de wetgever dit geval niet onder ogen heeft gezien:

127. In deze zin vooral Tjittes, R.P.J.L., "Redelijkheid en billijkheid en verjaring", *A&V*, 1999, 60. Hij is bestreden door A-G Spier in zijn conclusie voor Van Hese/De Schelde onder 10.3 doch krijgt bijval van Van Boom, W.H., "Verjaring van

"Bij het voorgaande is mede van betekenis dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling als karakteristiek van de bevrijdende verjaring is genoemd het *tenietgaan* van een rechtsvordering, en dat niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan, zodat de benadeelde in het geheel geen vordering tot schadevergoeding zou kunnen instellen: vóór het verstrijken van de termijn niet omdat er toen nog geen schade was, en na het verstrijken van de termijn niet omdat toen de rechtsvordering verjaard was. Dit geval zou hierop neerkomen dat de verjaring het *ontstaan* van een rechtsvordering verhindert, en dat het daarna voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept. Aantekening verdient hierbij dat, mede gelet op de overgangsrechtelijke complicaties in verband met de invoering van de nieuwe regeling met betrekking tot de verjaring op 1 januari 1992, van een benadeelde, als hij zich al ervan bewust is dat hij indertijd, vóór 1 januari 1992 asbestdeeltjes heeft ingeademd en dat de mogelijkheid bestaat dat na het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaar dientengevolge een mesothelioom zal ontstaan, in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij voordat de ziekte zich heeft geopenbaard ter bewaring van zijn rechten de verjaring stuit."

Om zijn beslissing fundament te geven wijst de Hoge Raad op steun in Nederlandse en buitenlandse literatuur:

"3.3.2. Het voorgaande vindt steun in een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur, alsmede in opvattingen die in het buitenland worden verdedigd (vgl. hetgeen dienaangaande is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Spier onder 10.5 en 10.15.1).

In dit verband verdient ook vermelding dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in par. 50 van zijn arrest van 22 oktober 1996 in de zaak *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk* (Reports 1996-IV, p. 1487, NJ 1997, 449), na tot uitgangspunt te hebben genomen dat het recht een vordering in te stellen "is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its nature calls for regulation by the State. In this respect the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation (...)", hierop de uitzondering heeft aanvaard dat de beperkingen niet zo ver mogen gaan dat "the very essence of the right is impaired", terwijl de beperking voorts in strijd is met art. 6 EVRM "if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved". Gelet op de - naar huidige inzichten zeer lange - duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de "margin of appreciation" van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de in 3.3.1 voorziene mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel in lijn is met het art. 6 par. 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter."

Het overgangsrechtelijk regime van het hierna besproken wetsvoorstel verjaring personenschade staat niet aan deze benadering in de weg. Met de zo wel genoemde aansprakelijkheid met terugwerkende kracht heeft de beslissing technisch gezien niets te maken:

"Het in 3.3.1 overwogene strookt ook met de grondgedachte van het inmiddels bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden (Kamerstukken 26 824). De hierin voorgestelde regeling komt hierop neer dat met betrekking tot schadevergoeding ter zake van letsel of overlijden uitsluitend de vijfjarige verjaringstermijn geldt, welke termijn aanvangt wanneer de

mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 63-64 zij het dat deze terecht aangeeft dat de wetgever weliswaar rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat schade pas na verstrijken van de termijn aan het licht komt, doch daarbij aan andere schade dacht dan personenschade zoals hier in het geding is.

benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is. Dat aan die grondgedachte in de overgangsregeling van het wetsvoorstel geen rechtsgevolgen zijn verbonden ten gunste van benadeelden in de gevallen waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór de inwerkingtreding van de voorgestelde nieuwe regel heeft plaatsgevonden, staat niet in de weg aan het hiervoor in 3.3.1 gegeven oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn toepassing te geven aan de thans geldende verjaringsregel."

Uiteindelijk gaat het natuurlijk om de vraag of ook in het concrete geval met succes een beroep kan worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid:

"3.3.3. Of in gevallen als de onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en - mede in verband daarmee - of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld."

Uiteindelijk leidt dat tot de volgende uitkomst in concreto:

"3.8. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven en dat na verwijzing in de eerste plaats alsnog zal moeten worden onderzocht of de vordering van de erven Van Hese afstuit op het beroep van De Schelde op verjaring. Partijen zullen met het oog op de beoordeling van deze vraag in de gelegenheid moeten worden gesteld hun stellingen aan te passen aan hetgeen hiervoor in 3.3.3 is overwogen."

De Hoge Raad vernietigt het bestreden vonnis van de rechtbank en verwijst het geding naar het Hof Den Haag voor verdere behandeling.

F. Inhoud en betekenis van deze rechtspraak

De rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart in ieder geval wanneer 20 of 30 jaar zijn verstreken sinds de schadeveroorzakende gebeurtenis (art. 3:310 BW). In de gevallen die hier centraal staan betekent dat 30 jaar na de laatste blootstelling aan asbest. Vasthouden aan deze termijn houdt in dat degene die pas na die periode ziek wordt, geen vordering geldend zou kunnen maken. Om dat tegenover de gelaedeerde moeilijk uit te leggen resultaat te voorkomen is (een beroep op) de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van stal gehaald. Individuele gerechtigheid wordt uiteindelijk toch hoger aangeslagen dan rechtszekerheid.

Het bijzondere of zo men wil uitzonderlijke van deze rechtspraak zit hierin dat de verjaringsregels eigenlijk niet voor dit geval geschreven zijn: verjaring zou een rechtsvordering teniet moeten doen gaan, niet aan haar ontstaan in de weg moeten staan. Dat de wetgever, zij het in een laat stadium, met de mogelijkheid van dit geval rekening heeft gehouden¹²⁸, kan in ieder geval niet wegnemen dat het hier geen regelmatig geval betreft.

De Hoge Raad benadrukt, omdat de rechtszekerheid in het geding is, dat hier bij het toepassen van art. 6:2 lid 2 BW (eens temeer) terughoudendheid op haar plaats is: slechts in *uitzonderlijke* gevallen is dat toegestaan. In casu doet zich dat uitzonderlijke geval voor: (1) onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden; (2) die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan; (3) de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.

Het door de Hoge Raad genoemde geval is inderdaad uitzonderlijk; het betreft immers niet het geval dat de wetgever voor ogen heeft gestaan. Dat er mogelijk zeer veel mesotheliomslachtoffers (zullen) zijn kan, anders dan nu wel wordt gesuggereerd, het uitzonderlijke *karakter* van het geval niet wegnemen. Intussen houdt de benadering van de Hoge Raad wellicht in dat voor de categorie mesotheliomslachtoffers de regelmatige oplossing wordt: toepassing van het uitzonderlijke art. 6:2 lid 2 BW. Het is niet uitgesloten dat art. 6:2 lid 2 BW in duizenden gevallen zal (mogen) worden toegepast. Aan het uitzonderlijke karakter van het type geval doet dit, nogmaals, niet af.

In de kern is de vraag of een verjaringsregel een regel is die onder *alle* omstandigheden geldt. De Hoge Raad meent duidelijk van niet, hetgeen strookt met zijn eerdere rechtspraak waarin hij tornde aan de verjaringsregels. Weliswaar had deze niet zozeer betrekking op de lange verjaringstermijn¹²⁹, doch dat kan moeilijk beslissend zijn nu ook de korte termijn de rechtszekerheid dient.

G. *Kritiek in de literatuur: rechtszekerheid zou prevaleren*

Naar aanleiding van de besproken arresten heeft Van Schaick in een kritische bijdrage betoogd dat verjaringsregels wel onverkort zouden moeten gelden¹³⁰. Hij doet daarbij een krachtig beroep op de rechtszekerheid, precies het belang dat met verjaring wordt gediend. De vraag is intussen hoe dwingend (het belang van) de rechtszekerheid is. Wat houdt zij in?¹³¹

Op het niveau van het algemene belang gaat het erom dat aan (mogelijke) geschillen ooit een einde komt, dat het recht zich eens bij de feiten aansluit, dat men (laedentes) op een gegeven moment moet(en) weten waar men aan toe is (zijn). Daarop lijkt ook Van Schaick vooral te doelen¹³². Intussen kan moeilijk worden beweerd dat het algemene belang dat de verjaringsregels beogen te dienen door de onderhavige arresten ernstig geweld is aangedaan. Daarvoor lijkt de opening die de Hoge Raad laat te klein en ook te specifiek: men kan moeilijk volhouden dat het verjaringsrecht als zodanig nu ineens op losse schroeven staat. Daarbij dient er overigens op te worden gewezen dat de verjaringsregels uit het BW vaak nog genoeg ruimte voor onzekerheid laten. Voor een waardering van de rechtspraak dient ook het meer concrete niveau van de werkgevers en hun verzekeraars in de beschouwingen te worden betrokken, nu het in de kern om hun rechtszekerheid gaat. Is zekerheid voor hen opeens veranderd in onzekerheid? Weten

128. Van Boom, W.H., "Verjaring van mesotheliomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 63-64.

129. Zie bijvoorbeeld de rechtspraak met betrekking tot het bekende verjaringswetje van 1924 waarover NJ-annotator Bloembergen onder 3.

130. Van Schaick, *WPNR* 6414 (2000), 592 e.v.

131. Zie reeds Hartlief, T., "Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid", *NTBR*, 2001, 57-66.

132. Van Schaick, *WPNR* 6414 (2000), 592 en 597.

(potentiële) schadeveroorzakers opeens niet meer waar zij aan toe zijn? Hun positie was en blijft nogal onzeker: de werkgevers waar het hier om gaat moeten, in ieder geval gelet op de rechtspraak uit de jaren '80 en '90, al lang rekening houden met mogelijke claims, weten net als werknemers niet of en zo ja wanneer ziekte en daarmee schade optreedt, hebben met vele werknemers met verschillende banen (klein resp. groot risico) en arbeidsverledens (kort dan wel lang gewerkt, verschillende tijdstippen van laatste blootstelling etc.) gewerkt. Bovendien kunnen zij moeilijk volhouden dat zij zekerheid hadden omtrent het op het stuk van verjaring toepasselijke recht: in de eerste plaats is met invoering van het huidige BW de verjaringstermijn, nota bene in hun voordeel, gewijzigd¹³³, is kort na invoering reeds door de wetgever in (andere delen van) het verjaringsrecht ingegrepen¹³⁴, is inmiddels al sinds enige tijd door een behoorlijk aantal gezaghebbende auteurs gepleit voor een coulante toepassing van de voor de werkgevers geldende verjaringsregels en werd daartoe in de lagere rechtspraak af en toe ook overgegaan. Op zijn minst leverde dit alles voor werkgevers en hun verzekeraars *onzekerheid* omtrent hun rechtspositie op. Deze onzekerheid is als zodanig al een behoorlijke tijd een zekerheid; een gegeven waarmee werknemers en hun verzekeraars in ieder geval al lang rekening hebben kunnen houden bij de beslissing omtrent het bewaren van gegevens, het plegen van bepaald onderzoek, het reserveren van gelden, het aanpassen van premies etc. Het belang van het beroep op de rechtszekerheid dat van de zijde van de werkgevers en hun verzekeraars wordt gedaan kan zo bekeken moeilijk beslissende betekenis hebben¹³⁵¹³⁶.

H. De beperkte reikwijdte van art. 6:2 lid 2 BW

Het is van belang vast te stellen dat de Hoge Raad, gelet ook op zijn aanduiding van het uitzonderlijke geval (de schade is in die zin naar haar aard verborgen gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken), als een soort preliminaire voorwaarde voor toepassing van art. 6:2 lid 2 BW stelt dat de schade (ziekte) echt pas is ontstaan (aan het licht is gekomen) nadat de verjaringstermijn is verlopen. De Rouwhof/Eternit-zaak maakt dit ook duidelijk: voor 1 januari 1993 hadden de erven Rouwhof een vordering kunnen instellen (of tot stuiting kunnen overgaan); nu zij dat niet hebben gedaan, komt de rechter aan toepassing van art. 6:2 lid 2 BW niet eens toe. Voor alle duidelijkheid: de Hoge Raad wijst toepassing van art. 6:2 lid 2 BW dus niet af op de door hem als *g* geformuleerde omstandigheid: betrokkene (of diens erven) heeft (hebben) niet snel genoeg na het optreden van de ziekte alsnog geageerd.

Of de Hoge Raad werkelijk steeds zo streng kan zijn, kan worden betwijfeld. Te denken valt aan het door A-G Spier genoemde¹³⁷, zeker niet denkbeeldige, geval dat de gelaedeerde zeer kort voor het verstrijken van de termijn ziek wordt. Van hem kan dan toch moeilijk worden gevergd dat hij zich op dat moment bekommert om het instellen van een claim. In die situatie is het instellen van een claim eigenlijk meer theoretisch dan praktisch mogelijk. In een dergelijk geval lijkt wel degelijk coulance op haar plaats. Wellicht is dit een ander uitzonderlijk geval dat tot toepassing van art. 6:2 lid 2 BW aanleiding kan geven¹³⁸.

De Hoge Raad suggereert immers dat nog andere uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn waarin toepassing van art. 6:2 lid 2 BW aangewezen is. Opvallend is dat in de diverse commentaren op de hier besproken arresten afgezien van het juist genoemde geval geen voorbeelden worden genoemd. Er dienen zich

133. Zie A-G Spier in zijn conclusie voor Van Hese/De Schelde onder 4.6 en 10.14.3.

134. Zie Van Boom, W.H., "Verjaring van mesotheliomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 68-69.

135. Zie in dit verband ook Duyvensz, J.H., "Verjaring van asbestclaims", *NTBR*, 1999, 294-295.

136. In deze zin reeds eerder Hartlief, T., "Verjaring rechtszekerheid en billijkheid", *NTBR*, 2001, 63.

137. In zijn conclusie voor Rouwhof/Eternit onder 8.24.

138. Zo ook Van Boom, W.H., "Verjaring van mesotheliomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 69.

kennelijk niet direct even prangende gevallen aan waarin de lange verjaringstermijn buiten toepassing zou moeten worden gelaten als het geval van schade die pas aan het licht komt na verloop van die termijn¹³⁹.

I. Gezichtspunten in abstracto

Voor de vraag of art. 6:2 lid 2 BW in zo'n uitzonderlijk geval daadwerkelijk moet worden toegepast is uiteindelijk een weging van een groot aantal gezichtspunten noodzakelijk. Erg veel scherpte of onderscheidend vermogen hebben deze, althans voor de mesothelioomproblematiek, overigens niet¹⁴⁰.

Niet duidelijk is wat het uitmaakt dat, in de onderhavige problematiek is dat een veel voorkomend geval, de vergoeding niet aan de gelaedeerde zelf, maar juist aan diens nabestaanden zou toevallen (gezichtspunt *a*): niet alleen zal dat bij mesothelioom vaak het geval zijn, voor het directe slachtoffer is het wellicht nog een geruststellend idee dat zijn nabestaanden in ieder geval nog vergoeding krijgen¹⁴¹. Verder is discussie mogelijk over de vraag wat het zwaarste weegt voor de direct getroffen (gezichtspunt *a*). Terwijl Bloembergen vergoeding van materiële schade bovenaan de ladder plaatst, stellen anderen smartegeld voorop¹⁴².

Duidelijk lijkt wel dat de Hoge Raad regresnemers niet snel zal laten profiteren van art. 6:2 lid 2 BW¹⁴³ (gezichtspunten *a* en *b*).

Verder zal gezichtspunt *g* waarschijnlijk erg bepalend zijn: hoe de afweging van de gezichtspunten *a* tot en met *f* ook uitvalt, wanneer niet binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling volgt, zal het doek vallen. Intussen is onduidelijk wat een redelijke termijn is: A-G Spier en Bloembergen denken aan een termijn van 6 maanden tot een jaar, terwijl Van Boom een termijn van 5 jaar bepleit¹⁴⁴.

De waarde van gezichtspunt *c* voor de onderhavige (mesothelioom)problematiek is niet groot: het ligt gelet op de formulering van de aansprakelijkheidsnorm in eerdere arresten¹⁴⁵ niet voor de hand uit te gaan van een lichte vorm van verwijtbaarheid, veeleer zal men aan ernstige verwijtbaarheid denken¹⁴⁶.

De gezichtspunten *d* en *e* houden verband met elkaar: wanneer men rekening diende te houden met claims, zal men zich bijvoorbeeld niet van bepaalde gegevens mogen ontdoen en is zelfs een actieve opstelling in verband met de mogelijkheid verweer te voeren aangewezen. Men kan zich dan derhalve moeilijk beklagen over problemen bij het voeren van verweer. In ieder geval kunnen bedrijven als De

139. Zie echter *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 824, nr. 5, 1-2 waar de regering aangeeft voor welke andere gevallen het wetsvoorstel betekenis zou kunnen hebben.

140. Zie vooral Bloembergen in zijn *NJ*-noot onder 6 en Van Boom, W.H., "Verjaring van mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 64 e.v.

141. Vgl. Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk", *Vrb.* 2000, 50.

142. Resp. Bloembergen in zijn *NJ*-noot onder 6, Van Boom, W.H., "Verjaring van mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 65 en Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk", *Vrb.* 2000, 50-51.

143. Zo ook A-G Spier in zijn conclusie voor Van Hese/De Schelde onder 10.4, Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk", *Vrb.* 2000, 50, Bloembergen in zijn *NJ*-noot onder 6 en Van Boom, W.H., "Verjaring van mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 65. Overigens is regres op dit terrein in verband met het collega-verweer een uitzonderlijk geval; van opzet of bewuste roekeloosheid bij de werkgever is niet snel sprake. Zie hierna hoofdstuk 3.

144. Resp. in zijn conclusie voor Rouwhof/Eternit onder 8.20, in zijn noot onder 6 en in *A&V*, 2000, 69.

145. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS) en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 682 en 683 (JBMV). Zie uitgebreid Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 2000, 97 e.v.

146. Zo ook Van Boom, W.H., "Verjaring van mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 66.

Schelde en Eternit moeilijk in rechte betogen dat zij geen rekening met claims behoeften te houden. Daarmee is de waarde van deze gezichtspunten ook nogal beperkt.

Tenslotte gezichtspunt *f*: is de aansprakelijkheid nog door verzekering gedekt? Wellicht dient dit gezichtspunt aldus te worden begrepen dat de rechter in geval van verzekeringsdekking niet snel vanwege problemen aan de zijde van de laedens tot verwerping van toepassing van art. 6:2 lid 2 BW kan concluderen (vgl. art. 6:109 lid 2 BW). Intussen brengt de enkele dekking weer niet mee dat art. 6:2 lid 2 BW dus juist wel moet worden toegepast. Het gezichtspunt suggereert dat wanneer verzekeringsdekking ontbreekt toepassing van art. 6:2 lid 2 BW niet voor de hand ligt, doch het is de vraag of dat juist is. Het lijkt bijvoorbeeld van belang te weten *waarom* er geen dekking is. Bovendien kan men zich afvragen of het ontbreken van dekking alsmede de oorzaak daarvan niet beter in het kader van art. 6:109 BW (matiging) kunnen worden beoordeeld.

Al met al is de gezichtspuntenbenadering eerder lastig dan voordelig voor de direct betrokkenen (werkgever, werknemer en rechter). Zij heeft immers weinig scherpte en levert (daardoor) onzekerheid op voor partijen.

J. Problemen van verzekerbaarheid?

De besproken arresten zijn in ieder geval opmerkelijk. In kringen van werkgevers en verzekeraars wordt gesuggereerd dat zij vanwege hun grote consequenties gevaarlijk zijn. Hoe groot hun impact werkelijk is, is niet eenvoudig te bepalen. In hoeveel gevallen art. 6:2 lid 2 BW daadwerkelijk zal worden toegepast, moet worden afgewacht. Naar verluidt zullen er de komende tijd wellicht enkele tientallenduizenden mesotheliomslachtoffers vallen. Uitgaande van een gemiddelde claim van bijvoorbeeld 100.000 gulden gaat het dan in theorie over miljarden. Werkgevers en hun verzekeraars kunnen hierdoor inderdaad zeer wel in problemen komen.

5. PROBLEMEN VAN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID VOOR DE IN HET ONDERZOEK CENTRAAL GESTELDE BEROEPSZIEKTEN

A. Enkele algemene opmerkingen vooraf

1. Problemen van aansprakelijkheidsrecht

Een van de belangrijke thema's in het kader van dit onderzoek betreft de problematiek van de beroepsziekten. Gebleken is dat in toenemende mate het aansprakelijkheidsrecht en dan in het bijzonder art. 7:658 BW (en eerder uiteraard zijn voorganger art. 7A:1638x) wordt benut om vergoeding van schade die het gevolg is van een aan het werk gerelateerde ziekte te verkrijgen.

Hier zij nog eens herhaald dat de werknemer ook andere aansprakelijkheden in stelling kan brengen. Zo kunnen bepaalde risicoaansprakelijkheden, denk bijvoorbeeld aan art. 6:175 (gevaarlijke stoffen), soms voordelen bieden ten opzichte van art. 7:658; namelijk in die gevallen waarin een tekortkoming van de werkgever zou ontbreken doch wel een risicoaansprakelijkheid van toepassing zou (kunnen) zijn¹⁴⁷. Uit art. 7:658 lid 3 blijkt meer impliciet dat de werknemer in de contractuele relatie met de werkgever ook

147. Zie voor een voorbeeld van een casus waarin art. 6:173 BW de werknemer succes zou hebben gebracht HR 10 april 1997, NJ 1997, 510 Hilligehekken/CVO.

dergelijke gronden kan aanvoeren. Twijfelachtig is of hij in een dergelijk geval ook profiteert van het Pollemans/Hoondert-regime met betrekking tot eigen schuld¹⁴⁸.

Meer dan bij de arbeidsongevallen ondervinden werknemers die (menen) slachtoffer te zijn van een beroepsziekte juridische problemen bij het daadwerkelijk verkrijgen van vergoeding op basis van art. 7:658 BW. Die problemen verschillen al naar gelang (de specifieke aard van) de ziekte.

2. Lage drempel voor toepassing vaak nog steeds problematisch

Art. 7:658 is weliswaar pas op 1 april 1997 in de wet terechtgekomen, maar heeft - het zij benadrukt - onmiddellijke werking¹⁴⁹. Dat is van groot belang, omdat daarmee voor werknemers, ook voor diegenen die het slachtoffer zijn geworden van een beroepsziekte, de hele lage drempel voor toepassing en daarmee voor vestiging van aansprakelijkheid in beeld is gekomen. Voor aansprakelijkheid volstaat immers dat de werknemer stelt - en uiteraard bij voldoende gemotiveerde betwisting - ook bewijst dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden¹⁵⁰. Meer kan van hem niet worden gevergd: de exacte oorzaak of toedracht behoeft niet vast te staan. Het is vervolgens aan de werkgever om verweren te voeren. Hierbij kan behalve aan het verweer dat hij niet is tekortgeschoten ook worden gedacht aan het verweer dat causaal verband tussen een eventuele schending van zijn zorgplicht en het ongeval ontbreekt¹⁵¹.

Juist bij (bepaalde) beroepsziekten kan deze lage drempel de werknemer nog wel degelijk in problemen brengen. In veel gevallen zal het verweer van de werkgever zijn dat de schade zeer wel (mede) een andere oorzaak heeft dan (het verrichten van of de verrichte) arbeid. Zo kan (een bepaalde vorm van) longkanker zijn oorzaak vinden in het werken met asbest, doch evenzeer in andere oorzaken zoals (mee)roken. Zo wordt ook in het kader van RSI al snel gesuggereerd dat eventuele klachten te maken hebben met geheel andere factoren die buiten het werk gelegen zijn (leefstijl, computergebruik thuis etc.). Het zal niet verbazen dat juist ook in het kader van stress een dergelijk verweer van de zijde van de werkgever voor de hand ligt.

In het kader van een asbestprocedure heeft dit probleem de betrokken werknemer recentelijk nog parten gespeeld. Twijfelachtig is in deze zaak of de werknemer, een mesotheliomslachtoffer, het mesotheliom in het kader van zijn werk voor De Schelde heeft opgelopen. De werkgever ontkende dat betrokkene in zijn werk aan asbest was blootgesteld. De rechtbank oordeelde dat de werknemer niet in het bewijs was geslaagd dat hij mesotheliom in het kader van zijn werk had opgelopen. In cassatie wordt dan de stelling betrokken dat:

"3.4 ... bij toepassing van art. 7:658 BW voor het bewijs dat de schade door de werknemer is geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden in een geval als het onderhavige voldoende is dat komt te vast te staan dat de desbetreffende werknemer aan asbest kan zijn blootgesteld en derhalve niet vereist is dat, naast het bewijs van het voorkomen van asbest binnen het bedrijf in het algemeen, tevens komt vast te staan dat de desbetreffende werknemer daadwerkelijk is blootgesteld geweest aan asbest. ..."

148. Zie in dit kader met verdere verwijzingen Hartlief, T., in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, 503-504.

149. Zie HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 (PAS) Fransen/Pasteurziekenhuis en HR 17 november 2000, *RvdW* 2000, 230 Unilever/Dikmans.

150. HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 (PAS) Fransen/Pasteurziekenhuis en HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 198 Van Uiter/Jalas.

151. HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 (PAS) Fransen/Pasteurziekenhuis.

De Hoge Raad velt hier een hard oordeel¹⁵²:

"Het onderdeel faalt. Art. 7:658 BW betreft de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt en niet de schade die de werknemer heeft geleden maar waarvan niet vaststaat dat de werknemer haar, in de zin van het tweede en het vierde lid van genoemde bepaling, in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden. Er bestaat geen goede grond om de aansprakelijkheid van de werkgever als in de zo-even genoemde bepalingen bedoeld, in deze uit te breiden dat de werkgever ook aansprakelijk is voor schade die de werknemer heeft geleden en ten aanzien waarvan de mogelijkheid bestaat dat zij is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden."

Uiteraard zit hier een probleem van causaliteitonzekerheid dat in die zin niet kan worden opgelost dat, na (pogingen tot) bewijslevering, met zekerheid kan worden gesteld dat de schade al dan niet in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. Het zal er voor de werknemer op aankomen voldoende aannemelijk te maken dat hij de ziekte inderdaad in het kader van zijn werk heeft opgelopen¹⁵³.

3. Uiteindelijk is uiteraard (ontbreken van) tekortkoming werkgever beslissend

Voor aansprakelijkheid van de werkgever is uiteindelijk beslissend of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht althans wanneer hij erin slaagt aan te tonen dat hij voldoende zorg heeft betracht, ontbreekt aansprakelijkheid.

Welke zorg precies van de werkgever kan worden gevergd, valt moeilijk in zijn algemeenheid te zeggen. Een aantal 'bronnen' dient zich aan¹⁵⁴:

- arbeidsomstandighedenwetgeving en/of andere veiligheidsregulering;
- ongeschreven zorgplicht voor een veilige werkomgeving gesanctioneerd door art. 7:658¹⁵⁵;
- CAO-afspraken en arboconvenanten.

In de eerste plaats zal van belang zijn of er (veiligheids)regelgeving is en zo ja of de werkgever zich hieraan heeft gehouden; mocht het antwoord op die laatste vraag ontkennend luiden, dan zal dat gelet op de aard van de regulering (veiligheidsnormen) veelal beslissend zijn¹⁵⁶: de werkgever is, behoudens door hem te leveren bewijs dat causaal verband tussen tekortkoming en ongeval ontbreekt, dan aansprakelijk. Heeft de werkgever zich echter aan de veiligheidsregels (althans aan publiekrechtelijke normering) gehouden dan is daarmee nog niet gezegd dat de werkgever ook voldoende heeft gedaan. Uit de rechtspraak blijkt dat in veel gevallen meer van de werkgever kan worden gevraagd bijvoorbeeld omdat de regelgeving het karakter heeft van minimumbescherming of omdat de regelgeving het bestreken terrein niet uitputtend regelt¹⁵⁷.

Bepaalde in cao's of convenanten neergelegde afspraken tussen werkgevers en werknemers kunnen ook betekenis hebben voor de vraag welke zorg (in ieder geval) mocht worden verwacht. Zo zijn er in nogal

152. HR 26 januari 2001, *RvdW* 2001, 41 Weststrate/De Schelde. Zie over het arrest Giesen, I., "Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de norm", *NTBR* 2001, 242-247.

153. Er wordt in dit kader ook wel gedacht aan de oplossing van een proportionele aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. Zie in dit kader het vonnis van de Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41 Schaier/De Schelde.

154. Zie in dit kader meer uitgebreid Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 2000, 28 e.v.

155. Hiermee wordt bedoeld dat de meerwaarde van art. 7:658 mede zit in de toepassing van de uit het ongeschreven recht voortvloeiende zorgvuldigheidsnorm die door de werkgever in acht moet worden genomen.

156. Vgl. HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB) Tamara van Uitert.

157. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de eerder aan de orde gestelde arresten met betrekking tot asbestgerelateerde ziekten als Jansen/Nefabas en Cijssouw/De Schelde I en II.

wat cao's afspraken gemaakt over werkdruk¹⁵⁸. De arboconvenanten zijn ook het vermelden waard: het gaat hier om een betrekkelijk nieuw fenomeen waarbij werkgevers en werknemers en de overheid (SZW) zijn betrokken¹⁵⁹. Werkgevers en werknemers zijn primair verantwoordelijk, SZW faciliteert. De bedoeling is convenanten te sluiten met betrekking tot de arbeidsrisico's waarmee een groot deel van de beroepsbevolking te maken heeft of krijgt¹⁶⁰: tillen, werkdruk, RSI, schadelijk geluid en een aantal gevaarlijke stoffen. Een aantal convenanten is inmiddels afgesloten: zo is er een convenant horeca waarin is vastgelegd dat het aantal werknemers dat is blootgesteld aan werkdruk uiterlijk 1 juni 2003 moet zijn gereduceerd met 10%. Verder zijn afspraken gemaakt over het toepassen van concrete maatregelen als invoeren van taakrotatie en werkoverleg¹⁶¹.

In het kader van de vraag wat buiten naleving van de regelgeving mag worden verlangd geven de arresten Janssen/Nefabas en inzake Cijssouw/De Schelde belangrijke indicaties¹⁶². In Janssen/Nefabas is immers nadrukkelijk aan de orde wat van de werkgever kan worden gevergd wanneer wettelijke regels met betrekking tot de gevaren van door de werkgever te produceren of te verwerken stoffen ontbreken. Vooral, maar niet alleen dan, zal op de werkgever de verplichting rusten te onderzoeken welke gevaren een en ander voor de werknemers oplevert en zal hij zich tijdig op de hoogte moeten stellen van eventuele nadere gegevens die voor de voldoening aan de verplichtingen ex art. 7:658 van belang kunnen zijn. Het is in geval van aantasting van de gezondheid van werknemers aan de werkgever om aan te geven of en in hoeverre hij zich tijdig heeft laten voorlichten over gevaren en daarop gerichte voorzieningen danwel waarom een dergelijk onderzoek niet mogelijk was of niet van hem gevergd kon worden.

In het arrest Cijssouw/De Schelde I¹⁶³ heeft de Hoge Raad in het kader van de vraag vanaf welk moment van de werkgever mag worden verwacht dat hij maatregelen treft gericht op het voorkomen van (een bepaalde) ziekte, overwogen dat dat uiteindelijk afhangt van de omstandigheden van het geval waaronder:

- de vraag welke mate van zekerheid in de medische wetenschap bestaat omtrent de blootstelling aan een bepaalde stof;
- het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde ziekte;
- de vraag of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en
- de ernst van het gevaar.

In hetzelfde arrest wordt de werkgever nog een zekere periode gegund om zich op nieuwe aan het licht gekomen gevaren of risico's te oriënteren en om tot aanpassing te komen, maar algemeen wordt aangenomen dat deze periode kort is. Bovendien is in de huidige tijd steeds meer informatie in steeds kortere tijd beschikbaar¹⁶⁴.

De cruciale overweging staat weliswaar in de sleutel van het werken met gevaarlijke stoffen, doch zij bevat duidelijk algemeen bruikbare gezichtspunten¹⁶⁵ die overigens, en dat ligt nu het ook hier gaat om de van de werkgever te verwachten zorgvuldigheid ook voor de hand¹⁶⁶, grote gelijkenis vertonen met de zogenaamde Kelderluikfactoren. Aangenomen mag overigens worden dat ook andere Kelderluik-factoren

158. *Arbopalans* 2000, 5.

159. Bron: *Arbopalans* 2000, 24.

160. In dat kader zijn 29 zogenaamde hoogrisicobedrijfstukken geselecteerd.

161. *Arbopalans* 2000, 25.

162. Resp. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (PAS) en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS).

163. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS).

164. Daar wijst Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S* 2001, 6 noot 24 terecht op.

165. Of het nu gaat om het werken met stoffen of om een bepaalde werkwijze, de gezichtspunten verschillen niet.

166. Zie in dit verband reeds de analyse van Bier, L., *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, diss., Deventer, Kluwer, 1988 en recentelijk Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 2000, hoofdstuk 3.

zoals de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen of het voorhanden zijn van (minder schadelijke) alternatieven gewicht in de schaal leggen.

Voor een beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever zal in eerste instantie van belang zijn of er indicaties waren voor (nader) handelend optreden. In dit kader kan onder meer worden gedacht aan berichten in de media (en vakbladen), kennis en inzichten in de medische wetenschap, ontwikkelingen (waaronder ook juridische) in andere landen. Dat handelend optreden kan in theorie sterk verschillende vorm en inhoud hebben. Zo zal in veel gevallen in ieder geval nader onderzoek aangewezen zijn. Dat onderzoek kan vervolgens aanleiding geven tot meer concreet optreden. Wat dat optreden moet inhouden zal afhankelijk zijn van eerder genoemde factoren als kans op schade/ziekte, de aard en ernst van de gevolgen (van die ziekte), de (on)mogelijkheid en/of bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen.

Een voorbeeld aan de hand van RSI. Er is wellicht nog steeds onduidelijkheid over:

- de vraag wat precies onder RSI moet worden verstaan;
- de vraag waardoor 'het' precies komt;
- de vraag welke maatregelen in de preventiesfeer kunnen worden genomen.

Er is echter - dat lijdt wat ons betreft geen twijfel - alle reden voor nader optreden. In ieder geval is de genoemde onduidelijkheid geen rechtvaardiging voor stilzitten. Ook de omstandigheid dat andere werkgevers ook geen maatregelen treffen mag in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad niet baten¹⁶⁷. De indicaties dat er wel degelijk risico's verbonden zijn aan het volgen van bepaalde werkwijzen, aan het langdurig achter elkaar werken, aan het hebben van een bepaalde zit/werkhouding zijn eenvoudig te sterk. Bovendien zijn er ook aanwijzingen dat bepaalde maatregelen effect hebben. Hetzelfde geldt voor het voor handen zijn van bepaalde alternatieven (ergonomisch verantwoorde muis, spraakprogramma's etcetera).

Op de werkgever rust derhalve een strenge zorgplicht die inhoudt dat hij pro-actief optreedt en zich niet kan verschuilen achter stilzitten van de overheid of van de branche waarvan hij deel uitmaakt¹⁶⁸.

Het wordt gezegd¹⁶⁹:

"Veel gezondheidsrisico's zijn al langer bekend in brede of minder brede kring, maar worden door ondernemers niet werkelijk serieus genomen."

Van Boom plaatst in deze sleutel recentelijk niet alleen de houding van werkgevers ten aanzien van de risico's van het werken met asbest, maar waarschuwt ook voor mogelijke consequenties in de sfeer van aansprakelijkheid voor werkgevers in verband met blootstelling aan kwartsstof en hardhoutstof, rugklachten van bouwvakkers, lawaaidoofheid in de industrie, RSI bij beeldschermwerkers en OPS in de verf- en lijmproductie en - verwerking. Zijn boodschap is duidelijk: in dit soort gevallen is aansprakelijkheid van de werkgever reëel te verwachten, omdat zij - hoewel het gaat om voor hen (soms reeds lang) kenbare gevaren of risico's - te weinig hebben gedaan.

Anders ligt dat, althans in eerste instantie, indien en voor zover het gaat om werkelijk niet-kenbare gezondheidsrisico's. Immers: wanneer men een gevaar niet *kon* kennen, kan men zijn gedrag daarop ook

167. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 (JBMV) Cijssouw/De Schelde.

168. Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 4.

169. Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 4.

niet afstemmen. Ook daar echter kan er ondanks de onzekerheid/verdeeldheid in de wetenschap over de werkelijke oorzakelijke verbanden, reden zijn voor pro-actief optreden¹⁷⁰.

4. Verjaringsproblemen

Bij sommige ziekten, mesothelioom is daarvan het bekendste voorbeeld, is er een mogelijk zeer lange latentieperiode, die het mogelijk maakt dat de ziekte zich pas openbaart nadat de lange verjaringstermijn van art. 3:310 BW is verstreken.

Op dit punt is een tweetal ontwikkelingen relevant. Uiteraard zal (invoering van) het hiervoor behandelde wetsvoorstel verjaring personenschade voor de toekomst kou uit de lucht nemen, omdat vanaf dat moment (voor gebeurtenissen die na inwerkingtreding plaatshebben) de verjaring pas begint te lopen vanaf bekendheid met de schade¹⁷¹. Tot die tijd of - gelet op het overgangsrechtelijke regime van het wetsvoorstel - preciezer: voor ziekten die zijn terug te voeren op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voor inwerkingtreding van de wet dient men zijn heil te zoeken in toepassing van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW)¹⁷². Een garantie voor succes geeft deze route echter niet, omdat toepassing uiteindelijk - zoals hiervoor is beschreven - afhankelijk is van diverse omstandigheden van het geval.

Voor een beroepsziekte als RSI of stress zal verjaring althans voltooiing van de lange verjaringstermijn zich niet snel voordoen omdat van een langdurige latentieperiode geen sprake is.

B. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van RSI

1. Zeer belangrijke categorie; geen homogene groep klachten

RSI (repetitive strain injury) is een verzamelterm van klachten waarmee naar verluidt, ook de gewone media maken daarvan bij herhaling melding, een groot deel van de beroepsbevolking zou kunnen worden geconfronteerd¹⁷³. Van de in 1999 bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten gedane meldingen (totaal ruim 4000) hebben er 45% betrekking op RSI(-achtige)-klachten¹⁷⁴. Het betreft niet alleen beeldschermwerkers maar ook om andere werknemers, zoals caissières en werknemers in de bouw, die lange tijd achter elkaar dezelfde bewegingen maken of steeds dezelfde houding aannemen¹⁷⁵.

RSI staat (vooral) voor klachten in de nek, schouders, bovenrug, armen, elleboog, pols en/of hand. Het gaat hier om een (aantal vormen van) aandoening(en) die zich bovendien, zo wordt aangenomen, in fasen ontwikkelt van tintelingen en vermoeid gevoel, via krachtverlies tot soms blijvende ernstige vormen van pijn. Zeker wanneer men er op tijd bij is, dat heet voordat die laatste (derde) fase is aangebroken, zal de schade beperkt kunnen blijven¹⁷⁶.

170. Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 7 e.v. illustreert dat aan de hand van het voorbeeld van EMF.

171. Overigens moet, en ook dat kan een werknemer in bepaalde situaties nog van pas komen, de bekendheid subjectief worden opgevat. Zie HR 6 april 2001, *RvdW* 2001, 73 waarin de Hoge Raad suggereert dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel verjaring personenschade ten onrechte van een andere opvatting wordt uitgegaan.

172. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB).

173. Zie meer uitvoerig Van Dongen, H.J.W. in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 202 e.v.

174. *Arbobalans*, 2000, 6.

175. Zie Van Dongen, H.J.W., in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 205-206.

176. Zie Van Dongen, H.J.W., in Faure, M. en Hartlief T., (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 204-205.

In het kader van een beoordeling inzake werkgeversaansprakelijkheid is wellicht problematisch dat een duidelijke diagnose vaak ontbreekt¹⁷⁷. Dit is een van de redenen dat werkgevers vaak denken dat het wel meevalt, in de eerste plaats met het risico dat RSI zal optreden en in de tweede plaats met de kans dat zij daarvoor vervolgens ook aansprakelijk zullen zijn. Specifiek RSI-beleid ontbreekt dan ook vaak.

De hierna te noemen juridische problemen kunnen niet wegnemen dat algemeen wordt aangenomen dat RSI de belangrijkste beroepsziekte zal zijn die onder het regime van werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW zal worden afgehandeld. Vooral in kringen van (aansprakelijkheids)verzekeraars worden de ontwikkelingen met zorg afgewacht. Op dit moment is er weliswaar nog nauwelijks gepubliceerde rechtspraak met betrekking tot mogelijke aansprakelijkheid voor RSI¹⁷⁸, duidelijk is dat er veel meer claims zijn ingediend en in behandeling zijn.

2. Verband met het werk en andere causaliteitsproblemen

In het kader van mogelijke werkgeversaansprakelijkheid voor RSI wordt zeer regelmatig de stelling betrokken dat een, wellicht zelfs de belangrijkste, van de oorzaken van de opgetreden verschijnselen is gelegen in omstandigheden buiten het werk, derhalve in het privé-leven gelegen. Scherper nog zal het verweer veelal zijn dat de schade niet geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Al eerder is opgemerkt dat dit probleem van causaliteitsonzekerheid in die zin niet kan worden opgelost dat, na (pogingen tot) bewijslevering, met zekerheid kan worden gesteld dat de schade al dan niet in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. Het zal er voor de werknemer op aankomen voldoende aannemelijk te maken dat hij de ziekte inderdaad in het kader van zijn werk heeft opgelopen. In recente lagere rechtspraak blijkt ook dat de werknemer hiermee succes kan hebben. De kantonrechter Middelburg nam althans aan dat bepaalde klachten door hun aard in beginsel duiden op een verband met de beroepsuitoefening¹⁷⁹; in het vonnis wordt een soort waarschijnlijkheidsdiagnose toegepast.

Hiermee is overigens op zich nog niet het doek gevallen over een causaliteitsverweer dat inhoudt dat het *condicio sine qua non*-verband tussen eventuele tekortkoming en schade ontbreekt: dan is de vraag of zonder tekortkoming de klachten ook zouden zijn opgetreden. In dat laatste geval is er dan geen aansprakelijkheid¹⁸⁰.

Er is in dit verband nog een derde (causaliteits)verweer mogelijk: het kan immers zijn dat de betrokken werknemer anders, ernstiger, dan normaal reageert, langer ziek althans uit de roulatie is dan normaal etcetera. Dit verweer zal gelet op de art. 6:98 BW-rechtspraak van de Hoge Raad weinig effect hebben: op dit terrein geldt min of meer het adagium 'the tortfeasor takes the victim as he finds him'¹⁸¹.

3. Valt wel een tekortkoming van de werkgever aan te wijzen?

Al eerder is opgemerkt dat, ondanks onduidelijkheid omtrent de vraag wat precies onder RSI moet worden verstaan, de vraag waardoor 'het' precies komt en de vraag welke maatregelen in de preventiesfeer kunnen worden genomen, er - gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad - alle redenen is voor nader

177. Zie Van Dongen, H.J.W., in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 205.

178. Zie inmiddels wel Kantonrechter Middelburg 4 december 2000, *JAR* 2001/5 en daarover Fluit, P.S. en Geers, A.J.C.M., "Het eerste RSI-vonnis: een doorbraak", *SR*, 2001, 69-70.

179. Kantonrechter Middelburg 4 december 2000, *JAR* 2001/5 en daarover Fluit, P.S. en Geers, A.J.C.M., "Het eerste RSI-vonnis: een doorbraak", *SR*, 2001, 69-70 die juist groot belang hechten aan de beslissing op dit punt.

180. HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 (PAS) Fransen/Pasteurziekenhuis.

181. Zie laatstelijk Hartlief, T., "The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?", *TVP*, 1999, 29-30.

optreden door werkgevers¹⁸². De genoemde onduidelijkheid is geen rechtvaardiging voor stilzitten. In de eerste plaats heeft de overheid inmiddels - het mede op Europese leest geschoeide - Besluit Beeldschermwerk 1992 uitgevaardigd dat slechts minimumeisen stelt (bijvoorbeeld met betrekking tot het aantal uren dat onafgebroken achter een beeldscherm mag worden gewerkt). Thans is het besluit onderdeel van het Arbobesluit 1997. Verder zijn er al vrij lang indicaties dat aansprakelijkheid van de werkgever reëel is. Zo heeft Dommering-van Rongen al in 1995 verslag gedaan van ontwikkelingen op dit punt in Engeland¹⁸³.

De omstandigheid dat andere werkgevers (ook) geen maatregelen treffen mogen in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad niet baten¹⁸⁴. De indicaties dat er wel degelijk risico's verbonden zijn aan het volgen van bepaalde werkwijzen, aan het langdurig achter elkaar werken, aan het hebben van een bepaalde zit/werkhouding zijn daarvoor eenvoudig te sterk. Bovendien zijn er ook aanwijzingen dat bepaalde maatregelen effect hebben. Hetzelfde geldt voor het voor handen zijn van bepaalde alternatieven (ergonomisch verantwoorde werkplek (bureau, stoel, plaatsing beeldscherm), ergonomisch verantwoorde muis, spraakprogramma's etcetera). Dit alles dwingt tot (pro)actief optreden, bij gebreke waarvan werkgeversaansprakelijkheid reëel is¹⁸⁵. In dat kader zal het verweer dat effectieve mogelijkheden voor de werkgever om naleving van pauze- en werktijdenbeleid af te dwingen ontbreken naar verwachting ook niet bevrijdend zijn.

4. **Samengevat**

Hoewel zich een aantal problemen voor gelaedeerden aandient, dienen werkgevers met aansprakelijkheid rekening te houden. Wanneer gelaedeerden er immers in slagen aan te tonen, en dat zal niet steeds eenvoudig zijn, dat hun klachten arbeidsgelateerd zijn, zal de werkgever niet snel aan aansprakelijkheid ontkomen door het bewijs dat hij niet is tekortgeschoten. Gegeven immers dat er in de preventiesfeer meer mogelijk is dan veelal wordt gedaan, is dat verweer niet zeer kansrijk.

C. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van OPS

1. Waar staat het voor?

OPS staat voor Organisch Psychosyndroom. Het gaat hierbij om een beroepsziekte die wordt veroorzaakt door het werken met organische oplosmiddelen, zoals terpentijn en thinner die het zenuwstelsel aantasten¹⁸⁶. Net als bij RSI zijn hier nogal wat branches of beroepsgroepen die met OPS-klachten geconfronteerd kunnen worden: autospuitenrijen, laboratoria, chemische wasserijen, schildersbedrijven, textielbedrijven, vloerleggers etc¹⁸⁷.

Karakteristiek voor de ziekte is dat de hersenfuncties worden aangetast met als gevolg het optreden van vergeetachtigheid, concentratieproblemen, traagheid, agressie en depressiviteit. Problematisch is dat het

182. In deze zin ook Fluit, P.S. en Geers, A.J.C.M., "Het eerst RSI-vonnis: een doorbraak", *SR*, 2001, 70.

183. Zie Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheid van de werkgever voor toetsenbordletsel (repetitive strain injury)", *A&V*, 1995, 27-30.

184. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 683 (JBMV) Cijssouw/De Schelde.

185. Zie in dit verband ook conclusie A-G Spier voor HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB).

186. Zie meer uitvoerig Van Dongen, H.J.W. in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 189 e.v.

187. Van Dongen, H.J.W. in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 1995, 191.

gaat om een sluipende ziekte en dat er aanwijzingen zijn dat individuele gevoeligheid een belangrijke rol speelt¹⁸⁸.

2. Valt wel een tekortkoming van de werkgever aan te wijzen?

In de schaarse rechtspraak tot nu toe wordt de werkgevers aangerekend dat zij hun werknemers blootstelden aan bepaalde stoffen, terwijl zij zich niet of onvoldoende van de gezondheidsgevaaren op de hoogte stelden en dus ook geen dan wel onvoldoende beschermingsmaatregelen troffen¹⁸⁹. De verwachting van Van Boom is dan ook dat werknemers gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad een zeer goede kans van slagen hebben; dat er niet steeds alternatieve producten beschikbaar waren, ontslaat de werkgever immers nog niet van de op zich zelf mogelijke voorzorgsmaatregelen¹⁹⁰.

Inmiddels zijn er, en dat is voor de zorgplicht op dit moment uiteraard doorslaggevend, wel alternatieve producten beschikbaar. Het ligt dan ook voor de hand dat de gevaarlijke middelen worden uitgebund. In de loop van 2000 zijn vervangingsregelingen voor oplosmiddelrijke producten van kracht geworden in de schilderssector en in de woonbranche, in de grafische industrie en in de autospuitenrijen¹⁹¹. In andere branches zouden sociale partners vervangingsmogelijkheden onderzoeken. Bovendien hebben diverse andere sectoren zich bereid verklaard in arboconvenanten de aanpak van het oplosmiddelenrisico aan de orde te willen stellen¹⁹². Omdat allerlei middelen al (lang) niet meer worden gebruikt, zou OPS een eindige zaak kunnen zijn¹⁹³.

3. Mogelijke verjaringsproblemen

OPS-symptomen doen zich vaak pas voor na langdurige blootstelling: 20 tot 30 jaar, hetgeen inhoudt dat gelaedeerden veelal al de leeftijd van 40 of de 50 jaar zijn gepasseerd. Dit betekent dat verjaringsproblemen zich kunnen voordoen. Eerder is gesteld dat voor de 'oude gevallen', en daar zal het vrijwel steeds om gaan, het wetsvoorstel verjaring personenschade, althans in het vooralsnog gekozen overgangsrechtelijke regime, zonder betekenis is. In individuele gevallen kan – het is hiervoor beschreven - de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op voltooiing van de lange verjaringstermijn in de weg staan.

4. Samengevat

Het aansprakelijkheidsrecht lijkt serieuze mogelijkheden voor werknemers te bieden gelet op de bekendheid met de gevaren van gebruikte stoffen. Verjaringsproblemen kunnen echter wel degelijk aan vergoeding in de weg staan.

188. Dat laatste zal in het licht van de art. 6:98-rechtspraak van de Hoge Raad overigens de werkgever geen verlichting brengen.

189. Zie Ktr. Dordrecht 15 april 1999, *VR* 2000, nr. 95; Bouman, W.H., "Werkgeversaansprakelijkheid en beroepsziekten (OPS)", *TVP*, 2000, 83 e.v. en Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 7.

190. Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 7.

191. De Arbeidsinspectie ziet toe op de naleving. Zie *Arbobalans*, 2000, 17.

192. Bron: *Arbobalans*, 2000, 16.

193. Zie in dit kader Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S*, 2001, 5 en Van der Laan, G., "Oude en nieuwe beroepsziekten", *TVP*, 2000, 4.

D. Enkele specifieke opmerkingen ten aanzien van stress

1. Zeer belangrijke categorie; toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht

Een van de grote problemen vandaag de dag, de kranten staan er bol van, is de (instroom) van werknemers met psychische klachten in de WAO¹⁹⁴. Ook de plannen van de Commissie Donner tot beperking van de WAO zullen voor deze groep werknemers van betekenis zijn. Het behoeft geen nader betoog dat dergelijke ontwikkelingen de druk op het aansprakelijkheidsrecht (verder) zullen vergroten: diegenen die tot dat moment immers binnen de WAO (een groot deel van hun) inkomensschade vergoed kregen, zullen die vergoeding dan elders moeten zoeken. Een claim terzake van werkgevers-aansprakelijkheid dringt zich dan op. Juist in dit kader zullen claimanten echter problemen ondervinden.

2. Lastig af te bakenen categorie: verband met het werk!?

Dat heeft in de eerste plaats alles te maken met het feit dat het hier om een diffuse, althans niet goed af te bakenen groep van klachten gaat. Gemakshalve hebben wij de term stress als verzamelbegrip genomen, doch men ziet in dit verband ook de term overspanning, burn out of psychosociale arbeidsbelasting gebruikt¹⁹⁵. De laatste term duidt uiteraard geen ziekte aan. Duidelijk is in ieder geval dat stress een term is die in verband wordt gebracht met van alles en nog wat: hoeveelheid werk, beschikbare tijd, (gebrek aan) zeggenschap en/of verantwoordelijkheid, werkorganisatie, plezier in het werk. Ondervindt men op een of meerdere van deze punten problemen dan leidt althans kan dat leiden tot stress althans een zodanige vorm daarvan dat arbeidsongeschiktheid mogelijk is. Ook hier blijkt uit de (in 1999) gedane meldingen bij het NCB welk belang met deze categorie gevallen gemoeid is: het gaat om ca. 25% van de meldingen (totaal in 1999 ruim 4000 meldingen)¹⁹⁶. Vooral het onderwijs blijkt een belangrijke contribuant.

Met het voorgaande houdt een tweede probleem verband. Zo is het de vraag of het hier om een echte beroepsziekte gaat, juist ook omdat de verschijnselen die zich voordoen zeer wel hun oorzaak kunnen vinden in andere omstandigheden bijvoorbeeld in het privé-leven gelegen. Indien en voor zover de betrokken werknemer een claim zou baseren op art. 7:658 BW zou dat hem parten kunnen spelen bij het bewijs van het functionele verband; kan hij immers wel aantonen schade te hebben geleden in de uitoefening van de werkzaamheden?

3. Psychische klachten en het beschermingsbereik van art. 7:658

Het is bovendien ook de vraag of art. 7:658 BW de werknemer wel voldoende soelaas kan bieden. Tot voor kort ging het immers in het kader van deze bepaling vrijwel steeds om de lichamelijke veiligheid van werknemers; hetgeen uiteraard niet inhoudt dat schadevergoeding is beperkt tot vermogensschade: ook immateriële schade wordt vergoed. Weliswaar is er ook in toenemende mate belangstelling voor het geestelijke welzijn van werknemers en zijn er ook zekere in de Arbeidsomstandighedenwetgeving terug te vinden inspanningsverplichtingen¹⁹⁷, dat neemt niet weg dat de vraag is of de sanctionering door art. 7:658 BW geschiedt of juist door art. 7:611 BW (goed werkgeverschap).

Er is enige aanleiding voor de conclusie dat art. 7:658 BW waar het gaat om het geestelijke welzijn van werknemers van beperkte betekenis is: weliswaar heeft de Hoge Raad niet in het algemeen geoordeeld of

194. De grootste instroom in de WAO en WAZ werd in 1999 veroorzaakt door psychische klachten. Zie *Arbobalans*, 2000, 11.

195. Zie de uitwerking in *Arbobalans*, 2000, 18 e.v.

196. *Arbobalans*, 2000, 6.

197. Zie hieromtrent A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 30 januari 1998, *NJ*, 1998, 476 Chubb Lips/Jansen. Verder worden er in nogal wat cao's afspraken gemaakt over (beperking van) werkdruk. Zie *Arbobalans*, 2000, 5.

willen oordelen dat psychisch letsel niet onder het (beschermings)bereik van art. 7:658 BW valt, hij heeft wel geoordeeld dat dergelijk letsel dat het gevolg is van onheuse bejegening door het afdelingshoofd inderdaad buiten het bereik van art. 7:658 BW valt¹⁹⁸. De conclusie op dit punt zou daarom wel eens kunnen zijn dat buiten het bereik van art. 7:658 BW liggende verplichtingen, bijvoorbeeld met betrekking tot het geestelijke welzijn van de werknemers in verband met functioneringsgesprekken en dergelijke meer, onder de noemer van (schending van de eisen van) goed werkgeverschap moeten worden beoordeeld¹⁹⁹.

Dat regime is voor de werknemer aanzienlijk minder gunstig dan art. 7:658 op het punt van stelplicht en bewijslastverdeling en eigen schuld. Problemen zal de werknemer in het bijzonder ontmoeten bij het bewijs dat hij (geestelijk) ziek (arbeidsongeschikt) is geworden door het werk en bij het (na betwisting uiteraard) bewijs dat de werkgever ook is tekortgeschoten in zijn verplichtingen op dit punt. Het ontbreken van concrete wettelijke verplichtingen zal hem daarbij parten spelen²⁰⁰.

Van belang is intussen dat uit onderzoek zou blijken dat bepaalde ontwikkelingen wel degelijk te beïnvloeden zijn, zij het niet in elke sector op dezelfde wijze: waar in de zorgsector een vermindering van de lichamelijke belasting aangewezen kan zijn, zal in het onderwijs de werkdruk aangepakt moeten (kunnen) worden²⁰¹. Dergelijk onderzoek onderstreept in ieder geval dat 'stilzitten en niets doen' veelal, althans ter voorkoming van mogelijke aansprakelijkheid, niet de juiste reactie is; dat bepaald optreden immers effect kan hebben, heeft consequenties in de sfeer van aansprakelijkheid: tegen een dergelijke achtergrond is goed voorstelbaar dat de stilzittende werkgever aansprakelijk wordt geacht ex art. 7:658 dan wel 7:611 BW.

4. **Samengevat**

Juist op dit terrein zijn er voor gelaedeerden grote causaliteitsproblemen evenals problemen in de sfeer van de vestiging van aansprakelijkheid. Naar onze inschatting is de betekenis van art. 7:658 voor dit terrein beperkt. Dat heeft duidelijk ook te maken met het ontbreken van concrete normen die de werkgever aangeven wat hij moet doen of nalaten²⁰². Sanctiëring van algemene zorgplichten met betrekking tot het welzijn van werknemers zal daarom naar onze mening vooral door art. 7:611 geschieden. Deze aansprakelijkheid gaat echter veel minder ver dan die van art. 7:658.

§ 5. **Voedingsgerelateerde risico's en mogelijke problemen van aansprakelijkheidsrecht**

1. **INLEIDING**

Een van de andere nieuwe (vormen van) risico's heeft betrekking op problemen van voedselveiligheid. In dit kader is in de onderzoeksaanvraag is bij wege van voorbeeld BSE en de daarmee verband houdende ziekte van Creutzfeldt-Jacob genoemd. Het gaat hier weliswaar niet om het enige probleem in dit verband, maar het is wel een in het oog springend voorbeeld. Het zal hierna dan ook centraal staan.

Waar het gaat om mogelijke aansprakelijkheid zal het in de regel gaan om vorderingen terzake van productenaansprakelijkheid ex art. 6:185 e.v. BW. Wij concentreren ons gelet op de focus van dit

198. Zie HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476 Chubb Lips/Jansen.

199. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667 (PAS) Nuts/Hofman.

200. Zie in dit verband de conclusie van Langemeijer voor HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476 Chubb Lips/Jansen.

201. Bron: *Arbobalans* 2000, 10.

202. Illustratief zijn de beschouwingen in de toelichting op de recente wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet. Zie *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 879, nr. 3, 10-11.0

onderzoek op de personenschade en laten derhalve schade als gevolg van product recall en dergelijke nadrukkelijk buiten beschouwing.

2. BSE ALS VOORBEELD

BSE, ook wel gekke koeienziekte genoemd, staat voor Bovine Spongiforme Encephalopathie. Het betreft een ziekte die het centrale zenuwstelsel bij rundvee aantast. Het wordt veroorzaakt door prionen, afwijkende eiwitten die gewone eiwitten kunnen vervormen. Hersenen waarin zich prionen ophopen sterven af. De belangrijkste oorzaak van het optreden van BSE is besmetting via veevoer dat op diervoederbasis is geproduceerd.

Relevant voor de mens is dat BSE in verband wordt gebracht met het optreden van de ziekte van Creutzfeldt-Jacob: een zeldzame hersenziekte die net als bij BSE een sponsachtige structuur in de hersenen teweegbrengt, waardoor vrij plotseling een bepaalde vorm van dementie kan optreden. Behandeling is niet mogelijk en patiënten overlijden in de regel binnen 1 jaar nadat de ziekte is geconstateerd. De incubatietijd ligt vermoedelijk tussen de 4 en de 20 jaar. Ook hier wordt wel gesuggereerd dat een genetische gevoeligheid relevant zou zijn.

Vanwege het gelegde verband is door de Europese Commissie een verbod op het gebruik van diervoeder in veevoer afgekondigd. Verder moeten alle geslachte runderen die ouder zijn dan 30 maanden op BSE worden getest.

Voor iemand die - desondanks - getroffen wordt door de ziekte van Creutzfeldt-Jacob treden precies de problemen op die in het algemeen aan de orde zullen komen bij voedingsgerelateerde risico's.

3. DIVERSE PROBLEMEN VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRICHT

Allereerst is er de vraag welke aansprakelijkheidsgrond zich aandient. Hoewel andere acties denkbaar zijn (denk aan contractuele) ligt het meest voor de hand een actie terzake van productaansprakelijkheid ex art. 6:185 e.v. BW. Hier doet zich al meteen een probleem voor, dat recentelijk tot wijziging van de wet heeft geleid: valt het onderhavige product wel onder de regeling?

Ook voor Nederland is dat een relevante vraag omdat Nederland gebruik had gemaakt bij implementatie van de richtlijn productaansprakelijkheid om landbouwproducten alleen onder de regeling te brengen indien sprake was van een eerste be- of verwerking. Mede in verband met de BSE-crisis is een Europese richtlijn²⁰³ afgekondigd waarin ter verbetering van de voedselveiligheid en ter vergroting van het vertrouwen van de consument in de voedselveiligheid wordt geregeld dat landbouwproducten onbeperkt onder het regime van de productaansprakelijkheid vallen. Ter implementatie is wetsvoorstel 27 051 aanhangig gemaakt dat inmiddels al wet is geworden. De wijziging geldt overigens pas voor schade als gevolg van gebeurtenissen die zijn opgetreden na inwerkingtreding.

Wat daarvan zij, hoewel bijvoorbeeld vleesproducten al onder het bereik van art. 6:185 vallen, omdat zij een eerste bewerking hebben ondergaan, blijft een probleem dat de oorzaak van eventuele schade of letsel in ieder geval ten dele vaak al voor inwerkingtreding van de art. 6:185 e.v. als zodanig kan zijn veroorzaakt.

203. Richtlijn 1999/34/EG van 10 mei 1999, Pb L 141, 4 juni 1999.

Dat betekent dat gelaedeerden zich op art. 6:162 BW zullen dienen te baseren: de stelling is dan dat de producent onrechtmatig heeft gehandeld door dit product in het verkeer te brengen. In dit kader zal een cruciale rol spelen de al dan niet kenbaarheid van het risico: hoewel de Hoge Raad een vrij strenge onderzoeksplicht lijkt te hebben aangenomen onder de noemer van art. 6:162 BW (de producent dient zich - in onze parafrase - ervan te vergewissen wat de risico's zijn)²⁰⁴, zal naar algemene inzichten aansprakelijkheid op deze grond ontbreken voor zover men het risico niet kon kennen²⁰⁵. In de regeling der productenaansprakelijkheid geldt dat verweer overigens ook, zij het dat dit ontwikkelingsrisicoverweer daar zeer terughoudend wordt uitgelegd²⁰⁶. Uiteindelijk zal het erop aankomen aannemelijk te maken dat er reden was voor onderzoek naar mogelijke gevaren van het gebruik van bepaalde veevoeders voor de mens.

Hoewel dit al een vrij fors obstakel lijkt, zijn hiermee nog niet eens alle problemen genoemd. Zo dient ook te worden gewezen op zeer reële causaliteits- en verjaringsproblemen. Voor een claim zal toch duidelijk moeten zijn althans worden gemaakt van *welke* producent het bewuste fatale voedsel afkomstig is, dat zijn product ook fataal is, dat dit product is genuttigd in een periode waarin de producent beter had moeten weten et cetera. In zeer veel gevallen zullen deze causaliteitsproblemen aan een succesvolle vordering in de weg staan, tenzij uiteraard rechters geneigd zullen zijn problemen van causaliteitsonzekerheid op de producent(en) af te wentelen.

Ook verjaringsproblemen kunnen zich voordoen, bijvoorbeeld bij de ziekte van Creutzfeldt-Jacob nu deze een vrij lange incubatietijd heeft. Voor de oude gevallen zal - ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel verjaring personenschade - de lange verjaringstermijn van art. 3:310 BW gelden. Niet uitgesloten is dat een eventuele vordering is verjaard op het moment dat de ziekte zich openbaart. De gelaedeerde is dan aangewezen op een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Voor nieuwe gevallen is in ieder geval van belang dat een vordering terzake van art. 6:185 BW vervalt 10 jaar nadat het product in het verkeer is gebracht (art. 6:191 BW). In dat geval resteert nog wel een eventuele vordering ex art. 6:162 BW.

4. SAMENGEVAT

In het kader van de wijziging van de regeling der productenaansprakelijkheid zijn overigens enkele opmerkingen gemaakt over de verzekeringsconsequenties. Naar het oordeel van de regering vallen deze mee²⁰⁷, nu ook voor de wijziging aansprakelijkheid kon bestaan op andere grond dan art. 6:185; art. 6:193 geeft aan dat immers andere mogelijkheden tot aansprakelijkstelling onverlet worden gelaten. De noodzaak van een aansprakelijkheidsverzekering bestond derhalve al. Voor zover er consequenties zijn in die zin dat de nieuwe regeling leidt tot wijzigingen in de polis danwel in de premievoorwaarden zal de impact daarvan naar het oordeel van de regering beperkt zijn. Naar aanleiding van Kamervragen herhaalt de regering haar standpunt; problemen van verzekeraarbaarheid verwacht zij niet²⁰⁸. Ook voor limitering van de aansprakelijkheid ziet zij geen reden²⁰⁹.

Overigens wijst de regering erop dat de BSE- en dioxineproblematiek die door de VVD-fractie nadrukkelijk aan de orde was gesteld reeds tot toepassing van art. 6:185 aanleiding geeft, zonder dat

204. Zie HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 (ARB) Rockwool/Koolhaas.

205. Zie Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, nr. 2.

206. Zie Hof van Justitie, *NJ* 1998, 522.

207. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 051, nr. 3, 3.

208. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 051, nr. 6, 2.

209. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 051, nr. 6, 2-3.

sprake is van een wijziging nu van een bewerking van de vlees- en kipproducten sprake is geweest²¹⁰. Het standpunt van de regering is juist. De reeds geschetste problemen die gelaedeerden vervolgens op hun pas vinden, bestaan uiteraard nog steeds.

Uiteindelijk is de bedoeling uiteraard aansprakelijkheid te voorkomen door preventieve maatregelen. In Europees verband zijn diverse maatregelen genomen. Vermeldenswaard is bijvoorbeeld dat inmiddels alle runderen ouder dan 30 maanden die niet zijn getest zijn op BSE worden opgekocht en vernietigd. Verder is het gebruik van diermeel in het voer voor dieren verboden.

§ 6. Infectieziekten: legionella als voorbeeld

1. INLEIDING

In dit onderzoek staan in het bijzonder ook gezondheidsrisico's als gevolg van infectieziekten centraal. Het actuele en bekendste voorbeeld vormt legionellabesmetting. Dat deze categorie de laatste jaren de aandacht trekt heeft alles te maken met de epidemie die in maart 1999 uitbrak en waarvan de besmettingshaard was gelegen in de West-Friese Flora gehouden van 19 tot en met 28 februari 1999 in Bovenkarspel. Uiteindelijk viel een groot aantal dodelijke slachtoffers te noteren: 28.

Er is een groot aantal legionellabacteriën bekend waarvan weer een behoorlijk aantal ziekteverwekkend is voor de mens. De meest bekende is de legionella pneumophila die tot longontsteking kan leiden.

In leidingwater kunnen (geringe) hoeveelheden legionellabacteriën zitten. Op zich zijn zij ongevaarlijk in die zin dat men van het drinken van water met legionella niet ziek wordt. Slechts onder bijzondere omstandigheden kunnen legionellabacteriën de zogenaamde veteranenziekte veroorzaken. Deze ziekte kan leiden tot een fikse verkoudheid, maar ook tot een flinke griep met longontsteking. Vooral ouderen, zware rokers en mensen die (bepaalde) geneesmiddelen gebruiken zijn extra gevoelig voor besmetting. Bij hen kan de ziekte tot ernstige verschijnselen en zelfs de dood leiden.

De incubatietijd bedraagt 2 tot 10 dagen. Symptomen variëren sterk: van lichte koorts tot zware longontsteking en coma. Eerste symptomen zijn malaise, spierpijn, lichte hoofdpijn, gevolgd door hoge koorts, kortademigheid.

De ziekte, ook wel legionellose genoemd, is te behandelen met antibiotica. De ziekte is voor zover bekend niet besmettelijk.

Dat gelaedeerde is getroffen door legionella kan bijvoorbeeld aan de hand van een kweek worden aangetoond.

Kans op besmetting bestaat wanneer het water een temperatuur heeft tussen 25 en 55 graden Celsius. Bacteriën krijgen dan de kans zich te vermenigvuldigen in eventuele slijmlagen of bezinksels in leidingen en reservoirs. Vooral in langdurig stilstaand water is de kans op vermenigvuldiging dan groot. Besmetting geschiedt wanneer het besmette water wordt verneveld en de hele kleine waterdruppeltjes worden ingeademd.

210. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 051, nr. 6, 2.

Bekende bronnen zijn koeltorens, verdamper, vloeistofkoelers, warmwatercircuits en tanks met een watertemperatuur onder de 50 graden Celsius, bevochtigers en fonteinen, whirlpools, therapiebaden en airconditioning.

De epidemie in Noord-Holland heeft een aantal gevolgen gehad. Zo is er nieuwe aandacht voor preventie ontstaan en daarmee aanscherping van de reeds bestaande veiligheidsregulering alsmede introductie van nieuwe. Verder heeft de uitbraak in Bovenkarspel geleid tot claims in het aansprakelijkheidsrecht waarvan die tegen de standhouder succes heeft opgeleverd voor gelaedeerden; althans in die zin dat het Hof Amsterdam de standhouder aansprakelijk heeft geoordeeld. Of alle gelaedeerden ook daadwerkelijk vergoeding krijgen valt mede gelet op de hoogte van de verzekerde som op de aansprakelijkheidsverzekering nog te bezien. Tenslotte heeft de regering een schadefonds opgericht.

2. OPRICHTING STICHTING FONDS SLACHTOFFERS LEGIONELLA-EPIDEMIE

Het kabinet heeft op 18 februari 2000 besloten een financieel gebaar te maken jegens de slachtoffers en de nabestaanden in de vorm van een eenmalige uitkering uit een fonds, dat losstaat van de aansprakelijkstelling van de Staat door de Consumentenbond²¹¹. Het kabinet heeft 2 miljoen gulden ter beschikking gesteld die door een stichting worden beheerd en volgens een vastgesteld uitkeringsreglement worden uitgekeerd. Rechtsbescherming, bijvoorbeeld tegen afwijzing van een uitkeringsaanvraag geschiedt volgens de regels van de Awb²¹². Hoewel de parlementaire stukken geen duidelijke motivering bevatten, geven zij wel enige indicatie van het waarom van het fonds. Een kort citaat uit de brief van minister Borst aan de beide Kamers:

"De legionella-epidemie van 1999 in Bovenkarspel is een unieke gebeurtenis geweest ... Een gebeurtenis in deze vorm zal daarom nooit meer voorkomen. De samenloop van omstandigheden, het grote aantal slachtoffers, het onvoorzienbare karakter, het schokkende emotionele effect en de grote publieke betrokkenheid maken deze epidemie uitzonderlijk."

De Stichting hanteert althans heeft gehanteerd de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie²¹³. Deze regeling geeft de belanghebbende recht op een eenmalige uitkering forfaitaire tegemoetkoming van fl. 4000,- in geval van overlijden hebben de nabestaanden in beginsel recht op een uitkering van fl. 10.000,- (art. 5).

3. REGELGEVING TER BEVORDERING VAN PREVENTIE

De Waterleidingwet (en het daarop gebaseerde Waterleidingbesluit) geeft (een kader voor) regels met betrekking tot de kwaliteit van het (drink)water. Recentelijk is een wijziging van (onder andere) deze wet voorgesteld naar aanleiding van een Europese richtlijn betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water²¹⁴.

Ter voorkoming van legionella in leidingwater is op 13 oktober 2000 in werking getreden de op de Waterleidingwet gebaseerde Tijdelijke regeling legionellapreventie in leidingwater die legionellabesmetting via collectieve leidingwaterinstallaties beoogt te voorkomen en die zich richt tot de eigenaar van een dergelijke installatie²¹⁵. De regeling voorziet erin dat een risicoanalyse en een

211. *Kamerstukken I/II*, 1999-2000, 27 094, nr. 1, 1. In de considerans bij de hierna te noemen uitkeringsregeling geeft het kabinet aan met de uitkeringsregeling geen aansprakelijkheid te erkennen.

212. *Kamerstukken I/II*, 1999-2000, 27 094, nr. 1, 2.

213. Te vinden in *Staatscourant* van 29 juni 2000, nr. 123, 11.

214. *Kamerstukken II* 26 700.

215. *Staatscourant* 13 oktober 2000, nr. 199, 8.

beheersplan worden gemaakt die in ieder geval hierin zullen voorzien dat de installatie op gezette tijden wordt gecontroleerd om veroorzaking van de veteranenziekte te voorkomen. De regeling heeft bijvoorbeeld gevolgen voor ziekenhuizen, kantoorgebouwen, industriële complexen, (sport)scholen, zwembaden, recreatieve instellingen, horecagelegenheden etc. Preventie kan bijvoorbeeld geschieden door verwarming tot een temperatuur van 60 graden Celsius of hoger, maar ook door andere methoden als filtering, belichting met UV-licht²¹⁶. Wanneer water onder de 15 graden Celsius blijft is de kans op besmetting ook minimaal.

Ook het Waterleidingbesluit is recentelijk gewijzigd. Vermeldenswaard is verder dat het Besluit hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden is aangescherpt na de epidemie in Bovenkarspel²¹⁷. Het besluit kent een paragraaf 1a met specifieke voorschriften ter preventie van legionellabesmetting. Kernbepaling is art. 2a dat een risicoanalyse voorschrijft en art. 2b dat (vervolgens) een beheersplan eist. Verder voorziet het Besluit onder meer in controle op de aanwezigheid van legionella.

4. MOGELIJKHEDEN BINNEN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Van de mogelijkheden binnen het aansprakelijkheidsrecht vraagt een tweetal om bijzondere aandacht. In de eerste plaats gaat het dan om de mogelijkheden die het commune onrechtmatige daadsrecht biedt en in de tweede plaats om de mogelijkheden van de regeling der aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 e.v.).

In een procedure in kort geding naar aanleiding van de epidemie in Bovenkarspel heeft het Hof Amsterdam standhouder Jan Jong Holding BV die op de Flora een whirlpool had staan die tijdens de Flora constant stond te bruisen met water dat ca. 37,5 graden Celsius was aansprakelijk geoordeeld jegens een aantal gelaedeerden²¹⁸. De kern van het arrest van het Hof is in de volgende overwegingen terug te vinden:

"6.7 Naar het oordeel van het hof mag van een redelijk handelend en redelijk bekwaam handelaar in whirlpools ten minste worden verwacht dat hij op de hoogte is of behoort te zijn van de normale gevaren die zijn verbonden aan het gebruik van whirlpools en de daartegen door de particuliere gebruiker te nemen maatregelen die zijn vermeld in informatie aan de gebruiker van whirlpools, waartoe in het bijzonder handleidingen voor het gebruik behoren. Een dergelijke handelaar is immers gehouden om die informatie aan (potentiële) gebruikers te verschaffen. X heeft ook ter terechtzitting van het hof doen verklaren aan particuliere gebruikers de bij de whirlpool behorende handleiding te verstrekken.

6.8 X heeft niet gesteld en evenmin is gebleken dat de gevaren en de daartegen aanbevolen maatregelen, genoemd in de overgelegde gebruiksaanwijzingen voor whirlpools, niet representatief zijn voor de gevaren die in het algemeen inherent zijn aan het gebruik van een whirlpool en de veiligheidsmaatregelen die een particuliere gebruiker van een whirlpool daartegen in het algemeen in acht dient te nemen teneinde die gevaren te voorkomen, te beperken of tegen te gaan. Voorshands moet er dan ook van worden uitgegaan dat de overgelegde gebruiksaanwijzingen een weerslag zijn van hetgeen toentertijd algemeen in kringen van handelaar in whirlpools bekend was of behoorde te zijn.

6.9 Op grond van het vorenstaande acht het hof voorshands aannemelijk dat X toentertijd wist of behoorde te weten dat bij gebruik van een whirlpool in het water van de whirlpool bacteriegroei kan

216. Zie in dit kader ook de brief van de minister van VROM (vrom000106) aan de Tweede Kamer van 1 februari 2001 waarin hij het Kiwa-rapport Alternatieve technieken voor legionellapreventie: kenmerken en beoordeling aanbiedt.

217. Zie voor de laatste versie van het Besluit *Staatsblad* 2000, nr. 508.

218. Hof Amsterdam 4 januari 2001, *KG* 2001, 40.

plaatsvinden en dat ter voorkoming van en/of bestrijding aan die bacteriegroei het water in de whirlpool moet worden ontsmet met behulp van chemicaliën (waaronder chloor) en/of het gebruik van een ozongenerator, indien, zoals in het geval van de geëxposeerde whirlpool van X, de whirlpool met laatstgenoemd apparaat is uitgerust. Voorts dient het water van de whirlpool regelmatig gecontroleerd te worden met behulp van een testset. X heeft ter gelegenheid van de eerste terechtzitting in hoger beroep aangegeven dat ook bij haar whirlpool een dergelijke testset behoort en dat zij daarover beschikte."

Vaststaat dat X deze maatregelen in casu niet heeft toegepast:

"6.14 In het licht van het vorenstaande moet voorshands worden aangenomen dat X is tekortgeschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen die haar bekend waren of hadden behoren te zijn (kort gezegd: het gebruik van de ozongenerator en/of chlorering) en die vereist waren met het oog op het voorkomen en bestrijden van gevaar van bacteriegroei in het water van de whirlpool, welk gevaar haar toentertijd bekend was of behoorde te zijn. Deze bacteriegroei behelst een gevaar voor de gezondheid van mensen. De van X gevergdde veiligheidsmaatregelen zijn, naar aannemelijk is geworden, weinig kostbaar en weinig bezwarend."

De standhouder wordt derhalve in beginsel aansprakelijk geacht op grond van wat men zou kunnen noemen gevaarzetting. In het arrest komt duidelijk aan de orde dat het hier om een niet onbekend of onvoorzienbaar gevaar gaat dat met bepaalde, niet bezwaarlijke of kostbare, middelen voorkomen had kunnen worden (toepassing van de zogenaamde Kelderluikcriteria). In de procedure heeft de standhouder enkele interessante causaliteitsverweren gevoerd. Het hof wijst ze echter af:

"6.19 Ook als de in 6.14 beschreven nalatigheid van X heeft geleid tot de verwezenlijking van een ... haar toen niet bekend gevaar, zijnde het gevaar van groei van de X niet bekende legionellabacterie die zich via de haar onbekende weg van aërosolen heeft verspreid in de expositieruimte, is zij niettemin aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van haar nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende zekere tijd in werking te hebben en te houden alsmede haar nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van water behoort. Nu X een dergelijke (ongeschreven) veiligheidsnorm heeft geschonden is het voldoende dat kenbaar is dat dit nalaten schade van een algemene soort - in dit geval: gezondheidsschade - kan veroorzaken. De specifieke aard van de schade en het causale verloop behoeven niet kenbaar te zijn aan X. Zulks is slechts anders indien X aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van legionellose waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen. X heeft dit ... voorshands niet aannemelijk gemaakt."

Hier blijkt nog eens het belang van de categorie der ongeschreven veiligheidsnormen. De verdere redenering van het Hof is bekend uit de rechtspraak van de Hoge Raad inzake art. 7:658 BW en dan in het bijzonder uit de Cijssouw/De Schelde-arresten²¹⁹. Ook een tweede causaliteitsverweer (het staat niet vast dat de legionellabesmetting op de whirlpool is terug te voeren; mogelijk waren er andere legionellabronnen) wordt verworpen:

"8.7 Vooropgesteld moet worden dat X, zoals volgt uit hetgeen in 6 is overwogen, jegens A c.s. een (ongeschreven) veiligheidsnorm heeft overtreden en daarmee onrechtmatig jegens A c.s. heeft gehandeld. Indien door een als een zodanige onrechtmatige daad aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen - in dit geval het gevaar van besmetting met de Legionella bacterie - en dit risico - zoals in het onderhavige geval - zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven en is het aan

219. Zie HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS) en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 682.

degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, in dit geval X, om - in het kader van een kort geding - aannemelijk te maken dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan (HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 155c)."

Vervolgens komt het Hof (voorschans) tot de conclusie dat de legionellabesmetting inderdaad is veroorzaakt door de whirlpool van X. Dat eventueel ook nog een ander aansprakelijk is jegens gelaedeerden, waarbij in het bijzonder de leverancier van het water wordt genoemd, zou naar het oordeel van het Hof niet afdoen aan de aansprakelijkheid van X.

De besproken procedure staat in het teken van art. 6:162 BW. Het is echter niet uitgesloten dat aansprakelijkheid wordt gebaseerd op de regeling der aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 e.v. BW). Het beroep op deze regeling heeft als voordeel dat sprake is van een risicoaansprakelijkheid. Onbekendheid met het gevaar bijvoorbeeld bevrijdt de aangesproken partij (de beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker van de stof) in beginsel niet van aansprakelijkheid. In een recente beschouwing in Verkeersrecht concludeert Maat dat de regeling van art. 6:175 e.v. serieuze mogelijkheden biedt²²⁰. Kern van de redenering is dan dat het verontreinigde water een gevaarlijke stof is in de zin van art. 6:175.

5. SAMENGEVAT

Op het punt van infectieziekten is legionella als voorbeeld genomen. Gebleken is dat veelal de oorzaak kan worden achterhaald en derhalve dat preventie ingegeven door regulering mogelijk is. Dit gegeven is voor de toekomst in ieder geval van belang. Ook zonder regulering blijkt het aansprakelijkheidsrecht betekenis te hebben. Onder de noemer van gevaarstelling blijkt aansprakelijkheid te kunnen worden aangenomen. Bovendien wordt in de literatuur betoogd dat ook de risicoaansprakelijkheid van art. 6:175 eventueel betekenis kan hebben. Dat de aangesproken persoon onbekend was met een bepaald gevaar is dan in ieder geval niet bevrijdend.

De overheid heeft naar aanleiding van de gebeurtenissen op de West-Friese Flora bovendien nog een, zij het zeer beperkt, fonds ingesteld. Dit is van belang in het kader van de meer algemene beschouwingen over schadefonds in hoofdstuk 8.

§ 7. Aansprakelijkheid van de overheid. Enkele globale opmerkingen

1. INLEIDING

In het kader van de problematiek die in casu centraal staat, en dan vooral in het kader van zogenaamde rampschade, zal veelal ook de positie van de overheid nadrukkelijk in beeld komen. Dat heeft alles te maken met de problemen die gelaedeerden ontmoeten bij het verkrijgen van vergoeding van hun schade. Veelal zijn zij zelf niet of niet voor alle schade verzekerd en als er dan al mogelijkheden zijn om een 'dader' in het aansprakelijkheidsrecht met succes aan te spreken, biedt deze veelal onvoldoende verhaal. De gebeurtenissen in Enschede en Volendam zijn hier illustratief: als er al dekking is op een aansprakelijkheidsverzekering, dan is deze lang niet toereikend. Het verbaast niet dat dan wordt gedacht aan het aansprakelijk stellen van de overheid. Diverse verwijten zijn dan mogelijk: de overheid heeft zich niet voldoende bekommerd om deugdelijke regelgeving, heeft fouten gemaakt bij de vergunningverlening, heeft onvoldoende toezicht uitgeoefend of is tekortgeschoten in haar handhavingbeleid. Veel valt er over

220. Maat, B., "De legionella-affaire in Bovenkarspel en de mogelijke toepasselijkheid van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen", *J/R*, 2000, 353-358.

deze verwijten in abstracto niet te zeggen. Of zij, bijvoorbeeld in de casus van Enschede of Volendam tot aansprakelijkheid zullen leiden, is niet alleen afhankelijk van juridische problemen binnen het aansprakelijkheidsrecht, maar ook van wat er aan informatie beschikbaar is: wat wist de overheid bijvoorbeeld, was zij ook op de hoogte van de ernst van bepaalde gevaren, wat had zij kunnen doen en hadden deze maatregelen ook daadwerkelijk effect gehad?

Ook in gevallen waarin mensenhand niet in het geding is, denk aan natuurrampen, wordt nadrukkelijk gekeken naar de overheid. Ook hier is de achtergrond dat gelaedeerden veelal problemen ondervinden op twee fronten: verzekeringen en aansprakelijkheidsrecht. Dat is bij de watersnood die zich tweemaal in de jaren negentig heeft voorgedaan in Limburg heel duidelijk gebleken²²¹. Veelal wordt in dit kader gesteld dat sprake is van een Act of God waarvoor niemand aansprakelijk kan worden gesteld. Gelaedeerden denken daar veelal anders over, althans menen dat behalve de hand van God vaak ook overheidsgedragingen een rol hebben gespeeld.

Hierna zullen enkele opmerkingen worden gemaakt over de mogelijkheden om de overheid aansprakelijk te stellen. Gelet op het feit dat de casus die zich kunnen voordoen zeer sterk uiteenlopen en het hier bovendien een materie betreft die in rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd kan geen uitputtende beschouwing worden gegeven. Eerst wordt aan de hand van de Limburgse watersnood in de jaren negentig ingegaan op mogelijke gronden voor overheidsaansprakelijkheid bij wat in principe natuurrampen zijn. Vervolgens wordt, mede in het licht van de problematiek van de Flora, Enschede en Volendam, ingegaan op overheidsaansprakelijkheid voor gebeurtenissen waar mensenhand bij betrokken is.

2. NATUURRAMPEN. EEN BESPREKING VAN MOGELIJKHEDEN AAN DE HAND VAN DE WATERSNOOD IN LIMBURG

In het kader van de watersnood in Limburg is de overheid nadrukkelijk in beeld gebracht. Eventuele aansprakelijkheid zou kunnen worden aangenomen wanneer de overheid onrechtmatig zou hebben gehandeld. Daarbij kan men denken aan gebrekkig onderhoud van waterkeringen en rivierlopen, maar bijvoorbeeld ook aan het te laat waarschuwen door Rijkswaterstaat voor naderend hoog water, terwijl de kans op calamiteiten reëel is²²².

Van belang is vooral HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 (CJHB) inzake het Waterschap Bargerbeek omdat de Hoge Raad aangeeft welke factoren beslissend zijn voor de vraag of aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Aan de orde was schade aan gewassen, doordat laag gelegen landen onder water waren gelopen. Dat was het gevolg van een door planten dichtgegroeide sloot. De Hoge Raad besteedt in deze zaak bijzondere aandacht aan de vraag hoever in dit kader de onderhoudsplicht van het waterschap reikt. Dat hangt volgens de Hoge Raad van verschillende factoren af, zoals in het bijzonder: a. het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van het waterschap komt; b. het aantal gronden binnen het gebied van het waterschap waarvan het weet of behoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast; c. de middelen - financiële en andere - die het waterschap voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan en d. in hoever de aan het lage peil van de grond verbonden bezwaren (mede)veroorzaakt zijn door de eigenaar of gebruiker van die grond. Welke betekenis aan deze en andere factoren in een zeker geval moet worden toegekend, zal

221. Zie in dit kader Faure, M. en Stroink, F.A.M. (red.), *Recht in het Water*, Maklu, Antwerpen, 1995 en Hartlief, T., "Vergoeding van Watersnoodschade", *NJB*, 1995, 311-313.

222. Daarbij moet overigens niet uit het oog worden verloren dat dit niet tot aansprakelijkheid voor de totale schade leidt, doch eerder tot aansprakelijkheid voor slechts een deel van de schade. Het betreft dan dat deel van de schade dat bij tijdige waarschuwing voorkomen had kunnen worden.

volgens de Hoge Raad veelal slechts met behulp van deskundigen kunnen worden vastgesteld, terwijl dienaangaande een zekere marge van beleidsvrijheid aan het waterschap toekomt.

Het arrest is van algemene betekenis omdat de Hoge Raad wijst op de beschikbare middelen alsmede op een zekere beleidsvrijheid. Waarschijnlijk heeft dit tot gevolg dat de burgerlijke rechter een zekere terughoudendheid zal betrachten bij het aannemen van overheidsaansprakelijkheid. Het is intussen niet uitgesloten dat althans een deel van de schade zoals deze zich bij een overstroming voordoet terug te voeren is op gebrekkig onderhoud. Voor deze situaties is de genoemde jurisprudentie van betekenis. Of aansprakelijkheid bestaat, zal vooral afhangen van het belang van het onderhoud in het geheel van het takenpakket van het waterschap en de hem ter beschikking staande middelen. Ook in latere rechtspraak wordt dit bevestigd²²³.

Een andere mogelijke grond voor aansprakelijkheid zou gevonden kunnen worden in de uitgifte van bouwgrond door de gemeente in de risicogebieden. De onrechtmatigheid zou dan bestaan in het niet waarschuwen voor het overstromingsrisico. Voorzover ons bekend is, bestaat hierover geen gepubliceerde rechtspraak. Wel valt wellicht een parallel te trekken met aansprakelijkheid van de overheid voor uitgifte van verontreinigde grond. De aansprakelijkheid heeft daarbij steeds betrekking op het nalaten te waarschuwen voor de vervuiling²²⁴. Waarom zou in het kader van het overstromingsrisico een dergelijke zorgplicht van de overheid niet op haar plaats zijn?²²⁵ Uiteraard rijst dan wel de vraag of er voldoende aanleiding bestond om tot waarschuwing over te gaan. Mede gezien de bijzondere positie van de overheid lijkt daar - gegeven eerdere overstromingen in de vorige eeuw - ook bij een relatief kleine kans reden voor te zijn. Daarbij moet in aanmerking genomen worden dat met een goedkope en weinig bezwaarlijke waarschuwing een mogelijk grote schade kon worden voorkomen.

Verder is in het kader van de Limburgse watersnood nadrukkelijk aan aansprakelijkheid van de overheid voor stilzitten gedacht. Binnen ca. 13 maanden deden zich twee grote overstromingen voor. Zou de overheid nu aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade op de grond dat maatregelen (dijkverzwaringen, uitdieping etc.) uitbleven? Het antwoord op deze vraag is moeilijk in abstracto te geven. Wel kan worden aangegeven welke omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling.

Het gaat hierbij in het bijzonder om de grootte van de kans op herhaling van de calamiteit en de bezwaarlijkheid van en vooral de kosten die met maatregelen zijn gemoeid²²⁶. Of er iets moet gebeuren, maar ook hoe snel verlangd kan worden dat concrete actie wordt ondernomen, hangt af van een afweging van deze belangen. Kort gezegd, hoe groter de kans op herhaling, des te eerder mag worden verlangd dat kostbare maatregelen worden getroffen.

Hoewel deze zogenaamde Kelderluikcriteria in de rechtspraak zijn geïntroduceerd bij door de aangesprokene in het leven geroepen situaties, is het aannemelijk dat zij ook gelden in situaties waarin dat niet zo is. Voorwaarde vormt in ieder geval dat de ernst van het gevaar dat de situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de aangesprokene is doorgedrongen²²⁷. Anders gezegd: beslissend zal zijn wat de verantwoordelijke instanties aan kennis bezaten althans behoorden te bezitten.

223. Zie HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 (ARB) Waterschap West-Friesland/Kaagman.

224. Zie HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 139 Bensal, HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 (CJHB) Maassluis en HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 (CJHB) Groningen/Erven Zuidema.

225. Eventueel kan er reden zijn voor toepassing van art. 6:101 BW omdat het slachtoffer zelf geen onderzoek heeft gedaan.

226. Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (GJS) Kelderluik.

227. HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 (GJS) Struikelende Bakker.

Het belang van deze rechtspraak met betrekking tot art. 6:162 BW is niet tot waterschade beperkt, doch zal een uitstraling hebben naar andere gevallen waarin de overheid wordt aangesproken terzake van de vergoeding van schade als gevolg van natuurgeweld.

Soms kan ook een risicoaansprakelijkheid in stelling worden gebracht. Zo is in het kader van de watersnood nog aan de orde geweest de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van de overheid te baseren op art. 6:174 BW dat een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen in het leven roept. Op deze bepaling is een bezitteraansprakelijkheid van rijk, gemeente of waterschap te baseren voor gebrekkige waterbouwkundige werken (dammen, sluiswerken e.d.) wanneer deze niet voldoen aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, daardoor gevaar voor personen of zaken opleveren en het gevaar zich verwezenlijkt. In de uitleg dat ook een dijk een opstal is in de zin van art. 6:174 BW is beslissend welke veiligheid men mocht verwachten. Uit het enkele feit dat zich schade voordoet, volgt niet dat de bedoelde werken onvoldoende veiligheid hebben geboden. Er is uiteraard een grens aan de veiligheid die men *onder de gegeven omstandigheden* kan verwachten. Waarschijnlijk loopt de oplossing hier parallel met die bij toepassing van art. 6:162 en is uiteindelijk beslissend of de overheid op de hoogte was van het mogelijke gevaar. Mocht dat het geval zijn dan is aansprakelijkheid van de overheid dus reëel.

3. MENSENHAND

Mede naar aanleiding van een drietal recente gebeurtenissen, de Flora, Enschede en Volendam, kan worden gesteld dat de overheid in het kader van de vergoeding van de schade in beeld komt. Diverse verwijten worden aan het adres van de overheid gemaakt. In beginsel gaat het dan steeds om de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gesteld uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Zo wordt in het kader van de legionellaproblematiek gedacht aan aansprakelijkheid van de overheid wegens het nalaten te zorgen voor deugdelijke regelgeving danwel voldoende handhaving van of toezicht op de naleving van de bestaande regelgeving.

In het kader van Volendam gaat het vooral om de vraag of sprake is (geweest) van voldoende handhaving van of toezicht op de naleving van brandveiligheidsregelgeving.

In het kader van Enschede tenslotte worden diverse verwijten gemaakt aan het adres van de gemeente, de provincie en de rijksoverheid. Vooral die laatste zou verweten kunnen worden dat zij niets heeft gedaan met de informatie die beschikbaar is gekomen na de eerdere vuurwerkramp in Culemborg. Het is niet geheel uitgesloten, het rapport van de Commissie Oosting suggereert dat hier en daar ook, dat met die kennis meer had kunnen worden gedaan in die zin dat de overheid tot maatregelen verplicht was. Even los van de vraag wat die maatregelen dan hadden moeten inhouden (regelgeving, aanscherping handhaving of toezicht), zal voor aansprakelijkheid in het licht van de hiervoor al aan de orde gekomen rechtspraak met betrekking tot gevaarzetting waarschijnlijk beslissend zijn wat de overheid wist, welke kennis zij had met betrekking tot de gevaren die burgers zouden lopen. Naar mate het gevaar dringender onder de aandacht van de overheid zal zijn gebracht (hoe 'hard' was de rapportage naar aanleiding van 'Culemborg' bijvoorbeeld?), des te eerder was er reden voor optreden. Dat is eens te meer het geval wanneer ook duidelijk is welk precieze optreden van de overheid kan worden verwacht en dit optreden ook relatief eenvoudig te realiseren is.

Waarschijnlijk zal de burgerlijke rechter ook hier, evenals hiervoor aan de orde is gekomen bij de positie van waterschappen, rekening houden met de bijzondere positie van de overheid die veelal met zeer diverse, vaak ook tegenstrijdige, belangen van burgers rekening moet houden en ook de ruimte moet hebben beleidskeuzes dienaangaande te maken. Wat voor de ene (groep) burger(s) zeer gewenst is, kan

een ander(e groep) zeer wel ernstig schaden. Het is waarschijnlijk dat in het kader van de vraag of terzake overheidsaansprakelijkheid bestaat met deze lastige positie van de overheid rekening zal worden gehouden.

Dan is bovendien nog buiten beschouwing gebleven dat bepaalde vormen van overheidsaansprakelijkheid hun eigen problemen kennen. Zo is de aansprakelijkheid van de overheid voor het nalaten regelgeving te verzorgen, althans buiten de gevallen waarin van een Europeesrechtelijke verplichting tot regelgeving sprake is, nog min of meer terra incognita. Het is bovendien niet onwaarschijnlijk dat de rechter evenals wanneer hij moet oordelen over regelgeving die wel is totstandgekomen, terughoudendheid zal betrachten bij de vraag of de regelgever in actie had moeten komen.

Verder kunnen zich nog grote causaliteitsproblemen voordoen. Wellicht dat de overheid tot bepaalde maatregelen verplicht was; dat wil echter nog niet zeggen dat bij het uitblijven van deze maatregelen, ook alle bij de ramp ontstane schade moet worden vergoed. In beginsel komt immers alleen die schade voor vergoeding in aanmerking die door de maatregel, zo deze getroffen was, ook daadwerkelijk was voorkomen (anders ontbreekt immers *condicio-sine-qua-non-verband*). Het is niet gezegd dat dat steeds voor alle ontstane schade geldt. 'Enschede' is hier illustratief.

4. SAMENGEVAT

Eventuele overheidsaansprakelijkheid komt veelal in beeld wanneer gelaedeerden niet langs andere weg vergoeding van hun schade kunnen verkrijgen: niet via eigen verzekering en evenmin via het aansprakelijkheidsrecht c.q. de aansprakelijkheidsverzekering van de (rechtstreekse) 'dader' of veroorzaker. Zowel bij wat in beginsel zijn natuurrampen als bij gebeurtenissen waarbij mensenhand in het geding is, rijst de vraag of de overheid geen onrechtmatig handelen kan worden verweten. Wij hebben in deze paragraaf niet meer willen doen dan aangeven waaraan dan gedacht kan worden en daarbij tevens willen aangeven welke juridische complicaties zich bijvoorbeeld kunnen voordoen. Als er al een conclusie kan worden gegeven dan luidt zij dat ook het pad van de overheidsaansprakelijkheid in dit kader met voetangels en klemmen bezaaid is. Juist daarom wordt vaak de vraag gesteld of die problemen aanleiding zouden moeten zijn tot de oprichting van een fonds dat een tegemoetkoming aan slachtoffers zou moeten bieden. Die vraag wordt in hoofdstuk 8, § 5 meer uitvoerig aan de orde gesteld.

§ 8. Preventie van nieuwe gezondheidsrisico's door aansprakelijkheidsrecht of regulering?

1. INLEIDING

Centraal in deze studie staat de vraag naar de mogelijke verzekerbaarheid van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Het onderzoek is echter uitdrukkelijk niet beperkt tot de verzekeringsvraag, maar strekt ook naar de mogelijke toepassing van het aansprakelijkheidsrecht. Een van de centrale uitgangspunten voor dit onderzoek is bovendien dat steeds moet worden nagegaan in hoeverre niet alleen compensatie kan worden geboden voor schade veroorzaakt door nieuwe risico's, maar dat ook moet worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre via juridische instrumenten ook aan preventie van nieuwe risico's kan worden gedaan. Hiervoor is, mede vanuit rechtseconomisch perspectief, benadrukt op welke wijze het aansprakelijkheidsrecht een dergelijke preventieve werking zou kunnen hebben²²⁸.

Deze preventiegedachte moet ook in het kader van deze studie zeker de aandacht krijgen die zij verdient. Het zou immers naïef zijn uitsluitend stil te staan bij de compensatievraag door vanuit een *ex post*

228. Zie vooral § 3 van dit hoofdstuk.

perspectief allerhande mechanismen te bestuderen die kunnen worden ingezet om compensatie te bieden aan slachtoffers, zonder reële aandacht te geven aan de preventie. Immers: de beste wijze van slachtofferbescherming blijft nog altijd de preventie. Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer²²⁹. In dat kader kan in dit hoofdstuk waarin wordt stilgestaan bij het aansprakelijkheidsrecht ook niet voorbij worden gegaan aan de preventieve werking van andere instrumenten en dan in het bijzonder veiligheidsregulering.

In de rechtseconomie is uitvoerige aandacht besteed aan de vraag of optimale veiligheid het beste kan worden bereikt door het aansprakelijkheidsrecht of door regulering. Een belangrijke bijdrage in dit verband is van de hand van Steven Shavell, die aangeeft onder welke voorwaarden beter met regulering kan worden gewerkt dan met aansprakelijkheidsregels²³⁰. Zowel aansprakelijkheidsregels als regulering kunnen worden ingezet om eenzelfde doel te bereiken, namelijk dat een optimaal preventiemechanisme wordt ingezet. Nochtans is de wijze waarop beide juridische instrumenten worden gebruikt totaal verschillend. Indien van aansprakelijkheidsregels gebruik wordt gemaakt, wordt niet ex ante op dwingende wijze een welbepaald preventiemechanisme voorgeschreven. Men gaat ervan uit dat de preventieve werking van aansprakelijkheidsregels de werkgever als potentiële dader ertoe zal aanzetten dit mechanisme aan te schaffen, hetzij omdat dit (onder risicoaansprakelijkheid) het optimale mechanisme is om schade te voorkomen, hetzij omdat hij (onder schuldaansprakelijkheid) kan vermijden schadevergoeding te moeten betalen indien hij dit preventiemechanisme installeert. Bij regulering zou ex ante de invoering van dit veiligheidsmechanisme verplicht worden voorgeschreven. Niet-invoering van het veiligheidsmechanisme kan worden gesanctioneerd door de oplegging van administratieve of strafrechtelijke sancties. De installatie van het preventiemechanisme wordt bovendien afgedwongen ook indien zich geen schadegeval zou voordoen. Van regulering wordt dan ook wel gezegd dat het grote voordeel is dat het een ex ante systeem is dat direct op de preventie inspeelt, terwijl aansprakelijkheid ex post werkt, nadat een schadegeval zich heeft voorgedaan.

Het aardige van de bijdrage van Shavell is dat daarin heldere criteria voor regulering worden geformuleerd, zodat op genuanceerde wijze kan worden nagegaan waar regulering meer aangewezen is dan aansprakelijkheidsrecht, zonder dat in politieke slogans pro of contra regulering vervallen wordt. Shavell biedt drie criteria voor regulering die in het kader van het arbeidsomstandighedendebat van belang kunnen zijn. Het aardige is dat die criteria voor regulering natuurlijk ook van groot belang zijn in het kader van een debat over de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Betoogd kan immers worden dat juist bij nieuwe gezondheidsrisico's vele van de criteria van Shavell sterk in de richting van de noodzaak van regulerend optreden wijzen. Dit zal nu worden geïllustreerd door de criteria voor veiligheidsregulering toe te passen op de arbeidsgerelateerde risico's. De criteria kunnen echter evenzeer op de andere gezondheidsrisico's worden toegepast, zoals bijvoorbeeld de infectieziekten of de voedingsgerelateerde risico's.

Het is juist ook van belang om aan de criteria voor regulering uitgebreid aandacht te besteden omdat juist in de 90er jaren, ook op het terrein van veiligheid en risico's een ontwikkeling viel aan te wijzen in de richting van een terugtrekkende overheid die zich tot haar kerntaken dient te beperken en daarbij steeds meer overlaat aan de betrokken burgers. Ook een terrein als de arbeidsveiligheidsregulering, dat klassiek het voorwerp was van een behoorlijke regelrictheid, bestaande uit publiekrechtelijke normen, leek in de

229. Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., "Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer", *Intermediair*, 18 december 1987.

230. Zie Shavell, S., "Liability for Harm versus Regulation of Safety", *Journal of Legal Studies*, 1984, 357-374; Shavell, S., "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation", *Rand Journal of Economics*, 1984, 271-280 en Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 277-290; een bescheiden weergave van deze literatuur kan ook worden gevonden bij Faure, M., "Milieubescherming door Aansprakelijkheidsrecht of Regulering?", *Ars Aequi*, 1990, 759-769.

90er jaren in de greep van de dereguleringsbeweging. Een commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over het wetgevingsbeleid voor de arbeidsomstandigheden, genoemd naar haar voorzitter prof. mr. Kortmann, leverde op 30 juni 1994 een door een werkgroep onder leiding van prof. mr. H.J. de Ru voorbereid rapport af, getiteld "Van keurslijf naar kenmerk. Wetgevingsbeleid voor veiligheid en gezond werk". In de jaren 90 leek ook de arbeidsveiligheidwetgeving te zijn aangewezen, in het kader van het MDW-project, als een van de terreinen die voor liberalisatie in aanmerking zou komen²³¹. Dit rapport van Kortmann heeft destijds (in het midden van de 90er jaren) voor veel commotie gezorgd in sociaalrechtelijk Nederland²³². Knelpunt van het rapport van de commissie Kortmann destijds was dat men op het terrein van de arbeidsveiligheid af zou moeten van het "keurslijf" van overdreven publiekrechtelijke regelingen. De verantwoordelijkheid voor goede arbeidsomstandigheden ligt volgens de commissie primair bij het bedrijfsleven. Zij zou tot uitdrukking moeten worden gebracht door het aantal publiekrechtelijke regels sterk te reduceren en te vervangen door een eenvoudige op de werkgever rustende arbo-zorgplicht, ondersteund door een certificatie en een versterkt privaatrecht. De idee van de commissie Kortmann was dan ook dat arbeidsveiligheid in de onderneming in de toekomst veel meer door de prikkelwerking vanuit het privaatrecht kon worden beheerst dan door het keurslijf van publiekrechtelijke regels.

Nu, meer dan 6 jaar later, kan worden vastgesteld dat die vergaande voorstellen het niet hebben gehaald. Toch is het debat dat toen werd gevoerd van groot belang, ook voor de vraag door wat voor rechtsregels de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's dient te worden bewerkstelligd. Immers, het gaat in de kern om de vraag wat de voor- en nadelen van aansprakelijkheidsregels versus regulering zijn voor wat betreft hun vermogen schade door nieuwe gezondheidsrisico's te beperken.

Juist daarom is het interessant in te gaan op de rechtseconomische criteria inzake regulering en om die en passant ook te gebruiken voor het plaatsen van enkele kritische kanttekeningen bij de voorstellen zoals die destijds door de commissie Kortmann werden geformuleerd. Dat laatste is in het licht van het feit dat er nog steeds voorstanders zijn van introductie van een risicoaansprakelijkheid van de werkgever en een terugtred van de overheid niet overbodig.

2. INFORMATIEVOORDELEN

Het verhaal over de prikkelende werking van het aansprakelijkheidsrecht werkt alleen indien de partijen in de markt of de rechter behoorlijke informatie hebben over het optimale veiligheidsmechanisme. Ook de door commissie Kortmann bepleite tendens naar risicoaansprakelijkheid zal een werkgever alleen goede prikkels tot preventie geven indien hij kan nagaan welk van de vele mogelijke preventie-mechanismen in zijn concrete geval het meest aangewezen is. Nu wijst Shavell erop dat er omstandigheden kunnen zijn waarin het beoordelen van de aan de activiteit verbonden risico's een zekere deskundigheid vereist die de kennis van een individuele dader overstijgt. In het kader van de arbeidsveiligheid kunnen daarvan vele voorbeelden worden gegeven. In de eerste plaats kan bij, veelal kleine, bedrijven de prikkel voor research naar het optimale veiligheidsmechanisme ontbreken indien de resultaten van dergelijk onderzoek onmiddellijk door derden kunnen worden overgenomen. Bovendien lijkt het ook weinig zinvol dat vele kleine bedrijven die met een gelijkaardige vraag geconfronteerd zijn dezelfde investeringen in research zouden doen om te achterhalen hoe zij op een optimale wijze arbeidsongevallen kunnen voorkomen. Het ligt dan veeleer voor de hand dat de overheid dit onderzoek uitvoert en vervolgens de informatie ter beschikking stelt van de betrokken bedrijven. Dit heeft het voordeel dat de kosten van research over een

231. Zie desbetreffend o.m. *NJB*, 1995, 35.

232. Zie o.m. Geers, A.J.C.M., "Een gevaarlijke mythe", *OR-Informatie*, 1995, 41.

grotere groep gespreid kunnen worden en dat de informatie over het optimale preventiemechanisme rechtstreeks via regulering aan de betrokken bedrijven ter beschikking kan worden gesteld²³³.

Dit belangrijke aspect van regulering, namelijk informatieverstopping, wordt nogal eens over het hoofd gezien. Regulering wordt nogal eenzijdig beschreven als de grote boeman, het strenge keurslijf waarin bedrijven dienen te opereren, terwijl de werkelijkheid toch heel wat complexer is. Regulering biedt in concreto voor vele bedrijven het voordeel dat de overheid keurig op gedetailleerde wijze voorschrijft welke maatregelen in ieder geval genomen zullen moeten worden om arbeidsongevallen of beroepsziekten te voorkomen. Vooral voor kleinere ondernemingen die zelf niet de capaciteit in huis hebben om na te gaan op welke wijze zij in concreto invulling moeten geven aan de zo door Kortmann bepleite zorgplicht biedt regulering geen keurslijf, maar uiterst zinvolle informatie²³⁴.

Kortom, juist omdat de informatie over het ongevalrisico en de wijze waarop dit kan worden voorkomen bij arbeidsongevallen veeleer beter door de overheid dan door de bij de activiteit betrokken partijen kan worden verkregen pleit dit eerder voor regulering dan voor het aansprakelijkheidsrecht. Dit geldt evident evenzeer voor andere nieuwe gezondheidsrisico's. Dit zou alleen anders liggen indien we te maken hebben met grotere bedrijven die zelf beter in staat zouden zijn om het onderzoek te verrichten dan de overheid. In de regel wordt echter, het rapport Kortmann is hier illustratief, op geen enkele wijze onderscheid gemaakt tussen het midden- en kleinbedrijf enerzijds en grotere bedrijven anderzijds, terwijl de argumentatie contra regulering juist vanwege de informatieverstoppingende functie van regulering zeker voor het midden- en kleinbedrijf niet lijkt op te gaan²³⁵.

3. INSOLVENTIE

De zo vaak bepleite preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht gaat uiteraard ook alleen maar op indien de werkgever een vermogen beschikbaar heeft dat hij aan risico blootstelt door onvoorzichtig gedrag. Indien het risico bestaat dat ongevallen worden veroorzaakt met een schade die groter is dan het individuele vermogen van de ondernemer zal de dreiging dat nadien een aansprakelijkheidsstelling volgt niet tot optimale prikkels op preventief vlak leiden. Iemand die geen geld heeft om voor een aansprakelijkheidsstelling te betalen zal niet erg onder de indruk van een schadevergoedingsactie raken²³⁶. Nu zou men wederom kunnen argumenteren dat dit risico bij grotere ondernemingen toch niet reëel zal zijn, maar daarop kan worden gerepliceerd dat grote risico's niet alleen door grote ondernemingen worden veroorzaakt. Men mag niet vergeten dat potentiële schadeveroorzakers zoals werkgevers veelal als rechtspersonen zijn georganiseerd en dat een essentieel kenmerk van de rechtspersoon nu juist de beperking van aansprakelijkheid is. Een werkgever die als rechtspersoon is georganiseerd heeft dus doorgaans een beperkt vermogen. Bovendien valt niet uit te sluiten dat vooral kleinere ondernemers een "hit and run" tactiek zouden uitoefenen waarbij winstmaximalisatie in korte tijd wordt gerealiseerd ten koste van goede arbeidsomstandigheden. De betrokken werkgever die nadien met een aansprakelijkheidsvordering wordt geconfronteerd zou dan wel eens op de Bahamas gedagvaard moeten worden.

233. Shavell, S., *o.c.*, *JLS*, 1984, 359.

234. Faure, M., *o.c.*, *Ars Aequi*, 1990, 162.

235. Ook Van Zwam merkt op "het streven naar zelfregulering op het gebied van arbeidsomstandigheden zorgt slaat alleen gemakkelijk aan in grote ondernemingen omdat daar een infrastructuur voor Arbozorg aanwezig is" (Van Zwam, H.J., "Koerswijziging moet Arboret redder", *Arboretomstandigheden*, 70 (1994) nr. 9, p. 488).

236. Zie Shavell, S., "The Judgment Proof Problem", *International Review of Law and Economics*, 1986, 43-58.

4. GEBREK AAN PRIKKELS VANUIT DE AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING

In aansluiting op het voorgaande kan worden gesteld dat er nogal wat redenen zijn waarom bij nieuwe gezondheidsrisico's vanuit een aansprakelijkheidsvordering vermoedelijk niet zoveel prikkels tot preventie zullen uitgaan. De zojuist geformuleerde vrees voor "flight by night" bedrijven die het bijvoorbeeld met de arbeidsomstandigheden niet zeer nauw zouden nemen lijkt bij gebreke aan dwingende publiekrechtelijke regelingen reëel. De kans dat een werkgever aan aansprakelijkheid ontsnapt bij arbeidsongevallen is vermoedelijk niet zo groot, indien bewijsproblemen tenminste kunnen worden overkomen. Maar juist vanwege de lange latentieperiodes bij sommige beroepsziekten is daar het risico nogal groot. Weliswaar heeft – zie hiervoor - de jurisprudentie allerlei technieken ingebouwd om werkgevers ook vele jaren later aansprakelijk te stellen voor het schenden van een zorgplicht bijvoorbeeld door een werknemer bloot te stellen aan asbest, maar dat gaat er steeds vanuit dat die werknemer die jaren later kanker kreeg een band legt tussen zijn huidige ziekte en een wederrechtelijke emissie of blootstelling aan stoffen die bijvoorbeeld 20 jaar geleden plaatsvond. Voor stoffen waarbij de causaliteit met een bepaalde ziekte vrij duidelijk is, zoals tussen asbest en mesothelioom, zal de causaliteitshobbel dan nog wel genomen kunnen worden. Voor vele andere stoffen zal dat veel lastiger zijn. Daarnaast rijst uiteraard maar weer de vraag of de betrokken werkgever niet wederom op de Bahamas zit 20 jaar nadat hij zijn werknemers heeft blootgesteld aan het werken met gevaarlijke stoffen. Ten slotte zal in een aantal gevallen de mogelijkheid bestaan dat de vordering tegen de werkgever veelal verjaard is. In dat verband kan naar de verjaringsperikelen worden verwezen die in § 4 werden besproken. Juist vanwege de lange latentieperiodes en de daarmee gepaard gaande bewijs-, verjarings- en causaliteitsproblemen bij beroepsziekten lijkt het onverantwoord om de arbeidsomstandigheden primair van het aansprakelijkheidsrecht afhankelijk te maken²³⁷.

5. EMPIRIE EN NUANCERINGEN

Alle bovengenoemde argumenten wijzen eenduidig in één richting: preventieve veiligheidsmechanismen en veilige arbeidsomstandigheden ter voorkoming van nieuwe gezondheidsrisico's en beroepsziekten kunnen niet alleen via aansprakelijkheidsregels worden bereikt. Gelet op het insolventierisico en vooral het informatievoordeel bij de overheid dient veeleer voor regulering te worden gekozen. Het is aardig is overigens dat Dewees de juistheid van Shavell's uitgangspunten met betrekking tot het milieurecht empirisch heeft bewezen door aan te tonen dat de kwaliteit van het leefmilieu substantieel verbeterde ten gevolge van regulering en niet als gevolg van ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht²³⁸.

Uiteraard is niet alleen in de rechtseconomie aandacht besteed aan regulering. In de Amerikaanse 'Labor Economics'-literatuur is regelmatig de vraag aan de orde geweest door welke juridische instrumenten arbeidsveiligheid het beste kan worden verwezenlijkt en of het bestaande (Amerikaanse) regime effectief te noemen is²³⁹. Het uitgangspunt van de literatuur is uiteraard dat bij volledige informatie over het ongevalsrisico en volkomen mededinging geen regulering nodig zou zijn, omdat de markt het vereiste

237. Zie ook Landes, W. en Posner, R., "Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries", *Journal of Legal Studies*, 1984, 417.

238. Dewees, D., "The Comparative Efficacy of Tort Law and Regulation for Environmental Protection", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992, 446-467 en Dewees, D., "Tort Law and the Deterrence of Environmental Pollution", in Tietenberg, T.H. (ed.), *Innovation in Environmental Policy, Economic and Legal Aspects of Recent Developments in Environmental Enforcement of Liability*, Brookfield, Elgon, 1992, 139-164.

239. Een mooi overzicht van die literatuur wordt geboden door Dickens, W., *l.c.*

veiligheidsniveau vanzelf zou bereiken²⁴⁰. Regulering is echter noodzakelijk, precies als reactie op de eerder genoemde marktvalingen, waaronder het informatietekort²⁴¹.

Uit empirisch onderzoek, onder meer van Viscusi blijkt dat van de regulering uitgaande van de Amerikaanse Occupational Safety and Health Administration (OSHA) een statistisch significante positieve invloed uitging op het ziekteverzuim ten gevolge van arbeidsongevallen²⁴². Overigens heeft de zojuist aangehaalde Dewees ook onderzoek verricht naar de effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht wat de preventie van beroepsziekten betreft. Na een empirisch onderzoek concludeert hij: "this paper has shown the ineffectiveness of imposing tort liability as an incentive to control worker exposure to toxic materials causing disease of long latency"²⁴³. Gelijkaardige conclusies blijken ook uit zijn later onderzoek²⁴⁴. Dit empirisch onderzoek toont bijgevolg, ondanks handhavingproblemen, enerzijds een positieve invloed van de OSHA regulering aan en anderzijds de beperkte effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht.

6. GEMEENSCHAPPELIJK GEBRUIK VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRICHT EN REGULERING

Hoewel de bovenstaande criteria van Shavell argumenten bieden voor publiekrechtelijke regelingen van de arbeidsomstandigheden wil dit zeker niet zeggen dat daarmee het aansprakelijkheidsrecht overboord dient te worden gezet. Een ondersteunend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht is zinvol, al was het maar omdat een waterdichte handhaving van regulering nooit kan worden gegarandeerd. Toezicht waarbij elke overtreding wordt opgespoord is in een rechtsstaat niet te realiseren en ook strafrechtelijke handhaving laat, zo blijkt uit onderzoek, vaak te wensen over²⁴⁵.

Het voordeel van een gecombineerd gebruik van aansprakelijkheidsregels en regulering is bovendien dat de aansprakelijkheidsregels dan kunnen functioneren als vangnet voor falende regulering. Om verschillende redenen zal publiekrechtelijke regulering immers nooit perfect zijn. In de eerste plaats kan regulering verouderen; er zijn weliswaar technieken denkbaar om een aanpassing aan de laatste techniek in de regulering te incorporeren, een figuur overigens die juist bij nieuwe risico's van belang is, doch perfect zijn die nooit. Daarenboven leert de Public Choice theorie dat regulering vaak zal worden beïnvloed door industriële belangengroepen die door lobbying soms de invoering van te milde standaards kunnen verkrijgen. Indien nu als regel wordt gesteld dat het naleven van de regulering slechts een minimum is, doch dat een werkgever ondanks het naleven van de regulering steeds aansprakelijk blijft bij eventuele ongevallen heeft dit het grote voordeel dat de werkgever prikkels zal houden extra preventieve inspanningen te verrichten ook al verplicht de regulering hem daar niet toe²⁴⁶. Het voordeel van deze "opvangwerking" van het aansprakelijkheidsrecht is dat de werkgever zich niet achter de naleving van de regulering zal kunnen verschuilen om aan aansprakelijkheid te ontsnappen. Bij een risicoaansprakelijkheid is – zie hiervoor - in ieder geval duidelijk dat de werkgever steeds optimale zorg

240. Dit is in wezen een toepassing van het Coase-theorema dat voorhoudt dat bij afwezigheid van transactiekosten een optimale allocatie van resources automatisch zal volgen, ongeacht de rechtsregel (Coase, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, 1-44).

241. Cfr. Rea, S., "Workmen's Compensation and Occupational Safety under Imperfect Information", *American Economic Review*, 1981, 80-93.

242. Viscusi, W.K., "The Impact of occupational Safety and Health Regulation, 1973 - 1983", *Rand Journal of Economics*, 1986, 567-580: "OSHA inspections may have a significant effect on workplace safety that occurs with one-year lag". Het aardige is dat Viscusi daarmee terugkomt op zijn eerdere stelling dat OSHA ineffectief zou zijn.

243. Dewees, D., "Economic Incentives for Controlling Industrial Disease: the Asbestos Case", *Journal of Legal Studies*, 1986, (289), 319.

244. Dewees, D. en Daniels, R., "Prevention and Compensation of Industrial Disease", *International Review of Law and Economics*, 1988, 51-72.

245. Zie daarover Wheeler, M., "The Use of Criminal Statutes to Regulate Product Safety", *Journal of Legal Studies*, 1984, 593-618.

246. Zie Van Zwam, H.J., *l.c.*, 488: "Het optimale niveau van Arbozorg ligt vaak aanzienlijk hoger dan het bodemniveau".

zal aanwenden, ook als deze hoger ligt dan hetgeen in de regulering wordt vereist. Maar bij de toepassing van de schuldaansprakelijkheid kan de rechter evenzeer tot de vaststelling komen dat ondanks het naleven van de regulering de werkgever onrechtmatig heeft gehandeld omdat extra inspanningen op preventief vlak van hem konden worden geleverd. Dit is overigens ook de algemene regel in de rechtspraak. De Commissie-Kortmann lijkt deze jurisprudentie te kritiseren waar zij schamper opmerkt: "de civiele rechter laat zich intussen in schadevergoedingsprocedures weinig gelegen liggen aan het al dan niet nageleefd worden van de bestuursrechtelijke normering"²⁴⁷. Nochtans is het grote voordeel van deze jurisprudentie waarbij naleving van de regulering niet per definitie vrijwaart voor aansprakelijkheid²⁴⁸ dat het aansprakelijkheidsrecht ook een tegenwicht kan bieden voor te milde regulering die ten gevolge van de invloed van industriële belangengroepen tot stand kwam. Bovendien zou het ook vanuit het standpunt van het slachtoffer nogal bedenkelijk zijn indien men zou aannemen dat naleving van de regulering reeds bevrijdend werkt. Zulks zou dan meebrengen dat indien de regulering werd nageleefd en desondanks schade ontstaat het slachtoffer zijn aanspraak op schadevergoeding zou verliezen. Voor de rechtspraak die stelt dat naleving van bestuursrechtelijke normen geen vrijwarende werking meebrengt op het vlak van de aansprakelijkheid is derhalve vanuit rechtseconomische optiek wel wat te zeggen, aangezien zij de prikkels tot preventie van de werkgever positief zal beïnvloeden²⁴⁹.

Overigens gaat het te ver om te stellen dat de civiele rechter zich in het algemeen weinig gelegen zou laten liggen aan het "al dan niet nageleefd worden van de bestuursrechtelijke normering". Want hoewel naleving van de normering niet bevrijdend werkt, vormt schending van de bestuursrechtelijke normen een indicatie van onrechtmatigheid²⁵⁰. In het bekende Jumbo II arrest werd door de Hoge Raad bevestigd dat de niet-naleving van verkeers- en veiligheidsnormen in beginsel aansprakelijkheid oplevert²⁵¹. Het grote voordeel van deze jurisprudentie is dat de informerende functie van regulering waarop al eerder werd gewezen niet alleen werkt ten aanzien van met name een potentiële dader, zoals de werkgever, maar ook ten aanzien van de rechter. Met andere woorden: de regulering leidt de rechter bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Bij afwezigheid van regulering zou de rechter zelf, bij toepassing van de schuldaansprakelijkheid althans, de kosten/baten-analyse moeten verrichten die noodzakelijk is om vast te stellen of extra preventieve inspanningen van de werkgever konden worden verwacht. Op grond van de Jumbo II rechtspraak kan de rechter bij schending van de standaard die door de regulering werd vastgesteld automatisch aansprakelijkheid aannemen²⁵². Andersom blijft echter gelden dat bij naleving van de regulering door de rechter steeds zal kunnen worden nagegaan of toch extra preventieve inspanningen van de werkgever konden worden geleverd zodat deze desondanks aansprakelijk kan worden gehouden²⁵³.

§ 9. Samenvatting

In dit hoofdstuk werd in de eerste plaats gepoogd een antwoord te geven op een van de centrale vragen uit dit onderzoek, namelijk op welke wijze aansprakelijkheidsregels een rol kunnen spelen bij nieuwe gezondheidsrisico's. Daarbij werd ingegaan op de specifieke rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de compensatie van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Gebleken is dat nog al eens te hoog gespannen verwachtingen bestaan ten aanzien van dat aansprakelijkheidsrecht. Immers, het

247. Rapport van de toetsingscommissie, 11.

248. Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 1914, *NJ*, 1914, 497 en HR 10 maart 1972, *NJ*, 1972, 278.

249. Voor een rechtsvergelijkende benadering zie Faure, M. en Oudijk, J.C., "Die Strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht. Ein rechtsvergleichender Überblick der Systeme in Deutschland, den Niederlanden und Belgien", *Juristenzeitung*, 1994, 86-91.

250. Zie Van Dam, C.C., *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1989, 74-81.

251. HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB). Zie ook HR 2 maart 2001, *RvdW* 2001, 62. Zie over het belang van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen ook supra § 2, 5 C.

252. Vgl. Viscusi, W.K., "Product and occupational Liability", *Journal of Economic Perspectives*, 1991, (71), 86.

253. Zie ook Rose-Ackerman, S., *Rethinking the Progressive Agenda, the Reform of the American Regulatory State*, New York, The Free Press, 1992, 127.

aansprakelijkheidsrecht is, zo bleek uit een schets van de hoofdlijnen, in essentie een hoogdrempelig systeem dat niet zonder meer compensatie van alle schade aan elk slachtoffer kan beloven. Het aansprakelijkheidsrecht veronderstelt in essentie een tekortkoming aan de zijde van de dader en een oorzakelijk verband tussen die tekortkoming en de door het slachtoffer geleden schade. Los van het feit dat het veelal niet mogelijk zal zijn om het aansprakelijkheidsrecht toe te passen op schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's, gewoon omdat een aansprakelijke dader niet kan worden gevonden, werd ook benadrukt dat het van belang is om die fundamentele uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht te respecteren. Er bestaat immers een tendens in het aansprakelijkheidsrecht tot verlaging van de drempels met als voornaamste doel om zoveel mogelijk slachtoffers van de "luxie" van het aansprakelijkheidsrecht te laten genieten. Het aansprakelijkheidsrecht is inderdaad, onder meer in vergelijking met de sociale zekerheid (daarop wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan) daadwerkelijk een luxe systeem omdat het een garantie van vergoeding van de integrale vermogensschade biedt evenals een recht op smartegeld. Maar die integrale schadeloosstelling (de luxe van het aansprakelijkheidsrecht) wordt slechts geboden wanneer aan strenge voorwaarden is voldaan. Het morrelen aan die strenge voorwaarden, bijvoorbeeld door een afwenteling van causaliteitonzekerheid of door een afschaffing van het eigen schuldverweer lijkt onwenselijk omdat daardoor een (te) hoge druk op het aansprakelijkheidsrecht ontstaat, zeker in tijd van afkalvende sociale zekerheid.

Betogd werd verder dat die fundamentele van het aansprakelijkheidsrecht ook overeenkomen met de rechtseconomische uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht. In het rechtseconomisch perspectief wordt echter nog sterker benadrukt dat het aansprakelijkheidsrecht een preventieve veeleer dan een compenserende werking dient te hebben. Het vooruitzicht van aansprakelijkheid zal de rationele potentiële dader ertoe aanzetten preventieve maatregelen te nemen. Vanuit dat perspectief bekeken levert het aansprakelijkheidsrecht dus een zeer belangrijke bijdrage aan de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Als compensatiemechanisme mag de werking van het aansprakelijkheidsrecht echter niet worden overschat, juist omdat de relatief hoge drempels van het aansprakelijkheidsrecht er bij bepaalde nieuwe gezondheidsrisico's wel eens toe zouden kunnen leiden dat geen compensatie kan worden geboden.

In § 3 werd uitgebreid ingegaan op de jurisprudentie inzake de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten en werd aangetoond dat hoewel de jurisprudentie op allerlei vlak (afwenteling van causaliteitonzekerheid, beperking van eigen schuldverweer, beperken van nadelige gevolgen van verjaring) aan de belangen van het slachtoffer is tegemoet gekomen, er toch nog heel wat problemen bestaan voor slachtoffers. Zelfs de door de jurisprudentie verlaagde drempels kunnen voor slachtoffers nog steeds een probleem opleveren. Inderdaad bij vele nieuwe arbeidsgelateerde risico's, zoals RSI, OPS en stress is het (hoewel er tussen die ziekten uiteraard wel verschillen bestaan) vaak twijfelachtig of het voor de slachtoffers mogelijk is om een tekortkoming van de werkgever aan te tonen. Zelfs wanneer het mogelijk is om aan te tonen dat de werkgever is tekortgeschoten, kan een claim van het slachtoffer toch nog falen omdat het niet mogelijk is een causaal verband aan te tonen tussen de tekortkoming van de werkgever en de geleden schade. Het lastige is uiteraard dat ziektebeelden zoals RSI en stress vele oorzaken kunnen hebben. De aansprakelijkheid van de werkgever komt uiteraard alleen ter sprake wanneer het slachtoffer een causaal verband kan bewijzen tussen zijn schade en de werkzaamheden die voor de betreffende werkgever werden uitgevoerd.

Ook voor andere gezondheidsrisico's, buiten de arbeidsrelatie, werd betogd dat diverse problemen van aansprakelijkheidsrecht een belemmering kunnen vormen voor de vordering van het slachtoffer. Zo zal bij de vraag of productenaansprakelijkheid kan worden aangenomen voor schade veroorzaakt door een BSE-besmetting onder meer de vraag relevant zijn of men naar algemene inzichten het risico wel degelijk kon kennen. Ook is niet uit te sluiten dat een eventuele vordering zou zijn verjaard op het ogenblik dat de ziekte zich openbaart. Ook van het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid kan niet worden verwacht dat dit aan slachtoffers de garantie van een schadeloosstelling zou bieden.

Daaruit volgt dat hoewel theoretisch het aansprakelijkheidsrecht een geschikt instrument lijkt om een bijdrage te leveren aan de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's en de compensatie van daardoor veroorzaakte schade, de verwachtingen toch niet al te hoog gespannen mogen zijn, precies omdat de specifieke eisen van het aansprakelijkheidsrecht zullen meebrengen dat in vele gevallen het aansprakelijkheidsrecht gewoon geen toepassing kan vinden.

Precies daarom is betoogd dat, anders dan wel werd beweerd tijdens de dereguleringsgolf in de 90er jaren, voorzichtig moet worden omgesprongen met de idee dat het privaatrecht, en in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht, beter geschikt zouden zijn om preventie te bewerkstelligen dan het "keurslijf" van overheidsregulering. In de paragraaf voorafgaand aan deze samenvatting werd, gebruikmakend van de economische criteria van veiligheidsregulering, betoogd dat er juist diverse redenen zijn om te vermoeden dat het aansprakelijkheidsrecht juist bij nieuwe gezondheidsrisico's niet goed in staat zal zijn zijn preventieve functie te vervullen. Die problemen kwamen reeds duidelijk naar voren bij de bespreking van de toepassingsmogelijkheden van het Nederlands aansprakelijkheidsrecht op nieuwe gezondheidsrisico's. Vanuit theoretisch perspectief is er derhalve veel voor te zeggen om de overheid ter zake juist een proactieve rol te laten vervullen, bijvoorbeeld door actief onderzoek te laten uitvoeren naar de optimale wijze van reductie van bepaalde gezondheidsrisico's.

Informatievoordelen bij de overheid en schaalvoordelen zijn belangrijke argumenten om juist hier een taak voor de overheid te zien. Die kan vervolgens de verworven informatie via regulering ter beschikking stellen aan de markt. Het ligt bovendien voor de hand om schade die door nieuwe gezondheidsrisico's kan worden veroorzaakt, ex ante te voorkomen of te beperken door veiligheidsregulering toe te passen die dient te worden nageleefd ongeacht de vraag of schade al dan niet is opgetreden. Wanneer op schade na ongeval moet worden gewacht en alsnog een aansprakelijkheidsvordering dient te worden ingesteld is immers het risico te groot dat die aansprakelijkheidsvordering geen enkel effect meer zal sorteren bijvoorbeeld omdat de schade zich pas manifesteert vele jaren nadat het risico werd gecreëerd. De dader kan dan allang gevlogen zijn of insolvent. Mede daarom lijkt een belangrijke taak weggelegd voor regulering.

Overigens zal die regulering ook weer belangrijke voordelen kunnen hebben voor een optimale werking van het aansprakelijkheidsrecht. Immers: uit het rechtspraakoverzicht bleek dat een van de problemen van de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht nu juist gelegen is in de moeilijkheid te bepalen of in hoofde van een bepaalde dader (bijvoorbeeld een werkgever bij arbeidsgerelateerde risico's) wel een tekortkoming kon worden vastgesteld. Op de schouders van de burgerlijke rechter wordt dan immers de moeilijke taak gelegd om te beoordelen of, mede rekening houdende met de kennis en stand van de techniek, van de betreffende dader kon worden gevergd dat hij bepaalde preventieve maatregelen zou hebben genomen om het risico te voorkomen. Die afweging wordt een stuk eenvoudiger wanneer de overheid heldere veiligheidsregulering heeft uitgevaardigd die op dwingende wijze voorschrijft welke preventieve maatregelen door de maatschappelijke actoren dienen te worden genomen. Wanneer vervolgens die preventieve maatregelen niet zouden zijn gerespecteerd is sprake van een schending van verkeers- en veiligheidsnormen en daarmee is voor de rechter de onrechtmatigheid van het handelen al gegeven. Langs die weg bevordert effectieve veiligheidsregulering dus de werking van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl anderzijds de rechter door de niet-naleving van veiligheidsregulering met aansprakelijkheid te sanctioneren de facto ook de handhaver van de veiligheidsregulering wordt. Dan kan, met andere woorden, op optimale wijze gebruik worden gemaakt van de wisselwerking tussen aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsregulering.

Slotom is dat van het aansprakelijkheidsrecht wel degelijk een preventieve werking kan uitgaan, maar dat anderzijds juist met betrekking tot de nieuwe gezondheidsrisico's die het voorwerp van dit onderzoek

vormen zoveel problemen te verwachten zijn dat de taak van het aansprakelijkheidsrecht vermoedelijk slechts relatief beperkt zal zijn. Preventie van nieuwe gezondheidsrisico's zal primair van overheidsregulering dienen uit te gaan. Zie echter hoofdstuk 5 waarin wordt aangegeven dat ook een Verbond van Verzekeraars een belangrijke rol kan spelen in het kader van informatievoorziening en -vergaring.

De inherente beperkingen in het aansprakelijkheidsrecht brengen ook mee dat de rol van het aansprakelijkheidsrecht als vergoedingsmechanisme voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's eveneens beperkt zal zijn. Toch lijkt er een tendens te bestaan om de voorwaarden voor aansprakelijkheid op te rekken in de verwachting dat een meer substantieel deel van de schade van slachtoffers via het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen worden vergoed. De vraag rijst derhalve welke rol kan worden verwacht van het aansprakelijkheidsrecht in de vergoeding van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's, zeker in vergelijking met andere compensatiesystemen, zoals de sociale zekerheid.

HOOFDSTUK 3 FINANCIERING GEZONDHEIDSRISICO'S VANDAAG

§ 1. Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de betekenis van het aansprakelijkheidsrecht is geschetst kan in dit hoofdstuk kort worden ingegaan op de financiering van gezondheidsrisico's, zoals die heden ten dage plaatsvindt. Kort zal worden ingegaan op de verschillende mogelijke financieringsmodellen, waarbij ook de rol van het aansprakelijkheidsrecht, gecombineerd met aansprakelijkheidsverzekering ter financiering van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's kan worden geschetst. Het is echter belangrijk vast te stellen dat op dit moment sprake is van een verschuiving in de verhouding tussen verschillende financieringssystemen. Het gaat hier om het terugtreden van de overheid uit de sociale zekerheid enerzijds en daarmee om een toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering anderzijds. De afkalving van de sociale zekerheid heeft verschillende gevolgen. In de eerste plaats leidt zij tot een toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht (in dat kader zal in het volgende hoofdstuk ook worden ingegaan op de discussie over de toenemende claimcultuur). Daarnaast kan de afkalving van de sociale zekerheid ook leiden tot een toenemend beroep op andere vergoedingssystemen. In dat verband dient vooral op de trend te worden gewezen om juist bij nieuwe gezondheidsrisico's een beroep te doen op fondso oplossingen. Die zullen hier kort worden geïntroduceerd en in hoofdstuk 8 nader worden onderzocht.

Overigens zal bij wege van voorbeeld in dit hoofdstuk vooral worden ingegaan op de financiering van arbeidsgerelateerde risico's (zoals RSI en OPS). De ontwikkelingen in de jurisprudentie op die terreinen in de richting van een uitbreiding van aansprakelijkheid werden in het vorige hoofdstuk uitgebreid geschetst. De reden om nogmaals op de beroepsziekteproblematiek in te gaan is dat de verschuivingen in de financieringssystemen zich juist bij arbeidsgerelateerde risico's goed zichtbaar zijn en dat daar dan ook een uitgebreid debat plaatsvindt over alternatieve financieringsvormen. De resultaten zijn echter eveneens toepasbaar bij andere gezondheidsrisico's zoals voedingsgerelateerde risico's of infectieziekten, op voorwaarde dat een aansprakelijke dader kan worden aangetroffen. Wat de rampen betreft blijft natuurlijk steeds de primaire vraag of een aansprakelijke dader voor de ramp kan worden aangetroffen. Soms zal dat het geval zijn (hoewel de beschuldigende vinger dan vaak in ieder geval mede in de richting van de overheid zal worden gewezen). Maar andere rampen zullen als "act of God" niet tot aansprakelijkheid leiden. Daardoor vallen een aantal van de hier geschetste financieringsscenario's automatisch weg.

In dit hoofdstuk zal na deze inleiding eerst worden ingegaan op bepaalde verschuivingen die zich gedurende het afgelopen decennium hebben voorgedaan op het terrein van de beroepsziekten. Daarbij wordt aangegeven welke (beperkte) rol traditioneel het aansprakelijkheidsrecht speelde bij de financiering van de gevolgen van beroepsziekten (§ 2). Vervolgens wordt aangegeven dat door enkele ontwikkelingen, meer bepaald de afkalving van de sociale zekerheid en de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht een wijziging is opgetreden waardoor meer dan in het verleden, heden ten dage slachtoffers gedwongen zijn gebruik te maken van het aansprakelijkheidsrecht, ook voor de vergoeding van primaire levensbehoeften (§ 3). Die ontwikkelingen in het sociaal zekerheidsrecht worden in § 4 meer in detail besproken, waarbij ook uitgebreid aandacht wordt besteed aan de relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en het sociale zekerheidsrecht, zoals deze wordt bepaald door de regresrechten (§ 4). Tenslotte wordt geschetst welke de consequenties zijn van de verschuivingen in de rol van het aansprakelijkheidsrecht en de sociale zekerheid voor de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's (§ 5).

§ 2. Verzekering en financiering van nieuwe risico's: het voorbeeld van de beroepsziekten

1. INLEIDING

Als gevolg van een aantal op elkaar inwerkende ontwikkelingen is de vergoeding van slachtoffers van beroepsziekten via het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering in gevaar. De concrete aanleiding voor dergelijke bedenkingen vormen behalve de enkele tienduizenden asbestslachtoffers die zich volgens sommigen in de komende jaren zullen aandienen de verwachting dat in de nabije toekomst ook vele anderen met beroepsziekten zoals de in dit onderzoek behandelde ziekten OPS en RSI vergoeding van schade via het aansprakelijkheidsrecht zullen eisen. Bovendien wordt het belang van het aansprakelijkheidsrecht met het afkalven van de sociale zekerheid steeds groter. Dit betekent dat niet alleen (zoals vroeger veelal het geval was) vergoeding van smartegeld, maar ook in toenemende mate vergoeding van een (steeds groter wordend) deel van de inkomensschade via het aansprakelijkheidsrecht wordt nagestreefd. Het verbaast dan ook niet dat in vakbondskringen inmiddels wordt betoogd dat het aansprakelijkheidsrecht zal worden gebruikt om het "WAO-gat" te dichten. Het door het FNV opgezette Bureau voor Beroepsziekten heeft zich juist dat ten doel gesteld.

Het is zeer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht en het instituut van aansprakelijkheidsverzekering deze druk aan kunnen²⁵⁴. Er is daarom alle reden stil te staan bij de vraag of er aanleiding is voor een herziening van het huidige systeem en zo ja welke mogelijke alternatieven zich daarbij aandienen.

2. FINANCIERING VAN DE GEVOLGEN VAN BEROEPSZIEKTEN TOT VANDAAG

Geheel conform het rechtseconomisch inzicht dat een financieringsregeling van beroepsziekten zowel aan de werkgever als aan de werknemer prikkels dient te geven tot preventie van beroepsziekten en moet instaan voor (een vorm van) compensatie van beroepsziekten (zie nog het vorige hoofdstuk) vond in Nederland traditioneel de financiering van beroepsziekten plaats vanuit verscheidene bronnen. De sociale zekerheid zorgde in beginsel voor het bestaansminimum. De basisgedachte van het West-Europese stelsel van sociale zekerheid is immers dat een "Existenzsicherung" principieel via de sociale zekerheid wordt geboden en niet via het aansprakelijkheidsrecht²⁵⁵. Naast de sociale zekerheid speelde in Nederland het aansprakelijkheidsrecht bij financiering van beroepsziekten wel een rol, al was die in omvang beperkt. Het aansprakelijkheidsrecht werd immers voornamelijk ingezet ter dekking van de top van het inkomen en om smartegeld te verkrijgen, juist omdat deze twee posten niet via de sociale zekerheid werden gedekt. Dit resulteerde in een systeem waarbij het slachtoffer van een beroepsziekte dus primair vanuit de sociale zekerheid vergoeding kreeg ter garantie van zijn bestaanszekerheid en pas wanneer aan de strenge voorwaarden van het aansprakelijkheidsrecht was voldaan, kon hij daarenboven ook vergoeding krijgen van de rest van zijn schade: de top van het inkomen en smartegeld.

3. VERANDERINGEN

Dit systeem, waarbij het slachtoffer alleen voor die bedragen die niet via sociale zekerheid werden vergoed een beroep deed op het aansprakelijkheidsrecht, heeft lange tijd niet tot grote problemen aanleiding gegeven. Een tiental jaren geleden was van enige crisis inzake de financiering van beroepsziekten in het geheel geen sprake. Enkele recente ontwikkelingen hebben tot een verschuiving

254. Zie Faure, M.G. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995.

255. Dit is een van de belangrijkste verschillen met stelsels zoals het Noordamerikaanse waarin de sociale zekerheid in veel mindere mate is uitgebouwd en slachtoffers derhalve gedwongen zijn het aansprakelijkheidsrecht ook te gebruiken om "Existenzsicherung" af te dwingen.

geleid in de traditionele verhouding tussen de sociale zekerheid en het aansprakelijkheidsrecht²⁵⁶. Welke ontwikkelingen zijn dit nu?

§ 3. Enkele ontwikkelingen

1. GROTE AANTALLEN SLACHTOFFERS + CLAIMS

In de eerste plaats is juist de ontwikkeling die aanleiding heeft gegeven tot het onderhavige onderzoek van belang: er ligt een uitbreiding van de aansprakelijkheidslast in het verschiet, nu zich nieuwe beroepsziekten gaan manifesteren. In dit kader worden in de regel twee ziekten in beeld gebracht die hiervoor reeds uitvoerig aan de orde zijn geweest: namelijk OPS en RSI²⁵⁷. Het is duidelijk dat het zich relatief plotseling voordoen van dergelijke nieuwe ziekten waarvan relatief veel werknemers het slachtoffer worden tot een zeer aanzienlijke kostenpost voor de aansprakelijke werkgever en diens verzekeraar zal leiden. In het vorige hoofdstuk is aangegeven dat het hedendaagse aansprakelijkheidsrecht weliswaar niet zonder problemen is voor gelaedeerden, doch desondanks reële mogelijkheden lijkt te bieden.

Een belangrijk element waardoor de druk op het aansprakelijkheidsrecht is toegenomen is meer in het algemeen de toenemende claimcultuur, waarover ook het kabinet zich zorgen maakt. Uiteraard kan die toenemende claimcultuur ook betrekking hebben op het terrein van de nieuwe gezondheidsrisico's. Die claimcultuur verdient dan ook een afzonderlijke behandeling in hoofdstuk 4.

2. AFKALVING SOCIALE ZEKERHEID

De tweede zeer belangrijke ontwikkeling in dit kader is dat er een toenemende noodzaak bestaat om van het aansprakelijkheidsrecht gebruik te maken. Het niveau van de sociale zekerheid is een beslissende factor als het gaat om mogelijke ontwikkelingen ten aanzien van de aansprakelijkheidslast. Zoals hiervoor is geschetst, wordt het aansprakelijkheidsrecht bij de financiering van beroepsziekten traditioneel vooral als luxesysteem gebruikt, maar niet voor de bestaanszekerheid. Dit beeld verandert nu bepaalde schade die klassiek via het sociaal zekerheidssysteem werd vergoed, door een terugtrekkende overheid niet langer langs die weg voor vergoeding in aanmerking komt. Zolang slachtoffers het grootste gedeelte van hun schade vergoed krijgen vanuit de sociale zekerheid hebben zij uiteraard slechts een geringe prikkel tot het indienen van een claim. Deze prikkel wordt sterker naarmate een beroep op de sociale zekerheid minder heil biedt. Dit is precies wat er op dit moment gebeurt. Wat dat betreft kan onder meer worden gewezen op de privatisering van de Ziektewet en op de ontwikkeling in het kader van de arbeidsongeschiktheidsregelingen (Pemba).

Uiteraard is het van belang om de ontwikkelingen op dit terrein, de afkalving van de sociale zekerheid, meer precies in beeld te brengen. In de volgende paragrafen (§ 4) zal dan ook worden geschetst waarin die afkalving van de sociale zekerheid nu precies bestaat en waardoor zij nu een toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht tot gevolg heeft.

256. Deze ontwikkelingen worden hier kort geschetst. Zie voor meer uitgebreide beschouwingen in Faure, M. en Hartlief, T., "Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?", *A&V*, 1996, 140-150.

257. Zie voor ontwikkelingen op gezondheidskundig vlak verder bij Gorissen, A.A. en Schröer, C.A.P., "Omvang beroepsziekten en arbeidsongevallen in Nederland. Een schatting op basis van Belgische en Duitse gegevens", in Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, 115-171.

3. UITBREIDING AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

In hoofdstuk 2 is reeds geschetst waar het in het aansprakelijkheidsrecht om draait en welke de basisbeginselen zijn die aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggen. Ook is onderzocht in hoeverre dit aansprakelijkheidsrecht gebruikt kan worden om schadevergoeding te bieden voor enkele van de onderzochte nieuwe gezondheidsrisico's. Er valt te wijzen op een aantal ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht, die juist in combinatie met de reeds genoemde ontwikkelingen buiten het aansprakelijkheidsrecht problematisch kunnen zijn. Het afkalven van de sociale zekerheid en het toenemend aantal risico's (zie ook de discussie over de claimcultuur in het volgende hoofdstuk) lijken een aantal ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht in combinatie met dit systeem in gevaar te brengen. Te denken valt aan de volgende ontwikkelingen:

In de eerste plaats kan worden gewezen op het afwentelen van causaliteitsonzekerheid op de werkgever dat in hoofdstuk 2 reeds is behandeld. Illustratief is in dit kader de beslissing in het arrest Cijssouw/De Schelde: de onzekerheid omtrent het tijdstip waarop de betrokken werknemer het bewuste asbestvezel had ingeademd, werd voor rekening van de werkgever gebracht²⁵⁸. Het afwentelen van het bewijsrisico op de werkgever is niet alleen een belangrijke uitbreiding van de aansprakelijkheidslast maar staat ook haaks op verzekeringseconomische uitgangspunten.

In de tweede plaats dient te worden gewezen op het bekende probleem van de "risico's met een lange staart"²⁵⁹. Het gaat hier om het mogelijk lange tijdsverloop tussen het ogenblik waarop de schadeverwekkende gebeurtenis (bijvoorbeeld een blootstelling aan een stof die een beroepsziekte kan meebrengen) plaatsvond en het ogenblik waarop de schade zich manifesteert. Dit kan specifiek bij beroepsziekten een grote rol spelen. Denk aan de asbestgerelateerde ziekten en bijvoorbeeld OPS. In deze periode kan de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm of de aansprakelijkheidsregel (ten voordele van de werknemer en ten nadele van de werkgever) inmiddels zijn gewijzigd. Wat letselschade betreft wordt in de literatuur een zekere rechterlijke neiging aangeduid om nieuwe aansprakelijkheidsregels of zorgvuldigheidsnormen ook toe te passen op situaties waarin de schade zijn oorsprong heeft in een verder verleden²⁶⁰. De indruk is dan dat de schadeverwekkende gebeurtenis naar de normen van toen wellicht niet als onrechtmatig viel te kwalificeren. Eigenlijk wordt het aansprakelijkheidsrecht in een dergelijk geval "met terugwerkende kracht" toegepast²⁶¹. Verder is het mogelijk dat technische of wetenschappelijke inzichten inmiddels zijn verkregen of verbeterd en op het verleden worden toegepast.

Het meest in het oog springend is een ontwikkeling die in hoofdstuk 2 als socialisering van het aansprakelijkheidsrecht werd aangeduid en die inhoudt dat de normale, relatief hoge, drempels van het aansprakelijkheidsrecht worden vervangen door lage, uit de sociale zekerheid bekende, drempels (enkel schade is voldoende voor een uitkering), terwijl de hoge beloning van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding van vermogensschade plus smartegeld) gehandhaafd blijft. Dat is een ontwikkeling die men onder andere op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid kan aanwijzen. Weliswaar is art. 7:658 BW dogmatisch nog steeds een aansprakelijkheid voor tekortschieten. De Hoge Raad is nog niet bereid geweest de eis van tekortschieten te laten varen; art. 7:658 BW biedt, zo heeft hij herhaaldelijk beslist, geen absolute waarborg²⁶². Intussen klinkt regelmatig de roep om deze voorwaarde te laten

258. HR 25 juni 1993, *NJ*, 1993, 686 (PAS).

259. Zie daarover Dommering-van Rongen, L., "Risico's met een lange staart", in *Miscellanea Jurisconsulto vero dedicata (bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. van Dunné)*, Deventer, Kluwer, 1997, 27-39.

260. Zie Hartlief, T. en Spier, J., "Verzekering en aansprakelijkheid met "terugwerkende kracht"', *A&V*, 1994, 27-33; Haazen, O.A. en Spier, J. in Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, NJV preadvies, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 45-46 evenals Barendrecht, J.M. en Van Boom, W.H., in *BW-Krant, Jaarboek 2000*, Deventer 2000, 45 e.v.

261. Daarover Faure, M., "Is aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht" efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1-11.

262. Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 1994, *NJ*, 1995, 137 (PAS) en HR 18 april 1997, *NJ*, 1997, 510.

schieten en een 'risicoaansprakelijkheid' in het leven te roepen²⁶³, waarmee dan een soort absolute aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten wordt bedoeld. Men ziet ook al beslissingen in die richting, waarbij van enig echt tekortschieten van de werkgever nauwelijks sprake is. Werknemers worden in ieder geval, zo is in hoofdstuk 2 gebleken, in zeer vergaande mate beschermd niet alleen tegen de gevaren van het werk, maar vooral ook tegen zichzelf: het eigen schuldverweer is bijvoorbeeld min of meer afgeschaft. Wanneer in de toekomst ook de drempel van tekortschieten van de werkgever zou vervallen, bestaat de enige toets voor vergoeding in de vraag of er schade is ontstaan op de werkplek tijdens werktijd. Dat betekent dat werkgevers in zeer veel gevallen volledig (inkomensschade plus smartegeld) dienen op te komen voor de schade van werknemers. Het is de vraag of het systeem dit aankan nu de omvang van de schade die ten laste van werkgevers komt, groeit doordat de sociale zekerheid minder heil brengt dan voorheen. Zie voor deze vraag hierover § 5.

§ 4. Evolutie sociale zekerheidsrecht en met betrekking tot de verhaalsrechten

1. INLEIDING

Zoals aangegeven dient thans te worden toegelicht op welke wijze de traditionele financieringswijze van gezondheidsrisico's (zoals beroepsziekten) verschuift. Eerder werd al gesteld dat ten dele die verschuiving samenhangt met ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht. Die ontwikkelingen hebben uiteraard gevolgen voor de verzekerbaarheid, waarop in hoofdstuk 5 wordt ingegaan. Enkele malen is ook al geschetst dat sprake is van een afkalving van de sociale zekerheid. Zij is, naar onze mening, van groot belang voor de relatie tussen het aansprakelijkheidsrecht en de sociale zekerheid voor wat betreft de financiering van de schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Ook het in het volgende hoofdstuk te bespreken fenomeen van de claimcultuur wordt naar onze mening sterk beïnvloed door deze verandering van de traditionele rol van de sociale zekerheid. Daarom wordt op die veranderingen nu uitgebreider ingegaan. Eerst wordt geschetst waarin die afkalving van de sociale zekerheid nu precies bestaat (2); vervolgens wordt nagegaan in welke mate sprake is van een uitbreiding van de verhaalsrechten van sociale zekerheidsinstellingen. Dat laatste speelt wederom sterk om het terrein van de arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's, zoals de beroepsziekten. Aan deze regresproblematiek dient ook aandacht te worden besteed. In de mate waarin sociale zekerheidsinstanties in de gelegenheid worden gesteld verhaal uit te oefenen op de aansprakelijke neemt uiteraard ook de druk op het aansprakelijkheidsrecht toe.

De sociale zekerheid is van belang als mogelijke voorziening aan de kant van het slachtoffer. Intussen is zij niet de enige die in aanmerking komt. Daarom eerst een enkele algemene opmerking.

Een zeer groot deel van de letsel- en overlijdensschade wordt vergoed door een eigen verzekering van het slachtoffer. Het gaat daarbij in de eerste plaats om particuliere schadeverzekeringen. De ziektekostenverzekering is daarvan verreweg het belangrijkste voorbeeld. Verder dienen de werknemersverzekeringen en volksverzekeringen, tezamen ook wel sociale verzekeringen, te worden genoemd.

Het belang van deze op diverse wettelijke regelingen gebaseerde verzekeringen is groot. In dit verband zijn in de eerste plaats van belang de regelingen die gevolgen van ziekte en arbeidsongeschiktheid regelen: tot 1 januari 1994 de Ziekwet (ZW) en ook sindsdien nog de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Ook de verplichting van de werkgever gedurende zekere tijd

263. Zie onder anderen Bijker, J.A., "Risico-aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen?", *SMA*, 1989, 561 e.v. en Hulst, E.H., "Art. 7.10.4.2 NBW verbetert de positie van de getroffen werknemer", *SMA*, 1990, 701 e.v.

het loon door te betalen, die het gevolg is van afschaffing van de Ziektewet (in dit verband wordt dan ook wel van privatisering van de Ziektewet gesproken) kan in dit kader worden genoemd (art. 7:629 BW). Verder zijn er wetten met betrekking tot de vergoeding van kosten van medische behandeling en verzorging: de Ziekenfondswet (ZFW) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). Ten slotte biedt de Algemene Nabestaandenwet (ANW) een voorziening tegen de gevolgen van overlijden.

Van belang is verder dat in het kader van de zogenaamde Pemba-operatie (premiëdifferentiatie en marktwerking) de volksverzekering AAW (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet) is opgeheven en grotendeels is opgegaan in de WAO. Wel is in dat kader voor een aantal categorieën arbeidsongeschikten, die niet onder de WAO zouden vallen, voorzien in een bijzondere regeling. Het gaat hier dus om die categorieën arbeidsongeschikten die niet als werknemers in de zin van de werknemersverzekering kunnen worden beschouwd. In dit kader zijn daarom de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) en Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (WAJong) totstandgekomen.

Uiteraard zijn er behalve de particuliere ziektekostenverzekering nog andere private verzekeringen van belang in het onderhavige verband. Zo is de afgelopen jaren is immers door de wijzigingen in de sociale zekerheid bijvoorbeeld de WAO-gat-verzekering ontwikkeld. Verder hebben zeer veel werkgevers het loondoorbetalingsrisico op de private verzekeringsmarkt gedekt.

Hierna zal op een enkele wijziging, voor zover die althans van belang is in het kader van de afkalving van de sociale zekerheid, wat meer uitvoerig worden ingegaan.

2. VERSCHUIVINGEN IN DE ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSREGELING²⁶⁴

A. Inleiding

Ingevolge de zogenoemde privatisering van de Ziektewet per 1 maart 1996²⁶⁵ rust op de werkgever gedurende het eerste jaar van de arbeidsongeschiktheid de verplichting het loon door te betalen (art. 7:629 BW)²⁶⁶. Net als een aantal andere maatregelen op dit terrein is de achtergrond dat de verantwoordelijkheid van werkgevers voor de bestrijding van arbeidsongeschiktheid en ziekteverzuim sterker dan voorheen moet worden benadrukt door een zogenaamde kostenconfrontatie²⁶⁷. De verplichting heeft betrekking op 70% van het loon. In individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten is veelal afgesproken dat een hoger percentage, of zelfs, 100%, wordt betaald²⁶⁸.

Al eerder was het uitkeringspercentage in ZW en WAO verlaagd van 80% naar 70%.

Werkgevers kunnen, uiteraard onder voorwaarden, het loondoorbetalingrisico zelf dragen danwel zich voor het risico verzekeren. Inmiddels is een zeer groot deel van de werkgevers verzekerd. Goudswaard

264. Deze analyse is ten dele gebaseerd op Faure, M.G., Geers, A.J.C.M. en Hartlief, T., "Juridische aspecten van het beroepsziektenonderzoek: mogelijke toename van claims op de werkgever?", in Faure, M.G. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast. Een juridisch, gezondheidskundig en economisch onderzoek naar ontwikkelingen met betrekking tot de aansprakelijkheidslast en de consequenties voor verzekeraars, naar aanleiding van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 1995, 37-57.

265. Zie Heerma van Voss, G.J.J., "Loonbetaling bij ziekte: echt alternatief voor de Ziektewet?", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 453-466.

266. Voor een aantal gevallen is de Ziektewet als vangnet gehandhaafd.

267. Uiteraard is bezuiniging ook een belangrijk perspectief van de wetgever geweest.

268. Het belang van dergelijke private aanvullingen is zeer groot. Intussen worden niet alle werknemers volledig gecompenseerd voor de afkalvingen van de afgelopen jaren. Zie Goudswaard, K.P., "De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 442.

maakt melding van zo'n 80%. De ervaringen waren aanvankelijk positief: het ziekteverzuim daalde. Inmiddels is dat effect tot stilstand gekomen en is bovendien sprake van enkele wellicht minder gewenste effecten zoals strengere selectie op gezondheid van werknemers²⁶⁹.

In het begin van de jaren '90 is de WAO ingrijpend veranderd: het uitkeringspercentage ging omlaag van 80 naar 70%, terwijl ook de uitkeringsduur drastisch werd beperkt: de loondervinguitkering heeft een maximale duur van 6 jaar. De vervolguitering die daarna komt geeft slechts recht op 70% van het minimumloon. In dit kader wordt van het WAO-hiaat of WAO-gat gesproken. Ook in dit kader dient te worden opgemerkt dat in veel gevallen bovenwettelijke aanvulling plaatsvindt. Goudswaard noemt hier een percentage van de werknemers van 80.

Een tweede relatief recente ontwikkeling met een vergelijkbare achtergrond als juist geschetst (bevorderen van een effectief preventie en reïntegratiebeleid) betreft de ontwikkelingen in de WAO die veelal als de Pemba-operatie wordt aangeduid en die per 1 januari 1998 is doorgevoerd. Interessant is dat zij mogelijk maakt in de eerste plaats dat werkgevers die de WAO-premie volledig moeten voldoen, het risico op de particuliere markt verzekeren en in de tweede plaats dat premiedifferentiatie mogelijk wordt: niet langer wordt gewerkt met een landelijke uniforme premie. Inmiddels is derhalve differentiatie mogelijk naar gelang de omvang van het arbeidsongeschiktheidsrisico.

Ook hier kunnen werkgevers het risico zelf dragen, danwel zich, privaot of publiek, verzekeren. In ieder geval is de rol van de private verzekeringsmarkt voor het terrein van de arbeidsongeschiktheid inmiddels aanzienlijk²⁷⁰. Ook hier waren de ervaringen aanvankelijk positief: de WAO-instroom daalde. Inmiddels is dat effect tot stilstand gekomen²⁷¹.

De rol van verzekeraars is evident: in toenemende mate hebben zij een rol bij het preventie- en verzuimbeleid.

Voor het thema dat aan de orde is, dient geconstateerd te worden in de eerste plaats dat de sociale zekerheid afkalft in de zin dat percentage en uitkeringsduur ten nadele van getroffen en is gewijzigd, in de tweede plaats dat voor zeer veel werknemers in ieder geval deels bovenwettelijke compensatie plaatsvindt danwel dat zij zich aanvullend hebben verzekerd doch in de derde plaats dat desalniettemin de gevolgen van de afkalfende sociale zekerheid niet mogen worden verwaarloosd: voor veel mensen ware zij zeer serieus te nemen.

In dit verband verdient nog opmerking dat ook de plannen van de Commissie Donner wellicht repercussies hebben voor het niveau van de bescherming via de sociale zekerheid. In deze plannen²⁷² zal een onderscheid worden gemaakt tussen duurzaam arbeidsongeschikten en gedeeltelijk ongeschikten. Voor de eerste categorie geldt de WAO (en geldt een uitkeringsniveau dat hoger ligt dan op dit moment het geval is). Voor de tweede categorie ligt dat anders: deze krijgt minder, tenzij sprake is van een arbeidsongeval danwel een beroepsziekte. Voor die gevallen voorziet, in verband met ILO-verplichtingen waarvan de precieze betekenis naar het oordeel van de Commissie niet geheel duidelijk is²⁷³, in een verplicht door de werkgever af te sluiten risique professionel-verzekering in de uitkering in welk kader zou

269. Goudswaard, K.P., "De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 445.

270. Zie Goudswaard, K.P., "De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 435-451.

271. Goudswaard, K.P., "De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 447.

272. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsongeschiktheid*, Den Haag 2001.

273. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsongeschiktheid*, Den Haag 2001, 9-10, 134 e.v.

moeten worden aangesloten bij omschrijvingen van arbeidsongevallen en beroepsziekten zoals deze in andere landen worden gehanteerd. Deze verzekering dekt alleen wanneer sprake is van een risqué professionel en moet geen hogere uitkering toekennen dan bij volledige arbeidsongeschiktheid²⁷⁴. In het rapport wordt gesuggereerd dat wellicht in ruil voor deze verplichting de werkgeversaansprakelijkheid wordt afgeschaft²⁷⁵. In dat geval wordt in feite een directe verzekering voorgesteld zoals deze door ons in hoofdstuk 9 wordt beschreven.

Bij afschaffing van de werkgeversaansprakelijkheid in verband met de risqué professionel-verzekering lijkt de conclusie gerechtvaardigd, het rapport is daarover niet erg duidelijk, dat noch geheel dan wel gedeeltelijk arbeidsongeschikten de werkgever nog kunnen aanspreken. De gedachte van de Commissie is ook (mede) de druk op de werkgeversaansprakelijkheid te verminderen²⁷⁶. Voor de werkgeversaansprakelijkheid moge dat dan wellicht lukken, voor andere aansprakelijkheden kan dat wel eens anders uitpakken. Wij denken dan aan die gevallen waarin niet van een arbeidsgerelateerde schade aandoening sprake is, doch wel een veroorzaker valt aan te wijzen. In dat kader geldt opnieuw het verhaal dat kans aanwezig is dat de afkalving van de sociale zekerheid, voor de gedeeltelijk arbeidsongeschikten althans, de druk op het aansprakelijkheidsrecht verhoogt.

Hierna zullen wij, zij het kort, nog enige aandacht besteden aan de Arbeidsomstandighedenwet.

B. Enkele hoofdlijnen van de Arbeidsomstandighedenwetgeving

In de jaren '90 is ook deze wet grondig herzien in het licht van met name de EG-kaderrichtlijn inzake de veiligheid en gezondheid van werknemers op het werk²⁷⁷ en het nationale beleid gericht op terugdringing van het ziekteverzuim²⁷⁸.

1. Risico-inventarisatie en -evaluatie

Op grond van art. 5 is elke werkgever verplicht om de gevaren op het gebied van veiligheid, gezondheid en welzijn schriftelijk te inventariseren en te evalueren. Op basis hiervan dient de werkgever de nodige maatregelen te nemen ter vermijding van die gevaren. Specifieke aandacht dient daarbij geschonken te worden aan de werknemers die in verband met hun persoonlijke eigenschappen extra gevaar kunnen lopen, zoals gehandicapten, buitenlandse werknemers, zwangere vrouwen. De schriftelijke inventarisatie en evaluatie dienen de basis te vormen van het door elke werkgever (al langer verplicht) te voeren arbeidsomstandighedenbeleid. Bij het opstellen van zijn inventarisatie en evaluatie dient de werkgever zich te laten bijstaan door een gecertificeerde Arbodienst²⁷⁹.

2. Verzuimbeleid

274. Zie ook nog Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, Werk maken van arbeidsongeschiktheid, Den Haag 2001, 135.

275. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, Werk maken van arbeidsongeschiktheid, Den Haag 2001, 135.

276. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, Werk maken van arbeidsongeschiktheid, Den Haag 2001, 135.

277. Richtlijn van 12 juni 1989, PB EG 1989/183.

278. Geers, A.J.C.M., "De EG het verzuimbeleid en de veranderingen in de Arboret", *SR*, 1993, 4 en Geers, A.J.C.M., "De EG het verzuimbeleid en de veranderingen in de Arboret: het vervolg", *SR*, 1993, 262.

279. Op basis van de Arboret bestonden al langer voorschriften met betrekking tot risicoinventarisatie van bepaalde arbeidssituaties, bijv. bij het werken met lood of asbest.

Volgens art. 4 is elke werkgever verplicht om een beleid te voeren dat mede gericht is op het zoveel mogelijk voorkomen of beperken van het ziekteverzuim. De risico-inventarisatie kan dienen als basis voor dit beleid²⁸⁰.

3. Arbodiensten

Elke werkgever moet zich, bij de nakoming van zijn verplichtingen op grond van de Arbowet, laten bijstaan òf door een of meer deskundige werknemers, al dan niet georganiseerd in een Arbodienst, òf door andere deskundige personen òf door een of meer externe Arbodiensten òf door een combinatie van deskundige werknemers en andere deskundige personen of Arbodiensten (intern of extern). Met betrekking tot een aantal taken moet de werkgever zich echter laten bijstaan door een (op termijn) gecertificeerde interne of externe Arbodienst. Het gaat daarbij om de afname van het zogenaamde basispakket: risico-inventarisatie en -evaluatie, verzuimbeleid, arbeidsgezondheidskundig onderzoek en arbeidsgezondheidskundig spreekuur. De minister ziet de verplichtingen die in dit verband aan de werkgevers worden opgelegd als "een invulling van hun plicht om te zorgen voor goede arbeidsomstandigheden en een goed verzuimbeleid"²⁸¹.

3. UITBREIDING VERHAALSRECHTEN

A. Inleiding

Voor de verhouding tussen het stelsel van sociale zekerheid en het aansprakelijkheidsrecht zijn de regresrechten van belang. Een groot deel van de letsel- en overlijdensschade wordt vergoed door een eigen verzekering van het slachtoffer. Het gaat daarbij in de eerste plaats om particuliere schadeverzekeringen. De ziektekostenverzekering is daarvan verreweg het belangrijkste voorbeeld. Verder dienen uiteraard de hierna genoemde werknemersverzekeringen en volksverzekeringen te worden genoemd.

In een inmiddels groeiend aantal gevallen heeft de verzekeraar of uitkeringsinstantie die een uitkering aan of ten behoeve van het slachtoffer heeft gedaan, daaronder ook de werkgever begrepen die het loon gedurende ziekte doorbetaalt, de mogelijkheid verhaal te zoeken op de veroorzaker van de schade of diens aansprakelijkheidsverzekeraar²⁸². Door dit verhaal of regres krijgt de eigen verzekering van het slachtoffer het karakter van een 'tussenfinanciering'.

De schadeverzekeraar heeft de mogelijkheid van verhaal krachtens subrogatie (art. 284 K), terwijl in diverse uitkeringswetten een zogenaamd zelfstandig verhaalsrecht wordt toegekend aan de uitkerende instantie. Sinds enkele jaren kent ook de particuliere werkgever een verhaalsrecht terzake van het door hem doorbetaalde loon (art. 6:107a BW).

In deze paragraaf wordt in de eerste plaats kort het belang van regres geschetst vanuit rechtseconomisch perspectief. Daarna wordt een overzicht gegeven van de diverse bestaande verhaalsrechten. Verder wordt globaal aangegeven welke omvang de verhaalsrechten hebben en wordt ingegaan op het personele bereik ervan. Een belangrijke plaats wordt ingenomen door de bespreking van de zogenaamde Tijdelijke regeling verhaalsrechten en haar reflexwerking in de rechtspraak. De omstandigheid dat het een verzekeraar of een

280. *Kamerstukken II*, 1992-1993, 22 898, nr. 3, hfst. 6.2.

281. *Kamerstukken II*, 25 mei 1993, 72-5164.

282. Zie over de historische achtergrond Van Maanen, G.E. en Römers, P., *Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, nr. 1.2. Zie verder uitgebreid Van Boom, W.H., *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, Kluwer, 2000.

uitkeringsinstantie is die een verhaalsvordering instelt, heeft invloed op de vraag welk materieel recht van toepassing is²⁸³. De regresnemers zijn niet als 'zielig' slachtoffer te beschouwen, maar zijn veelal even ervaren, deskundig of machtig als de aansprakelijkheidsverzekeraar aan de zijde van de schadeveroorzaker. Uiteindelijk leidt toepassing van genoemde regeling tot een tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht: welke recht van toepassing is, is daarbij afhankelijk van de hoedanigheid van de eisende partij (slachtoffer of regresnemer)²⁸⁴. Ten slotte wordt in verband met de toenemende complexiteit van het verhaal aandacht besteed aan vormen van regulering van verhaal. In dat kader passeren enkele vormen van institutionalisering en collectivering van verhaal de revue.

B. Regres in rechtseconomisch perspectief

Gelet op de hiervoor geschetste rechtseconomische uitgangspunten van aansprakelijkheid en verzekering is het niet moeilijk om een rechtseconomische verklaring voor het belang van regres te bieden. Uitgangspunt van de economische analyse is immers dat een schadeveroorzaker moet worden blootgesteld aan de totale maatschappelijke kosten van zijn activiteit, op basis waarvan vervolgens via een afweging van marginale kosten/marginale baten een norm voor de optimale preventieve maatregelen die van de schadeveroorzaker kunnen worden gevergd, kan worden bepaald. In dit kader is het daarom essentieel dat teneinde deze optimale zorg te bepalen rekening wordt gehouden met de totale schade die de schadeverwekkende activiteit van de dader heeft meegebracht. Wordt tengevolge van een het ontbreken van een regresmogelijkheid een deel van de veroorzaakte schade niet op de schouders van de dader gelegd, dan zal deze geen prikkels hebben om zorg aan te wenden teneinde het totale ongeval te vermijden. Hij zal slechts dat niveau van zorg volgen dat volstaat om een ongeval te vermijden met een schadeomvang waaraan hij is blootgesteld. Eenvoudig gezegd volgt daaruit dat een uitsluiting van regres tot te weinig prikkels op preventief vlak zal leiden: underdeterrence, zo heet het in de rechtseconomische theorie. Derhalve dient vanuit de rechtseconomische theorie in beginsel een regresrecht van de schadeverzekeraar op een aansprakelijke derde te bestaan. Zou dit niet het geval zijn, dan zou de aansprakelijke derde niet geconfronteerd worden met de totale kosten van de schadeverwekkende activiteit die hij heeft uitgeoefend hetgeen leidt tot te geringe prikkels op preventief vlak.

Hiermee is ook het nut gegeven van een regresrecht van algemeen gezegd, een "first party insurer" (of dit nu vanuit een particuliere ziektekostenverzekering of vanuit een volksverzekering komt, heeft rechtseconomisch natuurlijk geen belang) op een aansprakelijkheidsverzekeraar. De grondgedachte daarbij is dat ook indien een dader gedekt is door een aansprakelijkheidsverzekering hij in beginsel nog steeds volledig blootgesteld moet staan aan het integrale risico dat hij door zijn schadeverwekkende activiteit heeft veroorzaakt. Regres biedt dan het voordeel dat deze kosten kunnen worden verhaald op de aansprakelijkheidsverzekeraar die vervolgens via een optimale risicodifferentiatie dit verhaal kan doorberekenen in de polisvoorwaarden van de verzekerde. Dit kan betekenen dat, een premieverhoging tot stand komt, maar het zou ook kunnen leiden tot het vorderen van aanvullende preventieve maatregelen, gelet op het regres dat werd uitgeoefend. Wederom kan worden gesteld dat uitsluiting van regres tot het negatieve gevolg zou leiden dat de aansprakelijkheidsverzekeraar niet wordt geconfronteerd met de volledige schade die zijn verzekerde heeft veroorzaakt en om die reden ook geen prikkels heeft om tot een optimale controle van het moreel risico over te gaan.

Gelooft men dus in prikkels uitgaande van het aansprakelijkheidsrecht, die vervolgens worden overgenomen door een aansprakelijkheidsverzekeraar via een optimale controle van het moreel risico, dan vormt het regresrecht van de "first party insurer" daarop het logische sluitstuk. Dat betekent dus

283. Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaar, G.M., *Schadevergoeding: Personenschade*, Deventer, Kluwer, 1998, nrs. 13 en 14 en Hartlief, T., *Ontbinding*, Deventer, Kluwer, 1994, 140.

284. Zie Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1995, 33 e.v.

tegelijktijd dat regres uiteraard alleen zinvol is in situaties waar van de aansprakelijkheid nog een preventieve werking uitgaat²⁸⁵. Een voorbeeld gebaseerd op de ontwikkelingen rond art. 185 WW: krachtens de recente rechtspraak inzake verkeersaansprakelijkheid zijn vele situaties denkbaar waarin de automobilist ondanks zorgvuldig gedrag toch tot schadeloosstelling wordt gehouden²⁸⁶. Dan kan uiteraard moeilijk worden voorgehouden dat van regres in het individuele geval een preventief effect zou uitgaan, terwijl dit voor de aansprakelijkheidsstelling zelf al niet het geval is.

Om binnen het jargon van Calabresi te blijven, kan worden gesteld dat het regres dus noodzakelijk lijkt om tot een optimale reductie van primaire ongevalkosten te komen. Zonder regres zouden de preventieve inspanningen te laag en derhalve de verwachte ongevalkosten te hoog blijven, zodat geen minimalisatie van primaire ongevalkosten plaatsvindt.

Bovendien kan ook worden voorgehouden dat regres wenselijk is gelet op de noodzakelijke reductie van secundaire ongevalkosten. Regres leidt er immers toe dat de kosten in ieder geval terecht komen bij de verzekeraar van de partij die de schade initieel heeft teweeggebracht. Met regres vindt dus een betere distributie van risico plaats dan zonder. Hier speelt het welbekende argument van de correcte kostenallocatie.

Nu achtergrond en betekenis van de regresrechten duidelijk is geworden, wordt het tijd te inventariseren welke verhaalsrechten ons recht kent.

C. Welke verhaalsrechten kent het Nederlandse recht?

In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de diverse in het Nederlandse recht te onderscheiden verhaalsrechten²⁸⁷. Daarbij wordt in de eerste plaats ingegaan op de gesubrogeerde verzekeraar. Vervolgens wordt aangegeven welke zogenaamde zelfstandige verhaalsrechten bestaan. In dat kader wordt juist ook aandacht besteed aan recent ingevoerde nieuwe verhaalsrechten.

D. Schadeverzekeraar: subrogatie

Krachtens art. 284 K worden schadeverzekeraars gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde. Voor zover de verzekeraar de schade van de verzekerde vergoedt, neemt hij min of meer diens rechten over. Hij stapt als het ware in de schoenen van zijn voorganger. In beginsel is de inhoud van de vordering dan ook niet veranderd. Art. 284 K biedt alleen uitkomst voor schadeverzekeraars zoals ziektekosten- en cascoverzekeraars. Sommenverzekeraars hebben geen verhaalsrecht.

E. Sociale verzekeringen: zelfstandige verhaalsrechten

Terwijl het verhaalsrecht van de schadeverzekeraar berust op subrogatie, zijn de andere verhaalsrechten gebaseerd op zelfstandige wettelijke bepalingen. Deze verhaalsrechten worden daarom ook wel zelfstandige verhaalsrechten genoemd. Een zekere koppeling met de vordering van het slachtoffer bestaat ook hier; de omvang van de verhaalsrechten wordt bijvoorbeeld bepaald door het zogenaamde civiel

285. Vgl. Hartlief, T., "Het aansprakelijkheidsrecht en de macht van het getal", *NJB*, 1995, 118-125.

286. Zie Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 1999, hoofdstuk 7.

287. Zie verder ook De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivering en institutionalisering van regres*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996, 11 e.v.

plafond, dat uitgaat van datgene wat het slachtoffer bij gebreke van bepaalde wettelijke voorzieningen van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.

Tot voor kort waren de zelfstandige verhaalsrechten beperkt tot, kort gezegd, de zogenaamde werknemersverzekeringen: de Ziektewet, de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Ziekenfondswet. In de volksverzekeringen ontbraken verhaalsrechten. Deze beperking berustte op een bewuste keuze bij de totstandkoming van de verschillende wetten.

Daarbij heeft in het bijzonder kritiek van Bloembergen op een eventueel verhaalsrecht bij volksverzekeringen een rol gespeeld²⁸⁸. Hij wees erop dat het resultaat van een dergelijk verhaalsrecht is dat bepaalde collectiviteiten premies opbrengen en vervolgens weer verhaal op elkaar nemen. De groep die profiteert van lagere sociale premies zou grotendeels samenvallen met de groep die de lasten van het verhaal zou moeten betalen door hogere WA-premies. In dit kader wordt wel van een zogenaamde vestzak/broekzaksituatie gesproken.

Verder heeft lange tijd de visie overheerst dat niet alleen het slachtoffer, maar ook de veroorzaker premies betaalt onder andere ook om het risico te dekken dat hij schade veroorzaakt die tot een uitkering leidt²⁸⁹.

In 1993 hebben SER, SVR en ZFR advies uitgebracht over de vraag of in de volksverzekeringen een verhaalsrecht zou moeten worden opgenomen. Het kabinet zag namelijk reden voor een heroverweging van de beperking van het verhaal tot de werknemersverzekeringen²⁹⁰. Daarbij heeft een aantal argumenten centraal gestaan²⁹¹.

In de eerste plaats zouden er steeds meer buitenlandse veroorzakers van personenschade zijn, die geen premie hebben betaald en indirect zouden 'profiteren' van de Nederlandse volksverzekeringen, terwijl buitenlandse regresnemers wel in Nederland verhaal zouden kunnen nemen op Nederlandse veroorzakers²⁹².

Het belangrijkste argument is echter dat het volledig uitsluiten van verhaal in de volksverzekeringen niet meer zou passen in de huidige opvattingen over de positie die de sociale verzekeringen in het maatschappelijk leven moeten innemen. De schadelijke neveneffecten van bepaalde maatschappelijke en economische activiteiten dienen te worden gelegd waar zij worden veroorzaakt. Tot voor kort was het zo dat 'negatieve gevolgen van bepaalde maatschappelijke activiteiten verborgen konden blijven in het totaal van de collectieve uitgaven'²⁹³. Er zou daarom behoefte zijn aan een zuiverder kostentoerekening. Een meer consequente toepassing van het beginsel de vervuiler betaalt 'leidt tot een juistere prijs van activiteiten die schade kunnen veroorzaken en daardoor tot een grotere maatschappelijke doelmatigheid'²⁹⁴. Deze argumentatie sluit inherent, in ieder geval ten dele aan bij de rechtseconomische argumenten die zojuist zijn besproken.

288. Bloembergen, A.R., *SMA*, 1966, 329 e.v. en dezelfde *SMA*, 1970, 74-75.

289. *Kamerstukken II*, 1974-1975, 13 231, nr. 1-4, 95-96. Zie voor een meer uitgebreide weergave Bolt. A.T., *Voordeelstoerekening*, Deventer, Kluwer, 1989, 75.

290. Zie uitgebreid over kabinetsstandpunt, advisering door SER, SVR en ZFR Beekman, D., "Recente ontwikkelingen rond regresrecht", *PS*, 1995, 1224 e.v.

291. Zie ook Boot, in *Regresrechten*, 1996, 81 e.v.

292. Zie in dit verband bijvoorbeeld De Winter, F., "Het regresrecht van risicodragers bij onrechtmatige daad in Nederland en België en van de Nederlandse risicodragers in België", *J/R*, 1988, 29 e.v.

293. SER-rapport over regres in de volksverzekeringen (1993), sub 4.2.1.

294. SER-rapport (1993), sub 4.2.1.

Deze argumentatie is niet zonder - zware - kritiek gebleven²⁹⁵. In de eerste plaats wordt benadrukt dat het in feite om een bezuinigingsoperatie gaat. Uitbreiding van het verhaal naar de volksverzekeringen brengt enige honderden miljoenen op. Verder is van belang dat de consequenties in de praktijk eigenlijk alleen het verkeer betreffen en niet de andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht.

Dit heeft alles te maken met de beperkte betekenis van het aansprakelijkheidsrecht voor bepaalde letselschadegevallen. De meeste ongevallen vinden plaats tijdens het verrichten van arbeid, het beoefenen van sport en het deelnemen aan het verkeer. Dat de uitbreiding van het verhaal uiteindelijk juist voor het verkeer consequenties heeft, heeft te maken met diverse juridische complicaties. In arbeidsverhoudingen is door de wetgever zelf het verhaal beperkt: verhaal op werkgever of collega-werknemer is alleen bij uitzondering mogelijk (zie hierna), terwijl het bij sport veelal gaat om eenzijdige ongevallen dan wel om situaties waarin aansprakelijkheid van een eventuele betrokken derde ontbreekt²⁹⁶. Zolang dergelijke juridische drempels niet worden geslecht, heeft invoering van verhaal vooral consequenties voor de kosten van deelname aan het verkeer en dan vooral het gemotoriseerde verkeer. Uiteindelijk zijn het vooral de WAM-verzekerden die hun premie omhoog zien gaan. En in dit kader dringt zich toch weer het beeld van de vestzak/broekzak situatie op: ongeveer dezelfde groep krijgt aan de ene kant een premieverlaging maar aan de andere kant een premieverhoging²⁹⁷. Is het immers niet zo dat de ingezetenen en de gemotoriseerde verkeersdeelnemers met hun gezinsleden als collectiviteiten samenvallen²⁹⁸?

Bovendien worden vraagtekens geplaatst bij de stelling dat een verhaalsrecht een positieve invloed heeft op het aantal ongevallen²⁹⁹. Of de verkeersdeelnemer zijn verantwoordelijkheid sterker zal beleven en dus voorzichtiger zal rijden wordt wel betwijfeld. Dat de verkeersdeelnemer eerder zal afzien van deelname aan het verkeer evenzeer. Kostenverhogingen ten aanzien van het gemotoriseerd verkeer hebben tot nu toe niet veel resultaat gehad.

Uiteindelijk heeft deze kritiek slechts kort in de weg gestaan aan invoering van een verhaalsrecht in de volksverzekeringen. Naar aanleiding van adviezen van SER, SVR en ZFR besloot het kabinet daartoe in 1994. Vervolgens is een - niet openbaar gemaakt - wetsvoorstel dat een verhaalsrecht beoogde op te nemen in AAW, AWW en AWBZ op ernstige kritiek van de Raad van State gestuit³⁰⁰. De kritiek heeft de regering niet kunnen weerhouden van het opnemen van een verhaalsrecht in de Algemene Nabestaandenwet, die de AWW heeft vervangen en in de AWBZ. Verder is de AAW afgeschaft en in de WAO geïntegreerd, zodat het verhaalsvolume van art. 90 WAO is vergroot. Bovendien is een tweetal aparte regelingen voor zelfstandigen en vroeggehandicapten van kracht geworden: de WAZ en WAJONG, die beide ook een verhaalsrecht kennen.

-
295. Zie vooral Bloembergen, A.R., "Het Ser-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 117 e.v.; Hartlief, T. en Van Maanen, G., *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 75 e.v. en Van Maanen, G., "Permanente beperking van verhaalsmogelijkheden van particuliere en sociale schadeverzekeraars", *A&V*, 1994, 94 e.v.
296. Slechts bij uitzondering bestaat aansprakelijkheid in sportsituaties. Zie HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 621 Tennis en HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 (CJHB) Natrappen.
297. Zie Bloembergen, A.R., "Het Ser-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 120.
298. Vgl. Bloembergen, A.R., "Het regresrecht van de sociale verzekeraar" in Castermans, A.C., Rank, W.A.K. en De Vries, F.J. (red.), *BW-krant Jaarboek*, Leiden, 1987, 16.
299. Zie voor een kritische beschouwing over het thema preventie en aansprakelijkheidsrecht Bloembergen, A.R., "Wolfsbergen en de rechtseconomie", in *BW-krant Jaarboek 1996*, Deventer, 1996, 25 e.v.
300. De kritiek kan min of meer worden afgeleid uit de kritiek van de Raad van State op de invoering van een regresrecht in de Algemene Nabestaandenwet. Zie in dit verband Beekman, D., "Recente ontwikkelingen rond regresrecht", *PS* 1995, 1233 e.v.

F. De verhaalsrechten op het terrein van ziekte en arbeidsongeschiktheid

Als bekend werd het terrein van de arbeidsongeschiktheid tot voor kort beheerst door een drietal wetten: de volksverzekering op basis van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en voor werknemers nog de Ziektewet, die betrekking had op het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid, en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor de periode na dat eerste jaar. Inmiddels wordt het eerste jaar (een percentage van) het loon doorbetaald door de werkgever (art. 7:629 BW), die, wij komen daar nog op terug, vervolgens zelf het doorbetaalde loon op een mogelijke veroorzaker kan verhalen (art. 6:107a BW). De Ziektewet en daarmee ook het verhaalsrecht ex art. 52a³⁰¹ is echter gehandhaafd als vangnetvoorziening voor een aantal categorieën als zwangere vrouwen en uitzendkrachten.

Het verhaalsrecht van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) op basis van art. 90 lid 1 WAO kent min of meer dezelfde structuur als art. 52a ZW.

In het kader van de Pemba-operatie is ook het volume van art. 90 WAO sterk uitgebreid. Dat komt doordat de volksverzekering AAW is geschrapt en dus is opgegaan in de WAO. Het gevolg is dat het verhaalsvolume is uitgebreid³⁰²: de gehele uitkering is nu op basis van art. 90 WAO verhaalbaar, terwijl voordien het zogenaamde (fictieve) AAW-gedeelte van de uitkering van verhaal was uitgesloten³⁰³.

Omdat het gevolg van het wegvallen van de AAW noodzakelijk was geworden voor een aantal categorieën arbeidsongeschikten te voorzien in een bijzondere regeling, namelijk die categorieën arbeidsongeschikten waarbij niet van werknemers in de zin van de werknemersverzekering kan worden gesproken, dienen ook de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) en Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (WAJONG) te worden genoemd³⁰⁴. In ieder van deze wetten is naar het voorbeeld van art. 90 WAO een verhaalsrecht opgenomen (art. 69 WAZ resp. art. 61 WAJONG).

In de overheidsfeer dienen in het kader van verhaal de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren en de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening militairen te worden genoemd³⁰⁵. Wanneer een ambtenaar gewond raakt of overlijdt, heeft de overheid krachtens art. 2 VOA een verhaalsrecht³⁰⁶. Voorzover het gaat om pensioenuitkeringen is art. N 11 ABP-wet van belang. Ook in art. 8 Wamil wordt een verhaalsrecht gelezen. Krachtens deze bepaling vinden onder meer de bepalingen uit de ZW en de WAO overeenkomstige toepassing op uitkeringen gedaan terzake van ongeschiktheid aan militairen.

In het kader van de privatisering van het ABP enkele jaren geleden, is de Stichting Pensioenfonds ABP in de plaats gekomen van het publiekrechtelijke ABP. De ABP-wet is ingetrokken en de tegenover het ABP bestaande aanspraken zijn omgezet in gelijkwaardige aanspraken tegenover de Stichting Pensioenfonds ABP. Voorzover het om aanspraken inzake arbeidsongeschiktheid ging, is een splitsing aangebracht in aanspraken tegenover de Stichting Pensioenfonds ABP en aanspraken tegenover het Fonds Arbeidsongeschiktheidsverzekering overheidspersoneel³⁰⁷. In de Wet privatisering ABP is in art. 75 een voorziening opgenomen voor de verhaalsrechtenproblematiek. Art. 75 eerste en tweede lid beogen voor de

301. Zie in dit kader Frenk, N. *A&V*, 1996, 7.

302. Zie in dit verband Frenk, N. *A&V*, 1996, 6 en Jansen, *VA*, 1997, 155 e.v.

303. Zie in dit kader Hartlief, T. en Van Maanen, G., "Bedrijfsvereniging, verhaal en nieuw BW", *SMA*, 1991, 293 e.v. en De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996, 14-15.

304. Zie Jansen, P.L.M., "Verhaalsrechten in de sociale zekerheid", *VA*, 1997, 155 e.v.

305. Zie in dit verband De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996, 15 e.v.

306. Zie in dit verband MacLean, *VR*, 1986, 281 e.v. en Van Leeuwen en Bouma, *VR*, 1993, 234 e.v.

307. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 205, nr. 3, 1.

Stichting Pensioenfonds ABP de reeds op basis van de VOA en art. N 11 ABP-wet bestaande verhaalsmogelijkheden te handhaven ten aanzien van de op of voor 31 december 1995 toegekende invaliditeit- en nabestaandenpensioenen die tot na die datum doorlopen³⁰⁸. Voor pensioenen die na 1 januari 1996 door de Stichting Pensioenfonds ABP worden toegekend is, hoewel andere pensioenfonds niet over een verhaalsrecht beschikken, gekozen voor een verhaalsrecht gedurende een overgangperiode tot 1 januari 2001³⁰⁹. Tegen het einde van deze periode zou opnieuw worden bekeken of het verhaalsrecht gehandhaafd blijft. Het is ons op dit moment niet bekend hoe een en ander er voor staat.

De particuliere werkgever heeft sinds enkele jaren de mogelijkheid het bij ziekte doorbetaalde loon te verhalen op de veroorzaker (art. 6:107a BW). Dit verhaalsrecht is op dezelfde leest geschoeid als de andere zelfstandige verhaalsrechten. Bij de invoering van dit verhaalsrecht heeft de privatisering van de ZW een beslissende rol gespeeld nu als gevolg van deze operatie een steeds groter financieel risico voor rekening van de werkgever komt. Van belang is bovendien dat met de introductie van dit verhaalsrecht de draagplicht voor de veroorzaker in beginsel niet toeneemt. De totale omvang van zijn vergoedingsplicht verandert niet; voor een deel van de schade komt echter niet het slachtoffer zelf maar de werkgever op.

G. De verhaalsrechten met betrekking tot de ziektekosten

Evenals de particuliere ziektekostenverzekeraar is ook het ziekenfonds een regresnemer, zij het niet op basis van subrogatie, maar op basis van een zelfstandig verhaalsrecht (art. 83b lid 1 ZFW).

Sinds kort is ook voorzien in de introductie van een verhaalsrecht in de AWBZ (art. 65b). Op dit punt wordt derhalve de koers voortgezet zoals deze reeds bij de andere volksverzekeringen was ingezet. De argumentatie is ook vrijwel identiek³¹⁰.

H. Art. 61 ANW

De Sociale Verzekeringsbank heeft in de ter vervanging van de AWW ingevoerde ANW in art. 61 een verhaalsrecht gekregen naar voorbeeld van de hiervoor reeds genoemde zelfstandige regresrechten. De achtergrond van het opnemen van een verhaalsrecht komt overeen met de hiervoor genoemde argumentatie³¹¹. Zo wordt erop gewezen dat de premies voor de volksverzekeringen door het ontbreken van een verhaalsrecht hoger zijn dan strikt noodzakelijk. Dat leidt ertoe dat de kosten van bepaalde maatschappelijke activiteiten onvoldoende tot uiting komen. Volgens de toelichting heeft het verzekerd risico niet langer ook betrekking op de situatie dat een verzekerde schade veroorzaakt die tot een uitkering of verstrekking op basis van de ANW leidt. Voor dat risico zal men in het vervolg een beroep moeten doen op een aansprakelijkheidsverzekering.

I. Mogelijke toekomstige uitbreiding van het aantal verhaalsrechten

Het is niet uitgesloten dat in de toekomst nieuwe verhaalsrechten zullen worden ingevoerd. Zo is er sprake van dat een verhaalsrecht wordt toegekend aan gemeenten die voorzieningen betalen bijvoorbeeld in het kader van gehandicaptenzorg.

308. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 205, nr. 3, 70.

309. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 205, nr. 3, 70.

310. *Zie Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 238, nr. 3, 3 e.v.

311. *Zie Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 169, nr. 3, 21 e.v.

Verder is in het kader van de Wet privatisering ABP voorzien in een voorlopige handhaving van het verhaalsrecht voor de Stichting Pensioenfonds ABP tot 1 januari 2001 waarna opnieuw zou worden bezien of het verhaalsrecht moet worden gehandhaafd. De regering heeft in dat kader aangekondigd ook te zullen bekijken of andere pensioenfonds een verhaalsrecht moet worden toegekend³¹². Als eerder gesteld: wij weten niet hoe de situatie op dit moment is.

J. Regresnemers worden soms achtergesteld bij de direct gelaedeerden

Hoewel het aantal en de omvang van de regresrechten recentelijk is uitgebreid, hetgeen aansluit bij de rechtseconomische achtergrond van regres, dient ook te worden vastgesteld dat regresnemers op een aantal punten problemen ondervinden bij het zoeken van verhaal³¹³.

Zo is in de eerste plaats het personele bereik van de verhaalsrechten beperkt en zo kunnen regresnemers in de tweede plaats in de regel niet profiteren van risicoaansprakelijkheden.

K. Beperkingen met betrekking tot het personele bereik

Een belangrijk onderwerp betreft het personele bereik van het verhaal³¹⁴. In de praktijk komt het vaak voor dat zowel veroorzaker als gelaedeerde tot hetzelfde gezin behoren. In een dergelijk geval is verhaal in beginsel niet mogelijk als gevolg van jurisprudentiële beperkingen. Een vergelijkbaar probleem treft men aan in de sfeer van de bedrijfsongevallen en beroepsziekten. Daar staat het zogenaamde collega-verweer, dat op een aantal plaatsen in de wet is vastgelegd, in beginsel in de weg aan verhaal op collega of de werkgever van de gelaedeerde. Hierna wordt ook wel van bedrijfsgeenoot gesproken.

L. Verhaal op gezinsleden

Dat zowel veroorzaker als slachtoffer tot hetzelfde gezin behoren, is voor de vraag naar de onrechtmatigheid van het gedrag niet van belang. Dat dader en slachtoffer in gezinsverband samenleven maakt de fout van de dader niet minder onrechtmatig jegens het slachtoffer³¹⁵.

Op dit terrein speelt het verschijnsel verzekering een grote rol. Het is juist het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering dat ertoe leidt dat het ene gezinslid het andere aansprakelijk stelt. Dat de gelaedeerde zich tot een verzekeringsmaatschappij wendt en niet tot het medegezinslid voorkomt juist dat de onderlinge verstandhouding onder druk komt te staan. Op dit punt zijn het echter vaak de eigen verzekeringen aan de kant van de gelaedeerde die voor problemen zorgen: terwijl de gelaedeerde zelf misschien geen vordering in zou stellen, gaat een verzekeraar die aan het slachtoffer heeft uitgekeerd,

312. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 205, nr. 3, 70.

313. Zie uitgebreid Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 1999, hoofdstuk 6.

314. Zie Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Deventer, Kluwer, 1995, 108 e.v., Van Boom, W.H. en Storm, H.M., "Het verhaalsrecht van verzekeraars en risicodragers", *A&V*, 1995, 153 e.v., De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996, 33 e.v., Van Boom, W.H., "Uniformiteit gewenst", in Van Boom, W.H., Hartlief T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 102 e.v. en Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheid*, NJV Preadvies 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 357 e.v.

315. HR 11 april 1975, *NJ* 1975, 373 (GJS) Zopp/Mijnwerkersfonds.

sneller over tot het zoeken van verhaal op het andere gezinslid. Verhaal roept juist in gezinsverband problemen op, die bij een situatie waarin een willekeurige derde veroorzaker is, niet zouden spelen³¹⁶.

Verhaal krachtens subrogatie van de schadeverzekeraar (art. 284 K) op een gezinslid is veelal niet mogelijk. Op zich is dat voor het huidige recht opmerkelijk, omdat dit niet uit een uitdrukkelijke wetsbepaling voortvloeit. De verzekeraar die de schade vergoedt, wordt echter alleen gesubrogeerd in de rechten die het verzekerde slachtoffer jegens derden mocht hebben. Derden zijn zij die buiten de verzekeringsovereenkomst staan. Medeverzekerden vallen hier buiten³¹⁷. De polisdefinitie of de strekking van de verzekeringsovereenkomst³¹⁸ staat dan ook veelal in de weg aan verhaal op een gezinslid. Soms doen verzekeraars in de polis zelfs uitdrukkelijk afstand van subrogatie op gezinsleden of naaste familieleden.

In het wetsvoorstel voor titel 7.17 wordt subrogatie in beginsel uitgesloten ten aanzien van een aantal categorieën. Art. 7.17.2.25 lid 3 noemt - behalve de verzekeringnemer en de medeverzekerde waarvoor naar huidig recht de subrogatiemogelijkheid reeds ontbreekt - onder anderen de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de verzekerde, de bloedverwanten in de rechte lijn van de verzekerde en hun niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten en huisgenoten³¹⁹.

M. Verhaal krachtens een zelfstandig recht

Wat de zelfstandige verhaalsrechten betreft, moet onderscheid worden gemaakt tussen aan de ene kant verhaal op basis van de ZFW en aan de andere kant op basis van regelingen die leiden tot loonsvervangende uitkeringen. Deze uitkeringen komen in beginsel uitsluitend ten goede aan de uitkerings-gerechtigde (werknemer), doch andere gezinsleden profiteren er veelal van via de bijdrage van gelaedeerde aan de huishoudpot.

De verzekering van de ZFW moet volgens de Hoge Raad, gelet op de tekst van art. 4 ZFW en de wetsgeschiedenis, gezien worden als een gezinsverzekering³²⁰. De Hoge Raad baseert een aantal beperkingen van het verhaal op het bijzondere karakter van de ziekenfondsverzekering³²¹. In de eerste plaats is verhaal van kosten gemaakt ten behoeve van een medeverzekerde - iemand die onder dezelfde verzekering valt in de zin van art. 4 ZFW - op een verzekerde is niet mogelijk³²². Kosten gemaakt ten behoeve van een medeverzekerde op een andere medeverzekerde kunnen evenmin worden verhaald³²³. In deze gevallen draagt het ziekenfonds de uiteindelijke financiële gevolgen van de vergoedingen of verstrekkingen. Kosten gemaakt ten behoeve van een medeverzekerde kunnen echter wel verhaald worden op een zelfstandig verzekerde in de zin van de art. 2 en 3 ZFW³²⁴.

316. Zie uitgebreid Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR*, 1991, 225 e.v.

317. Scheltema, H.J., *Mr Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, deel 4, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, vijfde druk, bewerkt door Mijnsen, F.H.J., Alphen aan de Rijn, Samson, 1998, 273, Asser-Clausing, P. en Wansink, J.H., Asser serie deel 6, *De verzekeringsovereenkomst*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, nr. 325, Mijnsen in zijn noot onder HR 6 mei 1983, *NJ* 1983, 584 Rijnstreek II en uitvoerig Mulder, S.J.A., *Subrogatie*, Zwolle, 1988, 54 e.v.

318. Vgl. Mulder, S.J.A., *Subrogatie*, Zwolle, 1988, 61 en Rb. Amsterdam 25 november 1953, *NJ* 1954, 557.

319. Het derde lid van art. 7.17.2.25 is overigens van dwingend recht, zodat contractueel afwijken niet geoorloofd is (art. 7.17.2.25a).

320. HR 6 mei 1983, *NJ* 1983, 584 (FHJM) Rijnstreek II, HR 19 april 1985, *NJ* 1986, 209 (FHJM) Rijnstreek III en HR 11 februari 1994, *NJ* 1995, 494 (CJHB) NOVO/Ziekenfonds.

321. Zie reeds Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR* 6000, 1991, 227.

322. HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 583 (FHJM) Rijnstreek I.

323. HR 6 mei 1983, *NJ* 1983, 584 (FHJM) Rijnstreek II.

324. HR 19 april 1985, *NJ* 1986, 209 (FHJM) Rijnstreek III en HR 11 februari 1994, *NJ* 1995, 494 (CJHB) NOVO/Ziekenfonds.

De typering 'gezinsverzekering' houdt dus niet in dat voor het al dan niet geoorloofd zijn van verhaal beslissend is of de dader en het slachtoffer tot hetzelfde gezin behoren³²⁵. Uit genoemde rechtspraak blijkt dat de hoedanigheid van 'verzekerde' of 'mede-verzekerde' beslissend is voor de mogelijkheid van verhaal op grond van de ZFW en niet het gezinsverband³²⁶. In het kader van de ZFW is de 'gezinsbescherming' beperkt tot de verzekerde en zijn mede-verzekerde gezinsleden.

Uit zijn beslissing dat verhaal op een zelfstandig verzekerd gezinslid mogelijk is, blijkt dat de Hoge Raad niet of nauwelijks leunt op ideële argumenten als het bewaren van de gezinsvrede³²⁷. Ook economische argumenten worden niet expliciet gebruikt. In het arrest Rijnstreek III verwerpt de Hoge Raad het argument dat door de verzekeraar het verhaal te ontzeggen, de dader ten laste van het ziekenfonds bevoordeeld zal worden³²⁸.

Opmerkelijk is echter wel dat, zoals hierna nog zal worden toegelicht, in het kader van de ZW, de WAO en de VOA en de Wamil, die tot uitkeringen met een loonvervangend karakter leiden, geldt dat verhaal op gezinsleden in beginsel is uitgesloten. Tegen deze achtergrond lijkt de ZFW-situatie meer aan te sluiten bij verhaal op grond van subrogatie³²⁹.

N. Verhaal op grond van andere wetgeving

Wat betreft de andere verhaalsrechten is er in ieder geval duidelijke rechtspraak met betrekking tot de werknemersverzekeringen die tot loonvervangende uitkeringen leiden. Wat ons betreft, ligt het voor de hand de in deze rechtspraak uitgezette lijn door te trekken naar verhaal op basis van art. 6:107a BW, art. 61 ANW en andere recent ingevoerde verhaalsrechten.

Heel helder is de koers van de Hoge Raad met betrekking tot verhaal ex art. 90 WAO: het is in strijd met de strekking van de WAO dat het arbeidsongeschikte gezinslid feitelijk verstoken wordt van hetgeen hem krachtens de WAO toekomt³³⁰. De gelaedeerde is niet voor niets verzekerd: de verzekeraar behoort de uiteindelijke financiële last te dragen. Deze redenering gaat uiteraard ook op bij de andere regelingen die tot loonvervangende uitkeringen leiden³³¹.

Ook als er in uitzonderingsgevallen geen sprake is van een daadwerkelijke vestzak/broekzak-situatie geldt dat verhaal is uitgesloten. Volgens de Hoge Raad is het met het oog op de hanteerbaarheid van het verhaal onwenselijk voor eventuele bijzondere gevallen een uitzondering te maken³³². Deze rechtspraak voorkomt kostbare en tijdrovende bewijsleveringen met betrekking tot de vraag of de uitkeringen feitelijk ten goede zijn gekomen aan de gemeenschappelijke huishouding. Intussen lijkt de Hoge Raad in het arrest ABP/Elzenga een slag om de arm te houden: in dat arrest laat hij ruimte voor verhaal in bijzondere omstandigheden³³³.

325. HR 19 april 1985, *NJ* 1986, 209 (FHJM) Rijnstreek III en HR 11 februari 1994, *NJ* 1995, 494 (CJHB) NOVO/Ziekenfonds waarin twee zelfstandig verzekerde samenwonenden centraal staan.

326. Vgl. Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR* 6000, 1991, 227 en A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 10 december 1993, *NJ* 1995, 493 (CJHB) Haarlem/ABP.

327. Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR* 6000, 1991, 228.

328. In HR 11 februari 1994, *NJ* 1995, 494 (CJHB) NOVO/Ziekenfonds is getracht de Hoge Raad zijn arrest Rijnstreek III te doen heroverwegen, doch de Hoge Raad heeft dit afgewezen met als motivering dat de rechtsontwikkeling sinds het wijzen van het laatstgenoemde arrest hem daartoe geen aanleiding geeft.

329. In deze zin A-G Asser in zijn conclusie voor HR 11 februari 1994, *NJ* 1995, 494 (CJHB) NOVO/Ziekenfonds.

330. HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 39 Holland/Beek. Zie ook Mijnsen in zijn noot onder BenGH 16 april 1980, *NJ* 1981, 109 Josi/GAFLIC.

331. Vgl. de noot van Brunner bij HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 706 ABP/Elzenga.

332. HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 536 (JBMV) Nieuw Rotterdam/BV Textielindustrie.

333. HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 706 (CJHB) ABP/Elzenga. Aan een uitdrukkelijk oordeel hieromtrent komt de Hoge Raad in deze zaak niet toe, omdat daartoe geen omstandigheden zijn gesteld.

Juist omdat de Hoge Raad zich bedient van het economische vestzak/broekzak-argument rijst de vraag wat de invloed is van een (verplichte) aansprakelijkheidsverzekering van de laedens op de verhaalsmogelijkheid in het concrete geval³³⁴. Een aansprakelijkheidsverzekering heft het nadeel van verhaal in gezinsverband, namelijk dat dit uiteindelijk ten koste gaat van de gelaedeerde, op, zodat de ratio van de uitsluiting van verhaal wegvalt³³⁵. Brunner zou de regel, geen verhaal op gezinsleden, juist (door de wetgever) willen (laten) omkeren, omdat in de regel van dekking op een aansprakelijkheidsverzekering sprake is³³⁶.

Het ligt in ieder geval gezien zijn eigen argumentatie voor de hand dat de Hoge Raad betekenis toekent aan een daadwerkelijke dekking op een aansprakelijkheidsverzekering. De Hoge Raad wil hier echter niet van weten³³⁷. De Hoge Raad verzet zich tegen een beslissende invloed van aansprakelijkheidsverzekering op de vraag of er in concreto een verhaalsrecht bestaat en suggereert daarbij dat de aansprakelijkheidsverzekering het verhaalsrecht scheidt.

O. Verhaal op bedrijfsgenoten

Op een vergelijkbaar probleem als bij verhaal in gezinsverband stuit men wanneer het gaat om een ongeval op de werkplek. In dit kader zal men in eerste instantie denken aan het geval dat de werkgever zijn veiligheidsverplichtingen niet nakomt (art. 7:658 BW). Verder kan het ongeval veroorzaakt zijn door collega-werknemers in die zin dat zij onvoorzichtig zijn jegens elkaar. In dat laatste geval kan de werkgever op zijn beurt weer medeaansprakelijk zijn ingevolge art. 6:170 lid 1 BW. Ook hier rijst de vraag of verhaal mogelijk is op de werkgever of collega. Hierna gebruiken wij de verzamelterm 'bedrijfsgenoot'.

Dat een werknemer zijn werkgever of een collega gemakkelijk aansprakelijk houdt, is opnieuw te danken aan de aansprakelijkheidsverzekering: aansprakelijkheidsverzekering leidt tot depersonalisatie van aansprakelijkstelling. De goede verstandhouding met de werkgever of collega blijft daardoor, ondanks aansprakelijkstelling, intact. En ook hier geldt dat een eigen verzekeraar de goede werkrelatie zou kunnen verstoren door verhaal te zoeken.

Anders dan bij verhaal in gezinsverband heeft de wetgever zich dit onderwerp aangetrokken. In een aantal regelingen is het zogenaamde collega-verweer opgenomen.

P. Verhaal krachtens subrogatie

Naar huidig recht is verhaal op collega-werknemers krachtens subrogatie in het algemeen uitgesloten³³⁸. Wat betreft het komende recht is in art. 7:17.2.25 lid 3 bepaald dat de verzekeraar zich niet bij wege van subrogatie kan verhalen op werknemers van een verzekerde. Deze bepaling gaat er van uit dat de schadeverzekeraar van de gelaedeerde werkgever zoals een particuliere ziektekostenverzekeraar verhaal

334. Zie Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR* 6000, 1991, 230.

335. Zie in dit verband Bloembergen onder HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 225 Risicobank/Millenaar, Biegman-Hartogh voor HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 536 (JBMV) Nieuw Rotterdam/BV Textielindustrie en Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaar, G.M., *Schadevergoeding: Personenschade*, Deventer, Kluwer, 1998, nrs. 14 en 17.

336. In zijn noot bij HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 706 ABP/Elzenga.

337. Vgl. met betrekking tot de ZFW HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 583 (FHJM), Rijnstreek I en HR 6 mei 1983, *NJ* 1983, 584 (FHJM) Rijnstreek II, met betrekking tot de WAO HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 536 (JBMV) Nieuw Rotterdam/BV Textielindustrie en met betrekking tot de VOA HR 25 januari 1991, *NJ* 1992, 706 (CJHB) ABP/Elzenga.

338. Zie A-G Vranken voor HR 10 december 1993, *NJ* 1995, 493 (CJHB) Haarlem/ABP.

zoekt op een werknemer. De achtergrond van deze uitsluiting is ten dele dezelfde als bij de uitsluiting van verhaal in gezinsverband. In de toelichting wordt er in de eerste plaats op gewezen dat het personen betreft van wie mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten en in de tweede plaats dat hun relatie met de verzekeringnemer van duurzame aard is, in casu voortvloeiend uit een arbeidsverhouding (relationeel aspect). Het uitoefenen van verhaal zou deze relatie kunnen verstoren³³⁹.

Verhaal door een schadeverzekeraar van een gekwetste werknemer op de werkgever van een verzekerde en op een collega-werknemer lijkt wel mogelijk te zijn. Deze personen zijn immers niet als 'werknemers van een verzekerde' aan te merken. Deze bepaling maakt aldus op ruimere schaal verhaal op bedrijfsgenoten mogelijk. Het waarom en de wenselijkheid worden in de toelichting niet besproken³⁴⁰.

Overigens geldt de met betrekking tot de uitsluiting van verhaal op een werknemer van de verzekerde gebruikte argumentatie naar onze mening niet alleen voor verhaal op werknemers van de verzekerde, maar voor alle vormen van verhaal op bedrijfsgenoten. Dit blijkt ook uit de wetgeving en rechtspraak met betrekking tot de uitsluiting van verhaal op de werkgever van de verzekerde of op een werknemer van dezelfde werkgever ingevolge de ZFW, de ZW, de WAO en de Wamil.

Q. Verhaal krachtens zelfstandig verhaalsrecht

Ingevolge art. 83c ZFW³⁴¹, art. 65c AWBZ art. 52b ZW, art. 91 WAO, art. 62 ANW en art. 6:107a lid 3 BW is verhaal op de werkgever van de verzekerde of op een werknemer van dezelfde werkgever niet mogelijk³⁴², tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid³⁴³. In dit kader wordt wel gesproken van het 'collega-verweer'.

De Hoge Raad acht deze beperking gezien de parlementaire geschiedenis van de Wamil ook van toepassing bij verhaal voor uitkeringen krachtens deze wet³⁴⁴. Wanneer zowel dader als slachtoffer dienstplichtig militair zijn, komt de dader dus dezelfde bescherming tegen regresaanspraken toe als een 'reguliere' collega-werknemer. Bij andere overheidsdienaren, ambtenaren in het algemeen daaronder ook beroepsmilitairen begrepen, ligt dit wonderlijk genoeg anders.

Anders dan bij verhaal in gezinsverband sluit de VOA hier niet aan bij de andere zelfstandige verhaalsrechten³⁴⁵. De VOA kent namelijk geen beperking van verhaal op de schadeveroorzakende werkgever of collega-werknemers. Het verweer van de op grond van art. 2 VOA aangesproken laedens dat deze wet de schadeveroorzakende werknemer vrijwaart van verhaal door (de verzekeraar van) een gelaedeerde collega en dat een andere opvatting - in het geval de schadeveroorzakende ambtenaar ook zelf

339. *Kamerstukken II*, 1985-1986, 19 529, nr. 3, 34.

340. Zie in kritische zin Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Deventer, Kluwer, 1995, 111.

341. Zie overigens HR 16 september 1994, *NJ* 1996, 329 (CJHB) Nationale Nederlanden/Woudsend.

342. In art. 6:107a lid 3 BW wordt alleen regres op de collega-werknemer uitgesloten, hetgeen voor de hand ligt, nu de werkgever zelf verhaal zoekt. De tekst is overigens niet geheel gelukkig, nu wordt gesuggereerd dat verhaal op een werknemer, van wie dan ook, niet mogelijk is. Aangenomen zal moeten worden dat de werkgever geen verhaal kan nemen op een veroorzaker die net als de benadeelde een van *zijn* werknemers is. In deze zin Van Boom, W.H., *WPNR* 6206, 863, noot 3 en Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1996, 127-128.

343. Dit wordt niet spoedig aangenomen. Zie de rechtspraak genoemd in Schadevergoeding (Bolt), art. 108 aant. 72.

344. HR 20 mei 1983, *NJ* 1984, 649 (FHJM) BVO/Brok.

345. Door de wijze van financiering speelt de solidariteitsgedachte bij de VOA niet althans veel minder dan bij andere 'werknemers'verzekeringen. Het overheidslichaam waarbij de ambtenaar is aangesteld, is bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval gedurende enige tijd verplicht tot doorbetaling van bezoldiging van de ambtenaar (ten laste van het betreffende overheidslichaam). Eerst daarna, bij blijvende invaliditeit, heeft de ambtenaar ingevolge de ABP-wet aanspraak op een door het ABP uit te keren invaliditeitspensioen (waarvoor overheid en ambtenaar premie hebben betaald). Zie de conclusie van A-G Vranken voor HR 10 december 1993, *NJ* 1995, 493 (CJHB) Haarlem/ABP.

schade lijdt - tot gevolg heeft dat hij wat hij enerzijds als uitkering ontvangt, anderzijds ten gevolge van verhaal moet teruggeven, is door de Hoge Raad verworpen. Voor het uitsluiten van verhaal op het schadeveroorzakende overheidslichaam of een collega-ambtenaar zou geen aanknopingspunt te vinden zijn in de woorden, de wetsgeschiedenis of de strekking van art. 2 VOA³⁴⁶.

Overigens dient men zich te realiseren dat de collega-werknemer in de regel geen nadeel ondervindt van het VOA-verhaal nu hij slechts draagplichtig is indien sprake is van opzet of grove roekeloosheid³⁴⁷. Dat betekent dat slechts het overheidslichaam waarvoor hij werkzaam is, nadeel ondervindt en dan nog alleen wanneer het ABP verhaal zoekt³⁴⁸.

R. Ratio en strekking van de uitsluiting van verhaal op bedrijfsgenoten

De uitsluiting van verhaal op de werkgever en collega-werknemers heeft geen eenduidige achtergrond. Zo wordt wel uit de wetsgeschiedenis afgeleid dat van belang is dat ook de werkgever en collega-werknemers hebben meebetaald aan de werknemersverzekeringen³⁴⁹. De Hoge Raad heeft dit argument overgenomen³⁵⁰. Men kan hier ook van een onderlinge solidariteit van de betrokken bedrijfsgenoten spreken³⁵¹: zowel schadelijder als aansprakelijke persoon behoren tot dezelfde kring van premiebetalers en worden geacht daardoor het risico te dekken dat zij elkaar schade berokkenen³⁵². Verder wordt als reden voor uitsluiting van verhaal op de werkgever en collega-werknemers ook bescherming van de werkgever en collega-werknemer genoemd³⁵³ en het voorkomen van verstoring van de arbeidsrelatie.

S. Mogelijke afschaffing van collega-verweer in de toekomst

Het is niet uitgesloten dat het collega-verweer in de toekomst wordt afgeschaft. Naar het oordeel van de regering staat het verweer, dat in de praktijk een belangrijke beperking is van het verhaalsvolume, aan een zuivere kostenallocatie in de weg³⁵⁴. Op zich is dat – gelet op de rechtseconomische achtergrond van regresrechten - juist. Voorstellen zijn nog niet ingediend. Het is van belang te constateren dat afschaffing van het collega-verweer een aanzienlijke uitbreiding van de aansprakelijkheidslast voor werkgevers en hun verzekeraars zou inhouden, terwijl zonder nader onderzoek niet duidelijk is wat de precieze meerwaarde vanuit preventieoogpunt is.

T. De Tijdelijke regeling verhaalsrechten

In de zogenaamde Tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW) is een nogal bijzondere beperking van de mogelijkheden voor regresnemers opgenomen. Deze regeling heeft betrekking op de vraag of

346. HR 29 juni 1979, *NJ* 1980, 33 (CJHB) Zwolsche Algemeene/Staat. In HR 10 december 1993, *NJ* 1995, 493 (CJHB) Haarlem/ABP is tevergeefs getracht de Hoge Raad van dit oordeel te laten terugkomen. De Hoge Raad is van oordeel dat de rechtsontwikkeling sinds het wijzen van het arrest uit 1979 hem geen aanleiding geeft thans anders te oordelen.

347. Zie *Onrechtmatige daad*, art. 170 (Oldenhuis), aant. 73 e.v.

348. A-G Vranken voor HR 10 december 1993, *NJ* 1995, 493 (CJHB) Haarlem/ABP.

349. Zie de conclusie van A-G Ten Kate voor HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332 (ARB) Algemeen Ziekenfonds/Nationale Nederlanden.

350. Zie HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332 (ARB) Algemeen Ziekenfonds/Nationale Nederlanden en HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 602 (JBMV) BVO/Delta Lloyd.

351. Zie HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 1032 (JBMV) BV voor het Bank- en Verzekeringswezen/Fireco en HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 596 Ziekenfonds/De Vries BV.

352. Zie overigens HR 16 september 1994, *NJ* 1996, 329 (CJHB) Nationale Nederlanden/Woudsend.

353. Zie HR 20 mei 1983, *NJ* 1984, 649 (FHJM) BVO/Brok en HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 1032 (JBMV) BV voor het Bank- en Verzekeringswezen/Fireco.

354. Zie in het kader van art. 62 ANW *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 169, nr. 3, 26.

regresnemers profiteren van, kort gezegd, de risicoaansprakelijkheden. De wetgever heeft deze vraag in beginsel ontkennend beantwoord. Zonder bijzondere voorziening zouden met de uitbreiding van de vergoedingskansen voor slachtoffers die het huidige BW in titel 6.3 heeft gebracht, ook de verhaalsmogelijkheden voor regresnemers worden uitgebreid. Dit zou onwenselijk zijn.

Art. 6:197 BW houdt in de kern in een bevestiging van de verhaalsmogelijkheden voor regresnemers op het niveau vóór de invoering van het huidige BW: voorzover regresnemers een verhaalsmogelijkheid hadden onder het oude recht, hebben ze die, althans in beginsel, onder het huidige recht behouden³⁵⁵. Wat betreft de regresmogelijkheden beoogt art. 6:197 BW derhalve zoveel mogelijk de status quo ten tijde van de invoering van het huidige BW te handhaven.

De Tijdelijke regeling verhaalsrechten somt in het eerste lid diverse bepalingen in het BW op die ten opzichte van het oude recht uitgebreide aansprakelijkheden inhouden en verklaart die buiten toepassing voorzover sociale en particuliere verzekeraars alsmede de overheid op grond van deze aansprakelijkheden een verhaalsrecht zouden willen uitoefenen. Van deze bijzondere aansprakelijkheden kunnen slechts de slachtoffers zelf profiteren doch niet de regresnemers.

Het eerste lid heeft betrekking op de regresnemers die hun verhaalsrecht aan een zelfstandige wettelijke bepaling ontleen. Het tweede lid van art. 6:197 BW bepaalt vervolgens hetzelfde voor de schadeverzekeraar, die normaal gesproken in de vordering van de gelaedeerde wordt gesubrogeerd. Volgens art. 6:197 lid 2 BW zijn de rechten uit de in lid 1 genoemde bepalingen niet vatbaar voor subrogatie. De particuliere schadeverzekeraar wordt derhalve niet in deze rechten van de gelaedeerde gesubrogeerd.

Het is niet mogelijk om de gevolgen van de eerste twee leden van art. 6:197 BW te omzeilen door afspraken te maken met de gelaedeerde. Cessie van de in deze bepaling uitgesloten vordering van het slachtoffer is niet mogelijk. Ook het uitoefenen van deze rechten door de gelaedeerde op zijn eigen naam ten behoeve van regresnemers is niet mogelijk. Het derde lid van art. 6:197 BW staat aan dergelijke afspraken in de weg. Afwijkende afspraken zijn nietig³⁵⁶.

Wat betreft de achtergrond blijkt uit de toelichting³⁵⁷ dat een rol heeft gespeeld dat met de uitgebreide aansprakelijkheid ten gunste van het slachtoffer tevens meer verhaalsrechten voor de verzekeraar zouden ontstaan, zodat aan te nemen valt dat er ook meer over verhaalszaken zou worden geprocedeerd. Dit zou een grotere belasting voor de praktijk betekenen hetgeen moet worden vermeden. Uiteindelijk ging het er vooral om dat de vergaande aansprakelijkheid die uit titel 6.3 BW voortvloeit niet zozeer geschreven is om de omvang van *verhaalsrechten*, als wel de omvang van de rechten van het *slachtoffer* te bepalen. Het belang van het slachtoffer is van andere aard dan het belang van de regresnemer³⁵⁸. Een uit slachtofferoogpunt uitgebreide vergoedingsmogelijkheid dient niet automatisch tot een voordeel te leiden voor regresnemende instanties. Verder heeft bij de invoering een rol gespeeld dat men in afwachting van de uitkomst van de discussie in de jaren tachtig over al dan niet algehele afschaffing van verhaalsrechten deze in ieder geval niet wilde uitbreiden³⁵⁹. Art. 6:197 BW was daarom aanvankelijk bedoeld als een tijdelijke oplossing ter voorkoming van beïnvloeding van deze discussie. Inmiddels lijkt het er niet meer

355. Zie vooral Van Maanen, G.E. en Römers, P., *Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994 en Faure en Hartlief (1995), 58 e.v.

356. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1407.

357. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1404.

358. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1404. Zie ook Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaar, G.M., *Schadevergoeding: Personenschade*, Deventer, Kluwer, 1998, nr. 14.

359. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1404.

op dat de verhaalsrechten zullen worden afgeschaft. Integendeel, hiervoor is reeds gebleken dat er de laatste jaren nieuwe verhaalsrechten bijgekomen zijn. Niets blijkt zo blijvend als het tijdelijke.

U. *Consequenties en kritiek*

De primaire rechtsgevolgen van art. 6:197 BW zijn duidelijk: regresnemers profiteren niet van de in de bepaling opgesomde aansprakelijkheden. Deze zijn min of meer voor de gelaedeerden geschreven. Vervolgens rijst de vraag welke rechten regresnemers dan wèl hebben.

Uitgangspunt van art. 6:197 BW is dat uiteraard de algemene regels betreffende onrechtmatige daad ook ter zake van de verhaalsrechten van toepassing zijn. Art. 6:197 BW noemt art. 6:162 BW niet; met andere woorden art. 6:162 BW kan *wel* gewoon op verhaalsvorderingen worden toegepast³⁶⁰. Dat betekent dat een regresnemer zijn vordering eventueel wel op art. 6:162 BW kan baseren, wanneer uiteraard aan de daarvoor te stellen eisen is voldaan. Dat houdt in dat er onrechtmatig jegens de gelaedeerde moet zijn gehandeld; niet dat er (ook) jegens de regresnemer onrechtmatig is gehandeld. Art. 6:197 BW staat derhalve niet aan uitoefening van een op art. 6:162 BW gebaseerde verhaalsvordering in de weg³⁶¹. Daarbij is de rechter aan de ene kant overigens vrij om terughoudend te zijn, terwijl aan de andere kant ook in de 6:162-procedure bewijslastomkering dan wel toerekening krachtens de verkeersopvattingen kan worden aangenomen³⁶².

Daarmee is ook meteen het belangrijkste punt van kritiek op art. 6:197 BW aan de orde. De bepaling leidt tot een tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht en tot twee systemen van jurisprudentie: één voor de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer op basis van de bijzondere bepalingen en één op basis van de normale aansprakelijkheidsregels voor verhaalzoekende instanties³⁶³. Art. 6:197 BW leidt daarmee tot een complexe afhandeling van de diverse vorderingen die naar aanleiding van één en dezelfde casus ontstaan. Bovendien werpt art. 6:197 BW in een aantal gevallen in eerste instantie een obstakel op voor regresnemers die uiteindelijk toch via de omweg van art. 6:162 BW hun verhaalsvordering voldaan zien.

Er is ook andere zware kritiek geuit³⁶⁴. Zo is gewezen op de ongelijke behandeling van veroorzakers die deze regeling meebrengt: degene die aangesproken wordt door het slachtoffer zelf is minder goed af dan degene op wie verhaal wordt gezocht door de verzekeraar of de uitkerende instantie. In de parlementaire geschiedenis is de vrees uitgesproken dat deze regeling een toenemende onzorgvuldigheid bij de schadeveroorzaker teweeg zal brengen³⁶⁵. Ingevolge art. 6:197 BW wordt de laedens niet of met een minder groot verhaalsvolume geconfronteerd. Als gevolg daarvan zou het repressieve effect van verhaal verminderen. Dat laatste is vooral opvallend nu in het kader van de recente uitbreiding van het aantal verhaalsrechten mede een beroep wordt gedaan op de betekenis van de verhaalsrechten voor het realiseren van een zuivere kostenallocatie en het als gevolg daarvan doen groeien van een groter verantwoordelijkheidsbesef. Nu art. 6:197 BW de regresnemers belemmert, staat de regeling eigenlijk haaks op dit doel³⁶⁶.

360. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1405.

361. Zie voor voorbeelden Hartlief, T., "De individuele afhandeling van regresdossiers: een stand van zaken" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 11.

362. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1405.

363. Zie Van Maanen, G.E. en Römers, P., *Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, nr. 7.1 en Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, hoofdstuk 6.

364. Zie vooral Van Maanen, G.E., "Een sombere toekomst voor verhaalsmogelijkheden van (sociale) schadeverzekeraars" in *Bijzonder letsel*, Vereniging van Letselschadeadvocaten, Lelystad, 1995, 93 e.v.

365. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1413. Zie in dit verband ook Van Maanen (1995), 97-98.

366. Zie Bloembergen, A.R., "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 122; Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., "Regres bij volksverzekeringen: de dader heeft het gedaan", *NTBR*, 1994, 77, Van Maanen, *A&V* 1994, 95 e.v. en Van Maanen, G.E., "Een sombere toekomst voor verhaalsmogelijkheden van (sociale) schadeverzekeraars" in *Bijzonder letsel*, Vereniging van Letselschadeadvocaten, Lelystad, 1995, 97-98.

V. Reflexwerking van de TRV: jurisprudentiële beperking van verhaal

De gedachte dat bijzondere slachtofferbeschermende regels eigenlijk niet ten behoeve van regresnemers zijn geschreven en derhalve een achterstelling van regresnemers rechtvaardigen komt men in de doctrine steeds vaker tegen. Zo wordt steeds vaker de vraag opgeworpen of regresnemers moeten profiteren van vergaande rechtspraak die vooral oog heeft voor de positie van slachtoffers³⁶⁷. Dienen regresnemers bijvoorbeeld te profiteren van de toepassing van art. 6:99 BW in de DES-casus³⁶⁸ en de bijzondere eigen schuldregel van art. 7:658 BW? Het nadeel van een dergelijke koers in de rechtspraak is vooral een verdergaande tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht. Inmiddels heeft de Hoge Raad de vraag beantwoord of regresnemers profiteren van de bijzondere eigen schuldregels in het kader van art. 185 WvW en van de bijzonder ruime toerekening in het kader van causaliteit bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen.

In het kader van art. 185 WvW heeft de Hoge Raad op basis van art. 6:101 BW een 100%-regel voor slachtoffers jonger dan 14 jaar geformuleerd en een 50%-regel voor oudere slachtoffers. Van deze regels die op de billijkheid gebaseerd zijn, profiteren regresnemers niet³⁶⁹. De consequentie is dat zij zijn aangewezen op gewone toepassing van art. 6:101 BW. De Hoge Raad maakt derhalve onderscheid tussen de positie van de slachtoffers zelf en regresnemers. In dat kader zoekt de Hoge Raad ook expliciet aansluiting bij art. 6:197 BW. Wij zouden hier van een reflexwerking van art. 6:197 BW willen spreken³⁷⁰.

Tot een vergelijkbaar onderscheid op het punt van de toerekening in het kader van art. 6:98 BW bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen is de Hoge Raad niet bereid gebleken³⁷¹. De Hoge Raad doet daarbij een beroep op de strekking van verkeers- en veiligheidsnormen, zijnde voorkoming van ongevallen: deze strekking gaat ook op voor verhaalsprocedures. Hartkamp noemt in zijn conclusie voor het betrokken arrest nog een aantal andere argumenten. Zo zou een onderscheid op het punt van de causaliteit tussen de vordering van het slachtoffer zelf en een regresnemer voor het verhaalsvolume anders dan bij art. 6:197 BW geen handhaving van de status quo betekenen, maar een achteruitgang ten opzichte van eerdere rechtspraak. Ten slotte zou een onderscheid op dit punt tussen verhaalsvordering en de vordering van het slachtoffer de rechtspraktijk voor grote problemen stellen.

Uit deze beslissing zou men kunnen afleiden dat voor een verder gaande tweedeling van het aansprakelijkheid - en schadevergoedingsrecht niet gevreesd hoeft te worden³⁷². Uit recente rechtspraak met betrekking tot de positie van regresnemers in het kader van art. 185 WvW blijkt ook dat de argumentatie van de Hoge Raad tot die specifieke problematiek beperkt is en niet zonder meer kan worden doorgetrokken naar andere terreinen³⁷³. Deze tendens is vanuit preventie- en kostenooqpunt niet direct als positief te waarden. Dat is duidelijk. Hoe dan ook is het kostenooqpunt bij het beoordelen van regres van belang.

367. Deze vraag staat meestal in de sleutel van het al dan niet 'subrogeren in zieleghed'. Zie in dit kader Spier, J., "De grenzen van subrogatie in zieleghed" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 35 e.v.

368. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB).

369. HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (CJHB); HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700-702 (CJHB) en HR 5 december 1998, *NJ* 1998, 400-402 (JH).

370. Van Maanen, G.E. en Römers, P., *Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 47 spreken van het 'uitstralings-effect' van art. 6:197.

371. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (CJHB) Korver/De Heel.

372. Zie Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1999, hoofdstuk 6 e.v. en Zie Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV 1996, Deventer, Kluwer, 1996, 357.

373. Zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400-402 (JH). Zie echter inmiddels wel HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB) waarin een onderscheid lijkt te worden aangenomen in het kader van de vraag of een verjaringsberoep kan worden gepareerd met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

W. Institutionaliseren en collectivieren

In beginsel wordt ieder individueel regresdossier afzonderlijk afgehandeld, hetgeen inhoudt dat in iedere individuele zaak kwesties als aansprakelijkheidsvraag, causaliteitsproblematiek, eigen schuldproblematiek, omvang van verhaal en eventuele fiscale bijzonderheden aan de orde komen³⁷⁴. Het nemen van verhaal is een ingewikkelde zaak. Uiteindelijk zijn, als het totale verhaalsvolume wordt bekeken, de transactiekosten hoog. Het beeld van Bloembergen van een zak met stenen die van de een naar de ander moet, hetgeen echter gebeurt door de stenen uit de zak te halen, de stenen vervolgens één voor één naar de ander te schuiven, waarna ze weer in de zak verdwijnen, is veelzeggend³⁷⁵.

Het ligt daarom³⁷⁶ voor de hand dat aan alternatieven wordt gedacht die in ieder geval het kostenprobleem wegnemen althans in betekenis doen verminderen: institutionalisering en collectivieren³⁷⁷. Bij het eerste wordt gedacht aan een of andere vorm van standaardisering, bijvoorbeeld bestaande in het vaststellen van barema's voor bepaalde situaties of in het vaststellen van forfaitaire bedragen dan wel percentages. Bij collectivieren, ook wel generale afkoop genoemd, wordt gedacht aan een vorm waarbij de totale regreslast in één keer aan de orde komt.

Het grote voordeel van een dergelijke regulering is het kostenbesparende effect. Bij vormen van institutionalisering bestaat de besparing in ieder geval daarin dat in ieder geval niet alle bijzonderheden van het individuele geval aan de orde komen. Uiteraard hangt het uiteindelijke besparingseffect af van de mate waarin van standaardisering sprake is. Bij collectivieren is in beginsel ieder verband met een individueel dossier verdwenen, zodat het besparingseffect hier het grootst is.

In de discussie over mogelijkheid en wenselijkheid van in het bijzonder collectivieren wordt ook het probleem genoemd van de diversiteit van de partijen aan de kant van de regresnemers: terwijl de aansprakelijkheidsverzekeraars een betrekkelijk homogene groep vormen, kan dat niet worden gezegd van de regresnemers³⁷⁸. Tegen deze achtergrond zou het moeilijk zijn om tot afspraken te komen. Daar kan tegenin worden gebracht dat met de verschillende 'groepen' regresnemers afspraken gemaakt kunnen worden. Verder kan de institutionalisering dan wel de collectivieren worden gerealiseerd door wettelijk ingrijpen³⁷⁹.

Uiteraard kijken de verschillende partijen die betrokken zijn bij verhaal verschillend tegen de zaak aan: regresnemers willen nogal eens wijzen op de nadelen van het - in meer of mindere mate - laten varen van de idee dat de bijzonderheden van het individuele geval ook beslissend zijn voor de omvang van het

374. Zie De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivieren en institutionaliseren van regres*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996, 1 e.v. en Hartlief, T., "De individuele afhandeling van regresdossiers: een stand van zaken" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 1 e.v.

375. Bloembergen, A.R., "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 122.

376. In wezen is dit ook de achtergrond van de afspraken waarbij afstand van het recht op verhaal wordt gedaan. Bekend zijn het bindend besluit van de Vereniging van brandassuradeuren dat verhaal op particulieren uitsluit en voor het overige beperkt en de zogenaamde 'knock for knock'-overeenkomsten bij de motorrijtuigenverzekering, die inmiddels zijn vervangen door regelingen als de Overeenkomst Vereenvoudigde Schaderegeling (OVS) en het Internationaal Schaderegeling Akkoord (ISA). Zie Clausing, P. en Wansink, J.H., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel 5-VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 1998, nr. 328.

377. Zie uitgebreid Barendrecht, J.M. en Weterings, W.T.C., *Efficiënte afdoening van regresvorderingen*, KUB Tilburg, 2000. Zie ook nog Kremer, F.Th., "Regresconvenanten met aansprakelijkheidsverzekeraars: schaalvergroting in een notendop" in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 423-432.

378. Zie in dit verband Bloembergen, A.R., "Het regresrecht van de sociale verzekeraar" in Castermans, A.G., Rank, W.A.K. en De Vries, F.J. (red.), *Schadeverhaal*, BW-krant Jaarboek, Leiden, 1987, 23-24 en Faure, M., "Regres in een rechtseconomisch perspectief" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 45 e.v.

379. Vgl. in dit verband Bloembergen, A.R., "Het regresrecht van de sociale verzekeraar" in Castermans, A.G., Rank, W.A.K. en De Vries, F.J. (red.), *Schadeverhaal*, BW-krant Jaarboek, Leiden, 1987, 33 en Bloembergen, A.R., "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 123.

verhaal. Daarbij wordt dan bijvoorbeeld gewezen op de nadelige effecten voor kostenallocatie en mogelijk op het vermeende preventieve effect³⁸⁰. Individueel verhaal maakt een zuiverder kostenallocatie mogelijk en zou daarmee, voorzover althans sprake is van een preventief effect, ook in beginsel een groter preventief effect hebben dan verhaal op min of meer geïnstitutionaliseerde dan wel collectieve basis³⁸¹. Uiteraard worden ook de kosten van een dergelijk verhaal doorberekend, doch het verband met een concrete gebeurtenis is verdwenen. In dit verband wordt er ook op gewezen dat collectivering vooral goed denkbaar is bij verkeersongevallen, omdat de financiering van het verhaal op basis van een opslag op de WAM-premie zou kunnen plaatsvinden dan wel uit de verbruiksbelasting op fossiele brandstof. Bij andere oorzaken van letsel en arbeidsongeschiktheid ligt dat veel moeilijker.

X. Vormen van institutionalisering en collectivering

Bij institutionalisering moet worden gedacht aan een of andere vorm van standaardisering. Zo heeft in het kader van de afkoop van de contante waarde ex art. 90 lid 2 WAO overleg plaatsgevonden tussen de toenmalige bedrijfsverenigingen en particuliere verzekeraars, dat vervolgens heeft geresulteerd in een *kapitalisatieregeling*. Dit is eigenlijk al een vorm van institutionalisering.

Verder wordt in dit kader wel een *baremaal stelsel* voorgesteld³⁸², waarbij individuele dossiers aan de hand van tevoren vastgestelde normen worden afgehandeld. Deze normen kunnen bestaan in forfaitaire bedragen, doch kunnen - minder vergaand - ook betrekking hebben op schuldverdeling of causaal verband tussen gebeurtenis en letsel of arbeidsongeschiktheid³⁸³.

Een voorbeeld van institutionalisering is het eind 1995 totstandgekomen convenant tussen aan de ene kant het Verbond van Verzekeraars en aan de andere kant het toenmalige Tijdelijk instituut voor coördinatie en afstemming in het kader van het verhaal ex art. 52a ZW. Het convenant behelst onder meer een forfaitaire korting op de verhaalsvordering in verband met de bruto/netto-problematiek, een afspraak omtrent de te berekenen rente, de afspraak dat verzekeraars en regresnemers elkaar geen kosten in rekening zullen brengen voor de afwikkeling van verhaalsdossiers en de instelling van een geschillencommissie.

Vervolgens is deze oplossing doorgetrokken naar het WAO-verhaal. Het Lisv en het Verbond van Verzekeraars hebben daartoe een convenant gesloten met een vergelijkbare inhoud als het ZW-convenant³⁸⁴.

Collectivering gaat nog verder dan institutionalisering. In dit kader kan worden gedacht aan varianten waarbij jaarlijks een lump-sum afrekening plaatsvindt van het totaal geschatte volume aan verhaal op de aansprakelijkheidsverzekeraars³⁸⁵. In dit kader wordt bijvoorbeeld gedacht aan financiering uit een opslag op de WAM-premie of uit de verbruiksbelasting op fossiele brandstof.

380. Zie overigens de kritische bijdrage van Bloembergen, A.R., "Wolfsbergen en de rechtseconomie" in *Onrechtmatige daad*, BW-krant Jaarboek 1996, Deventer, Kluwer, 1996, 25 e.v.

381. Zie in dit verband vooral Faure, M., "Regres in een rechtseconomisch perspectief" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 63 e.v.

382. Zie in dit verband Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., "Bedrijfsvereniging, verhaal en nieuw BW", *SMA*, 1991, 302 en dezelfde, "Regres bij volksverzekeringen: de dader heeft het gedaan", *NTBR*, 1994, 77.

383. Zie in dit verband vooral Barendrecht, J.M., "Vereenvoudigde afdoening van regresvorderingen" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 137 e.v.

384. Zie *NJB* 1998, 2114.

385. Zie Bloembergen, A.R., "Het regresrecht van de sociale verzekeraar" in Castermans, A.G., Rank, W.A.K. en De Vries, F.J. (red.), *Schadeverhaal*, BW-krant Jaarboek, Leiden, 1987, 18, dezelfde "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 123; Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., "Bedrijfsvereniging, verhaal en nieuw BW", *SMA*, 1991, 302 en vooral Faure, M., "Regres in een rechtseconomisch perspectief" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 45 e.v. en Bloembergen, A.R., in *Regresrechten*, 1996, 73 e.v.

In de ANW is inmiddels voorzien in de mogelijkheid van een generale afkoop in art. 61 lid 2 ANW. Over de wijze waarop de betrokken afkoopsom wordt vastgesteld, wordt in de toelichting niet meer gezegd dan dat de Sociale Verzekeringsbank met verzekeraars kan overeenkomen dat een jaarlijkse afkoopsom wordt betaald op basis van een inschatting van de schadelast die ontstaat door het veroorzaken van overlijden³⁸⁶. Inmiddels heeft dit geleid tot afspraken tussen de Sociale Verzekeringsbank en de verzekeraars³⁸⁷. Uiteindelijk heeft de regeling van de afkoop in de ANW slechts een beperkt bereik, doch zij heeft wel een voorbeeldfunctie. In het kader van de totstandkoming van art. 6:107a BW heeft de regering steeds betoogd dat een collectivering van het verhaal van de werkgever niet goed mogelijk is, omdat een particuliere werkgever anders dan de reeds bekende regresnemers slechts incidenteel met een dergelijk verhaal zal worden geconfronteerd³⁸⁸. In dezelfde parlementaire geschiedenis wordt vervolgens echter opgemerkt dat de regeling van de collectivering uit de ANW in de andere regelingen met een zelfstandig verhaalsrecht zal worden overgenomen³⁸⁹. Bij de meest recent ingevoerde verhaalsrechten is dat inderdaad al gebeurd³⁹⁰. Ook art. 65b lid 3 AWBZ en art. 83b lid 3 ZFW kennen een regeling van de collectivering³⁹¹.

Y. Collectivering in rechtseconomisch perspectief

Wat kan thans van deze geschetste regelingen van collectivering van het regres vanuit rechtseconomische optiek worden gezegd? Zolang het collega-verweer niet is geschrapt heeft regres en dus ook collectivering ervan betrekking op het verkeer. Dat dient te worden vooropgesteld.

In de eerste plaats kan deze collectieve regresregeling op de primaire ongevalkosten natuurlijk op het eerste gezicht geen positief effect meer hebben. Er wordt immers slechts als collectiviteit uitbetaald, waarbij het zelfs nog maar de vraag is of een onderscheid tussen "goede" en "slechte" aansprakelijkheidsverzekeraars kan worden gemaakt. Dit onderscheid kan vermoedelijk ook niet worden doorgevoerd doordat de aansprakelijkheidsverzekeraars waarschijnlijk slechts een bijdrage aan het collectief regres zullen betalen naar rato van het aantal verzekerde auto's in hun portefeuille, waarbij het niet goed mogelijk is na te gaan of een bepaald verzekeraar in een bepaald jaar toevallig met relatief meer slechte risico's geconfronteerd zou zijn geweest waardoor zijn bijdrage proportioneel hoger had dienen uit te vallen. Indien dan wordt aangenomen dat de door de individuele aansprakelijkheidsverzekeraars te betalen bijdrage wordt bepaald naar aanleiding van het aantal verzekerde auto's is meteen ook duidelijk dat het aandeel van elke bestuurder ook niet kan worden gedifferentieerd naar het individuele risico dat hij vormde. Bij individueel regres was, door de structuur van de huidige bonus malus regeling in het verkeer, een individuele risicodifferentiatie al niet mogelijk, maar bij collectief regres is dit al helemaal niet het geval. De extra bijdrage ten gevolge van collectief regres wordt vermoedelijk gewoon aan de verzekerde doorberekend, hetzij in de premie, hetzij als een extra heffing³⁹², waarbij de mate waarin die verzekerde aan het risico bijdroeg niet meer te achterhalen is zodat in beginsel moet worden aangenomen dat elke verzekerde in dezelfde mate zal bijdragen. De conclusie is derhalve dat een sturend effect, dat wil zeggen een positieve invloed op vermindering van primaire ongevalkosten, van een dergelijk collectief regres op

386. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 169, nr. 13, 2.

387. *Kamerstukken I*, 1995-1996, 24 169, nr. 45c, 22. Zie ook *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 326, nr. 7, 6.

388. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 326, nr. 7, 8.

389. *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 326, nr. 7, 9.

390. Zie art. 69 WAZ en art. 61 WAJong.

391. Zie *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 238, nr. 3, 5 e.v.

392. Dit laatste verdient overigens de voorkeur, omdat de makelaarscommissie uitsluitend over de premie en niet over de kosten wordt berekend. Overigens toont ook Bloembergen zich voorstander van een toeslag op de verzekeringspremie (Bloembergen, A.R., o.c., *NJB*, 1973, 1007 en Bloembergen, A.R., o.c., *NJB*, 1978, 705) en wijst hij ook op de provisie die aan tussenpersonen zal moeten worden betaald (Bloembergen, A.R., o.c., *NJB*, 1994, 123).

het eerste gezicht niet kan worden verwacht. Dit kan, in vergelijking met het huidige systeem echter nauwelijks als een nadeel worden beschouwd omdat ook nu individueel regres niet tot primaire ongevalkostenreductie kan leiden door de inhoud van het aansprakelijkheidsregime in het verkeer. Bovendien moet worden benadrukt dat hoewel er dus van collectief regres geen effect uitgaat op de uitgeoefende *zorg* van de automobilist, langs een andere weg collectief regres wel degelijk tot reductie van primaire ongevalkosten kan leiden. Immers, door collectief regres worden de kosten van autorijden globaal verhoogd, waardoor er eventueel minder zal worden gereden. Deze reductie van het activiteitsniveau wordt in de economische analyse ook als een belangrijk instrument ter reductie van het ongevalsrisico gezien³⁹³. Op deze manier beschouwd, leidt ook collectief regres dus tot een reductie van primaire ongevalkosten.

Collectief regres heeft zeker een positieve invloed op de reductie van secundaire ongevalkosten. Doordat de schadelast die bijvoorbeeld bij de Sociale Verzekeringsbank bleef voor de invoering van de ANW viel ten gevolge van aansprakelijkheid van een verzekerde nu immers verschoven wordt naar het collectief van de verzekerde autobestuurders, biedt dit tenminste het voordeel dat een juiste prijszetting van het verkeer plaatsvindt en dat de autobestuurders bijdragen voor het risico dat zij daadwerkelijk hebben veroorzaakt. Hier is derhalve sprake van een correcte kostenallocatie. Sommigen – het is hiervoor al aan de orde gekomen – betwijfelen de kracht van dit argument en merken op dat de groep van de bijdrageplichtigen aan de sociale zekerheid veelal zal samenvallen met de groep autobezitters. Regres zou derhalve zinloos rondpompen van geld blijven. Echter, de groep van alle belastingbetalers komt niet overeen met de groep van alle autobezitters. Uitsluiting van (collectief) regres zou derhalve een distributioneel nadeel voor de niet-autobezitter betekenen. In de tweede plaats blijft, ook als de groepen zouden samenvallen, een correcte prijszetting belangrijk, zodat de betrokkene de correcte prijs van de betreffende activiteit ziet. Deze prijsverhoging kan tot een reductie van de vraag naar die risicovolle activiteit leiden en derhalve ook de preventie dienen.

Tenslotte biedt de regeling van collectief verhaal een duidelijk voordeel op het vlak van de tertiaire ongevalkosten. De ANW-regeling toont bijvoorbeeld aan dat op relatief gemakkelijke wijze kan worden onderhandeld tussen aansprakelijkheidsverzekeraars (vertegenwoordigd in het Verbond van Verzekeraars) en de Sociale Verzekeringsbank. In dit geval hoeft slechts een keer de moeite te worden gedaan van de onderhandelingen om een passende sleutel te vinden. Weliswaar dient jaarlijks nog een aanpassing plaats te vinden, ondermeer rekening houdend met het aantal verkeersslachtoffers in het daaropvolgende jaar en teneinde de hoogte van de netto ANW-uitkering in het betreffende jaar te bepalen, maar die cijfers zijn relatief eenvoudig te achterhalen en vergen geen kostbare onderhandelingen meer. De kosten van de onderhandelingen zelf zijn, zeker in het specifieke geval van de ANW ongetwijfeld relatief laag in vergelijking met de kosten van individueel regres. Aan de zijde van de regresnemers is immers alleen sprake van de Sociale Verzekeringsbank, een reeds bestaande structuur. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheidsverzekeraars die van de bestaande structuur van het Verbond van Verzekeraars gebruik kunnen maken. Er dient met andere woorden slechts eenmaal een onderhandeling plaats te vinden, waarna de huidige hoge kosten van individueel regres aan beide zijden overbodig worden. Bovendien kan voor de collectieve betaling aan de regresnemer het Waarborgfonds tussenkomen, wederom een bestaande instantie.

Er zijn intussen wel enkele randvoorwaarden en mogelijke knelpunten bij deze collectivering van regres die niet uit het oog mogen worden verloren³⁹⁴. In het kader van dit onderzoek kunnen zij verder onbesproken blijven.

393. Het ongevalsrisico kan immers niet alleen worden verminderd door zorgvuldiger, maar ook door minder te rijden. Zie over de invloed van dit activiteitsniveau Diamond, P., "Single Activity Accidents", *Journal of Legal Studies*, 1974, 107-164.

394. Zie daarover verder bij Faure, M., "Regres in een rechtseconomisch perspectief", in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden?*, Deventer, Kluwer, 1996, 45-71.

Z. *Samenvatting*

Samengevat: van belang is vast te stellen dat sprake is van een belangrijke uitbreiding van het aantal regresrechten. Voor de betekenis is echter weer relevant dat er belangrijke verhaalsbeperkingen zijn. Voor de omvang van het verhaalsvolume is van belang dat de Tijdelijke regeling verhaalsrechten met zich brengt dat regresnemers van uitbreiding van aansprakelijkheid in het nieuwe BW evenals van art. 6:175 e.v. niet kunnen profiteren en dus gebruik moeten maken van een gewone onrechtmatige daadsvordering. Aan een dergelijke vordering zitten echter nogal wat haken en ogen. Voor een verdere uitbouw van de gedachte achter de TRV in de rechtspraak behoeft waarschijnlijk niet te worden gevreesd³⁹⁵. Van groter belang dan de hier geschetste tendens is de beperking van de regresrechten wat betreft het personele bereik.

Het personele bereik van de regresrechten is zeer beperkt. Op de werkgever of een collega-werknemer is slechts bij uitzondering regres mogelijk. Het regres door een verzekeraar op bedrijfsgenoten wordt evenmin uitgebreid indien de laedens tegen aansprakelijkheid is (mede-)verzekerd³⁹⁶. Kort gezegd komt het erop neer dat alleen bij opzet of bewuste roekeloosheid regres kan worden gezocht. Daarbij dient te worden bedacht dat de Hoge Raad dat begrip in het algemeen eng uitlegt en bovendien dat de aansprakelijkheidsverzekering niet dekt bij opzet. In dit kader dient inmiddels te worden opgemerkt dat het kabinet overweegt om de beperkingen aan het personele bereik in ieder geval waar het gaat om regres op de werkgever af te schaffen. De achtergrond wordt daarbij gevormd door de grotere financiële verantwoordelijkheid van de werkgever voor ziekte en arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer³⁹⁷. Dit zou een belangrijke ontwikkeling zijn die tot een behoorlijke verhoging van het verhaalsvolume zou leiden.

Zolang dit niet gebeurt, heeft regres van ca. 90 à 95% betrekking op verkeersongevallen. Voor de nieuwe risico's zou afschaffing van het collega-verweer derhalve zeer interessant zijn. Wat de meerwaarde vanuit preventief oogpunt is valt moeilijk te zeggen: dat hangt in de eerste plaats af van de preventieve werking van de werkgeversaansprakelijkheid en in de tweede plaats ook van de vraag of individueel dan wel gecollectiveerd regres wordt mogelijk gemaakt.

§ 5. **Gevolgen**

In dit hoofdstuk is gesteld dat het erop lijkt dat het aansprakelijkheidsrecht op sommige terreinen toegroeit naar een stelsel waarin enkel schade min of meer voldoende is voor een aanspraak. In hoofdstuk 2 werd geschetst dat dit vooral op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten het geval lijkt te zijn. Een dergelijk laagdrempelig systeem vindt men bijvoorbeeld ook in de sociale zekerheid zij het dat daar de beloning veel minder hoog is: beperkte vergoeding. Daarmee ontstaat eigenlijk een nieuw stelsel waarin het beste van twee werelden wordt behouden: het voordeel van het aansprakelijkheidsrecht, volledige vergoeding, wordt dan gecombineerd met de gemakken van de sociale zekerheid, lage drempels. Deze ontwikkeling in combinatie vooral met afnemende bereik van de sociale zekerheid is uiterst

395. De gedachte wordt echter nog wel verdedigd. Zie Boom, F.J. en Tilanus-Van Wassenaer, G.M., "Werkgeversaansprakelijkheid versus werknemersbescherming: hoe is de stand?", *VR*, 1995, 100 in verband met art. 7A:1638x.

396. Zie HR 7 november 1975, *NJ* 1976, 332 (ARB) Ziekenfonds/Nationale Nederlanden.

397. Dit voornemen was te vinden in de ontwerp-memorie van Toelichting bij het aanvankelijke voorstel tot invoering van een regresrecht in de volksverzekeringen en ziet men terug in de memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel van de Algemene Nabestaandenwet, waarin inmiddels een regeling van het regresrecht is opgenomen (art. 56 en 57). Zie *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24169, nr. 3, 26. Zie overigens al Van Dam, C.C., *Politieke infiltratie in het Privaatrecht*, oratie VU 1994, 17-18, die wijst op het belang van het zogenaamde collega-verweer voor het WAO-volume.

problematisch³⁹⁸. Met het afnemen van de maatschappelijke solidariteit wordt de druk op het aansprakelijkheidsrecht groter. Wanneer de lage drempels van de sociale zekerheid dat aansprakelijkheidsrecht binnendringen, terwijl het uitgangspunt van de volledige vergoeding gehandhaafd blijft, ontstaat uiteindelijk, zij het anders gefinancierd dan gebruikelijk, een soort stelsel van sociale zekerheid met een zeer hoog beschermingsniveau. Dat is onwenselijk vanuit een perspectief van betaalbaarheid. Wanneer het niveau van de sociale zekerheid omlaag moet, omdat zij onbetaalbaar zou zijn, kan een verdergaand stelsel in het aansprakelijkheidsrecht niet opeens wel betaalbaar zijn. Daar komt dan nog bij dat het aansprakelijkheidsrecht, denk aan de kosten van procedures, gerechtelijk apparaat etcetera, bovendien een veel duurder systeem is dan dat van de sociale zekerheid.

Het moge duidelijk zijn dat de geschetste ontwikkelingen zich tot nu toe in de jurisprudentie en de literatuur voornamelijk hebben voorgedaan op het terrein van de arbeidsgerelateerde risico's, zoals de beroepsziekten. Echter, de hier beschreven wijzigingen in de financiering van de gevolgen van schade veroorzaakt door nieuwe risico's gelden uiteraard ook bijvoorbeeld voor de schade veroorzaakt door infectieziekten of door voedingsgebonden aandoeningen. Ook daar geldt dat door het afnemen van de sociale zekerheid slachtoffers automatisch gedwongen zullen worden gebruik te maken van het aansprakelijkheidsrecht dan wel op zoek te gaan naar alternatieve vergoedingsmechanismen. Het verschil is dat het hedendaagse aansprakelijkheidsrecht voor deze gevallen minder soelaas lijkt te bieden dan art. 7:658 voor de arbeids- en gerelateerde aandoeningen.

Zoals hierna zal worden geschetst in hoofdstuk 5 hebben enkele van de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en, meer algemeen, de toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht ook gevolgen voor verzekeraars. Verzekeraars passen daardoor – niet geheel onbegrijpelijk – hun polisvoorwaarden en ook de dekkingssystematiek aan, juist omdat zij willen voorkomen na vele jaren plots met onaangename verrassingen te worden geconfronteerd. Die problemen van verzekeraars (moeilijke beheersbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico) kunnen uiteraard tot gevolg hebben dat verzekeraars hetzij zich in toenemende mate van bepaalde markten terugtrekken (dat is bijvoorbeeld gebeurd bij de medische aansprakelijkheid), hetzij dat de polisvoorwaarden zodanig worden aangepast dat vaak geen dekking beschikbaar is.

De conclusie ligt voor de hand: er is alle aanleiding alternatieven voor het huidige stelsel te onderzoeken. En dan dient nog eens te worden benadrukt dat niet alleen werkgevers en hun verzekeraars klagen over het huidige systeem. Ook de slachtoffers van nieuwe gezondheidsrisico's als beroepsziekten doen dat. Dit lijkt op het eerste gezicht wonderlijk. Hoe kunnen immers èn verzekeraars èn werknemers klagen in een tijd van een uitdijende aansprakelijkheidslast? In dat geval zou men minstens verwachten dat het systeem tot tevredenheid bij de slachtoffers zou leiden. Dat is echter niet het geval. De klachten van de slachtoffers zijn bekend: procedures duren te lang; er is teveel onzekerheid over de uitkomst van een aansprakelijkheidsproces; teveel geld gaat naar de proceskosten en wanneer na jaren procederen de werkgever uiteindelijk aansprakelijk wordt gesteld, is er nog steeds het insolventierisico van de werkgever.

De conclusie dat het huidige systeem niet op alle punten voldoet geldt evident ook voor de nieuwe gezondheidsrisico's. Hierna zal in hoofdstuk 4 worden geschetst dat door verscheidene ontwikkelingen en de hier reeds besproken afkalving van de sociale zekerheid verwacht kan worden dat de druk op het aansprakelijkheidsrecht in het licht van de toenemende claimcultuur alleen maar verder zal toenemen. De verzekeringsproblemen die daaruit voortvloeien en die in hoofdstuk 5 zullen worden besproken zijn dan

398. Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997; dezelfde, "Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht in het belang van de dader", *LSA*, 1999, 1-27 en samen met Faure, M., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135 e.v.

ook reëel en zullen ook bij andere nieuwe gezondheidsrisico's dan de hier veel aangehaalde arbeidsgerelateerde risico's dreigen. Komt daarbij dat voor sommige gevallen van gezondheidsschade (vooral die veroorzaakt werden door rampen) aansprakelijkheid in het geheel niet mogelijk is. Om al die redenen hoort men steeds vaker de roep om alternatieven voor aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering, waarop in de hoofdstukken 7-9 zal worden ingegaan. Het is goed te benadrukken dat bij dit alles ook steeds een rechts-politieke vraag aan de orde is, zeker wanneer over overheidsingrijpen wordt gesproken. Immers, alternatieve regelingen ter vergoeding van slachtoffers van nieuwe gezondheidsrisico's veronderstellen immers de voorafgaande rechts-politieke keuze dat deze slachtoffers een bijzondere bescherming verdienen omdat hun schade klaarblijkelijk dient te worden vergoed, ook als de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet zijn vervuld. Ten principale blijft echter de vraag waarom voor bepaalde slachtoffers een collectieve regeling moet worden getroffen. Het is – helaas – een bekend fenomeen dat vele slachtoffers van ongevallen door allerlei omstandigheden niet integraal worden vergoed. Indien wordt beslist dat slachtoffers van bepaalde gezondheidsschade, in tegenstelling tot anderen, wel volledige vergoeding krijgen en dat zulks vanuit de collectieve middelen dient te worden gefinancierd zal, in ieder geval op politiek niveau, moeten worden verantwoord dat deze preferentiële behandeling van bepaalde slachtoffers aangewezen is. Bloembergen en Hartlief hebben daarop kritiek geuit omdat niet steeds evident is dat bepaalde slachtoffers meer beschermenswaardig zijn dan anderen³⁹⁹. Wanneer eenmaal het pad van de ad hoc oplossingen is gekozen en bepaalde slachtoffergroepen dus kunnen worden bevoordeeld, bestaat het gevaar dat alleen die potentiële slachtoffers die zich in een politiek machtige belangengroep hebben georganiseerd beschermd zullen worden via een collectieve compensatieregeling.

Bovendien dient voor ogen te worden gehouden dat wanneer een regeling wordt getroffen die veeleer op een stuk sociale zekerheid lijkt, het niet voor de hand ligt dat de schadeloosstelling integraal zou zijn. Bloembergen heeft op een integrale schadeloosstelling vanuit collectieve compensatiemechanismen steeds felle kritiek geleverd⁴⁰⁰. Zoals in hoofdstuk 2 werd geschetst is de luxe van het aansprakelijkheidsrecht (integrale schadeloosstelling) alleen te verkrijgen wanneer ook aan de zware voorwaarden (drempels) vanuit aansprakelijkheidsrecht wordt voldaan. Wordt echter voor een laagdrempelig systeem (automatische compensatie) gekozen via een collectieve regeling, dan moet er vanuit worden gegaan dat nooit meer kan worden geboden dan een basisvergoeding, maar niet de luxe van de integrale schadeloosstelling die alleen door het aansprakelijkheidsrecht kan worden geboden⁴⁰¹.

In de kern is dus het probleem dat de verschuivingen in de relatie tussen aansprakelijkheidsrecht enerzijds en sociale zekerheid anderzijds, die in dit hoofdstuk werden beschreven tot een zodanig toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht leiden dat het gevaar bestaat van een onverenigbaarheid met de in hoofdstuk 2 geschetste hoofdlijnen van het aansprakelijkheidsrecht. De discussie over de precieze rol en functie van het aansprakelijkheidsrecht is recent ook opgelaaid naar aanleiding van het debat over de claimcultuur. Ook de al dan niet wenselijkheid van een claimcultuur in het aansprakelijkheidsrecht kan uiteraard niet worden geëvalueerd zonder een goed inzicht in de precieze functie van het aansprakelijkheidsrecht, mede in relatie tot andere vergoedingssystemen. Nu dit kader is gegeven kan, in het volgende hoofdstuk dit debat over de claimcultuur centraal wordt gesteld. Dit debat kan interessante inzichten opleveren voor de vraag welke de rol dient te zijn van het aansprakelijkheidsrecht bij de vergoeding van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's.

399. Zie o.m. Bloembergen, A.R., *NJV-pleadvies*, 1967, 118 en Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997 en ook Faure, M. en Hartlief, T., “Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?”, *RMThemis*, 1998, 220.

400. Bloembergen, A.R., in *Schade lijden en schade dragen*, NJB-boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 15-16.

401. Zo ook Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997.

HOOFDSTUK 4 CLAIMCULTUUR

§ 1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geschetst dat door een aantal ontwikkelingen sprake is van een toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering. In dit verband wordt wel gesproken over een claimcultuur. Het is van belang om de discussie over de rol van het aansprakelijkheidsrecht als financieringsmechanisme voor nieuwe gezondheidsrisico ook te bezien in het licht van deze claimcultuurdiscussie. Nieuwe risico's vormen inderdaad een thema binnen de meer algemene discussie over het uitbreidend aansprakelijkheidsrecht en de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur. Het is van belang de aandacht uit te laten gaan naar de determinanten van de claimcultuur en te onderzoeken in hoeverre die claimcultuur nu als problematisch dient te worden ervaren of juist niet. Bepaalde gevaren van een toenemende claimcultuur kunnen invloed hebben op de mogelijke rol van aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering bij de financiering van de nieuwe gezondheidsrisico's. In dit hoofdstuk zal die claimcultuur dan ook centraal staan; het hoofdstuk vormt derhalve een brug naar het volgende waar wordt onderzocht in hoeverre de steeds uitbreidende aansprakelijkheid (onder meer juist onder invloed van die claimcultuur) nog verzekeraar is.

In een brief aan de Tweede Kamer heeft minister van Justitie aandacht gevraagd voor de ontwikkeling van een claimcultuur in Nederland⁴⁰². Hij maakt zich zorgen en acht het op zijn beloop laten van een en ander ongewenst⁴⁰³. In de brief wordt ingegaan op de factoren die bijdragen aan de ontwikkeling van een claimcultuur, worden de gevolgen van een mogelijke claimcultuur bezien en wordt ingegaan op de instrumenten die beschikbaar zijn om ongewenste ontwikkelingen tegen te gaan.

Het is zeker niet alleen het kabinet dat zich zorgen maakt over de (ontwikkeling in de richting) van een claimcultuur. De Leidse hoogleraar Stolker heeft zich in zijn oratie⁴⁰⁴ eveneens bezorgd geuit. Ook hij stelt vast – hierna zal daarop nog uitvoerig worden ingegaan - dat een van de belangrijke oorzaken is gelegen in het terugtreden van de overheid, die daarmee al dan niet bewust plaatsmaakt voor privaatrechtelijk optreden door burgers zelf.

In dit hoofdstuk wordt eerst en vooral de inhoud van de brief weergegeven. Op enkele plaatsen worden ook kritische kanttekeningen geplaatst. Het is op zichzelf verheugend dat de minister in de toenemende claimcultuur aanleiding ziet om een brief te schrijven. Reeds eerder was de 'uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad'⁴⁰⁵ voorwerp van zorg, evenals de 'groeïende aansprakelijkheidslast'⁴⁰⁶ voor werkgevers en hun verzekeraars. Ondanks deze terechte aandacht van de minister voor de toenemende claimcultuur is er toch reden voor kritiek. Die kritiek hangt vooral samen met het feit dat de minister bepaalde oorzaken van toenemende claims lijkt te overschatten. Dit is waarschijnlijk terug te voeren op de vrees van de minister dat 'Amerikaanse toestanden' in het schadevergoedingsrecht naar Nederland zouden kunnen overwaaien. Anderzijds lijkt het belang van wellicht belangrijkste oorzaak van het toenemende beroep op het aansprakelijkheidsrecht, het terugtrekken van de overheid uit de sociale

402. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1. De brief is gebaseerd op een meer uitgebreid rapport over claimcultuur van de werkgroep claimcultuur: Bauw, E., Van Dijk, F., Frenk, N., Grijpink, J., Lankhorst, G.L., Salomons, F., en Van der Velden, F., *Naar een claimcultuur in Nederland?*. Dit rapport is eerder, in een enigszins afwijkende versie, gepubliceerd in Bauw E., en Barendrecht, J.M. (red.), *Het aansprakelijkheidsrecht in de 21e eeuw*, Deventer, Kluwer, 1999.

403. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 1.

404. Waarvan een afgeleide versie is gepubliceerd in Trouw van 13 januari 2001.

405. Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, NJV Preadvies, Deventer, Kluwer, 1996.

406. Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995.

zekerheid, door de minister te worden onderschat. Deze zwaktes in de diagnose hebben ook consequenties voor de door de minister voorgestelde remedies. Verder geeft de minister een overzicht van alle factoren die de claimcultuur beïnvloeden, zonder een normatief kader te bieden aan de hand waarvan die factoren kunnen worden beoordeeld. Het gevolg daarvan is dat de lezer van de ministeriële brief met het gevoel blijft zitten dat elke uitbreiding van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht volgens de minister onwenselijk is, terwijl dat uiteraard afhankelijk is van de specifieke oorzaak van een claimuitbreiding. Kortom: de aandacht voor de ontwikkeling in de richting van de claimcultuur is goed, doch het product kent gebreken in de uitwerking. Dit zal hieronder uiteraard worden onderbouwd.

§ 2. Determinanten van de claimcultuur

De minister verstaat het volgende onder claimcultuur⁴⁰⁷:

"een cultuur waarin burgers elkaar veelvuldig en voor hoge bedragen in juridische zin aanspreken ter vergoeding van geleden schade."

Hoewel de minister terecht⁴⁰⁸ aangeeft dat er onvoldoende gegevens beschikbaar zijn, is er naar zijn mening voldoende reden aan te nemen dat er sprake is van een ontwikkeling in de richting van een aldus geformuleerde claimcultuur. De minister zoekt daarmee aansluiting bij diverse auteurs die hebben betoogd dat er in Nederland, zeker voor bedrijven en professionals sprake is van uitbreiding van de aansprakelijkheidslast⁴⁰⁹. Deze uitbreiding kan volgens de minister vooral worden verklaard aan de hand van een aantal belangrijke ontwikkelingen⁴¹⁰:

1. JURIDISERING VAN DE SAMENLEVING

In dit kader wijst de minister op een steeds dichter web van rechten en plichten als gevolg van regelgeving en op het in toenemende mate juridisch kwalificeren van eventuele conflicten. Er is meer voedsel voor juridische conflicten ontstaan.

Hoewel dit argument op het eerste gezicht steekhoudend lijkt, is het dat bij nader onderzoek wellicht toch niet. Het is ongetwijfeld zo dat het "web van rechten en plichten over de justiabalen" dichter is geworden, maar onduidelijk is waarom die toegenomen regeldichtheid per se tot meer aansprakelijkheidsstellingen zou moeten leiden⁴¹¹. Hoogstens zou kunnen worden betoogd dat voor zover die toegenomen regeldichtheid ook op verkeers- en veiligheidsnormen betrekking heeft, het voor de gelaedeerde eenvoudiger wordt om de dader aan te spreken. Dat is dan echter eerder een materieelrechtelijk argument dat op zichzelf de toegenomen claim'cultuur' niet kan verklaren.

407. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 2.

408. Zie eerder al Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, NJV-Preadvies 1996, Deventer, Kluwer, 1996, Hoofdstuk 2. Sinds dit zeer belangrijke werk is er niet veel meer duidelijkheid omtrent het aantal claims en de omvang ervan. Alarmerende cijfers zijn in ieder geval nog steeds niet beschikbaar.

409. Zie onder meer Faure, M. en Hartlief, (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995 en Stolker, C.J.J.M., "Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, van droomcarrière naar nachtmerrie", *AA*, 1995, 13-25. Dit lijkt overigens een Europese trend te zijn. Zie Faure, M. en Hartlief, T., "Towards an expanding enterprise liability in Europe? How to analyze the scope of liability of industrial operators and their insurers", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, 235-270. Steeds zijn in deze publicaties verdere verwijzingen te vinden.

410. Zie in dit verband ook Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden, Deventer, Kluwer, 1997, hoofdstuk 2, Faure, M. en Hartlief, T., *o.c.*, 9-86 en Haazen, O.A. en Spier J., "Feitelijke ontwikkelingen en verzekerbaarheid", in Bolt, A.T. en Spier J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, NJV Preadvies 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 7-47.

411. Men zou wel kunnen begrijpen dat wordt betoogd dat meer regelgeving vanwege de noodzaak tot handhaving ook tot meer administratieve en strafrechtelijke procedures leidt (en in die zin tot meer claims), maar dat is niet de "claim" van de minister.

2. VERZAKELIJKING VAN RELATIES

In dit verband wijst de minister op het afnemen van sociale cohesie als gevolg van onder meer toenemende anonimiteit en mobiliteit en op de afnemende gezagsgetrouwheid. Dit argument snijdt hout, vooral wanneer het om beroepsaansprakelijkheid gaat.

In de literatuur is inderdaad voorgehouden dat vroeger vrije beroepen vaak als "a respectable profession"⁴¹² werden gezien, hetgeen zeker een drempel opwierp om een arts of advocaat voor een professionele fout aansprakelijk te stellen⁴¹³. Eenzelfde schuwheid trof men ook wel aan bij verzekeraars die ervoor terugschrokken om in het kader van de verzekering beroepsaansprakelijkheid te differentiëren tussen goede en slechte risico's (en dus impliciet tussen goede en slechte beroepsbeoefenaren)⁴¹⁴. Een "verzakelijking van de relaties" tussen arts en patiënt zou er ongetwijfeld toe kunnen leiden dat bijvoorbeeld het aantal claims inzake medische aansprakelijkheid in de toekomst explosief zou stijgen⁴¹⁵.

Het probleem is echter dat, zoals in de inleiding al werd aangegeven, deze determinant niet zo veel zegt, wanneer men nalaat om deze ook normatief te duiden. Het is immers ongetwijfeld zo dat de "verzakelijking van relaties" tot meer claims, bijvoorbeeld inzake professionele aansprakelijkheid, zal leiden. Het is een geheel andere vraag of een dergelijke stijging op normatief vlak als onwenselijk dient te worden gekwalificeerd wanneer zij ertoe zou leiden dat latente gerechtvaardigde claims die gegrond zijn op onrechtmatig handelen van professionals ook daadwerkelijk tot vorderingen leiden. Met andere woorden: de determinanten over de toename van claims zeggen, hoe interessant ook, op zich zelf nog niets over het al dan niet wenselijk zijn van (het instellen van) claims. Tenzij men ervan uit zou gaan, en die gedachte schemert door de brief van de minister, dat elke toename van claims per definitie onwenselijk is.

3. ONTWIKKELINGEN IN HET SOCIALE ZEKERHEIDSTELSEL/PRIVATISERING

In het kader van deze derde ontwikkeling wordt aangegeven dat naarmate de mogelijkheid om langs de weg van een beroep op het sociale zekerheidsstelsel vergoeding te krijgen wordt teruggedrongen sneller een beroep zal worden gedaan op het civiele aansprakelijkheidsrecht.

Verder stelt de minister in dit verband dat vergoeding door de overheid van schade die anders niet verhaald zou kunnen worden zoals schade als gevolg van wateroverlast tot de idee in de samenleving kan bijdragen dat geleden schade altijd moet kunnen worden afgewenteld.

Er is al eerder gewezen op het belang van deze ontwikkelingen. De deregulerings-trend die "paars" heeft ingezet, zal ongetwijfeld zijn prijs hebben in het vlak van het aansprakelijkheidsrecht⁴¹⁶. In Nederland dienden slachtoffers traditioneel geen beroep te doen op het aansprakelijkheidsrecht om vergoeding van

412. Dingwall, P. en Fenn, P., "A respectable profession? Sociological and Economic Perspectives on the Regulation of Professional Services", *International Review of Law and Economics*, 1987.

413. Daarover Stolker, C.J.J.M., "Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, van droomcarrière naar nachtmerrie", *AA*, 1995, 13-25.

414. Faure, M. en Van den Bergh, R., "Compulsory Insurance for Professional Liability?", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1989, 308-330.

415. Volgens Verkruijsen sterven jaarlijks in Nederland 3000 personen ten gevolge van "vermijdbaar medisch handelen" en geeft dit bovendien aanleiding tot 25.000 gevallen van letselschade. Toch werden, nog steeds volgens Verkruijsen in 1992 slechts 100 claims uitgebracht wegens medische aansprakelijkheid (Verkruijsen, W.G., "De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voorgeschiedenis en het te verwachten gevolg", *NJB*, 1997, 846-853.)

416. Zie Faure, M. en Hartlief, T., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142.

primaire levensbehoeften zoals ziektekosten en inkomensderving te krijgen. Daarin verschilde West Europa traditioneel van de Verenigde Staten, zo stelt ook de minister terecht. Wij zijn daar in het vorige hoofdstuk uitvoerig op ingegaan. Zoals wij daar ook al suggereerden, heeft een terugtrekkende overheid op het vlak van de sociale zekerheid onvermijdelijk tot gevolg dat in toenemende mate gebruik moet worden gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht. Wat dat betreft gaat het in feite om communicerende vaten⁴¹⁷.

In hoofdstuk 3 is in dit verband nog kort ingegaan op de repercussies van de plannen van de Commissie Donner.

Ook de vaststelling dat compensatie door de overheid bijdraagt tot de idee dat geleden schade altijd moet worden vergoed, is juist, maar, opnieuw is de overheid hiervoor gewaarschuwd⁴¹⁸. De minister erkent nu impliciet dat ruimhartige regelingen voor specifieke slachtoffers (bijvoorbeeld van wateroverlast) in feite de claimcultuur in de hand werken⁴¹⁹.

4. TOENAME AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERINGSPRODUCTEN

In dit verband wijst de minister op de in de doctrine wel terug te vinden bewering dat een groei van het fenomeen aansprakelijkheidsverzekering leidt tot een groei van het aantal claims⁴²⁰. Verder noemt de minister de stelling dat ook rechters zich zouden laten beïnvloeden door de aanwezigheid van aansprakelijkheidsverzekeringdekking.

Dit is zeker een reëel punt, zij het dat het aantal gevallen waarin een rechter tot aansprakelijkheidstelling beslist louter en alleen omdat de dader verzekerd is toch beperkt is. Op deze tendens in de richting van "assurance oblige" is overigens ook kritiek geleverd in de literatuur⁴²¹.

5. SAMENLEVING WORDT COMPLEXER; VOORTSCHRIDING VAN WETENSCHAP EN TECHNIEK

Nieuwe ontwikkelingen roepen nieuwe vragen op. Er wordt geprocedeerd om duidelijkheid over rechtsposities te verkrijgen. Verder ontstaan er nieuwe inzichten. De in dit onderzoek centraal gestelde nieuwe risico's worden in de brief van de minister nadrukkelijk genoemd. In dit verband wijst de minister op de aandacht voor beroepsziekten, waaronder behalve de asbestgerelateerde ziekten, ook ziekten als RSI en OPS evenals bijvoorbeeld de gevolgen van elektromagnetische velden en straling. Verder denkt de minister juist in dit verband ook aan de schaalvergroting van het handelsverkeer⁴²² in het bijzonder in het kader van mogelijke productenaansprakelijkheid. De minister noemt in dit verband de claims van de DES-dochters. Deze determinant speelt ongetwijfeld een rol. Het is wellicht een fenomeen van alle tijden dat voortschrijdende technische inzichten en voortschrijdende kennis omtrent nieuwe risico's tot nieuwe claims aanleiding kunnen geven.

417. Aldus Hartlief, T., *o.c.*, 30-31 en 56-57.

418. Hartlief, T., *o.c.*, 71.

419. Ook Tjittes wees er op dat een beroep op het aansprakelijkheidsrecht toeneemt door toedoen van de overheid (Tjittes, R.P.J.L., "Hollandse toestanden", *RM Themis*, 1991, 14-142).

420. Zie in dit verband onder anderen Wansink, J.H., "De aansprakelijkheidsverzekering onder het regime van het NBW, in (*Nieuw*) *BW en personenschade*, LSA 1992, Lelystad 1992, 5 e.v. alsmede Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 1999, 6 e.v.

421. Faure, M., "Interdependencies between tort law and insurance", *Risk Decision and Policy*, 1997, 193-210 en Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *o.c.*, 21-33.

422. Daarvoor heeft vooral J.B.M. Vranken aandacht gevraagd. Zie reeds "De verhandelsrechtelijke van het privaatrecht, in *Tussen Koophandel en Nieuw BW* (Raaijmakers, M.G.J.C. e.a., red.), Deventer, Kluwer, 1988, 245-258. Zie verder de NJB-serie Schaalvergroting in het vermogensrecht uit 1995.

6. ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSHULPVERLENING

Volgens de minister bevordert ook een aantal ontwikkelingen in de rechtshulpverlening de claimcultuur. In dit verband noemt hij⁴²³:

- toegenomen omvang van de advocatuur;
- verruiming van de mogelijkheden om in eigen persoon te procederen als gevolg waarvan vorderingen goedkoper kunnen worden ingesteld;
- bestaan van een toegankelijke rechtshulpverlening waarbij de minister behalve de Wet op de Rechtsbijstand ook het fenomeen rechtsbijstandsverzekering noemt alsmede het bestaan van andere voorzieningen (ANWB, Consumentenbond, vakbond) evenals de groep hulpverleners die op basis van no cure no pay werkzaam is. In dit kader kan aan letselschadebureau's worden gedacht.

Ook op de suggestie van de minister dat deze ontwikkelingen automatisch tot meer claims leiden is het een en ander af te dingen. Zo blijkt uit onderzoek dat de toename van het aantal advocaten niet noodzakelijk tot meer claims leidt en staat evenmin vast dat 'no cure no pay' tot het uitbrengen van onbezonnen vorderingen zou leiden⁴²⁴. Zie meer uitvoering in de volgende paragraaf.

7. TOENAME CLAIMBEWUSTHEID

In dit kader noemt de minister behalve een toegenomen mondigheid en een verbetering van rechtsposities ook de invloed van media en belangengroeperingen. Die claimbewustheid, die zeker ook door de media wordt gestimuleerd, kan inderdaad een claimverhogend effect hebben⁴²⁵.

8. ONTWIKKELINGEN IN HET AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

Het is duidelijk dat ook inhoudelijke wijzigingen binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht invloed uitoefenen⁴²⁶. In hoofdstuk 2 hebben we ook al een aantal drempelverlagende ontwikkelingen geschetst. De minister noemt in dit verband de toenemende aandacht voor slachtofferbescherming en als uiting daarvan de groei van het aantal risicoaansprakelijkheden en tendens van uitbreiding van aansprakelijkheid in de rechtspraak in het bijzonder bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Verder noemt de minister ook de ontwikkelingen met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid. Uit het schadevergoedingsrecht noemt de minister de uitbreiding van mogelijkheden om immateriële schadevergoeding te vorderen. Hij geeft daarbij aan dat de mogelijkheden volgens sommigen nog te beperkt zijn⁴²⁷. In dit kader is inderdaad juist ook relevant dat er recentelijk wordt gepleit voor de introductie van een recht op affectieschade⁴²⁸. Wat betreft de hoogte van het smartegeld is de rechtspraak naar het oordeel van de minister nog vrij terughoudend en zou zelfs kunnen worden gesteld dat de vergoedingen in ons land aan de lage kant zijn⁴²⁹. Tot slot noemt de minister nog de

423. Zie in dit verband reeds Stolker, C.J.J.M., *l.c.*, 23.

424. Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Boston, Little Brown & Co., 1992, 569.

425. Zie ook Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, 73-75.

426. Zie vooral Bolt, A.T. en Spier, J., *o.c.*, evenals Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, 9-37.

427. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 4.

428. Zie in dit verband met verdere verwijzingen Lindenbergh, S.D., *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer 1998, 180 e.v. Vooralsnog wil de regering, ook na het Baby-Joostarrest (HR, 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (ARB)), niet meer doen dan de mogelijkheden voor introductie onderzoeken. Zie nog Lindenbergh, S.D., "Smartengeld voor naasten", *NJB*, 2001, 61-66.

429. Zie de bijdrage van Lindenbergh, S.D., "De hoogte van het smartengeld in Nederland: een verkenning van de top", *VR*, 1999, 129-134.

ontwikkeling in de rechtspraak om slachtoffers ook op het punt van bewijs met betrekking tot het causaal verband tegemoet te komen⁴³⁰.

Ook ten aanzien van deze uitbreiding van het materiële aansprakelijkheidsrecht rijst wederom de vraag hoe zij normatief dient te worden geëvalueerd. Een mogelijk perspectief – wij gaan daarop hierna nog uitvoerig in – is om daarbij na te gaan welke de effecten zijn van een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor de verzekeraarbaarheid van bepaalde risico's. Vanuit dat perspectief zou kunnen worden betoogd dat bepaalde ontwikkelingen, zoals bijvoorbeeld de groei van het aantal risicoaansprakelijkheden, niet problematisch zijn zolang zij voorzienbaar zijn⁴³¹, terwijl andere ontwikkelingen, zoals de door de minister vermelde afwenteling van de causaliteitsonzekerheid op de veroorzaker of de aanvaarding van retroactieve aansprakelijkheid⁴³² dat wel zijn. Ook bij deze determinant rijst dus weer de vraag of het wel zinvol is om – in het algemeen – factoren te bekijken die tot verhoging van claims kunnen leiden, zonder de vraag te stellen of die claims al dan niet aan een maatschappelijk gewenste functie van het aansprakelijkheidsrecht beantwoorden.

9. INTERNATIONALE INVLOEDEN

Een aparte paragraaf in de brief van de minister krijgt het onderwerp internationale invloeden. De minister noemt in het bijzonder⁴³³:

- toenemende wereldwijde en regionale economische concurrentie;
- invloed van internationale (vooral regionale) harmonisatie van wet- en regelgeving;
- invloed buitenlands recht door betrokkenheid van Nederlandse burgers daarbij in kader van internationale handel en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen.

Volgens de minister kan worden uitgegaan van een versterking van de claimcultuur door de internationale beïnvloeding, zij het dat onduidelijk is in welke mate. Naar zijn oordeel is de ontwikkeling van een eigen rechtscultuur in de Europese Unie van belang om tegenwicht te bieden tegen het dominante Amerikaanse recht. Een zwakkere EU zou een sterkere claimcultuur bevorderen.

§ 3. Weging van de determinanten door de minister

1. VOORLOPIGE CONCLUSIE

Halverwege zijn brief concludeert de minister aldus⁴³⁴:

"Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd, dat de aanwezigheid in Nederland van zowel sterk sociaal- economische als juridische determinanten voeding geven aan zorg omtrent de ontwikkeling van een claimcultuur. Deze ontwikkeling wordt gevoed door internationale invloeden."

430. In dit verband kan natuurlijk onder meer, maar zeker niet alleen, worden gedacht aan HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB) DES-dochters en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS) Cijssouw/De Schelde.

431. Faure, M., "Beschouwingen over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235.

432. Daarover Faure, M., "Is aansprakelijkheid 'met terugwerkende kracht' efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1-11. Overigens wordt dit gevaar van een retroactieve aansprakelijkheid ook ingezien in het rapport van de werkgroep claimcultuur (17), waarop de brief van de minister is gebaseerd.

433. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 5.

434. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 5.

2. WEGING VAN POSITIEVE EN NEGATIEVE ASPECTEN

Wat vindt de minister nu van de toenemende claimcultuur? Hoewel 'claimcultuur' als zodanig een negatieve connotatie heeft, heeft de minister wel degelijk ook oog voor eventuele positieve aspecten van het verschijnsel⁴³⁵. Hij wijst er in dit verband in de eerste plaats op dat aansprakelijkheid voor schade potentiële veroorzakers stimuleert de nadelige gevolgen van hun handelen in de afweging te betrekken. Dit kan preventieve inspanningen bewerkstelligen, hetgeen maatschappelijk gewenst is. De minister⁴³⁶:

"Deze preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht komt door een sterkere claimbereidheid op zichzelf genomen beter tot haar recht."

In dit verband wijst de minister op een grotere productveiligheid (productenaansprakelijkheid), arbeidsveiligheid (werkgeversaansprakelijkheid), zorgvuldiger medisch handelen (medische aansprakelijkheid), hogere milieu-investeringen (milieuaansprakelijkheid) en ook een beter riskmanagement bij beroepsbeoefenaren. De minister ziet hier voordelen verbonden aan het aansprakelijkheidsrecht⁴³⁷:

"Het gaat hierbij om een marktconform instrument in tegenstelling tot andere instrumenten, zoals regulering (productnormen, veiligheidseisen) en tuchtrecht, waarvan de handhaving op problemen kan stuiten."

Verder wordt de veroorzaker (vooral bij risicoaansprakelijkheid) ook gedwongen de kosten van extra voorzorg evenals het resterende risico van schade te verwerken in de prijs van producten en diensten. Opnieuw is daaraan een voordeel verbonden: een adequaat productieniveau inhoudende dat risicovolle producten duurder worden en daardoor minder of eventueel niet worden gekocht of geproduceerd. Ten slotte appelleert vergoeding van de schade door de veroorzaker ervan ook aan het rechtvaardigheidsgevoel⁴³⁸.

"De gelaedeerde dient via financiële compensatie zo veel mogelijk op het welzijnsniveau van vóór de schadeveroorzakende gebeurtenis te worden teruggebracht."

Dit doet zich vooral voor, aldus de minister, wanneer ernstige schade het levensonderhoud en het welzijn van gelaedeerden in gevaar brengt. De minister merkt in dit verband terecht op dat het belang in dit verband toeneemt naar mate de sociale zekerheid wordt beperkt⁴³⁹.

Vervolgens brengt hij de negatieve aspecten van de claimcultuur in beeld⁴⁴⁰. In de eerste plaats leidt intensivering van de claimcultuur tot een toenemend beroep op de rechter. In samenhang met de groei van de advocatuur houdt dit in dat er beslag wordt gelegd op hooggekwalificeerd menselijk kapitaal dat voor andere doeleinden aangewend had kunnen worden.

In de tweede plaats kan de dreiging die uitgaat van hoge schadevergoedingen leiden tot maatschappelijk onwenselijk gedrag. In dit verband wijst de minister op een aantal Amerikaanse ontwikkelingen zoals

435. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 5 e.v. Zie in dit verband ook de reeds in de inleiding aangehaalde Leidse oratie van C.J.J.M. Stolker.

436. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 5.

437. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 5.

438. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 6.

439. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 6.

440. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 6 e.v.

onnodige investeringen, defensieve medicine, zelfcensuur, weigeren hulp te verlenen, afgeremde innovatie, afgedwongen schikkingen.

In de derde plaats kan – en dat is uiteraard gegeven de invalshoek van dit onderzoek relevant - de aansprakelijkheidsverzekeringspremie een groot en buitensporig deel gaan uitmaken van de prijs van producten, hetgeen tot te hoge prijzen van goederen en diensten kan leiden. Verder kan het zijn dat aansprakelijkheidsverzekeraars zich terugtrekken⁴⁴¹. Bij onverzekerbaarheid is een toename van faillissementen te verwachten en komt de vergoeding van schade aan gelaedeerden in gevaar⁴⁴². Overigens wijst de minister er in dit verband op dat in de VS in toenemende mate sprake is van zelfverzekering door bedrijven en (groepen van) beroepsbeoefenaren zoals medici⁴⁴³.

Ten slotte⁴⁴⁴:

"Moeilijker te wegen, maar daarom niet minder belangrijk is dat door een oprukkende claimcultuur de calculatie van financieel gewin zich verder verspreidt en wint aan acceptatie. De omgang tussen burgers komt dan sterker in dit teken te staan en kan leiden tot een versnelde afbraak van de sociale cohesie."

3. NADERE CONCLUSIE

In zijn nadere conclusie is de minister genuanceerd en legt hij in eerste instantie de nadruk op de positieve kanten. Zo stelt hij dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke maatschappelijke functie vervult doordat het actoren dwingt rekening te houden met de risico's van hun handelen. Verder is het onvermijdelijk en ook wenselijk dat burgers gebruik maken van het aansprakelijkheidsrecht om vergoeding te krijgen als sociale zekerheids- of verzekeringsarrangementen geen soelaas bieden. Vanuit deze optiek heeft de minister geen bezwaar tegen een veelvuldig gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Hij geeft zelfs aan tegen een enkele uitbreiding van aansprakelijkheid geen bezwaar te hebben⁴⁴⁵:

"In dit verband behoeft ook de uitbreiding van de mogelijkheid tot vordering van immateriële schade, mits deze beperkt blijft, niet negatief beoordeeld te worden."

4. AMERIKAANSE TOESTANDEN IN HOLLAND?

Het valt op dat de minister de toegenomen claimbereidheid positief weegt met het oog op de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. De overwegingen van de minister dat het aansprakelijkheidsrecht als een marktconform instrument kan worden beschouwd, wat het voordeel heeft dat de risico's die door bepaalde producten of diensten zullen worden veroorzaakt ook in de prijs worden gereflecteerd, konden zo uit een handboek rechtseconomie zijn gekomen. Het rapport over de claimcultuur waar de brief van de minister op is gebaseerd, is mede op rechtseconomische literatuur gebaseerd.

441. Dit verschijnsel doet zich in Nederland tot nu toe op beperkte schaal voor. Denk aan de aansprakelijkheid voor bloedbanken, aan de medische aansprakelijkheid in het algemeen, en aan de milieuaansprakelijkheid. Verder is het zo dat verzekeraars de afgelopen jaren de polisvoorwaarden in het algemeen hebben aangescherpt ten nadele van verzekerden (en indirect gelaedeerden). Dit heeft zich onder meer voorgedaan in het kader van de AVB-polis, de verzekering van beroepsaansprakelijkheid en van overheidsaansprakelijkheid. Zie ook hierna hoofdstuk 5, § 4.

442. Zie in dit verband Spier, J., "De (on)verzekerbaarheid van aansprakelijkheden", in *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata* (Van Dunné-bundel) (Ten Kate, J. e.a. red.), Deventer 1997, 409-422.

443. Deze tendens valt voor de medische aansprakelijkheid ook in Nederland aan te wijzen.

444. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 6.

445. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 7.

Het gaat pas mis in de visie van de minister wanneer negatieve aspecten optreden hetgeen vooral gebeurt in wat de minister als "extreme vormen van de claimcultuur" kwalificeert. In dit verband wordt eerst ingegaan op de specifieke situatie in de VS die zich in de visie van de minister inderdaad door een extreme claimcultuur kenmerkt. Hoewel de minister zelf enigszins vaag blijft over de vraag welke uitbreiding van claims als problematisch moet worden beschouwd, is hij duidelijk fel gekant tegen de excessen van de Amerikaanse claimcultuur.

Opvallend is voorts dat de minister ook de rol van het aansprakelijkheidsrecht in het garanderen van levensonderhoud van de slachtoffers benadrukt. Terecht stelt de minister dat die rol van het aansprakelijkheidsrecht belangrijker wordt naarmate het stelsel van de sociale zekerheid wordt beperkt. Los van de vraag dat niet helemaal duidelijk is of de minister dit nu als een positief aspect beoordeelt, blijkt nog eens dat de minister zich realiseert dat de overheid ten dele zelf een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht in de hand kan werken.

Wat de aangehaalde negatieve aspecten betreft, valt op dat dit betoog van de minister uitsluitend wordt onderbouwd door verwijzing naar "Amerikaanse toestanden". Enigszins kort door de bocht gesteld, betoogt de minister dus dat het met het aansprakelijkheidsrecht in Amerika klaarblijkelijk uit de hand is gelopen en dat de negatieve aspecten (onder meer betreffende de hoge proceskosten) belangrijker zouden zijn dan de positieve.

Voor Nederland is de waarde van dit betoog betrekkelijk. De minister geeft namelijk aan dat de sterke Amerikaanse claimcultuur wordt veroorzaakt door een aantal kenmerken van het Amerikaanse materiële recht en het Amerikaanse procesrecht. Een waarschuwing voor de toekomst moge dan op haar plaats zijn, zolang het Nederlandse recht die kenmerken ontbeert, gaat iedere vergelijking eigenlijk mank. Zo is het bijvoorbeeld interessant te lezen dat in de VS het aansprakelijkheidsrecht zou worden misbruikt door een groot aantal procedures in verschillende jurisdicties te starten, waardoor bedrijven met prohibitieve verdedigingskosten zouden worden geconfronteerd. Dergelijke problemen rijzen in Nederland voorlopig niet en ook niet in Europa, althans niet in die mate.

De minister houdt ons het Amerikaanse voorbeeld als spiegel voor met als impliciete waarschuwing dat Nederland de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur zeker niet zou mogen volgen. Een dergelijke waarschuwing is zinvol wanneer zou worden blootgelegd welke kenmerken nu exact tot de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur leiden, waarop de minister pas in het volgende onderdeel van zijn brief ingaat. Maar dan zou ook precies duidelijk moeten worden gemaakt welke determinanten, separaat of in combinatie tot die "extreme vormen" hebben geleid. Gebeurt dit niet, dan wordt al snel de verkeerde remedie voorgesteld.

§ 4. Remedies van de minister tegen de claimcultuur

1. DE REMEDIES VAN DE MINISTER

In dit kader wijst de minister er in de eerste plaats op dat bepaalde oorzaken of ontwikkelingen moeilijk te beïnvloeden zijn of het gevolg van overheidsbeleid. Wat dat laatste betreft moet bij de besluitvorming over het beleid dan ook aandacht worden besteed aan de gevolgen voor de claimcultuur⁴⁴⁶. Verder kan door middel van wetgeving het ontstaan van een claimcultuur worden tegengegaan. De minister onderscheidt in dit verband een drietal groepen van instrumenten⁴⁴⁷.

446. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 7.

447. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 8-9.

De eerste groep heeft betrekking op het materiële aansprakelijkheidsrecht. De minister geeft aan dat wetgeving duidelijkheid kan geven met betrekking tot de vraag wanneer aansprakelijkheid bestaat ter voorkoming van een beroep op de rechter en ter bevordering van buitengerechtelijke oplossing van geschillen.

De tweede groep richt zich op het verlagen van de baten van een civiele claim door middel van beperking van de aanspraken op schadevergoeding. In dit verband wijst de minister op art. 6:109 (rechterlijke matiging) en art. 6:110 BW (limitering bij AMVB). Wat dat laatste betreft suggereert hij toepassing van art. 6:110 wanneer de toegekende bedragen terzake van immateriële schadevergoeding uit de hand lopen. Verder stelt hij dat ten aanzien van de kring van gerechtigden tot immateriële schadevergoeding terughoudendheid zal worden betracht. Vooralnog is ons recht hier meer terughoudend dan in de ons omringende landen.

De derde groep ten slotte heeft betrekking op de juridische infrastructuur. In dit verband noemt de minister verhoging van de kosten van procederen en de proceskostenveroordeling. Hij lijkt niet onwelwillend te staan tegenover veroordeling in de kosten van de winnende partij (althans in meer dan nu voor vergoeding in aanmerking komt), zij het dat drempels in verband met kosten en rechtsbijstand in de weg zouden kunnen staan aan een grondwettelijk en verdragsrechtelijk vereiste effectieve toegang tot het rechtssysteem. Verder wordt in dit verband genoemd het tegengaan van het overnemen door derden van de financiële risico's van procederen door middel van afspraken op basis van no cure no pay en contingency fees. Handhaving van het Orde van Advocatenverbod staat ter discussie naar aanleiding van het oordeel van de NMA dat het wordt getroffen door het verbod van art. 6 Mededingingswet. Tenslotte noemt de minister het bevorderen van alternatieve geschillenbeslechting als mediation ter voorkoming van juridisering van conflicten.

2. BELEIDSVOORNEMENS

Uitgangspunt moet niet zozeer zijn tegengaan van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht maar het bestrijden en waar mogelijk voorkomen van uitwassen. Deze doen zich voor wanneer de genoemde negatieve aspecten zo dominant worden dat ernstige maatschappelijke schade optreedt. Op dit moment is dat naar het oordeel van de minister nog niet het geval⁴⁴⁸. De benadering van kabinet heeft daarom een proactief karakter:

- systematische verzameling van informatie;
- niet introduceren van elementen die claimcultuur kunnen bevorderen: punitive damages, excessieve vormen van resultaatsafhankelijke beloning in de rechtshulpverlening.

§ 5. Kritische analyse

1. HET ONTBREKEN VAN EEN NORMATIEF REFERENTIEKADER BREEKT HET KABINET OP

De brief van het kabinet roept waardering op. Het is immers van belang dat de factoren die tot een claimcultuur kunnen leiden, worden geïnventariseerd. Ook het plan om de toename van claims te bewaken via een adequate gegevensbank verdient lof.

448. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 9.

Aan de andere kant moet worden geconstateerd dat hoe terughoudend de brief bij eerste lezing ook lijkt, eigenlijk in de brief van het kabinet doorschemert dat verdere toename van het aantal claims en verdere uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht onwenselijk is. Er is *nog* geen groot probleem, doch dat komt er wel wanneer de status quo niet gehandhaafd blijft: alleen tegen die achtergrond is te verklaren waarom in de brief, bijna tussen neus en lippen door, wordt opgemerkt dat uitbreiding van de kring van gerechtigden bij smartegeld niet wenselijk is, dat limitering van smartegeld bij (verdere) stijging van het vergoedingsniveau op dit punt een serieuze optie is en dat introductie van punitive damages en 'no cure no pay'-systemen moeten worden voorkomen.

Dat het kabinet oog heeft voor de positieve kanten van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, kan niet worden ontkend, doch dit levert nog geen geschikt normatief referentiekader op. Om de ontwikkelingen in en buiten het aansprakelijkheidsrecht goed te kunnen beoordelen is in ieder geval een visie op de functies van het aansprakelijkheidsrecht nodig⁴⁴⁹.

In hoofdstuk 2 hebben wij gesteld, en het kabinet zal dit oordeel ongetwijfeld onderschrijven, dat het aansprakelijkheidsrecht een aantal belangrijke functies heeft: preventie (beïnvloeding van gedrag), vergoeding en kostenallocatie. Een en ander wordt op dit moment gerealiseerd in een aansprakelijkheidsrecht dat diverse typen aansprakelijkheden kent (aansprakelijkheid voor eigen gedrag, voor andermans gedrag, voor zaken), die echter gemeen hebben dat steeds van enig tekortschieten van personen of zaken kan worden gesproken. Kort gezegd: zonder tekortkoming geen aansprakelijkheid. Belangrijk element is verder dat bij eigen schuld van gelaedeerden in beginsel in zoverre geen vergoeding plaatsvindt (art. 6:101 BW). Door de combinatie van tekortkoming en (afwezigheid van) eigen schuld wordt een bepaalde gedragsbeïnvloeding beoogd, wordt (als aan de voorwaarden is voldaan) aan bepaalde slachtoffers vergoeding verleend en wordt ook een zekere kostentoerekening gerealiseerd. Kern van het systeem zijn in deze visie echter tekortkoming en (afwezigheid van) eigen schuld. Al eerder hebben wij deze visie aan de orde gesteld in hoofdstuk 2.

Zolang aan deze voorwaarden wordt vastgehouden is het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht positief te waarden, omdat hiermee een bijdrage wordt geleverd aan het realiseren van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Toename van het aantal claims, die om de een of andere reden kennelijk aanvankelijk niet werden ingesteld, kan dan ook moeilijk negatief worden genoemd⁴⁵⁰. Dat wordt niet anders wanneer die toename bijvoorbeeld is terug te voeren op 'nieuwe systemen' als 'no cure no pay-vergoedingsstelsels'.

Problematisch zijn, tegen de geschetste achtergrond, bijvoorbeeld wel die ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht, en zij kunnen zowel op het conto van de wetgever als van de rechter worden geschreven, waarbij aan deze fundamentele noties wordt getornd zoals bijvoorbeeld op het terrein en de werkgeversaansprakelijkheid gebeurt. Introductie van aansprakelijkheid *zonder tekortkoming ongeacht eigen schuld aan de zijde van de gelaedeerde* staat haaks op de uitgangspunten, heeft bijvoorbeeld niet de juiste effecten op het vlak van gedragsbeïnvloeding (zorgvuldig gedrag wordt niet beloond, onzorgvuldig gedrag blijft onbestraft) en leidt ook tot onzuivere kostentoerekening.

Dit soort ontwikkelingen is eens te meer problematisch wanneer ook andere trends in de beschouwingen worden betrokken: juist de combinatie van het afwijken van de klassieke uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht (ook wel socialisering genoemd) en de toename van de druk op het aansprakelijkheidsrecht door bijvoorbeeld de, door het kabinet verkozen, afkalving van de sociale

449. Zie in dit verband recentelijk ook de Tilburgse afscheidsrede van Spier, J., *Naar een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Deventer, Kluwer, 1999.

450. Zie in dit verband ook Spier, J., "Enkele vragen rond het fenomeen claim-cultuur", *A&V*, 1999, 84.

zekerheid zorgt voor problemen van betaalbaarheid en verzekerbaarheid. Ook daar hebben wij, zowel in hoofdstuk 1 als 3, reeds op gewezen.

Ook vanuit dit laatste perspectief, verzekerbaarheid, zou het kabinet een aantal ontwikkelingen hebben kunnen toetsen. Problematisch zijn dan bijvoorbeeld, behalve de genoemde socialisering in combinatie met afkalving van de sociale zekerheid, bepaalde ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht als het afwentelen van causaliteitonzekerheid en toepassen van aansprakelijkheidsrecht met terugwerkende kracht⁴⁵¹.

Het kabinet voelt bij zijn "weging van de positieve en negatieve aspecten" van de verhoging van de claimcultuur wel aan dat er positieve aspecten zitten aan het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, maar laat na om aan te geven hoe de verschillende determinanten nu moeten worden beoordeeld. Bijvoorbeeld aan de hand van de hiervoor gegeven kaders (functies aansprakelijkheidsrecht, verzekerbaarheid) was het mogelijk geweest om de verschillende determinanten te toetsen: brengen zij de verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in gevaar, valt van een toename van aansprakelijkheid een positieve gedragsverandering bij potentiële daders te verwachten etc.? Dan wordt het mogelijk om aan te geven welke determinanten tot specifieke problemen aanleiding kunnen geven en kunnen daarop ook de remedies worden gericht. Nu somt het kabinet een groot aantal determinanten op die tot een verhoging van de claimconjunctuur zouden kunnen leiden, om dan tot de vaststelling te komen dat er vandaag de dag in Nederland nog niet veel mis is in het aansprakelijkheidsrecht, zij het dat we er toch voor moeten waken de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur alhier niet over te nemen.

Het ontbreken van een normatief referentiekader breekt het kabinet inderdaad op. Toename van claims zegt immers, hoe interessant ook, op zich zelf niets over het al dan niet wenselijk zijn van claims.

Wat te denken bijvoorbeeld van de stijging van het aantal claims in de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid⁴⁵²? Dient een dergelijke stijging op normatief vlak als onwenselijk te worden gekwalificeerd? Ook wanneer het uiteindelijk zou gaan om tot voor kort latent gebleven gerechtvaardigde claims gegrond op wanprestatie of onrechtmatig handelen van professionals die nu daadwerkelijk worden ingesteld⁴⁵³? Vanuit de geschetste visie op de functies van het aansprakelijkheidsrecht zou deze ontwikkeling veeleer positief moeten worden gewaardeerd.

Hetzelfde geldt voor de ontwikkelingen in de sfeer van de rechtshulpverlening. Indien de hypothese juist is dat vandaag de dag slachtoffers in Nederland geen volledig gebruik maken van de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht hen nu reeds biedt, kan inderdaad worden verwacht dat de overschakeling naar 'no cure no pay' het aantal claims zal doen toenemen. Wanneer dit betekent dat tot nu toe latent gebleven claims die op onrechtmatig handelen van de veroorzaker zijn gebaseerd alsnog worden geactiveerd, kan dit moeilijk als een maatschappelijk onwenselijke ontwikkeling worden gezien. In de brief wordt dit echter wel gesuggereerd.

Ook ten aanzien van de uitbreiding van het materiële aansprakelijkheidsrecht rijst de vraag hoe deze determinant normatief moet worden beoordeeld. Juist hier is het door ons gegeven mogelijke perspectief

451. Dit hebben wij, voor het terrein van de beroepsziekten, eerder uitgewerkt in Faure, M. en Hartlief, T., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142.

452. Daarover Stolker, C.J.J.M., "Aansprakelijkheid voor beroepsfouten - van droomcarrière naar nachtmerrie", *AA*, 1995, 13-25.

453. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het betoog van Verkruijsen dat in Nederland jaarlijks 3000 personen zouden sterven ten gevolge van "vermijdbaar medisch handelen", terwijl dit bovendien aanleiding zou geven tot 25.000 gevallen van letselschade. Toch werden er, nog steeds volgens Verkruijsen, in 1992 slechts 100 claims uitgebracht wegens medische aansprakelijkheid (Verkruijsen, W.G., "De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voorgeschiedenis en het te verwachten gevolg", *NJB*, 1997, 846-853).

om na te gaan welke de effecten zijn van een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor de verzekeraarheid van bepaalde risico's aantrekkelijk. Vanuit dit perspectief kan worden betoogd dat bepaalde ontwikkelingen, zoals bijvoorbeeld de groei van het aantal risicoaansprakelijkheden, niet problematisch zijn zolang zij voorzienbaar zijn⁴⁵⁴, terwijl andere ontwikkelingen, zoals de ook door het kabinet vermelde afwenteling van de causaliteitsonzekerheid op de veroorzaker of de aanvaarding van retroactieve aansprakelijkheid⁴⁵⁵ dat wel zijn.

Het is weinig zinvol om de verhoging van het aantal claims te bekijken zonder de vraag te stellen of die claims al dan niet aan een maatschappelijk gewenste functie van het aansprakelijkheidsrecht beantwoorden. Het zij herhaald, bijvoorbeeld aan de hand van de door hiervoor geschetste kaders, was het goed mogelijk geweest deze vraag aan een nader onderzoek te onderwerpen.

De lezer vraagt zich wellicht af waarom in dit hoofdstuk zo uitvoerig wordt stilgestaan bij de brief van het Kabinet, nu deze vervolgens ernstig wordt bekritiseerd. Wat is de waarde dan van deze beschouwingen voor dit onderzoek? Het antwoord is eenvoudig: de Kabinetsbrief is zowel wat analyse van oorzaken betreft als wat waardering van de ontwikkelingen in en om het aansprakelijkheidsrecht illustratief voor de Nederlandse discussie. Anders gezegd: velen delen de analyse van het kabinet en ook diens oplossingsmiddelen. Onze kritiek op het kabinet is daarmee van en meer algemene betekenis. Zo bekeken ligt het voor de hand in dit onderzoek uitvoerig aandacht te besteden aan de inhoud van de brief van het kabinet.

Onze kritiek richt zich echter niet alleen op het ontbreken van een normatief referentiekader. We plaatsen daarvan ook enkele kanttekeningen bij de door het kabinet gemaakte analyse van de oorzaken van de claimcultuur.

2. ONTWIKKELINGEN IN DE RECHTSHULPVERLENING. ZIJN ZIJ WERKELIJK RISKANT?

Het kabinet hecht bijvoorbeeld nogal wat belang aan een aantal ontwikkelingen in de sfeer van de rechtshulpverlening. Zo zijn in de brief terug te vinden⁴⁵⁶:

- de toegenomen omvang van de advocatuur;
- de verruiming van de mogelijkheden om in eigen persoon te procederen als gevolg waarvan vorderingen goedkoper kunnen worden ingesteld; en
- het bestaan van een toegankelijke rechtshulpverlening waarbij het kabinet behalve de Wet op de Rechtsbijstand ook het fenomeen rechtsbijstandsverzekering noemt alsmede het bestaan van andere voorzieningen (ANWB, Consumentenbond, vakbond) evenals de groep hulpverleners die op basis van 'no cure no pay' werkzaam is. In dit kader kan aan letselschadebureau's worden gedacht.

Naar ons idee is de invloed van deze ontwikkelingen op de claimcultuur zeker niet zo duidelijk is als het kabinet suggereert. Zo stelt het kabinet onder meer dat de groei van het aantal advocaten de toename van de claimcultuur in de hand zou hebben gewerkt⁴⁵⁷. Het aanbod zou dus, tegen de normale economische logica, de vraag creëren. In sommige studies is inderdaad vastgesteld dat in de periode waarin het aantal

454. Faure, M., "Beschouwingen over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235. Zie in vergelijkbare zin Frenk, N., *o.c.*, 1548.

455. Daarover Faure, M., "Is aansprakelijkheid 'met terugwerkende kracht' efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1-11. Overigens wordt dit gevaar van een retroactieve aansprakelijkheid ook ingezien in het rapport van de werkgroep claimcultuur (p. 17), waarop de brief van de minister is gebaseerd. Zie bovendien ook, genuanceerd, Frenk, N., *o.c.*, 1548.

456. Zie in dit verband reeds Faure, M., en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995, 73-81.

457. Dit suggereert ook Frenk, N., *o.c.*, 1548.

advocaten toenam, ook het aantal rechtsgedingen toenam⁴⁵⁸. Minder duidelijk is echter wat oorzaak en gevolg is. Bruinsma suggereert dat de toename van het aantal rechtszaken in Nederland gedurende de periode 1976-1986 verband hield met de verdubbeling van het aantal advocaten in dezelfde periode⁴⁵⁹, hetgeen echter door Snijders werd bestreden⁴⁶⁰. De Vlaamse rechtssocioloog Langerwerf is een van de weinigen die de relatie tussen het aantal advocaten en het aantal rechtsgedingen ook empirisch heeft onderzocht⁴⁶¹. Hij stelt vast dat de toename van het aantal rechtsgedingen geen verband houdt met het aantal advocaten, maar veeleer gerelateerd is aan socio-economische factoren⁴⁶². Het - beperkte - beschikbare empirische materiaal biedt dus geen steun voor de stelling van het kabinet dat meer advocaten automatisch tot meer claims leidt.

Het is zeker juist dat de mogelijkheden om in eigen persoon te procederen zijn verruimd, maar het is nog maar de vraag of dat in de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht ook tot meer vorderingen heeft geleid. Bijvoorbeeld claims inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten komen in beginsel voor de kantonrechter, waar vrije procesvertegenwoordiging geldt. Toch kan worden vastgesteld dat in de praktijk nog steeds advocaten worden ingeschakeld, ook op de domeinen waar het procesmonopolie is afgeschaft.

Andere factoren waar het kabinet in dit verband op wijst, zoals het toenemend gebruik van rechtsbijstandverzekeringen, kunnen vermoedelijk wel een invloed op de claimcultuur hebben. Hoewel ook een rechtsbijstandverzekeraar zal toetsen of er een "gerede kans op succes" van de vordering bestaat, zal een rechtsbijstanddekking zeker een stimulerende invloed op het claimedrag hebben in die gevallen waarin de justitiabele een beroep op het aansprakelijkheidsrecht had kunnen doen maar dit vanwege de kosten van de rechtshulp in het verleden niet deed.

In verband met de rechtshulp noemt het kabinet, zoals vermeld, ook 'no cure no pay'-betalingssystemen als potentieel claimverhogend. Hoewel het kabinet 'no cure no pay' in eerste instantie alleen in verband brengt met andere rechtshulpers dan de advocatuur wordt er later in de brief op gewezen dat dit systeem aan de basis zou liggen van een excessieve claimcultuur in de VS.⁴⁶³ Ook die stelling blijkt echter alleen op een "natte vinger"-gevoel te zijn gebaseerd en niet door empirisch onderzoek te worden onderbouwd. In de economische literatuur is er op gewezen dat 'contingency fee'-systemen wel betere prikkels kunnen geven aan de rechtshulpverlener om sterke inspanningen te leveren, maar niet noodzakelijk tot meer vorderingen zullen leiden. De advocaat zal zelf immers een inschatting maken van zijn kans op succes en kansloze vorderingen niet instellen⁴⁶⁴. Alleen zou 'no cure no pay' kunnen meebrengen dat kansvolle claims die vandaag nog niet worden gebracht bij invoering van een dergelijk systeem wel zouden worden ingesteld⁴⁶⁵.

458. Zie bijvoorbeeld voor de ontwikkeling in België tussen 1970 en 1983 het onderzoek van Langerwerf, E. en Van Loon, F., "De rechtbanken in de jaren zeventig: een explosie van zaken?", *Rechtskundig Weekblad*, 1984-85, 369-386.

459. Bruinsma, F., "Overbelasting van de civiele kamer van de HR", *NJB*, 1986, 924.

460. Snijders, H.J., "Naschrift", *NJB*, 1986, 924-925.

461. Langerwerf, E., "De sociaal-economische ontwikkeling en de procesvoeringsratio's van de burgerlijke rechtbanken tussen 1950 en 1980", *Economisch en Sociaal Tijdschrift*, 1986, 87-102.

462. Ook in de Verenigde Staten was men tot dezelfde conclusie gekomen: voor de stelling "more lawyers causes more claims" is geen empirische ondersteuning te bieden (Cooter, R. en Ulen, Th., *Law and Economics*, 2nd ed., Glenview, 1997, 343-345).

463. Resp. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 4 en 7 en 9.

464. Posner, R., *Economic Analysis of Law 4th ed.*, Boston, Little Brown & co., 1992, 569 (zie nochtans Cooter, R. en Ulen, Th., *o.c.*, 344, die dit enigszins nuanceren.)

465. Zie recentelijk ook Kerkmeester, H.O., "Contingency fees en letselschade: een rechtseconomische analyse", *VR*, 1999, 257-261. Ook Elzas, R.Ph. "Cure and pay", *VA*, 1999, 51-52 is vrij positief over deze vormen van beloning.

3. BELANGRIJKE OORZAKEN LIGGEN BIJ DE OVERHEID ZELF

Hiervoor is al vastgesteld dat ook het kabinet inziet dat belangrijke oorzaken van de claimcultuur bij de overheid zelf liggen. Zo geeft het kabinet terecht⁴⁶⁶ aan dat naarmate de mogelijkheid om langs de weg van het sociale zekerheidsstelsel vergoeding te krijgen wordt teruggedrongen sneller een beroep zal worden gedaan op het civiele aansprakelijkheidsrecht. Bovendien heeft ook de coulante opstelling van de overheid waar het de vergoeding van schade aan slachtoffers van rampspoed betreft een bijdrage geleverd.

De keuzes door de overheid dragen bij aan de claimcultuur. Het is dan ook precies om deze reden dat er in de literatuur nogal indringend werd gewaarschuwd voor (de consequenties van) deze beleidskeuzes. Zo is gewaarschuwd voor de neiging om elke schade te willen vergoeden, hetzij via het aansprakelijkheidsrecht, hetzij via collectieve regelingen⁴⁶⁷. Het kabinet geeft nu meer impliciet te kennen te beseffen dat dit soort ruimhartige regelingen voor specifieke slachtoffers (bijvoorbeeld van wateroverlast) inderdaad de claimcultuur in de hand werken.

De waarschuwingen in de literatuur golden echter vooral de consequenties voor het aansprakelijkheidsrecht van de trend van deregulering en privatisering in en van de sociale zekerheid⁴⁶⁸. Naar mate de sociale zekerheid afkalft wordt het aansprakelijkheidsrecht voor de vergoeding van primaire levensbehoeften steeds belangrijker. Nederland is die weg juist ingeslagen⁴⁶⁹. Dat de overheid terugtreedt op het vlak van de sociale zekerheid leidt onvermijdelijk tot een toenemend gebruik van het aansprakelijkheidsrecht⁴⁷⁰.

4. (OVERDREVEN) ANGST VOOR AMERIKAANSE TOESTANDEN

Ook het kabinet is niet onberoerd gebleven door: de angst voor Amerikaanse toestanden. Dit blijkt wanneer het kabinet aangeeft wanneer het met de claimcultuur in Nederland mis gaat. Dat is naar het oordeel van het kabinet het geval wanneer zich "extreme vormen van de claimcultuur" aandienen. Vervolgens wordt in de brief verwezen naar de situatie in de VS die zich in de visie van het kabinet door een extreme claimcultuur kenmerkt. Het lijkt erop dat het kabinet ons het Amerikaanse voorbeeld wil voorhouden om te voorkomen dat wij de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur overnemen. Het kabinet blijft hierbij overigens vaag over de vraag welke uitbreiding van claims als problematisch moet worden beschouwd. Een dergelijke waarschuwing heeft echter alleen maar zin wanneer zou worden blootgelegd welke kenmerken nu exact tot de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur leiden. Dan zou ook duidelijk moeten worden gemaakt welke determinanten, separaat of in combinatie, tot die "extreme vormen" hebben geleid. Anders is het gevaar van een verkeerde diagnose en derhalve van een verkeerd medicijn reëel.

Behalve sociaal-economische factoren zoals een beperkt niveau van sociale zekerheid is de extreme claimcultuur in de VS, volgens de brief, te herleiden tot in de eerste plaats de hoge vergoeding aan immateriële schadevergoeding (mede als gevolg van toekenning door jury) en de toekenning van punitieve damages. Beide hebben grote invloed op de omvang van de aansprakelijkheidslast. Verder noemt het kabinet de resultaatsafhankelijke beloning voor rechtshulpverleners ('no cure no pay', 'contingency fee')

466. *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 630, nr. 1, 2 e.v. Zie ook Hartlief, T., *o.c.*, 32-33 met verdere verwijzingen.

467. Hartlief, T., *o.c.*, 71.

468. Zie Faure, M. en Hartlief, T., *o.c.*, *NJB*, 1998, 1135-1142.

469. Zie daarover onder meer Fase, W.J.P.M., *Wederzijds begrip: over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, Deventer, Kluwer, 1993 en Fase, W.J.P.M., "Privatisering van de Ziektewet", *SMA*, 1995, 348-362.

470. Zie in dit verband bijvoorbeeld Hartlief, T., *o.c.*, 30-31 en 56-57 en Frenk, N., *o.c.*, 1547; vergelijk verder Van Manen, N.F., "De paradox van individualisering en collectivisering", in Van Manen, N.F. en Stutterheim, R.H. (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 95-113.

als belangrijke oorzaak van de excessieve claimcultuur⁴⁷¹. Zij leidt tot grote inspanningen bij de acquisitie van zaken (ambulance chasers) en tot een opwaartse druk op de hoogte van schadeclaims.

Afgezien van het laatste punt, in Nederland is het verbod van een resultaatsafhankelijke beloning voor de advocatuur juist in discussie mede naar aanleiding van een voorlopig oordeel van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), spelen deze punten niet in Nederland⁴⁷².

En dan nog is daarmee niet gezegd dat zij werkelijk problematisch zijn en om die reden dus niet in Nederland moeten worden ingevoerd. Er valt namelijk nogal wat af te dingen op de door het kabinet gehanteerde methodologie. Zo worden enkele kenmerken van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht genoemd, die verschillen van het Nederlandse, waarbij al te gemakkelijk wordt aangenomen dat deze tot de extreme Amerikaanse claimcultuur hebben geleid⁴⁷³. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de toekenning van "punitive damages" op zichzelf problematisch is⁴⁷⁴, of dat het veeleer de rol is van de Amerikaanse jury's die tot de excessen leidt waar het kabinet tegen gekant is⁴⁷⁵. Wanneer de precieze oorzaken van de Amerikaanse excessen niet nauwkeurig worden bepaald, bestaat bijvoorbeeld het risico dat men zou menen dat punitive damages op zichzelf tot een excessieve claimcultuur zouden leiden en dus uit het Nederlandse recht verbannen dienen te worden, terwijl het goed mogelijk is dat die excessen zich wellicht alleen voordoen bij een jurysysteem en niet in een systeem waarin de bedragen door de rechter zouden worden vastgesteld. Men moet immers, zie hiervoor, een verschil maken tussen enerzijds de positieve vraag of de aansprakelijkheidslast door bepaalde factoren uitbreidt en anderzijds de normatieve vraag of the claimstoename al dan niet wenselijk is. Die laatste vraag kan alleen maar worden beantwoord wanneer de claimstoename wordt beschouwd in het licht van de functies van het aansprakelijkheidsrecht.

Tenslotte stapt het kabinet te makkelijk heen over het argument dat Amerikaanse slachtoffers het aansprakelijkheidsrecht wel moeten gebruiken voor de primaire levensbehoeften, omdat sociale zekerheidssystemen daar geen soelaas bieden. Dit is vermoedelijk een veel belangrijker determinant ter verklaring van de claimcultuur dan het bestaan van resultaatsafhankelijke beloning voor rechtshulpverleners. Het ware dus verstandiger geweest wanneer het kabinet eerst zou vaststellen welke determinanten nu het belangrijkste gewicht hebben bij het veroorzaken van de, naar de mening van het kabinet, excessieve Amerikaanse claimcultuur vooraleer naar bepaalde remedies wordt gezocht. Dat dit niet is gebeurd, heeft ongetwijfeld zijn gevolgen, ook wat de voorgeschreven remedies betreft.

5. HET MEDICIJN EN DE KWAAL

En inderdaad: de door het kabinet voorgeschreven remedies en beleidsvoornemens lijden aan hetzelfde euvel als de diagnose. Omdat het kabinet bij het overzicht van de factoren die de claimcultuur beïnvloeden, het belang van de diverse determinanten niet heeft gewogen en evenmin een normatief toetsingskader heeft geboden om de verschillende determinanten te beoordelen, richt het zijn pijlen

471. Hierbij zij overigens vermeld dat het rapport van de Werkgroep claimcultuur (p. 27 e.v.) minder uitgesproken negatief is.

472. Zie in dit verband reeds Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, 76-81.

473. Zie algemeen over het Amerikaans schadevergoedingsrecht Stolker, C.J.J.M., *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Kluwer/Bohn, Scheltema en Holkema, 1989, Bolt, A.T., *Loterij of rechtspraak; een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaans recht inzake schadevergoeding bij letsel of overlijden*, Deventer, Kluwer, 1992 en Schirmeister, F.C., *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht, De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten*, diss. VU, Lelystad, Vermande, 1996.

474. Dit wordt overigens in een krachtig recent betoog ontkend door Kerkmeester (Kerkmeester, H.O., "Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans", *NJB*, 1998, 1807-1813).

475. Overigens is uit een recent Amerikaans empirisch onderzoek gebleken dat punitive damages relatief weinig worden toegekend en dat de omvang ervan redelijk voorspelbaar zou zijn (Eisenberg, Th. e.a., "The predictability of punitive damages", *Journal of Legal Studies*, 1997, 623-661), maar die onderzoeksresultaten worden krachtig bestreden door Polinsky, A.M., "Are punitive damages really insignificant, predictable and rational? A comment on Eisenberg et al.", *Journal of Legal Studies*, 1997, 663-677.

uitsluitend op enkele materieelrechtelijke en processuele aspecten, waarin het Nederlandse recht verschilt van het Amerikaanse. Het gevaar van die fragmentarische benadering is uiteraard dat men slechts een medicijn biedt met een zeer beperkte werking, omdat men klaarblijkelijk de werkelijke oorzaak van de kwaal niet kan of wil onderkennen.

Wanneer beleid wordt geformuleerd met betrekking tot het tegengaan van excessieve vormen van een claimcultuur, dient natuurlijk eerst te worden nagegaan welke determinanten kunnen of moeten worden beïnvloed door overheidsbeleid; vervolgens moet worden bekeken of elke uitbreiding van claims steeds als negatief dient te worden beoordeeld. Neem bijvoorbeeld het argument dat de claimcultuur toeneemt door een complexer wordende samenleving en door verzakelijking van relaties. Die vaststelling is ongetwijfeld juist, maar de verhoging van het aantal claims die het gevolg is van die determinanten kan uiteraard moeilijk door overheidsbeleid worden beïnvloed en dat hoeft naar onze mening ook niet, juist omdat een dergelijke verhoging van claims ook niet per definitie als negatief dient te worden beoordeeld. We hebben dat hiervoor reeds uitgewerkt.

In de tweede plaats zijn er, ook daar zijn we uitvoerig op ingegaan, determinanten die juist het gevolg zijn van overheidsbeleid. Het kabinet ziet dit wel, doch trekt vervolgens niet de juiste conclusie. In de brief wordt slechts gesteld dat "bij de besluitvorming over het beleid de gevolgen voor de ontwikkeling van de claimcultuur onder ogen zullen moeten worden gezien". Het wekt bevreemding dat het kabinet niet meer en detail onderzoekt waarom plots in de jaren '90, na de dereguleringswave in de sociale zekerheid, de claimcultuur in het aansprakelijkheidsrecht als een probleem wordt ervaren, terwijl dit, pakweg 15 jaar geleden, nog niet het geval was. Heeft het kabinet niet zelf gesteld dat de extreme claimcultuur in de V.S. mede veroorzaakt wordt door het beperkte niveau van sociale zekerheid? Ligt het dan niet meer voor de hand dat eerst wordt onderzocht of er wellicht een relatie bestaat tussen de deregulering en privatisering van de sociale zekerheid in Nederland en het toegenomen gebruik van het aansprakelijkheidsrecht en ligt het dan ook niet voor de hand om eerst op dat vlak voor de hand liggende remedies voor te schrijven? Integendeel, het kabinet geeft er de voorkeur aan via (andere) wetgeving de claimcultuur aan te pakken.

Maar ook op zijn suggesties in dit verband valt het een en ander af te dingen. De belangrijkste materieelrechtelijke suggestie, limitering, wekt bevreemding, omdat limitering haaks staat op de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, die door het kabinet hoog in het vaandel wordt gedragen⁴⁷⁶. Het is verder merkwaardig dat het kabinet reeds voor terughoudendheid pleit ten aanzien van smartegeld, zelfs nog voordat van enig probleem in het Nederlands aansprakelijkheidsrecht sprake is. Hetzelfde geldt ten aanzien van de invoering van punitive damages, waar het kabinet sterk tegen is gekant. Het is, zoals aangegeven, vermoedelijk niet het systeem van punitive damages als zodanig dat tot een excessieve Amerikaanse claimcultuur heeft geleid, maar wel de vaststelling van de bedragen door de jury's⁴⁷⁷. Al te vlug stapt het kabinet heen over de mogelijke voordelen van punitive damages op preventief vlak, zoals die onlangs nog door Kerkmeester werden onderstreept⁴⁷⁸. Ook de suggestie om geen 'no cure no pay'-betalingssystemen in het Nederlandse recht in te voeren, lijkt weinig zinvol nu uit die zelfde Amerikaanse literatuur juist blijkt dat een resultaatsafhankelijke beloning niet tot een excessieve claimcultuur hoeft te leiden. Ook wat dat betreft, gaat het kabinet al te vlug voorbij aan de voordelen van 'contingency fee'-systemen. Het is ongetwijfeld mogelijk dat bepaalde slachtoffers in Nederland nog geen volledig gebruik maken van de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht hen nu reeds biedt. Verwacht kan worden dat een overschakeling naar een 'contingency fee'-systeem het aantal claims,

476. Zie ook De Vries, F.J., *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. RUL, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 226-228.

477. Zie daarover Bolt, A.T. en Lensing, J.A.W., *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1993, 26-30. Ook hier dient overigens te worden vermeld dat het rapport van de werkgroep claimcultuur op dit punt terughoudender is dan de brief van het kabinet.

478. Zie Kerkmeester, H.O., *o.c.*, 1807-1813; zie eveneens Polinsky, A.M. en Shavell, S., "Punitive Damages: an Economic Analysis", *Harvard Law Review*, 1998, 869-962.

bijvoorbeeld inzake medische aansprakelijkheid, dan inderdaad zal doen toenemen. Maar wanneer dit ertoe leidt dat bepaalde latente claims worden geactiveerd op een zodanige wijze dat het aansprakelijkheidsrecht wederom zijn preventieve werking kan vervullen, dient dit fenomeen niet per definitie als negatief te worden beoordeeld.

§ 6. De betekenis van de claimcultuur voor het aansprakelijkheidsrecht

In dit hoofdstuk is uitgebreid ingegaan op de kabinetsbrief inzake de claimcultuur.

De grootste zwakte van de brief is het ontbreken van enig normatief kader en van een heldere visie op de functie van het aansprakelijkheidsrecht. De minister van Justitie voelt bij zijn "weging van de positieve en negatieve aspecten" van de verhoging van de claimcultuur wel aan dat er toch enige positieve aspecten zitten aan het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, maar laat na om aan te geven hoe de verschillende determinanten nu moeten worden beoordeeld.

De brief van de minister over de claimcultuur verdient ook in het kader van dit onderzoek een uitgebreide bespreking, juist omdat deze duidelijk maakt dat wanneer men de claimcultuur geïsoleerd bekijkt, zonder aandacht te hebben voor de functies van het aansprakelijkheidsrecht, het risico bestaat dat men een al te negatief en ongenueanceerd beeld geeft ten aanzien van elk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht ter vergoeding van schade veroorzaakt door nieuwe risico's.

Nu somt de ministeriële brief een groot aantal determinanten op die tot een verhoging van de claimcultuur zouden kunnen leiden, om dan tot de verrassende vaststelling te komen dat er vandaag de dag in Nederland nog niets mis is met de claimcultuur in het aansprakelijkheidsrecht, terwijl we er wel voor zouden waken de "extreme vormen" van de Amerikaanse claimcultuur alhier niet over te nemen. Het gebrek aan normatief kader heeft uiteraard ook consequenties wat betreft de voorgeschreven remedies. Die lijken ook vooral gestoeld zijn op de vrees dat de Amerikaanse claimcultuur naar Nederland zou kunnen overwaaien. Het is daarbij vooral opmerkelijk dat de minister veel aandacht besteedt aan hypothetische ontwikkelingen zoals de invoering van punitieve damages en (te) hoge vergoedingen voor smartegeld, maar aan de actualiteit - deregulering van de sociale zekerheid - nauwelijks aandacht besteedt wanneer de remedies moeten worden voorgeschreven. Hadden niet vele aansprakelijkheids-juristen gewaarschuwd voor een toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht als gevolg van een 'terugtrekkende overheid' in de sociale zekerheid en is niet de belangrijkste les uit het Amerikaanse voorbeeld dat deze druk inderdaad te groot wordt wanneer slachtoffers het aansprakelijkheidsrecht ook zullen moeten gebruiken ter compensatie van primaire levensbehoeften? Deze vragen blijven in de ministeriële brief onbeantwoord.

Het kabinet durft gek genoeg noch wat betreft de determinanten, noch wat betreft de voor de hand liggende remedies de juiste lessen te trekken uit het Amerikaanse voorbeeld. Is de belangrijkste reden voor de excessieve Amerikaanse claimcultuur immers niet gelegen in het feit dat, zoals het kabinet zelf ook aangeeft, Amerikaanse slachtoffers gedwongen zijn om het aansprakelijkheidsrecht te gebruiken teneinde in hun primaire levensbehoeften te voorzien? Wellicht is het verschil in het sociaal zekerheidsniveau tussen Europa en de Verenigde Staten een van de belangrijkste determinanten voor het verschil in claimcultuur. Wanneer dus wordt vastgesteld dat de toename van het aantal claims een logisch gevolg is van deregulering en privatisering in de sociale zekerheid (en zelfs een ten dele door de overheid gewild gevolg) moet een remedie uiteraard veel meer in die richting gezocht worden⁴⁷⁹.

479. In die zin - impliciet - eveneens De Leede, L., "Meer aandacht voor beroepsziekten", *NJB*, 1998, 1779-1780.

Wij beweren geenszins dat er vandaag geen probleem zou zijn door een toename van claims. Dat is er wel degelijk - maar dat is voornamelijk veroorzaakt door het feit dat Nederlandse slachtoffers vandaag, anders dan tien jaar geleden, gedwongen zijn om nu het aansprakelijkheidsrecht te gebruiken ter dekking van de primaire levensbehoeften. Dat is de belangrijkste les uit het Amerikaanse voorbeeld⁴⁸⁰. Het ligt dan ook veeleer voor de hand in die richting naar een remedie te zoeken in plaats van de aandacht te richten op marginale fenomenen zoals punitive damages en 'contingency fees'.

De hele claimcultuurdiscussie is uiteraard van groot belang, ook voor de vraag in hoeverre slachtoffers van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's aanspraak op schadevergoeding kunnen maken. Juist de deregulering in de sociale zekerheid zal meebrengen dat slachtoffers meer dan in het verleden een aanspraak op het aansprakelijkheidsrecht of op alternatieve systemen zullen gaan doen.

Wij zien als grootste probleem – wij hebben hierover in de voorafgaande hoofdstukken al gerapporteerd - de combinatie van ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht die haaks staan op de genoemde meer klassieke uitgangspunten (tekortkoming, afwezigheid van eigen schuld) en die zijn terug te voeren op de idee dat zoveel mogelijk alle schade moet worden vergoed⁴⁸¹ in combinatie met een afkalking van de sociale zekerheid. Wanneer de voorwaarden voor de toekenning van schadevergoeding zodanig verwateren dat sprake is van een "socialisering" van het aansprakelijkheidsrecht, vervagen de grenzen tussen compensatiesystemen. Een dergelijke grensvervaging die, nogmaals, vooral door de overheid zelf in de hand wordt gewerkt, kan bovendien meebrengen dat het aantal claims zo onvoorspelbaar stijgt dat onverzekerbaarheid dreigt. Een recent onderzoek door Research en Beleid geeft geen indicatie voor een stormachtige groei van het aantal claims terzake van werkgeversgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten, hetgeen uiteraard niet wil zeggen dat deze groei niet nog kan komen. Het onderzoeksrapport stelt niet alleen dat diverse deskundigen dat verwachten doch geeft terecht ook aan dat een dergelijke ontwikkeling door allerlei gebeurtenissen of ontwikkelingen in en buiten het (aansprakelijkheids)recht kan worden 'getriggerd'⁴⁸². Verzekeraars hebben dat al veel eerder begrepen dan het kabinet en wapenen zich al enkele jaren tegen de "claimcultuur" door aanpassing van polisvoorwaarden, premiestijgingen, uitsluitingen en een wijziging van de dekkingssystematiek. De consequentie daarvan kan zijn dat bepaalde claims onverzekerbaar worden en slachtoffers in de kou blijven staan. Het is precies op het niveau van de verzekerbaarheid dat de klappen zullen vallen bij een toenemende claimcultuur.

In het volgende hoofdstuk dient dan ook, conform een van de centrale vragen uit het onderzoek, te worden bestudeerd wat de voorwaarden zijn voor verzekerbaarheid van de nieuwe gezondheidsrisico's. In dit hoofdstuk is al geschetst dat de toenemende claimcultuur, gecombineerd met een (overdreven) vertrouwen op het aansprakelijkheidsrecht als compensatiemechanisme een maatschappelijke ontwikkeling is die naar onze mening de verzekerbaarheid van dergelijke nieuwe gezondheidsrisico's bedreigt. Welke de precieze verzekeringseconomische redenen daarvoor zijn zal nu in hoofdstuk 5 worden toegelicht.

480. De boodschap van Priest, die een diepgaande studie wijdde aan de Amerikaanse aansprakelijkheids- en verzekeringscrisis was ook dat deze vooral veroorzaakt werd doordat slachtoffers het aansprakelijkheidsrecht en de aansprakelijkheidsverzekering in toenemende mate gingen gebruiken ter financiering van primaire levensbehoeften, iets waarop die systemen niet zijn berekend (Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590).

481. Dat is een ontwikkeling die men vooral in de sfeer van verkeers- en werkgeversaansprakelijkheid kan aanwijzen.

482. Van Ewijk, M., Engelen, M. en Van der Werf, C., *Werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten*, uitgave Ministerie SZW, Den Haag 2001, 23-27, 30-31.

HOOFDSTUK 5 VERZEKERBAARHEID VAN NIEUWE GEZONDHEIDSRISICO'S

§ 1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal, conform de centrale vraagstelling, worden onderzocht welke de voorwaarden zijn om de verzekerbare van nieuwe gezondheidsrisico's te bevorderen. Om deze vraag te beantwoorden zal in het algemeen bij het concept verzekerbare worden stilgestaan en vooral bij de vraag onder welke voorwaarden aansprakelijkheid verzekerbare is. Het is immers mogelijk dat bepaalde verzekeringstechnische eisen (zoals risicodifferentiatie) beter kunnen worden verwezenlijkt bij een ander type verzekering zoals bijvoorbeeld de directe verzekering dan bij een aansprakelijkheidsverzekering. Of dat het geval is zal in hoofdstuk 9 aan bod komen.

Vervolgens zal ook worden onderzocht in hoeverre de tot nu toe geschetste ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (denk aan het debat omtrent de claimcultuur dat centraal stond in het vorige hoofdstuk) een negatieve invloed kunnen hebben op deze verzekerbare. De aandacht gaat ook uit naar mogelijke remedies die door verzekeraars zijn aangewend om verzekerbare te bevorderen; de vraag rijst uiteraard in welke mate die remedies (zoals een aanpassing van de dekkingssystematiek) ook nog voldoende garanties bieden dat slachtoffers van nieuwe gezondheidsrisico's daadwerkelijk vanuit verzekering vergoed zullen worden.

Ook zal in het algemeen het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten als basisvoorwaarde voor de bevordering van verzekerbare worden bestudeerd. In dit hoofdstuk worden primair de theoretische voorwaarden bestudeerd, waaraan dient te zijn voldaan willen bepaalde risico's (beter) verzekerbare zijn. Het feit dat in meer of mindere mate aan deze voorwaarden is voldaan geeft op zichzelf natuurlijk nog geen garantie dat de verzekeringsmarkt ook daadwerkelijk dekking zal bieden. Het is in die zin uiteindelijk de verzekeringsmarkt die, door het al dan niet aanbieden van dekking, zal bepalen of risico's verzekerbare zijn. In dat kader is het van groot belang dat voldoende concurrentie speelt op die verzekeringsmarkt; juist die concurrentie is de garantie dat, wanneer de voorwaarden voor verzekerbare ook zijn vervuld, bepaalde verzekeraars zich spontaan zullen aanbieden op deze markt. Het verleden heeft aangetoond dat een gebrek aan concurrentie het aanbod van verzekeringen kan doen verschromen.

Ten aanzien van verschillende van de in deze studie centraal staande beroepsziekten is relatief veel bekend wat betreft de verzekerbare en de moeilijkheden die zich daarbij in het verleden hebben voorgedaan. Dit geldt bijvoorbeeld, wederom, voor de arbeidsgelateerde gezondheidsrisico's zoals de beroepsziekten. De druk op de aansprakelijkheidsverzekering nam in de jaren '90 dermate toe dat de verzekeraars oordeelden dat de dekkingssystematiek fundamenteel diende te worden herzien. Een ander risico, de schade ten gevolge van rampen zoals overstromingen en vulkaanuitbarstingen, werd zelfs geheel onverzekerbaar geacht en derhalve op basis van zogenaamde bindende besluiten door verzekeraars van dekking uitgesloten. Omdat juist ten aanzien van die risico's specifieke argumenten inzake de verzekerbare naar voren zijn geschoven door de verzekeraars lijkt het van belang om niet alleen naar de theoretische aspecten van verzekerbare te gaan kijken, maar om ook die praktijkvoorbeelden te onderzoeken.

De verzekering en verzekerbare dient uiteraard te worden bestudeerd in het kader van de vraag in welke mate verzekering in staat is een adequate compensatie te bieden voor schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's; tegelijkertijd moet echter ook worden bekeken in hoeverre verzekering een invloed heeft op de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Het is bekend dat in de

verzekeringseconomische literatuur veel aandacht is besteed aan het feit dat de beschikbaarheid van verzekering juist een negatieve invloed zou kunnen hebben op het ontstaan van risico's. Het betreft hier het welbekende probleem van het moreel risico. Juist bij aansprakelijkheidsverzekering zou dat kunnen betekenen dat door het enkele feit dat men verzekerd is de prikkels tot preventie, die we hiervoor uitgebreid hebben besproken, worden weggenomen. Daarom wordt in dit hoofdstuk in de eerste plaats onderzocht wat de invloed is van verzekering op de ongevallenpreventie, en dan in het bijzonder in het kader van de aansprakelijkheidsverzekering (§ 2). Ook worden de algemene voorwaarden voor verzekeraarbaarheid, met toepassingen op nieuwe risico's geschetst (§ 3) en wordt aangegeven welke ontwikkelingen die verzekeraarbaarheid mogelijk bedreigen. Aangegeven wordt dat op die bedreigingen van de verzekeraarbaarheid zeker reacties mogelijk zijn van verzekeraars in de sfeer van risicodifferentiatie en door een aanpassing van de dekkingssystematiek (§ 4). Hoezeer alle voorwaarden voor verzekeraarbaarheid theoretisch ook zijn vervuld; wanneer verzekeraars zelf zouden besluiten geen dekking te verlenen zal er de facto van verzekering geen sprake zijn. Daarom wordt in § 5 uitgebreid ingegaan op het belang van concurrentie op de verzekeringsmarkten. Dit hoofdstuk behandelt de algemene voorwaarden voor verzekeraarbaarheid met specifieke toepassingen op de aansprakelijkheidsverzekering. In hoofdstuk 9 wordt dieper ingegaan op de directe verzekering. Dit hoofdstuk sluit af met een samenvatting in § 6.

§ 2. Verzekering en ongevallenpreventie

In hoofdstuk 2 is reeds uitgebreid ingegaan op de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Hoe werkt dit hele systeem van ongevallenpreventie via het aansprakelijkheidsrecht nu bij het voorhanden zijn van aansprakelijkheidsverzekering? Een vraag naar verzekering ontstaat omdat de meeste mensen niet risiconutraal zijn maar een afkeer van risico hebben. Een risico-averse dader kan derhalve zijn nut verhogen door een aansprakelijkheidsverzekering te nemen waarbij risico van hem wordt afgenomen⁴⁸³.

1. ANTI-SELECTIE

De reden waarom de verzekeraar dit risico van de dader kan overnemen is bekend: door de wet van de grote getallen kan hij het risico over een grotere groep spreiden⁴⁸⁴. Wel dient de verzekeraar ervoor te zorgen zo klein mogelijke risicogroepen te vormen waarin de premie zoveel mogelijk aansluit bij het individuele risico van de leden van die groep. Indien de risicogroep te groot zou zijn zou het probleem ontstaan dat de gemiddelde premie voor een goed risico relatief te hoog zou zijn, waardoor deze de groep zou verlaten. Dit is het bekende probleem van de anti-selectie dat op lange termijn een neerwaartse spiraal zou kunnen meebrengen waardoor de verzekeraar uiteindelijk alleen met de slechte risico's blijft zitten⁴⁸⁵. Volgens Priest is de verzekeringscrisis die in de jaren '80 in Amerika woedde voornamelijk ontstaan ten gevolge van dit probleem van anti-selectie⁴⁸⁶. Door een te geringe differentiatie van risico's werd de gemiddelde premie steeds onaantrekkelijker voor de goede risico's die systematisch de verzekeraars de rug toekeerden waardoor deze uitsluitend met slechte risico's bleven zitten met uiteindelijk onverzekeraarbaarheid van bepaalde activiteiten als gevolg, aldus Priest.

483. Deze nutsmaximalisatie-benadering van verzekering werd ondermeer gepropageerd door de Nobel-prijswinnaar Arrow. Voor een overzicht van de ontwikkeling van de literatuur, zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, MAKLU, 1989 en zie Mackaay, E., o.c., *NJB*, 1980, 817. Een goede introductie in de risicotheorie kan men vinden bij Winters, J.K., "Verzekeringen" in Theeuwes, J.J.M. e.a., *Recht en Economie*, 79-124.

484. Wils, W.P.J., "Insurance Risk Classifications in the EC: Regulatory Outlook", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 450.

485. Dit wordt veroorzaakt door een informatie-asymmetrie tussen verzekeraar en verzekerde; zie daarover het befaamde artikel van Akerlof, G., "The Market for 'lemons': Quality, uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500.

486. Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590. Voor een kritische bespreking zie Viscusi, W.K., "The Dimensions of the Product Liability Crisis", *Journal of Legal Studies*, 1991, 147-177.

2. MOREEL RISICO

Naast dit probleem van anti-selectie moet de verzekeraar ook steeds het "morele risico" controleren. Moreel risico is het bekende fenomeen dat het gedrag van de verzekerde zal veranderen doordat het risico van hem is weggenomen ten gevolge van de verzekering⁴⁸⁷. Dit is uiteraard een groot probleem bij aansprakelijkheidsverzekering en raakt de fundamentele werking van het aansprakelijkheidsrecht. Het paradoxale is dat het ongemak dat een potentiële dader voelt omdat hij is blootgesteld aan risico juist noodzakelijk is om hem de juiste prikkels voor preventie te geven⁴⁸⁸. Indien het risico nu volledig van de dader wordt weggenomen en naar de verzekeraar wordt verschoven zal de dader de prikkel tot preventie die hem werd bezorgd door blootstelling aan risico, missen⁴⁸⁹.

Voor de verzekeraar rijst het probleem dat de dader in beginsel zijn gedrag niet zou mogen wijzigen indien hij verzekerd is. Daarom zal een verzekeraar steeds op zoek gaan naar polistechnische oplossingen om dit morele risico te controleren. Daartoe zijn in de verzekeringseconomische literatuur verschillende wegen uitgestippeld⁴⁹⁰. Een eerste mogelijkheid is om de verzekerde te controleren en de polisvoorwaarden aan te passen aan het gedrag van de verzekerde. Dit gebeurt bijvoorbeeld door verscheidene risicogroepen te onderscheiden en daarvoor specifieke premies te bepalen. Een tweede reactie op het morele risico is een gedeeltelijke blootstelling van de verzekerde aan risico. Dit heeft het voordeel dat de prikkels tot preventie minstens ten dele nog steeds van de vrees van een aansprakelijkheidsstelling zullen uitgaan. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de introductie van een eigen risico, maar ook van een beperking van de dekking⁴⁹¹.

In de praktijk vindt men vaak een combinatie van beide sturingssystemen: zowel individuele polisvoorwaardenaanpassing waar mogelijk, en eigen risico's gecombineerd met dekkingsplafonds. Uiteraard hangt de gekozen controlemethode ook af van de kosten. Het inwinnen van gedetailleerde informatie over het gedrag van een kandidaat-verzekerde kan behoorlijke kosten meebrengen⁴⁹². Daarbij speelt ook de waarde van de polis een rol. Het is duidelijk dat een verzekeraar eerder de mogelijkheid heeft om een keurig op maat gesneden polis aan te bieden voor een aansprakelijkheidsverzekering van een bedrijf van een zekere omvang dan voor een eenvoudige consumentenverzekering. In het laatste geval zal de verzekeraar vaak met het confectiepak van de standaardpolis genoegen moeten nemen.

Indien het morele risico nu via genoemde polistechnieken wordt gecontroleerd, zal de verzekerde zich in beginsel net zo gedragen als wanneer er geen verzekering beschikbaar was, terwijl anderzijds, in ieder geval grotendeels, het risico toch van hem weggenomen wordt. De prikkels tot preventie van ongevallen komen in dat geval niet meer van het aansprakelijkheidsrecht, want de dreiging het slachtoffer te moeten vergoeden in geval van aansprakelijkheid is nu naar de verzekeraar verschoven. De prikkel tot preventie wordt nu door de verzekeringspolis en daarmee door de verzekeraars gegeven. De aansprakelijkheidsverzekering heeft dus een bijzonder belangrijke maatschappelijke functie, omdat de

487. Pauly wees er terecht op dat het begrip 'moral hazard' nogal ongelukkig is omdat er niets immoreels is aan het gedrag van de verzekerde zich anders te gedragen bij volledige verzekeringsdekking (Pauly, M., "The Economics of Moral Hazard: Comment", *American Economic Review*, 1968, 531-537).

488. Sniijders concludeert dan ook: "Aansprakelijkheidsverzekering is voor preventie in beginsel contraproductief, omdat de risico's waarvan de preventie moet uitgaan, minder zwaar gedragen worden" (Sniijders, W., "Aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging: het verzekeringsaspect", *A&V*, 1993, 2).

489. Shavell, S., "On Moral Hazard and Insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.

490. Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 1989, 116-121 met verwijzingen naar die literatuur en Winters, J.K., *l.c.*, 101-116.

491. Terecht wijst Sniijders er op dat een eis van volledige verzekeraarbaarheid vanuit het oogpunt van de preventie dan ook misplaatst is (Sniijders, W., *A&V*, 1993, 3). Zie ook Hartlief, T., "Van aansprakelijkheid naar draagkracht naar dragelijke aansprakelijkheid", in *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer, Kluwer, 1994, (139), 146.

492. Marshall, J., "Moral Hazard", *American Economic Review*, 1976, 880-890.

verzekeraar dient te garanderen dat de verzekerde voldoende prikkels tot preventie van ongevallen heeft⁴⁹³. Een optimale controle van het moreel risico via geïndividualiseerde polisvoorwaarden dient dus niet alleen het belang van de verzekeraar, maar ook het maatschappelijk belang. De maatschappelijke veiligheid is immers in het gedrang. Indien een verzekeraar niet in staat zou zijn om het moreel risico behoorlijk te controleren zou aansprakelijkheidsverzekering maatschappelijk gezien meer kwaad doen dan goed.

Dit lijkt in de Nederlandse context op het eerste gezicht wellicht een theoretisch probleem, maar is dat zeker niet. Hierna zal namelijk onder meer worden toegelicht dat uit onderzoek op het terrein van de beroepsziekten is gebleken dat in de praktijk verzekeraars veel te weinig gebruik maken van de mogelijkheden tot risicodifferentiatie. Veelal wordt een premie gecalculerd zonder dat deze gebaseerd is op een precieze actuariële inschatting van het risico of zonder dat de preventieve inspanningen van de verzekerde worden bestudeerd of beloond. Heden ten dage worden premies in de praktijk nog steeds in zeer belangrijke mate bepaald door het omzetvolume van een bepaald bedrijf, hetgeen toch bezwaarlijk als een goede indicatie van de risicograad kan worden beschouwd. Dit heeft mede te maken met het feit dat de administratieve kosten van een zeer ver doorgedreven risicodifferentiatie relatief hoog kunnen zijn en het derhalve eenvoudiger is om premies "met de natte vinger" te bepalen aan de hand van de omzet van de verzekerde om vervolgens, wanneer die calculatie iets te optimistisch bleek, premies achteraf te verhogen. Het moge duidelijk zijn dat die – nochtans vaak toegepaste techniek – strijdig is met de hier geschetste verzekeringseconomische beginselen en ook aanleiding geeft tot zorg op het vlak van de controle van het moreel risico. Wanneer verzekeraars immers niet via een aangepaste differentiatie van polis- en premievoorwaarden goede risico's belonen voor preventieve inspanningen en slechte risico's bestraffen, zal dit tot een verhoging van het ongevalsrisico leiden. Of dat daadwerkelijk het geval is dient natuurlijk het voorwerp te vormen van nader empirisch onderzoek. Op het belang van een adequate risicodifferentiatie wordt hierna nog ingegaan. Wel moet nu nogmaals worden benadrukt dat wanneer verzekeraars niet in staat zijn het moreel risico op adequate wijze aan te pakken, het gevaar inderdaad dreigt dat aansprakelijkheidsverzekering tot risicoverhoging leidt.

§ 3. Bedreiging van de verzekerbaarheid

1. THEORIE

A. Inschatbare ontwikkelingen in het recht

Na deze algemene inleiding van de werking van verzekering willen wij nu stilstaan bij de vraag in hoeverre de in de vorige hoofdstukken geschetste ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak zodanig zorgwekkend zijn dat zij tot een herbezinning voor verzekeraars aanleiding dienen te geven of, erger, dat daardoor onverzekerbaarheid zou dreigen. De cruciale vraag is uiteraard of de toenemende claimcultuur (al dan niet mede geïnspireerd door de afkalvende sociale zekerheid), gecombineerd met de uitdijning van het materiële aansprakelijkheidsrecht de verzekerbaarheid te bedreigen.

Waar het op aankomt is of de wijziging in het aansprakelijkheidsrecht de risico-inschatting door de verzekeraar al dan niet bemoeilijkt. Wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht zijn er sinds de jaren '60 zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving legio geweest en de meeste van de wijzigingen kwamen neer op een uitbreiding van de aansprakelijkheid van exploitanten van een bedrijf. Met dit fenomeen kan een verzekeraar redelijkerwijs omspringen door na te gaan of de uitbreiding van aansprakelijkheid in het

493. Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringspolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *Verzekeringsarchief*, 1993, (3), 8-11.

kader van de verzekering een rol zal kunnen spelen. Is dat het geval dan kan hij tot een aanpassing van polisvoorwaarden overgaan en eventueel de premie aanscherpen. Die situaties van wijziging in het aansprakelijkheidsrecht zijn niet echt dramatisch omdat de verzekeraar op basis van de gegevens over een wijziging in het recht tot een polisvoorwaardenaanpassing kan overgaan⁴⁹⁴. Voorwaarde daarbij is wel dat het steeds gaat om situaties waarin de verzekeraar na een wijziging in wetgeving of jurisprudentie de voorwaarden voor een toekomstig risico wijzigt.

In de praktijk blijken verzekeraars met dergelijke wijzigingen ook heel aardig om te kunnen springen. Bijvoorbeeld na de invoering van de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid in het Nederlands recht⁴⁹⁵ werd in de meeste gevallen zonder problemen tot polisvoorwaardenaanpassing overgegaan, zo daar al sprake van was. Essentieel is dat het hierbij weer ging om een aanpassing op basis van een nieuw risico dat zich in de toekomst kan voordoen. De Europese richtlijn stelt immers duidelijk dat het nieuwe regime van de richtlijn uitsluitend van toepassing is op producten die in het verkeer worden gebracht nadat de richtlijn in het nationale recht is omgezet⁴⁹⁶. Daar geldt dus ook weer de algemene regel dat er weliswaar een uitbreiding van aansprakelijkheid heeft plaatsgevonden maar dat deze de risico-inschatting als zodanig niet onmogelijk heeft gemaakt.

Hiervan zijn ook andere en recentere voorbeelden te vinden. Bijvoorbeeld ook de regeling in het wetsvoorstel betreffende de verjaring van personenschade bepaalt eveneens uitdrukkelijk dat deze alleen maar werking zal hebben voor de toekomst. Zie hiervoor hoofdstuk 2.

Ook daarvoor geldt derhalve dat deze de risicocalculatie van de verzekeraar niet principieel in gevaar brengt.

Hetzelfde zou men ook nog kunnen stellen ten aanzien van de jurisprudentiële en legislatieve tendens om nieuwe risicoaansprakelijkheden in te voeren. Het aantal risicoaansprakelijkheden neemt toe, zowel in Nederland⁴⁹⁷ als op Europees niveau. Op de invoering van die risicoaansprakelijkheden kan men kritiek hebben. Zo kan worden aangevoerd dat risicoaansprakelijkheid in strijd met wat vaak wordt gedacht, de preventie niet zal verhogen en dat andere mechanismen zoals de sociale zekerheid beter in staat zijn om de compensatiedoelstelling te vervullen dan het aansprakelijkheidsrecht. Maar fundamenteel blijft dat voor zover deze tendensen enigszins overzienbaar zijn, zij het verzekeringsbedrijf niet in gevaar hoeven te brengen op voorwaarde dat voor deze nieuwe risico's ook een premiecalculatie mogelijk is. Dan blijft een ex ante risico-inschatting en een bijbehorende premiebepaling nog mogelijk. Men zou zelfs chargerend kunnen stellen dat een verzekeraar uitbreidende aansprakelijkheden moet toejuichen. Voor zover een ex ante risico-inschatting mogelijk blijft, worden daardoor nieuwe markten gecreëerd en biedt dit nieuwe kansen voor verzekeraars waarop zij dienen in te spelen. Uiteraard merken wij op dat dit verhaal niet helemaal opgaat omdat verzekeraars door concurrentiële druk de premies niet onbepaald kunnen verhogen; bovendien prefereren verzekeraars vaak schadeverzekering boven aansprakelijkheidsverzekering omdat bij die laatste vorm van verzekering de administratieve kosten hoger zouden zijn. Toch blijft gelden dat een voorzienbare verschuiving naar risicoaansprakelijkheid voor een verzekeraar geen reden tot grote zorg dient te vormen.

494. In deze bijvoorbeeld: Hartlief, T. en Spier, J., *o.c.*, *A&V*, 1994, 28-29.

495. Richtlijn van 25 juli 1985, *PB*, L 210/29 van 7 augustus 1985.

496. Krachtens art. 17 van de Richtlijn is zij slechts van toepassing op produkten die in het verkeer zijn gebracht na de datum waarop de in art. 19 bedoelde aanpassingswetgeving in werking is getreden (zie Storm, P., "Een gebrekkig produkt", *TVVS*, 1985, 245 en Faure, M. en Vanbuggenhout, W., "Produktenaansprakelijkheid. De Europese Richtlijn: Harmonisatie en Consumentenbescherming?", *RW*, 1987-88, 43).

497. Zie Van Maanen, G.E., Spier, J. en Sterk, C.H.W.M., "Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht", in: Raaymakers, M.J.G.C. (red.), *Aansprakelijkheden*, Deventer, Kluwer, 1990, 65-143 en voor wat betreft België. Bocken, H., "Van fout naar risico", *T.P.R.*, 1984, 329-415.

B. Onverzekerbare risico's

Het wordt voor een verzekeraar pas echt riskant als de ontwikkelingen in het recht zodanig grillig worden dat een risico-inschatting totaal onmogelijk wordt. Daarvan is sprake indien een verzekerd bedrijf achteraf aansprakelijk wordt gesteld voor risico's die niet voorzienbaar waren op het ogenblik van het afsluiten van het verzekeringscontract en waarvoor derhalve nooit een premie werd gevraagd en waarvoor ook geen reservering mocht worden gemaakt. Ook is een adequate risico-inschatting niet meer mogelijk zodra een verzekeraar niet langer gehouden wordt dekking te verlenen voor de aansprakelijkheid van zijn verzekerde, maar ook voor schade die mogelijk door derden werd veroorzaakt. We zullen hierna kort ingaan op een aantal mogelijke problemen in dit verband.

1. Retroactieve aansprakelijkheid

a. Verschijningsvormen van retroactieve aansprakelijkheid

Voordat wij ingaan op de wenselijkheid en verzekeraarbaarheid van retroactieve aansprakelijkheid lijkt het aangewezen kort in herinnering te roepen waar dit fenomeen kan worden aangetroffen. Het ligt voor de hand, dat dit vooral het geval zal zijn in die situaties, waar de risico's bij uitstek een "lange staart" hebben. Dit is het fenomeen dat ook als "latency" wordt aangeduid. Daarbij kan in het kader van dit onderzoek worden gedacht aan letselschade die ontstaat door blootstelling aan bijvoorbeeld genotoxische stoffen.

Juist hier doet zich het probleem voor dat door tijdsverloop de jurisprudentie de zorgvuldigheidsnorm kan aanscherpen. Al eerder hebben wij erop gewezen dat zeker wat letselschade betreft, een zekere neiging in de Nederlandse jurisprudentie valt aan te wijzen om nieuwe aansprakelijkheidsregels of zorgvuldigheidsstandaards ruim te interpreteren en ook toe te passen op situaties waarin de schade zijn oorsprong had in een verder verleden. De schadeverwekkende gebeurtenis was destijds naar de normen van toen wellicht niet als onrechtmatig te kwalificeren, waardoor de retroactiviteitsvraag rijst.

Retroactieve aansprakelijkheid is veelal niet in de wetgeving, maar in rechtspraak te vinden, zij het veelal impliciet. In een rechterlijke uitspraak zal men zelden lezen dat een rechterlijk college meent dat bijvoorbeeld een nieuwe zorgvuldigheidsnorm moet worden toegepast op oude situaties. Veelal wordt gesteld dat het in feite reeds standaard was in het verleden om bijvoorbeeld geen vaten met chemisch afval op het eigen bedrijfsterrein te begraven. Of de consequenties van een dergelijke retroactieve werking ernstig zijn, hangt in een dergelijk geval natuurlijk ook af van het tijdsverloop dat intussen is opgetreden. Wanneer een zorgvuldigheidsnorm door de rechtspraak over meerdere jaren wordt aangescherpt en de nieuwe norm daardoor op relatief recente gevallen wordt toegepast, zal dit voor de justitiabele minder problematisch zijn dan wanneer de nieuwe norm bijvoorbeeld wordt toegepast op gedragingen die een tiental jaar geleden werden verricht.

Overigens moet worden benadrukt dat geen communis opinio bestaat over de vraag wat nu precies onder aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht" dient te worden verstaan. Voor de justitiabele zal het evenwel niet uitmaken of het nu gaat om een wijziging van de aansprakelijkheidsregel zelf (bijvoorbeeld verschuiving van de schuld- naar risicoaansprakelijkheid) of om een aanscherping van de zorgvuldigheidsnorm die op een nieuwe situatie wordt toegepast. Waar het in beide gevallen op neerkomt, is dat de men nu aansprakelijk wordt gehouden voor een gedraging die toen zij werd verricht niet als onrechtmatig werd beschouwd⁴⁹⁸. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of dergelijke constructies

498. Tussen beide situaties bestaan natuurlijk wel verschillen. Zie over de vraag wat, vooral bij nieuwe normstelling via jurisprudentie, nu al dan niet "terugwerkende kracht" vormt de interessante bijdragen van Struycken, T. en Haazen, O., "De binding aan precedenteren" en Schermers, H.G., Bellekom, Th.L. en Van Kampen, P.T.C. (red.), *De rol van de rechter in*

die hier gemakshalve onder de noemer "aansprakelijkheid met terugwerkende kracht" worden besproken efficiënt en verzekeraar zijn.

b. Verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht"

(i) Prima facie onverzekerbaarheid

Vervolgens is de vraag of een retroactieve toepassing van een aansprakelijkheidsregel of zorgvuldigheidsnorm verzekeraar is. Op het eerste gezicht kan vrij gemakkelijk worden betoogd, zeker vanuit het standpunt van de verzekeraar, dat aansprakelijkheid met terugwerkende kracht onverzekerbaar is. Indien een verzekeraar niet wist of kon weten dat het gedrag van zijn verzekerde als onrechtmatig zou kunnen worden gekwalificeerd kon de verzekeraar voor het betreffende risico in een aansprakelijkheidsverzekering geen premie aanrekenen, geen preventieve maatregelen eisen via de polisvoorwaarden en ook geen reserveringen maken voor eventuele verliezen. Dit hangt samen met het feit dat een basisvoorwaarde voor verzekering is dat de verzekeraar een toekomstig risico dekt dat tenminste in enige mate voorzienbaar is. Verzekering veronderstelt met andere woorden: voorspelbaarheid⁴⁹⁹. Voor een verzekeraar lijkt het inderdaad hoogst problematisch om bijvoorbeeld een risico gedekt te hebben in het begin van de jaren zeventig, waarbij het gedrag van de verzekerde naar de normen destijds niet onrechtmatig werd beschouwd, terwijl een rechter jaren later met toepassing van nieuwe inzichten beschouwt dat de verzekerde toch aansprakelijk was en de verzekeraar derhalve tot uitkering is gehouden⁵⁰⁰. Een dergelijke wijziging van de regels halverwege de rit tast inderdaad de verzekeraarbaarheid van het risico aan. Omdat de verzekeraar het risico niet kon voorzien, werden ook geen reserveringen gemaakt en is er daarom ook geen reserve aanwezig van waaruit de uitkeringen kunnen worden gedaan.

Naar aanleiding daarvan rijst de interessante vraag wat een verzekeraar dient te doen wanneer zijn verzekerde in strijd met de eerder genoemde beginselen toch aansprakelijk wordt gehouden voor een gedraging waarvoor hij in het verleden geen reserveringen heeft gemaakt⁵⁰¹. Dit zal er in concreto toe leiden dat de verzekeraar met de vraag wordt geconfronteerd op welke wijze hij fondsen kan genereren om vandaag toch aan de onverwachte betalingsverplichting uit hoofde van de oude aansprakelijkheidsverzekering te voldoen. Buiten het weinig aantrekkelijke perspectief van het faillissement kan de verzekeraar alleen fondsen genereren door de premies van de verzekerden vandaag te verhogen. Dit laatste is overigens slechts mogelijk in de situatie waarbij alle verzekeraars in de markt in gelijke mate met dit retroactiviteitsprobleem worden geconfronteerd. Zou dit niet het geval zijn dan zou dit tot de consequentie leiden dat de verzekeraar die - bij hypothese als enige - de pech zou hebben met veel retroactieve claims te worden geconfronteerd wegens competitieve druk ook niet de mogelijkheid zou hebben om *ex post* een premieverhoging toe te passen⁵⁰². Maar ook wanneer een premieverhoging kan worden toegepast, leidt dit tot ongewenste herverdelende effecten. De verzekerden van vandaag

de moderne Westerse samenleving, Leiden, Mordenate College Publications, 1993, 91-148 en Haazen, O., "De temporele werking van een rechterlijke uitspraak" in Struycken, T. en Haazen, O., "De binding aan precedents" in Schermers, H.G., Bellekom, Th.L. en Van Kampen, P.T.C. (red.), *De rol van de rechter in de moderne Westerse samenleving*, Leiden, Mordenate College Publications, 1993, 149-207, evenals Polak, M.V., "Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht", *RMThemis*, 1984, 228-260.

499. Deze argumentatie kan men onder meer aantreffen in Faure, M., "Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235 en Faure, M., "The Limits to Insurability from a Law and Economics Perspective", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995, 454-462.

500. Hier wordt even afgezien van de verjaringsproblematiek.

501. En overigens veelal zelfs geen reserveringen mocht maken, juist omdat er naar de normen van toen geen sprake was van een toekomstig risico op uitkering.

502. Zijn verzekerden van vandaag zouden de maatschappij dan immers de rug toekeren waarna daadwerkelijk alleen het onzalig perspectief van het faillissement wenkt.

moeten via de verhoogde premies immers bijdragen voor de problemen die door hun voorgangers in het verleden werden veroorzaakt, waarbij het goed denkbaar is dat de verzekerden van vandaag de nieuwe hogere zorgvuldigheidsstandaard perfect naleven. Wederom leidt de premieverhoging dus tot een herverdeling waarbij ondernemers van vandaag betalen voor fouten van hun voorgangers in het verleden.

(ii) Risicopremie als reactie op onzekerheid

Uitgangspunt voor het zojuist verwoorde standpunt dat retroactieve aansprakelijkheid prima facie onverzekerbaar is, is dat een verandering in het recht onvoorspelbaar is. De vraag rijst evenwel in welke mate dat het geval is. Het enkele feit dat een verzekeraar van bijvoorbeeld een stortplaats voor industrieel afval in de zeventiger jaren in feite niet heeft voorzien dat de activiteiten van zijn verzekerde tot aansprakelijkheid in de toekomst aanleiding zouden kunnen geven, maakt deze gebeurtenis (van een aansprakelijkheid *ex post*) natuurlijk niet per definitie totaal onvoorzienbaar. Ook een "uitdijende" aansprakelijkheid is een onzekere factor waarmee de verzekeraar in beginsel *ex ante* rekening kan houden. Wanneer bepaalde toekomstige gebeurtenissen ook voor een verzekeraar onzeker zijn (en is dat niet de essentie van verzekeren?), dan is er sprake van hetgeen Kunreuther/Hogarth/Meszaros als "insurer ambiguity" kwalificeren⁵⁰³. De verzekeraar kan reageren op deze onzekerheid over de mate waarin een toekomstig risico zich zal voordoen door een inschatting te maken van de waarschijnlijkheid van het risico (in casu de uitdijende aansprakelijkheid). Vervolgens kan er ook een prijs voor deze onzekerheid worden gevraagd in de vorm van een additionele risicopremie. Daaruit volgt dat men vanuit dit strikt verzekeringseconomisch perspectief *ex ante* kan betogen dat niets totaal onvoorzienbaar of onvoorspelbaar is, ook niet een verandering van de reikwijdte van de aansprakelijkheidsregel. Een verzekeraar kan ook met moeilijk voorspelbare risico's zoals de vraag of *ex post* het aansprakelijkheidsregime zal wijzigen omgaan door een additionele premie te berekenen.

Dit argument komt er derhalve op neer dat niet alles integraal voorzienbaar en voorspelbaar met honderd procent zekerheid dient te zijn om het risico verzekerbaar te maken. Het is alleen vereist dat men er *ex ante* rekening mee houdt dat de rechter of wetgever van gedachten kan veranderen. Vervolgens dient de verzekeraar de waarschijnlijkheid dat dit zal gebeuren te schatten en er een prijs voor te berekenen.

(iii) Onvoorspelbaarheid *ex post*

Als de zojuist geboden analyse het eind van het verhaal zou vormen, zou gemakkelijk kunnen worden betoogd dat een retroactieve toepassing van een nieuwe zorgvuldigheidsnorm dus eigenlijk in het geheel geen probleem dient te vormen voor een verzekeraar; de verzekeraar had immers met de mogelijke wijziging van het aansprakelijkheidsregime rekening kunnen houden door *ex ante* een additionele risicopremie te vragen. Een probleem met die redenering echter is het feit dat het voor de verzekeraar niet altijd mogelijk zal zijn om deze additionele risicopremie te vragen als reactie op onzekerheid over het risico. Een eerste probleem is dat de verzekeraar zelf soms ook geen informatie heeft om een accurate schatting te maken van het risico dat het recht in de toekomst zal veranderen. Dit is immers ook een uiterst lastige zaak. Een bijkomend probleem is dat ook verzekerden veelal geen oog zullen hebben voor de kans dat het recht in de toekomst kan wijzigen. Een belangrijk gevolg daarvan is dat de verzekerde die geen oog heeft voor de kans dat het recht in de toekomst wel eens zou kunnen wijzigen ook niet bereid zal zijn om de noodzakelijke aanvullende risicopremie te betalen⁵⁰⁴. Er is, in verzekeringseconomische termen,

503. Kunreuther, H., Hogarth, R. and Meszaros, J., "Insurer Ambiguity and Market Failure", *Journal of Risk and Uncertainty*, 1993, 71-87.

504. Zie Hogarth, R. en Kunreuther, H., "Ambiguity and Insurer Decisions", *American Economic Review*, 75, 1985, 386-390 en Katzman, M., "Pollution Liability Insurance and Catastrophic Environmental Risk", *Journal of Risk and Insurance*, 1988, 86.

geen "willingness to pay". Dit betekent dat zelfs wanneer verzekeraars jaren geleden rekening hielden met een mogelijke wijziging van het recht (als dat voor hen al redelijkerwijs voorspelbaar was), het voor hen waarschijnlijk nog onmogelijk was geweest om de noodzakelijke additionele risicopremie te vragen. De eenvoudige reden daarvoor is dat verzekerden die het risico van een verandering in het recht niet onderkennen wegens dit informatietekort geen vraag naar die aanvullende dekking zullen hebben en dus ook niet bereid zullen zijn om de noodzakelijke aanvullende premie ter dekking voor de onzekerheidsfactor te betalen. De op een competitieve markt opererende verzekeraar heeft dan dus ook geen mogelijkheid om die noodzakelijke additionele premie voor de "insurer ambiguity" te vragen.

In de derde plaats moet ook worden benadrukt dat er niet alleen het probleem van de onderschatting van het risico door de verzekerde is, maar ook door de verzekeraar. Het is thans vanuit een *ex post* perspectief gemakkelijk om te betogen dat de verzekeraar *ex ante* maar een additionele risicopremie had moeten vragen als prijs voor de rechtsonzekerheid. Naast het feit dat zijn verzekerden vermoedelijk niet bereid waren om deze additionele premie te betalen, moet ook worden benadrukt dat verzekeraars destijds dit risico de facto niet voorzagen, hetgeen meebracht dat verzekeraars op geen enkele wijze rekening hielden met de kans dat de inhoud van het aansprakelijkheidsregime zou wijzigen op het ogenblik dat de verzekeringspolis werd afgesloten. De facto werd dan ook geen additionele premie gevraagd en geen reservering aangelegd, hetgeen precies verklaart waarom de aansprakelijkheid die nu met terugwerkende kracht wordt ingesteld bijvoorbeeld voor de kosten van bodemsanering vandaag dermate grote problemen vormt voor verzekeraars. Juist het feit dat verzekeraars in het verleden met de mogelijkheid van een wijziging in het aansprakelijkheidsregime geen rekening konden en ook geen rekening hebben gehouden, wordt dan ook in veel literatuur als belangrijkste reden naar voren geschoven voor de de facto onverzekerbaarheid van retroactieve aansprakelijkheid⁵⁰⁵. Wij beweren hier niet dat verzekeraars bescherming zouden verdienen wanneer zij wijzigingen in het aansprakelijkheidsregime wel konden voorzien, maar *de facto* niet hebben voorzien. Dan was er uiteraard geen sprake van onverzekerbaarheid. Dat is wel het geval wanneer het op een competitieve markt *ex ante* onmogelijk was om een additionele premie te vragen voor mogelijke wijzigingen die door geen van de partijen als een reëel risico werden beschouwd.

Er is tenslotte een vierde reden waarom het eindoordeel toch is dat retroactieve aansprakelijkheid tot verzekerbaarheidsproblemen leidt. Verzekering is immers gebaseerd op de idee dat een verzekeraar verschillende ongerelateerde risico's verzamelt en in staat is om risico's te diversifiëren via de wet van de grote getallen. Wanneer evenwel een plotselinge en onvoorspelbare wijziging in het recht optreedt, bijvoorbeeld door een wet of rechterlijke uitspraak die een zorgvuldigheidsnorm met terugwerkende kracht toepast, brengt dit mee dat de risico's ook niet langer ongerelateerd zijn, maar zich juist allemaal tegelijk op hetzelfde ogenblik zullen gaan manifesteren. De nieuwe jurisprudentie of wetgeving zal immers veelal retroactief op een groot aantal gelijkaardige gevallen kunnen worden toegepast. Dit brengt mee dat dergelijke plotselinge wijzigingen ook de verzekerbaarheid in gevaar brengen, omdat zij de mogelijkheden tot diversificatie van risico's door de verzekeraar aantasten.

2. CAUSALITEITSONZEKERHEID

Een tweede ontwikkeling die de risico-inschatting problematisch maakt heeft te maken met causaliteitsonzekerheid. Er zijn veel gevallen in het recht waar onzekerheid bestaat omtrent het

505. Zie in dat verband Zeckhauser, R., "19th Annual Lecture of the Geneva Association and Catastrophes", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1996, 5, die eveneens betoogt dat retroactieve aansprakelijkheid de voorspelbaarheid van het risico aantast; zie daarover ook Abraham, K., "Environmental Liability and the Limits of Insurance", *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, 957-959.

oorzakelijk verband⁵⁰⁶. Zeer bekend is de DES-zaak waarbij weliswaar zekerheid bestond over het slachtoffer en over het feit dat een aantal producenten een bepaald geneesmiddel op de markt had gebracht, maar onzeker was van welke producent de betreffende DES-moeder het product had aangekocht⁵⁰⁷. Een andere vorm van causaliteitsonzekerheid, waaraan Faure in zijn oratie enige aandacht besteedde, bestaat wanneer een bepaalde groep uit de bevolking werd blootgesteld aan ioniserende straling of genotoxische stoffen en vervolgens bij hen een verhoogd risico op een bepaalde ziekte zoals kanker wordt vastgesteld⁵⁰⁸. In dat geval is de herkomst en dus de dader wel zeker, maar is onzeker wie de slachtoffers zijn. Het kan immers zijn dat uit een totale populatie 20 mensen sowieso kanker hadden gekregen door het zogenaamde omgevingsrisico, zoals een natuurlijke oorzaak. Alleen bij de populatie die nu vlak naast de emitterende fabriek ligt, blijken er plots 25 kankergevallen te zijn. Een verhoging van 5 dus. Zelfs indien we aannemen dat deze extra 5 gevallen door de uitstoot uit de fabriek werden veroorzaakt, blijft de vraag rijzen welke van de 25 personen nu kanker kregen door een natuurlijke oorzaak en welke door de toxische emissies uit de nabij gelegen fabriek⁵⁰⁹.

Voor de verzekeraar van de betreffende fabriek wordt het antwoord op die vraag van groot belang. Er zijn ontwikkelingen in de Nederlandse jurisprudentie die tot nadenken dienen te stemmen. In het DES-arrest werd immers de regel der alternatieve causaliteit toegepast, hetgeen erop neerkomt dat de DES-dochter een willekeurige producent kan kiezen en hem op volledige schadeloosstelling kan aanspreken⁵¹⁰. De Hoge Raad ging inzake de causaliteitsonzekerheid bij werkgeversaansprakelijkheid in het arrest Cijssouw/De Schelde in dezelfde richting door de onzekerheid aangaande het tijdstip waarop de fatale vezel werd geïncasseerd integraal op de werkgever af te wentelen op wie de onmogelijk zware bewijslast wordt gelegd aan te tonen dat de fatale vezel niet tijdens de tewerkstelling bij de werkgever werd opgelopen althans niet in een periode waarin hij was tekortgeschoten⁵¹¹. Steeds stelt men vast dat bij causaliteitsonzekerheid de jurisprudentie het slachtoffer te hulp schiet door bewijsverlichtingsconstructies.

Toch kleven daaraan zekere risico's. Veronderstel dat een enthousiaste rechter zegt dat we vermoeden dat alle 25 kankergevallen door de fabriek werden veroorzaakt tenzij de fabriek kan bewijzen dat de kanker niet door de emissies uit zijn fabriek tot stand kwamen⁵¹². Dit lijkt wellicht billijk op het eerste gezicht, maar is uiteraard een drama voor de fabriek en diens verzekeraar. Een dergelijk tegenbewijs kan immers nooit worden geleverd. Dat komt er dan toch op neer dat de fabriek en diens verzekeraar in 20 van de 25 gevallen dienen te betalen voor schade aan slachtoffers die pertinent nooit door de emissies uit de fabriek kon worden veroorzaakt. Een beter alternatief vormt dan de heden ten dage steeds populairder wordende figuur van de proportionele aansprakelijkheid, waarbij elk slachtoffer een proportioneel gedeelte van zijn schade van de fabriek kan vorderen. Geen van de 25 schadelijders kan immers met zekerheid stellen dat zijn ziekte door de emissie uit de fabriek werd veroorzaakt. We weten alleen dat dit risico met 5 gevallen werd verhoogd. Ons inziens zou elke schadelijder dan gerechtigd zijn tot 20 % van zijn totale schade, zijnde precies de waarschijnlijkheid dat zijn schade door de uitstoot werd veroorzaakt.

506. Zie daarover Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KUB, 1997 en Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000.

507. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (CJHB). De verzekeringseffecten van dit arrest zijn mooi in kaart gebracht door Wansink, J.H., "Het DES-arrest in het perspectief van de verzekerbare slachtofferbescherming", *A&V*, 1993, 6-12.

508. Faure, M., (*Geen schijn van kans. Beschouwingen over het statistische causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade*, Antwerpen, Maklu, 1993.

509. Zie daarover recent Van, A.J., "Statistisch bewijs van causaal verband, Bespreking van High Court of Justice 8 October 1993 (Sellafeld claims)", *TMA*, 1994-5, 109-119.

510. Tegenbewijs blijft mogelijk en over de onrechtmatigheidsvraag werd formeel nog geen uitspraak gedaan.

511. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 (PAS).

512. Van Maanen heeft dit inzake nucleaire risico's voorgesteld (Van Maanen, G.E., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Nederlands recht", in: Faure, M. (red.), *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico*, Antwerpen, MAKLU, 1993, 19-36.

3. VOORBEELDEN

Zoals reeds uit de aangehaalde voorbeelden bleek is de conclusie van het voorgaande duidelijk: een uitbreiding van aansprakelijkheid tast op zichzelf de verzekeraarbaarheid niet aan. Dit is anders wanneer een retroactieve werking verscholen zit. Dit is van belang in verband met de nieuwe gezondheidsrisico's die het voorwerp van dit onderzoek vormen. Wanneer heden ten dage aansprakelijkheid zou bestaan omdat, bijvoorbeeld een exploitant van een sauna geldende reglementering ter voorkoming van legionella niet zou hebben nageleefd dan is er geen sprake van terugwerkende kracht en is het risico uit dien hoofde dus ook niet onverzekerbaar. Het kan echter ook anders lopen. Het zou kunnen zijn dat bij bepaalde gezondheidsrisico's er nog geen normering bestaat of die bepaalde nadelige gevolgen slechts veel later bekend worden. Wanneer dan een exploitant (bijvoorbeeld een boer die met "gekke koeien" werd geconfronteerd) aansprakelijk wordt gehouden hoewel, bij hypothese, het BSE-risico nog niet bekend was op het ogenblik dat betrokkene zijn dier voor de slacht aanbod, zou wederom het risico van een retroactieve toepassing dreigen.

Vooraf ook op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsgebonden ziektes (beroepsziekten) bestaat steeds het risico dat het verzekerd bedrijf aansprakelijk wordt gesteld voor een risico dat niet voorzienbaar was op het ogenblik van het afsluiten van het verzekeringscontract. Dat is, zoals werd aangegeven, verzekeringstechnisch een groot probleem omdat de verzekeraar voor dat risico dan ook nooit een premie heeft gevraagd en ook geen reserve werd aangelegd. Dat rechtens echter in toenemende mate, ook bij nieuwe gezondheidsrisico's, aansprakelijkheden met terugwerkende kracht in het leven zullen roepen, valt zeker bij letselschade niet uit te sluiten.

De vrees voor retroactieve aansprakelijkheid was overigens, juist wat betreft de werkgeversaansprakelijkheid, mede de aanleiding voor de wijziging van de dekkingssystematiek⁵¹³ in het kader van de hervorming van de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB).

Ook de andere oorzaak van een dreigende onverzekerbaarheid, het afwentelen van causaliteitsonzekerheid kan zich zeker voordoen op het terrein van de nieuwe gezondheidsrisico's die het voorwerp vormen van dit onderzoek. Een bekend voorbeeld van afwenteling van de causaliteitsonzekerheid betreft precies de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten.

Causaliteitsproblemen kunnen ook spelen bij andere nieuwe gezondheidsrisico's. Daarop hebben wij in hoofdstuk 2 reeds gewezen. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de voedingsgerelateerde risico's. Het is niet ondenkbaar dat op gegeven ogenblik bepaalde gezondheidsschade door slachtoffers wordt geleden waarbij het vermoeden bestaat dat deze schade wellicht werd veroorzaakt door inname van bepaalde voeding. Wanneer de jurisprudentie (bijvoorbeeld via een omkering van de bewijslast) bijvoorbeeld zou stellen dat de leverancier of producent van de voedingsstoffen gehouden is de schade van alle slachtoffers te vergoeden, ook wanneer niet vaststaat dat de ziekte door de door hem geleverde voeding werd veroorzaakt, zullen waarschijnlijk verzekeringsproblemen ontstaan.

4. REMEDIES BINNEN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Voorwerp van dit onderzoek is onder meer te onderzoeken hoe verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's kan worden bevorderd. Hiervoor hebben wij geschetst in welke mate bepaalde ontwikkelingen in het recht de risicobeoordeling door de verzekeraar kunnen bemoeilijken en daarmee ook de verzekeraarbaarheid in gevaar kunnen brengen. Wij hebben daarover gesteld dat enkele ontwikkelingen (in het bijzonder het afwentelen van causaliteitsonzekerheid) en het aannemen van

513. Dit wordt hierna uitgebreid besproken.

retroactiviteit de verzekeraar daadwerkelijk in gevaar kunnen brengen; dit zijn geen hypothetische gevaren, nu de verzekeraars naar aanleiding van die ontwikkelingen hun dekkingssystematiek hebben aangepast, zulks ook met alle gevolgen van dien voor de compenserende werking van het aansprakelijkheidsrecht.

Voordat in de volgende paragraaf op de mogelijke reacties van een verzekeraar op een uitdijende aansprakelijkheidslast wordt ingegaan dient in dit verband kort te worden geschetst dat juist de wetgever en de rechterlijke macht ook de verzekeraar kunnen bevorderen, door de tendensen die de risico-inschatting door verzekeraars in gevaar brengen te vermijden.

Daarom zal kort worden ingegaan op welke wijze het recht (wetgever of rechterlijke macht) met retroactiviteit en causaliteitsonzekerheid zou kunnen omspringen om de verzekeraar niet in gevaar te brengen.

Wat de retroactiviteit betreft kan dit het beste worden toegelicht door de retroactiviteitsproblematiek te analyseren in het licht van de economische doelstellingen van het ongevallenrecht.

Omdat aansprakelijkheidsregels zowel een preventieve als een compenserende functie hebben rijst de vraag in hoeverre een aansprakelijkheid met terugwerkende kracht te rijmen valt met deze beide functies.

A. Preventie

In hoofdstuk 2 is aangegeven dat vooral in de economische analyse van het ongevallenrecht wordt uitgegaan van de idee dat een aansprakelijkheidsregel prikkels zal geven aan partijen die potentieel bij een ongeval kunnen worden betrokken. De wetenschap achteraf schadeloosstelling aan een slachtoffer te moeten betalen, zou de dader *ex ante* tot zorgvuldig gedrag aanzetten. Deze idee wordt ook gebruikt om een doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht te definiëren; dit zou in de woorden van Calabresi prikkels moeten geven voor een reductie van de totale maatschappelijke kosten van ongevallen⁵¹⁴. Deze kosten bestaan onder meer uit de kosten van ongevalvermijding en de verwachte schade⁵¹⁵.

Toepassing van een nieuwe aansprakelijkheidsregel of een zorgvuldigheidsnorm lijkt op het eerste gezicht strijdig te zijn met deze economische beginselen van het ongevallenrecht. Daarin wordt immers juist uitgegaan van de idee, dat de wetenschap achteraf schadeloosstelling te moeten betalen, de dader *ex ante* op betere gedachten zal brengen door het ongeval te voorkomen. Indien nu het gedrag niet onrechtmatig wordt beschouwd op het ogenblik waarop het aan de orde is, kan derhalve een wijziging die achteraf intreedt en waarbij met terugwerkende kracht wordt beslist dat dergelijk gedrag toch onrechtmatig was, op de prikkels tot zorgvuldig gedrag van die specifieke dader nooit meer enige gunstige invloed hebben. Een "specific deterrence" in de termen van Calabresi is daarom uitgesloten. Retroactieve aansprakelijkheid lijkt derhalve geen preventieve doelstelling te kunnen dienen.

Bij nader inzien dient deze stelling echter te worden genuanceerd. Het is immers mogelijk dat nieuwe risico's ontstaan of dat de zorgvuldigheidsstandaard verandert omdat het bijvoorbeeld ten gevolge van de veranderingen in de techniek gemakkelijker mogelijk is om inspanningen op preventief vlak te leveren. Indien men in die situaties eenvoudigweg zou stellen dat de dader uitsluitend de oude standaard dient na te leven en nooit aansprakelijk kan zijn voor risico's die hij de facto niet heeft voorzien, zou dit het nadeel

514. Calabresi, G., *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

515. Deze worden door Calabresi ook wel de primaire ongevalsekosten genoemd. Hier wordt even afgezien van de zogenaamde secundaire en tertiaire kosten; zie daarover Faure, M.G., "Regres in een rechtseconomisch perspectief", in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten, afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 45-71.

hebben dat geen enkele prikkel meer bestaat om onderzoek te doen naar nog onbekende gevaren. In de rechtseconomische literatuur is er dan ook op gewezen dat het toetsen aan een *ex post* norm, zoals aansprakelijkheid met terugwerkende kracht dan wordt genoemd, het voordeel heeft dat zulks inderdaad prikkels zal geven onderzoek te doen naar tot nu toe onbekende gevaren⁵¹⁶. Het gegeven dat een ondernemer weet dat er *ex post* aansprakelijkheid kan zijn, bijvoorbeeld wanneer de technologische ontwikkeling wijzigt, vormt een krachtig argument voor aansprakelijkheid voor het zogenaamde ontwikkelingsrisico. Dit zou de dader de nodige prikkels kunnen geven voor investeringen in onderzoek, teneinde informatie over het risico te achterhalen en informatie over optimale preventieve technieken om het risico te voorkomen. Wanneer er ook aansprakelijkheid is voor risico's die zouden kunnen ontstaan nadat een product in het verkeer is gebracht, zal dit *ex ante* prikkels geven om onderzoek te doen naar nog onbekende risico's waar achteraf aansprakelijkheid voor volgt. Dit gegeven is uiteraard van belang voor het onderhavige onderzoek in het algemeen.

De vraag rijst echter of deze redenering ook gebruikt kan worden om een retroactieve wijziging van het aansprakelijkheidsregime of van de zorgvuldigheidsnorm te verantwoorden. Wij menen van niet. De argumentatie die wordt gebruikt ter verdediging van het ontwikkelingsrisico heeft betrekking op situaties waarin de aard van het risico wijzigt of waarbij de vraag rijst of bepaalde gevaren verbonden aan een product, dienst of activiteit *ex ante* voorzienbaar waren. Het gaat in die literatuur derhalve niet om wijzigingen in het aansprakelijkheidsregime of de zorgvuldigheidsnorm. De economische analyse van het ongevallenrecht gaat uit van de veronderstelling dat de prikkels voor toekomstig gedrag op preventief vlak positief zullen worden beïnvloed onder invloed van het in kracht zijnde juridische regime. Derhalve lijkt het moeilijk verdedigbaar dat een *ex post* wijziging in de aansprakelijkheidsregel of zorgvuldigheidsnorm een positieve invloed zal hebben op de prikkels voor gedragingen die in het geheel niet onrechtmatig waren op het ogenblik dat zij door de dader werden verricht. Men kan immers betogen dat ook op de dader met betrekking tot de door hem uitgevoerde activiteiten zeker een onderzoeksplicht rust wat betreft de gevaren die verbonden zijn aan de risico's die hij creëert; het gaat echter te ver te beweren dat men van de dader ook kan verwachten dat hij maar moet voorzien dat de inhoud van de rechtsregel of de zorgvuldigheidsnorm kan veranderen. Dat laatste zou immers tot een inefficiënt hoge vraag naar preventieve maatregelen leiden. Dan zou men in feite van de dader eisen dat hij nu reeds inefficiënte investeringen in zorg gaat plegen om te voorkomen dat hij in de toekomst ten gevolge van een *mogelijke* wijziging in het aansprakelijkheidsregime aansprakelijk zou worden gehouden, ook als zijn gedrag vandaag niet als onrechtmatig wordt beschouwd. Dit lijkt hoogst inefficiënt. De conclusie blijft derhalve dat aansprakelijkheid met terugwerkende kracht moeilijk te verenigen valt met de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht⁵¹⁷.

Toch blijft de vraag hoe dan moet worden gedacht over situaties waarbij het tijdsverloop tussen de oorspronkelijke gebeurtenis en het rechterlijk oordeel niet zeer groot is en de terugwerkende kracht dus niet zo flagrant, maar gewoon een aanpassing plaatsvindt van de zorgvuldigheidsstandaard via de rechtspraak. Ott en Schäfer hebben aangetoond dat de rechtsvinding in het civiele aansprakelijkheidsrecht in feite het resultaat is van een leerproces, waarbij de rechterlijke macht gebruik maakt van informatie die gedurende de jaren door partijen aan het rechterlijk college wordt aangedragen. Dit leidt ertoe dat een zorgvuldigheidsstandaard, niet statisch is, doch veeleer evolueert in de tijd⁵¹⁸. Door dit voortdurend

516. Op dit punt werd reeds gewezen door Calabresi, G. en Klevorick, A., "Four Tests for Liability in Torts", *Journal of Legal Studies*, 1985, vol. 14, 585-627 en vooral Shavell, S., "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk", *Journal of Legal Studies*, 1992, 259-270. Dit punt is in Nederland vooral onderzocht door Visscher, L.T. en Kerkmeester, H.O., "Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verweren tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering", *TMA*, 1996, 48-57.

517. Dit is anders voor verzekeraars. Zij zullen ten dele wel rekening kunnen en moeten houden met een veranderend aansprakelijkheidsrecht. Zie hiervoor.

518. Zie Ott, C. en Schäfer, H.B., "Negligence as Untaken Precaution, Limited Information and Efficient Standard Formation in the Civil Liability System", *International Review of Law and Economics*, 1997, 15-29.

leerproces wordt de zorgvuldigheidsstandaard aangescherpt, waarbij kan worden aangenomen dat de rechterlijke macht ernaar streeft steeds meer de efficiënte zorgvuldigheidsstandaard te benaderen. Op algemeen niveau is er uiteraard niets tegen een dergelijke evolutie van de zorgvuldigheidsnorm in de tijd via de rechtspraak. Indien de lijn in de jurisprudentie voldoende helder is, kan deze een belangrijke signaleringsfunctie hebben in de richting van de partijen in de markt en hen zo wederom prikkels geven om de nieuwe door de jurisprudentie vastgelegde zorgvuldigheidsstandaard na te leven. Toch betreft het hier in het individuele geval in feite steeds een retroactieve toepassing van die nieuwe zorgvuldigheidsnorm. De rechter heeft immers veelal slechts de mogelijkheid om naar aanleiding van het individuele geval vast te stellen of de betreffende verweerder meer had kunnen doen om het ongeval te voorkomen, zulks nagelaten heeft en bijgevolg aansprakelijk is. Nogmaals: die aanscherping van de zorgvuldigheidsnorm via de jurisprudentie kan uiteraard als zodanig moeilijk als inefficiënt worden afgedaan, omdat anders een volstrekt statische en inefficiënte zorgvuldigheidsnorm zou ontstaan. Voor de dader in het betreffende geval leidt het er echter toe dat hij als het ware gebruikt wordt om de nieuwe zorgvuldigheidsnorm vast te leggen en dat hij aansprakelijk wordt gehouden, hoewel zijn gedrag destijds naar de toen toepasselijke normen niet als onrechtmatig werd beschouwd. De "Einzelfallgerechtigkeit" lijkt hier dus te worden opgeofferd voor de efficiëntie op lange termijn.

Er is wellicht een weg uit dit dilemma, die bijvoorbeeld aan de orde is in een tweetal arresten van het Duitse Bundesgerichtshof⁵¹⁹. De eerste zaak betreft een arrest van 23 oktober 1984⁵²⁰, dat handelde over een ski-ongeval dat zich op de Zugspitzeplatte had voorgedaan doordat de eisende partij tegen een niet beschermd pilaar van een sleeplift terecht kwam. In de eerste plaats onderzoekt het Bundesgerichtshof of het als een schending van de "Verkehrssicherungspflicht" beschouwd moet worden dat de pilaren waaraan de sleeplift zich bevond niet op bijzondere wijze waren beschermd. Het Bundesgerichtshof meent om verschillende redenen dat de exploitant van de skilift inderdaad bijzondere beschermende maatregelen had moeten treffen. Een van de overwegingen is vanuit rechtseconomische optiek interessant:

"Die mit einer solchen Abpolsterung verbundenen Kosten stehen nicht außer Verhältnis zu ihren aus den Schleppliften zu erzielenden Einnahmen. Zudem ist der Unternehmer in der Lage, die Aufwendungen über den Fahrpreis weiterzugeben."

Nadat aldus geconcludeerd is dat de afwezigheid van bescherming op de paal de zorgvuldigheidsnorm schond, gaat het Bundesgerichtshof vervolgens na of de exploitant van de sleeplift door deze nalatigheid ook "schuldhaft" heeft gehandeld. Dit wordt door het Bundesgerichtshof ontkend met onder meer de volgende overwegingen:

"Jedoch muß den Verkehrssicherungspflichtigen der Pflichtverstoß bei Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt erkennbar gewesen sein, wobei Bewertungszweifel über die Pflichtmäßigkeit oder Pflichtwidrigkeit des schädlichen Verhaltens zu seinen Lasten gehen. Hier fällt ins Gewicht, daß Entscheidungen Deutscher Gerichte zur Sicherung von Liftstützen zum Schutze der Skiläufer bei derartigen Pistenverhältnissen im Unfallzeitpunkt, soweit ersichtlich, nicht ergangen waren. Eine solche Sicherungspflicht lag auch nicht ohne weiteres in der Tendenz der bis dahin ergangenen Rechtsprechung zur besten Sicherungspflicht."

Eenzelfde resultaat werd bereikt in een arrest van 14 maart 1995⁵²¹ waarin de vraag rees of de spoorwegen aansprakelijk waren nu een dertienjarige jongen achter op een trein kon klimmen en behoudens een geel waarschuwingsbord met een "Blitzpfeil" geen maatregelen waren genomen of verdere waarschuwingen

519. Zie in dit verband eerder Faure, M., "Is aansprakelijkheid met 'terugwerkende kracht' efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1 e.v.

520. Bundesgerichtshof, 23 oktober 1984, *Neue juristische Wochenschrift*, 1985, 6020.

521. Bundesgerichtshof, 14 maart 1995, *Neue juristische Wochenschrift*, 1995, 2631.

getroffen om te voorkomen dat de jongen met de dodelijke hoofdleiding in aanraking kwam. Wederom stelde het Bundesgerichtshof dat de Verkehrssicherungspflicht geschonden was, maar dat geen aansprakelijkheid volgt, omdat de verweerder niet "schuldhaft" gehandeld heeft:

"Vielmehr sind die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht der Beklagten erst durch das angefochtene Urteil verschärft worden. Bei dieser Sachlage war für die Beklagte im Schadenszeitpunkt nicht erkenbar, daß sie ihrer Verkehrssicherungspflicht nicht in ausreichendem Maß nachgekommen ist."

Uiteindelijk wordt, in het eerste geval, de exploitant van de skilift dus niet aansprakelijk gehouden, onder meer vanwege het feit dat deze niet uit de destijds geldende rechtspraak had kunnen opmaken dat een bijzondere bescherming van de betreffende palen was vereist. Tot hetzelfde oordeel komt het Hof ook in de zaak van de spoorwegen. Het aardige van deze oplossing is, dat enerzijds het generaal preventieve effect wordt bereikt dat toekomstige exploitanten weten dat een strengere zorgvuldigheidsnorm wordt toegepast, terwijl ook de "Einzelfallgerechtigkeit" ten opzichte van de individuele verweerder wordt bereikt (maar niet ten opzichte van de gelaedeerde). Via het schuldvereiste wordt voorkomen dat de nieuwe, hem onbekende zorgvuldigheidsnorm retroactief op dit individuele geval wordt toegepast. Het Bundesgerichtshof toont dus aan dat de rechtspraak niet naar het inefficiënte paardenmiddel van de retroactiviteit dient te grijpen om toch tot een efficiënte aanpassing van de zorgvuldigheidsnorm aan nieuwe omstandigheden te komen. Natuurlijk geschiedt deze oplossing wel ten koste van de gelaedeerde die, in tegenstelling tot anderen in de toekomst, niets krijgt, hoewel het gedrag van de verweerder als onrechtmatig wordt bestempeld, zij het niet "schuldhaft". Toch lijkt dit resultaat niet onbillijk. De belangen van de verweerder die niet "schuldhaft" heeft gehandeld en wiens prikkels niet konden worden beïnvloed mogen prevaleren nu er geen bijzondere reden kan worden gevonden voor verplaatsing van de schadelast van het slachtoffer naar de dader. Een goede reden voor verplaatsing van schade is er immers alleen in abstracto⁵²² maar niet in concreto, ten aanzien van deze dader.

Voor deze aanpak van "prospective overruling" kan ook steun worden gevonden in Nederlandse doctrine die eveneens heeft voorgesteld dat, naar Amerikaans voorbeeld, een rechtscollège in de lopende procedure de oude interpretatie zou kunnen volgen en anderzijds kan aankondigen dat in de toekomst een andere interpretatie zal worden gevolgd⁵²³. Deze uitspraak waarbij een "omgaan-in-de-toekomst" zou worden aangekondigd heeft op het vlak van de efficiëntie hetzelfde voordeel als de aangehaalde uitspraken van het Bundesgerichtshof. Door Haazen wordt dit als de werking "ex mox" aangeduid⁵²⁴. Hij draagt eveneens rechtsdogmatische argumenten aan ter ondersteuning van de hier - vanuit een rechtseconomische benadering bepleite beperking van de terugwerkende kracht⁵²⁵.

B. Billijkheidsoverwegingen

In de literatuur wordt benadrukt dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen preventieve doeleinden dient, maar ook tot iets moet leiden dat in de Amerikaanse literatuur doorgaans als "corrective justice" wordt aangeduid. Meestal wordt daarmee, onder verwijzing naar de billijkheid, bedoeld dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad ook binnen bepaalde voorwaarden schadeloos dient te worden gesteld. Dit compensatieperspectief is juist een van de belangrijke redenen waarom hoewel dat haaks staat op de mogelijk preventieve werking van aansprakelijkheid met terugwerkende kracht toch vaak wordt gebruikt.

522. Juist daarom wordt de zorgvuldigheidsnorm voor de toekomst ook aangescherpt.

523. Dit standpunt is vooral verdedigd in de rede van Drion, J., *Stare decisis. Het gezag van precedentes*, zie de literatuur aangehaald door Polak, M.V., *l.c.*, 237-239.

524. Hij bespreekt dit "omgaan pro futuro" uitgebreid in zijn bijdrage in *De rol van de rechter in de Westerse samenleving*, 171-185.

525. Haazen, O., *l.c.*, 186-207.

Dit is ook begrijpelijk vanuit het streven van de rechterlijke macht om veeleer aan "Einzelfallgerechtigheit" te doen in plaats van aandacht te hebben voor de lange termijneffecten van een rechterlijke uitspraak op preventief vlak. De herverdelingswens tot compensatie van het slachtoffer is vaak sterker dan de aandacht voor de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht⁵²⁶.

Ook vanuit billijkheidsperspectief kan aansprakelijkheid met terugwerkende kracht echter worden bekritiseerd. Zo is hiervoor al aan de orde geweest dat een dergelijke aansprakelijkheid vanuit het oogpunt van de dader onbillijk is. In de tweede plaats kan ook ten aanzien van de toepassing van (nieuwe) rechtspraak op "oude" gevallen worden betoogd dat zij merkwaardig en onbevredigend is ten opzichte van andere slachtoffers wier schade nog onder het minder slachtoffervriendelijke recht werd afgehandeld⁵²⁷.

De conclusie is derhalve dat aansprakelijkheid met "terugwerkende kracht" zowel vanuit preventief perspectief als vanuit billijkheidsoverwegingen met argwaan moet worden bekeken. Natuurlijk moet de zorgvuldigheidsnorm wel (via wetgeving of jurisprudentie) worden aangescherpt, maar die nieuwe norm hoeft, zoals de Bundesgerichtshofjurisprudentie laat zien, niet op "oude" situaties te worden toegepast. Daardoor kunnen de ongewenste effecten van "retroactiviteit" worden vermeden.

Hiervoor werd ook geschetst dat retroactieve aansprakelijkheid tot onverzekerbaarheid kan leiden. Wanneer verzekerbaarheid dient te worden bevorderd zou ook dat een argument kunnen zijn voor wetgever of rechter om van een retroactieve aansprakelijkheid af te zien. In dat licht kan nog worden benadrukt dat de verzekerbaarheidsvraag ook van belang wordt geacht voor de aanvaardbaarheid van aansprakelijkheid. Bolt en Spier hebben immers terecht betoogd dat ter beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag de mogelijkheid om schade te verzekeren een belangrijke factor is⁵²⁸.

C. *Proportionele aansprakelijkheid als remedie voor causaliteitsonzekerheid*

Ook ten aanzien van causaliteitsonzekerheid kan een oplossing worden gesuggereerd die de risico's voor de verzekeraar beperkt. Denk aan het voorbeeld dat hiervoor werd aangehaald van het verhoogde kankerrisico, waarbij slechts een verhoging van 5 extra gevallen door de emissie vanuit de fabriek werd veroorzaakt. Verzekeringstechnisch een groot probleem zou zijn is de oplossing waarbij de verzekeraar van de exploitant gehouden zou worden om voor alle 25 kankergevallen op te komen, terwijl de verzekeraar dan in feite in 20 van de 25 gevallen zou dienen te betalen voor schade aan slachtoffers die niet door de emissies vanuit de fabriek konden worden veroorzaakt.

Een logischer oplossing zou zijn om aan te sluiten bij de recentelijk steeds meer bepleite proportionele aansprakelijkheid. Deze oplossing bestaat er dus in de exploitant uitsluitend aansprakelijk te houden voor een proportioneel deel van de schade dat hij heeft veroorzaakt en sluit aan bij suggesties in de literatuur dat proportionele aansprakelijkheid een betere oplossing zou zijn, ook vanuit verzekeringsperspectief⁵²⁹. In de lagere rechtspraak zijn inmiddels vele voorbeelden van de proportionele benadering aan te wijzen⁵³⁰.

526. Zie in dit verband bijvoorbeeld Spier, J., "De (on)verzekerbaarheid van aansprakelijkheden", in Ten Kate, J. e.a. (red.), *Miscellanea Jurisconsulto Vero Dedicata, Opstellen aangeboden aan J.M. van Dunné*, Deventer, Kluwer, 1997, 418.

527. Aldus Spier, J., in Bolt, A.T. en Spier, J. (red.), *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid*, Preadvies NJV 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 230.

528. Bolt, A.T. in Bolt, A.T. en Spier, J. (red.), *Preadvies NJV, 1996*, 230. Zie in dit kader ook Hartlief, T. in *Verzekering en Maatschappij*, Deventer, 2000, 371 e.v.

529. Zie desbetreffend in het bijzonder Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Deventer, Kluwer, 1997 en zie ook Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000.

530. Zie de literatuur genoemd in de vorige voetnoot.

§ 4. Reacties van verzekeraars

Een volgende vraag is uiteraard wat verzekeraars kunnen doen wanneer wordt vastgesteld dat door bepaalde ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie de risico-inschatting wordt bemoeilijkt. Het is inderdaad niet ondenkbaar dat, zoals hierboven werd geschetst, de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's wordt beperkt of bemoeilijkt door verschillende factoren. Het zou echter te kort door de bocht zijn om daaruit dan ook af te leiden dat die schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's onverzekerbaar zou zijn. Verzekeraars beschikken immers over diverse mogelijkheden om te reageren op een eventueel uitbreidende aansprakelijkheidslast ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's.

1. THEORIE

A. *Beperking van de omvang van de dekking?*

In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, vormt de nominale omvang van het risico veelal niet het grootste probleem. Risico's van een hoge nominale omvang, zogenaamde catastrofe-risico's, zijn ook verzekeraar. Bijvoorbeeld in San Fransisco zou er, indien er thans een aardbeving zou plaatsvinden van de omvang van die van 1906, een *verzekerde* schade zijn van 39,5 miljard US\$⁵³¹. Ook de ruimtevaartverzekering illustreert dat de hoge omvang als zodanig een risico niet onverzekerbaar maakt. Er bestaan immers traditionele verzekeringstechnieken die toelaten in te spelen op de potentieel hoge omvang van het risico. Een eerste mogelijkheid is uiteraard de herverzekering. Een andere mogelijkheid is de pooling van risico's door meerdere verzekeraars. Overigens heeft de in 1993 aangenomen kartelvrijstellingsverordening de mogelijkheden tot pooling wel beperkt. Art. 11 van de verordening 3932/92 bepaalt immers dat overeenkomsten inzake medeverzekering in beginsel slechts toegelaten zijn als ze niet meer dan 10 % van de betreffende markt uitmaken⁵³². Op de vrijstellingsverordening en de mogelijkheden van pooling wordt hieronder in paragraaf 5 verder meer in detail ingegaan.

Een verzekeraar gaat om commerciële redenen zelfs bij uitbreidende aansprakelijkheden niet snel over tot beperking van de dekking, want dekkingverlening, ook voor grote risico's, is nu juist het vak van de verzekeraar. Herverzekering en pooling laten dit ook op relatief grote schaal toe. Het werkelijke probleem is in beginsel ook niet de omvang van de schade, maar de onzekerheid betreffende de risico-inschatting. De actuariële juiste premie waar de verzekeraar mee dient te werken, bestaat immers uit twee componenten, de probabiliteit dat een schadegeval zich zal voordoen en dat dus tot uitkering moet worden overgegaan en de omvang van die schade. De genoemde onzekerheden en wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden niet zozeer de omvang van de schade, maar vooral de probabiliteit⁵³³. Vandaar dat een beperking van de omvang van de dekking niet als de meest logische reactie op genoemde ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht wordt gezien.⁵³⁴

531. Aldus Tyran, J.R. en Zweifel, P., "Environmental Risk Internalization through Capital Markets (ERICAM): the Case of Nuclear Power", *International Review of Law and Economics*, 1993, 433, met verwijzing naar de Federal Emergency Management Agency.

532. *PB L 398/7* van 31 december 1992. Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., "Het toelaten van kartels op de Europese verzekeringsmarkt", *NJB*, 1993, 261-267.

533. Overigens kan ook de schade-omvang stijgen; denk bijvoorbeeld aan de eventuele trend waarbij de gevorderde en toegekende smartegeldbedragen stijgen. Maar ook een dergelijke ontwikkeling leidt, mits deze redelijk voorzienbaar is, niet noodzakelijk tot onverzekerbaarheid.

534. De stijgende probabiliteit wordt overigens niet alleen beïnvloed door wijzigingen in wetgeving en jurisprudentie, maar bijvoorbeeld ook door een gewijzigd claimgedrag bij burgers en toenemend regres door sociale zekerheidsinstanties. Zie in dit kader de uiteenzetting over regres in hoofdstuk 3 en de bespreking van de claimcultuur in hoofdstuk 4.

B. *Limitering?*

Verzekeraars zouden ook kunnen pleiten voor een wettelijke limitering van aansprakelijkheid. Dit lijkt echter niet zo verstandig. Niet alleen is het zo dat uit de analyse bleek dat niet in de eerste plaats de omvang van de schadebedragen het grote probleem vormt doch de uitbreiding van de kans op aansprakelijkheid en de onzekerheid waarmee dit gepaard gaat. Nu de schadeomvang niet het hoofdprobleem vormt, kan een limitering dan ook geen adequate remedie voor een mogelijke crisis zijn. Daar komt bij dat het commercieel ook niet handig lijkt van verzekeraars om voor limitering van aansprakelijkheid te pleiten. Bovendien is limitering vanuit maatschappelijk oogpunt problematisch omdat zij strijdig is met de idee van de integrale schadeloosstelling van slachtoffers in het onrechtmatige daadsrecht. Ook op juridisch vlak zijn er nogal wat bezwaren tegen wettelijke limitering ingebracht⁵³⁵. Die juridische bezwaren worden ook door de rechtseconomie ondersteund⁵³⁶. Ook daarin is erop gewezen dat het vanuit de vereiste controle van het moreel risico verkeerd zou zijn de blootstelling aan aansprakelijkheid van de verzekerde dader wettelijk te beperken.

Aan contractuele limitering – in de zin van beperking van de verzekerde som – kan uiteraard wel worden gedacht. Verzekeraars doen dat overigens natuurlijk nu ook al. Risico's worden nooit ongelimiteerd gedekt. Hiervoor is gewezen op de wenselijkheid van een dergelijke benadering vanuit preventieoogpunt. Wel kan eventueel aan een genuanceerder systeem worden gedacht waarbij limiteringen voor afzonderlijke schadeposten (bijvoorbeeld buitengerechtigde kosten) worden ingevoerd.

C. *Risicodifferentiatie*

1. **De theoretische noodzaak van risicodifferentiatie**

Uit hetgeen hiervoor is gesteld met betrekking tot de rechtseconomische beginselen van verzekering, de strijd tegen de anti-selectie en de verzekeringscrisis in de V.S. blijkt reeds dat een nauwe aflijning van risicogroepen essentieel is voor zowel de controle op het moreel risico als voor de strijd tegen de anti-selectie. Indien door een perfect aangepast polisvoorwaardenpakket het moreel risico kan worden uitgesloten, zal het verzekeringscontract geen negatieve invloed meer op het ongevalsrisico hebben en het moreel risico op een optimale wijze worden gecontroleerd. Belangrijk is dan wel dat, nu de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht is weggefallen, in het verzekeringscontract zelf inventieve mechanismen worden ingebouwd door eigen risico's, plafonds en geïndividualiseerde polisvoorwaarden.

De verzekeringseconomische theorie biedt een aantal aardige indicaties hoe op uitbreidende aansprakelijkheid kan worden gereageerd met behoud van dekking en een behoorlijke aanpassing van de premie aan het reële risico⁵³⁷. Het antwoord is dat een reductie van het risico kan worden bereikt door de polisvoorwaarden zo nauw mogelijk aan te sluiten bij het individuele risico dat de betreffende verzekerde vormt. Dit betekent uiteraard ook een aanpassing van de premie aan diens individuele risico. Op die wijze zal het verzekerde bedrijf indien het individuele risico dat hij vormt weerspiegeld wordt in diens premievoorwaarden optimale prikkels voor risicoreductie hebben. Preventieve inspanningen door een werkgever worden dan immers beloond en herkenbaar hogere risico's zullen een daarmee

535. Zie daarover Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 1999, hoofdstuk 4 met verdere verwijzingen.

536. Faure, M. en Van den Bergh, R., *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadvisie vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, Vermande, 1990, 20 e.v.

537. Ook vanuit actuariële hoek is reeds lang op het belang van risicoclassificatie gewezen. In dat verband kan onder meer op de publikaties van De Wit worden gewezen. Zie De Wit, G.W., *A Dialogue about Socialization of Risk, Proceedings Centennial American Actuarial Profession*, 1988, 1045-1063 en De Wit, G.W., *Gesellschaftliche Bedingungen der Prämienskalkulation, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft e.V.*, Karlsruhe, 1984.

corresponderende premie genieten. Bovendien zal een verzekeraar van zijn kennis over het risico dat zijn verzekerde vormt, gebruik moeten maken door bijzondere voorwaarden in de polis te stellen waarvan de dekkingverlening afhankelijk wordt gemaakt; deze voorwaarden zijn dan duidelijk gericht op het verrichten van preventieve inspanningen door de verzekerde.

Uiteraard betekent risicodifferentiatie niet dat naar het andere uiterste van een zuiver individuele tarificatie dient te worden overgegaan. Hoewel dit uiteraard het ideaal is, zal dit in vele gevallen geen haalbare kaart zijn omdat de kosten van een individuele tarificatie inefficiënt hoog kunnen zijn⁵³⁸. Inderdaad zal het kostenaspect bij de mogelijkheden tot differentiatie een grote rol spelen. Bij de bespreking van het moreel risicoprobleem werd hiervoor reeds aangegeven dat uiteraard het premieaspect daarbij ook een rol speelt. Bij een consumentenpolis met een lage premie zal een volledig individuele tarificatie vaak onmogelijk zijn en zal de verzekeraar zijn verzekerde toch het confectiepak van de standaardpolis dienen aan te bieden. Maar juist bij de voor nieuwe gezondheidsrisico's belangrijke AVB, waar toch een redelijke premieomzet in omgaat, zijn de mogelijkheden voor verdere differentiatie tegen relatief lage kosten nog groot. Het uitgangspunt dient te zijn dat een verzekeraar waar mogelijk een onderscheid dient te maken tussen goede en slechte risico's en tussen beide qua polisvoorwaarden en premie onderscheid dient te maken. Lukt dit niet dan bestaat het risico dat de goeden de groep gaan verlaten en dekking via andere middelen dan de private verzekeringsmarkt zullen zoeken. Verzekering kan juist voor deze goede risico's aantrekkelijk worden gemaakt door een voldoende differentiatie, waarbij goede risico's ook worden beloond voor inspanningen op preventief vlak die daadwerkelijk tot een risicovermindering hebben geleid. Dit betekent uiteraard ook dat bij een verdergaande differentiatie men zich niet uitsluitend blind mag staren op de premieomzet. De alhier voorgestelde verdergaande risicodifferentiatie zal immers onvermijdelijk betekenen dat in sommige gevallen ook tot premievermindering ten opzichte van de huidige situatie zal moeten worden overgegaan. Belangrijk is dat bij de premiebepaling op basis van de actuele informatie over het risico niet slechts met het premie-inkomen rekening wordt gehouden, maar vooral met de weerslag van eventuele preventieve inspanningen op de vermindering van de probabilliteit dat het schadegeval zich zal voordoen.

Een cruciaal element dat noodzakelijk is in een verdergaande risicodifferentiatie is uiteraard informatie. Alleen indien een verzekeraar accurate informatie heeft over het individuele risico dat zijn verzekerde vormt, zal hij op basis van die informatie zijn verzekerde kunnen belonen voor preventieve inspanningen en bijgevolg een behoorlijke geïndividualiseerde tarificatie toepassen. Juist omdat dergelijke informatie uiteraard niet altijd gemakkelijk te achterhalen is, zal men derhalve hetzij afhankelijk zijn van collectief vergaarde informatie (bijvoorbeeld via het Verbond van Verzekeraars)⁵³⁹ hetzij van een ver doorgedreven specialisatie. Indien een verzekeraar zich specialiseert in een bepaalde sector of branche en ook door gedegen onderzoek over de risico's in die sector kan achterhalen welke factoren het risico substantieel beïnvloeden, zal hij in staat zijn op basis daarvan accurate risicogroepen te maken. Deze informatieverschaffing door specialisatie kan een verzekeraar uiteraard ook een belangrijk competitief voordeel bieden. Zij zal immers tot gevolg hebben dat goede risico's door een dergelijke individuele tarificatie worden aangetrokken. Zij zullen immers bemerken dat zij bij een verzekeraar die over goede informatie beschikt, beloond worden voor preventieve inspanningen. Daardoor vormen zij een lager risico en dienen zij een dienovereenkomstig lagere premie te betalen. Het gevolg daarvan is dat een doorgedreven differentiatie gebaseerd op behoorlijke informatievergaring en specialisatie niet alleen het aangewezen instrument lijkt als reactie op uitbreidende aansprakelijkheid, maar bovendien een verzekeraar ook een commercieel voordeel kan bieden. Informatie verschaft een verzekeraar immers een competitief voordeel, hetgeen een verzekeraar op termijn zelfs een belangrijke omzetstijging zal kunnen

538. Zie over de kosten van risicodifferentiatie verder bij Borenstein, S., "The economics of costly risk sorting in competitive insurance markets", *International Review of Law and Economics*, 1989, 25-39 en Wils, W.P.J., *l.c.*, 1994, 449-467.

539. Zie voor eventuele bezwaren uit het mededingingsrecht hierna.

opleveren ondanks initiële premieverlagingen die hij zou doorvoeren als reactie op investeringen in preventie. Risicodifferentiatie lijkt dan ook de meest aangewezen reactie op de nieuwe uitdagingen van het aansprakelijkheidsrecht. Zij kan alleen worden doorgevoerd indien ook werk wordt gemaakt van een sterke informatievergarings, waardoor een verzekeraar tegelijk zijn marktpositie kan verbeteren.

2. De mogelijkheden tot risicodifferentiatie in de praktijk

Uiteraard moet worden benadrukt dat deze voor de hand liggende ideeën de Nederlandse verzekeringswereld natuurlijk bepaald niet vreemd zijn. Risicodifferentiatie vindt nu ook reeds plaats. Hier wordt alleen betoogd dat naar onze mening een verdergaande differentiatie dan thans het geval is in vele gevallen mogelijk moet zijn en een van de adequate antwoorden lijkt op uitbreidende aansprakelijkheden. Het sleutelwoord dat daarbij genoemd werd was informatie. Zoals zo vaak zal de marktpartij met de beste informatie het beste over marktmacht kunnen beschikken. De verzekeraar die de beste informatie over risico's heeft kan een competitief voordeel uitspelen door de verzekerden die een extra inspanning leveren op preventief vlak te belonen door hen gunstiger polisvoorwaarden aan te bieden. Ten dele zal, zoals aangegeven, de verzekeraar zelf naar deze informatie op zoek dienen te gaan door specialisatie. Ook een accuraat onderzoek van de jurisprudentie en de eigen schadestatistieken kan daarbij uitermate nuttig zijn. Een verzekeraar van medische aansprakelijkheid zal bijvoorbeeld aan de hand van een onderzoek van zijn eigen ongevalstatistieken en schadegevallen evenals uit een onderzoek van recente jurisprudentie kunnen achterhalen in welke gevallen het nu vaak tot schade komt en zal eventueel dienovereenkomstig polisvoorwaarden kunnen opstellen. Indien bijvoorbeeld uit een dergelijk onderzoek van de rechtspraak zou blijken dat medische aansprakelijkheid (van de anesthesist) vaak ter sprake komt omdat er na een chirurgisch ingreep een gebrekkige nabewaking is, zou een verzekeraar die zich in medische aansprakelijkheid specialiseert, kunnen overwegen te bedingen dat de verzekerde garanties dient te verlenen inzake een adequate nabewaking.

Vele gegevens over risicofactoren die aanleiding kunnen geven tot een risicodifferentiatie zijn ook publiek beschikbaar. Bij wijze van voorbeeld kan ook worden gewezen op de rapporten die door de Dienst voor Inspectie en Informatie van I-SZW worden uitgegeven met betrekking tot de specifieke risico's op ziektes bij bepaalde bedrijfstakken. Zo is bijvoorbeeld een rapport met een inventarisatie van risico's voor stress en fysieke belasting gepubliceerd⁵⁴⁰. Daarin wordt de ernst van de problematiek per bedrijfstak geschetst en worden preventieve maatregelen vermeld. De eerste kunnen aanleiding geven tot risicodifferentiatie, de tweede tot specifieke eisen in de polisvoorwaarden.

Vele andere voorbeelden zouden daarvan eveneens gegeven kunnen worden, bijvoorbeeld op het terrein van de preventie van beroepsziekten en arbeidsongevallen. Dit illustreert meteen ook dat een adequate risicodifferentiatie niet alleen in het belang van de verzekeraar is maar ook in maatschappelijk belang. Alleen indien een verzekeraar adequaat op de reële risico's inspeelt, is verzekering in staat haar maatschappelijke functie van preventie van ongevallen optimaal te vervullen. Overigens kan naast een individuele aanpak ook door het Verbond een belangrijke rol worden gespeeld. Het gaat er immers om informatie te achterhalen over de factoren die van invloed zijn om het risico van een bepaalde activiteit te beïnvloeden. De facto wil men informatie achterhalen over de wijze waarop men risicogroepen kan vormen. Daarin kan natuurlijk belangrijk coördinerend werk worden gedaan, bijvoorbeeld door het Verbond van Verzekeraars, die collectief verzamelde know-how ter beschikking van de leden zou kunnen stellen. Of het mededingingsrecht aan een dergelijke samenwerking in de weg staat wordt hierna nog aan de orde gesteld.

540. I-SZW Inspectiedienst, *Inventarisatie van risico's voor stress en fysieke belasting*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 557.

3. Risicodifferentiatie en solidariteit

Een betere preventie en dus een reductie van het risico kan worden bereikt door een zo nauw mogelijke aanpassing van de polisvoorwaarden, waaronder de premie, aan het individuele risico⁵⁴¹. Dit betekent dat risico's moeten worden geïndividualiseerd en de risicogroepen scherper gedefinieerd⁵⁴². Dit gebeurt thans naar onze mening nog onvoldoende. Te makkelijk wordt vanuit concurrentie-oogpunt van differentiatie afgezien of wordt te snel geconcludeerd dat de kosten prohibitief zijn.

Nog al eens wordt bezwaar gemaakt tegen een ver doorgevoerde differentiatie van polisvoorwaarden en premies vanuit de idee dat zulks haaks zou staan op de in verzekeringsmiddelen vaak verkondigde solidariteitsgedachte⁵⁴³. Het solidariteitsbeginsel betekent evenwel alleen dat bepaalde bedrijven, activiteiten of personen die ook daadwerkelijk een gelijkaardig risico vormen gelijkaardige polisvoorwaarden krijgen aangeboden, waaronder de premie. Tussen leden van een gelijkaardige risicogroep vindt dan inderdaad risicospreiding plaats en in die zin kan van solidariteit worden gesproken. Solidariteit mag echter geenszins betekenen dat goede en slechte risico's samen in een risicogroep zouden worden gebracht en eenzelfde gemiddelde premie gaan betalen. Dit zou uiteraard het hiervoor al genoemde anti-selectiefenomeen tot gevolg hebben omdat verzekering onaantrekkelijk wordt voor de goede risico's die preventieve inspanningen niet beloond zien. De begrippen solidariteit en risicospreiding dienen daarom goed onderscheiden te worden. Een verzekeraar dient teneinde anti-selectie te vermijden zo klein mogelijke risicogroepen te maken maar binnen eenzelfde groep van gelijkaardige risico's kan uiteraard een risicospreiding plaatsvinden.

De door ons bepleite differentiatie staat dus niet haaks op de solidariteitsgedachte. Solidariteit betekent alleen dat bedrijven, activiteiten of personen die een gelijkaardig risico vormen gelijkaardige voorwaarden krijgen en een gelijke premie. Solidariteit betekent niet dat goede en slechte risico's samen in een pot worden gebracht en eenzelfde gemiddelde premie gaan betalen. Solidariteit mag ook niet met risicospreiding worden verward. Een verzekeraar dient zo klein mogelijke risicogroepen te maken, maar binnen de groep kunnen bijzonder veel gelijkaardige risico's worden gebracht, waardoor het risico nog steeds gespreid kan worden. Dit betekent nogmaals niet dat we er voor pleiten te vervallen in het andere uiterste van een volledig individuele tarificatie, al was het maar omdat – zie hiervoor – de kosten die zulks meebrengt inefficiënt hoog zouden zijn. Wel moeten we af van het teveel gehanteerde uitgangspunt dat goede en slechte risico's een identieke of bijna gelijke premie betalen. Anders komen we terecht in een neerwaartse spiraal van anti-selectie. Verzekering moet juist voor goede risico's aantrekkelijk worden gemaakt en dit kan uiteraard door een voldoende differentiatie waarbij goede risico's ook voor hun preventieve inspanningen worden beloond door een lagere premie. Voor sommige slechte risico's zullen dat betekenen dat de premie omhoog moet, maar voor goede risico's zal de premie kunnen dalen. Ook dat is iets waar verzekeraars uiteraard aan moeten wennen. We hebben vaak de indruk dat verzekeraars teveel focussen op het premie-inkomen aan de ene kant, zeg maar de omzet, en dat daarbij soms te weinig aandacht wordt gegeven aan de door ons zo benadrukte vermindering van de probabiliteit. We zouden durven zeggen dat een verzekeraar juist een competitief voordeel kan krijgen indien hij bijvoorbeeld door specialisatie in een bepaalde activiteit of branche kan ontdekken welke factoren het risico substantieel beïnvloeden en op basis daarvan risicogroepen kan aflijnen. Goede risico's zullen dan inderdaad beloond worden met een aantrekkelijke premie die ook beantwoordt aan het lagere risico dat men vormt bijvoorbeeld door behoorlijke investeringen in preventie. Door een initiële premieverlaging ter beloning

541. Faure, M., o.c., *Verzekerings-Archief*, 1993, 11.

542. Men kan wel de vraag stellen of een verregaande risicodifferentiatie bijvoorbeeld naar leeftijd, geslacht of sexuele geaardheid strookt met het non-discriminatiebeginsel. Deze vraag wordt geanalyseerd door Wils, W.P.J. in de *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 449-467.

543. Zie Cousy, H., "Lectuurnotities en reflecties over ethiek in het zakenleven, in het bijzonder in de verzekering in Mens en Recht-Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk", *Liber Amicorum Jan M. Boekman*, Leuven, Peeters, 1996.

van preventieve inspanningen kan een dergelijke verzekeraar op termijn zijn omzet zelfs behoorlijk zien stijgen door het competitief voordeel dat hij op de markt geniet. Differentiatie is noodzakelijk als reactie op de nieuwe uitdagingen van het aansprakelijkheidsrecht en dat is alleen mogelijk door een goede informatievergaring waarmee een verzekeraar zijn marktpositie kan verbeteren.

D. Dekkingssystematiek⁵⁴⁴

1. Begrenzing van de dekking naar tijd

Hiervoor werd reeds aangegeven dat voor een verzekeraar grote problemen kunnen ontstaan wanneer zich een lang tijdsverloop voordoet tussen de fout en de schade. Dat is een zeer reëel probleem bij nieuwe gezondheidsrisico's, zoals onder meer bleek uit de rechtspraak in verband met arbeidsgerelateerde risico's. Voor dat soort gevallen is de begrenzing van de dekking naar tijd essentieel. In dit kader wordt een drietal systemen onderscheiden⁵⁴⁵:

- a. het act committed-systeem: bepalend voor de dekking is dat de schade binnen de duur van de contractstermijn is veroorzaakt;
- b. het loss occurrence-systeem: bepalend voor de dekking is dat het letsel, de aantasting van de gezondheid of de zaakbeschadiging binnen de duur van de contractstermijn is ontstaan;
- c. het claims made-systeem: voor de dekking is bepalend dat de vordering tot schadevergoeding door de verzekerde danwel diens verzekeraar tijdens de duur van de contractstermijn is ontvangen.

a. Act committed-systeem

Het act committed-systeem werd algemeen gebruikt voor AVB-polissen in de jaren vijftig en zestig. Bepalend voor de dekking is dat de schade binnen de duur van de contractstermijn is veroorzaakt. Dat betekent dat voor aansprakelijkheid van de verzekerde voor de door de derde geleden schade alleen dan dekking zal bestaan indien deze schade moet worden toegerekend aan een wanprestatie of onrechtmatige daad van de verzekerde die binnen de duur van de overeenkomst heeft plaatsgevonden. Het voordeel voor de verzekerde is dat de vordering blijft voortbestaan totdat de vordering van het slachtoffer door verjaring is tenietgegaan, ongeacht of de overeenkomst door hem zelf of door de verzekeraar (tussentijds) is beëindigd. Bovendien zijn voor de dekking bepalend de voorwaarden zoals deze golden ten tijde van het veroorzaken van de schade. Dat betekent dat de verzekeraar een later ingevoerde beperking van de dekking niet aan de verzekerde kan tegenwerpen. Een nadeel is dat ook de financiële omvang van de dekking wordt bepaald door de verzekerde som zoals deze gold ten tijde van het veroorzaken van de schade. Het is mogelijk dat deze onvoldoende blijkt te zijn. Voor verzekeraars is het systeem zeer nadelig, zoals het Des-arrest heeft aangetoond. Voor een verzekeraar wiens dekking kort na het in het verkeer brengen van een product is geëindigd, kan het meebrengen dat hij bijna dertig jaar later alsnog tot dekking wordt aangesproken op basis van een in het verleden ontvangen premie die wat hoogte betreft ten tijde van het uitbetalen van de schadevergoeding als onvoldoende moet worden aangemerkt. De uitloop is dus volledig verzekerd, zodat daarvoor financiering moet worden gevonden. Er is in dit systeem geen inloop.

544. Zie daarover Spier, J. en Haazen, O.A., *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag*, Deventer, Kluwer, 1996 en Spier, J., *Schade en loss-occurrence-verzekering*, Deventer, Kluwer, 1996.

545. Zie uitgebreid Wansink, J.H., *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, tweede druk 1994, 97 e.v. en Huizen, F. van, "Enkele begrenzingen van de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering", *Drie treden* (De Ruiter-bundel), 329 e.v.

b. Loss occurrence-systeem

In de jaren zeventig heeft, mede door de druk van de internationale herverzekeraars, het systeem van loss occurrence zijn intrede gedaan. Bepalend voor de dekking is dat het letsel, de aantasting van de gezondheid of de zaakbeschadiging binnen de duur van de contractstermijn is ontstaan. Dat houdt dus in dat niet relevant is of de onrechtmatige daad of wanprestatie van de verzekerde die de schade heeft veroorzaakt reeds voor de aanvang van de verzekering heeft plaatsgevonden. Voor de verzekerde geldt in de regel het voordeel dat de voorwaarden zoals deze golden ten tijde van het ontstaan van het letsel c.q. de ziekte en bepalend zijn voor de dekking in de regel beter zijn afgestemd op de behoefte ten tijde van het schadeloos stellen van het slachtoffer. Aan de andere kant kan hij worden geconfronteerd met het feit dat de verzekeraar zijn dekking in de loop der jaren heeft aangepast aan nieuwe inzichten en ontwikkelingen met betrekking tot het aansprakelijkheidsrisico. In dit systeem is sprake van inloop voor schade ontstaan tijdens de looptijd en is sprake van een beperkte uitloop bijvoorbeeld voor ziekten met een sluimerend karakter. Ook dit systeem kent derhalve bezwaren. Inderdaad, indien vaststaat dat het letsel of de zaakbeschadiging tijdens de looptijd van de verzekering is ontstaan, dan is inherent aan het loss occurrence systeem dat de aansprakelijkheid voor alle schade die daaruit voortvloeit in beginsel onder de dekking van de polis valt, ook als deze eerst na het einde van de verzekering wordt geleden. Verzekeraars kunnen in dit systeem zelfs tot 20 (of soms zelfs tot 30) jaar na afloop van het verzekeringscontract worden geconfronteerd met claims die zijn ontstaan tijdens de verzekeringsduur.

c. Claims made-systeem

Het systeem van claims made komt in verschillende vormen voor. In de kern komt het erop neer dat voor de dekking bepalend is dat de vordering tot schadevergoeding door de verzekerde danwel diens verzekeraar tijdens de duur van de contractstermijn is ontvangen. Het systeem heeft enkele voordelen voor de verzekerde. In beginsel geniet hij volledige inloop en is de hoogte van de verzekerde som op de lopende polis waarschijnlijk beter afgestemd op zijn daadwerkelijke behoefte ten tijde van het schadeloos stellen van de benadeelde. Voor die inloop kan premie worden gevraagd. Uiteindelijk zijn de voordelen vooral voor verzekeraars. In een dergelijk systeem heeft de verzekeraar het moeilijk beheersbare uitlooprisico in beginsel volledig uitgesloten. Immers, zodra de verzekering eindigt, ontbreekt voor de verzekerde iedere dekking, ook als het om aanspraken gaat die na de expiratiedatum van de polis worden ingesteld, terwijl ze betrekking hebben op letsel danwel schade die daarvoor is ontstaan. Om deze reden wordt het claims made systeem in ieder geval in de ons omringende landen met de nodige argwaan bekeken⁵⁴⁶.

2. Relativering

Aan een claims made dekking kleven voor verzekerden bezwaren indien een namelding zou worden uitgesloten. Het is goed mogelijk dat zij geen dekking krijgen als gevolg van toevallige omstandigheden hoewel zij voor het risico van de gebeurtenissen wel degelijk premie hebben betaald. Verder zal duidelijk zijn dat bepaalde verzekerden problemen kunnen krijgen bij het verkrijgen van dekking bij een nieuwe verzekeraar. Het risico is aanwezig dat de rechter in bepaalde gevallen een beroep op de claims made dekking of op een tussentijdse beëindiging in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal oordelen (art. 6:248). Voor afd. 6.5.3 (algemene voorwaarden) hoeft niet te worden gevreesd nu dekkingsbepalingen de kern van de overeenkomst betreffen en daarom niet vatbaar zijn voor toetsing in het kader van art. 6:233 op onredelijke bezwarendheid. Wat betreft de uitloop lijkt het mogelijk om in beperkte zin tegemoet te komen aan de belangen van de verzekerden door bijvoorbeeld namelding gedurende een zekere periode mogelijk te maken of een omstandighedenclausule op te nemen.

546. Zie de eerder genoemde literatuur met verdere verwijzingen.

Vanuit de invalshoek van verzekeraars is er veel te zeggen voor invoering van een claims made systeem. In het kader van de AVB-polismodelwijziging in 1996 is dat ook duidelijk gebleken.

Vooraf in verband met de verzekering van long tail-risico's en het gevaar van retroactieve aansprakelijkheid geniet de claims made-systematiek de voorkeur. Juist om de belangen van verzekerden te dienen wordt een claims made polis veelal gecombineerd met een nameldingmogelijkheid of een omstandighedendeckking (feitenmelding). Dat is overigens precies wat de Nederlandse verzekeraars ook hebben gedaan bij de hervorming van het AVB-polismodel in 1996⁵⁴⁷.

E. Andere polistechische reacties

Ook kunnen uiteraard andere polistechische reacties worden uitgedacht ter reductie van het risico voor de verzekeraar, specifiek bij nieuwe gezondheidsrisico's. Gedacht kan worden aan clausules die bepalen dat dekking slechts wordt verleend volgens het recht dat toepasselijk is op het ogenblik van de polisafsluiting. Ook in het kader van de beroepsziekten zou kunnen worden gespecificeerd dat slechts dekking wordt verleend voor ziekten die geregistreerd zijn op de Europese lijst op het ogenblik van de aanvang van de dekking. Bijkomende dekking zou dan wel kunnen worden verleend onder voorwaarde van bijkomende premiebetaling. Dergelijke uitsluitingen of beperkingen van onvoorzienbare schades of veranderingen in het recht zijn, mits goed geredigeerd, waarschijnlijk juridisch haalbaar. Problemen rijzen veeleer in het vlak van de maatschappelijke haalbaarheid. Oplossingen zoals het uitsluiten van bepaalde ziekten of verschijnselen (zoals stress), dan wel het limiteren van bepaalde schadeposten (zoals smartegeld) kunnen verzekeringseconomisch gezien wel de meest ideale reactie op onzekere ontwikkelingen zijn, maar vanuit maatschappelijk gezichtspunt wellicht problematisch zijn. Hier is het aan de verzekeraars te beoordelen hoe zij met bepaalde voorstellen die verzekeringseconomisch wenselijk, maar maatschappelijk moeilijk liggen, wensen om te gaan. Daarbij verdient vermelding dat het maar de vraag is of maatschappelijke problemen door verzekeraars moeten worden opgelost, ook in gevallen waarin dat niet zonder risico voor hen zelf. Verder dient te worden opgemerkt dat niet kan worden verwacht dat wetgever of rechter verzekeraars te hulp zullen schieten wanneer zij met open ogen onnodige risico's nemen⁵⁴⁸.

2. PRAKTIJK

Zoals aangegeven is er vooral in het kader van de arbeidsgerelateerde aandoeningen de nodige ervaring wat betreft de door de verzekeraars toe te passen remedies. Wat de dekkingssystematiek betreft werd hiervoor reeds betoogd dat die veelal aan de orde is bij de problematiek van de beroepsziekten, omdat dit typisch een zogenaamd "long-tail"-risico is, waarbij het risico zich vermoedelijk jaren zal manifesteren nadat een blootstelling zich voordeed.

Juist in verband hiermee is al gesteld door het Nederlandse Verbond van Verzekeraars een nieuwe AVB-polis gelanceerd in 1996. Kern van deze nieuwe AVB-polis is de overgang van loss occurrence naar claims made⁵⁴⁹. Binnen bepaalde perken wordt in dit nieuwe polismodel AVB 96 ook het uitlooprisico gedekt, zij het zeer beperkt⁵⁵⁰.

547. Zie in dat verband Tjoeng, L.M., "Het polismodel AVB96 en de overgang van occurrence naar claims made", *A&V*, 1996, 127-133 en zie ook de andere bijdragen die in die *A&V* special over het polismodel AVB 96 zijn opgenomen.

548. Zie Haazen en Spier, *NJB*, 1996, 50.

549. Zie daarover Tjoeng, L.M., "Het polismodel AVB 96 en de overgang van occurrence naar claims made", *A&V*, 1996, 127-133.

550. Zie Van der Schaaf, F.A., "Voor- en narisico in het polismodel AVB 96", *A&V*, 1996, 122-126.

Hoewel kritiek kan worden geformuleerd op de uiteindelijke inrichting van die nieuwe AVB-polis⁵⁵¹ toont deze wijziging van de dekkingssystematiek wel aan dat de Nederlandse verzekeraars het klaarblijkelijk noodzakelijk achten om hun verzekeringssysteem te wijzigen onder invloed van de nieuwe arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's. Die ervaring kan uiteraard van belang zijn voor andere nieuwe gezondheidsrisico's waarin typisch het "long tail"-probleem speelt. Aangenomen kan worden dat de verzekerbaarheid bevordert wordt door de overgang van een loss occurrence naar een claims made dekkingssysteem.

Overigens moet worden benadrukt, zoals hiervoor werd aangestipt, dat de wijziging van de dekkingssystematiek slechts een van de vele mogelijke polistechnische reacties is op een uitdijende aansprakelijkheid door verzekeraars. In dit verband dient ook nogmaals op het belang te worden gewezen van een verdergaande risicodifferentiatie. Er zijn ongetwijfeld, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, veel praktische mogelijkheden tot een dergelijke verdergaande risicodifferentiatie. Daarvoor kan door verzekeraars ook gebruik worden gemaakt van gezondheidkundig onderzoek waarin wordt aangegeven welke soorten nieuwe gezondheidsrisico's nu typisch in bepaalde sectoren voorkomen. Op basis van die gezondheidkundige informatie kan de verwachte schade worden berekend en aan de hand daarvan kan de individuele verzekeraar mogelijk een op maat gesneden polis voor zijn individuele verzekerde maken, teneinde op die manier het risico zoveel mogelijk te individualiseren en derhalve door aangepaste voorwaarden te beperken.

Een belangrijke vernieuwing van de AVB-polis 1996 was ook de invoering van een zogenaamd rubriekensysteem, die reeds meer mogelijkheden voor risicodifferentiatie biedt. Mogelijkheden voor risicodifferentiatie zijn er zeker ook voor andere nieuwe gezondheidsrisico's dan de beroepsziekten. Cruciaal daarbij is dat de verzekeraar gebruik moet kunnen maken van beschikbare informatie, bijvoorbeeld over incidentie van de risico's en de preventieve maatregelen die kunnen worden genomen. Dit vereist wellicht een specialisatie van de verzekeraar in dergelijke risico's, zoals hiervoor werd aangegeven. Anderzijds kan ter zake ook coördinerend werk worden uitgevoerd, bijvoorbeeld door het Verbond van Verzekeraars. In dat verband rijst natuurlijk wel de vraag hoe dergelijke werkzaamheden door een verbond zich verhouden tot de noodzakelijke mededinging op de verzekeringsmarkt. Dit punt zal hierna nader worden onderzocht.

3. EVALUATIE

Aangegeven is dat verschillende remedies van verzekeraars mogelijk zijn als reactie op een uitdijende aansprakelijkheidslast door nieuwe gezondheidsrisico's. Tevens werd vermeld dat, vooral in het kader van de arbeidsgerelateerde risico's de verzekeraars die weg ook al zijn opgegaan. Vele van die reacties hebben specifiek betrekking op het tegengaan van de problemen verbonden aan het "long tail"-risico, door een wijziging van de dekkingssystematiek. Toch rijst in dat verband de vraag of deze gewijzigde dekkingssystematiek nu een absolute bescherming biedt van verzekeraars tegen retroactieve aansprakelijkheid en anderzijds rijst ook de vraag of die reacties van verzekeraars, in het bijzonder de wijziging van de dekkingssystematiek, slechts voordelen hebben, danwel of zij vanuit het perspectief van de slachtofferbescherming wellicht moeten worden veroordeeld.

551. Zie desbetreffend onder meer de kritische opmerkingen van Haazen en Spier, *NJB*, 1996, 45 e.v. en *Pre-advies NJV*, 1996, 56 e.v.

De claims made dekking heeft, zoals aangegeven, in Nederland haar intrede gedaan, onder meer om tegemoet te komen aan de problematiek van de risico's "met een lange staart"⁵⁵².

Het is in dat verband belangrijk te benadrukken dat wanneer *ex ante* informatie beschikbaar zou zijn over het risico dat het aansprakelijkheidsregime kan veranderen, er in feite weinig verschil bestaat tussen de traditionele act committed of loss occurrence polissen enerzijds en de claims made dekking anderzijds. In een traditioneel systeem zou de verzekeraar, wetende dat hij het onzekere risico "met de lange staart" dient te dekken een additionele risicopremie vragen als prijs voor de rechtsonzekerheid ten aanzien van mogelijke veranderingen in het aansprakelijkheidsregime. Als de verzekerde ook informatie heeft over dit risico zal hij tevens bereid zijn om deze additionele premie te betalen en derhalve ook dekking krijgen voor *ex post* wijzigingen in het aansprakelijkheidsregime. Ingeval een claims made dekking zou worden toegepast zou de *ex ante* gevraagde premie lager kunnen zijn omdat de verzekeraar bij claims made nu juist de "lange staart" uitsluit door zijn dekking te beperken tot die gevallen waarin de claim daadwerkelijk bekend wordt aan de verzekerde of verzekeraar binnen de periode van verzekeringsdekking⁵⁵³.

De zaak ligt evenwel anders wanneer *ex ante* geen informatie beschikbaar is over het risico dat het aansprakelijkheidsregime in de toekomst zou kunnen veranderen. Dan lijkt claims made inderdaad het aangewezen dekkingssysteem omdat alleen dit de verzekeraar toelaat de onzekere "lange staart" uit te sluiten. Natuurlijk heeft claims made in zijn zuivere vorm ook het nadeel dat onmiddellijk dekking dient te worden verleend en dat oude bestaande risico's in een nieuwe claims made polis onmiddellijk zijn gedekt. De zogenaamde uitloop is weliswaar niet gedekt; de inloop wel. Vanuit het perspectief van de verzekeraar is evenwel het voordeel dat hij het inlooprisico via een effectief acceptatiebeleid enigszins kan beheersen. Ook rijst bij claims made de vraag of de verzekeraar kan optreden bijvoorbeeld wanneer hij vaststelt dat het aansprakelijkheidsregime wijzigt waardoor oude risico's die hij in portefeuille heeft plots alsnog tot claims aanleiding kunnen geven. In de doctrine is er, zoals bekend, een debat gaande over de vraag of de verzekeraar in een dergelijke situatie het recht zou hebben om de polis en daarmee dus ook de dekking te beëindigen⁵⁵⁴.

Tenslotte moet worden opgemerkt dat verzekeraars zich er van bewust dienen te zijn dat een claims made dekking slechts in beperkte mate een remedie kan bieden voor een "uitdijende" aansprakelijkheid *ex post*. Een claims made dekking is wel in staat om het probleem van de risico's met de lange staart te beperken, maar vormt, zoals werd aangegeven, niet noodzakelijk een antwoord op onverwachte wijzigingen in het aansprakelijkheidsregime. Ook een claims made verzekeraar kan worden geconfronteerd met een plotselinge wijziging in het aansprakelijkheidsregime die hem ertoe kan dwingen dekking te verlenen voor oude risico's, die hij bij de inloop niet kon voorzien. Dat betekent dus dat ook een claims made dekking geen volledige verzekering kan bieden tegen elke gril van de wetgever of rechter.

552 Opvallend is overigens dat de Nederlandse verzekeringsmarkt slechts relatief recent massaal is overgeschakeld naar claims made dekkingen, terwijl dit dekkingssysteem bijvoorbeeld in de Verenigde Staten al in 1975 werd gepropageerd als remedie tegen de "medical malpractice" crisis (Shavell, S., "Theoretical Issues in medical Malpractice", in Rottenberg, S. (red.), *The Economics of Medical Malpractice*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, 35-64). Op deelterreinen bestonden overigens, ook in Nederland, al lang claims made verzekeringen.

553. Zie verder over de specifieke betekenis van de claims made dekking bij Spier, J. en Haazen, O.A., *o.c.* en in het themanummer van A&V dat aan de nieuwe AVB werd gewijd (*A&V*, 1996, 119-160), evenals bij Haazen, O.A. en Spier, J., in Bolt, A.T. en Spier, J. (red.), *Preadvies NJV 1996*, 56-83.

554. Een debat waarop hier niet kan worden ingegaan; zie voor een samenvatting Spier, J. en Haazen, O.A., *o.c.*, 125-146 en zie ook Cousy, H. en Claassens, H. (red.), *Aansprakelijkheidsverzekering: dekking in de tijd*, Antwerpen, Maklu, 1997, evenals Spier, J., "Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets", *Tijdschrift vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1997, 714-724, i.h.b. 720-723.

Claims made biedt derhalve geen waterdichte garantie tegen het retroactiviteitsrisico⁵⁵⁵. Hoe dan ook, dient te worden opgemerkt dat een wijziging van de dekkingssystematiek door verzekeraars voor verzekerden (werkgevers) en daarmee indirect voor gelaedeerden (werknemers) in de regel weinig aantrekkelijk is. Dat geldt ook voor eventuele specifieke door de verzekeraar in de polis op te nemen beperkingen of uitsluitingen. In de literatuur passeren in dit kader vele suggesties de revue, van uitsluiting van bepaalde schadeposten (bijvoorbeeld smartegeld) tot het invoeren van contractuele limieten. Ook worden zogenaamde stabilisatieclausules of opzeggingsmogelijkheden gesuggereerd om het risico beheersbaar te maken. Al deze suggesties kunnen uiteraard een bijdrage leveren aan een betere beheersbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico, maar hebben ook nadelen. Uitsluitingen of limiteringen hebben uiteraard het commerciële nadeel voor de verzekeraar dat hij zijn verzekerde in de kou zal laten staan juist wanneer deze de verzekeringsbescherming het meest nodig heeft, bijvoorbeeld omdat de door het aansprakelijkheidsrecht toegekende bedragen ver boven de gelimiteerde bedragen uitkomen. Clausules die trachten de dekking te beperken tot het aansprakelijkheidsregime dat van toepassing was op het ogenblik van het afsluiten van de polis hebben uiteraard als bezwaar dat veel discussie kan ontstaan over de vraag of ten tijde van het ongeval sprake was van een wijziging van het aansprakelijkheidsregime. Bovendien kunnen al deze technieken, hoe nuttig zij ook zijn, het fundamentele probleem van de moeilijke beheersbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico voor de verzekeraar niet wegnemen.

Het basisprobleem blijft inderdaad dat alle in deze paragraaf beschreven reacties weliswaar nuttig zijn voor verzekeraars om hun blootstelling aan risico te beperken, en daardoor de verzekerbaarheid te bevorderen, maar deze medaille heeft natuurlijk ook een keerzijde: in de mate waarin verzekeraars hun risico's verder beperken, bijvoorbeeld via claims made polissen, bestaat ook steeds vaker voor het slachtoffer het risico geen verhaal te kunnen uitoefenen op een (solvabele) verzekerde of verzekeraar. Aan de ene kant kunnen de verschillende remedies dus als nuttige reacties worden beschouwd; het blijven echter aan de andere kant lapmiddelen die niet altijd een waterdichte garantie bieden aan verzekerde, verzekeraar of slachtoffer. De vraag of er geen alternatieven voor aansprakelijkheid plus aansprakelijkheidsverzekering zijn blijft gerechtvaardigd.

Voordat we op die alternatieven ingaan zullen we eerst een fundamentele voorwaarde voor de efficiënte werking van verzekeringsmarkten en voor een optimale beschikbaarheid van verzekeringsdekking bespreken, namelijk dat sprake is van concurrentie op verzekeringsmarkten.

§ 5. Concurrentie op verzekeringsmarkten

1. INLEIDING

In dit onderzoek wordt terecht ook aandacht gevraagd voor de economische constellatie die bevorderend kan werken op de mogelijkheden om de verzekerbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's te bevorderen. Hiervoor is reeds aangegeven dat het bestaan van voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt een belangrijke factor is. In dit hoofdstuk zijn tot nu toe slechts de theoretische randvoorwaarden geschetst die vervuld dienen te worden om verzekerbaarheid te bevorderen. Of een bepaald nieuw gezondheidsrisico uiteindelijk ook daadwerkelijk zal worden verzekerd is echter een beslissing van de verzekeringsmarkt. Daar kan vanuit theoretisch perspectief relatief weinig over worden gezegd. Hetgeen daar wel over kan worden opgemerkt is dat de kansen dat de commerciële verzekeraars geneigd zullen zijn om nieuwe gezondheidsrisico's te dekken groter zullen zijn wanneer behoorlijke concurrentie op de verzekeringsmarkt bestaat. Daarom verdient dit aspect van de concurrentie zeker nadere bestudering. Daar komt nog bij dat in sommige gevallen samenwerking tussen verzekeraars die haaks lijkt te staan op de

555. Zo reeds Faure, M., o.c., *A&V* 1998, 10-11.

noodzakelijke concurrentie juist aangewezen is om de verzekeraarbaarheid te bevorderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de pooling: een samenwerking tussen verzekeraars die noodzakelijk is om grote risico's te kunnen dekken. Ook werd hierboven in het kader van het benadrukken van het belang van risicodifferentiatie reeds aangegeven dat het van belang kan zijn dat bijvoorbeeld een organisatie zoals het Verbond van Verzekeraars informatie zou verzamelen over nieuwe gezondheidsrisico's om die vervolgens aan de markt ter beschikking te stellen. Ook in dat kader rijst uiteraard de vraag hoe een dergelijk optreden verenigd kan worden met de noodzaak een behoorlijke concurrentie op de verzekeringsmarkt te bewerkstelligen.

In de rechtseconomie zijn de zegeningen van de aansprakelijkheidsverzekering vaak besproken. Rechtseconomen hebben erop gewezen dat aansprakelijkheidsverzekering het aangewezen instrument is om enerzijds risico weg te nemen (of te reduceren) bij een risico-averse dader, terwijl anderzijds de verzekeraar via een optimale controle van het gedrag van de verzekerde voldoende garanties kan bieden dat laatstgenoemde ook voldoende prikkels blijft houden tot preventie van ongevallen⁵⁵⁶. Tegelijkertijd moet worden gesteld dat deze zegeningen van aansprakelijkheidsverzekering alleen gelden wanneer er voldoende concurrentie is op de verzekeringsmarkt⁵⁵⁷. Zonder te willen beweren dat de concurrentie op de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen in Nederland op dit moment op enigerlei wijze zodanig in gevaar zou komen dat aansprakelijkheidsverzekering niet langer als efficiënt kan worden beschouwd, lijkt er toch steeds vaker sprake van overeenstemmende gedragingen tussen verzekeraars, die daarbij vaak gevolg geven aan impliciete of expliciete adviezen vanuit een beroepsorganisatie, zoals het Verbond voor Verzekeraars. Dergelijke marktadviezen kunnen afhankelijk van de inhoud en intensiteit mededingingsbeperkend werken; deze mededingingsbeperkingen hebben ook hun belang voor het aansprakelijkheidsrecht.

Voorbeelden van marktadviezen zijn de gebruikte formules voor de *ex post* differentiatie van risico's in het kader van het zogenaamde "bonus-malus"-systeem en het advies van het Verbond voor Verzekeraars om in het kader van de aansprakelijkheid voor milieuschade niet langer aansprakelijkheidsverzekering (via het zogenaamde MAS) aan te bieden, doch om over te gaan tot een first party-verzekering van saneringskosten⁵⁵⁸. Ook de in 1996 geïntroduceerde nieuwe polis inzake aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (de AVB-polis), waarover hiervoor al uitvoerig is geschreven, was het resultaat van een marktadvies van het Verbond. Hoewel voor deze ontwikkelingen vanuit rechtseconomisch perspectief veel te zeggen valt⁵⁵⁹, is hier in de praktijk doorgaans sprake van gedragingen van verzekeraars, ingegeven door adviezen van het Verbond die de mededinging lijken te beperken. Immers: in de praktijk zullen verzekeraars er bijvoorbeeld toe neigen het nieuwe model voor de AVB-polis te volgen en zal een individuele verzekerde moeilijkheden ondervinden om een "loss occurrence"-dekking te krijgen, bijvoorbeeld tot dekking van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten. In sommige gevallen is de mededingingsbeperking zonder meer duidelijk. Daarbij kan worden gedacht aan de, wederom in het kader van het aansprakelijkheidsrecht belangrijke, (inmiddels ingetrokken) besluiten van het Verbond om geen dekking te verlenen voor schade tengevolge van watersnood en tengevolge van aardbevingen. In het laatste geval betrof het zogenaamde "bindende" besluiten, die, zoals het woord het zelf zegt, bindend zijn voor de bij het Verbond aangesloten verzekeraars. Het gevolg was dat geen enkele verzekeraar in

556. Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringspolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *Verzekeringsarchief*, 1993, 8-11.

557. Zie Van den Bergh, R. en Faure, M., "De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse", *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid. Preadvies uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht*, Lelystad: Vermande, 1990, 30-32.

558. Wansink, J.H., "Verzekering en milieuschade als gevolg van vervoer/opslag van gevaarlijke stoffen", *TMA*, 1999, 77-82 en Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *Evaluatie van het Fonds luchtverontreiniging*, Den Haag: Sdu, 2000, 112.

559. Dit geldt bijvoorbeeld voor de overgang van "loss occurrence" naar "claims-made"-dekkingen als remedie voor de dekking van het zogenaamde "long-tail-risico" (zie Wansink, J.H., "De aansprakelijkheidsverzekering en de dekking van "long-tail-risico's", *A&V*, 1995, 1-5).

Nederland dekking aanbod voor bijvoorbeeld schade ontstaan tengevolge van overstroming. Een duidelijk effect van dergelijke mededingingsbeperkende afspraken is de beperking van de beschikbaarheid van verzekering, waarbij men kan betwijfelen of het hier daadwerkelijk steeds onverzekerbare risico's betreft⁵⁶⁰.

Deze voorbeelden geven aan dat samenwerking tussen verzekeraars, zeker wanneer zij tot een beperking van de variatie in polisvoorwaarden of het aanbod van verzekeringsproducten leidt, tot mededingingsbeperkingen kan leiden. De vraag is dan of dergelijke marktadviezen in overeenstemming zijn met de bepalingen van de toepasselijke Europese en Nederlandse mededingingswetgeving en hoe het huidige mededingingsrecht op dit vlak rechtseconomisch dient worden te gewaardeerd. Wij zullen deze vraag, vooral bekijken wat de aansprakelijkheidsverzekering betreft, die centraal staat in dit hoofdstuk. Steeds vaker wordt in Nederland betoogd dat de omvang van aansprakelijkheid (mede) gerelateerd dient te worden aan de verzekerbaarheid van risico's⁵⁶¹. Het is zonder meer duidelijk dat verzekeraars op dit vlak over een informatievoordeel beschikken. Dit geldt ook op andere domeinen, zoals de efficiëntie van bepaalde veiligheidsmaatregelen om ongevallen te voorkomen. Uitwisseling van informatie tussen verzekeraars creëert echter tegelijk een kader voor mededingingsbeperkingen. Samenwerking tussen verzekeraars is daarom een moeilijk en omstreden vraagstuk. In de eerste plaats is het niet eenvoudig een onderscheid te maken tussen, enerzijds, nuttige en wenselijke coöperatie tussen verzekeraars die de beschikbaarheid van (aansprakelijkheids)verzekering en een toegenomen productdifferentiatie juist ten goede kan komen en, anderzijds, schadelijke mededingingsbeperkende afspraken. Hoe onderscheidt men concurrentiebevorderende samenwerking van mededingingsbeperkende afspraken? In de tweede plaats kunnen er in gevallen waarin mededingingsbeperkingen bestaan voordelen verbonden zijn aan samenwerking, die de door de kartelafspraken gecreëerde verliezen kunnen compenseren. Besparen op informatiekosten door samenwerking tussen verzekeraars kan voordelen genereren die uitstijgen boven de nadelen van de mededingingsbeperkingen en bovendien een betere risicodifferentiatie toelaten, met de daaraan verbonden gunstige gevolgen voor de efficiëntie van het aansprakelijkheidsrecht. De vraag is dan of het mededingingsrecht een dergelijk efficiëntieverweer toelaat. Kunnen verzekeraars aantonen dat samenwerking meer economische voordelen dan nadelen oplevert en dat deze voordelen niet zonder de veroorzaakte concurrentiebeperkingen kunnen worden gerealiseerd, zodat een vrijstelling van het kartelverbod verantwoord is?

Hierna zal worden ingegaan op het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten voor het onderhavige onderzoek naar de verzekerbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. In dat verband dient in de eerste plaats te worden onderzocht wat de strekking is van de groepsvrijstelling die op 21 december 1992 door de Europese Commissie werd verleend aan de particuliere verzekeringssector. Vervolgens zullen die voorwaarden voor de vrijstelling van het kartelverbod zoals die in de groepsvrijstelling zijn geformuleerd kritisch tegen het licht worden gehouden en worden gerelateerd aan bepaalde Nederlandse verzekeringspraktijken. Daarna wordt aandacht besteed aan een recent verslag van de Europese Commissie aan het Europees Parlement van 12 mei 1999 betreffende de toepassing van de aangehaalde groepsvrijstelling in de verzekeringssector. Tenslotte wordt – bij wijze van voor het onderzoek relevant voorbeeld - uitgebreid ingegaan op de verzekering van een voor dit onderzoek belangrijk risico, namelijk schade veroorzaakt door rampen. Lange tijd hebben de verzekeraars immers beweerd dat dit risico onverzekerbaar was, hetgeen echter uitsluitend op een verboden kartelafpraak was gebaseerd.

560. Kritisch daarover zijn Faure, M. en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?", *RM Themis*, 1998, 211-228.

561. Zie desbetreffend onder meer Bolt, A.T. en Spier, J. (red.), *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid* uit, NJV-pleadvies, Zwolle: Tjeenk Willink, 1996; Spier, J., *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Deventer: Tjeenk Willink, 1999 en Hartlief, T., in *Verzekering en maatschappij*, 371 e.v.

2. VERORDENING NR. 3932/92 EN DE NEDERLANDSE PRAKTIJK VAN DE AANSPRAKELIJKHEIDS-VERZEKERING

De Europese Commissie heeft op 21 december 1992 een groepsvrijstelling verleend voor kartelafspraken in de verzekeringssector⁵⁶². Vanuit rechtseconomisch perspectief is op deze groepsvrijstelling veel kritiek geleverd⁵⁶³. De essentie van de Europese regelgeving, vervat in deze groepsvrijstelling is, dat het kartelverbod niet van toepassing is op de verzekeringssector, wanneer aan specifieke voorwaarden wordt voldaan. Op de Nederlandse markt gelden dezelfde regels aangezien artikel 13, lid 1, Mededingingswet bepaalt dat Nederlandse overeenkomsten (die de handel tussen de lidstaten niet beïnvloeden en dus niet de Europese drempel halen), die inhoudelijk onder een EG-groepsvrijstelling vallen, vrijgesteld zijn van het kartelverbod. Wanneer daarentegen niet voldaan is aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling vallen mededingingsbeperkende afspraken in de verzekeringssector principieel onder het kartelverbod.

A. Premieafspraken

De meest vergaande vorm van concurrentiebeperking is wellicht de prijsafpraak. Van regelrechte premieafspraken is ons in de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeringpraktijk niets bekend. Wel worden soms vanuit het Verbond adviezen gegeven over de wijze waarop tarificatie zou kunnen plaatsvinden. In het bepalen van de initiële premie is de verzekeraar in Nederland echter steeds vrij.

Hetzelfde geldt ten aanzien van adviezen die door het Verbond worden gegeven in verband met bepaalde polismodellen. Indien men bijvoorbeeld het hiervoor reeds uitgebreid besproken polismodel AVB 1996⁵⁶⁴ bekijkt, zal men zien dat wordt voorgesteld om een bepaalde systematiek te hanteren inzake de tarificatie, bijv. door een rubriekenpolis in te voeren (met bijzondere voorwaarden voor bijzondere risico's zoals milieu-aansprakelijkheid, bedrijfsaansprakelijkheid en werkgeversaansprakelijkheid). Het polismodel AVB 1996 bevat weliswaar artikelen over premieberekening, premiebetaling en aanpassing van premie en voorwaarden⁵⁶⁵, maar deze zijn blanco gelaten.

De Europese vrijstelling geldt krachtens artikel 3 van de Verordening alleen op voorwaarde dat de berekeningen, tabellen of onderzoeksresultaten louter indicatief zijn en dat uitsluitend indicaties over netto-premies worden gegeven. De Nederlandse praktijk is daarmee in overeenstemming. Uiteraard is de grens tussen indicatieve premies en eigenlijke prijsafspraken vaag. Aanbevolen prijzen worden vaak gebruikt als surrogaat voor opgelegde prijzen (bijv. verboden verticale prijsbinding). Om deze reden blijft, naar onze mening, toezicht door de mededingingsautoriteiten vereist.

B. Standaard polisvoorwaarden

Zoals vermeld resulteert gezamenlijk onderzoek van samenwerkende verzekeraars vaak in een standaard polismodel. Wij gaven reeds het voorbeeld van de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven, de nieuwe AVB-polis. Laatstgenoemde polis kwam tot stand na lang, door het Nederlands Verbond voor Verzekeraars, geïnitieerd onderzoek⁵⁶⁶. Ook andere voorbeelden van gestandaardiseerde

562. Zie voor een commentaar op deze verordening Levie, G. en Cousy, H. (red.), *La politique Européenne de concurrence en matière d'assurance*, Brussel: Bruylant, 1994.

563. Zie bijvoorbeeld Faure, M. en Van den Bergh, R., "Het toelaten van kartels op de Europese verzekeringsmarkt: hogere premies, lagere kwaliteit en meer ongevallen?", *NJB*, 1993, 261-267 en in Faure, M. en Van den Bergh, R., "Restrictions of Competition on Insurance Markets and the Applicability of EC Anti-trust Law", *Kyklos*, 1995, 65-85.

564. Gepubliceerd in *A&V*, 1996, 151-160.

565. Artt. 11-13.

566. Zie onder meer Faure, M. en Hartlief, T., "Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?", *A&V*, 1996, 140, 151 en zie ook de andere bijdragen aan die special van A&V

polisvoorwaarden zouden kunnen worden gegeven. Zo hebben verzekeraars in 1997 beslist om in beginsel niet langer een milieuaansprakelijkheidsverzekering aan te bieden, maar wel een zogenaamde rubriekenpolis milieuschadeverzekering. Het komt in feite neer op een omschakeling van een third party-aansprakelijkheidsverzekering naar een first party-milieuschadeverzekering voor saneringskosten⁵⁶⁷. Voor veel van de zojuist aangehaalde, door het Verbond gesuggereerde, wijzigingen is vanuit rechtseconomisch perspectief veel te zeggen. Immers: het AVB-polismodel schakelt over van een zogenaamde “loss occurrence” dekkingssystematiek naar “claims made” dekkingen, die verzekeringseconomisch gezien inderdaad beter in staat zijn om het zogenaamde “long tail risico” te dekken. Dit is hiervoor uitvoerig aan de orde geweest. Hetzelfde geldt voor de omschakeling van een third party- naar een first party-dekking bij milieuschade. De Nederlandse verzekeraars zijn desbetreffend op dit ogenblik voorlopers in Europa omdat zij de wijze rechtseconomische les ter harte hebben genomen dat een optimale risicodifferentiatie nu eenmaal beter loopt bij first party- verzekering dan bij third party-verzekering⁵⁶⁸. De cruciale vraag is in dit kader wederom of het aanvaardbaar is dat het resultaat van (ook rechtseconomisch) onderzoek aan de markt ter beschikking wordt gesteld via een standaardpolis.

Ook hier is het antwoord vanuit de Groepsvrijstelling weer eenvoudig. Artikel 6 van Verordening 3932/92 bepaalt dat de vrijstelling voor standaard polisvoorwaarden van toepassing is onder de voorwaarde dat zij worden opgesteld en bekendgemaakt en daarbij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat zij louter indicatief zijn en uitdrukkelijk vermelden dat andere voorwaarden kunnen worden overeengekomen. De zojuist aangehaalde voorbeelden van standaard polisvoorwaarden met betrekking tot aansprakelijkheidsverzekering kunnen deze toets zeker doorstaan. Het nieuwe polismodel AVB '96 is zeker bekend gemaakt; het werd zelfs in een juridisch tijdschrift (*Aansprakelijkheid en Verzekering*) gepubliceerd. Boven aan dit polismodel is uitdrukkelijk opgenomen: "De in dit polismodel opgenomen teksten zijn louter indicatief. Elke individuele verzekeraar kan hiervan tekstueel en/of inhoudelijk afwijken". Ook de literatuur benadrukt dat het model AVB '96 indicatief is en dat verzekeraars vrij zijn hiervan geheel of ten dele af te wijken⁵⁶⁹. Hetzelfde geldt voor de vermelde milieuschadeverzekering, waar eveneens aan het hoofd is opgenomen dat de teksten indicatief zijn en dat elke verzekeraar hiervan tekstueel en/of inhoudelijk kan afwijken. De Groepsvrijstelling is klaarblijkelijk bij het Nederlands Verbond goed bekend.

Hoewel formeel-juridisch op deze praktijk dus niets valt af te dingen, blijft de vraag toch of een standaardisering, onder het mom van markttransparantie, moet worden toegelaten. Het kan immers niet worden ontkend dat het mededingingsbeperkend effect (met alle gevolgen voor de verzekerde) van het gebruik van standaardpolisvoorwaarden groot is. Immers: hoewel de voorwaarden, bijvoorbeeld van het AVB-polismodel '96, louter indicatief zijn en elke verzekeraar vrij is om er van af te wijken, zal het vandaag de dag voor een werkgever in Nederland nagenoeg onmogelijk zijn om een dekking van werkgeversaansprakelijkheid te verkrijgen die niet op “claims made” basis is gestoeld, ook wanneer hij bereid zou zijn de daarvoor corresponderende premie te betalen. Deze kritiek zal de Nederlandse verzekeraars vermoedelijk een zorg zijn: de gehanteerde standaard polisvoorwaarden kunnen immers de toets van de Groepsvrijstelling doorstaan.

C. Pooling

over het polismodel AVB '96. Voor een kritisch commentaar zie Haazen, O.A. en Spier, J., "Amerikaanse toestanden en de nieuwe aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen", *NJB*, 1996, 45-50.

567. Zie daarover Wansink, J.H., *TMA*, 1999, 77-82.

568. Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 129-140.

569. Haazen, O.A. en Spier, J., *o.c.*, *NJB*, 1996, 45.

Samenwerking tussen verzekeraars wordt vaak gerechtvaardigd met een beroep op de grote capaciteit die nodig is om hetzij complexe, hetzij zeer "dure" risico's te dekken. Ook pooling is in de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeringsbranche goed bekend. Voor de inwerkingtreding van de rubriekenpolis milieuschadeverzekering werd milieuschade in Nederland bijvoorbeeld grotendeels gedekt via het zogenaamde Milieuaansprakelijkheidssamenwerkingsverband (ook wel MAS genoemd). Dit was een milieupool die gezamenlijk het milieuaansprakelijkheidsrisico dekte. Wel werd door de afzonderlijke maatschappijen met de verzekerden een separate milieuaansprakelijkheidsverzekering afgesloten. Ook in de nucleaire sector is pooling goed bekend. In Nederland wordt de nucleaire verzekering gedekt door de in 1958 opgerichte "Nederlandse Pool voor Verzekering van Atoomrisico's", kortweg aangeduid als de Atoompool⁵⁷⁰. Hiervoor gaven wij reeds aan dat de noodzaak tot pooling van risico's niet noodzakelijk een uitsluiting van het kartelverbod kan rechtvaardigen. Ook de Commissie is ter zake in de Groepsvrijstelling voorzichtig. Zo vervalt, volgens artikel 11 van de Verordening, het voordeel van de groepsvrijstelling indien mede(her)verzekeringsgroepen die catastrofale risico's verzekeren, een marktaandeel hebben van meer dan 15 procent. In andere gevallen van medeverzekering wordt het percentage verminderd tot 10 procent. Wij hebben geen exacte informatie over het marktaandeel van de verscheidene bij de Atoompool betrokken verzekeraars, maar dat dit nadere bestudering verdient, moge duidelijk zijn. De Atoompool is een vereniging van ongeveer zestig in Nederland werkzame verzekeringsmaatschappijen, die samen een behoorlijk marktaandeel kunnen hebben. In het geval van de nucleaire verzekering lijken de (nationale) atoompools duidelijk een monopolie te vormen die geen verdere concurrentie toelaat⁵⁷¹. Aangezien de Verordening 3932/92 geen uitzondering lijkt toe te laten voor de nucleaire sector, rijst sterk de vraag hoe de Nederlandse atoompool met het vereiste van artikel 11 van de Groepsvrijstelling, dat de verzekeringsgroep geen marktaandeel mag hebben van meer dan 15 procent, zal omspringen. Wanneer aan deze voorwaarde niet is voldaan, lijkt ook de Atoompool principieel onder het kartelverbod te vallen.

Overigens is dit naar onze mening ook terecht. Pooling van risico's kan namelijk op zichzelf efficiënt zijn omdat pooling het juist bij catastroferisico's ook voor kleine maatschappijen mogelijk maakt in deze markt te opereren. Bij gebreke aan pooling zouden alleen enkele grotere maatschappijen verzekeringsdekking kunnen verschaffen voor catastroferisico's. Pooling kan in beginsel tot een toename van het aantal marktdeelnemers leiden⁵⁷². Indien pooling daarentegen niet tot een verhoging van de concurrentie leidt, zoals bij de Atoompool het geval lijkt te zijn, is zij uiteindelijk inefficiënt.

D. Bindende besluiten

Tenslotte kan worden gewezen op de afspraken die door de Nederlandse verzekeraars in de jaren vijftig zijn gemaakt ten aanzien van de verzekering van rampen en dan in het bijzonder de verzekering van schade als gevolg van natuurrampen. Hieraan wordt aan het einde van deze paragraaf uitgebreider aandacht besteed omdat de problemen bij de verzekeraarbaarheid van rampen illustratief zijn voor de moeilijkheden die men ondervindt bij het beoordelen van verzekeraarbaarheid op basis van gegevens die vanuit de sector worden verstrekt. Verzekeraars ondervinden bij de dekking van die risico's naar eigen zeggen zodanig grote problemen dat zij in de jaren vijftig afspraken geen dekking meer te verlenen voor schade als gevolg van aardbeving of overstroming. Deze afspraken hebben geleid tot het zogenaamde

570. Zie daarover onder meer Domsdorf, E.P.M.W., *Internationaal Atoomenergierecht, De betrokkenheid van Nederland bij meer dan honderd verdragen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 717, voetnoot 189 en Faure, M., "De verzekering van het nucleaire risico", in: *In Volle Verzekerdheid*, opstellen aangeboden aan Prof.Mr. A.J.O. Baron Van Wassenaer van Catwijk, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993, 247-260.

571. Daarover ook reeds Hamburger, M., "De aansprakelijkheidsverzekering in Nederland voor schade door kernongevallen in West-Europa", *NJB*, 1996, 1340.

572. Zie daarover Havens, III, C.W. en Theisen, R.M., "The Application of United States and EEC Antitrust Laws to Reinsurance and Insurance Pooling Arrangements", *The Antitrust Bulletin*, 1986, 1301.

Bindend Besluit Overstroming en het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische uitbarstingen. Voor het functioneren van aansprakelijkheid en verzekering is het nadeel van een dergelijke afspraak uiteraard dat een oordeel over "verzekerbareid" wordt aangenomen, terwijl men uit het oog verliest dat die onverzekerbaarheid alleen gebaseerd is op de kartelafpraak van bepaalde verzekeraars. Deze besluiten hebben ertoe geleid dat geen enkele verzekeraar in Nederland schade ten gevolge van natuurrampen lijkt te dekken. Juist vanwege deze "onverzekerbaarheid" is in 1998 een wet geïntroduceerd betreffende de tegemoetkoming van schade bij rampen en zware ongevallen (WTS)⁵⁷³. Op de verzekering van rampen en meer bepaald de vergoedingsregeling via de WTS wordt uitgebreid ingegaan aan het einde van deze paragraaf en in hoofdstuk 8. Een dergelijke mededingingsbeperkende afspraak van verzekeraars om als sector een bepaalde schade niet te dekken heeft uiteraard belangrijke maatschappelijke consequenties. Het gevolg is immers dat de overheid met fondsoपlossingen dient tussen te komen, ook voor schadevormen die op zichzelf technisch gezien zeker verzekerbaar zijn⁵⁷⁴.

Een mededingingsbeperkende afspraak om bepaalde risico's niet te dekken kan niet genieten van een vrijstelling van het kartelverbod op basis van Verordening 3932/92. Overweging 8 bepaalt dat standaardpolisvoorwaarden geen systematische uitsluiting mogen bevatten van specifieke soorten dekking, zonder uitdrukkelijk in de mogelijkheid te voorzien dat de dekking bij overeenkomst kan worden ingesloten. Dit staat ook duidelijk vermeld in artikel 7(1)(a). Gelet op de gebruikte terminologie zou het ons verbazen dat een "bindend besluit" toch bepaalt dat het elke verzekeraar vrij staat om schade ten gevolge van natuurrampen te dekken. De praktijk van de laatste veertig jaar liet immers zien dat het besluit wel degelijk "bindend" was. De conclusie kan dan ook niet anders zijn dan dat bindende besluiten, ertoe strekkende bepaalde schades niet te dekken, onder het kartelverbod vallen.

3. NADELEN VAN CONCURRENTIEBEPERKING

Bij een te ruimhartig toelaten van mededingingsbeperkende afspraken valt te vrezen voor minder gedifferentieerde polissen en, daaruit voortvloeiend, een toename van het ongevalrisico. Ook kan de uitwisseling van informatie tussen verzekeraars een kader creëren dat misbruikt wordt voor het maken van prijsafspraken, die opnieuw beletten dat premies optimaal op de verzekerde risico's afgestemd zijn. Een verder gevolg van onvoldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt is dat de overheid afhankelijk kan worden van grote verzekeringspools, die onjuiste informatie verschaffen over de verzekerbaarheid van bepaalde risico's. Gelet op deze mogelijke negatieve gevolgen voor het bereiken van de efficiëntiedoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, is het dus van belang in verband met de maatschappelijke veiligheid, verzekeringsmarkten voldoende competitief te houden. Hierna maken wij enkele opmerkingen over deze gevaren in het licht van ook in Nederland gangbaar optreden van verzekeraars.

A. *Uitwisselen van informatie: voordelen en gevaren*

De Groepsvrijstelling laat gezamenlijk onderzoek van verzekeraars en uitwisseling van informatie over risico's toe. In overweging 6 wordt gesteld:

"Samenwerking tussen verzekeringsondernemingen of binnen verenigingen van ondernemingen met betrekking tot het samenstellen van statistieken ten aanzien van het aantal schadegevallen, het aantal verzekerde individuele risico's, het totale bedrag aan uitkeringen in verband met schadeclaims en het

573. Zie daarover onder meer De Vries, F.J. "Vergoeding van rampschade", *NJB*, 1998, 1908-1913.

574. Zie daarover Faure, M. en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering", *RM Themis*, 1998, 220-222.

verzekerd kapitaal maakt het mogelijk de kennis van risico's te verbeteren en vergemakkelijkt de waardering van risico's voor individuele ondernemingen. (...) Gezamenlijk onderzoek van de waarschijnlijke gevolgen van externe omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het aantal of de omvang van de schadeclaims of de rentabiliteit van verschillende soorten beleggingen, kan ook worden meegenomen. Het is echter noodzakelijk te waarborgen dat de beperkingen alleen worden vrijgesteld voor zover deze noodzakelijk zijn om deze doeleinden te realiseren".

Vanuit het perspectief van de verzekeraars kan het gezamenlijk uitvoeren van onderzoek met betrekking tot de verzekeraarbaarheid van bepaalde risico's uiteraard belangrijke schaalvoordelen bieden. Het lijkt weinig zinvol dat elke afzonderlijke verzekeraar bijvoorbeeld opdracht zou geven aan gezondheidkundigen om te achterhalen wat, in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid, het risico is dat verzekeraars met claims in verband met nieuwe beroepsziekten zullen worden geconfronteerd. In dat kader kan coördinerend werk worden gedaan door een verbond van verzekeraars. Denkbaar is dat een verbond zou doorgeven voor welke beroepsziekten verzekeraars in de toekomst mogelijk werkgeversaansprakelijkheid kunnen verwachten en in welke sectoren dit zou spelen. Die informatie zal vervolgens de individuele verzekeraars toelaten te bepalen welke werkgevers goede of slechte risico's vormen, op basis waarvan vervolgens risicogroepen kunnen worden gevormd. De door gezamenlijk initiatief verkregen informatie kan worden ingezet voor een optimale risicodifferentiatie door verzekeraars en kan derhalve ook een maatschappelijk belang dienen. Hiervoor hebben wij reeds toegelicht dat alleen wanneer een verzekeraar adequaat op reële risico's inspeelt, verzekering in staat is haar maatschappelijke functie van preventie van ongevallen optimaal te vervullen.

Wat betreft het verzamelen van informatie over factoren die van invloed zijn op het risico, kunnen samenwerkende verzekeraars dus een belangrijke rol spelen. Het doel van een dergelijke samenwerking is om informatie te achterhalen over de wijze waarop verzekeraars risicogroepen zo nauwkeurig mogelijk kunnen aflijnen en derhalve een adequate remedie kunnen bieden voor het moreel risico en de anti-selectie. Dat dergelijk gezamenlijk onderzoek de toets van de Groepsvrijstelling kan doorstaan lijkt duidelijk. Het gebruiken van informatie als concurrentiemiddel kan in beginsel de mededinging op de markt doen toenemen. Coöperatie tussen verzekeraars kan plaatsvinden zonder versturende concurrentiebeperkingen. In beginsel kunnen de verschillende maatschappijen de beschikbaar gestelde informatie immers elk op hun eigen manier in de markt gebruiken om aantrekkelijke polisvoorwaarden aan te bieden. Op die wijze kan de beschikbaar gestelde informatie door de individuele maatschappijen zelfs als concurrentiemiddel worden gebruikt door de vertaling naar voorwaarden en tarificatie.

Woorden van waarschuwing zijn echter op hun plaats. Steeds zal men erover moeten waken dat verzekeraars, die enerzijds (door de groepsvrijstelling toegelaten) afspraken maken inzake uitwisseling van schadestatistieken en het berekenen van netto-premies, niet in de verleiding zullen komen om achteraf ook "gentlemen's agreements" te sluiten ten aanzien van de bruto-premies. Dergelijke afspraken beperken premieconcurrentie die optimaal is afgestemd op de ernst van de verzekerde risico's en kunnen daarom de efficiëntiedoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht in gevaar brengen. Tot op heden is er nog geen reden om dit als een reëel risico op de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeringsmarkt te zien. Daar lijken coöperatie en informatie-uitwisseling met concurrentie over tarificatie en andere polisvoorwaarden hand in hand te kunnen gaan. Maar voorzichtigheid blijft geboden.

B. Onbetrouwbare informatie over verzekeraarbaarheid

Een verder nadeel van een hoge concentratie op de verzekeringsmarkt is dat de overheid al te zeer afhankelijk wordt van mogelijk eenzijdige informatie vanuit de verzekeringssector. De belangengroepentheorie heeft geleerd dat wanneer een sector goed georganiseerd is (en transactiekosten

dus laag zijn) succes op het vlak van lobbying bij de overheid voorspelbaar is⁵⁷⁵. Dit roept in het huidige Nederlandse aansprakelijkheidsrecht vooral vragen op omdat – zoals hiervoor al is opgemerkt - steeds vaker wordt gesteld dat de omvang en uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht mede dient te worden beoordeeld in het licht van verzekeringsmogelijkheden. Wanneer men dit "verzekeraarheids"-argument ernstig neemt, is het voor de overheid uiteraard van groot belang om vanuit de sector betrouwbare informatie te krijgen over de verzekeraarheid van bepaalde risico's. Juist daarbij is een goede concurrerende markt van belang zodat de overheid bijvoorbeeld bij verschillende maatschappijen het oor te luisteren zou kunnen leggen ten aanzien van de mogelijkheden tot verzekering van bepaalde risico's.

De ervaring heeft geleerd dat het nadelig is wanneer de overheid zich wat betreft de beoordeling van de beschikbaarheid van verzekeringsdekking volledig afhankelijk maakt van de mededelingen van een monopolistische verzekeraar. Daarbij kan worden gedacht aan de nucleaire verzekeringsmarkt, die de *facto* door de atoompool wordt gedomineerd. Uit de parlementaire debatten, voorafgaand aan de Wet van 26 juni 1991 blijkt dat de Nederlandse wetgever bijna blind heeft vertrouwd op mededelingen van de Nederlandse atoompool over de beschikbaarheid van dekking voor de verzekering van aansprakelijkheid tegenover derden. Minister Kok verklaarde tijdens het parlementaire debat:

"dat in het gehele traject van voorbereiding van het wetsvoorstel overleg is gevoerd met de atoompool. In alle gevallen kon de atoompool met de voorstellen instemmen. Er is dus van een optimale betrokkenheid sprake geweest"⁵⁷⁶.

Critici stelden wel de vraag of de aansprakelijkheidslimiet voor de exploitant die op 500 miljoen was gebracht niet periodiek zou moeten worden getoetst aan de voortschrijdende dekkingsmogelijkheden op de particuliere markt⁵⁷⁷, maar wat de beschikbaarheid van verzekeringsdekking betreft werd dus volstaan met de mededelingen van de atoompool⁵⁷⁸.

De wetgever kan de "verzekeraarheid" beter niet afleiden uit beweringen van verzekeraars over beschikbaarheid van verzekering, zeker niet wanneer sprake is van concentratie op de verzekeringsmarkt. De beoordeling van verzekeraarheid dient dan veeleer plaats te vinden op basis van een objectieve actuariële studie, maar niet op basis van de bereidheid van een monopolistische verzekeraar om een bepaald risico te dekken.

4. VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET PARLEMENT EN DE RAAD VAN 12 MEI 1999

In 1999 heeft de Europese Commissie een verslag opgesteld dat werd gericht aan het Europees Parlement en aan de Raad over de werking van Verordening nr. 3932/92 houdende de besproken groepsvrijstelling voor de verzekeringssector. Doel van het verslag is duidelijk te maken op welke wijze de Verordening is toegepast en wijzigingsvoorstellen te formuleren. Het biedt vooral een overzicht van de praktijk waarbij de Commissie beoordeelde of bepaalde afspraken al dan niet binnen de voorwaarden van de vrijstelling vielen. Uiteraard is het in het kader van deze bijdrage niet mogelijk om uitgebreid op dit verslag in te gaan; er zitten evenwel enkele aspecten aan die zeker bespreking verdienen⁵⁷⁹.

575. Daarover Van den Bergh, R., Faure, M., Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad, Vermande, 1990, 34-36.

576. Handelingen, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4061.

577. Zie desbetreffend onder meer de vragen van Mevrouw Van Rijn-Vellekoop, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4046 en van de heer De Korte, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4052.

578. Zie daarover verder bij Faure, M., "De verzekering van het nucleaire risico", in *In Volle Verzekerdheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 253-257.

579. Com (1999) 192 def., 12 mei 1999, te vinden op de website van de Commissie.

In de eerste plaats bespreekt de Commissie de vrijstelling van afspraken over (netto)premies op basis van statistische gegevens. De Commissie benadrukt dat samenwerking beperkt moet blijven tot hetgeen noodzakelijk is om betrouwbare statistische gegevens te verkrijgen met het oog op een goede premieberekening. Of een dergelijke samenwerking met andere verzekeraars noodzakelijk is hangt volgens de Commissie onder meer af van de omvang van de verzekeraar⁵⁸⁰. Wat de praktijkervaring betreft, wijst de Commissie onder meer op een zaak tegen de Belgische Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen (BVVO), die was ingeleid door de consumentenorganisatie Test-Aankoop. De BVVO had een aanbeveling gedaan inzake de vaststelling van de zuivere minimale premie, die naar de mening van de Commissie niet door de beugel kon⁵⁸¹. In het algemeen lijkt de Commissie wat de samenwerking bij de premieberekening betreft behoedzaam te zijn. Wederom wordt benadrukt dat deze samenwerking werkelijk beperkt moet blijven tot hetgeen noodzakelijk is voor de vorming van vergelijkbare risicogroepen van een voldoende omvang om een representatieve populatie voor statistische bewerkingen te vormen⁵⁸². Binnen deze marges blijft samenwerking tussen verzekeraars, zeker met het oog op informatie-uitwisseling, dus mogelijk.

Wellicht nog interessanter zijn de overwegingen aangaande de standaard polisvoorwaarden. In dit kader gaat de Commissie uitgebreid in op de hiervoor besproken uitsluiting van het overstromingsrisico⁵⁸³. Het Verbond had tegenover de Commissie aangevoerd dat het overstromingsrisico (ten aanzien van zeewater) in Nederland niet te verzekeren zou zijn omdat immers een groot deel van dit land onder de zeespiegel ligt. Terecht stelt de Commissie daarop de vraag waarom een uitsluiting van dekking (via het hiervoor besproken bindend besluit) dan noodzakelijk is, als het toch om een onverzekerbaar risico zou gaan. Een individuele verzekeraar zou dan immers ook zelf tot dat inzicht kunnen komen. De Commissie geeft aan dat uiteindelijk het Verbond de standaard polisvoorwaarden, houdende het verbod, in overeenstemming heeft gebracht met artikel 7, lid 1 onder a van de Verordening door er een niet-bindende voorwaarde van te maken, zodat thans elke verzekeraar de vrijheid heeft om het overstromingsrisico wel of niet te dekken. Het bindend besluit zou dus volgens deze mededeling van de Commissie, althans wat het overstromingsrisico betreft, van de baan zijn. Het bindend besluit aardbeving en vulkanische uitbarstingen, dat in het verslag van de Commissie niet wordt vermeld, was al eerder ingetrokken.

In de derde plaats besteedt de Commissie aandacht aan de samenwerking in het kader van de pooling. Uitgangspunt blijft volgens de Commissie dat elk geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband op zichzelf concurrentiebeperkend is. De groepsvrijstelling kan dan ook alleen van toepassing zijn als het marktaandeel van de deelnemers onder een bepaalde drempel blijft⁵⁸⁴. Toch lijkt de Commissie een zekere soepelheid aan de dag te leggen omdat zij voordelen van samenwerking in het kader van pooling ziet wanneer verzekeraars individueel niet in staat worden geacht een bepaalde verzekering op de markt te brengen. Wanneer samenwerking dus noodzakelijk is om het risico verzekerbaar te maken, suggereert de Commissie dat pooling niet binnen het toepassingsgebied van het kartelverbod valt en zulks "ongeacht de omvang van het marktaandeel van de betrokkenen"⁵⁸⁵. Dit biedt mogelijk de redding voor de milieupools en de nucleaire pools, ondanks de hiervoor beschreven inefficiënties.

Bij het formuleren van toekomstverwachtingen meldt de Commissie namelijk dat de diensten "zojuist zijn begonnen met een onderzoek naar de medeverzekeringsgroepen en medeherverzekeringsgroepen op het gebied van milieurisico's en nucleaire risico's"⁵⁸⁶. Duidelijk moge zijn, dat zeker wat de nucleaire sector

580. Verslag, nr. 6, 4.

581. Verslag, nr. 9, 5.

582. Verslag, nr. 12, 7.

583. Verslag, nr. 18, 9.

584. Zie randnr. 26, 12 van het verslag.

585. Zie randnr. 28 (b), in fine, 14 van het verslag.

586. Verslag, nr. 32, 17.

betreft, deze pools niet aan de drempels van de groepsvrijstelling voldoen. De Commissie zal derhalve vermoedelijk moeten beoordelen of het nucleaire risico als zodanig verzekeraar is zonder samenwerking. Daarbij dient er nog steeds voor te worden gewaakt dat de overheid zich, wat betreft informatie over de verzekeraar van bepaalde risico's, niet afhankelijk mag opstellen ten opzichte van de verzekeraars. Dit geldt nadrukkelijk ook voor de mededingingsautoriteiten. Verder lijkt het ons van belang dat de Commissie oog heeft voor een bepaald aspect van de nucleaire verzekering dat, naar onze mening, de mededingingsbeperking sterker maakt dan nodig is, namelijk het feit dat deze verzekering uitsluitend gebonden is aan nationale pools, die onderling niet concurreren maar ook weer samenwerken. De nationale nucleaire pools verzekeren immers alleen de kerninstallaties op hun eigen grondgebied, zonder dat ertussen deze pools concurrentie bestaat⁵⁸⁷.

Interessant in het kader van het aansprakelijkheidsrecht is dat de Commissie zich wederom soepel heeft getoond tegenover de zogenaamde Protection and Indemnity Clubs (P&I clubs), die zich onder meer met de dekking van de schade ten gevolge van zeewaterverontreiniging door olie bezig houden⁵⁸⁸. Op 16 december 1985 had de Commissie reeds beslist dat deze P&I Clubs in aanmerking kwamen voor een ontheffing op basis van het oude artikel 85, lid 3 EEG-verdrag. Eerder is reeds gesuggereerd dat de voorwaarden voor een dergelijke ontheffing voor de P&I Clubs niet vervuld waren⁵⁸⁹. De Commissie is van de juistheid van deze kritiek kennelijk niet overtuigd, nu blijkt het recente Verslag ten aanzien van deze P&I Clubs wederom wordt gesteld dat de vorming van een groep noodzakelijk was om het thans aangeboden dekkingsniveau aan te kunnen bieden (hoewel de betrokken maatschappijen samen een wereldwijd marktaandeel van 89% op de markt voor zeeverzekering hebben)⁵⁹⁰.

Tenslotte is in het kader van de aansprakelijkheidsverzekeringpraktijk van belang dat de Commissie bevestigt dat afspraken die beperkt blijven tot het verstrekken van informatie over risico's niet onder het kartelverbod van artikel 81 (ex 85) EG-Verdrag vallen. De Commissie stelt dat de eenvoudige uitwisseling van informatie niet mededingingsbeperkend hoeft te zijn. Dit is naar de mening van de Commissie slechts anders wanneer de uitwisseling van informatie gepaard gaat met de afspraak een gemeenschappelijke houding aan te nemen ten aanzien van de desbetreffende risico's. Aanbevelingen om de dekking van bepaalde verhoogde risico's of risicopremies te verhogen kunnen volgens de Commissie duidelijk niet door de beugel⁵⁹¹. Deze passage schetst ook duidelijk de mogelijkheden en grenzen van informatieverschaffing, bijvoorbeeld vanuit een verbond van verzekeraars: informatieverschaffing mag; aanbevelingen formuleren ten aanzien van de dekking van de onderzochte risico's niet.

5. TOEPASSING: VERZEKERBAARHEID VAN RAMPEN

A. *Verzekeringsproblemen: verzekeraars spreken af geen dekking te verlenen*

In Nederland is, zoals bekend, ter vergoeding van rampschade in 1998 de Wet Tegemoetkoming Schade bij Rampen en Zware Ongevallen (WTS) tot stand gekomen. De achtergrond van de WTS is duidelijk: noch in het aansprakelijkheidsrecht, noch op basis van een eigen verzekering krijgt een slachtoffer vergoeding van schade als gevolg van een natuurramp⁵⁹². Vooral dit laatste punt, men kan zich niet tegen dit risico verzekeren, is van belang. Verzekeraars zouden niet in staat zijn tot verzekering van schade als

587. Faure, M., "De verzekering van het nucleaire risico", in *In Volle Verzekerdheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 254.

588. Zie daarover Faure, M. en Heine, G., "The Insurance of Fines: the Case of Oil Pollution", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1991, 39-54.

589. Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 331-336.

590. Verslag, nr. 29, 15.

591. Verslag, nr. 47, 23.

592. In hoofdstuk 2 is deze stelling, wat betreft eventuele overheidsaansprakelijkheid genuanceerd.

gevolg van natuurrampen. Om die reden hebben de verzekeraars in de jaren '50 van de vorige eeuw eigenlijk min of meer afgesproken geen dekking te verlenen voor schade als gevolg van aardbeving of overstroming en daarmee derhalve niet te beantwoorden aan de verzekeringsvraag: zij die een risico liepen konden geen verzekeringsdekking verkrijgen. Deze afspraken hebben geleid tot het Bindend Besluit Overstroming en het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische Uitbarstingen, die beide hiervoor al kort aan de orde zijn geweest.

De weigering van de verzekeraars had – wij hebben het hiervoor al geconstateerd - niet alleen te maken met de mogelijke opeenhoping van schade (een natuurramp kan een miljardenschade veroorzaken), maar juist ook met het gebrek aan statistische gegevens (hoe de premie te berekenen?) en het gevaar van anti-selectie. Dit laatste houdt in dat alleen degenen die een relatief groot risico lopen zich willen verzekeren terwijl de zogenaamde goede risico's niet mee zullen doen.⁵⁹³ Verzekeraars hebben juist ook die goede risico's nodig om verzekeringsdekking tegen een enigszins betaalbare premie te kunnen aanbieden. Het behoeft geen betoog dat de premie hoger wordt naarmate meer goede risico's zich niet (langer) verzekeren. Het gevaar van anti-selectie is inderdaad niet denkbeeldig. Toch past in dit kader een kritische houding: in het kader van de natuurrampen hebben verzekeraars de neiging degenen die geen behoefte hebben aan verzekering te verwarren met degenen die goede risico's vormen. Uiteraard is er vraag naar verzekering en binnen de groep van degenen die vraag naar verzekering hebben, zijn er goede en slechte risico's. Om inderdaad te voorkomen dat de goede risico's uiteindelijk niet meedoen (anti-selectie) moet premiedifferentiatie plaatsvinden: goede risico's betalen minder premie dan slechte risico's. Wij komen nog op dit belangrijke punt terug.

B. Begin jaren '90 van de vorige eeuw: natuurrampen zorgen voor politieke druk op de verzekeraars

Naar aanleiding van de aardbeving bij Roermond in 1992 en de overstroming van de Maas in 1993 zijn de afspraken tussen de verzekeraars terzake van uitsluiting van dekking onder druk komen te staan. Al snel is het Bindend Besluit dat betrekking had op aardbevingen opgeheven. De druk op verzekeraars om ook terug te komen op het Bindend Besluit Overstroming werd eveneens groter. Dat had vooral te maken met politieke druk⁵⁹⁴ en met angst voor initiatieven uit Brussel. Dat laatste is in het licht van het voorgaande terecht: er kleven inderdaad belangrijke mededingingsrechtelijke bezwaren aan de Bindende Besluiten.

Verzekeraars, verenigd in het Verbond van Verzekeraars, en rijksoverheid, vertegenwoordigd door de Ministeries van Financiën en Binnenlandse zaken, hebben vervolgens overleg gevoerd.⁵⁹⁵ In eerste instantie gingen de gesprekken over een zogenaamde poolconstructie. Verzekeraars zouden bereid zijn 50 miljoen in een pool voor schade als gevolg van aardbeving en overstroming onder te brengen. Breekpunt vormde echter de door verzekeraars gestelde voorwaarde dat de overheid 200 miljoen ter beschikking zou stellen.⁵⁹⁶ De overheid wenste niet zo ver te gaan.

593. Zie meer uitvoerig Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen: Maklu 1989, nrs. 107 e.v. die spreken van averechtse selectie. In *Kamerstukken II 1993-1994*, 23 564, nr. 3, 15 wordt door minister Andriessen gemeld dat slechts ca. 13% van de bevolking belangstelling zou hebben voor een verzekering tegen het overstromingsrisico.

594. Zie de vragen aan de regering *Kamerstukken II 1993-1994*, 23 564, nr. 3.

595. Zie daarover ook De Vries, F.J., "Vergoeding van rampschade", *NJB* 1998, 1908-1913.

596. Zie de brief van minister Van Thijn (*Kamerstukken II 1993-1994*, 23 400 VII, nr. 34, 1).

Nadat het overleg in april 1994 zonder resultaat werd beëindigd,⁵⁹⁷ is het vervolgens onder druk van de Tweede Kamer door het nieuwe kabinet hervat. De Kamer achtte een structurele oplossing namelijk noodzakelijk.

C. Franse regeling als voorbeeld?

In eerste instantie ging de aandacht daarbij vooral uit naar de Franse oplossing. Frankrijk kent sinds 1982 een bijzondere regeling terzake van de vergoeding van schade als gevolg van natuurrampen.⁵⁹⁸ Kern van de regeling bestaat in een verplichte premieopslag (van 9%) op de opstalverzekering. Iedereen die een inboedel/opstalverzekering sluit, betaalt tevens verplicht premie voor schade als gevolg van natuurrampen. Het eerder genoemde gevaar van anti-selectie is zo geneutraliseerd, doordat ook de goede risico's en zelfs zij die geen risico vormen, moeten meedoen.

De regering had zich in het eerder genoemde aanvankelijke overleg met de verzekeraars negatief over de Franse oplossing uitgelaten vanwege (1) het gevaar van *bureaucratisering* van het proces van schadevergoeding, (2) de beperking van de *vrije consumentenkeuze* alsmede (3) de *lastenverzwaring* voor de burger die het gevolg is van een verplichte verzekering.⁵⁹⁹ Later heeft zij deze bezwaren echter laten varen en heeft zij zelfs een voorstel geconcipieerd dat aansluit bij het Franse systeem: het voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevingsschade. Dit voorstel ging in de kern uit van de instelling van een fonds, gevoed door een verplichte opslag op de opstalverzekering ter verkrijging van de benodigde solidariteit. Iedereen, goed of slecht risico (of helemaal geen risico), die een opstalverzekering afsluit, diende in dit voorstel een opslag van een bepaald percentage te betalen. Dat het voorstel nooit de eindstreep heeft gehaald, kan op het conto van de Raad van State worden geschreven.⁶⁰⁰ De Raad achtte financiering uit de algemene middelen de meest voor de hand liggende oplossing en oordeelde het juist daarom opmerkelijk dat in het wetsvoorstel niet was voorzien in een wezenlijke bijdrage van de overheid. Bovendien meende hij dat principiële argumenten om de brandverzekeraars het bewuste risico te laten lopen ontbreken en achtte hij het waarschijnlijk dat het zoetwateroverstromingsrisico binnen afzienbare tijd verzekerd kan worden.⁶⁰¹ Deze kritiek was zo fors, dat de regering aanleiding zag het voorstel in te trekken.

D. Of juist de Belgische regeling?

Vervolgens kwam het Belgische voorbeeld in beeld. Nadat de regering het 'Franse' voorstel had ingetrokken, heeft zij namelijk een nieuw voorstel met duidelijke trekken van de Belgische wettelijke regeling uit 1976 ingediend.⁶⁰² Dit voorstel heeft uiteindelijk tot de WTS 1998 geleid.

De Belgische regeling voorziet in principe in vergoeding van materiële schade uit een fonds: de Nationale Kas voor Rampenschade (ook wel 'rampenfonds' genoemd) die wordt gevoed door begrotingskredieten

597. Zie de brief van minister Van Thijn (*Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VII, nr. 34, 3).

598. Wet van 13 juli 1982.

599. Zie de brief van minister Van Thijn (*Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VII, nr. 34, 2. Elders (*Kamerstukken II* 1993-1994, 23 564, nr. 10, 7) merkt de minister van Binnenlandse Zaken op dat in de Tweede Kamer toch ook weinig animo voor de Franse oplossing bestaat; hij is van oordeel 'dat met enig maatschappelijk verantwoordelijkheidsgevoel van alle betrokkenen in alle zakelijkheid verder zou moeten kunnen worden gesproken'.

600. Zie in dit verband de brief van de ministers van Financiën en Binnenlandse zaken van 7 maart 1996, *Kamerstukken II* 1995-1996, 26 640, nr. 1.

601. Zie *Kamerstukken II* 1995-1996, 26 640, nr. 1, 2-3.

602. De Wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen. Zie voor een beschrijving Peeters, J.A.J., "Rampschade", *NJB* 1980, 498 e.v.

van het Ministerie van Financiën, door opbrengsten uit de nationale loterij alsmede door schenkingen en legaten.

Net als in Frankrijk is voor toepassing van de regeling noodzakelijk dat de ramp als zodanig bij Koninklijk Besluit is erkend (art. 2 § 2). Als ramp worden beschouwd 'de natuurverschijnselen met uitzonderlijk karakter of van een niet te voorziene hevigheid, die belangrijke schade hebben veroorzaakt, inzonderheid de aardbevingen of aardverschuivingen, de vloedgolven of andere overstromingen met ramspoedig karakter, de orkanen of andere stormwinden' (art. 2 § 1).⁶⁰³ Hieronder vallen niet de 'gewone toevallige gebeurtenissen waartegen het normaal mogelijk is zich te verzekeren'.

Op basis van de Belgische regeling wordt overigens slechts een deel van de schade vergoed. In de eerste plaats heeft de regeling alleen betrekking op de materiële schade. Schade aan goederen die normaal door een verzekering kan worden gedekt (storm, hagel, bliksem e.d.) is uitgesloten (art. 4, 4°). Bovendien worden als schade in aanmerking genomen de herstellkosten na aftrek van de waardevermindering als gevolg van materiële of economische veroudering (art. 8 § 1). Verder wordt alleen de rechtstreekse schade vergoed (art. 1 § 1).⁶⁰⁴ Dit is niet zonder belang: een groot deel van de schade als gevolg van bijvoorbeeld een overstroming draagt een indirect karakter. Zo moet worden gedacht aan het rotten van gewassen, brand en ontploffing als gevolg van lekkage en kortsluiting, en aan schade door het wegvallen van vervoers- en communicatiemogelijkheden. Tenslotte gaat de Belgische regeling uit van een eigen risico (art. 10 § 1, 2°). Voorzover de schade hoger is wordt met een schijvensysteem gewerkt, waarvoor vergoedingscoëfficiënten gelden (art. 10 § 1, 3°). Is de coëfficiënt 1,0 dan wordt de schijf volledig vergoed, is die lager dan wordt de schadevergoeding dienovereenkomstig gekort. Uiteindelijk komt het erop neer dat naarmate de schade hoger is de coëfficiënt steeds lager wordt: in het schijvenstelsel is het draagkrachtbeginsel terug te vinden.⁶⁰⁵

De relatie met het aansprakelijkheidsrecht is aan de orde in art. 50 van de Wet van 1976: krachtens deze bepaling is het rampenfonds gesubrogeerd in de rechten van de begunstigde ten opzichte van de derden die gehouden zouden zijn de schade te vergoeden.

Opvallend is overigens dat de federale rampenwet in België aan kritiek bloot staat en dat daar juist wordt overwogen de Franse oplossing over te nemen.⁶⁰⁶ Een van de problemen van de Wet van 1976 is namelijk dat de toepassing van de regeling afhankelijk is van de beslissing om het incident bij KB als 'ramp' te aan te merken. Dit brengt mee dat naar aanleiding van elk incident een discussie ontstaat over de vraag of het hier ging om een 'natuurverschijnsel met een uitzonderlijk karakter'. Is dat niet het geval dan vindt dus geen vergoeding vanuit het rampenfonds plaats. Een tweede probleem is de hoge druk op de publieke middelen.

Eind jaren tachtig en begin jaren negentig is derhalve ook in België de discussie over het aanbieden van - al dan niet verplichte - verzekeringsdekking opgelaaid.

Verschillende voorstellen zijn inmiddels gedaan, doch hebben de eindstreep nog niet gehaald. De basisidee om voor schade door overstroming en aardbeving een verplichte verzekering in te voeren maakt echter naar verluidt nog steeds een serieuze kans. Wij laten het in dit kader bij deze constatering.

603. Dit zijn de algemene rampen. In art. 2 lid 1 sub 2 worden de landbouwrampen omschreven.

604. De rechtstreekse, materiële en zekere schade.

605. Voor een overzicht van jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van de rampenwet van 1976 zie Dalq, A., "Quelques cas d'application de la loi du 12 juillet 1976, relative aux calamités naturelles", *Jur. Liège* 1994, 1521-1524.

606. Zie Van Schoubroeck, C., "Wetgeving en praktijk inzake natuurrampen en verzekering in enkele Europese landen", in *Natuurrampen en verzekering* (Cousy, H. en Claassens, H., red.), Maklu: Antwerpen 1995, 79 e.v.

Hoewel de betekenis van het Belgische rampenfonds in het licht van de belangstelling voor een oplossing in Franse richting wellicht zal worden beperkt, heeft dit de Nederlandse regering er niet van weerhouden zich sterk door de Belgische regeling te laten inspireren.

6. STIMULEREN VAN VERZEKERBAARHEID VERDIENT MEER AANDACHT

Indien de schade verzekeraar is, treedt de WTS in ieder geval terug (zie voor een meer uitgebreide bespreking hoofdstuk 8). Het moge duidelijk zijn dat men er in een dergelijke benadering naar dient te streven dat de verzekeraar dan ook zoveel mogelijk wordt gestimuleerd. Bij natuurrampen heeft men stevast aangenomen dat van verzekerbare schade geen sprake is.

Bij nadere beschouwing is dat wellicht toch niet juist. Eigenlijk springt de overheid met de algemene middelen bij in een situatie waarin de verzekeringsmarkt faalt: de verzekeraars hebben min of meer zelf onverzekerbaarheid gecreëerd. Hoewel voor verzekering inderdaad goede en slechte risico's nodig zijn, doen de verzekeraars het in dit kader voorkomen alsof verzekering niet mogelijk is als niet iedereen, derhalve ook zij die *geen* risico vormen, meedoet.⁶⁰⁷ De vraag rijst derhalve of het niet meer voor de hand ligt iets te doen aan deze situatie op de verzekeringsmarkt dan dat de overheid met algemene middelen bijspringt.

In dit kader is natuurlijk van groot belang dat de reeds genoemde Bindende Besluiten, waarbij de verzekeraars gezamenlijk hebben afgesproken bepaalde risico's niet te dekken, als ontoelaatbare kartelafspraken zijn gesneuveld. Dat is hiervoor al uitgebreid aan de orde geweest. Dergelijke afspraken kunnen niet genieten van een vrijstelling van het kartelverbod op basis van Verordening 3932/92 zoals deze hiervoor is beschreven. Nadat al eerder het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische uitbarstingen was ingetrokken, is dat - als vermeld - in het licht van dit mededingingsrechtelijk obstakel ook gebeurd met het Bindend Besluit Overstroming. Dit geeft de verzekeraar die dat wenst de mogelijkheid om op een competitieve markt een dekking voor het aardbevings- en/of het overstromingsrisico te bieden. Het spreekt daarbij voor zich dat bewoners van Ede vermoedelijk geen reden voor verzekering van het overstromingsrisico hebben, maar bewoners van bijvoorbeeld Borgharen of Delfzijl wel. Dat alleen laatstgenoemden dan een premie betalen is uiteraard ook geen probleem, aangezien alleen zij het risico lopen. Wellicht werden zij bovendien reeds gecompenseerd in die zin dat zij een huis hebben kunnen aanschaffen tegen een lagere prijs dan zou gelden in een gebied dat niet het risico van overstroming loopt. Binnen die groep die een vraag naar verzekering heeft kan een verzekeraar vervolgens ook nagaan of bepaalde risico's bijvoorbeeld qua locatie, maar ook door preventieve maatregelen, betere risico's vormen dan andere en daar via premiedifferentiatie rekening mee houden. Zo is het nog steeds mogelijk om bijvoorbeeld, afhankelijk van het risico, een andere premie te berekenen voor overstromingsrisico's in Zuid-Limburg dan in de Flevopolder en kan binnen één locatie ook rekening worden gehouden met een ligging binnen een adequate bedijking of niet. Door op een dergelijke wijze risico's te differentiëren kan ook het risico van anti-selectie worden geweerd.⁶⁰⁸ De overheid zou er daarom verstandiger aan doen te stimuleren dat van tot nu toe onbenutte verzekeringsmogelijkheden gebruik wordt gemaakt dan naar de fondsoplissing te grijpen. Al te snel lijkt het oordeel van de verzekeraars over 'verzekerbaarheid' door de overheid voor zoete koek te worden geslikt.

Het ligt tegen de achtergrond van het mededingingsrecht voor de hand dat verzekeraars zich in het overleg met de overheid over uitbreiding van de verzekeringsmogelijkheden constructief zullen opstellen. Een opmerkelijk voorbeeld biedt de recente beleidswijziging van de verzekeraars met betrekking tot de

607. In landen, zoals Japan, waar aardbevingen meer dan denkbeeldig zijn is het risico dat men getroffen wordt door een natuurramp als een aardbeving wel degelijk verzekeraar.

608. Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995, 316-319.

verzekering van waterschade. Zij hebben naar aanleiding van een onderzoek naar de (omvang) van de waterschade ten gevolge van neerslag geconcludeerd dat het mogelijk is de opstalverzekering met dekking van overstromingsschade als gevolg van in Nederland vallend regenwater uit te breiden.⁶⁰⁹ Uitbreiding van de verzekeringsmogelijkheden houdt in dat de WTS hier geen rol van betekenis meer zal (mogen) spelen.

In een brief van 29 juni 2000 aan de Tweede Kamer bevestigt staatsecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat dat de verzekeraars hebben geconcludeerd dat het regenschaderisico zich leent voor private verzekering⁶¹⁰. Het Verbond zou zijn leden inmiddels ook hebben geadviseerd de polisvoorwaarden dienenovereenkomstig aan te passen. De Vries heeft verzekeraars opgeroepen te bezien of er op het terrein van wateroverlast nog andere situaties zijn waarin private verzekering een oplossing zou kunnen bieden.

In dit kader past ook de ontwikkeling van een oogstschadeverzekering waarvoor minister Brinkhorst zich recentelijk heeft sterk gemaakt⁶¹¹. De discussie over deze verzekering, die volgens recent onderzoek, mogelijk is, wordt, als gesteld, juist gevoerd omdat toepasselijkheid van de WTS afhankelijk is van (on)verzekerbareheid. In het overleg met de Tweede Kamer heeft Brinkhorst aangegeven dat met de LTO en het bedrijfsleven wordt gestudeerd op mogelijkheden en dat de overheid in dit kader eventueel bereid is een bepaalde bijdrage te leveren⁶¹². Overigens heeft hij daarbij aangegeven dat ook de Tweede Kamer niet steeds op ad hoc-voorzieningen voor oogstschade moet aandringen, omdat dit ook de komst van een structurele oplossing in de weg staat. Ook uit de Kamer komen inmiddels geluiden dat het inderdaad niet voor de hand ligt met voorzieningen te komen voor een bepaalde sector voor schade die verzekerbare blijkt te zijn⁶¹³.

7. NOGMAALS. CONCURRENTIE OP VERZEKERINGSMARKTEN: BELANG VOOR VERZEKERBAARHEID VAN NIEUWE GEZONDHEIDSRISICO'S

Uit deze analyse van de concurrentiebeperkende praktijken op de Nederlandse verzekeringsmarkt blijkt dat de meeste daarvan de toets van de groepsvrijstelling kunnen doorstaan. Sterker nog: aanbevelingen om de dekkingssystematiek inzake de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven te wijzigen van "loss occurrence" naar "claims-made" en de gedurfde stap om milieuverzekering niet langer op third party-, maar op directe verzekeringbasis aan te bieden, kunnen vanuit de rechtseconomische analyse worden ondersteund. Het blijft intussen van belang te onderzoeken of het in de praktijk ook daadwerkelijk om een aanbeveling gaat, zodat verzekerden die dat wensen bijvoorbeeld nog steeds werkgeversaansprakelijkheid op "loss occurrence"-basis zouden kunnen dekken. Wanneer de feitelijk afgestemde gedragingen van de sector zodanig zouden worden dat andere dekkingswijzen dan door het Verbond aanbevolen niet meer op de markt beschikbaar zijn, zou de aanbeveling tot een ongewenste verschraling van het aanbod leiden. Daarvoor dient dus steeds te worden gewaakt.

Ook blijkt dat voor samenwerkende verzekeraars, bijvoorbeeld in het kader van een verbond, een belangrijke rol blijft weggelegd. Een belangrijk voordeel van samenwerking is het achterhalen van informatie over de factoren die van invloed zijn om risico's te beoordelen. Informatieverzameling door het verbond, waarbij collectief verzamelde knowhow ter beschikking van de leden wordt gesteld, kan, gelet op de daaraan gekoppelde schaalvoordelen, welvaartsvoordelen en een verruiming van het

609. Brief van staatssecretaris van Binnenlandse zaken De Vries, *Kamerstukken II* 1999-2000, 24 071, nr. 55, 2.

610. Brief van 29 juni 2000 (vw 00000817).

611. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 24 071, nr. 56 en 57.

612. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 24 071, nr. 57, p. 3-4.

613. Overigens is in het overleg met de Tweede Kamer ook nog gesproken over de mogelijkheid om speciaal voor de agrarische sector te komen tot een meer algemene inkomensverzekering. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 24 071, nr. 57, p. 5-6.

verzekeringsaanbod meebrengen. Voorzichtigheid blijft echter geboden. Ook de Europese Commissie beseft dit. Informatie-uitwisseling mag; het aannemen van een gemeenschappelijke houding ten aanzien van de onderzochte risico's niet. Gelet op de onmiskenbare voordelen van samenwerking (zoals vooral de schaalvoordelen bij informatievergaring) gaan wij niet zover dergelijke vormen van samenwerking als ongewenst te bestempelen. Er zijn onmiskenbare voordelen van samenwerking (ook voor de verzekerden), doch anderzijds bestaat het gevaar dat samenwerking omslaat in mededingingsbepenkende afspraken met mogelijke negatieve gevolgen wat betreft het ongevallenniveau. De kartelautoriteiten zullen er, daarom zorgvuldig op blijven toezien dat het mededingingsrecht niet wordt overtreden.

De gegeven analyse maakt overigens duidelijk dat concurrentie niet als een negatief aspect voor de verzekeringssector dient te worden beschouwd, maar veeleer als een uitdaging. Wanneer een verzekeraar, bijvoorbeeld door specialisatie betere informatie krijgt over goede en slechte risico's en over effectieve preventiemaatregelen, kan hij goede risico's aantrekkelijke polisvoorwaarden (met de daaraan gekoppelde preventieve eisen) aanbieden. Informatie kan verzekeraars dus een competitief voordeel bieden. In het verleden waren de formulering van polisvoorwaarden en de tarificatie de klassieke concurrentiemiddelen; verwacht kan worden dat een adequate risicokennis en risicobeoordelingmethoden dat in de toekomst nog veel meer zullen worden. Wanneer Nederlandse verzekeraars de mogelijkheden van een concurrerende verzekeringsmarkt met adequate kennis van de te dekken risico's goed benutten, kunnen zij, ook in Europees perspectief, hun marktpositie uiteindelijk versterken. Dit zal ertoe bijdragen dat deze concurrentiële verzekeringsmarkt in de mate van het mogelijke een adequate dekking zal aanbieden voor nieuwe gezondheidsrisico's. Duidelijk moge echter zijn dat concurrentie de basisvoorwaarde is opdat verzekeringsmarkten hun belangrijke maatschappelijke functie bij de financiering van de gevolgen van nieuwe gezondheidsrisico's kunnen vervullen.

§ 6. Samenvatting

In dit hoofdstuk kwam een van de centrale vragen van dit onderzoek aan bod, namelijk de vraag naar de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. Deze vraag is in dit hoofdstuk vanuit een theoretisch en vanuit een empirisch perspectief onderzocht. Enerzijds zijn de theoretische voorwaarden, vanuit verzekeringseconomisch perspectief, voor verzekeraarbaarheid onderzocht; anderzijds is ook aandacht besteed aan bepaalde ontwikkelingen ten aanzien van de verzekering van meer in het bijzonder arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's. Juist die ontwikkelingen op de markt zijn leerzaam om enig inzicht te krijgen in de problemen die zich hebben voorgedaan met betrekking tot de feitelijke verzekering van bepaalde gezondheidsrisico's.

Grote praktische problemen schijnen zich op dit moment nog niet voor te doen. Zo blijkt uit een recent onderzoek door Research en Beleid dat er op dit moment geen grote problemen zijn bij het verkrijgen van AVB-dekking voor werkgevers terzake van beroepsziekten, afgezien dan van de branche van asbestverwijderaars⁶¹⁴, althans in de perceptie van de geïnterviewde personen. Een van de mogelijke problemen die zich zou aandienen is dat vooral bij relatief kleine bedrijven weinig zicht bestaat op de beschikbare verzekeringsdekking, mogelijke problemen van verzekeraarbaarheid, maar ook op de kans dat men terzake van beroepsziekten aansprakelijk wordt gesteld.

Benadrukt moet worden dat in dit hoofdstuk voornamelijk aandacht is besteed aan de theoretische voorwaarden voor verzekering van aansprakelijkheid. Dit is van belang, omdat het zeer wel denkbaar is dat problemen van verzekeraarbaarheid zich in de praktijk gaan aandienen. Ten dele zijn die ook toepasselijk

614. Van Ewijk, M., Engelen, M. en Van der Werf, C., *Werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten*, uitgave Ministerie SZW, Den Haag 2001, 20-21, 32.

op schadeverzekering. Aangetekend zij dat de directe verzekering separaat wordt behandeld in het laatste hoofdstuk (hoofdstuk 9).

Centraal uitgangspunt voor de verzekering blijft dat een verzekeraar over informatie moet kunnen beschikken over de schadefrequentie en mogelijke schadeomvang. Op basis van die actuariële informatie zal de verzekeraars immers een premie bepalen en ook polisvoorwaarden vaststellen. Daarin kunnen ook eisen inzake preventie zijn opgenomen. Wanneer die verzekeraar over goede informatie beschikt ten aanzien van de risico's kunnen ook verzekeringstechnische problemen zoals anti-selectie en het moreel risico het hoofd worden geboden.

Intussen rijst de vraag in hoeverre die theoretische voorwaarden voor verzekerbaarheid (informatie over beschikbare risico's) vervuld zijn. Essentieel voor "nieuwe" gezondheidsrisico's is immers het feit dat nauwelijks of geen adequate informatie over die risico's beschikbaar is. Onzekerheid omtrent de vraag of bepaalde nieuwe ontwikkelingen tot een uitbreiding van de schadelast voor verzekeraars zullen leiden maakt op zichzelf een risico niet onverzekerbaar, zo is eerder al uiteengezet. Om die onzekerheid te compenseren kan immers een additionele risicopremie worden verlangd. Wel kunnen bepaalde ontwikkelingen in het recht de verzekerbaarheid in gevaar brengen. Dit betreft vooral de afwenteling van causaliteitsonzekerheid en de zogenaamde aansprakelijkheid met terugwerkende kracht. In dit verband moet worden opgemerkt dat die twee ontwikkelingen in hoofdstuk 2 ook kritisch werden besproken als zijnde in strijd met de hoofdlijnen van het aansprakelijkheidsrecht. Na de analyse in dit hoofdstuk kan eveneens worden vastgesteld dat die ontwikkelingen tevens de verzekerbaarheid in gevaar kunnen brengen.

Verder is aangegeven dat verzekerbaarheid niet alleen negatief wordt beïnvloed door bepaalde ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, maar dat verzekeraars zelf uiteraard ook over mogelijkheden beschikken om op adequate wijze te reageren op nieuwe gezondheidsrisico's. Kern van het beleid van de verzekeraar dient steeds een adequate risicodifferentiatie te zijn. Een effectieve risicodifferentiatie houdt in dat een verzekeraar zich specialiseert en adequate informatie inwint over de incidentie van bepaalde gezondheidsrisico's en over de mogelijkheden om die te voorkomen. Wanneer de verzekeraar die rol vervult kan hij zelf ook een belangrijke maatschappelijke rol vervullen omdat de verzekeraar dan immers een actieve bijdrage levert aan de preventie van nieuwe gezondheidsrisico's. Naar onze mening wordt tot op heden door de Nederlandse verzekeraars te weinig van de beschikbare mogelijkheden van risicodifferentiatie gebruik gemaakt.

Naast een verbetering van de risicodifferentiatie zijn andere polistechnische reacties mogelijk wanneer een uitbreiding van de aansprakelijkheidslast ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's dreigt. Van belang daarbij is vooral de gekozen dekkingssystematiek. Juist bij (een aantal) nieuwe gezondheidsrisico's bestaat immers het gevaar dat zich een lang tijdsverloop voordoet tussen het ontstaan van het risico enerzijds en het ontstaan van schade anderzijds. Het zogenaamde claims-made-dekkingssysteem lijkt het meest aangewezen om juist deze zogenaamde risico's "met een lange staart" op te vangen. De keerzijde van de medaille is dat uiteraard het risico bestaat dat na verloop van de polis (of opzegging door de verzekeraar) geen dekking meer beschikbaar is en, bij insolventie van de "dader", slachtoffers dus geen vergoeding zullen kunnen krijgen.

Uiteindelijk kan in een theoretische analyse van verzekerbaarheid alleen in het algemeen worden geschetst welke ontwikkelingen de verzekerbaarheid mogelijk in gevaar brengen en welke reacties in theorie door een verzekeraar op dergelijke ontwikkelingen zouden kunnen worden gegeven. Het zal echter duidelijk zijn dat verzekerbaarheid veeleer een empirisch dan een theoretisch concept is. De markt zal immers in belangrijke mate zelf bepalen of zij bepaalde risico's al dan niet wenst te verzekeren, wat daarover ook vanuit theoretisch perspectief te zeggen valt. In die zin kan een relatief eenvoudig antwoord

worden gegeven op de vraag naar de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's. Deze risico's worden op dit moment onder verscheidene polissen, voornamelijk de AVB, gedekt. In die zin is er de facto sprake van verzekeraarbaarheid. Het zou echter te kort door de bocht zijn om daaruit dan ook af te leiden dat er klaarblijkelijk met die verzekering van nieuwe gezondheidsrisico's dan ook geen problemen zijn. Juist naar aanleiding van eerder onderzoek naar de verzekering en de uitbreidende aansprakelijkheidslast, meer bepaald op het terrein van de arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's heeft het Nederlandse Verbond van Verzekeraars in 1996 geadviseerd om de AVB-polis ingrijpend te wijzigen. Precies de vrees voor risico's met een lange staart, gecombineerd met een vrees voor een toename van het aantal claims waren de aanleiding voor die wijzigingen. Aangegeven werd dat die wijzigingen beantwoorden aan de theoretische uitgangspunten van verzekeraarbaarheid en derhalve ook geacht kunnen worden de verzekeraarbaarheid van nieuwe gezondheidsrisico's inderdaad te bevorderen.

Tenslotte hebben wij uitgebreid aandacht besteed aan het belang van concurrentie op de verzekeringmarkt als factor ter bevordering van verzekeraarbaarheid. Juist op het terrein van nieuwe gezondheidsrisico's is immers gebleken dat in het verleden afspraken tussen verzekeraars waren gemaakt om bepaalde risico's, waar in het bijzonder moet worden gedacht aan schade ten gevolge van rampen, gewoon niet te dekken. Die bindende besluiten om bepaalde risico's systematisch van dekking uit te sluiten zijn strijdig met het mededingingsrecht en dan specifiek met de Europese Verordening nr. 3932/92. Ze zijn dan ook ingetrokken. Maar daarmee zijn niet alle gevaren van concurrentiebeperking van de baan. Zo rijst de vraag wat verzekeraars nu gaan doen, onder meer op dat terrein van de rampen, waar vroeger de bindende besluiten van toepassing waren. De bindende besluiten zijn weliswaar niet meer van kracht, maar polissen, bijvoorbeeld ter dekking van schade veroorzaakt door een watersnood, zijn de facto nog steeds niet beschikbaar. Er moet daarom nog steeds worden gewaakt voor de idee dat dergelijke risico's klaarblijkelijk onverzekerbaar zijn en dat derhalve de overheid dan maar met oplossingen vanuit de collectieve middelen dient te komen om dergelijke schades te vergoeden. Naar onze mening verdient het stimuleren van verzekeraarbaarheid veel meer aandacht en dient, meer in het algemeen, ook steeds te worden gewaakt voor feitelijk afgestemde gedragingen van verzekeraars. Een actief concurrentiebeleid kan stimuleren dat ook voor nieuwe gezondheidsrisico's actieve competitieve verzekeraars bereid worden gevonden om concurrentiële polissen aan te bieden. Wel dient in dit kader als positieve ontwikkeling te worden genoemd dat bepaalde regenschade klaarblijkelijk daadwerkelijk wordt of zal worden gedekt.

Eén van de hand liggende vraag is in dit hoofdstuk niet aan de orde geweest. Het gaat dan om de vraag of de voordelen van verzekering (mede vanuit het slachtofferperspectief) niet zodanig groot dienen te worden geacht dat het eigenlijk de voorkeur zou verdienen om een verzekeringplicht in te voeren. Die vraag verdient separate bestudering in het volgende hoofdstuk.

HOOFDSTUK 6 VERPLICHTE VERZEKERING?

§ 1. Inleiding

Hiervoor werd uitgebreid stilgestaan bij de theoretische voordelen van (aansprakelijkheids)verzekering als mechanisme ter financiering van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Tegelijkertijd werd ook gewezen op bepaalde ontwikkelingen die de verzekerbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico bedreigen. Een argument dat, onder meer in het kader van de discussie omtrent de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten, steeds opduikt is dat zij die een bepaald risico veroorzaken ook gedwongen zouden moeten worden een financiële zekerheid te stellen ter vergoeding van de schade die zij door hun activiteiten zouden veroorzaken. Een dergelijke verplichting tot het verschaffen van financiële zekerheid is in ons recht bekend in de vorm van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering die voor een aantal activiteiten is ingevoerd.

Wanneer instrumenten worden besproken die moeten dienen als garantie dat voldoende financiële middelen aanwezig zouden zijn om slachtoffers te vergoeden passeert daarbij ook de verplichte aansprakelijkheidsverzekering de revue. Ook in het kader van de arbeidsgebonden nieuwe gezondheidsrisico's is in "Haagse" kringen ook wel overwogen de werkgever de verplichting op te leggen een WA-verzekering te sluiten. De gedachte is dan dat door verplichte verzekering voldoende fondsen kunnen worden genereerd om gelaedeerden schadeloos te stellen.

De vraag zou daarom zijn of het niet aangewezen is om, bijvoorbeeld degenen die enige invloed kunnen uitoefenen op het ontstaan van nieuwe risico's infectieziekten, de verplichting op te leggen tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Hoewel dit idee op het eerste gezicht aantrekkelijk lijkt zijn er, zowel theoretisch als beleidsmatig ook enkele nadelen te signaleren.

Bij nadere beschouwing is deze optie in het licht van hetgeen in de vorige hoofdstukken is betoogd tamelijk merkwaardig. Een verplichte aansprakelijkheidsverzekering biedt weliswaar (in eerste instantie) een bescherming tegen insolventie, maar de problemen bij verzekering van nieuwe risico's die die risico's volgens de verzekeraars moeilijk verzekerbaar maken, blijven natuurlijk ook bestaan wanneer de verzekering verplicht wordt gemaakt. Het ligt daarom, zacht gezegd, niet zo voor de hand om, wanneer wordt vastgesteld dat een bepaald instrument zoals aansprakelijkheidsverzekering slecht functioneert bij de aansprakelijkheid van de veroorzaker van nieuwe risico's, voor te stellen dit slecht functionerend instrument dan maar verplicht te maken. Verplichte verzekering is nog geen oplossing voor gesignaleerde problemen als afwenteling van causaliteitsonzekerheid en retroactieve toepassing van aansprakelijkheidsregels.

Toch verdient het systeem van de verplichte verzekering nadere bestudering, omdat het uiteraard niet alleen maar nadelen heeft. Juist in het kader van de insolventierisico's is wel gesteld, ook vanuit de rechtseconomische analyse, dat een verplichte verzekering een adequaat middel zou kunnen zijn om, via de controle door de verzekeraar, behoorlijke prikkels tot preventie af te dwingen. Nadelen zijn er echter ook, vooral omdat een verzekeringsplicht een bijzonder grote macht aan de verzekeraars geeft, hetgeen beleidsmatig niet altijd wenselijk is.

Derhalve zal in dit hoofdstuk meer uitgebreid worden stilgestaan bij de vraag of regulerend optreden vanwege de overheid in de vorm van het invoeren van een verzekeringsplicht aangewezen zou zijn.

Bij de bestudering van de vraag of een dergelijk regulerend ingrijpen aangewezen is zal wederom van de rechtseconomische methode gebruik worden gemaakt. Deze benadering is interessant omdat juristen en economen ieder traditioneel andere argumenten naar voren schuiven ter verdediging van een verzekeringsplicht. Juristen beschouwen verplichte verzekering vaak als een middel dat bij uitstek geschikt is om het onschuldige slachtoffer een garantie van schadeloosstelling te bieden. Economen daarentegen zien andere voordelen van aansprakelijkheidsverzekering die veeleer samenhangen met de verzekeringseconomische functie van verzekering, meer bepaald het bieden van bescherming tegen risicoaversie. Waar een jurist verplichte aansprakelijkheidsverzekering derhalve primair als een instrument van slachtofferbescherming ziet, beschouwt een econoom verplichte verzekering veeleer als een middel om risico weg te nemen van een risicoaverse dader. Veeleer daderbescherming dus dan slachtofferbescherming. In dit hoofdstuk zullen de verschillende criteria voor regulerend ingrijpen in de vorm van een verzekeringsplicht worden besproken en zal worden bekeken in hoeverre specifiek bij nieuwe gezondheidsrisico's een dergelijke verzekeringsplicht aangewezen lijkt.

Overigens moet worden benadrukt dat wanneer in dit hoofdstuk van "verzekeringsplicht" wordt gesproken hiermee in het algemeen wordt bedoeld op de verplichting van een risicoveroorzaker om een garantie te verschaffen dat financiële middelen beschikbaar zullen zijn om de eventuele schade ten gevolge van het ontstaan van het risico te vergoeden. Die financiële middelen kunnen door een klassieke verzekering worden geboden, maar noodzakelijk is dat niet: men kan ook denken aan het stellen van financiële zekerheid op een andere wijze. Het gaat in dit hoofdstuk primair om de vraag of regulerend ingrijpen aangewezen is en niet zozeer om de vraag welke vorm die financiële zekerheid dan dient te verkrijgen. Dat kan verzekering zijn, maar dat hoeft zeker niet.

§ 2. Verhoging van het verwachte nut

Uitgebreide literatuur over de vraag naar verzekering toont aan dat verzekering de sociale welvaart kan verhogen door risico weg te nemen van personen die een afkeer van risico hebben⁶¹⁵. Deze voordelen van verzekering zijn onbetwist. De vraag rijst evenwel of deze voordelen zo groot zijn dat zij een invoering van een verzekeringsplicht rechtvaardigen. De vraag naar verzekering is immers afhankelijk van de mate waarin iemand een afkeer heeft van risico. De graad van risicoaversie zal dus voor elk individu verschillend zijn: het is duidelijk dat zeer welvarende personen slechts een geringe mate van risicoaversie hebben ten aanzien van wat voor hen relatief geringe risico's zijn. Zo zal Rockefeller niet sterk avers zijn om bijvoorbeeld het risico te lopen fl. 1.000,- te verliezen, maar zal een bijstandsmoeder wel een afkeer hebben van een dergelijk risico indien dit zou betekenen dat zij daardoor in haar eerste levensbehoeften niet meer zou kunnen voorzien. Concreet volgt daaruit dat Rockefeller waarschijnlijk geen vraag naar verzekering voor het risico van verlies van fl. 1.000,- zal hebben⁶¹⁶, maar de bijstandsmoeder wel. Dit verklaart ook waarom sommige bedrijven voor industriële risico's uitsluitend een excesverzekering nemen en voor de lagere bedragen zelf het risico dragen.

Indien men nu met deze verschillen geen rekening houdt en een veralgemeende verzekeringsplicht invoert, heeft dit als nadeel dat daders die normalerwijze geen verzekeringsdekking zouden nemen omdat er geen vraag naar dekking bestaat, toch verplicht worden om verzekering aan te schaffen. Deze plicht verzekering te kopen, hoewel er geen vraag bestaat, verstoort de normale werking van de verzekeringsmarkt en heeft een negatieve invloed op de sociale welvaart omdat personen verzekering dienen aan te schaffen, hoewel dit hun verwachte nut niet verhoogt. De premie wordt immers hoger dan

615. Zie onder meer Arrow, K., *o.c.*; Borch, K., "Recent developments in Economic Theory and their Application to Insurance", *The Astin Bulletin*, 1963, 322-341; Pratt, J., "Risk Aversion in the Small and the Large", *Econometrica*, 1964, 122-136; Raviv, A., "The Design of an Optimal Insurance Policy", *American Economic Review*, 1979, 84-96.

616. Hij neemt dus geen verzekering totdat zijn risico-aversie stijgt; dus voor hogere bedragen zou hij zich wel verzekeren.

de actuariële waarde ervan⁶¹⁷, terwijl iemand die neutraal is ten opzichte van risico zal nooit vrijwillig een premie betalen die hoger is dan de actuariële waarde van het risico. Doordat een algemene verzekeringsplicht dit onderscheid tussen de verzekerden, wat betreft de vraag naar verzekering, niet maakt, wordt een sociaal verlies gecreëerd. Hieruit volgt dat het enkele feit dat verzekering het verwacht nut kan verhogen de introductie van een verzekeringsplicht niet rechtvaardigt, aangezien deze nutsverhoging niet noodzakelijk van toepassing is op elk individu dat onder de verzekeringsplicht valt. Zelfs indien vast zou staan dat verzekering voor een bepaalde groep individuen steeds het verwachte nut verhoogt, is ook dit nog geen argument om verzekering verplicht te maken. In de veronderstelling dat individuen perfect geïnformeerd zijn over het risico waarin zij zijn blootgesteld en over de beschikbaarheid van verzekering, is er geen enkele reden om door regulering de aanschaf van verzekering verplicht te stellen.

Samenvattend heeft verplichte verzekering altijd als nadeel dat de vraag naar verzekering van de verschillende partijen (dader of slachtoffer) afhankelijk zal zijn van de houding ten aanzien van risico van betrokkenen, maar uiteraard ook van de gevraagde premie. Regulerend ingrijpen waarbij een verzekeringsplicht wordt opgelegd heeft steeds als nadeel dat het met deze gedifferentieerde vraag naar verzekering van betrokkenen geen rekening houdt en derhalve tot inefficiënties zou kunnen leiden omdat verzekering verplicht zou kunnen worden ook voor die gevallen waarin geen vraag naar verzekering bestaat.

Deze analyse veronderstelt echter dat betrokkenen steeds inzicht hebben in hun blootstelling aan risico, de beschikbaarheid van verzekering en op basis daarvan een weloverwogen afweging kunnen maken. Het is de vraag of dat ook steeds zo is.

§ 3. Informatieproblemen

Informatieproblemen kunnen rijzen wanneer de schadeveroorzaker of het slachtoffer (afhankelijk van wie de vraag naar verzekering heeft) geen accurate inschatting kunnen maken van het risico waaraan zij zijn blootgesteld en van de voordelen van verzekering. Informatieproblemen worden vaak naar voren geschoven als grond voor regulerend ingrijpen in de werking van het marktsysteem⁶¹⁸. De idee is inderdaad dat, wanneer naar aansprakelijkheidsverzekering wordt gekeken, de potentiële schadeveroorzaker zijn nut kan maximaliseren indien hij een afkeer van risico heeft wanneer hij een aansprakelijkheidsverzekering zou afsluiten. Dit veronderstelt echter dat hij voldoende informatie heeft over zijn blootstelling aan risico en over de beschikbaarheid van verzekering. Die informatie zal betrokkene vervolgens toelaten om op een efficiënte wijze te beslissen over de noodzaak een aansprakelijkheidsverzekering aan te schaffen. Indien deze informatie gebrekkig is, wordt zijn beslissingsproces negatief beïnvloed. Zo zou bijvoorbeeld onderschatting van het risico er toe kunnen leiden dat de potentiële dader beslist geen verzekeringsdekking te nemen hoewel dit zijn verwacht nut wel zou kunnen verhogen.

Informatieproblemen kunnen door de wetgever worden opgelost via verplichte verzekering. Dit argument is bijvoorbeeld geldig voor de verzekeringsplicht voor de aansprakelijkheid voor motorvoertuigen. Wellicht onderschat de gemiddelde autobestuurder het risico dat hij een ongeval met hoge schade kan veroorzaken. Hij zou dan vermoedelijk de voordelen van aansprakelijkheidsverzekering onderschatten, zodat regulerend ingrijpen om aan dit informatieprobleem te verhelpen aangewezen lijkt.

617. Dit is de probabiliteit x de verwachte schade.

618. Zie Schwartz, A. en Wilde, L., "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis", *University of Pennsylvania Law Reviews*, 1979, 630-682; Mackaay, E., *Economics of information and the law*, Boston, Kluwer, 1982.

Toch past hier enige voorzichtigheid: als er geen informatieproblemen bestaan en de wetgever gewoon regulerend ingrijpt omdat hij meent dat een verzekering in het belang van de potentiële verzekerde is, kan dit alleen als een maatregel van paternalistische aard worden gekwalificeerd.

Hoe dit argument van het informatietekort dient te worden gerelateerd aan de problematiek van de nieuwe risico's kan moeilijk in abstracte termen worden beantwoord. Het hangt er onder meer van af of er sprake is van aansprakelijkheidsverzekering dan wel van een first party verzekering. Gesteld zou kunnen worden dat naarmate informatie over de risico's en over mogelijke aansprakelijkheid beter beschikbaar wordt voor de betrokkenen "in het veld" zij zelf in staat zullen zijn een redelijk accurate inschatting te maken van de risico's en van de mogelijke voordelen van verzekering. Zo zal de gemiddelde werkgever ongetwijfeld op de hoogte zijn van het feit dat hij op basis van werkgeversaansprakelijkheid gehouden kan zijn schade ten gevolge van beroepsziekten bij zijn werknemers te vergoeden. Een eventueel informatietekort bij de werkgever kan dus bezwaarlijk als argument voor regulerend ingrijpen op dat terrein naar voren worden geschoven. Anders zou de situatie zijn wanneer het daadwerkelijk om nieuwe en nog volstrekt onbekende risico's gaat, waarbij ook wordt aangenomen dat de potentiële aansprakelijken dit risico volstrekt zouden onderschatten. Bij nieuwe – veelal onbekende – gezondheidsrisico's kan daar allicht sprake van zijn. Dan zou kunnen worden betoogd dat een verzekeringsplicht een adequate remedie is om aan dit informatietekort te verhelpen. Daar staat echter tegenover dat in die hypothese (onbekendheid met het risico bij potentiële aansprakelijken) vermoedelijk ook het probleem zal rijzen dat de verzekeraars onvoldoende informatie over het risico zullen hebben en dat zij derhalve het risico als niet of moeilijk verzekeraar zullen beschouwen. Dan lijkt verplichte verzekering dus weer geen adequate remedie.

Informatieproblemen zijn natuurlijk reëler wanneer men de aandacht verschuift van de schadeveroorzakers naar de slachtoffers in het kader van een first party verzekering. Wanneer aangenomen wordt dat een echte first party verzekering (door het slachtoffer, anders dan de directe verzekering van de schadeveroorzaker) voordelen zou opleveren voor het slachtoffer, kan tegelijk worden vastgesteld dat vele potentiële slachtoffers vermoedelijk het risico onderschatten dat zij schade zouden kunnen leiden ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's. Juist bij nieuwe gezondheidsrisico's, mede door een lang tijdsverloop en het hoog technisch karakter van die risico's is risico-onderschatting bij potentiële slachtoffers een reëel probleem. Wanneer derhalve betoogd zou worden dat first party verzekering voor slachtoffers grote voordelen zou bieden (hetgeen echter nog verder nader zal worden onderzocht) zou, wanneer tevens een reëel informatietekort wordt aangenomen, een verzekeringsplicht voor slachtoffers theoretisch in de rede liggen.

Er is vermoedelijk wel een ander belangrijk argument voor de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering dat gerelateerd is aan het insolventierisico.

§ 4. Insolventie

Insolventie treedt op zodra de verwachte schade hoger is dan het individuele vermogen van de schadeveroorzaker. Dit kan ondercompensatie van slachtoffers tot gevolg hebben. Vanuit juridisch perspectief wordt dan wel een verzekeringsplicht naar voren geschoven als mechanisme om vergoeding van het slachtoffer te garanderen. Dit – voornamelijk distributioneel – argument speelt vaak een rol in het juridisch debat over de invoering van een verzekeringsplicht. Er is echter, vanuit preventieperspectief, ook een belangrijk rechtseconomisch argument in het voordeel van een verzekeringsplicht bij insolventie. Insolventie kan, zo is in de rechtseconomische literatuur betoogd, tot een tekort aan afschrikking leiden, waardoor potentiële schadeveroorzakers onvoldoende prikkels zullen hebben tot het nemen van

preventieve maatregelen⁶¹⁹ ⁶²⁰. Zodra de verwachte schade het vermogen van de individuele schadeveroorzaker overschrijdt rijst het probleem dat de schadeveroorzaker dit ongeval uitsluitend zal beschouwen als een ongeval met een maximale omvang die gelijk is aan zijn eigen vermogen. Het enige risico dat de schadeveroorzaker immers loopt is om in een aansprakelijkheidsvordering zijn eigen vermogen te verliezen. Het gevolg daarvan is dat bij insolventie uitsluitend prikkels bestaan om een ongeval te vermijden met een totale omvang gelijk aan het eigen vermogen van de dader. De vereiste preventieve maatregelen om een ongeval te vermijden met de werkelijke (veel hogere) schade zou beduidend hoger kunnen liggen. Ook bij het voorhanden zijn van aansprakelijkheidsverzekering ontstaat dit probleem van een tekort aan afschrikking (under the terrence). De potentiële schadeveroorzaker zal immers uitsluitend een vraag naar verzekering hebben voor schade gelijk aan zijn eigen vermogen aangezien dit het enige is wat hem betreft bloot staat aan risico.

In de literatuur is er op gewezen dat in bepaalde omstandigheden een verzekeringsplicht betere resultaten kan opleveren dan het aansprakelijkheidsrecht bij insolventie⁶²¹. Bij een verzekeringsplicht kan de verzekeraar in beginsel dekking bieden voor het totale bedrag van de schade, ook wanneer dat hoger ligt dan het vermogen van de dader. In dat geval zal de verzekeraar via een aangepast polisvoorwaarden- en premiebeleid het moreel risico controleren en derhalve preventieve maatregelen van de verzekerde eisen⁶²². Het gevolg daarvan is dat via de traditionele instrumenten die de verzekeraar ter beschikking staan om het moreel risico te controleren het gedrag van de schadeveroorzaker zodanig kan worden gecontroleerd dat deze wederom preventieve prikkels krijgt om een ongeval te vermijden met de reële schadeomvang. De literatuur betoogt derhalve dat in die omstandigheden een verzekeringsplicht betere resultaten biedt op het vlak van de preventie dan het aansprakelijkheidsrecht met insolventie. Voorwaarde is uiteraard wel dat de verzekeraar in staat en bereid is het moreel risico adequaat te controleren.

Dit argument hangt samen met het feit dat insolventie steeds de mogelijkheid biedt aan potentiële schadeveroorzakers om schade te "externaliseren". Eenvoudig gezegd betekent dit dat potentiële schadeveroorzakers zich in activiteiten kunnen begeven waarbij zij potentiële schade kunnen veroorzaken die veel hoger is dan hun eigen vermogen. Als zij vervolgens niet instaan voor die schade wentelen zij derhalve de negatieve consequenties van hun handelen af op derden: externalisatie. Door een verplichte verzekering kan die externaliteit alsnog worden geïnternaliseerd.

Gevolg daarvan is dat zodra het risico bestaat dat de potentiële schade belangrijk hoger zou kunnen zijn dan het eigen vermogen van de schadeveroorzaker een verzekeringsplicht aangewezen lijkt. Het is echter belangrijk te benadrukken, zoals hier zal worden gedaan, dat een verzekeringsplicht beleidsmatig alleen verantwoord is wanneer aan enkele strikte voorwaarden is voldaan. De belangrijkste is dat de verzekeringsmarkten competitief dienen te zijn en dat verzekeraars in staat moeten zijn het moreel risico adequaat te controleren. Voor dat laatste is wederom vereist dat ook voor verzekeraars het risico kenbaar is en derhalve beheersbaar. Ook is belangrijk te benadrukken dat wanneer hier over een verzekeringsplicht wordt gesproken, men niet noodzakelijk dient te denken aan een klassieke aansprakelijkheidsverzekering. Het gaat erom dat op de schadeveroorzaker een plicht wordt gelegd een garantie te bieden dat dekking aanwezig zal zijn op het ogenblik dat een schadegeval wordt veroorzaakt. Een dergelijke dekking kan

619. Zie over de ongewenste effecten van insolventie wat betreft het bieden van preventieve prikkels: Shavell, S., "The judgement proof problem", *International Review of Law and Economics*, 1986, 43-58.

620. Zie ook Drion, H., *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, oratie, Den Haag, 1955 en Hartlief, T., "Klassieken: Verzekering en aansprakelijkheidsrecht", *NTBR*, 2000, 11-16.

621. Dit argument is geformuleerd door Jost, P.J., "Limited liability and the requirement to purchase insurance", *International Review of Law and Economics*, 1996, 259-276 en zie ook Polborn, M., "Mandatory insurance and the judgement proof problem", *International Review of Law and Economics*, 1998, 141-146 en zie Skogh, G., "Mandatory insurance: transaction cost analysis of insurance" in Bouckaert, B. en De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 521-537.

622. Zie over de controle van het moreel risico door de verzekeraar supra hoofdstuk 5, § 2, 2.

door traditionele aansprakelijkheidsverzekering worden geboden, maar dat hoeft uiteraard niet. Men kan aan een grote waaier van alternatieve dekkingsmogelijkheden denken, gaande van waarborgsommen tot bankgaranties en zelfs het gebruik van kapitaalmarkten. In toenemende mate wordt een variatie aan financiële instrumenten gebruikt om, ook bij nieuwe risico's, een financiële garantie te bieden dat voldoende vermogen kan worden gegenereerd om de schade te dekken. Het lijkt dan ook aangewezen dat wanneer op beleidsvlak tot invoering van een verzekeringsplicht zou worden beslist, voldoende flexibiliteit wordt ingebouwd. De verzekeringsplicht dient derhalve niet noodzakelijk een plicht te zijn tot het aanschaffen van klassieke aansprakelijkheidsverzekering, doch veeleer een verplichting tot het verschaffen van financiële garanties. Op voorwaarde dat de betrouwbaarheid van die garantie door de overheid kan worden gecontroleerd dient het in belangrijke mate aan de inventiviteit van de markt te worden overgelaten welke instrumenten men daadwerkelijk wil aanwenden om die financiële garanties te realiseren.

§ 5. Potentiële gevaren van een verzekeringsplicht

Verplichte verzekering kan weliswaar behulpzaam zijn om insolventie- en informatieproblemen op te lossen, doch het nadeel bestaat dat een welvaartverlies ontstaat doordat verzekering verplicht wordt gesteld, ook indien dit het verwachte nut van de verzekeringnemer niet verhoogt. Bovendien zijn andere mechanismen voorhanden om het insolventierisico tegen lagere kosten te verhelpen. Er zijn twee verdere problemen die de wenselijkheid van verplichte verzekering beperken.

1. MOREEL RISICO

In de eerste plaats moet bij verzekering steeds het morele risico worden ingedamd. Er zijn, zoals eerder aangegeven, twee mogelijke reacties om dit te doen: de verzekeraar kan ofwel het gedrag van zijn verzekerde controleren en de premie daaraan aanpassen danwel zijn verzekerde gedeeltelijk blootstellen aan risico's (bijvoorbeeld door de dekking te beperken of door een "eigen risico" in te voeren)⁶²³. Dit laatste wordt in wetgeving die verplichte verzekering instelt veelal maar zeer beperkt mogelijk gemaakt. Dit heeft als gevolg dat dan het morele risico uitsluitend beperkt wordt door de controle die de verzekeraar uitoefent. Indien nu deze controle niet doelmatig wordt uitgeoefend⁶²⁴, heeft dit als gevolg dat het morele risico blijft bestaan. Wanneer dat gebeurt, is het gevolg dat het verplicht maken van dit systeem uitsluitend negatieve effecten heeft omdat het het ongevalsrisico zal verhogen: dat is immers precies het effect van het morele risico. Shavell gaat zelfs zo ver te stellen dat indien een moreel risico blijft bestaan en de wetgever enig regulerend ingrijpen met betrekking tot verzekering overweegt, dit slechts kan bestaan in het *verbieden* van de verzekering⁶²⁵. Het verplicht stellen van verzekering indien het morele risico niet kan worden beperkt, is dus totaal uitgesloten.

2. CONCENTRATIE OP VERZEKERINGSMARKTEN

Verder hebben wij tot nu toe verondersteld dat de verzekeringsmarkten competitief waren. In werkelijkheid blijkt evenwel dat de mededinging op de verzekeringsmarkt zeer vaak wordt beperkt⁶²⁶. Op Europees vlak hebben de verzekeraars regelmatig betoogd dat zij van de toepassing van het EG-mededingingsrecht uitgesloten dienen te worden. En gelet op de inhoud van hoofdstuk 5 ten dele met succes. Zonder mededinging op de markt zullen premies veel hoger zijn dan de verwachte actuariële

623. Zie Shavell, S., "On Moral Hazard and Insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.

624. Hetgeen vaak het geval is.

625. Zie Shavell, S., "The Judgement Proof Problem", *International Review of Law and Economics*, 1986, 59-75; Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, 342.

626. Voorbeelden zijn gepresenteerd in hoofdstuk 5, § 5.

premie. Door de monopolistische prijsbepaling zal de premie veel hoger zijn dan wat de nutsmaximaliserende verzekerde zou willen betalen. Indien dit het geval is nemen de nadelen van verplichte verzekering alleen maar toe, omdat de premie nu de actuariële premie nog veel sterker zal overstijgen. Dit betekent dat, indien verzekering op een monopolistische verzekeringsmarkt verplicht wordt gemaakt, de inefficiënties alleen maar zullen toenemen en dit een ernstig welvaartsverlies zal betekenen.

De concentratie op de verzekeringsmarkt heeft niet alleen negatieve effecten voor wat de risicospreidende functie van verzekering betreft. Zij heeft ook een negatieve invloed op de prikkels van de verzekeraar om het gedrag van de verzekerde te controleren teneinde het morele risico in te dammen. Een monopolistische verzekeraar maakt hogere winsten via zijn premie-inkomen en heeft daarom onvoldoende prikkels om tot een nauwkeurige aflijning van de risicogroepen te komen. Empirische studies over de concentratie op de Duitse verzekeringsmarkt hebben dan ook aangetoond dat in de Duitse Bondsrepubliek het ongevallenniveau hoger ligt dan op markten met meer mededinging, zoals bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk⁶²⁷.

De negatieve effecten van een te hoge concentratie op verzekeringsmarkten zijn overigens separaat besproken in hoofdstuk 5, § 5.

§ 6. Verdere nuanceringen

1. AFHANKELIJKHEID VAN DE VERZEKERINGSMARKT

Hiervoor is reeds aangetoond dat hoewel theoretisch een verplichte verzekering wenselijk kan zijn als nuttig instrument om informatieproblemen of een insolventierisico tegen te gaan, in de praktijk toch waakzaamheid geboden is. Een onverkort advies om verplichte (aansprakelijkheids)verzekering in te voeren is niet op zijn plaats. Er zijn nog meer redenen voor voorzichtigheid. De beleidsmakers en de wetgever in het bijzonder dienen zich er van bewust te zijn dat zodra verplichte (aansprakelijkheids)verzekering wordt ingevoerd men vervolgens ook afhankelijk wordt van de verzekeringsmarkt om deze verplichting ook in te vullen. De praktische mogelijkheden om een dergelijke verzekeringsplicht ook uit te voeren zullen in belangrijke mate afhankelijk zijn van de bereidheid tot verzekeren op de betreffende markt. Ook in deze studie kan verzekering uitsluitend vanuit een theoretisch perspectief worden bestudeerd; het zal uiteindelijk de verzekeringsmarkt zijn die zal bepalen of voor een bepaald risico ook daadwerkelijk dekking zal worden geboden. Het is denkbaar dat de wetgever zou beslissen een verzekeringsplicht in te voeren, terwijl vervolgens de verzekeringsmarkt zou weigeren een verzekeringsdekking aan te bieden. Dit heeft al op verscheidene markten tot problemen geleid. Bijvoorbeeld in verband met de milieuaansprakelijkheidsverzekering heeft de Duitse wetgever in het Umwelthaftungsgesetz van 1990 geëist dat de exploitant van een installatie die aanmerkelijke milieuschade kan veroorzaken financiële garanties of een verzekering zou aanbrenge, maar in de praktijk bleek het onmogelijk om deze verzekeringsplicht ook daadwerkelijk invulling te geven. Dichter bij huis zijn gelijkaardige problemen ook gerezen in het kader van de verzekering ten aanzien van schade als gevolg van medisch-wetenschappelijke experimenten met mensen (WMO). Die wetgeving heeft een verzekeringsplicht ingevoerd, zulks tegen de zin van de Nederlandse verzekeraars, hetgeen tot een verschraling van het aanbod heeft geleid. Zie in dit kader nog hierna hoofdstuk 9.

627. Zie Adams, M., *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985. Dit wordt evenwel ook door een strikte premiereregeling in de Duitse Bondsrepubliek veroorzaakt.

Een gevolg van de invoering van een verzekeringsplicht, waarbij de beschikbaarheid van verzekeringsdekking voorwaarde wordt voor de uitvoering van een bepaalde activiteit is steeds dat een behoorlijke macht wordt gegeven aan de verzekeringsindustrie. Doordat de uitoefening van de activiteit van verzekeringsdekking afhankelijk is gemaakt krijgt de verzekeringsindustrie de facto de mogelijkheid om te bepalen of een bepaalde activiteit al dan niet kan worden uitgevoerd. In verband met het milieurisico is erop gewezen dat dit ertoe kan leiden dat de verzekeraar een "environmental policeman" wordt⁶²⁸. In verband met de WMO wordt dit bezwaar ook weer gehoord: verzekeraars zouden bepalen welke medische experimenten met mensen kunnen worden uitgevoerd.

Overigens kunnen ook praktische problemen ontstaan. Veronderstel dat een verzekeraar in zijn polis heeft bepaald dat dekking uitgesloten is in geval van de niet-naleving door de verzekerde van dwingende overheidsvoorschriften. Een dergelijke polisvoorwaarde zou bijvoorbeeld een effectief instrument kunnen zijn om het moreel risico te controleren. Wanneer zich echter een ongeval voordoet zal de verzekeraar bij verplichte verzekering een dergelijke uitsluitinggrond doorgaans tegenover het slachtoffer niet kunnen tegenwerpen. De verzekeraar zal derhalve het slachtoffer toch dienen te vergoeden en zal derhalve regres trachten uit te oefenen tegen de verzekerde, maar kan mogelijk op diens insolventie stuiten. Juist omdat verweermiddelen bij verplichte verzekering doorgaans niet kunnen worden tegengeworpen aan slachtoffers zijn verzekeraars vaak nogal terughoudend wat de invoering van de verplichte verzekering betreft.

2. NOODZAAK VAN SAMENWERKING MET DE VERZEKERINGSWERELD

Uit het voorgaande blijkt dat in feite de overheid alleen een verzekeringsplicht kan invoeren wanneer ook duidelijk is dat de markt bereid is een verzekeringsdekking aan te bieden. Dit betekent dat veelal een nauwe samenwerking nodig is tussen overheid/politiek en de verzekeringswereld, waarbij de verzekeringswereld de overheid informeert over de verzekerbaarheid van een bepaald risico. De geschiedenis heeft echter, wij hebben daarop al eerder gewezen, geleerd, dat zeker wanneer een hoge mate van concentratie op verzekeringsmarkten bestaat, de informatie die op die wijze vanuit de verzekeringswereld wordt aangeboden niet altijd een realistisch beeld biedt van de verzekerbaarheid in verzekeringstechnische zin. Dit leidt tot een moeilijke keus: het invoeren van een verzekeringsplicht zonder enige consultatie van de verzekeringswereld (zie het Duitse voorbeeld van de milieuverzekering) zou tot het catastrofale resultaat kunnen leiden dat de overheid de industrie dwingt een verzekeringsdekking te nemen terwijl de markt niet bereid is dekking aan te bieden en de coöperatie tussen de overheid en de verzekeringswereld die het risico van een te grote samenwerking tussen verzekeraars (met alle negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen van dien) kent.

3. VERZEKERINGSPLICHT EN NIEUWE RISICO'S

Ook in het kader van nieuwe en onbekende risico's dient voorzichtigheid te worden betracht wat de invoeringen en verplichte verzekering betreft. Bij nieuwe (gezondheids)risico's zal steeds een risico van anti-selectie bestaan. Wanneer het aantal participanten dat een vraag naar verzekering heeft relatief gering is, is een optimale risicospreiding (via de wet van de grote getallen) niet mogelijk. Immers, in dat geval zullen vooral de "slechte" risico's een vraag naar verzekering hebben en rijst het hierboven probleem van anti-selectie⁶²⁹. Natuurlijk zou kunnen worden tegengeworpen dat verplichte verzekering precies het ideale middel is om anti-selectie tegen te gaan. Immers: in dat geval zouden alle personen die het risico

628. Zie Monti, A., "Environmental Risk: A comparative law and economics approach to liability and insurance", *European Review of Private Law*, forthcoming.

629. Zie desbetreffend met betrekking tot milieuverzekering, Rogge, J., *Les assurances en matière d'environnement*, losbladig, Kluwer, 1997, 38.

lopen gedwongen worden verzekeringsdekking te nemen, zodat de verzekeraar automatisch ook de goede risico's in zijn pool krijgt. Die maatregel zou ook weer als groot negatief effect hebben dat men de goede risico's of zelfs hen die geen vraag naar verzekering hebben dwingt een verzekering te nemen.

Een belangrijk hieraan gerelateerd punt is wel de hiervoor genoemde veronderstelling dat een behoorlijke risicodifferentiatie kan worden toegepast. Dit betekent dat met de invoering van een eventuele verzekeringsplicht behoedzaam dient te worden omgesprongen. In ieder geval zal moeten vaststaan dat op de verzekerings- (of financiële) markten zodanige informatie beschikbaar is over de oorzaken en incidentie van de nieuwe gezondheidsrisico's dat een dergelijke adequate risicodifferentiatie ook mogelijk is. Anders is het voor verzekeraars niet mogelijk om anti-selectie en het moreel risico te controleren en zal verplichte verzekering meer goed doen dan kwaad.

4. AANVAARDINGSPLICHT?

Men zou uiteraard – enigszins naïef – kunnen betogen dat wanneer verzekeringsmarkten weigeren verzekeringsdekking te bieden, de overheid niet alleen een verplichting zou kunnen invoeren voor degenen die nieuwe gezondheidsrisico's veroorzaken om verzekeringsdekking te nemen, maar tegelijk een aanvaardingsplicht voor de verzekeraars⁶³⁰. Een dergelijke aanvaardingsplicht, zou kunnen betogen, is dan tegelijk ook een oplossing van het risico dat verzekeraars te grote beslissingsmarkt krijgen aangaande de uitvoering van bepaalde activiteiten.

Toch lijkt de invoering van een aanvaardingsplicht een bijzonder gevaarlijk pad om te bewandelen, juist gelet op het belang van een behoorlijke controle van het moreel risico. Een belangrijk instrument van de verzekeraar om het moreel risico in te dammen is immers de mogelijkheid risico's van een bepaalde verzekerde ook ex ante te monitoren. Dit ex ante controleproces zou kunnen leiden tot de beslissing van de verzekeraar dat hij een bepaald (aansprakelijkheids)risico als onaanvaardbaar hoog kwalificeert en derhalve de verzekeringsdekking weigert. Een logische consequentie van de uitgesproken wens verzekeraars het moreel risico optimaal te laten controleren is dan ook het daarmee onlosmakelijk verbonden recht van verzekeraars om vrij te kunnen beslissen welke risico's al dan niet te verzekeren. Het opleggen van een aanvaardingsplicht is derhalve strijdig met deze basale verzekeringseconomische noties en zou zelfs tot een ongewenste verhoging van het maatschappelijk risico kunnen leiden⁶³¹.

§ 7. Samenvatting en beleidsaanbeveling

Uit het voorgaande blijkt dat het relatief moeilijk is om in het algemeen een uitspraak te doen over de wenselijkheid van de invoering van een verzekeringsplicht. In dit verband dient een onderscheid te worden gemaakt tussen aansprakelijkheidsverzekering en first party verzekering en bovendien hangt het in belangrijke mate van het functioneren van de verzekeringsmarkten af of de invoering van een verzekeringsplicht ook effectief zal zijn.

Vanuit theoretisch perspectief zijn er, zoals aangegeven, zeker argumenten naar voren te schuiven hetzij voor de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering die van toepassing kan worden op hen die nieuwe gezondheidsrisico's veroorzaken hetzij voor de invoering van een verplichte first party verzekering. Wat het perspectief van de aansprakelijkheidsverzekering betreft kan worden betoogd dat bij

630. Zie daarover ook Houben, I.S.J., "Contractdwang en verzekering", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 287-298 en Salomons, R.A., "Hebben de verzekeraars macht?" in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 299-312.

631. Ook vanuit verzekeringsrechtelijk perspectief wordt deze vorm van "contractdwang" (want daar komt een aanvaardingsplicht dan toch op neer) als onwenselijk gekwalificeerd. Zie de in de vorige voetnoot aangehaalde literatuur.

vele activiteiten waar gezondheidsrisico's uit voort kunnen vloeien ongetwijfeld geldt dat de schadeomvang beduidend hoger kan zijn dan het individuele vermogen van een schadeveroorzaker. Een insolventieprobleem kan derhalve de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bedreigen. Dit probleem kan worden opgelost door invoering van een verzekeringsplicht. Ter zake moet rekening worden gehouden met de geschetste gevaren die verband houden met het moreel risico, maar wellicht ook met een gebrek aan concurrentie op de verzekeringsmarkt. Daar komt bij dat de invoering van een verzekeringsplicht alleen aangewezen is wanneer verzekerings- (of financiële) markten bewezen hebben behoorlijk in staat te zijn de risico's te identificeren en derhalve een adequate risicodifferentiatie toe te passen.

Op dit moment lijkt, zoals reeds in de inleiding bij dit hoofdstuk werd betoogd, de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor vele van de in deze studie onderzochte nieuwe gezondheidsrisico's geen aangewezen middel. De eenvoudige reden is dat voor enkele van de besproken risico's (zoals rampen) veelal geen aansprakelijke kan worden aangewezen. In die gevallen heeft het dus ook geen zin om over verplichte aansprakelijkheidsverzekering na te denken. In andere gevallen (bijvoorbeeld bij werkgeversaansprakelijkheid) blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht in het verleden verzekeraars voor zodanig grote problemen heeft gesteld dat zij betogen dat het aansprakelijkheidsrisico moeilijk verzekeraar is. Precies om die redenen wordt actief naar alternatieven gezocht. In dat licht is het ongewenst een slecht functionerend aansprakelijkheidsverzekeringssysteem verplicht aan de markt op te leggen.

Daar komt bij dat de uitvoering van een aansprakelijkheidsverzekeringplicht ook zeer complex kan zijn. De nieuwe gezondheidsrisico's die in deze studie centraal staan kunnen veroorzaakt worden door vele verschillende activiteiten. Wil men daar met een verplichte verzekering een adequaat antwoord op bieden, dan dienen theoretisch al die verschillende mogelijke oorzaken (dat wil zeggen potentieel schadeverwekkende activiteiten) aan een verzekeringsplicht te worden onderworpen. Dat brengt niet alleen een zeer complex en gedetailleerd regulerend kader mee, maar ook de noodzaak van handhaving en controle. Daarbij zien we dan nog af van de vraag of verzekerings- (en financiële) markten ook in staat zijn om de gewenste dekkingen te bieden. Bovendien brengt een verzekeringsplicht ook steeds mee dat een voorziening in het leven zal moeten worden geroepen voor het geval dat de verzekeringsplicht niet wordt nageleefd (administratieve en/of strafrechtelijke sancties dus) en voor het geval van de insolventie van de verzekeraar. Nog meer regulering dus.

Een wellicht interessant alternatief dat verder onderzoek verdient, is de mogelijkheid om aan slachtoffers een (beperkte) verzekeringsplicht op te leggen in de vorm van een first party insurance. Een slachtofferverzekering, de echte first party insurance, heeft het voordeel dat het slachtoffer zelf een verzekeringsdekking neemt overeenkomstig zijn eigen verwachtingen ten aanzien van risico en zijn eigen graad van risicoaversie.

Het voordeel van een dergelijke verzekering, waarbij het slachtoffer zelf verzekeringsdekking voor zijn verwachte schade neemt, is dat een betere aflijning van de risicogroepen mogelijk wordt. Bij slachtofferverzekering kan het slachtoffer alle informatie over het risico dat hij *zelf* vormt (bijvoorbeeld zijn leeftijd, uitgeoefend beroep, inkomsten) rechtstreeks doorgeven aan de verzekeraar. Dit laat de verzekeraar op zijn beurt toe om met deze bijzondere eigenschappen rekening te houden. Dit betekent dat hij bijvoorbeeld bij inkomensverzekering de lage en hoge inkomstengroepen kan scheiden en dat de premie nauwkeurig kan worden aangepast aan het risico. Op die manier kan het risico van averechtse selectie worden voorkomen. Dit ligt veel moeilijker bij aansprakelijkheidsverzekering omdat de verzekeraar dan het risico verzekert dat zijn verzekerde aansprakelijk wordt gesteld en aan een derde schadevergoeding moet betalen. In dat geval is een aflijning in nauwe risicogroepen problematisch omdat de omvang van het risico voor een groot deel wordt bepaald door het inkomen van het potentiële

slachtoffer van de verzekerde dader, iets waarover de verzekeraar geen informatie heeft. Dat de first party verzekering verplicht wordt opgelegd, heeft weer te maken met mogelijke informatieproblemen bij potentiële slachtoffers. Zij weten veelal niet welk risico zij lopen en besluiten daarom – wellicht ten onrechte – zich niet te verzekeren.

Wat betreft het voorkomen van averechtse selectie lijkt slachtofferverzekering dus de voorkeur te genieten boven aansprakelijkheidsverzekering. Niettemin kan ook slachtofferverzekering, zeker in het kader van de sociale zekerheid, niet onvoorwaardelijk worden aanbevolen⁶³². De hoge administratieve kosten en de inefficiënties die door de bureaucratie worden veroorzaakt kunnen de voordelen van slachtofferverzekering geheel of gedeeltelijk wegnemen⁶³³. Overigens dient men zich, bij de discussie over de invoering van verplichte aansprakelijkheidsverzekering steeds de vraag te stellen of deze verplichte aansprakelijkheidsverzekering werkelijk iets aan de slachtofferbescherming kan toevoegen. Zo krijgt men wel eens de indruk dat men onvoldoende beseft dat zowel voor het loonverlies als voor de medische kosten reeds verplichte verzekering bestaat, zodat het niet direct duidelijk is voor welke schade het slachtoffer nog door de verplichte verzekering beschermd dient te worden. In het licht van de afkalving van de sociale zekerheid (hoofdstuk 3) is dat inmiddels anders. Vaak blijft behalve een (klein) deel van de inkomensschade slechts het smartegeld onvergoed, maar het is de vraag of het gerechtvaardigd is om uitsluitend voor deze schade een systeem van verplichte verzekering in te voeren⁶³⁴. Een van de belangrijke gevolgen van de invoering van een verzekeringsplicht is veelal dat de gesubrogeerde sociale verzekeraar zich in een subrogatoire vordering richt tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar (zie voor die regresrechten hiervoor hoofdstuk 3). Dit dient men zich steeds te realiseren indien men de invoering van verplichte verzekering overweegt.

Dit brengt ons terug bij een van de centrale vragen van dit onderzoek, namelijk wat de onderscheiden rol en betekenis is van aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering enerzijds en andere compensatiemechanismen, zoals sociale zekerheid anderzijds. Herhaaldelijk is reeds gesteld dat de toenemende druk op het aansprakelijkheidsrecht en de discussie over de mogelijkheden van verzekeringssystemen voornamelijk ontstaan zijn ten gevolge van de afkalving van de sociale zekerheid. In de volgende hoofdstukken zal dan ook de aandacht uitgaan naar alternatieven, ook buiten het kader van de tot nu toe besproken aansprakelijkheidsverzekering. Een eerste voor de hand liggende remedie lijkt de terugkeer naar de sociale zekerheid, die dan ook in het volgende hoofdstuk als alternatief aan bod komt.

632. Een genuanceerder beeld van deze "slachtofferverzekering" wordt in hoofdstuk 9 geboden, dat integraal aan deze zogenaamde directe verzekering is gewijd.

633. Deze nadelen spelen uitsluitend indien de slachtofferverzekering in het kader van de sociale zekerheid door de overheid wordt aangeboden, maar bijvoorbeeld niet indien, zoals dit in Nederland veelal het geval is, de verzekering door private verzekeringsmaatschappijen wordt aangeboden.

634. Fleming, *o.c.*, 1985, 16.

HOOFDSTUK 7 TERUGKEER NAAR DE SOCIALE ZEKERHEID?

§ 1. Inleiding

Nu aansprakelijkheidsverzekering klaarblijkelijk slechts ten dele in staat is vergoeding te bieden voor de schade die kan worden veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's en nu, precies om die reden, verplichte aansprakelijkheidsverzekering niet als de aangewezen remedie wordt beschouwd dient naar alternatieven te worden gekeken. Een eerste "alternatief" ligt voor de hand: uitbreiding van de sociale zekerheid. Hiervoor is immers reeds geschetst (zie vooral de hoofdstukken 3 en 4) dat de problemen in het aansprakelijkheidsrecht mede veroorzaakt worden door een afkalvende sociale zekerheid. Ligt een terugkeer naar de sociale zekerheid dan als oplossing voor de hand?

Voordat die vraag wordt beantwoord moet duidelijk worden gemaakt dat een aantal essentiële verschillen bestaat tussen aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering enerzijds en een dekking via sociale zekerheid anderzijds. Dit heeft vooral te maken met de voorwaarden voor uitkering (laagdrenpelig of juist hoge drempels) enerzijds en met de uitgekeerde bedragen (integrale schadeloosstelling of gestandaardiseerde, beperkte bedragen) anderzijds.

§ 2. Sociale zekerheid versus aansprakelijkheid: verschillende uitgangspunten

A. Inleiding

Hoge drempels, hoge beloning. Zo hebben wij in hoofdstuk 2 het aansprakelijkheidsrecht getypeerd. Uiteraard is het niet zo dat men met zijn schade blijft zitten wanneer men in het aansprakelijkheidsrecht geen gehoor vindt. Voor dit onderzoek kan men nog aan een tweetal andere belangrijke vergoedingssystemen denken: schadeverzekering en sociale zekerheid. Deze verschillen op essentiële punten van het aansprakelijkheidsrecht, zo bleek reeds in hoofdstuk 2. Wij herhalen de beschouwingen dienaangaande ten dele.

B. Lage drempels en lage(re) beloning

In een stelsel van private schadeverzekering (ziektekostenverzekering, ongevallenverzekering) ook wel first party-verzekering genoemd, verkrijgt men tegen betaling van premie een recht op uitkering voor het geval zich een bepaalde (onzekere) gebeurtenis voordoet. Dit stelsel verschilt behoorlijk van dat van het aansprakelijkheidsrecht. Zo is niet steeds sprake van volledige vergoeding: men heeft soms bijvoorbeeld slechts recht op betaling van een vooraf overeengekomen bedrag. Verder staat de verzekering in beginsel neutraal tegenover de oorzaak van het intreden van de gebeurtenis en doet 'eigen schuld' van de uitkeringsgerechtigde in beginsel niet ter zake.

Het stelsel van sociale zekerheid ligt als vergoedingssysteem veel dichter bij dat van de private verzekering dan dat van het aansprakelijkheidsrecht. In de kern is sociale zekerheid een publieke first party-verzekering. Evenals bij private verzekering is sprake van een laagdrenpelig systeem: men heeft recht op een uitkering, in beginsel ongeacht de oorzaak van de ziekte, de arbeidsongeschiktheid etcetera. Ook 'eigen schuld' van de uitkeringsgerechtigde heeft in beginsel geen gevolgen voor het recht op uitkering.

Een zeer belangrijk verschil heeft betrekking op de vergoedingsomvang. Waar in het aansprakelijkheidsrecht volledige vergoeding vooropstaat, gaat het in de sociale zekerheid eigenlijk per definitie om een in tijd en omvang beperkte vergoeding. Uiteraard kunnen daarbij niet alle regelingen over een kam worden geschoren. Voor zover de betrokken regeling slechts bestaanszekerheid beoogt te waarborgen, denk aan de Algemene Bijstandswet, is daarmee het beperkte karakter van de vergoeding gegeven⁶³⁵. Ook de regelingen die inkomensbescherming beogen te geven doen dat niet volledig: in de tijd of wat betreft uitkeringshoogte is de uitkering beperkt.

C. Het aansprakelijkheidsrecht als randverschijnsel en luxe systeem

Als men nu genoemde stelsels naast elkaar zet, blijkt dat de betekenis van de diverse stelsels behoorlijk verschilt. Het stelsel van sociale zekerheid is in de praktijk voor de vergoeding van personenschade veel belangrijker dan het aansprakelijkheidsrecht. Dat heeft alles te maken met de voorwaarden die ieder systeem stelt. Slechts een zeer beperkt deel van de schade die in de maatschappij ontstaat wordt via een beroep op het aansprakelijkheidsrecht vergoed⁶³⁶. Een veel groter deel van de schade wordt via private verzekeringen of de sociale verzekeringen vergoed. De sociale zekerheid is er juist op ingericht relatief snel een adequate vergoeding te verlenen. Daarom is sprake van relatief lage drempels. Aan de andere kant is sociale zekerheid, gebaseerd als zij is op maatschappelijke solidariteit, beperkt. Deze solidariteit gaat niet zo ver dat ieder volledig van elk risico gevrijwaard blijft. Tot op zekere hoogte kan men een beroep doen op (de andere leden van) de maatschappij. Het aansprakelijkheidsrecht gaat juist verder, geeft juist wel volledige vergoeding, zij het bij bepaalde inbreuken (tekortkoming, causaal verband en afwezigheid van eigen schuld).

Al eerder hebben wij gesteld dat het aansprakelijkheidsrecht randverschijnsel en luxe systeem tegelijk is: de luxe van volledige vergoeding is slechts voor een per definitie beperkt aantal gedupeerden weggelegd. Een beroep op het aansprakelijkheidsrecht hoeft men dan ook pas te doen voor zover men via andere stelsels geen vergoeding krijgt. Wanneer we het over personenschade hebben gaat het daarbij vooral over de zogenaamde top van het inkomen en over smartegeld. Dat is de luxe die het aansprakelijkheidsrecht biedt: een volledige vermogensgarantie en zelfs vergoeding van immateriële schade. Een luxe die dan ook slechts onder bijzondere omstandigheden wordt gegeven en een luxe die de sociale zekerheid zich niet kan veroorloven. Zie nog hierna voor een nadere uitwerking.

§ 3. Nadelen sociale zekerheid

Wanneer de stelling juist is dat het vooral door de afkalving van de sociale zekerheid is dat een zodanige uitbreiding van de aansprakelijkheidslast voor de werkgever heeft plaatsgevonden dat deze onverzekerbaar dreigt te raken, lijkt het medicijn eenvoudig: de wetgever dient van het in de tachtiger jaren ingeslagen dwaalspoor terug te komen en moet een krachtige sociale zekerheid herstellen. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat dit politiek vermoedelijk moeilijk ligt in een tijd waarin marktwerking en deregulering zelfs voor sociaal-democratische regeringspartijen nog steeds toverwoorden zijn. Bovendien moet ook worden benadrukt dat bij de beschrijving van de oorzaken voor de uitdijende aansprakelijkheidslast er verscheidene de revue passeerden, waarvan de afkalvende sociale zekerheid er slechts één was. De invalshoek van de vakbonden lijkt inderdaad te zijn via een dreiging met claims een politieke wil te creëren de consequenties van de afkalving van de sociale zekerheid te heroverwegen. Is het inderdaad het beste om naar het oude model terug te keren?

635. In dat kader wordt veelal nog een middelentoets aangelegd, terwijl in het aansprakelijkheidsrecht met de draagkracht van gelaedeerde juist geen rekening wordt gehouden. Slechts in het kader van art. 6:108 en 109 BW is dat uitdrukkelijk wel mogelijk.

636. Zie in dit verband Bloembergen, in *Schade lijden en schade dragen*, 1980, 16-17.

Ook los hiervan lijkt een terugkeer naar de sociale zekerheid van weleer geen goede oplossing. In de eerste plaats is er in de economische analyse betreffende bureaucratieën vaak op gewezen dat wanneer financiering via sociale zekerheid wordt aangeboden het grote nadeel is dat er geen competitieve druk is die tot kostenbesparing en efficiënte productie leidt. De aanbieder van eenzelfde dienst via publieke sociale zekerheid zal daarom in beginsel duurder zijn dan wanneer deze via de markt wordt aangeboden⁶³⁷.

Bovendien zijn er nog andere bezwaren verbonden aan sociale zekerheid. Bij de sociale zekerheid bestaat bij tekorten steeds het politieke risico dat de overheid de uitkeringen beperkt of stopzet door regulerend ingrijpen. Dit is onmogelijk bij private verzekering waar een verzekeraar in beginsel onder een contractuele plicht staat om de overeengekomen prestaties te leveren⁶³⁸.

Het lijkt dan ook onjuist om, nu wordt vastgesteld dat de deregulering in de sociale zekerheid consequenties heeft wat betreft de mate waarin van aansprakelijkheidsverzekering gebruik zal worden gemaakt, het kind van de deregulering maar met het symbolische badwater weg te gooien. Het invoeren van meer marktwerking in de sociale zekerheid is op zichzelf uiteraard geen verkeerd streven; alleen lijkt men te gemakkelijk te hebben gedacht dat aansprakelijkheidsverzekering zou kunnen optreden waar sociale zekerheid verdween, daarbij de beperkingen van dat instrument over het hoofd ziend. Het is daarom interessanter om na te gaan of er een ander instituut bestaat dat gebruik kan maken van de marktwerking van private verzekering en daarmee een alternatief voor aansprakelijkheidsverzekering kan zijn zonder dat de gehele dereguleringsoperatie in de sociale zekerheid ongedaan zou behoeven te worden gemaakt, als dat al politiek haalbaar zou zijn.

Een dergelijk alternatief zal in hoofdstuk 9 worden bestudeerd.

§ 4. Samenvatting

Samenvattend lijkt de meest voor de hand liggende weg, namelijk om de afkalving van de sociale zekerheid ongedaan te maken, wellicht toch ook niet de meest aangewezen weg. Los van het zuiver praktische probleem dat dit op dit moment politiek onhaalbaar lijkt nu de deregulering van de sociale zekerheid als een van de grote verdiensten van de MDW-operatie wordt beschouwd, lijken er ook een aantal principiële en praktische bezwaren te bestaan. Principieel mag men niet voorbij gaan aan het feit dat sociale zekerheid op totaal andere beginselen is gebaseerd dan aansprakelijkheid + aansprakelijkheidsverzekering. Private schadeverzekering gaat uit van een risicogerelateerde premieheffing waarbij (behoudens verplichte verzekering) een risicoaverse verzekerde met een vraag naar verzekering een polis zal aanschaffen die overeenstemt met zijn eigen vraag naar verzekering. Bij private verzekering is slechts sprake van een beperkte solidariteit in de zin van een spreiding van risico's tussen individuen die eenzelfde risico vormen. Er is derhalve slechts sprake van risicosolidariteit of, beter geformuleerd, risicospreiding. Een risicoafhankelijke premiezetting is strijdig met de essentiële beginselen van de sociale zekerheid, juist omdat de overheid bij de sociale zekerheid ook steeds inkomensherverdelende doeleinden wil realiseren. Derhalve is de premieheffing bij de sociale zekerheid niet risicoafhankelijk, maar inkomensafhankelijk. Geen risicosolidariteit derhalve, maar inkomenssolidariteit of beter, inkomensherverdeling. Juist die inkomenspolitieke bedoeling noopt tot overheidsinterventie omdat men die via de private

637. Voor een vergelijking van beide systemen zie Faure, M., "The applicability of the principles of private insurance to social health care insurance, seen from a law and economics perspective", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1998, 265-293.

638. Zo werd terecht betoogd door Dijkshoorn, M.W., "Ontwikkelingen in de WAO", *Verzekeringsarchief*, 1996, 82-86 en Mitchell, O. en Zeldes, S., *Social security, privatization: a structure for analysis*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 5512, Cambridge, 1996.

verzekeringsmarkt niet zal kunnen realiseren. Sociale zekerheid is erop gericht een minimumpakket ter beschikking te stellen, ook voor de minvermogenden. Overheidstussenkomst om die solidariteitsgedachte vorm te geven is dus onvermijdelijk.

Die verschillende uitgangspunten tonen eveneens aan dat het voor potentiële slachtoffers niet eens aantrekkelijk hoeft te zijn een algehele terugkeer naar de sociale zekerheid na te streven. Los van het feit dat daarmee ook de inefficiënties van de inkomensafhankelijke premiestelling weer zouden worden binnengehaald moet men zich ook realiseren dat de sociale zekerheid nooit, zoals het aansprakelijkheidsrecht, een volledige vermogensgarantie heeft geboden. Een terugkeer naar de sociale zekerheid zal derhalve nooit een vergoeding van smartegeld kunnen meebrengen en bij vele, vooral arbeids-gerelateerde risico's, gaat het gelaedeerde in belangrijke mate juist daarom. Denkbaar is dat de terugkeer naar de sociale zekerheid (als dat al politiek haalbaar zou zijn) de inkomensvervangende vergoedingen zou verhogen, maar smartegeld wordt daardoor niet geboden. Juist vanwege dat andere vergoedingsniveau kan de sociale zekerheid dus ook het aansprakelijkheidsrecht niet vervangen.

Wel wordt mede aan de hand van de bespreking van de essentiële verschillen tussen aansprakelijkheid en sociale zekerheid duidelijk dat slachtoffers het "beste van twee werelden" willen nastreven, dat wil zeggen de lage drempels van de sociale zekerheid en de hoge vergoedingen uit het aansprakelijkheidsrecht. Dat doel kan door een uitbreiding van de sociale zekerheid nooit volledig worden bereikt. Wellicht dat men daar nog het dichtste bij komt door een privaat verzekeringsmechanisme te gebruiken dat wel de lage drempels van de sociale zekerheid kent (alleen schade is genoeg voor vergoeding) en anderzijds toch meer zou kunnen bieden dan het sociale zekerheidsrecht. Bijvoorbeeld een hoger vervangend inkomen en een deel smartegeld. In hoofdstuk 9 zal worden betoogd dat een zogenaamde directe verzekering dit wellicht beter kan realiseren dan een terugkeer naar de justitiële sociale zekerheid. Ver weg van sociale zekerheid is men intussen in een dergelijk systeem niet: eigenlijk is de directe verzekering een door de markt gefinancierde vorm van sociale zekerheid.

Voordat we op dit instrument van de directe verzekering ingaan, dient echter eerst nog de aandacht uit te gaan naar het schadefonds dat volgens velen de panacee is voor problemen van het aansprakelijkheidsrecht. Het verbaast dan ook niet dat juist in het kader van nieuwe risico's ook het schadefonds naar voren wordt geschoven.

HOOFDSTUK 8 SCHADEFONDS

§ 1. Inleiding

Een ander alternatief voor de financiering van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's dat vaak de revue passeert is de introductie van een schadefonds. Het fenomeen van de fondsvorming krijgt de laatste tijd bijzonder veel aandacht, ook als panacee voor problemen die optreden bij diverse nieuwe gezondheidsrisico's die in dit onderzoek centraal staan⁶³⁹.

Pleidooien voor fondsuplossingen worden veelal gehouden in de veronderstelling dat de problemen die ontstaan bij toepassing van het aansprakelijkheidsrecht met de invoering van een fonds zijn opgelost. Het is de vraag of dat waar is. In deze bijdrage wordt ter beantwoording van deze vraag een kader gegeven waaraan voorstellen tot instelling van een fonds kunnen worden getoetst. De vraag rijst immers of de in de literatuur geformuleerde suggesties om in toenemende mate schade te vergoeden op basis van fondsen werkelijk een degelijk alternatief bieden voor de financiering van nieuwe gezondheidsrisico's. De voor- en nadelen van een schadefonds zullen in dit hoofdstuk dan ook aan de orde komen aan de hand van de behandeling van het schadefonds als oplossing bij enkele nieuwe gezondheidsrisico's. Recent zijn immers fondsachtige oplossingen ingevoerd, zowel ter vergoeding van schade veroorzaakt door rampen als ter vergoeding van asbestgerelateerde schade. De vraag rijst dan hoe deze financieringsmechanismen functioneren en of de voor rampen en asbest gevonden oplossingen wellicht als model kunnen gelden voor andere schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's, zoals bij infectieziekten of voedingsgerelateerde ziekten⁶⁴⁰.

§ 2. Fondstypen

Het begrip fonds dekt een aantal juridische constructies die soms sterk verschillen. Dat betekent dat argumenten pro of contra ook niet steeds opgaan voor iedere fondsvorm. Het is daarom van belang tussen de diverse fondsen een onderscheid te maken en aan te geven ter oplossing van welk (al dan niet vermeend) probleem het fonds naar voren wordt geschoven.

1. BEPERKINGSFONDS

In de eerste plaats is in de (Amerikaanse) literatuur veelal sprake van fondsen bij het optreden van massale schade die vaak door een groot aantal gelijkaardige producten of diensten wordt veroorzaakt (zogenaamde serieschade). Het probleem bij dergelijke serieschade is dat schadeveroorzakers doorgaans wel geneigd zijn, indien de aansprakelijkheid tenminste vaststaat, om een schikking met de schadelijders te treffen op voorwaarde dat zulks dan een regeling kan inhouden waarbij de schadeveroorzaker door het ter beschikking stellen van een bepaald bedrag zich geheel van zijn aansprakelijkheid kan kwijten. In zekere zin stelt de aansprakelijke een beperkingsfonds ter beschikking waarvan dan alle slachtoffers zullen moeten worden vergoed. Het betreft hier een beperkingsfonds, omdat met de instelling van het fonds doorgaans de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker ook wordt beperkt tot diens financiële inbreng in het fonds. Dit is dan ook geen fonds waarbij schadespreiding via bijdragen van andere (potentiële) daders plaatsvindt, maar eerder een fonds dat uitsluitend door de veroorzaker zelf wordt gevoed teneinde de beschikbare vergoeding over de vele slachtoffers te kunnen verdelen. Voorbeelden daarvan bestaan in

639. Zie met veel verdere verwijzingen Hustinx, J.P. en Stolker, C.J.J.M., "Massaschade en fondsvorming", *VA*, 1997, 58 e.v. en eerder vooral De Groot, G.J., "Schadefondsen. Tussen toen en toekomst?", in *Schade lijden en schade dragen*, NJB Boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 23 e.v.

640. In hoofdstuk 2 is er ook al op gewezen dat voor legionella-slachtoffers van de Flora een fonds is opgericht.

het vervoersrecht, maar ook bij de civiele aansprakelijkheid voor zeewaterverontreiniging veroorzaakt door olie.

Enkele jaren geleden heeft Dommering-van Rongen in haar oratie⁶⁴¹ onderzocht in hoeverre een dergelijke fondsoپlossing ook bij serieschade zoals DES zou kunnen worden toegepast. Het probleem bij de toepassing van een dergelijk beperkingsfonds op sluipende schadegevallen zoals DES of milieuschade, is dat het vaststellen van een definitief bedrag doorgaans bemoeilijkt wordt doordat zich jaren later altijd nog nieuwe slachtoffers zouden kunnen melden. Het is derhalve moeilijk om met een dergelijk beperkingsfonds tot een definitieve regeling te komen, omdat het bij sluipende schade nooit kan worden uitgesloten dat "latere" slachtoffers, wier rechten op schadeloosstelling moeilijk kunnen worden beperkt, zich alsnog melden.

Terwijl het fonds veelal uit vergoedingsoogpunt naar voren wordt geschoven (zie hierna), gaat het in casu juist om beperking van aansprakelijkheid, althans efficiënte regeling van massaschade⁶⁴². Een beperkingsfonds is doorgaans niet in de eerste plaats bedoeld als remedie tegen de eventuele onvindbaarheid of insolventie van de dader, maar veeleer om bij serieschade de beschikbare middelen onder de slachtoffers te verdelen⁶⁴³. Een beperkingsfonds is in beginsel, afgezien van vooral de procedure, een oplossing die binnen het aansprakelijkheidsrecht blijft, zij het dat uit een oogpunt van hanteerbaarheid wel aan normering van schadevergoeding wordt gedacht. In de heersende opvatting is een dergelijk fonds niet haalbaar zonder wetgeving⁶⁴⁴.

2. VOORSCHOTFONDS

Een tweede type betreft het voorschotfonds. De voorschotconstructie is een aantrekkelijke remedie voor slepende procedures over aansprakelijkheids- en verzekeringsdekkingsvragen die langer kunnen duren dan het leven van het slachtoffer, zodat deze van de eventueel post mortem toegekende schadeloosstelling niet meer zal kunnen genieten. Dit probleem van de lange procedures is vooral bij asbestslachtoffers acuut. Juist in dat kader is dan ook veelvuldige gepleit voor een fondsoپlossing⁶⁴⁵. Een van de voorstellen die ervan uitgaat dat de lange duur van de procedure een groot probleem vormt is dan een voorschotconstructie⁶⁴⁶.

Een voorschotconstructie is dus een oplossing voor het geval dat de lange duur van de procedure het probleem is. Daarbij dient uiteraard niet uit het oog te worden verloren dat die lange duur van de procedure er in de regel niet zonder reden is. Dat heeft meestal te maken met een beantwoording van vragen die in het aansprakelijkheidsrecht aan de orde zijn. Denk aan de aansprakelijkheidsvraag en de causaliteitsproblematiek. In een voorschotfondsconstructie neemt men in eerste instantie genoegen met

641. Zie Dommering-van Rongen, L., *Schade vergoeden door fondsvorming*, Deventer, Kluwer, 1996.

642. Zie vooral Frenk, N., *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss., Deventer, Kluwer, 1994; Frenk, N., "Afwikkeling van massaschade", *NTBR*, 1993, 89 e.v.; Dommering-van Rongen, L., *Schade vergoeden door fondsvorming*, Deventer, Kluwer, 1996 en Stolker, C.J.J.M., in *Vergt de behandeling van massale schade een bijzondere benadering? Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1996*, Letselschadereeks 7, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1996, 39 e.v. en Hustinx, J.P. en Stolker, C.J.J.M., o.c., *VA*, 1997, 64 e.v.

643. Ook in de Europese richtlijn Productaansprakelijkheid is de idee van een beperkingsfonds verborgen in art. 16 dat lidstaten de optie gaf bij letselserieschade een beperking tot 70 miljoen ECU per schadegeval in te voeren. Noch België, noch Nederland hebben overigens van deze optie gebruik gemaakt. Zie daarover Faure, M. en Vanbuggenhout, W., "Produktaansprakelijkheid. De Europese Richtlijn: Harmonisatie en Consumentenbescherming?", *RW*, 1987-1988, 40-42.

644. Zie ook Bauw, E., "Tussen traditie en efficiëntie: naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade", *NJB*, 1995, 622 e.v.

645. Dit is meer specifiek door de Socialistische Partij bepleit. Zie instemmend Swuste, P., "Van individuele `asbest processen' naar een asbestfonds?", *Arbeidsomstandigheden*, 1996, 119-122.

646. Zie in dit verband Faure, M. en Hartlief, T., "Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?", *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1996, 37-43.

een voorlopig antwoord op deze vragen gebaseerd op een globaal onderzoek. Op enig moment echter zal men, ook in deze constructie, voor een meer precies onderzoek naar het antwoord op deze vragen komen te staan.

3. WAARBORGFONDS

Het derde type fonds, is een type waarmee ons recht al bekend is: het waarborgfonds⁶⁴⁷. Eigenlijk zijn de ons bekende fondsen meestal waarborgfondsen⁶⁴⁸. Het aspect 'waarborg' bestaat er dan in dat het fonds alleen tussenkomt als de primaire schuldenaar (de aansprakelijke of diens verzekeraar) de verschuldigde schadeloosstelling niet kan betalen.

Zo bestaat reeds lang het Waarborgfonds Motorverkeer, gevoed uit de WAM-premies, dat daadwerkelijke vergoeding waarborgt in gevallen waarin aansprakelijkheid bestaat voor de door een motorrijtuig veroorzaakte schade. Dit fonds sluit in beginsel aan bij het aansprakelijkheidsrecht: zonder aansprakelijkheid kan uit het Waarborgfonds geen vergoeding worden verkregen. Bovendien moet men in eerste instantie de wegen van het aansprakelijkheidsrecht bewandelen. In zoverre is het fonds subsidiair.

Ook het Schadefonds Geweldsmisdrijven⁶⁴⁹, gevoed uit algemene middelen, sluit in eerste instantie aan bij het aansprakelijkheidsrecht. Het fonds voorziet in uitkeringen terzake van personenschade voorzover veroorzaakt door een opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf en voorzover het letsel als zwaar lichamelijk kan worden beschouwd. Ook hier geldt dat het fonds subsidiair is in die zin dat voorzover schade via het stelsel van sociale zekerheid wordt vergoed dan wel via een private verzekering geen aanspraak op het fonds bestaat.

Tenslotte het Fonds Luchtverontreiniging⁶⁵⁰ dat schade als gevolg van luchtverontreiniging vergoedt die redelijkerwijze niet ten laste van de benadeelde hoort te blijven. Het fonds keert ook uit wanneer geen aansprakelijkheid voor luchtverontreiniging bestaat. Ook hier is sprake van een subsidiaire regeling. Voorzover, kort gezegd, elders vergoeding kan worden verkregen keert het fonds niet uit. Het fonds wordt gevoed door heffingen die aan vervuilers worden opgelegd.

Waarborgfondsen zijn in het recht vooral bekend als instrumenten ter bescherming van slachtoffers tegen de mogelijke insolventie van een exploitant of diens verzekeraar. In het kader van de WAM-verzekering komt het waarborgfonds ook tussen in geval van onverzekerd zijn van de dader of in geval van insolventie van de verzekeraar.

Overigens is een waarborgfonds ter dekking van de insolvente verzekeraar natuurlijk alleen maar zinvol indien verzekeringsdekking verplicht is. Instelling van een waarborgfonds dat niet wordt gekoppeld aan verplichte verzekering heeft geen zin. De vraag rijst echter of dit bij elk type schade waar thans de idee van fondsvorming naar voren wordt geschoven, wel aangewezen is. Zo zijn er bijvoorbeeld voor milieuschade in de literatuur wel stemmen opgegaan in de richting van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering⁶⁵¹, terwijl het bij nadere beschouwing twijfelachtig is of een dergelijke algemene

647. Zie vooral De Groot, G.J., o.c., in *Schade lijden en schade dragen*, 1980, 23 e.v.

648. Met uitzondering wellicht van het Fonds Luchtverontreiniging.

649. Zie over het Schadefonds Geweldsmisdrijven Bloembergen, A.R., "Een schadefonds geweldsmisdrijven?", in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 167 e.v.

650. Zie over het Fonds Luchtverontreiniging Polak, J.M., "Vergoeding van schade door luchtverontreiniging", in *Met eerbiedigende werking: opstellen aangeboden aan L.J. Hijmans van den Bergh*, Deventer, Kluwer, 1971, 203 e.v.

651. Zie in dat verband onder meer Hulst, E.H., *Grondslagen van milieuaansprakelijkheid*, diss., Arnhem, Gouda Quint, 1993, 518 e.v.

verzekeringplicht wel aangewezen is⁶⁵². In het vorige hoofdstuk hebben wij reeds aangegeven dat aan de invoering van een verzekeringplicht diverse nadelen verbonden zijn. In de eerste plaats moet er al een reden zijn waarom gemeend wordt dat een overheidsingrijpen tot verplicht maken van verzekeringsdekking noodzakelijk is, omdat de markt zelf niet tot een dergelijke dekking zou komen. In de tweede plaats moet men zich realiseren dat een overheid die verplichte verzekering instelt zich altijd afhankelijk maakt van het aanbod op de markt. Er dient dan met name te worden nagegaan of er wel een behoorlijk verzekeringsaanbod is waardoor de wettelijke plicht inhoud kan krijgen. In de derde plaats moet worden nagegaan of de betreffende verzekeringsmarkt wel zodanige concurrentie biedt dat verzekering tegen redelijke voorwaarden kan worden aangeboden en geen inefficiënties worden gecreëerd. In de vierde plaats moet vaststaan dat in alle gevallen het moreel risico op een effectieve wijze kan worden gecontroleerd. Dit laatste impliceert onder meer dat de verzekeraar geen zodanige acceptatieplicht dient te worden opgelegd, dat hij ook gedwongen zou zijn om slechte, oncontroleerbare risico's te dekken.

Slechts indien aan die strikte voorwaarden is voldaan, zou men verplichte verzekering kunnen overwegen, waarbij, nogmaals, bijvoorbeeld bij milieuschade, steeds het probleem is dat het niet eenvoudig is het voorwerp van de verzekeringplicht nauwkeurig te omschrijven. Hetzelfde probleem kan overigens ook bij nieuwe gezondheidsrisico's rijzen. Indien echter een regulerend ingrijpen ter compensatie van specifieke schadevormen als zodanig noodzakelijk is, lijkt, onder de geschetste strikte voorwaarden, het meer voor de hand te liggen eerst aan een verzekeringplicht te denken in plaats van aan een fonds. Een waarborgfonds lijkt alleen zinvol wanneer dit als sluitstuk op een systeem van verplichte verzekering wordt gepresenteerd. Zonder de combinatie met verplichte verzekering lijkt dit immers weinig inhoud te zullen krijgen.

4. FONDS TER VERVANGING VAN AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING

Ten slotte is er, als vierde type, het fonds dat integraal ter vervanging van aansprakelijkheid en verzekering zou dienen. In een dergelijk systeem komt het fonds niet alleen tussen bij serieschade, voor het uitkeren van een voorschot of ter waarborg, maar vormt het een alternatief voor verzekering, wanneer verzekeringsproblemen aan adequate dekking van het risico in de weg zouden staan. Zo wordt bijvoorbeeld in het kader van milieuschade juist om deze reden aan een algemeen schadefonds gedacht.

§ 3. Fondsen versus aansprakelijkheidsverzekering

1. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN INZAKE COMPENSATIE

Voordat de respectieve voordelen van fondsen en verzekering in kaart worden gebracht, lijkt het aangewezen om, aansluitend bij hoofdstuk 2, enkele (rechtseconomische) uitgangspunten inzake aansprakelijkheid en schadevergoeding te schetsen. In hoofdstuk 2 hebben wij aangegeven, dat aansprakelijkheidsregels niet slechts een compenserende, maar vooral ook een preventieve functie hebben. Deze preventieve werking kan het aansprakelijkheidsrecht uiteraard uitsluitend hebben indien de plicht tot schadeloosstelling daadwerkelijk wordt gelegd op degene die aan het risico heeft bijgedragen. De idee is dat de wetenschap dat er *ex post* aansprakelijkheid kan volgen, de potentiële dader *ex ante* tot voorzichtigheid zal aanzetten. Wil men de preventieve werking van het systeem behouden, dan zal een juridische vergoedingsplicht, zoals die op basis van aansprakelijkheid, in beginsel slechts op diegene

652. Zie voor de criteria voor de invoering van verplichte verzekering Van den Bergh, R. en Faure, M., "De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse", *Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad, Vermande, 1990; Faure, M. en Van den Bergh, R., "Compulsory Insurance for Professional Liability", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1989, 308-330.

moeten drukken, die ook daadwerkelijk aan het ontstaan van het risico heeft bijgedragen. Deze beginselen zijn echter niet alleen voor het aansprakelijkheidsrecht van belang. Hetzelfde dient dan ook te gelden wanneer de vergoedingsplicht niet is gebaseerd op het aansprakelijkheidsrecht, maar bestaat in een bijdrageplicht aan een fonds. Ook die bijdrageplicht dient te rusten op degene die werkelijk heeft bijgedragen aan het risico waarvoor het fonds in het leven werd geroepen.

Een tweede daaraan gerelateerd uitgangspunt is dat deze bijdrageplicht ook financieel dient te worden vertaald in *de mate* waarin de potentiële dader aan het risico heeft bijgedragen. In het aansprakelijkheidsrecht wordt dit beginsel ook in acht genomen. De vergoedingsplicht is immers behoudens enkele uitzonderingen⁶⁵³ doorgaans beperkt tot de schade die de betreffende dader zelf heeft veroorzaakt. Zodra echter een collectivering van schadeloosstelling optreedt, wordt het van belang te garanderen, dat de betreffende schadeveroorzaker ook slechts financieel dient bij te dragen in de mate dat hij het risico mede heeft gecreëerd. Dit speelt bijvoorbeeld reeds bij verzekering een grote rol. Denk in dat verband aan het belang van risicodifferentiatie, dat in hoofdstuk 5 werd benadrukt⁶⁵⁴. Indien dit beginsel niet zou worden gerespecteerd en alle daders over één kam worden geschoren, brengt zulks mee dat de gemiddelde premie voor goede risico's te hoog is⁶⁵⁵. Het gevolg daarvan kan niet alleen een anti-selectieprobleem zijn waarbij goede risico's een risicogroep verlaten, maar ook een moreel risico omdat preventieve inspanningen door potentiële schadeveroorzakers niet worden beloond, zodat onvoldoende prikkels bestaan op preventief vlak. Een gouden regel is daarom dat, welk collectief vergoedingsmechanisme men ook kiest (fondsen of verzekering) steeds zal moeten worden gewaarborgd dat een financiële bijdrageplicht wordt gerelateerd aan de mate waarin men aan het risico heeft bijgedragen, om een optimale preventieve werking van die bijdrageplicht te bewerkstelligen. Concreet betekent dit dat goede risico's minder dienen bij te dragen dan slechte risico's en dat inspanningen op preventief vlak worden beloond door een verlaging van de bijdrageplicht. In de verzekeringswereld is, zoals eerder aangegeven, dit fenomeen goed bekend en wordt het aangeduid als risicodifferentiatie⁶⁵⁶. Waar mogelijk zal een verzekeraar trachten goede van slechte risico's te onderscheiden en goede risico's te belonen in de vorm van een aangepaste premie die hun inspanningen op preventief vlak weerspiegelt. Nu blijkt dat dit beginsel van risicodifferentiatie niet alleen bij verzekering een rol dient te spelen maar een uitgangspunt zou dienen te vormen van elk efficiënt systeem van schadecompensatie.

Deze twee uitgangspunten zijn overigens niet alleen ingegeven door overwegingen van efficiëntie (optimale prikkels geven voor risicopreventie); ze zijn vooral ook rechtvaardig. Indien zij immers niet worden gerespecteerd, betekent het dat goede risico's de facto moeten bijdragen aan slechte risico's en gedwongen worden bij te dragen aan risico's die zij zelf niet hebben veroorzaakt. Het lijkt niet met eisen der rechtvaardigheid te verenigen dat goede risico's slechte risico's subsidiëren.

Om de bovenvermelde uitgangspunten te respecteren, is het daarom noodzakelijk om, of men nu voor collectivering van risico en schade via private verzekering of via fondsen kiest, zorg te dragen voor een behoorlijke differentiatie der bijdrageplicht die het specifieke risico dat elke schadeveroorzaker vormt, weerspiegelt. Daarom is het van belang dat de instantie van waaruit de collectivering plaatsvindt en die verantwoordelijk is voor het bepalen van de bijdrageplicht ook behoorlijke informatie heeft over de mate waarin een potentiële schadeveroorzaker aan het risico bijdraagt. Alleen dan zal een efficiënte risicodifferentiatie kunnen worden doorgevoerd en kan het beginsel dat de bijdrageplicht wordt gerelateerd aan de mate waarin men het risico mede heeft veroorzaakt, worden gerespecteerd.

653. Denk aan toepassing van de leer van de alternatieve causaliteit in HR 9 oktober 1992, *NJ*, 1994, 535 (CJHB) (DES-arrest).

654. Zie hoofdstuk 5, § 4, C.

655. Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590.

656. Daarover Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringspolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *VA*, 1993, 3-22 en Faure, M., "Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235. Zie daarover verder in hoofdstuk 5, § 4.

2. TOEGESPITST: FONDS OF AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERING

A. *Inleiding: wie heeft betere informatie?*

Wanneer deze uitgangspunten worden toegepast op de vraag onder welke omstandigheden fondsen de voorkeur verdienen boven verzekering, komt dit dus in de eerste plaats neer op de vraag welk vergoedingsmechanisme het beste in staat zal zijn de genoemde risicodifferentiatie door te voeren. De vraag is derhalve of het fonds danwel een verzekeraar geacht kan worden de beste informatie te hebben op basis waarvan de bijdrageplicht van de schadeveroorzakers kan worden gerelateerd aan de mate waarin zij het risico hebben medeveroorzaakt. Daarbij geldt een vermoeden in het voordeel van de verzekeraar, omdat de verzekeraar immers gespecialiseerd is in risicodifferentiatie en risicospreiding. Een verzekeraar beschikt over technieken om te achterhalen in welke mate bepaalde verzekerden aan het ontstaan van een risico bijdragen. In de regel zal de beheerder van het fonds niet in staat zijn een gelijkaardige differentiatie in dezelfde mate door te voeren. Dit is slechts anders wanneer de fondsbeheerder een informatievoordeel heeft boven de verzekeraar. Dat komt inderdaad wel eens voor. Indien bijvoorbeeld een fonds zou worden opgericht voor een zeer beperkt, hoog gespecialiseerd risico en wordt beheerd door de exploitanten die zelf het risico hebben veroorzaakt, kan worden betoogd dat zij dan een informatievoordeel hebben. Exploitanten zelf kunnen immers doorgaans worden geacht beter goede en slechte risico's te kunnen herkennen en op de hoogte te zijn van preventieve maatregelen die het risico kunnen reduceren en waartoe derhalve via bijdrageverlaging dient te worden aangespoord. In dat geval zou via een onderlinge controle tussen de exploitanten een hoog niveau van preventie kunnen worden bereikt. Maar nogmaals, voor de meeste risico's zal dit informatievoordeel niet opgaan.

Natuurlijk kan men tegenwerpen dat de tussenkomst van een fonds juist gelegen kan zijn in de beperkte capaciteit van de verzekeringsmarkt of in de onverzekerbaarheid van bepaalde risico's. Dat is waar, doch dan wordt het fonds niet tegen verzekering afgewogen. Indien verzekeringsdekking niet beschikbaar is en compensatie beleidsmatig gewenst wordt geacht, lijkt er geen alternatief te bestaan. Of echter daadwerkelijk sprake is van onverzekerbaarheid is veelal de vraag. Denk bijvoorbeeld aan milieuschade waar wel van onverzekerbaarheid wordt gesproken. Hier mag beslist niet te licht over worden gedacht⁶⁵⁷, doch of milieuschade in het algemeen onverzekerbaar is, is zeer twijfelachtig. Bovendien kan niet voorbij worden gegaan aan de vraag of een fonds de eventuele problemen waar men bij verzekering op stuit wel kan oplossen. Daarom zullen de verschillende mogelijke verzekeringsproblemen kort de revue passeren.

B. *Sluipende schade*

Een eerste probleem waar in het kader van onverzekerbaarheid vaak op wordt gewezen, is het feit dat het om sluipende schade gaat⁶⁵⁸. Men stuit hier op het welbekende probleem van het "long tail"-risico. In hoofdstuk 5 is reeds aangegeven dat dit "long tail"-risico verzekeraars voor problemen kan stellen. Inderdaad zijn verzekeraars traditioneel gewend om ongevallen te verzekeren, risico's die zich op één duidelijk vast te stellen ogenblik in de tijd voordoen. Het probleem is dat sommige schadevormen vaak

657. Zie daarover o.m. Bocken, H., "La réparation des dommages causées par la pollution au droit Belge. La situation en 1992", *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, 1992, 284-327; Bocken, H., "L'assurance responsabilité civile pour dommages causés par la pollution", in *Les Assurances de l'Entreprise, Actes du Colloque tenu à l'Université Libre des Bruxelles les 2 et 3 décembre 1993*, Brussel, Bruylant, 1993; Bocken, H. en Ryckbost, D. (red.), *Verzekering van Milieuschade*, Brussel, Story-Scientia, 1991 en Cousy, H., "Recent Developments in Environmental Insurance", in Abraham, F., Deketelaere, K. en Stuyck, J. (eds.), *Recent Economic Legal Developments in European Environmental Policy*, Leuven, Leuven University Press, 1995, 227-241.

658. Zie over de problematiek van de sluipende schade Spier, J., *Sluipende schade*, oratie, Deventer, Kluwer, 1990.

gradueel verlopen, zodat het precieze moment waarop de schade zich voordoet moeilijk is vast te stellen. Daarvan kan sprake zijn bij beroepsziekten veroorzaakt door blootstelling aan genotoxische stoffen, maar ook bij milieuschade. Vaak verloopt een zeer lange tijd tussen een emissie en het ogenblik waarop de schade zich manifesteert of de vordering wordt ingesteld⁶⁵⁹. Die problemen zijn voor verzekering echter niet onoverkomelijk. Een deel van de oplossing is gelegen in een aanpassing van de dekkingssystematiek zoals deze in hoofdstuk 5 al is beschreven. Dit probleem van sluipende schade speelt, zoals aangegeven, bijvoorbeeld bij beroepsziekten. In verband daarmee heeft het Nederlandse Verbond van Verzekeraars beslist de markt te adviseren om bij de aansprakelijkheidsverzekering van de werkgever over te schakelen van een zogenaamd loss occurrence- naar een claims made-systeem. Hoewel ook op claims made-dekking kritiek is geformuleerd, zoals vermeld, lijkt zij toch een bruikbaar instrument te zijn om ook bij sluipende schade risico's beheersbaar en derhalve verzekeraar te maken. Ter zake kan naar de uiteenzetting in hoofdstuk 5 over deze problematiek worden verwezen.

C. *Retroactiviteit*

Een tweede gevaar voor de verzekeraar bestaat in de retroactieve toepassing van aansprakelijkheidsregels. Bepaalde rechtspraak houdt in de kern in dat, uit overwegingen van slachtofferbescherming exploitanten aansprakelijk worden geacht voor handelen dat in het verleden als rechtmatig werd beschouwd, maar dat naar de normen van heden echter onrechtmatig wordt geacht⁶⁶⁰. Ook deze problematiek van de terugwerkende kracht kwam reeds aan de orde in hoofdstuk 5.

De retroactieve toepassing van nieuwe normen leidt inderdaad tot probleem van verzekeraar omdat een verzekeraar in die gevallen destijds voor het onbekende risico geen premie kon vragen, geen preventieve inspanningen kon eisen en toen ook geen reservering heeft aangelegd. Men dient zich echter te realiseren dat, zoals nog zal worden toegelicht, een fonds in dit kader geen oplossing kan zijn indien het erop neerkomt dat de huidige exploitanten dienen bij te dragen voor schade die in het verleden werd veroorzaakt. Het probleem dat bij verzekering aan de orde is, ontstaat evenzeer bij een bijdrageplicht voor historische schade aan een fonds. In dat geval schendt men de regel dat alleen schadeveroorzakers dienen bij te dragen en zulks in de mate dat zij het risico tot stand lieten komen.

D. *Causaliteitsonzekerheid*

Ook causaliteitsonzekerheid kan tot onverzekerbaarheid leiden. Daarvan is, zoal hiervoor reeds werd betoogd, grof gezegd, sprake indien ten gevolge van toepassing van causaliteitsregels de exploitant gehouden wordt tot vergoeding van schade die hij niet zelf kan hebben veroorzaakt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij toepassing van een alternatieve causaliteitsregel (zoals in DES)⁶⁶¹, maar ook indien het bewijsrisico dat een bepaalde asbestvezel niet tijdens de periode van tewerkstelling werd opgelopen bij de werkgever wordt gelegd (zoals in de asbestrechtspraak)⁶⁶². In die gevallen zal de verzekeraar van een dergelijke exploitant, althans voor een deel, gehouden worden tot vergoeding van schade die zijn eigen verzekerde niet heeft veroorzaakt en waarvoor wederom geen premie werd gevraagd, geen reserveringen werden aangelegd en geen preventieve inspanningen konden worden gevraagd. Ook hier rijst echter de vraag of de verzekeringsproblemen die rijzen ten gevolge van causaliteitsonzekerheid als sneeuw voor de zon verdwijnen in geval van een fondsoplanning⁶⁶³. Dit lijkt

659. Daarover ook Faure, M., "Is aansprakelijkheid 'met terugwerkende kracht' efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1-11.

660. Zie daarover Faure, M., *o.c.*, *A&V*, 1998, 1-11.

661. HR 9 oktober 1992, *NJ*, 1994, 535 (CJHB).

662. HR 25 juni 1993, *NJ*, 1993, 686 (PAS).

663. Zoals Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss., Arnhem, Gouda Wuint, 1995, bijvoorbeeld lijkt te denken.

niet het geval te zijn aangezien enerzijds bij het bepalen van de bijdrageplicht op grond van causaliteitsregels zal moeten worden vastgesteld in welke mate een bepaalde exploitant aan een risico bijdroeg; anderzijds zal ook bij de uitkering vanuit het fonds bij causaliteitsonzekerheid de vraag opkomen of het risico voor het slachtoffer werd veroorzaakt door de activiteiten waarvoor het fonds werd opgericht, door een externe oorzaak of door het zogenaamde omgevingsrisico. Er is op zich geen reden om aan te nemen dat het fonds beter in staat zal zijn om deze problemen op te lossen dan de rechter die binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht moet oordelen. Het is immers best mogelijk om deze causaliteitsvragen op behoorlijke wijze op te lossen binnen het aansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld door de al eerder genoemde figuur van proportionele aansprakelijkheid toe te passen. Dit betekent dat de exploitant alleen tot vergoeding wordt gedwongen in de mate dat hij aan het risico bijdroeg. Bij proportionele aansprakelijkheid verdwijnen de corresponderende verzekeringsproblemen immers ook⁶⁶⁴ en hoeft men niet naar het drastische middel van het schadefonds te grijpen. Daarom hebben wij mogelijke in hoofdstuk 5 proportionele aansprakelijkheid ook gepresenteerd als remedie voor de verzekerings-problematiek die kan ontstaan ten gevolge van causaliteitsonzekerheid.

E. Conclusie

De voorkeur gaat - algemeen gesproken - alleen uit naar fondsen indien de materie zodanig hoog gespecialiseerd is dat de beheerders van het fonds beter in staat moeten worden geacht de risico's in te schatten dan een verzekeraar of indien de verzekeringsproblemen van zodanige aard zijn dat in het geheel geen dekking kan worden geboden. In het algemeen geniet verzekering de voorkeur gelet op de grote ervaring van verzekeraars met risico-inschatting en risicospreiding. Bovendien dient, bijvoorbeeld inzake causaliteitsonzekerheid, eerst naar oplossingen binnen het aansprakelijkheidsrecht te worden gezocht die aan eventuele verzekeringsproblemen kunnen tegemoet komen.

Toch zullen er altijd situaties denkbaar zijn waarin verzekering inderdaad niet beschikbaar zal zijn. Dit is onder meer het geval indien sprake is van collectieve schade, bijvoorbeeld aan een natuureservaat, waarvoor geen individuele dader aansprakelijk kan worden gesteld en een aansprakelijkheidsverzekering dus ook geen soelaas kan bieden. Indien voor dergelijke gevallen compensatie wordt gezocht, zal inderdaad naar andere collectieve vergoedingsmechanismen moeten worden gezocht. Maar ook dan blijft de vraag hoe een financiering kan worden gevonden die eerder genoemde beginselen respecteert.

3. KOSTEN

In het kader van een vergelijking van een fonds met een verzekeringsoplossing dient ook aandacht aan het kostenaspect te worden besteed. Er kan van worden uitgegaan dat de kosten bij een fonds in principe hoger zullen zijn dan bij verzekering om de eenvoudige reden dat een aansprakelijkheidsverzekering bijvoorbeeld niet voor één activiteit wordt gesloten, maar een groot gamma aan risico's dekt. Er is daarom slechts één polis, worden éénmalig transactiekosten gemaakt en is er één administratieve structuur binnen de verzekeringsmaatschappij die bovendien door concurrentie tot een adequate kostenbeheersing wordt gedwongen. Deze kosten kunnen over een groot aantal risico's en dus over een groot aantal verzekerden worden gespreid. Ook kan op het zojuist besproken informatievoordeel van de verzekeraar worden gewezen. Gelet op diens specialisatie in risico-inschatting kan, behoudens uiterst technische risico's, worden verwacht dat een verzekeraar beter in staat is tegen relatief lage kosten risico's in te schatten dan een fonds dat daarmee geen ervaring heeft.

664. Faure, M. en Hartlief, T., "Towards an expanding enterprise liability in Europe? How to analyze the scope of liability of industrial operators and their insurers", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, 235-270.

De kosten bij een fonds zullen zeker relatief hoog zijn indien wordt uitgegaan van beheer door de overheid. Economische theorieën over de werking van bureaucratieën hebben erop gewezen dat overheidstussenkomst vaak tot kostenexplosies leidt⁶⁶⁵. Dit gevaar kan worden beperkt door het fonds privaat te laten beheren, maar dan dient de garantie te bestaan dat dit fonds een prikkel tot kostenbeheersing heeft bijvoorbeeld doordat het moet concurreren met andere fondsen.

Toch is denkbaar dat het fonds tot lagere kosten leidt. Dat kan zich voordoen wanneer niet gewerkt wordt met *ex ante* te betalen bijdragen aan een fonds, maar met een risicospreidingsovereenkomst waarbij alle betrokkenen zich ertoe verbinden via van tevoren gegeven garanties proportioneel te zullen bijdragen in een eventueel verlies⁶⁶⁶. Het voordeel van een dergelijke constructie is dat een risico-inschatting niet *ex ante* hoeft plaats te vinden en dat bovendien geen bijdragen behoeven te worden betaald als het risico zich niet voordoet. Bij een dergelijke constructie waarbij alleen *ex post* wordt bijgedragen, is het bezwaar dat gegarandeerd moet zijn dat op het ogenblik dat het risico zich daadwerkelijk verwezenlijkt de financiële middelen ook inderdaad beschikbaar zijn. De vraag blijft in deze oplossing daarom hoe men het vrijbuitersprobleem (het risico dat één van de leden het risico veroorzaakt en vervolgens verdwijnt) kan indammen en hoe, zonder betaling vooraf, solvabiliteit kan worden gegarandeerd. Bovendien moet ook bij een *ex post* constructie naar aanleiding van de bepaling van ieders bijdrage aan het fonds worden beoordeeld in welke mate ieder aan de verwezenlijking van het risico bijdroeg. Risico-inschattingskosten blijven er daarom ook, zij het dat zij op een later ogenblik ontstaan.

4. SAMENVATTING

Samengevat lijkt er, indien fondsen in het algemeen met aansprakelijkheidsverzekering worden vergeleken, niet zoveel te pleiten in het voordeel van fondsconstructies. Het enige argument kan zijn dat verzekering soms in het geheel geen oplossing biedt, omdat geen enkele exploitant als aansprakelijke voor de schade kan worden aangewezen, waardoor ook geen enkele verzekeraar tot tussenkomst zal worden gedwongen. Dit is, wat milieuschade betreft, bijvoorbeeld het geval bij de aantasting van een natuurgebied zonder dat daarvoor één verantwoordelijke kan worden aangewezen. Indien men specifiek voor deze gevallen van niet te achterhalen daders een fonds wenst op te richten moet echter worden benadrukt dat het fonds exclusief tot die gevallen zou moeten worden beperkt, opdat het aansprakelijkheidsrecht, gecombineerd met aansprakelijkheidsverzekering zijn preventieve en compenserende functies kan blijven uitoefenen, gelet op de geschetste voordelen van dit compensatiemechanisme. Ook rijst in de gevallen waarin de dader niet kan worden achterhaald de vraag wie het fonds dient te voeden en welke slachtoffers uitkeringsgerechtigd zijn. Voorzover duidelijk is door welke groep daders de schade werd veroorzaakt, maar die ene dader onvindbaar is, wordt al vlug aan een waarborgfonds gedacht. Zie hiervoor.

§ 4. Financiering van het fonds en historische schade

1. INLEIDING: WIE BETAALT VOOR DE ZONDEN VAN HET VERLEDEN?

Regelmatig klinkt de noodkreet om de oprichting van een fonds, omdat bepaalde schade nu eenmaal zijn wortels vindt in een ver verleden en thans solvabele aansprakelijke niet meer gevonden kunnen worden. Het is zeker ook niet ondenkbaar dat dit probleem zou rijzen bij de nieuwe gezondheidsrisico's die het

665. Zie daarover Faure, M., "The applicability of the principles of private insurance to social health care insurance, seen from a law and economics perspective", *Geneva Papers of Risk and Insurance*, 1998.

666. Voor de mogelijke werking van een dergelijke risicospreidingsovereenkomst bij nucleaire schade zie Faure, M. en Skogh, G., "Compensation for damages caused by nuclear accidents: A convention as insurance", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992, 499-513 en Faure, M., "Naar een nieuw model van vergoeding van nucleaire schade", in Faure, M. (red.), *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico*, Antwerpen, Maklu, 1993, 141-176.

voorwerp van dit onderzoek vormen. Immers, veelal hebben gezondheidsrisico's een lange latentieperiode, waardoor de schade zich slechts jaren na de fout manifesteert. Het is derhalve mogelijk dat bijvoorbeeld vandaag de roep ontstaat naar een schadefonds ter financiering van de schadelijke gevolgen voor ziektes die ontstonden ten gevolge van blootstelling jaren geleden. De asbestproblematiek heeft geleerd dat dit een reëel probleem is en het is zeer wel mogelijk dat dit latentieprobleem ook speelt bij andere arbeidsgerelateerde (of andere) nieuwe gezondheidsrisico's. Dit vertroebelt de discussie over het nut van fondsen in belangrijke mate. Wanneer aansprakelijkheid voor historische schade niet efficiënt en rechtvaardig is, kan namelijk hetzelfde gezegd kan worden van een fonds dat historische schade zou vergoeden. Het is derhalve interessant om bij de vraag naar de zin van een fonds voor historische schade stil te staan omdat dit meer in het algemeen duidelijk maakt dat de aantrekkingskracht van de fondsoपlossing snel verdwijnt wanneer wordt nagegaan of een bijdrageplicht kan worden vastgesteld die rekening houdt met de hierboven besproken uitgangspunten.

De argumenten tegen een retroactieve aansprakelijkheid zijn welbekend en werden reeds aangestipt naar aanleiding van de vraag waarom retroactieve aansprakelijkheid onverzekerbaar is. Indien ex post wordt beslist dat bepaald gedrag uit het verleden naar huidige maatstaven onrechtmatig moet worden geacht, kan die bevinding uiteraard nooit meer enige prikkel tot preventie voor toekomstig gedrag hebben.

Om dezelfde redenen dient men ook voorzichtig te zijn met het invoeren van een fonds dat ook voor historische schade zou moeten tussenkomen. Problemen rijzen onmiddellijk indien de vraag aan de orde is wie een dergelijk fonds zou dienen te voeden, rekening houdende met de eerder vermelde beginselen.

2. "OUDE" VEROORZAKERS

De *eerste*, meest voor de hand liggende, oplossing zou zijn om een bijdrageplicht te leggen op de oude exploitanten die daadwerkelijk aan het risico hebben bijgedragen en zulks in de mate waarin zij dit hebben gedaan. Dit is, of het nu om historische of om toekomstige schade gaat, uiteraard de meest ideale oplossing. Indien deze oude exploitanten daadwerkelijk nog gevonden kunnen worden en ook solvabel zijn, zal de noodzaak van een fondsoपlossing echter ook verdwijnen en kunnen zij rechtstreeks worden aangesproken via het aansprakelijkheidsrecht. Blijft dan nog de vraag waarom zij dienen bij te dragen voor handelen dat naar de normen van het verleden rechtmatig was. Bovendien loopt een bijdrageplicht voor oude exploitanten die nu nog toevallig "in business" zijn vaak uit op een loterij, waarbij de enkelingen die nu nog gevonden kunnen worden via een bijdrageplicht aan het fonds voor een collectief veroorzaakt probleem dienen op te draaien. Het lijkt tamelijk onrechtvaardig om de toevallige pechvogels die thans nog op de markt aanwezig zijn te laten betalen voor collectieve schade die in het verleden door anderen werd (mede) veroorzaakt en toen niet onrechtmatig werd geacht.

3. HUIDIGE EXPLOITANTEN

Hetzelfde probleem rijst uiteraard indien naar de *tweede*, voor de hand liggende oplossing wordt gegrepen: het confronteren van alle exploitanten die thans op de markt zijn met een bijdrageplicht. Dit is eveneens inefficiënt, omdat zij dan zullen dienen bij te dragen voor schade die zij zelf niet hebben veroorzaakt, zodat deze bijdrageplicht ook geen enkel preventief effect kan sorteren. Het nadeel van een bijdrageplicht op de huidige exploitanten voor "oud zeer" is bovendien dat een negatieve herverdeling ontstaat. Zij die wellicht nu onder een regime van strenge normen tegen hoge kosten exploiteren en alles in het werk stellen om schade te voorkomen, worden dan verplicht bij te dragen aan in het verleden door minder voorzichtige collega's veroorzaakte schade (en laten, via een doorberekening in de prijs, de consumenten van hun producten daarvoor betalen). Ook vanuit distributioneel oogpunt valt daarom niet in te zien waarom slechts die groep van exploitanten die toevallig thans dezelfde activiteit uitoefent, maar op

zichzelf de schade niet heeft veroorzaakt, gehouden zou zijn bij te dragen aan een door collega's in het verleden veroorzaakt probleem.

4. VERZEKERAARS

Een *derde* populaire oplossing is om te kijken naar verzekeraars. Deze oplossing sluit aan bij de 'deep pocket'-gedachte dat bij verzekeraars altijd wel wat te halen valt. Ook hier rijst echter de vraag welke verzekeraars dan verplicht zouden worden een bijdrage in het fonds te storten. Welke verzekeraars van welke risico's zouden hiertoe geroepen moeten worden? Het is dan onvermijdelijk dat men naar de huidige aansprakelijkheidsverzekeraars van bestaande exploitanten zal kijken. Het bezwaar daarvan is dat een verzekeraar uitsluitend fondsen beheert van anderen, namelijk van zijn verzekerden, die een verzekeraar tot reservering hebben verplicht indien een onzeker voorval zich in de toekomst voordoet. Dit betekent dat een verzekeraar niet het recht heeft ten nadele van huidige verzekerden willekeurig reserves aan te tasten om een fonds te voeden. Het kan bovendien nog zo zijn dat de verzekeraar niet in staat is om vanuit zijn reserves het fonds te voeden. Dan kan een bijdrage alleen worden gerealiseerd via een opleg op de normale premie. Dit betekent echter dat de huidige verzekerden worden gedwongen op te draaien voor problemen uit het verleden waar zij wellicht part noch deel aan hadden. Dan spelen dezelfde nadelen als bij het laten betalen van de huidige exploitanten. Een verzekeraar die gedwongen wordt een bijdrage aan een fonds te leveren, zal dit immers op zijn beurt moeten vertalen in premieverhoging voor de exploitant. Voorzover het hier gaat om in het verleden door anderen veroorzaakte risico's, betekent zulks wederom dat dit inefficiënt en onrechtvaardig zou zijn: negatieve herverdeling zonder dat dit een positieve invloed heeft op de prikkels tot preventie.

5. DE OVERHEID

Blijft als *vierde* mogelijke bron: de overheid. Er is vaker voor gepleit om schade waarvoor geen aansprakelijke kan worden gevonden, bijvoorbeeld omdat die in het verleden is veroorzaakt, vanuit de collectieve middelen te vergoeden. Dit lijkt op zichzelf de meest rechtvaardige oplossing aangezien de schade doorgaans ook een probleem is dat door de collectiviteit werd aangericht. Toch verdient ook dan nog een aantal vragen beantwoording. In de eerste plaats zal verantwoord moeten worden waarom collectieve middelen primair ter vergoeding van specifieke slachtoffers worden ingezet. Hier stuiten wij op eerder aangehaalde rechts-politieke vraag waarom specifiek slachtoffers van nieuwe gezondheidsrisico's, anders dan anderen, een voorkeursbehandeling zouden verdienen⁶⁶⁷. Het is - helaas - een bekend fenomeen dat vele slachtoffers van ongevallen door allerlei omstandigheden niet (integraal) worden vergoed. Indien wordt beslist dat slachtoffers van bepaalde schade, in tegenstelling tot andere, wel integrale vergoeding dienen te krijgen en dat zulks vanuit de collectieve middelen dient te worden gefinancierd, zal, in ieder geval op politiek niveau, moeten worden verantwoord waarom deze voorkeursbehandeling van bepaalde slachtoffers aangewezen is.

Het wordt nu tijd aan de hand van het zojuist gegeven kader enkele concrete fondsvoorstellen op hun merites te beoordelen. Het spreekt voor zich dat daarbij vooral de ervaringen met verschillende fondsen die werden voorgesteld als instrument ter vergoeding van schade veroorzaakt door gezondheidsrisico's de revue zullen passeren. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij de rampschade en meer bepaald bij de regeling in het kader van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (WTS); daarna wordt op de asbestproblematiek ingegaan en tenslotte zal ook kort worden stilgestaan bij de ervaring met het Fonds luchtverontreiniging. Hoewel dit fonds uitdrukkelijk niet op gezondheidsrisico's van toepassing is lijkt het interessant om met de (relatief negatieve) ervaringen met dit Fonds luchtverontreiniging

667 Zie desbetreffend de discussie aan het einde van hoofdstuk 3.

rekening te houden bij de beoordeling van de vraag of een fonds een adequaat middel kan zijn ter vergoeding van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's. Het moge derhalve duidelijk zijn dat de evaluatie van de hierna te bespreken risico's (rampen, asbest en, ten dele, schade veroorzaakt door luchtverontreiniging) evident ook haar belang heeft voor die terreinen waarop thans nog geen specifieke oplossingen bestaan, zoals bij voedingsgerelateerde ziekten of infectieziekten, maar die wel voorwerp van dit onderzoek vormen.

§ 5. Toepassing: rampschade

1. INLEIDING

De Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen uit 1998 kwam reeds kort aan bod bij de bespreking van het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten in hoofdstuk 5. Daar werd reeds stilgestaan bij de Belgische fondsooplossing. De WTS uit 1998 sluit op een belangrijk aantal punten aan bij de hiervoor besproken Belgische fondsooplossing.⁶⁶⁸ Zo geeft de WTS een structurele oplossing in plaats van de tot invoering bestaande praktijk van ad hoc-oplossingen, geeft zij recht op een tegemoetkoming in de schade en kosten en legt zij aanspraken en procedures op hoofdlijnen vast.⁶⁶⁹ De tegemoetkoming wordt gefinancierd uit de algemene middelen. Anders dan in België is de WTS echter niet beperkt tot schade als gevolg van natuurrampen, hoewel hierna nog zal blijken dat dit verschil ook niet moet worden overdreven.

In deze paragraaf wordt in de eerste plaats op het toepassingsbereik van de WTS ingegaan. Verder komen onder meer het vangnetkarakter en de verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht aan de orde.

2. TOEPASSINGSBEREIK

De WTS is in ieder geval van toepassing op overstromingen door zoet water en aardbevingen die een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen opleveren en die verder voldoen aan de omschrijving in art. 1 van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen.⁶⁷⁰

Het bereik van de wet is echter ruimer dan deze twee categorieën van natuurrampen nu in art. 3 is bepaald dat de wet bij KB van toepassing kan worden verklaard op een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen die van tenminste vergelijkbare orde is als een overstroming door zoet water of een aardbeving. Interessant is uiteraard de vraag wanneer sprake is van een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen die van tenminste vergelijkbare orde is als een overstroming door zoet water of een aardbeving. De regering had bij het bepalen van het toepassingsgebied van de WTS een definitie van 'ramp' voor ogen die aansluit bij de publiekrechtelijke definitie.⁶⁷¹ Bij een zwaar ongeval of ramp is volgens de parlementaire voorbereiding immers sprake van een ongeval op een zodanig grote schaal dat gecoördineerde inzet van diensten en organisaties van verschillende disciplines nodig is die onder een eenhoofdige bestuurlijke en operationele leiding staan, sprake is van een inzet die de gebruikelijke samenwerking te boven gaat en

668. Wet van 25 mei 1998, *Stb.* 1998, 325 in werking getreden 12 juni 1998. Ingediend bij *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nrs. 1-2. Zie De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1908 e.v.

669. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 3, 1.

670. In dit kader is een zekere ondergrens ingebouwd om te voorkomen dat kleine bevingen en overstromingen tot toepassing van de wet leiden.

671. Zie daarover Hertoghs, M.W.J.A. en Rambach, P.H.M., *Rampen op de grens*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1997, 19-113 en De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1909.

bovendien sprake is van een situatie die van buitenaf het leven en de gezondheid van vele personen dan wel grote materiële belangen in ernstige mate bedreigt.⁶⁷² Wat betreft de toepassing bij KB op andere rampen dan aardbeving of zoetwateroverstroming, in welk kader ook aan zoutwateroverstroming kan worden gedacht, geldt ook weer de voorwaarde dat deze een vergelijkbare omvang of impact hebben als een aardbeving of overstroming: 'lichte' rampen leiden niet tot toepassing van de WTS.⁶⁷³ Ook droogte als gevolg van een hittegolf of langdurige koude in de winter zouden geen ramp of zwaar ongeval opleveren van vergelijkbare orde als een overstroming of aardbeving.⁶⁷⁴

Reeds in de parlementaire voorbereiding komt naar voren dat, althans voor zover het gaat om rampen waarbij 'mensenhand' betrokken is, ook de voorwaarde dat het moet gaan om schade die niet elders verhaald kan worden of niet redelijkerwijs verzekeraar is (art. 4) een belangrijke drempel voor toepassing van de WTS is (zie ook nog hierna). Dat blijkt bijvoorbeeld uit het antwoord van de regering op de vraag of het niet beter ware meer categorieën rampen expliciet in de wettekst aan te duiden. De PvdA-fractie noemde in dit verband stormschade, neerstortende vliegtuigen en zoutwateroverstroming.⁶⁷⁵ Stormschade is zoals de regering terecht antwoordt verzekeraar, terwijl voor neerstortende vliegtuigen de veroorzaker, bijvoorbeeld de vliegmaatschappij, valt aan te spreken.⁶⁷⁶ Hier blijkt dus het belang van andere vergoedingssystemen: verzekering en aansprakelijkheidsrecht. Wanneer die uitkomst bieden is er geen plaats voor (toepassing van) de WTS.

Het belang van andere vergoedingssystemen is overigens niet beperkt tot de uitzondering op het recht op een tegemoetkoming (art. 4), doch kan zelfs een reden zijn de WTS niet toe te passen. Reeds in de parlementaire voorbereiding werd in dit kader vooral gedacht aan de rampen die niet als natuurramp kunnen worden beschouwd. In geval van een neerstortend vliegtuig ligt toepassing van de WTS niet voor de hand⁶⁷⁷; bij een overstroming is de WTS van toepassing, doch kan voor bepaalde schadeposten de uitzondering van art. 4 (schade is elders te verhalen of verzekeraar) in beeld komen.

Dat grosso modo verzekeraarheid van bepaalde schade aan toepassing van de WTS in de weg kan staan, is pijnlijk duidelijk geworden voor de slachtoffers van de vuurwerkramp in Enschede. Hoezeer ook sprake is van een ramp, hoe groot de schade voor particulieren, bedrijven en (lagere) overheden ook is, de regering is niet bereid gebleken de WTS van toepassing te verklaren. Beslissend is dat (een groot deel van) de schade verzekeraar is⁶⁷⁸. In dit kader wordt dan aan brandverzekeringen, inventarisgoederenverzekeringen, opstalverzekeringen, ziektekostenverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen gedacht⁶⁷⁹.

In het kader van het toepassingsbereik is ook interessant de discussie in de Eerste Kamer over de rechtsgrond van de WTS. Van VVD-zijde is onder meer de vraag gesteld of de regeling niet te zeer is ingegeven door de recente natuurrampen alsmede de vraag waarin schade als gevolg van watersnood nu

672. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 3, 4-5.

673. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 3, 5.

674. *Kamerstukken I 1997-1998*, 25 159, nr. 140b, 4.

675. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 4, 3.

676. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 5, 3.

677. Zie *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 5, 20 naar aanleiding van het voorbeeld van een ontploffing. Ook hier wordt naar de veroorzaker verwezen.

678. *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 157, nr. 1, 4-5, nr. 6, 9 en nr. 7, 8-9. De regering is wel bereid fondsen voor bijzondere bijstandverlening door de gemeente Enschede ter beschikking te stellen en is ook coulant op het punt van het verlenen van gesubsidieerde rechtsbijstand. Zie in dit verband bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 157, nr. 2, 17 e.v. en nr. 4, 1, nr. 5, 6 e.v.

679. Voor niet verzekerde of niet verzekerbare schade verwijst de regering in eerste instantie naar het Nationaal Rampenfonds en bijstandverlening door de gemeente Enschede. Opmerkelijk is overigens wel (in het licht van de terughoudendheid die hierna wordt besproken) dat de regering aangeeft dat in afwachting van de afhandeling van op het aansprakelijkheidsrecht gebaseerde claims voorschotten ten laste van de overheid zouden kunnen worden verleend. Zie *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 157, nr. 1, 5.

precies verschilt van schade als gevolg van oorlog, misdrijven, ordeverstoring, uitval van elektriciteit en ziekte.⁶⁸⁰ Ook hier luidt het antwoord van de regering dat deze gevallen met uitzondering van oorlogssituaties niet onder het bereik van de WTS kunnen worden gebracht nu de gelaedeerde in deze gevallen ofwel de veroorzaker kan aanspreken danwel een beroep kan doen op een verzekering of het Schadefonds Geweldsmisdrijven waarbij dan nog wordt afgezien van de vraag of de betrokken situaties wel een ramp of een zwaar ongeval in de zin van de WTS opleveren.⁶⁸¹ Uit het antwoord spreekt ook dat wanneer niet van een ramp of zwaar ongeval in de zin van de WTS sprake is, denk aan een minder ernstige vorm van watersnood die voor individuele burgers wel degelijk rampzalig kan zijn, een bijdrage van de rijksoverheid buiten de WTS om niet kan worden verlangd. Hier komt derhalve een zekere exclusieve werking van de WTS naar voren.

3. VANGNETKARAKTER: VERGOEDINGSNIVEAU EN VERHOUDING TOT ANDERE SYSTEMEN

Een belangrijk verschil met het aansprakelijkheidsrecht is het vergoedingsniveau. De WTS biedt slechts een vangnet en garandeert geen integrale schadeloosstelling. Het vangnetkarakter van de wet blijkt duidelijk uit art. 4 van de wet. Lid 1 geeft aan dat een gedupeerde recht heeft op een *tegemoetkoming* in een aantal categorieën van schade. Het gaat daarbij om onder meer schade aan de woning (woonwagen of woonschip), de inboedel, openbare infrastructurele voorzieningen, bedrijfsschade, en evacuatiekosten. Bovendien kan (lid 2) bij ministeriële regeling worden bepaald dat ook andere schadecategorieën dan de in lid 1 genoemde voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. Dat geldt echter niet voor omzetschade: deze post wordt geacht tot het normale ondernemersrisico te behoren.⁶⁸² In lid 3 wordt aangegeven wanneer de gedupeerde geen recht op tegemoetkoming heeft. Het recht op een tegemoetkoming ontbreekt wanneer:

- de schade of de kosten redelijkerwijs verzekeraar waren;
- de gedupeerde uit anderen hoofde een tegemoetkoming in de schade of de kosten heeft verkregen of kan worden verkregen;
- de schade of de kosten zijn veroorzaakt door eigen schuld van de gedupeerde;
- de gedupeerde onvoldoende maatregelen heeft getroffen ter voorkoming of beperking van die schade of kosten; en
- de schade of de kosten het gevolg zijn van een overstroming door zoet water en zijn ontstaan aan bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen activiteiten die vanaf 19 april 1996 hebben plaatsgevonden in het winterbed van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen rivieren.

Uit art. 4 lid 3 blijkt een duidelijke voorkeur voor vergoeding langs andere wegen als verzekering of het aansprakelijkheidsrecht. De verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht komt hierna aan de orde. Wat betreft de verzekeraarheid wordt opgemerkt dat van 'redelijkerwijs verzekeraar' kan worden gesproken indien het risico in het algemeen niet van dekking wordt uitgesloten in polissen van schadeverzekeringen, dan wel het risico verzekeraar is zonder dat zeer beperkende voorwaarden gelden en/of dat er zeer hoge kosten tegenover staan.⁶⁸³ Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat schade aan motorrijtuigen of schepen ten gevolge van overstroming niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁶⁸⁴ Later is nog van de zijde van de regering aangegeven dat een en ander inhoudt dat schade toch wordt vergoed indien wel een verzekeringsmogelijkheid bestond of bestaat, doch geen of zeer weinig potentiële verzekeringnemers

680. *Kamerstukken I 1997-1998*, 25 159, nr. 140a, 1. Zie ook De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1910 e.v.

681. *Kamerstukken I 1997-1998*, 25 159, nr. 140b, 3.

682. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 5, 25-26.

683. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 3, 15.

684. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 3, 15.

hiervan gebruik hebben gemaakt vanwege de in verhouding tot de geboden dekking erg hoge premiestelling c.q. tot de premiestelling te beperkte dekking.⁶⁸⁵

Ook in de Eerste Kamer is de verzekeraarbaarheid nog aan de orde geweest. Bij de vraag of sprake is van 'redelijkerwijs verzekeraar' speelt een rol de vraag of de hoogte van de premie en de omvang van de dekking in een redelijke verhouding tot elkaar staan. Dat is niet het geval voor overstroming, aardbeving, molest en atoomrisico nu deze risico's op vrijwel alle polissen zijn uitgesloten.⁶⁸⁶ De ten tijde van de behandeling in de Eerste Kamer door een enkele verzekeraar op de markt gebrachte Catastrofe Risico Polis achtte de regering niet voldoende nu de premie in risicogebieden een veelvoud van de gemiddelde jaarpremie voor een woonhuisverzekering zou inhouden en de verzekerde bedragen bovendien ontoereikend zouden zijn.⁶⁸⁷

Is de WTS van toepassing dan wordt de schade niet volledig vergoed; het gaat om een tegemoetkoming. Wat betreft de hoogte van deze tegemoetkoming dienen volgens art. 6 lid 1 aanvullende regels te worden vastgesteld, waarbij voor een eigen risico, een drempelbedrag en voor een maximumbedrag kan worden gekozen.⁶⁸⁸ Ter uitvoering van art. 6 lid 1 is het Besluit tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen vastgesteld.⁶⁸⁹ Overigens is tijdens de parlementaire geschiedenis de vraag aan de orde geweest waarom niet volledige vergoeding plaatsvindt: de gedachte kan immers toch niet zijn dat burgers zich bijverzekeren? Verzekering is immers onmogelijk.⁶⁹⁰ Het antwoord van de regering is helder. Financiële hulp van de overheid is volgens haar aangewezen wanneer nationale belangen een rol spelen, de totaalschade zeer groot is of burgers onevenredig zwaar worden getroffen. Deze hulp kan echter niet zo ver gaan dat de schade volledig wordt vergoed.⁶⁹¹

"De rijksoverheid is ... niet verantwoordelijk voor het lenigen van alle nood bij rampen en zware ongevallen en er kan geen ongelimiteerd beslag worden gelegd op de algemene middelen. Gedupeerden blijven ook een eigen verantwoordelijkheid houden die onder meer tot uitdrukking komt in het feit dat zij geen recht hebben op een volledige vergoeding van de geleden schade en de gemaakte kosten, maar een recht op een tegemoetkoming daarin."

4. VERHOUDING TOT HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Hoewel dit eigenlijk wel de bedoeling is (art. 4), kan de WTS niet steeds even goed van het aansprakelijkheidsrecht worden gescheiden. Dat blijkt bijvoorbeeld in gevallen waarin gedacht zou kunnen worden aan aansprakelijkheid van de overheid zelf, zoals in het kader van de watersnood in de jaren '90 van de vorige eeuw ook serieus is gedaan. In dit verband kan ook aan aansprakelijkheid van waterschappen worden gedacht.⁶⁹² Voor een meer uitvoerige bespreking van mogelijke (overheids)aansprakelijkheid verwijzen wij naar hoofdstuk 2.

Er is een zeker gevaar dat in het kader van de WTS door de overheid wordt verwezen naar de mogelijkheid een claim in het civiele aansprakelijkheidsrecht in te dienen.⁶⁹³ Uit de voorbeelden blijkt dat

685. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 5, 7.

686. *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 159, nr. 140b, 5.

687. *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 159, nr. 140b, 5-6.

688. Zie ook *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 5, 10.

689. *Stb.* 1998, 48.

690. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 4, 4.

691. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 5, 6.

692. Zie in dit verband bijvoorbeeld Havekes, H.J.M., 'Van Bargerbeek naar Friesland', *TMA*, 2000, 8 e.v.; Van Dunné, J.M., 'Aansprakelijkheid van waterschappen naar burgerlijk recht voor schade als gevolg van onzorgvuldig waterbeheer', *TMA*, 2000, 32-47 en De Vries, J., 'Aansprakelijkheidsrisico's van waterschappen', *TMA*, 2000, 48-51.

693. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 159, nr. 5, 4.

zelfs bij rampen met een duidelijke natuurlijke component (regenval, overstroming) een menselijk doen of nalaten in beeld kan worden gebracht. Het gevaar is dat de overheid zich op deze uitzondering beroept om toepassing van de WTS te voorkomen. De nadelen daarvan zijn evident in die gevallen waarin de mogelijkheden binnen het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk niet reëel zijn. Dan dwingt men de burger een zinloze weg te bewandelen. Overigens houdt het feit dat men kansloos is binnen het aansprakelijkheidsrecht nog niet in dat de WTS dus van toepassing is. Zo ligt het niet voor de hand dat de betrokkene wanneer hij nul op het rekest krijgt in het aansprakelijkheidsrecht vanwege het ontbreken van onrechtmatigheid een succesvol beroep doet op de WTS. De WTS vult niet de gaten van het aansprakelijkheidsrecht.⁶⁹⁴ Er is een gebied tussen WTS (overheid) en aansprakelijkheidsrecht (veroorzaker) waar de regel geldt dat men zijn eigen schade draagt.

Er is ook een ander scenario mogelijk in gevallen waarin aan aansprakelijkheid van de overheid kan worden gedacht: de overheid besluit tot toepassing van de WTS om daarmee zoveel mogelijk haar aansprakelijkheid te beperken. Hier is echter duidelijk dat toepassing van de WTS niet een beperking van de (overheids)aansprakelijkheid inhoudt.⁶⁹⁵ In theorie is de WTS alleen van toepassing wanneer het aansprakelijkheidsrecht geen soelaas biedt. Zoals hiervoor is gesteld kan het echter onduidelijk zijn of dat laatste het geval is. Mocht de overheid dan toch kiezen voor toepassing van de WTS dan is daarmee niet gezegd dat zij civielrechtelijk vrijuit gaat noch dat de burgerlijke rechter aan een dergelijk idee van de overheid gebonden is. Overigens zou het uitsluiten van overheidsaansprakelijkheid juist bij ernstige calamiteiten waarop de WTS mogelijk betrekking heeft, negatieve effecten kunnen hebben op de prikkels tot preventie door deze overheidsinstanties. Uiteindelijk komt het erop neer dat de WTS een soort nadeelscompensatieregeling is, waarvan de toepassing eventuele verdergaande overheidsaansprakelijkheid niet uitsluit⁶⁹⁶.

5. DE WTS ALS VOORSCHOTFONDS?

Het PvdA-kamerlid Rehwinkel heeft in het voorbereidingsproces juist een lans gebroken voor het gebruik van de WTS als voorschotfonds: hij stelde voor de mogelijkheid op te nemen van een tijdelijke tegemoetkoming in de schade in gevallen waarin uit anderen hoofde een vergoeding kan worden verkregen. Daarmee bepleitte hij eigenlijk een voorschotmogelijkheid bijvoorbeeld in gevallen waarin een claim binnen het aansprakelijkheidsrecht problematisch zou kunnen zijn althans onzeker. Op het voorschotfonds is in het algemeen al ingegaan.

Het amendement van Rehwinkel heeft het uiteindelijk niet gehaald⁶⁹⁷ in verband met de ernstige bezwaren die de regering had tegen het amendement. De regering had vooral bezwaar tegen de voorfinanciering van schade en kosten die de gedupeerde nu juist niet op basis van de wet door de overheid vergoed zou moeten krijgen.⁶⁹⁸ Ook fraudegevoeligheid en problemen van terugvorderbaarheid werden door de regering aangevoerd.

694. Interessant is de mededeling van Havekes, 2000, 8 dat bepaalde gedupeerden het deel van de schade dat na toepassing van de WTS onvergoed is gebleven via het aansprakelijkheidsrecht op waterschappen proberen te verhalen. Van der Schans, E., "Regen als ramp. Wateroverlast en de WTS", *TMA*, 2000, 15 en 16 bespreekt de vraag of de WTS niet een exclusief karakter heeft en wijst op het gevaar van een (aanvullende) claim in het aansprakelijkheidsrecht. Hiermee zou de gedupeerde het risico lopen een WTS-aanspraak te verliezen of zelfs een terugvorderingsactie tegen zich gestart te zien.

695. Waarvoor De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1914 nochtans pleit.

696. Vergelijk ook het Rapport van de Commissie Oosting, *De vuurwerkramp*, Eindrapport, 2001, 194-195.

697. Overigens wordt in art. 9 bepaald dat bij ministeriële regeling kan worden vastgesteld in welke gevallen bij de aanvraag bedoeld in art. 7 lid 1 een voorschot op de tegemoetkoming kan worden aangevraagd. Dan gaat het echter om gevallen waarin in beginsel wel recht op een tegemoetkoming bestaat. Dat zijn andere gevallen dan waar het amendement van Rehwinkel op ziet. Onverschuldigde tegemoetkomingen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd indien nog geen vijf jaren zijn verstreken na de dag waarop de tegemoetkoming is toegekend (art. 11).

698. Zie *Kamerstukken II* 12 november 1997, 23-1752-1753. In het kader van de vuurwerkramp Enschede geeft de regering echter aan dat in afwachting van de afhandeling van op het aansprakelijkheidsrecht gebaseerde claims voorschotten ten

6. PREVENTIE: VOORKOMEN IS BETER DAN GENEZEN

Wij hebben er al bij herhaling op gewezen dat compensatieregelingen en fondsoपlossingen teneinde de maatschappelijke ongevallenkosten te minimaliseren zodanig dienen te worden opgezet dat veroorzakers en slachtoffers optimale prikkels ter preventie van schade houden. Voor de WTS gaat het eigenlijk vooral om de slachtoffers: 'veroorzakers' spelen in het kader van het toepassingsgebied van de WTS nauwelijks een rol, nu het gelet op art. 4 lid 3 per definitie gaat om incidenten waarvoor geen aansprakelijke dader kan worden gevonden.⁶⁹⁹ Dit neemt niet weg dat het van belang is slachtoffers voldoende prikkels te geven, hetzij om de schade te beperken, hetzij om adequate verzekeringsdekking te zoeken.

Het preventieaspect komt in de WTS een aantal keren naar voren. Dat is in de eerste plaats het geval bij de uitzondering van art. 4 lid 3 onder c: is de schade het gevolg van eigen schuld dan komt deze niet voor vergoeding in aanmerking. Eigenlijk vormen de uitzonderingen van art. 4 lid 3 onder d en e bijzondere gevallen van eigen schuld: wanneer de gedupeerde onvoldoende maatregelen ter voorkoming of beperking van de schade heeft getroffen heeft hij geen recht op een tegemoetkoming en evenmin komt voor vergoeding in aanmerking schade of kosten die het gevolg zijn van een overstroming door zoet water en zijn ontstaan aan bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen activiteiten die vanaf 19 april 1996 hebben plaatsgevonden in het winterbed van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen rivieren.⁷⁰⁰ Het derde punt in dit verband is het eigen risico: ook hier speelt het preventieaspect een rol.⁷⁰¹

"De overheid neemt de verantwoordelijkheid van gedupeerden immers niet over, maar komt financieel tegemoet. Op deze manier blijft een prikkel aanwezig voor potentiële gedupeerden om de schade zoveel mogelijk te voorkomen en te beperken."

7. KARAKTER VAN DE REGELING

De WTS gaat duidelijk niet uit van aansprakelijkheid van de overheid, veeleer heeft zij kenmerken van een nadeelcompensatieregeling: zo gaat zij uit van een eigen risico en niet volledige vergoeding en heeft zij een aanvullend karakter.⁷⁰²

Tijdens de parlementaire voorbereiding is over de grondslag van de tegemoetkomingverplichting uitgebreid gedebatteerd.⁷⁰³ Duidelijk is dat het aansprakelijkheidsrecht moeilijk een grondslag kan vormen voor een vergoedingsplicht van de overheid, omdat, het werd reeds in de inleiding aangestipt, niemand, ook niet de overheid, aansprakelijk kan worden gehouden voor een Act of God. Zie ook het slot van hoofdstuk 2. Wel rechtvaardigt dit de vraag waarom de overheid dan toch compensatie vanuit de algemene middelen ter beschikking zou moeten stellen voor bepaalde categorieën slachtoffers wier schade niet vanuit het aansprakelijkheidsrecht wordt vergoed. Verscheidene juridische grondslagen zijn naar voren geschoven, waaronder de uit art. 21 Grondwet voortvloeiende zorgplicht van de overheid voor de bewoonbaarheid van het land, de onderlinge solidariteit van de bevolking en de égalité devant les charges publiques. Welke juridische grondslag men ook kiest⁷⁰⁴ uiteindelijk blijft het een politieke beslissing of de overheid voor deze specifieke categorie gelaedeerden een bijzondere voorziening in het leven roept. De genoemde grondslagen zouden immers ook een voorziening ten voordele van andere slachtoffers, die nu

laste van de overheid zouden kunnen worden verleend. Zie *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 157, nr. 1, 5. Dit gebeurt dan echter niet in het kader van de WTS nu deze wet niet van toepassing is op de vuurwerkcramp.

699. Behoudens - in sommige gevallen - de overheid.

700. Zie *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 3, 15-16 en nr. 5, 7-8 en 27.

701. *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 159, nr. 5, 10.

702. Zie ook Van der Schans, 2000, 13-14.

703. Zie voor een samenvatting van dit debat De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1912-1914.

704. Daarover uitgebreider bij De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1913.

ook geen vergoeding vanuit het aansprakelijkheidsrecht verkrijgen, rechtvaardigen. Uiteindelijk brengt de beslissing om bepaalde categorieën burgers een bijzondere tegemoetkoming te verschaffen mee dat de regeling van de WTS wellicht nog het beste als een stuk sociale zekerheid kan worden gekwalificeerd, zij het dat het vergoedingsniveau hoger is dan dat van het absoluut sociaal minimum.⁷⁰⁵ Consequentie van dit rechtskarakter (sociale zekerheid, geen aansprakelijkheid) is uiteraard dat gelaedeerden geen integrale vergoeding van schade zullen ontvangen; dat is immers één van de belangrijkste verschillen tussen de minimale vergoeding in de sociale zekerheid enerzijds en de 'luxe' van integrale schadeloosstelling die het aansprakelijkheidsrecht biedt. Zie daarover ook eerder hoofdstuk 2 en 7.

8. DE WTS IN DE PRAKTIJK

De WTS is inmiddels tweemaal toegepast.⁷⁰⁶ Beide keren ging het om schade als gevolg van extreem zware regenval: de eerste keer betrof het de regenval op 13 en 14 september 1998,⁷⁰⁷ de tweede keer de regenval op 27 en 28 oktober 1998.⁷⁰⁸ Deze besluiten ex art. 3 WTS waren nodig nu de regenval geen overstroming in de zin van art. 1 WTS opleverde. Het 'ramp'-karakter van beide incidenten diende daarom te worden gemotiveerd. In de toelichting op beide besluiten wordt in dit kader in het bijzonder aandacht besteed aan de vraag of sprake is van een ramp of zwaar ongeval als bedoeld in art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen die van tenminste vergelijkbare orde is als een overstroming door zoet water of een aardbeving. In dit kader komt men dan ook opmerkingen tegen over de omvang van de kans dat zich een gebeurtenis als aan de orde is voordoet, over het gebruik door overheden van bevoegdheden neergelegd in de Wet rampen en zware ongevallen en over maatschappelijke ontwrichting en aantasting van grote materiële belangen.

Hoewel nauwelijks van een uitvoeringspraktijk kan worden gesproken, valt bij beschouwing van de toepassing van de WTS tot nu toe uiteraard een drietal zaken op. In de eerste plaats is opmerkelijk dat binnen 6 weken tweemaal een regenval plaatsvindt waarvan wordt gesteld dat deze zich slechts eenmaal per 125 jaar zal voordoen. In de tweede plaats valt op dat de overheid bereid is gebleken een zo groot bedrag terzake van regenschade uit de algemene middelen ter beschikking te stellen. In het kader van beide regelingen is immers in totaal tussen 0.5 en 1 miljard gulden uitgekeerd! En daarmee stuiten we meteen op het derde opmerkelijke punt: in het kader van waterschade is het rijk bereid gebleken zeer grote bedragen ter beschikking te stellen, terwijl het rijk in het kader van de vuurwerkramp in Enschede, waar omvangrijke personenschade en materiële schade in het geding is, juist terughoudend is gebleken. Dat is juridisch-technisch weliswaar te verklaren, de WTS is immers niet van toepassing, maar roept wel de vraag op of de WTS wel de juiste categorie gelaedeerden beschermt⁷⁰⁹.

De WTS past in de tijdsgeest. 'Ieder draagt zijn eigen schade' wordt niet langer als vanzelfsprekend aanvaard en dus wordt in toenemende mate een beroep op de overheid gedaan wanneer schade elders niet kan worden verhaald. Hiervoor hebben wij aangegeven dat er reden is tot voorzichtigheid ten aanzien van al te hoog gegrepen verwachtingen bij fondso oplossingen.

Hoe nu over de WTS te oordelen? In vergelijkend perspectief is in ieder geval opmerkelijk dat de Nederlandse wetgever in feite het model van de Belgische rampenwet uit 1976 heeft ingevoerd, terwijl die wet juist in België blootstaat aan hevige kritiek, onder meer vanwege de complexiteit en het bureaucratisch karakter van de uitbetalingsprocedures. Het Belgische rampenfonds lijkt aan belang in te

705. Zo ook De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1912.

706. Zie in dit verband uitvoerig Van der Schans, 2000, 13 e.v. en in het bijzonder 17-18.

707. Koninklijk Besluit van 12 januari 1999, *Stb.* 1999, 33.

708. Koninklijk Besluit van 5 maart 1999, *Stb.* 1999, 128.

709. Dit punt is ook in de Tweede Kamer signaleerd. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 157, nr. 6, 1-2.

boeten: in België wordt serieus over verzekeringsoplossingen nagedacht. Zie reeds hoofdstuk 5. Wellicht dient de Nederlandse wetgever ook die les uit het Belgische voorbeeld te trekken.

Ook ten onzent rijst de vraag of de alternatieven van aansprakelijkheid en vooral verzekering voldoende zijn onderzocht. Voor het aansprakelijkheidsrecht is, in de gevallen waarop de WTS ziet, doorgaans weinig ruimte omdat er geen veroorzaker zal zijn die aansprakelijk kan worden gehouden. Is dat anders dan blijft de WTS in beginsel immers buiten toepassing. In de praktijk zal de WTS daarom vooral betekenis hebben voor schade als gevolg van natuurrampen. De financiële afwikkeling van de vuurwerkramp in Enschede bevestigt deze indruk.

Men dient niet te snel aan toepassing van de WTS te denken. De mogelijkheden van first party-verzekering door potentiële slachtoffers dienen serieuzer te worden onderzocht dan tot dusver het geval was. Terecht hanteert de WTS als uitgangspunt dat zij buiten toepassing blijft wanneer de schade bij een verzekeraar kan worden ondergebracht. Voor uitkeringen uit de algemene middelen is dan geen reden. Dat is uiteraard anders in situaties van onverzekerbaarheid. In dit kader dient echter in de eerste plaats goed te worden onderzocht of daadwerkelijk sprake is van onverzekerbaarheid en niet, zoals bij schade als gevolg van natuurrampen, van onwil bij de verzekeraars om dekking te verlenen. En dan nog is de vraag of de algemene middelen dienen te worden benut. Zo kan moeilijk voorbij worden gegaan aan het feit dat uit de recente toepassingsgevallen blijkt dat het vooral een welbepaalde categorie slachtoffers is die in aanmerking komt voor een 'tegemoetkoming' bij rampen. Door de zware regenval in september en oktober 1998 werd vooral de agrarische sector geraakt. Dit doet de vraag rijzen of het nu aangewezen is om voor die 'exceptionele' regenval (hoewel die tweemaal in zes weken voorkwam) een financiering te voorzien ten belope van tussen de 0,5 en 1 miljard gulden ten laste van de algemene middelen, die dan voornamelijk deze ene sector ten goede komt. Ligt het dan toch niet voor de hand te denken aan financiering vanuit de sector zelf? Uiteraard is first party-verzekering het eerste waar men dan aan denkt, maar zelfs als dat niet mogelijk is, zijn er alternatieven. Men denke dan bijvoorbeeld aan instelling van een agrarisch fonds gevoed door de sector zelf, zoals dat recent ook door Hulst is bepleit.⁷¹⁰ Bedenk in dit verband ook dat in de Belgische regeling landbouwschade niet onder het algemene rampenfonds maar onder een specifiek landbouwfonds valt.

Indien dan, na afweging van de mogelijkheden aan de zijde van (potentiële) gelaedeerden, toch een vergoeding uit de algemene middelen wenselijk wordt geacht, en de WTS wordt toegepast, brengt dit mee dat gedupeerden een tegemoetkoming ontvangen, doch geen volledige vergoeding. Dit is ook juist. Op de overheid rust niet de rechtsplicht zich het lot van gedupeerden verder aan te trekken. Een dergelijke plicht van de overheid zou inhouden, dat de gemeenschap garant staat voor onverkorte handhaving van de individuele welvaart van haar leden, ook indien die welvaart wordt aangetast door gebeurtenissen die geheel buiten de invloedssfeer van de overheid liggen.⁷¹¹ Volledige vergoeding is slechts dan op haar plaats wanneer men op succesvolle wijze kan aanknopen bij het aansprakelijkheidsrecht.⁷¹²

Als het gaat over de WTS 1998 dient nog een kritische noot te worden gekraakt. De principiële vraag waarom juist slachtoffers van buitengewone incidenten (en niet van 'kleine rampen') vanuit de algemene middelen een tegemoetkoming dienen te krijgen, terwijl vele anderen hun schade ook niet vergoed zien, is bijvoorbeeld onbeantwoord gebleven. Het argument dat daarvoor in de parlementaire voorbereiding wordt genoemd, is slechts de massaliteit van het aantal slachtoffers bij de rampen die onder de WTS vallen⁷¹³.

710. Hulst, E.H., "Activiteiten milieu-aansprakelijkheid. Schadelijk water en schadefonds, pleidooi voor adequate oplossingen", *TMA*, 1999, 33-36. In dezelfde zin Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *Evaluatie van het Fonds Luchtverontreiniging*, Den Haag, SdU, 2000, 106-118.

711. Peeters, 1980, 502.

712. Zie Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade, Enige opmerkingen over de fundamentele en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 72 e.v.

713. Zie in dit verband ook *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 157, nr. 9.

Politiek moge het een overtuigend argument zijn om juist voor die slachtoffers een regeling te treffen (het zijn dan immers vele stemgerechtigde kiezers die worden geraakt); principieel blijft het natuurlijk nogal merkwaardig dat wanneer er slechts één of enkele slachtoffers zijn, er geen sprake zal zijn van een ramp in de zin van de WTS en een tegemoetkoming dus achterwege blijft, terwijl de kansen op die tegemoetkoming groter zijn naar mate het aantal slachtoffers ook groter is.⁷¹⁴ De regering heeft, het is hiervoor aan de orde gekomen, aangegeven dat het niet voor de hand ligt buiten de WTS om toch weer iets te doen voor (andere) gelaedeerden. Of zij dit restrictieve beleid werkelijk zal kunnen uitvoeren, mag ernstig worden betwijfeld⁷¹⁵. Zo is in het kader van de vuurwerkramp in Enschede reeds gebleken dat de regering wel degelijk bepaalde middelen ter beschikking stelt hoewel de WTS niet van toepassing is. Zo blijkt uit de maandelijkse voortgangsberichten die minister De Vries aan de Tweede Kamer uitbrengt dat diverse bijzondere regelingen zijn getroffen met betrekking tot onder meer opruimingskosten, autoschade, onkosten buitengewone omstandigheden en getroffen ondernemers⁷¹⁶. Met de uitvoering is in eerste instantie belast de Stichting Financiële Hulpverlening Vuurwerkramp⁷¹⁷. Financiering van de eerste drie regelingen geschiedt door het Nationaal Rampenfonds, als bekend een particuliere instelling, die echter wel een bijdrage van de rijksoverheid heeft ontvangen⁷¹⁸. Financiering van de regeling ten behoeve van de getroffen ondernemers geschiedt door de rijksoverheid⁷¹⁹.

§ 6. Toepassing: asbestslachtoffers

1. INLEIDING

Van verschillende zijde is reeds lang een asbestfonds bepleit⁷²⁰.

Asbestslachtoffers kunnen voor diverse problemen komen te staan⁷²¹. Bij het verkrijgen van schadevergoeding kunnen zij onder meer op de volgende obstakels stuiten: het ontbreken van aansprakelijkheid van de werkgever wegens het ontbreken van een tekortkoming, bewijsproblemen, causaliteitsproblemen, onvindbaarheid of insolventie van de werkgever en de lange duur van de procedure.

Het verbaast dan ook niet dat juist in het kader van de asbestproblematiek ook wel gesproken over meer beperkte fondso oplossingen als een waarborgfonds, dat een oplossing geeft voor onvindbaarheid of insolventie, of een voorschotfonds, dat een oplossing geeft voor de lange duur van de procedure in het licht van de vaak korte verwachte levensduur van de slachtoffers.

2. WAARDERING

-
714. Zie ook De Vries, F.J., *NJB*, 1998, 1910, die zich - terecht - afvraagt waarom de WTS niet op een 'lichte' ramp (die een gedupeerde toch ook zwaar kan treffen) van toepassing is.
715. Ook in het kader van de legionellabesmetting te Bovenkarspel heeft de regering een bijzondere uitkeringsregeling vastgesteld: de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie, *Stcr.* 2000, 11. Zie hiervoor hoofdstuk 2. Zie bovendien het eindrapport van de Commissie Oosting, *De vuurwerkramp*, 2001, 194-195.
716. De contouren van de laatste regeling worden geschetst in *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 157, nr. 12. De maximale bijdrage bedraagt 100.000 euro.
717. Zie overigens over de uitvoering *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 157, nr. 17, 3-5.
718. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 157, nr. 10, 5.
719. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 157, nr. 12, 2.
720. Vooral de Socialistische Partij heeft zich hier sterk voor gemaakt. Zie het verslag van het op 27 oktober 1995 gehouden symposium "Naar een asbestfonds" (*Naar een asbestfonds*, ISBN 90-801777-2-5 NUGI 695); Faure, M. en Hartlief, T., "Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?", *Sociaal Recht*, 1996, 37-43; Dommering-van Rongen, L., "Een schadefonds voor asbestslachtoffers", *TMA*, 1996, 97 e.v.; Ruers, R.F., "Collectieve regeling voor asbestslachtoffers", *TMA*, 1996, 105 e.v. en Frenk, N., *Asbestslachtoffers*, *VR*, 1997, 295-298.
721. Faure, M. en Hartlief, T., *o.c.*, *SR*, 1996, 38 en *Asbestslachtoffers*, Advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgebracht door J. de Ruiter, maart 1997, 13 e.v. (hierna Rapport De Ruiter).

Vooraf wanneer men de vraag onder ogen ziet hoe een eventueel fonds moet worden gefinancierd, blijkt dat men ook hier op al eerder genoemde bezwaren stuit. Meermalen is erop gewezen dat het meest aangewezen is een financiering door degenen die het risico in het leven hebben geroepen en bovendien in de mate waarin dat is gebeurd. Het in acht nemen van dat uitgangspunt is juist hier ook weer lastig.

Zijn de werkgevers vindbaar en solvabel, dan ligt vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht voor de hand en is de omweg van een fonds niet nodig. Zijn de veroorzakers daarentegen niet vindbaar of insolvent, dan zal financiering van een eventuele vergoeding dus door anderen (verzekeraars, andere werkgevers of de overheid) geschieden. Men doet dan het geschetste uitgangspunt geweld aan: het zullen in ieder geval ten dele onschuldigen zijn die de financiering verzorgen. Een algemeen asbestfonds houdt daarom vooral een negatieve herverdeling in ten laste van onschuldigen die het risico niet hebben veroorzaakt.

Als men dat dan toch voor lief wil nemen, is een financiering uit de algemene middelen het minst onaantrekkelijk. Dan immers worden de kosten over een zo groot mogelijke groep gespreid en wordt daarmee de negatieve herverdeling zo beperkt mogelijk gehouden. Of men bereid is deze stap te zetten zal - wederom - vooral afhangen van de vraag of en zo ja waarom asbestslachtoffers een voorkeursbehandeling verdienen boven bijvoorbeeld andere slachtoffers van personenschade in het algemeen en van een beroepsziekte in het bijzonder.

In de discussie over de wenselijkheid van de vorming van een asbestfonds wordt ook de mogelijkheid genoemd van een fonds waaruit slechts een voorschot wordt uitgekeerd⁷²². Dit fonds zou juist een oplossing moeten bieden voor het probleem van de lange duur van een procedure. De gedachte is dat men betrekkelijk makkelijk een voorschot dient te krijgen waarna vervolgens een procedure begint over het daadwerkelijke recht op schadevergoeding. De voordelen zijn evident: het slachtoffer krijgt snel een schadevergoeding en wordt in beginsel niet lastiggevallen met een langdurige juridische strijd terwijl de veroorzakers van de schade daarvoor uiteindelijk ook opdraaien. De schuldigen zouden hun straf dus niet ontlopen. Ook deze oplossing is echter niet geheel zonder problemen. In de eerste plaats is het natuurlijk zo dat de lange duur van de procedure niet voor niets is en juist samenhangt met bijv. het vaststellen van het causale verband tussen letsel en blootstelling. Overigens moet in dit kader worden opgemerkt dat de overheid als bekend slechte ervaringen heeft met voorfinanciering. Men denke aan het voorschieten van de kosten van bodemsanering die vervolgens verhaald zouden moeten worden op de veroorzakers. In de praktijk komt hier niet veel van terecht, zodat de last uiteindelijk grotendeels bij de overheid - en dus bij de gehele gemeenschap - terecht komt. De vraag rijst ook aan welke criteria slachtoffers zouden moeten voldoen om een voorschot te kunnen genieten; indien die voorwaarden net zo streng zijn als voor de definitieve uitkering, heeft een voorschotconstructie geen zin. Worden de uitkeringsvoorwaarden sterk versoepeld, dan kan dit tot het nadeel leiden dat slachtoffers (of hun erfgenamen) ten aanzien van wie uiteindelijk is vastgesteld dat ze niet vergoedingsgerechtigd waren in beginsel zelfs het voorschot zouden moeten terugstorten.

Deze bedenkingen nemen echter niet weg dat, indien al aan een fondsconstructie wordt gedacht, het voorschotfonds, eventueel gekoppeld aan een waarborgfonds, het meest wenselijk lijkt. Immers: de tragedie van de huidige asbestslachtoffers is dat zij veelal vaak wel vergoedingsgerechtigd zijn doch dat dit slechts wordt vastgesteld na een jarenlange procedure waarvan het resultaat slechts bekend wordt na het overlijden van de betrokkene. De vergoeding komt dan alleen nog diens erfgenamen ten goede. Wil men beleidsmatig precies aan die schrijnende situaties tegemoet komen, dan zou kunnen worden overwogen een voorschotfonds op te richten waarin na een korte procedure over de toekenning van een (gelimiteerd) voorschot zou worden beslist. Bij gevallen van asbestose of mesotheliom zou dit de getroffen minstens in staat stellen door een minimale financiële steun waardig zijn lot te dragen. Indien de politieke wil

722. Dat lijkt ook de oplossing van Woertman, in *Jaarboek Konsumentenrecht 1995*, 181-182.

bestaat asbestslachtoffers een voorkeursbehandeling te bieden, dan lijkt het voorschotfonds het meest geschikt. De negatieve herverdelingseffecten blijven dan immers relatief beperkt. Bovendien kan eraan gedacht worden aan een dergelijk fonds ook een waarborgfunctie toe te kennen voor gevallen waarin geen solvabele werkgever kan worden aangetroffen.

3. RAPPORT DE RUITER EN FOLLOW-UP

In het licht van het voorgaande verbaast het niet dat oud-minister van justitie De Ruiter zich in zijn begin 1997 verschenen advies aan de regering over deze problematiek zeer terughoudend heeft opgesteld. Een algemeen asbestfonds wijst De Ruiter min of meer geheel af⁷²³. Slechts voor de wegens insolventie en onvindbaarheid niet verhaalbare vorderingen stelt hij een tegemoetkoming door de overheid voor⁷²⁴. Afgezien van deze zeer beperkte fondsooplossing bepleit De Ruiter uiteindelijk slechts de oprichting van een instituut voor asbestslachtoffers ter facilitering en ter versnelling van de procedures⁷²⁵. Inmiddels is dat instituut gerealiseerd. Een echt schadefonds is het intussen niet: slechts bemiddeling tussen werkgever en werknemer wordt door het Instituut verzorgd⁷²⁶. Dat geldt wel voor de bijzondere overheidsregeling ten behoeve van mesothelioom-slachtoffers waarvan in hoofdstuk 2, § 3 melding wordt gemaakt. Bij de uitvoering van die regeling is het Instituut overigens wel betrokken.

4. BEROEPSZIEKTEN IN HET ALGEMEEN

Lang stonden vooral de asbestslachtoffers prominent op de politieke agenda. Dit is begrijpelijk, niet alleen wegens de dikwijls fatale gevolgen van het inhaleren van asbestvezels, maar ook vanwege de grote omvang van het aantal slachtoffers. Sommigen spreken van 30.000 asbestslachtoffers in Nederland in de komende jaren. Toch mag het belang van de asbestslachtoffers niet de aandacht afleiden van het lot van andere slachtoffers van beroepsziekten of van arbeidsongevallen. In het kader van de bespreking van de mogelijkheid een asbestfonds te introduceren is reeds gebleken dat een relevante vraag is of en zo ja waarom het recht slachtoffers van een bepaalde ziekte (i.c. asbest) een voorkeursbehandeling zou dienen te geven.

Nu reeds is duidelijk dat in de nabije toekomst niet alleen grote aantallen asbestslachtoffers maar ook vele anderen met 'nieuwe' beroepsziekten als OPS en RSI vergoeding van hun schade zullen wensen. De weg van het aansprakelijkheidsrecht zal ook voor hen - dat is in hoofdstuk 2 gebleken - een pad met hindernissen zijn: zo is uiteraard de vraag of de werkgever tekortgeschoten is in zijn zorgplicht, zo kan er sprake zijn van bewijsproblemen, causaliteitsproblemen of verjaringsperikelen. Tegelijkertijd wordt ook het belang van het aansprakelijkheidsrecht met het afkalven van de sociale zekerheid steeds belangrijker voor gedupeerde werknemers.

Des te klemmender is de vraag of een zelfde aandacht zoals die op dit moment uitgaat naar de slachtoffers van asbest ook niet zou dienen uit te gaan naar slachtoffers van andere beroepsziekten. Naar onze mening dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. De vergoeding van schade van asbestslachtoffers zou naar ons idee in de sleutel van de algemene beroepsziekteproblematiek moeten worden gezet.

Dat deze problematiek onder ogen moet worden gezien, is duidelijk. Verder groeit het besef dat zij misschien alleen door het treffen van drastische maatregelen kan worden opgelost.

723. Rapport De Ruiter, 26 e.v.

724. Rapport De Ruiter, 34-35.

725. Zie naar aanleiding van het advies van De Ruiter onder meer Swuste, P.H.J.J., Burdorf, A., Festen-Hoff, K. en Huls, N.J.H., "Naar een instituut van barmhartigheid voor asbestslachtoffers?", *NJB*, 1997, 1157 e.v.; Spier, J., "Asbestslachtoffers, het advies van prof.mr J. de Ruiter", *A&V*, 1997, 60 e.v. en Frenk, N., o.c., *VR*, 1997, 295 e.v.

726. Naar verluidt zou worden nagedacht over voorschotverlening door het Instituut.

Wat dat betreft passeren verschillende opties de revue, waarbij de uiteindelijke oplossing vermoedelijk zal afhangen van het politiek-maatschappelijk draagvlak dat voor één van de vele mogelijkheden kan worden gevonden. Een eerste mogelijkheid is om een verplichte WA verzekering voor werkgevers in te voeren. Daarmee wordt weliswaar een garantie tegen insolventie ingebouwd, de problemen bij de verzekering van beroepsziekten die dit risico volgens de verzekeraars onverzekerbaar maken (vooral het long tail karakter van het risico en het afwentelen van causaliteitsonzekerheid op de werkgever) blijven natuurlijk ook bestaan wanneer de verzekering verplicht wordt gemaakt. Dat is in hoofdstuk 6 gebleken.

Ook wordt gedacht aan de invoering van een geheel ander systeem voor de financiering van beroepsziekten: de invoering van een verplichte schadeverzekering ten behoeve van werknemers met uitsluiting van de aansprakelijkheid van de werkgever. In deze optie verlaat men het aansprakelijkheidsrecht en keert men min of meer terug naar het regime van de Ongevallenwet voor zowel bedrijfsongevallen als beroepsziekten. In deze optie zijn werkgevers immuun voor aansprakelijkheid, doch zijn zij wel verplicht een directe verzekering af te sluiten ten behoeve van hun werknemers. Uiteraard dekt deze verzekering slechts het risque professionnel. De mogelijkheid van een dergelijke directe verzekering is zodanig interessant dat deze in hoofdstuk 9 een separate bespreking verdient. Hier volgt slechts een korte introductie:

Op het eerste gezicht lijkt er weinig verschil te bestaan tussen een door de werkgever af te sluiten aansprakelijkheidsverzekering en een door hem af te sluiten directe verzekering. Bij nader inzien zijn er aanzienlijke verschillen: een aansprakelijkheidsverzekering werkt via het aansprakelijkheidsrecht, terwijl de directe verzekering zonder deze tussenstap vergoedt⁷²⁷. Voor een uitkering op basis van aansprakelijkheidsverzekering is aansprakelijkheid vereist. Daarmee haalt men alle aan het aansprakelijkheidsrecht verbonden bezwaren in huis. Op het eerste gezicht lijkt een model waarbij het aansprakelijkheidsrecht wordt verlaten dus aantrekkelijk. Op dit moment beklagen immers zowel werkgevers als werknemers zich over de financiering van beroepsziekten via het aansprakelijkheidsrecht. Werknemers klagen over de lange procedures en onzekere uitkomsten, terwijl die onzekerheid ook de werkgevers en hun verzekeraars zorgen baart, omdat dit de voorspelbaarheid van het risico bemoeilijkt. Die problemen zouden ten dele kunnen worden vermeden in een systeem waarbij, los van de aansprakelijkheidsvraag, de verzekeraar van de werkgever zich ertoe verbindt de werknemer diens schade te vergoeden wanneer deze werknemer slachtoffer van een beroepsziekte wordt. Het voordeel voor de werknemer is dat vergoed wordt wanneer de relatief lage drempel wordt genomen dat hij kan aantonen dat de ziekte ontstaan is door de tewerkstelling bij de werkgever. Vergoeding kan daardoor in beginsel relatief snel en laagdrempelig plaatsvinden. Voor de werkgever (en diens verzekeraar) is natuurlijk het voordeel dat in dit systeem in principe wordt afgestapt van (de onzekerheden van) het aansprakelijkheidsrecht. Daardoor zijn de transactiekosten ook lager. Het is verder niet uitgesloten dat bij directe verzekering premiedifferentiatie, controle van het moreel risico en beloning voor preventieve inspanningen beter mogelijk is dan bij third party-verzekering. Zie hoofdstuk 9.

Natuurlijk rijzen er in een dergelijk systeem nieuwe vragen. Zo is het de vraag hoe de werknemer kan aantonen dat zijn ziekte een *beroepsziekte* is. Deze vraag is van belang, nu de verzekeraar alleen voor de gevolgen daarvan tussenkomt. Ook rijst de vraag naar de omvang van de vergoeding. In deze oplossing is het uitgangspunt van volledige vergoeding dat zo kenmerkend is voor het aansprakelijkheidsrecht in beginsel verlaten: een recht op smartegeld ligt in een dergelijk systeem minder voor de hand. De meest recente aansprakelijkheidsprocedures inzake asbest gaan echter juist vooral over smartegeld. Verder

727. Directe verzekering (een verzekering van de werkgevers ten behoeve van werknemers die daar direct op kunnen claimen) verschilt van een first party-verzekering (een rechtstreekse ongevallenpolis voor werknemers, waar werkgevers niet meer tussenkomen).

zullen, zoals gebruikelijk in 'first party'-systemen danwel directe verzekeringssystemen, de uit te keren schadebedragen vermoedelijk worden genormeerd.

Zo bekeken biedt dit systeem ook belangrijke voordelen voor verzekeraars: zij zouden het aansprakelijkheidsrecht met de daaraan verbonden onvoorspelbaarheid ingeruild zien voor een systeem dat betere calculatiemogelijkheden biedt, geen of slechts een beperkt recht op smartegeld geeft en dat hoogstwaarschijnlijk genormeerde schadebedragen kent.

Hoe dan ook toont ook dit debat over de financiering van beroepsziekten aan dat er alternatieve instrumenten bestaan, die vermoedelijk beter de geschetste problemen kunnen verhelpen dan fondso oplossingen. Aan dit alternatief van de directe verzekering wordt uitgebreid aandacht besteed in hoofdstuk 9.

§ 7. Toepassing: Fonds luchtverontreiniging

1. AANLEIDING EN SITUERING VAN HET ONDERZOEK

In een groot aantal gevallen is het vorderen van schadevergoeding voor schade als gevolg van milieuverontreiniging via het aansprakelijkheidsrecht moeilijk, zo niet onmogelijk. In het kader van de zoektocht naar een oplossing, wordt serieus nagedacht over de invoering van een algemeen milieuschadefonds voor deze niet of moeilijk te verhalen schade. Ook in politiek Den Haag krijgt deze oplossing de nodige aandacht.⁷²⁸ Naast een onderzoek naar de invoering van een algemeen milieuschadefonds is tevens onderzoek uitgevoerd naar de mogelijkheden tot het scheppen van een voorziening ter financiering van ecologische schade.⁷²⁹ Het mag nauwelijks verbazing wekken dat het ministerie van VROM het tevens zinvol achtte om de ervaringen met het bestaande Fonds luchtverontreiniging aan een evaluatief onderzoek te onderwerpen, voordat tot invoering van een ecologisch fonds zou (kunnen) worden overgegaan. Dit onderzoek is onlangs afgerond.⁷³⁰ Hiervan worden de belangrijkste resultaten van dit onderzoek weergegeven, voor zover zij in het kader van het onderhavige onderzoek van belang zijn.

Het Fonds luchtverontreiniging is ingesteld naar aanleiding van door luchtverontreiniging veroorzaakte landbouwschade in de Rijnmond, waarvoor geen veroorzaker kon worden aangewezen⁷³¹ en heeft, kort gezegd, tot doel de schade te vergoeden die is veroorzaakt door luchtverontreiniging boven het Nederlandse grondgebied, waarvoor geen of nauwelijks een verhaalsmogelijkheid bestond. Het Fonds luchtverontreiniging vindt oorspronkelijk zijn grondslag in artikel 64 van de Wet inzake de luchtverontreiniging⁷³² doch de huidige regeling van het Fonds is terug te vinden in de Wet milieubeheer (Wm),⁷³³ met een nadere uitwerking in het Besluit Fonds luchtverontreiniging (BFL).⁷³⁴

728. Zie het Nationaal Milieubeleidsplan *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 560, nrs. 1-2, 184.

729. Hafkamp, W.A., Gilhuis, P.C., Hofland, J., Verschuuren, J.M. en De Putter, P.J., *Een milieuschadefonds in Nederland; een onderzoek naar de mogelijkheden*, Publikatiereeks milieubeheer, 1994/3; Backes, Ch.W., Barendregt, A., van Dobben, H.F., Kottenhagen-Edzes, P.A., Schouwenberg, E.P.A.G., Wamelink, G.W.W., *Milieuschade in Nederland, een onderzoek naar de mogelijkheden en noodzaak van een voorziening ter financiering van het herstel van ecologische schade*, Publikatiereeks milieubeheer, 1998/9.

730. Het volledig rapport is gepubliceerd. Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *Evaluatie van het Fonds Luchtverontreiniging*, Den Haag: Sdu, 2000.

731. *Kamerstukken II*, 1976-1977, 14 314 (Indicatief meerjarenprogramma 1976-1980, ter bestrijding van de luchtverontreiniging), nrs. 1-2, 66.

732. Wet van 26 november 1970, *Stb.* 580.

733. Wet van 2 juli 1992, *Stb.* 414. Het gaat om art. 15.24 e.v.

734. Besluit van 7 november 1990, *Stb.* 569, zoals laatstelijk gewijzigd op 14 september 1994, *Stb.* 700.

Het Fonds is bedoeld als vangnet en als aanvullende voorziening, niet alle schade veroorzaakt door luchtverontreiniging wordt vergoed. Dat wordt meteen duidelijk als men naar de vergoedingsvoorwaarden kijkt:

1. Allereerst is de vergoeding beperkt tot schade "welke redelijkerwijs niet of niet geheel te (...) laste behoort te blijven" van de getroffene (art. 15.25 Wm). De getroffene moet zich onderscheiden van anderen die zich in een soortgelijke situatie bevinden, maar geen schade leiden. De schade die allen zo goed als gelijkelijk treft wordt geacht te behoren tot het normale maatschappelijke risico;⁷³⁵
2. Voorts moet de schade niet via een onrechtmatige daadactie verhaald kunnen worden⁷³⁶ of onder de dekking van een verzekering vallen.
3. Ook moet de schade tenminste 500 gulden bedragen (art. 15.26 Wm).
4. Slechts schade die het gevolg is van plotseling optredende luchtverontreiniging wordt vergoed (het zogenaamde evenementvereiste, art. 15.25 Wm). Schade als gevolg van continue verontreiniging wordt niet uit het Fonds vergoed.

Tot 1992 werd het Fonds voornamelijk gevoed uit heffingen die door het collectief van vervuilers werden opgebracht. Sinds de invoering van de belasting op milieugrondslag wordt het grotendeels uit de algemene middelen gefinancierd.⁷³⁷

2. DE RECHTSGROND VAN HET FONDS LUCHTVERONTREINIGING

Reeds kort na invoering van het Fonds ontstond een polemiek over de rechtsgrond van het Fonds. Men komt een drietal opvattingen tegen. Er zijn rechtsgeleerden die menen dat er hier uitsluitend sprake is van een privaatrechtelijke grondslag,⁷³⁸ er zijn auteurs die het Fonds een publiekrechtelijke grondslag toedichten,⁷³⁹ en ten slotte zijn er schrijvers die een gemengd privaatrechtelijk en publiekrechtelijk karakter aan het Fonds toeschrijven.⁷⁴⁰

Het betreft een belangrijke kwestie: de diverse auteurs verbinden aan het verschil in rechtskarakter van het Fonds namelijk praktische gevolgen. Zo is het van belang te weten of het gaat om een puur privaatrechtelijk gefundeerd fonds dat aansluit op het civiele aansprakelijkheidsrecht, vergelijkbaar met het Waarborgfonds Motorverkeer. Het doel van een dergelijk fonds is het bieden van een aanvulling op het aansprakelijkheidsrecht voor die gevallen waarin vanwege de onbekendheid van de veroorzaker geen verzekeringsuitkering wordt gedaan en voor gevallen waarin de verplichting tot verzekering niet is nagekomen.⁷⁴¹ Bij een dergelijk fonds ligt het voor de hand dat indien aan alle andere uitkeringsvoorwaarden is voldaan, het slachtoffer recht heeft op een volledige vergoeding van de veroorzaakte schade. Vergoeding blijft in een dergelijk systeem slechts achterwege wanneer het gaat om schade die het gevolg is van eigen schuld van het slachtoffer of om schade die niet in causaal verband staat met de litigieuze gebeurtenis. Het maakt geen verschil of het gaat om incidentele of sluipende schade. Ook het al dan niet zelf verzekerd zijn tegen de geleden schade speelt geen rol. Indien een

735. AGRvS 20 juli 1992, *BR*, 1993, 614.

736. Tenzij de civiele actie in redelijkheid niet van getroffene kan worden gevraagd vanwege de hoge kosten of de lange termijn. Art. 15.26 Wm bepaalt dat de vordering van getroffene van rechtswege overgaat op de Staat.

737. Andere inkomstenbronnen worden genoemd in artt. 15.24 en 15.26 Wm.

738. Polak, J.M., "Vergoeding van schade door luchtverontreiniging", in Hijmans van den Bergh, L.J. en Van Zeven, C.J. (red.), *Met eerbiedigende werking* (Hijmans van den Bergh-bundel) Deventer: Kluwer 1971, 203 e.v. en Wery, P.L., *Advies dd. 12 september 1975, opgenomen in het jaarverslag van 1974-1975*, VAR, nr. 32, 1976.

739. Stroink, F., "Nogmaals het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 1974, 122; Poortinga, E. en Poortinga, G., "Het Fonds luchtverontreiniging en zure regen", *MenR*, 1986, 135.

740. Langelaar, K., "Het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 1974, 76.

741. Dit zijn de belangrijkste gevallen waarin het Fonds tussenkomt. In art. 25 van de WAM wordt nog een drietal andere gevallen genoemd.

schadeverzekeraar reeds heeft uitgekeerd heeft deze in beginsel een regresrecht op de (verzekering van de) aansprakelijk gestelde en ook een beroep op het fonds zou open moeten staan. Een dergelijk fonds zou ingevolge het adagium "de vervuiler betaalt" gevoed moeten worden door het collectief van potentiële vervuilers.⁷⁴²

Dit is echter geheel anders wanneer het gaat om een fonds met een publiekrechtelijk karakter. Is dat het geval, dan hoeft in beginsel slechts die schade vergoed te worden "die in redelijkheid niet of niet geheel te zijnen laste dient te blijven".⁷⁴³ Het gaat dan slechts om de excessieve kosten die een getroffene lijdt in vergelijking met anderen in dezelfde omstandigheden. De grondslag voor een dergelijk fonds kan gevonden worden in het beginsel van de "égalité devant les charges économiques" hetgeen inhoudt "dat de lasten van de lusten van onze samenleving op een zo evenredig mogelijke wijze over de gehele samenleving behoren te worden omgeslagen".⁷⁴⁴ Omdat een dergelijk fonds niet op de leest van het aansprakelijkheidsrecht is geschoeid, het vormt in die visie hooguit een publiekrechtelijke opvulling van bepaalde lacunes daarvan, behoeft ook niet te zijn voldaan aan de strenge eisen van het aansprakelijkheidsrecht. Anderzijds kan, gezien de beleidsvrijheid van de fondsbeheerder, aan het bestaan van het fonds geen *recht* op (integrale) vergoeding worden ontleend.⁷⁴⁵

De, op diverse plaatsen waar te nemen, aansluiting bij het aansprakelijkheidsrecht spreekt voor een privaatrechtelijke grondslag. Het moet in beginsel immers gaan om schade, waarvoor de veroorzaker, indien hij identificeerbaar zou zijn, zou moeten opdraaien.⁷⁴⁶ De parlementaire geschiedenis vermeldt dat voor een invulling van vage termen aangesloten wordt bij de regeling uit het burendrecht voor wat betreft schade die geduld moet worden als normaal maatschappelijk risico, schade die slechts met vergoeding geduld behoeft te worden (art. 6:168 BW) en schade die niet geduld hoeft te worden (art. 6:162 BW).⁷⁴⁷ Tevens wijst het gegeven dat het Fonds in oorsprong gevoed wordt uit de heffingen betaald door het collectief van vervuilers in privaatrechtelijke richting.

Hiermee is het pleit echter nog niet beslecht. Niet met het privaatrechtelijke karakter strookt bijvoorbeeld het gegeven dat niet alle schade hoeft te worden vergoed. In dat verband kan worden gewezen op het evenementvereiste en op de uitsluiting van verzekerde schade. Volgens de letter van de regeling wordt evenmin volledige schadevergoeding gegeven, maar is deze naar billijkheid te bepalen.

Men zou wat het Fonds luchtverontreiniging betreft kunnen stellen dat het weliswaar qua uitgangspunt gaat om een vergoedingsregeling die aansluit bij het civiele aansprakelijkheidsrecht, met name voor het in aanmerking komen voor een eventuele vergoeding, doch dat het Fonds verder door een aantal eerder publiekrechtelijk te kwalificeren elementen wordt beheerst. De hierdoor veroorzaakte onduidelijkheid, die nog eens wordt versterkt door de ruime formulering van de belangrijkste bepalingen, geeft weinig houvast voor consistent beleid. Het zal intussen niet verbazen dat de onduidelijkheid over de rechtsgrond de fondsbeheerder bij het afhandelen van concrete dossiers parten heeft gespeeld.⁷⁴⁸

3. 27 JAAR UITVOERINGSPRAKTIJK: SLACHTOFFERS EN SCHADE

742. Zie Wery, P.L., *l.c.*

743. Artikel 15.25 Wm kent een formulering vergelijkbaar met de meeste bestuurscompensatieregelingen.

744. Langelaar, K., *l.c.*, 76.

745. Stroink, F., *l.c.*, 122.

746. Hoewel het Fonds ook uitkeert als het causale verband slechts aannemelijk kan worden gemaakt in plaats van bewezen en als de schade niet het gevolg is van bewijsbaar onrechtmatig handelen.

747. De gelaedeerde kan in dit geval de rechter vragen om een verbod van de schadeveroorzakende activiteit.

748. In het onderzoeksrapport wordt een aantal specifieke dossiers onder de loep genomen. Zie Faure, M., Hartlief, T., en Hertoghs, M., *o.c.*, 69 e.v.

Een analyse van het cijfermateriaal uit de jaarverslagen van het Fonds luchtverontreiniging geeft een beeld van de categorieën aanvragers die zich tot het Fonds wendden en van de wijze waarop de verschillende schadecategorieën worden afgewikkeld. Tevens wordt duidelijk welke bedragen in de loop der tijd zijn uitgekeerd.

Uit het onderzoek blijkt dat het merendeel van de verzoeken om schadevergoeding bij het Fonds luchtverontreiniging afkomstig is uit de agrarische sector. De gevallen van gewasschade vormen meer dan de helft van alle aangemelde schadegevallen. Bovendien blijkt daarvan ook nog het grootste deel te worden gehonoreerd. Ook autolakschade is een omvangrijke categorie. Hiervan wordt echter niet meer dan een derde daadwerkelijk vergoed. Andere schadelijders blijken minder succesvol.

De facto worden de specifieke slachtoffers die de wetgever bij de totstandkoming van de wetgeving op het oog had, de agrariërs, door de fondsbeheerder goed bediend. Dit relatieve succes van de agrariërs kan vanuit de belangengroepentheorie worden verklaard.⁷⁴⁹ Zij zijn blijkbaar niet alleen bij de totstandkoming van de wetgeving succesvol, maar ook bij het verkrijgen van daadwerkelijke schadevergoeding. Niet zonder belang is uiteraard dat het Fonds ook door de wetgever in het leven is geroepen met het voorbeeld van de gewasschade van tuinders in het achterhoofd. Bovendien kan de veelvuldige vergoeding van gewasschade mede verklaard worden doordat effecten van luchtverontreiniging bij gewassen relatief goed bewijsbaar zijn vanwege de aanwezige wetenschappelijke kennis dienaangaande. Die kennis is in mindere mate beschikbaar ten aanzien van gezondheidsschade en ecologische schade. Belangrijker daarbij is echter dat deze laatste schadecategorieën niet veroorzaakt worden door 'plotseling optredende luchtverontreiniging'. Daardoor komen ze niet voor vergoeding in aanmerking.

Een milieuschadefonds is het Fonds luchtverontreiniging dus blijkens de uitvoeringspraktijk zeker niet. Men zou kunnen betogen dat het veeleer een "slachtofferbeschermingsfonds" is, maar dan wel van een bijzonder type. Gezondheidsschade komt blijkens de parlementaire geschiedenis zelden voor vergoeding in aanmerking omdat daarvoor een beroep kan worden gedaan op de ziektekostenverzekering. Slachtofferbescherming wordt door juristen al gauw geassocieerd met vergoeding van letselschade, maar ook daarvoor blijkt het Fonds luchtverontreiniging dus niet te zijn bestemd. Deze analyse leidt daarom tot het oordeel dat het Fonds luchtverontreiniging gelet op de bedoeling van de wetgever en de uitvoeringspraktijk geen ecologisch fonds, noch een slachtofferbeschermingsfonds, doch veeleer een agrarisch fonds is.

4. OMVANG VAN DE SCHADELOOSSTELLING

Hiervoor is al aangegeven dat niet alle schade door het Fonds luchtverontreiniging wordt vergoed. Het Fonds geeft slechts een billijke vergoeding voor schade die redelijkerwijs niet te laste moet blijven van het slachtoffer en die niet elders verhaalbaar is. Slechts schade, waarvan voldoende aannemelijk is dat deze een gevolg is van de incidenteel opgetreden luchtverontreiniging wordt vergoed. Soms wordt slechts een percentage van de totale schade vergoed omdat de overige schade te wijten is aan andere oorzaken. Het feit dat de getroffen zelf een bepaald risico heeft genomen of te weinig maatregelen heeft getroffen ter beperking van de schade kan eveneens leiden tot een vermindering van de vergoeding. Voor het overige keert het Fonds in de praktijk wel volledige schadevergoeding uit.

749. Zie Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *o.c.*, 94.

Uit het onderzoek blijkt dat in de 27 jaar waarover de gegevens worden gepresenteerd in totaal (inclusief kosten) ruim 6 miljoen gulden werd uitgegeven, hetgeen neerkomt op een gemiddelde uitgave van circa 230.000 gulden per jaar. Het overgrote aandeel in de uitgaven heeft betrekking op vergoedingen voor gewasschade.⁷⁵⁰

Een ander punt is dat een jaarlijkse schadeloosstelling van een goede *f* 200.000,- relatief weinig voorstelt vergeleken met de schade die in Nederland daadwerkelijk door luchtverontreiniging wordt veroorzaakt. Deze relatief beperkte omvang van het Fonds hangt uiteraard samen met het feit dat ecologische en gezondheidsschade niet voor vergoeding in aanmerking komen. Het gevolg is dat het Fonds luchtverontreiniging nauwelijks enige budgettaire betekenis heeft gehad. Juist omdat de jaarlijkse uitkering van het Fonds slechts een druppel is op de gloeiende plaat van de totale schade door luchtverontreiniging rijst de vraag of deze compensatieregeling de naam Fonds luchtverontreiniging wel waardig is. Men zou het Fonds immers als totaal ineffectief kunnen kwalificeren. De conclusie is dan ook dat blijkens de uitvoeringspraktijk van het Fonds het probleem waarvoor het Fonds een oplossing zou moeten bieden, niet groot genoeg is om de handhaving van een dergelijk fonds te rechtvaardigen.

5. FINANCIERING: ALTERNATIEVEN?

Het Fonds werd oorspronkelijk gevoed door alle exploitanten via een heffingensysteem; thans vindt financiering vanuit de algemene middelen plaats. Als daadwerkelijk een bepaalde groep "veroorzakers" kan worden aangewezen, zou allocatie aan hen beter zijn, omdat de financiering dan zou plaatsvinden vanuit de groep die het risico heeft teweeggebracht. In casu lijkt een dergelijke afbakening van de risicogroep in het geheel niet mogelijk zodat de gekozen optie om het Fonds te voeden vanuit de algemene middelen de meest redelijke oplossing lijkt. Bovendien kan gelet op de relatief beperkte financiële omvang van het Fonds worden geconcludeerd dat een ver doorgedreven differentiatie met betrekking tot bijdrageplicht waarbij de kosten specifiek worden gealloceerd aan de veroorzakers, theoretisch wel wenselijk is, maar in casu niet haalbaar, gelet op de enorme kosten die dit zonder twijfel zou genereren.

Intussen rijst de al meer genoemde rechts-politieke, vraag of de algemene middelen specifiek dienen te worden aangewend voor één bepaalde categorie slachtoffers, in casu de agrariërs die gewasschade lijden.⁷⁵¹ Wellicht ligt het meer voor de hand om te zoeken naar financiering vanuit de agrarische sector zelf. Dit is ook door Hulst bepleit,⁷⁵² die benadrukt dat ook verschillende andere collectieve compensatieregelingen vaak de agrarische sector ten goede komen. Hij stelt daarom voor een specifiek agrarisch fonds in het leven te roepen, waaraan dan ook consequenties dienen te worden verbonden op het vlak van de financiering.

Naar ons idee ligt financiering door de groep getroffen inderdaad voor de hand. Anders dan Hulst zouden wij de oplossing in dit kader niet alleen in de sfeer van een fonds willen zoeken, doch juist in het alternatief van first party-verzekering (schadeverzekering). Inderdaad blijken de meeste schadecategorieën die het Fonds vergoedt op zichzelf wel verzekeraar, respectievelijk verzekerd te zijn, maar kennen de meeste verzekeringspolissen een uitdrukkelijke uitsluiting van de schade veroorzaakt door luchtverontreiniging.⁷⁵³ De vaststelling dat er geen verzekering beschikbaar is, is daarmee empirisch

750. Zie tabel 2.

751. Zie daarover Faure, M.G en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?", *RMThemis*, 1998, 211-228.

752. Hulst, E.H., "Actualiteiten milieu-aansprakelijkheid. Schadelijk water en schadefonds, pleidooi voor adequate oplossingen", *TMA*, 1999, 33-36.

753. Zie art. 2a en 5 sub d onder 2 van de verzekeringsvoorwaarden van gewassen in kassen en bedrijfsgebouwen van de Hagelunie (model 100-2).

gezien juist; de vraag blijft echter of deze schade niet gewoon via first party-verzekering gedekt zou *kunnen* worden en er dus sprake is van *verzekerbareid*. Zijn collectieve voorzieningen noodzakelijk nu een bepaalde schadevorm klaarblijkelijk op basis van een kartelafpraak van verzekeraars systematisch van dekking wordt uitgesloten? Zijn de gevallen waarvoor het Fonds tot nu toe heeft geïntervenieerd verzekerbare op basis van first party-verzekering? Bijvoorbeeld autolakschade kan op basis van een zogenaamde cascoverzekering of all-riskverzekering worden gedekt. Natuurlijk kan worden betoogd dat men niet van schadelijders kan vergen dat zij om die reden een dergelijke verzekering zouden nemen. De vraag rijst dan natuurlijk wel of een collectieve voorziening noodzakelijk is voor gevallen waarin de risico's verzekerbare zijn maar de getroffenere er voor heeft gekozen geen first party-dekking te nemen.

Ten aanzien van gewasschade ligt het ingewikkelder vanwege de uitsluiting van de schade als gevolg van luchtverontreiniging. De meeste agrariërs bleken wel degelijk een first party-verzekering te hebben afgesloten. Is schade ten gevolge van luchtverontreiniging dan onverzekerbare? Waar wellicht in het begin van de jaren '70 door first party-verzekeraars nog kon worden betoogd dat het risico van schade ten gevolge van luchtverontreiniging moeilijk voorspelbare was is dat vandaag de dag zeker niet meer het geval. Niet alleen kan de probabileriteit van luchtverontreiniging worden ingeschat, bij first party-verzekering is ook een adequate risicodifferentiatie, rekening houdende met de specifieke gewassen van de eigen verzekerden mogelijk. Een uitbreiding van de dekking van de bestaande first party-verzekeringen naar schade door luchtverontreiniging kan een premieverhoging betekenen. Maar dat maakt een welbepaald risico uiteraard nog niet onverzekerbare. Wanneer wordt vastgesteld dat op dit moment meer dan 50% van alle schadegevallen die vanuit het Fonds worden vergoed betrekking hebben op schade aan gewassen ligt het in de rede dat de overheid eerst met de first party-verzekeraars, die schade veroorzaakt door luchtverontreiniging thans van dekking uitsluiten, zou gaan praten om dat probleem te verhelpen, in plaats van naar een collectieve voorziening te grijpen. Men mag niet uit het oog verliezen dat onverzekerbareid, hoofdstuk 5 heeft dat al aangetoond, nog steeds niets meer en minder is dan "the unwillingness of the market to insure a given risk". Voor al die gevallen die door first party-verzekering kunnen worden opgelost, lijkt het bestaansrecht van het Fonds luchtverontreiniging twijfelachtig. Het voordeel van verzekering is een meer correcte kostenallocatie omdat in dat geval degene die direct voordeel van de verzekeringsdekking ondervindt ook de prijs voor de verhoogde bescherming zal betalen.⁷⁵⁴ Dat first party-verzekeringsdekking voor milieuschade niet langer onmogelijk is blijkt wel uit het feit dat thans door het verbond van verzekeraars een milieuschadeverzekering op de markt is gebracht die de traditionele milieuaansprakelijkheidspolis integraal heeft vervangen.⁷⁵⁵ In dit verband zijn de eerder genoemde ontwikkelingen met verzekering voor waterschade als gevolg van regen wel hoopgevend.

6. AFSCHAFFEN, HERVORMEN OF BEHOUDEN?

Duidelijk is dat het Fonds luchtverontreiniging aan het begin van de jaren '70 tot stand kwam naar aanleiding van enkele specifieke gevallen van schade ten gevolge van luchtverontreiniging. De agrarische oorsprong van het Fonds en het gebrek aan helderheid over de functie, doelstellingen en rechtsgrond, hebben het Fonds tijdens de 27-jarige uitvoeringspraktijk achtervolgd. Welke consequenties dient dit te hebben voor de functie van het Fonds vandaag? Daarbij rijzen uiteraard ook meer beleidsmatige (politieke) dan zuiver juridische vragen. Een politieke vraag die in het kader van het evaluatieonderzoek natuurlijk wel moet worden gesteld maar niet kan worden beantwoord is of de agrarische gemeenschap

754. Zie ook het initiatief om verzekeringsvormen tot stand te brengen voor extreme regenval, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 24 071, nr. 55, daarbij gaat het ook om een typische first party verzekering.

755. Deze nieuwe polis is inderdaad niet langer een aansprakelijkheidsverzekering, maar een first party-dekking voor alle schade die vanuit het verzekerde terrein wordt veroorzaakt. Dat deze dekking door de "veroorzaker" wordt gefinancierd doet niets af aan het "first party"-karakter van de nieuwe verzekering. Het geachte risico is immers voortaan schade en niet de aansprakelijkheid van de verzekerde. Zie daarover Wansink, J.H., "Verzekering en milieuschade als gevolg van vervoer/opslag van gevaarlijke stoffen", *TMA*, 1999, 77-82.

(mede op basis van haar politieke belang) nu nog steeds een zelfde specifieke behandeling en bescherming verdient als klaarblijkelijk aan het begin van de jaren '70 het geval was.

Een belangrijke vraag is of de overheid een taak heeft bij financiering van schade die via een first party-verzekering verzekerd zou kunnen worden. Het antwoord luidt wat dat betreft ontkennend. Eventueel kan het bestaande Fonds luchtverontreiniging worden hervormd (en herbenaemd) tot wat het eigenlijk steeds was, namelijk een agrarisch fonds. Vanuit dit fonds zouden dan ook andere, niet op first party basis te verzekeren, vormen van agrarische schade kunnen worden vergoed. Een dergelijke wijziging zal uiteraard wel consequenties dienen te hebben voor de financiering van het Fonds.

Welk scenario ook wordt gekozen: er lijken weinig argumenten te bestaan voor het behoud van het Fonds luchtverontreiniging in zijn huidige vorm.

§ 8. Conclusies

Het is duidelijk dat het fenomeen fondsvorming de nodige aandacht trekt. Daarbij hebben de pleitbezorgers van enige fondsoپlossing vaak hoog gespannen verwachtingen van het fonds. In de regel verkeren zij in de veronderstelling dat de problemen die ontstaan bij toepassing van het aansprakelijkheidsrecht met de invoering van een fonds zijn opgelost. Wij hebben in deze bijdrage gepoogd een kader te geven om eventuele fondsoپlossingen te toetsen.

Van groot belang, of men nu binnen het aansprakelijkheidsrecht een oplossing zoekt dan wel daarbuiten in een fondsvorm is, zowel uit een oogpunt van rechtvaardigheid als van preventie, dat zij die aan de schadeveroorzaking bijdragen het fonds voeden en wel in die mate waarin zij aan het ontstaan van het risico hebben bijgedragen⁷⁵⁶.

Voorals het gaat om een fonds voor het verleden is het in de regel nauwelijks mogelijk dat uitgangspunt te respecteren: de aandacht gaat juist uit naar de fondsoپlossing, omdat de schade niet via het aansprakelijkheidsrecht vergoed wordt, bijvoorbeeld omdat de veroorzakers niet vindbaar of insolvent zijn. In die gevallen kunnen zij ook niet aan een fondsoپlossing bijdragen en heeft voeding door anderen, overheid, verzekeraars of branchegeenoten tot gevolg dat de bijdrage afkomstig is van anderen dan degenen die daadwerkelijk tot de schade hebben bijgedragen althans dat bepaalde ondernemers meer moeten bijdragen aan het fonds dan zij schade hebben veroorzaakt. Een zekere negatieve herverdeling is daarmee onvermijdelijk.

Doch ook voor een fonds dat betrekking heeft op de toekomst geldt genoemd uitgangspunt. Vooral in dat kader is de vraag wat het voordeel van een fonds is boven verzekering. Op het punt van informatie en kosten heeft het beproefde instituut van verzekering veel voor op een eventueel fonds. Uiteraard is verzekering in situaties van onverzekerbaarheid geen alternatief. In dit kader dient echter in de eerste plaats goed te worden onderzocht of daadwerkelijk sprake is van onverzekerbaarheid en niet, zoals bij schade als gevolg van natuurrampen lange tijd het geval is geweest, van onwil bij de verzekeraars om dekking te verlenen. In de tweede plaats dient onder ogen te worden gezien of de oorzaken van eventuele onverzekerbaarheid het fonds ook niet voor problemen zullen stellen. Bovendien kan bijvoorbeeld in het kader van beroepsziekten, worden onderzocht of alternatieve verzekeringsvormen zoals directe verzekering of first party insurance een oplossing zou kunnen bieden voor problemen in het aansprakelijkheidsrecht en de aansprakelijkheidsverzekering. Zie in dit kader nog hierna hoofdstuk 9.

756. Zie Faure, M. en Hartlief, T., "Compensation Funds versus Liability and Insurance for Remedying Environmental Damage", *Review of European Community & International Environmental Law*, 1996, 323 e.v.

Uiteindelijk plaatsen wij grote vraagtekens bij de suggestie dat een fonds een oplossing vormt wanneer in het aansprakelijkheidsrecht problemen ontstaan. In beginsel rijzen ook bij de instelling van een fonds vergelijkbare vragen als in het aansprakelijkheidsrecht⁷⁵⁷. Wanneer beantwoording van de vraag wie aansprakelijk is alsmede van de vraag of een bepaald slachtoffer gerechtigd is tot schadeloosstelling lastig is binnen het aansprakelijkheidsrecht, zal men deze in een fondsconstructie ook moeilijk kunnen ontwijken. Ook dan zal moeten worden bepaald wie bijdrageplichtig is en wie uitkeringsgerechtigd. Er is op zichzelf geen reden om te denken dat die belangrijke vragen in het kader van een fonds sneller kunnen worden beantwoord dan via de gebruikelijke gerechtelijke procedure binnen het aansprakelijkheidsrecht. Wanneer toch tot fondsvorming wordt beslist dient ook aandacht te worden besteed aan de functie van het fonds in relatie tot aansprakelijkheid en verzekering. Wat dat betreft verdienen constructies zoals een waarborg- of voorschotfonds de voorkeur boven een alomvattend schadefonds. Bij eerstgenoemde constructies wordt waar mogelijk gebruik gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht en wordt alleen als voorschot of garantie in financiering vanuit het fonds voorzien.

Intussen is het uiteraard mogelijk dat men beslist dat het wenselijk is afstand te nemen van vragen die in het aansprakelijkheidsrecht beantwoording verdienen. Of een fondsoplossing met een laagdrempelige procedure wenselijk is, is uiteindelijk een politieke vraag. Als men daar, mede na beantwoording van de vraag waarom een voorkeursbehandeling van een bepaalde groep slachtoffers geboden is, echter voor kiest, ligt het niet voor de hand bij de financiering in het bijzonder te denken aan diegenen die zich aan de van overheidswege gestelde normen hebben gehouden en derhalve in het kader van het aansprakelijkheidsrecht vrijuit gaan. Als dan toch in een dergelijke situatie een bijzondere oplossing geboden is, ligt een beroep op de algemene middelen voor de hand. Bijvoorbeeld bij rampschade geschiedt financiering langs deze weg.

Als een dergelijke vergoeding uit de algemene middelen wenselijk wordt geacht, zal zij overigens min of meer onvermijdelijk inhouden dat gedupeerden een tegemoetkoming ontvangen, doch geen volledige vergoeding. De opvatting dat op de overheid de rechtsplicht rust zich het lot van gedupeerden verder aan te trekken, is onjuist. Een dergelijke plicht van de overheid zou namelijk inhouden, dat de gemeenschap garant staat voor onverkorte handhaving van de individuele welvaart van haar leden, ook indien die welvaart wordt aangetast door gebeurtenissen die geheel buiten de invloedssfeer van de overheid liggen⁷⁵⁸. Volledige vergoeding is slechts dan op haar plaats wanneer men op succesvolle wijze kan aanknopen bij het aansprakelijkheidsrecht⁷⁵⁹. Wanneer dat niet lukt, zal men misschien wel een bijdrage van de gemeenschap kunnen verwachten, maar dient men in zekere mate de schade zelf te dragen.

757. Zie Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, 1995, 292 e.v. en Faure, M. en Hartlief, T., *o.c.*, *SR*, 1996, 41-42; Bolt, A.T. en Spier, J., *o.c.*, *NJV-Preadvies*, 398-399 en Spier, J., *o.c.*, in *Van Dunné-bundel*, 1997, 419-420.

758. Peeters, J.A.J., "Rampschade", in *Schade lijden en schade dragen*, NJB Boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 76.

759. Vgl. Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997, 67.

HOOFDSTUK 9 DIRECTE VERZEKERING

§ 1. Inleiding

In hoofdstuk 5 hebben wij aangegeven dat het afgelopen decennium met enige zorg is gesproken over de vergoeding/financiering van schade als gevolg van nieuwe gezondheidsrisico's. In het kader van de arbeidsgerelateerde risico's, zoals de beroepsziekten, werd nagedacht over mogelijke alternatieven voor aansprakelijkheid en verzekering. In eerste instantie ging daarbij, zoals in het vorige hoofdstuk werd toegelicht, de aandacht vooral uit naar het schadefonds. Uit de analyse in hoofdstuk 8 bleek echter dat dit schadefonds, anders dan soms wel eens wordt gedacht, vermoedelijk niet het wondermiddel is dat alle problemen van de aansprakelijkheidsverzekering als sneeuw voor de zon doet verdwijnen. De laatste jaren wordt er meer en meer gedacht aan de invoering van de zogenaamde first party verzekering of directe verzekering. Verschillende modellen zijn mogelijk, maar de basisgedachte is dat deze verzekeringsvorm beter in staat zou zijn een aantal van de problemen van de aansprakelijkheidsverzekering op te lossen. Vooral in het kader van de arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's, zoals de beroepsziekten, is de introductie van de directe verzekering gepropageerd⁷⁶⁰. In kringen van verzekeraars wordt de introductie van directe verzekering toegejuicht⁷⁶¹. Toch zijn er ook critici⁷⁶². Zo wordt door sommigen betwijfeld of de directe verzekering werkelijk alle problemen van het aansprakelijkheidsrecht oplost en wordt gesteld dat aan de invoering van een systeem van directe verzekering als zodanig ook de nodige nadelen zijn verbonden.

Het lijkt in het kader van deze zoektocht naar alternatieven voor de aansprakelijkheidsverzekering als instrument ter vergoeding van schade veroorzaakt door nieuwe gezondheidsrisico's van belang om uitgebreid stil te staan bij de mogelijke voordelen van dit type verzekering. Nadat eerst de theoretische voordelen van de directe verzekering zijn gepresenteerd en de verschillen tussen directe verzekering en aansprakelijkheidsverzekering zijn duidelijk gemaakt, zal ook worden toegelicht hoe de directe verzekering zou kunnen werken voor arbeidsgerelateerde risico's zoals beroepsziekten. Het model van de directe verzekering kan mogelijk ook een oplossing bieden voor andere gezondheidsrisico's zoals voedingsgerelateerde risico's of schade veroorzaakt door infectieziekten.

In het kader van de discussie speelt een tweetal elementen een rol die het debat over de wenselijkheid van invoering vertroebelen en die bijzondere aandacht verdienen. Het betreft de vraag of een directe verzekering verplicht zou moeten worden en de vraag of en zo ja in hoeverre de directe verzekering met aansprakelijkheid zou moeten worden gecombineerd. Eerst gaan wij echter in meer algemene zin in op de vraag of een ander type verzekering bepaalde problemen van verzekerbaarheid kan oplossen.

760. Zie onder anderen Kamp, P., in *Verslag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer 1997, 36-37, Bloembergen, A.R., in *Verslag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer 1997, 55 e. v., Ruers, R.F., "Asbest en deregulering", *NJB*, 1996, 1174, Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden, Deventer 1997, nrs. 75-76, Hartlief, T., en Faure, M., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142, Hartlief, T., "Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?", in *Het belang van de dader*, LSA 1999, Lelystad 1999, 1-27 en Bergkamp, P., "Aansprakelijkheid is geen schadeverzekering", *NJB*, 2000, 273-276.

761. Zie bijvoorbeeld Kamp, P., o.c., HNJV 1996-II, Deventer 1997, 36-37.

762. Zie Frenk, N., "De directe schadeverzekering als vervanging van aansprakelijkheid", *NJB* 1999, 1547-1554, dezelfde, "De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast?", *AV&S*, 2000, 1-13; Wansink, J.H., "Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?", in *Verzekering en maatschappij* (Hartlief, T. en Mendel, M.M. red.), Deventer, 2000, 407-421; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666 en dezelfde, "Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V)tijdperk", *A&V*, 2000, 126-127.

§ 2. First party insurance versus third party insurance: theoretische verschillen

In het kader van dit onderzoek is een van de vragen uiteraard of de uitbreidende aansprakelijkheid een reden zou moeten zijn om van de aansprakelijkheidsverzekering af te stappen en dekking te verlenen via een schadeverzekering, ook wel first party insurance genoemd. Vanuit verzekeringseconomische optiek zou een pleidooi voor een verdergaande first party insurance ondersteund kunnen vanwege het hiervoor besproken anti-selectie probleem. Zoals aangegeven wordt anti-selectie veroorzaakt door asymmetrische informatie. De verzekeraar weet niet welke risico's goed of slecht zijn, terwijl de verzekerde dit wel weet. Asymmetrische informatie kan uiteindelijk tot een algehele kwaliteitsverslechtering leiden omdat bijvoorbeeld een producent niet beloond kan worden voor zijn inspanningen om kwaliteit te verbeteren nu zulks door de consument niet wordt herkend. Dit probleem speelt in de vorm van anti-selectie ook bij verzekeringen, maar dan enigszins in omgekeerde richting. De slecht geïnformeerde in dit geval is immers de verzekeraar. Die kan *ex ante* niet precies weten welke risico's binnen een bepaalde groep nu de goede of de slechte risico's zijn. Indien een behoorlijke risicodifferentiatie als gevolg onmogelijk is, zal een verzekeraar zijn risicogroepen te groot maken waardoor de gemiddelde premie binnen de groep relatief hoog wordt voor de goede risico's. Dit zal meebrengen dat de vraag naar verzekering voor die goede risico's verdwijnt en zij zich bijgevolg uit de risicogroep zullen terugtrekken. Het gevolg daarvan is uiteraard dat de verzekeraar weer met slechtere risico's in zijn groep blijft zitten, dat de premie daarop dus verder zal stijgen en weer te duur wordt voor de nog overblijvenden (relatief) goede risico's. Indien een verzekeraar derhalve niet in staat is goede van slechte risico's te onderscheiden, zal dit asymmetrische informatieprobleem tot gevolg hebben dat een neerwaartse spiraal ontstaat. Dit is precies het anti-selectieprobleem dat in het ergste geval zelf als consequentie zou kunnen hebben dat verzekeringsdekking op een bepaalde markt in het geheel niet meer zou worden aangeboden.

Nu speelt het onderscheid tussen first party en third party insurance een belangrijke rol als het erop aankomt het anti-selectieprobleem te vermijden. De enige remedie tegen anti-selectie is immers het informatieprobleem bestrijden opdat een enge definitie van risicogroepen wederom te realiseren is. Welnu, bij een first party insurance verzekert een verzekeraar het risico dat zijn eigen verzekerde loopt. Wat het voorbeeld van de beroepsziekten betreft, kan men denken aan een werknemer die zelf het risico verzekert dat hij door een bepaalde ziekte getroffen zal worden (de meeste ziekteverzekeringen zijn inderdaad voorbeelden van een dergelijke first party insurance). Dit heeft het grote voordeel dat in de polis vrij gemakkelijk een risicodifferentiatie kan worden toegepast naargelang de karakteristieken van de verzekerden (leeftijd, gezondheid, veiligheidsmechanismen). Een premiedifferentiatie is dan ook mogelijk naargelang van het gewenste niveau van verzekeringsdekking. Het slachtoffer zelf heeft immers als eerste informatie over zijn individuele kenmerken die het risico beïnvloeden. Dit laat een aanpassing van de premie aan de individuele toestand van het slachtoffer en derhalve een vermindering van anti-selectie toe. Bij een third party insurance, aansprakelijkheidsverzekering, verzekert men in beginsel juist het risico dat de verzekerde aansprakelijk zal worden gesteld en aan een derde schadevergoeding zal dienen te betalen. Of deze derde, aan wie bijvoorbeeld loonverlies vergoed zal moeten worden, rijk of arm is en dus of deze een goed of een slecht risico vormt, is *ex ante* voor de verzekeraar moeilijker voorspelbaar. Bij een derde partij verzekering is het risico dat de risicogroepen te groot worden en dat een anti-selectieprobleem ontstaat dat niet oplosbaar is dus behoorlijk groot.

Deze beschouwingen vormen de achtergrond waartegen het denken over een ander type verzekering moet worden beoordeeld. Men dient echter wel in het oog te houden dat dan directe verzekering die hierna centraal staat geen zuivere first party verzekering is. Wij komen hierop nog terug.

§ 3. Enkele hoofdlijnen van de directe verzekering toegepast op beroepsziekten

De directe verzekering wordt vooral in het kader van de beroepsziekten naar voren geschoven. Dat heeft alles te maken met de specifieke problemen op dat terrein. Behalve werkgevers en hun verzekeraars klagen ook slachtoffers over het huidige systeem⁷⁶³. Hun problemen zijn problemen van aansprakelijkheidsrecht: lange duur van procedures, teveel onzekerheid over de uitkomst van een aansprakelijkheidsproces, veel geld gaat naar de proceskosten, insolventierisico's, slechte calculeerbaarheid.

Het instrument dat in dit kader steeds vaker naar voren wordt geschoven, is de directe verzekering. In een dergelijk systeem wordt niet het aansprakelijkheidsrisico, maar het risico van schade verzekerd. Bij aansprakelijkheidsverzekering verzekert de verzekeraar het risico dat zijn verzekerde (de 'dader') aan een (derde)slachtoffer vergoeding zal moeten betalen op basis van aansprakelijkheid. Bij first party insurance wordt die omweg niet gemaakt en verzekert het slachtoffer zichzelf. Bij een zuivere first party verzekering verzekert een werknemer zich rechtstreeks en komt de werkgever niet tussen. Bij een directe verzekering neemt de werkgever een verzekering ten behoeve van zijn werknemers die rechtstreeks op de polis kunnen claimen. De werkgever is de *verzekeringnemer* die ook de premie betaalt; van een first party-oplossing is derhalve geen sprake, zijn werknemers zijn de *verzekerden*. Gedekt is niet aansprakelijkheid doch het risico van schade: de directe verzekering is geen aansprakelijkheidsverzekering, maar een schadeverzekering.

Met deze karaktertrekken hangt ook een aantal gestelde voordelen voor werkgever, werknemer en/of verzekeraar samen.

Omdat de directe verzekering geen aansprakelijkheidsverzekering is, ontloopt men een aantal typische problemen van het aansprakelijkheidsrecht en daarmee van aansprakelijkheidsverzekering⁷⁶⁴. Bepaalde daarmee samenhangende problemen (is er wel aansprakelijkheid?, welke normen worden toegepast?, is er schuld?, kan aansprakelijkheid worden bewezen?, is er causaal verband tussen schending zorgplicht en schade?) kunnen aldus worden vermeden. Hier zit ook precies het voordeel voor de *werknemer*; hij kan in beginsel volstaan met aan te tonen dat de ziekte is ontstaan door de tewerkstelling bij de werkgever althans dat hij lijdt aan een ziekte die gedekt wordt op de directe verzekeringspolis⁷⁶⁵.

Dit alles zou positieve effecten hebben op de snelheid waarmee een claim (een dossier) kan worden afgehandeld en zou derhalve ook positieve effecten hebben op de transactiekosten. Ook voor de *verzekeraar* zijn er voordelen: hij zou zich voor de calculatie van het risico enkel bezig hoeven te houden met de vraag hoe waarschijnlijk het is dat bij een bepaalde werkgever bepaalde werknemers slachtoffer zullen worden van een beroepsziekte, terwijl de veel moeilijker te beantwoorden vraag of de werkgever daar vervolgens dan ook aansprakelijk voor zal zijn geen rol meer speelt.

Afhankelijk van de inrichting van de directe verzekering is een zekere relativering op haar plaats: zo is zeer goed denkbaar dat ook in een systeem van directe verzekering de 'link' met het werk moet worden gelegd, voordat dekking wordt verleend. In dat geval kan men op bepaalde causaliteits- en afgrenzingsproblemen stuiten. In uitgangspunt zal in een stelsel van directe verzekering het risique social

763. Zie daarover het bekende rapport van De Ruiter over de positie van asbestslachtoffers.

764. Dit verschil wordt niet op juiste waarde geschat door Dommering-van Rongen, L., "Boekbespreking", *NTBR*, 1998, 153.

765. Het is afhankelijk van de inrichting van de directe verzekering of noodzakelijk is dat de werknemer aantoont dat hij lijdt aan een ziekte die hij door tewerkstelling bij zijn huidige werkgever heeft opgelopen. Hier zijn allerlei modaliteiten mogelijk die kunnen inhouden dat een zekere inloop wordt gedekt (de ziekte kan immers ook al eerder bij een andere werkgever zijn ontstaan) en dat een zeker risique social onder de dekking valt (denk aan de mogelijkheid dat longkanker (mede) door roken is ontstaan).

niet gedekt zijn, terwijl juist daarover onzekerheid kan bestaan (is wel sprake van een beroepsziekte in de zin van de directe verzekering?). Het is intussen niet uitgesloten dat dergelijke problemen worden opgelost door aanpassing van de dekkingsomschrijving of regulering van de causaliteitsproblematiek: het is afhankelijk van de inrichting van de directe verzekering of noodzakelijk is dat de werknemer aantoont dat hij lijdt aan een ziekte die hij door tewerkstelling bij zijn huidige werkgever heeft opgelopen. Hier zijn allerlei modaliteiten mogelijk. Om een voorbeeld te geven: het is mogelijk voor een bepaalde branche waarin longkanker bij werknemers soms in verband met het werk wordt gebracht, aan te nemen dat dekking bestaat wanneer een werknemer aan longkanker lijdt onafhankelijk van de oorzaak en onafhankelijk van de periode waarin zij is ontstaan. Uiteraard is de consequentie hiervan dat een zeker risque social wordt binnengehaald: de longkanker kan immers ook roken als oorzaak hebben.

Ook het voordeel van de snelle afhandeling dient te worden genuanceerd: in gevallen immers waarin duidelijkheid omtrent slachtoffers' eindtoestand uitblijft, zal ook in een systeem van directe verzekering moeilijk een snelle afhandeling worden gerealiseerd. Opnieuw is hier echter van belang hoe de regeling is ingericht: wanneer de directe verzekering bijvoorbeeld zou voorzien in de mogelijkheid van een periodieke uitkering terzake van inkomensschade in geval van arbeidsongeschiktheid is het veel minder vervelend dat er nog geen eindtoestand is, dan in een systeem waarin alleen maar in de mogelijkheid van een lump sum-vergoedingsmogelijkheid is voorzien.

Aan de directe verzekering wordt afgezien van de reeds genoemde nog een aantal voordelen toegeschreven die aan first party-oplossingen (boven aansprakelijkheidsverzekering) zouden zijn verbonden. Het gaat hierbij om het beweerde voordeel dat beter dan bij aansprakelijkheidsverzekering tot risicoselectie en risicodifferentiatie kan worden overgegaan⁷⁶⁶. In het algemeen is de vraag of deze voordelen zich wel echt bij directe verzekering zullen voordoen, nu - als gesteld - de directe verzekering geen first party verzekering is⁷⁶⁷. Voor het terrein van de beroepsziekten is de punt eigenlijk niet relevant: het maakt niet uit of dekking wordt verleend op basis van een aansprakelijkheidsverzekering danwel een first party-verzekering of directe verzekering. Terwijl in het algemeen risicodifferentiatie bij aansprakelijkheidsverzekering lastiger is dan bij first party-insurance, in het algemeen is immers geen gedetailleerde informatie beschikbaar over de slachtoffers die een potentiële dader mogelijkerwijze zou kunnen maken, ligt dat bij beroepsziekten namelijk anders. Daar kan de verzekeraar de potentiële slachtoffers immers wel degelijk identificeren: het gaat om de werknemer van wie de verzekeraar in beginsel ook alles weet, respectievelijk te weten kan komen⁷⁶⁸. Via gezondheidskundig onderzoek kan de verzekeraar achterhalen welke werknemers bijvoorbeeld een verhoogde kans lopen op een beroepsziekte; ook de hoogte van een eventueel inkomensverlies dat bij arbeidsongeschiktheid zou moeten worden vergoed is ex ante te bepalen. Dit betekent dat de nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering (moeilijke risicodifferentiatie) juist bij verzekering van werkgeversaansprakelijkheid tegen beroepsziekten in belangrijke mate kunnen worden beperkt door een behoorlijke risicodifferentiatie bij de van tevoren bekende werkgever en de identificatie van de van tevoren bekende slachtoffersgroep⁷⁶⁹. Uiteindelijk houdt dit in dat het argument dat directe verzekering in het algemeen betere selectie- en

766. Daarover Priest, G., "The current insurance crisis and modern tort law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590 en Bergkamp, L., "Aansprakelijkheid is geen schadeverzekering", *NJB*, 2000, 273-276.

767. Dat geldt ook voor het beweerde voordeel dat bij first party-verzekering sprake is van een harmoniemodel. Het slachtoffer spreekt dan immers niet langer de dader aan in aansprakelijkheid (conflictmodel), maar zijn eigen verzekeraar. Bij directe verzekering spreekt het slachtoffer niet zijn eigen verzekeraar aan, maar die van zijn werkgever. Overigens is algemeen bekend en behoeft derhalve geen nadere uitwerking dat men ook met zijn eigen verzekeraar zeer wel problemen kan hebben.

768. Wij laten nu even daar de vraag welke medische informatie de verzekeraar van concrete werknemers kan bemachtigen. Zie hieromtrent Frenk, o.c., *AV&S*, 2000/0, 8-9.

769. Risicodifferentiatie via een geïndividualiseerd preventiebeleid is hiervoor reeds naar voren geschoven als belangrijke remedie voor bepaalde problemen bij de verzekering van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten.

differentiëringmogelijkheden biedt dan aansprakelijkheidsverzekering in dit specifieke geval van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten niet zo sterk is⁷⁷⁰.

In ieder geval blijft het voordeel van een directe verzekering voor verzekeraars dat zij beter beheersbaar is dan een aansprakelijkheidsverzekering: relatief eenvoudig is het verzekerd risico te omschrijven althans af te bakenen. Bovendien is de verzekeraar verlost van alle onzekerheden die met de vaststelling van de aansprakelijkheidsvraag verbonden zijn. Ook de uitkering (omvang, welke posten etc.) zou makkelijker dan in een systeem van aansprakelijkheidsverzekering kunnen worden beheerst. Beide aspecten zouden positieve effecten hebben op het vlak van de voorspelbaarheid en de calculeerbaarheid van het risico en daarmee ook op de premievaststelling. De verzekeraar hoeft immers niet langer in te schatten hoe groot de kans is dat een rechter (volgens vele verzekeraars een belangrijke onzekere factor) zijn verzekerde werkgever aansprakelijk zal houden voor de gevolgen van een beroepsziekte, maar kan volstaan met te bepalen wat de kans is dat bij een bekende populatie werknemers bij een bepaalde werkgever bepaalde beroepsziekten zullen ontstaan. Dat lijkt verzekeringstechnisch eenvoudiger dan in de bestaande situatie zodat daarin de grote verleiding schuilt van directe verzekering voor de verzekeraar. Wel zal mogelijk, het zij herhaald, een zekere causaliteitsvraag moeten worden beantwoord: een zekere afgrenzing van het risique social zal moeten worden gegeven. Hoe zij er echter uit ziet is een kwestie van uitwerking en inrichting. Afhankelijk hiervan is het antwoord op de vraag of de directe verzekering werkelijk een oplossing biedt voor de problemen van het aansprakelijkheidsrecht: kiest men immers in een systeem van directe verzekering voor dezelfde causaliteitsmaatstaven als in het aansprakelijkheidsrecht dan staan eventuele problemen van causaliteitsonzekerheid voor werknemers ook aan uitkering op basis van de directe verzekering in de weg. Veel belangrijker dan deze causaliteitsvraag is, althans bij bepaalde beroepsziekten, de onzekerheid omtrent de vraag of en in welke mate bepaalde beroepsziekten zich zullen manifesteren. Dit probleem is niet opgelost met de enkele overstap van aansprakelijkheidsverzekering naar directe verzekering: genoemde onzekerheid bestaat ook in een systeem van directe verzekering, hetgeen uiteraard repercussies heeft voor de calculeerbaarheid.

De discussie over de wenselijkheid van invoering van een directe verzekering wordt vertroebeld door de onduidelijkheid omtrent de vraag wat de verhouding is van een dergelijk systeem tot het aansprakelijkheidsrecht en omtrent de vraag of wetgevend ingrijpen noodzakelijk is. Die onduidelijkheid kan overigens zowel op het conto van de voor- als van de tegenstanders van directe verzekering worden geschreven: beide groepen wekken de indruk dat invoering van directe verzekering noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een wettelijke verzekeringsplicht en immuniteit van de werkgever voor aansprakelijkheid.

1. VERPLICHTE VERZEKERING?

Veelal wordt ervan uitgegaan dat een systeem van directe verzekering niet wordt geïntroduceerd door de branche zelf, maar door de wetgever die het dan ook verplicht oplegt. Dit heeft grote gevolgen voor de waardering van de directe verzekering als zodanig. Veel van de kritiek op de directe verzekering als oplossing voor de hiervoor gestelde problemen heeft namelijk betrekking op de vraag of de wetgever wel moet ingrijpen terwijl de branche (lees: verzekeraars) wellicht zelf in staat is (zijn) oplossingen te bedenken evenals op de vraag of de wetgever er wel verstandig aan doet een verplichte verzekering te introduceren gegeven de aan verplichte verzekering verbonden nadelen zoals de inbreuk die dan wordt gemaakt op de vrijheid zich al dan niet te verzekeren, de verzwaring van de collectieve lastendruk die het gevolg is, de controle op en handhaving van de verzekeringsplicht die noodzakelijk zou zijn en de

770. Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *o.c.*, *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, 302-305.

noodvoorziening (fonds) die geïntroduceerd zou moeten worden om vergoeding te waarborgen in geval dat de werkgever onverzekerd is⁷⁷¹.

2. IMMUNITEIT VOOR AANSPRAKELIJKHEID?

Verder wordt, en daarvoor is wetgevend ingrijpen inderdaad nodig, er veelal ook van uitgegaan dat een systeem van directe verzekering in de plaats komt van het aansprakelijkheidsrecht in die zin dat de werkgever immuun zou zijn voor aansprakelijkheid: directe verzekering 'in ruil' voor aansprakelijkheid. Ook vooral daarop richten de critici hun pijlen⁷⁷². Immunititeit zou:

- principieel onjuist zijn, althans indien en voor zover ook schuldaansprakelijkheid zou zijn uitgesloten; dat botst immers met het rechtvaardigheidsgevoel;
- bovendien leiden tot ongewenste effecten in de sfeer van preventie: werkgevers zouden niet de juiste prikkels krijgen; en
- dwingen tot vergaand wetgevend ingrijpen, nu niet alleen de immunititeit moet worden ingevoerd en het aansprakelijkheidsrecht daarmee gedeeltelijk worden afgeschaft, maar ook voorzieningen moeten worden getroffen die waarborgen dat vergoeding aan gelaedeerden daadwerkelijk plaatsvindt: denk aan de invoering van een eigen recht en van een waarborgfonds zoals bekend is van de WAM.

Noodzakelijk in de zin van inherent aan het systeem van de directe verzekering zijn deze twee elementen echter niet: de directe verzekering hoeft niet per se door de wetgever te worden ingevoerd en immunititeit van de werkgever is ook niet per definitie nodig.

Ten onzent zijn er ook voorbeelden van verzekeringen waaruit dat blijkt. Zo verlenen verzekeraars op het terrein van de milieuschade geen dekking meer op basis van aansprakelijkheid, doch louter op basis van schadeverzekering (de MSV). De wetgever heeft zich hiermee niet bemoeid. Het aansprakelijkheidsrecht is daarmee ook ongemoeid gebleven: gelaedeerden kunnen de laedens (veroorzaker van de milieuschade) nog steeds op basis van het commune aansprakelijkheidsrecht aanspreken. Bij de medische experimenten is dat ook zo, doch daar heeft de wetgever de bevoegdheid om (bepaalde) medische experimenten te verrichten wel degelijk gekoppeld aan de verplichting een schadeverzekering ten behoeve van gelaedeerden af te sluiten (WMO). Hier heeft de wetgever zich, vanuit het vergoedingsperspectief, bovendien bemoeid met de (inhoud van de) dekking van deze verzekering⁷⁷³: de verzekering vergoedt de schade conform de regels van het civiele schadevergoedingsrecht.

Voor een zuivere vergelijking van de aansprakelijkheidsverzekering met de directe verzekering dient men zich derhalve te realiseren dat wetgevend ingrijpen en immunititeit van aansprakelijkheid weliswaar mogelijk zijn in een systeem van directe verzekering doch niet noodzakelijk.

De verwarring hieromtrent is overigens wel te verklaren. Het is inderdaad zo dat in het kader van de vraag of directe verzekering echt een wenkend alternatief is wetgevend ingrijpen ernstig wordt overwogen.

De reden ligt voor de hand: verzekeraars zijn immers om de hiervoor in de hoofdstukken 2, 4 en 5 besproken redenen in toenemende mate bezorgd over de uitbreidende werkgeversaansprakelijkheid en de gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheidsverzekering. Een directe verzekering lijkt aantrekkelijk maar, in de visie van verzekeraars, natuurlijk alleen wanneer zij gekoppeld wordt aan een afschaffing (of

771. Illustratief zijn de kritische bijdragen van Frenk, N., o.c., *NJB*, 1999, 1547 e.v. en dezelfde, o.c., *AV&S*, 2000/0, 7-8.

772. Zie onder anderen Frenk, N., o.c., *AV&S*, 2000/0, 9-10 en Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 416 e.v.

773. Zie uitgebreid Franken, A.Ch.H., o.c., *A&V* 2000, 1-8 en dezelfde, "Schadeverzekering en schadevergoeding", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 147-162.

vergaande beperkingen) van de thans bestaande werkgeversaansprakelijkheid. Anders zou de verzekeraar immers enerzijds de directe werkgeversverzekering voor beroepsziekten aanbieden, maar anderzijds nog steeds het risico lopen dat zijn verzekerde daarnaast ook met aansprakelijkheidsclaims te maken krijgt (bijvoorbeeld voor het geval dat de directe verzekering niet alle schade zou dekken⁷⁷⁴). In die visie zou directe verzekering weinig toevoegen wanneer zij nog steeds moet worden gecumuleerd met een aansprakelijkheidsverzekering: de problemen van aansprakelijkheid en verzekering is men dan immers nog niet kwijt. Bovendien is een dergelijk stelsel ook voor werkgevers weinig aantrekkelijk: waarom zouden zij zowel een aansprakelijkheidsverzekering als een directe verzekering nemen of laten cumuleren? Uiteraard kunnen verzekeraars net als bij de MSV op eigen houtje stoppen met dekking te verlenen op basis van aansprakelijkheidsverzekering en vervolgens alleen dekking op basis van directe verzekering aanbieden. Dat zij daartoe niet overgaan heeft in ieder geval in belangrijke mate hiermee te maken dat men dat niet aandurft omdat een dergelijke stap in het kader van de beroepsziekten een veel grotere impact heeft (voor werkgevers, werknemers, maatschappij) dan bij de milieuschade.

Verder is het begrijpelijk dat wetgevend ingrijpen in ieder geval noodzakelijk wordt geacht wanneer (een zekere) immuniteit voor aansprakelijkheid wordt gecreëerd.

Dat immuniteit in dit verband wordt overwogen heeft diverse redenen. Zo heeft het ongemoeid laten van de aansprakelijkheidsrechtelijke regeling diverse nadelen (kosten, dubbele verzekering, gebrek aan noodzaak op het punt van prikkelwerking etc.). Voor werkgevers zal zwaar wegen dat zij met een directe verzekering in eerste instantie een ruimhartiger regeling aanvaarden dan volgens het aansprakelijkheidsrecht - directe verzekering (schade in de context van het werk is voldoende voor een uitkering - is immers laagdrempeliger dan het aansprakelijkheidsrecht (zonder tekortkoming geen aansprakelijkheid)), waar dan wat 'tegenover zal moeten staan': in ieder geval zal voor hen de combinatie van een laagdrempelige directe verzekering met daarnaast (of daarbovenop) ook nog een laagdrempelig aansprakelijkheidsrecht (de trend op het terrein van werkgeversaansprakelijkheid gaat in de richting van het steeds verder in betekenis teruglopen van verweermiddelen van de werkgever; zie hiervoor hoofdstuk 2) weinig aantrekkelijk zijn⁷⁷⁵.

Hoe begrijpelijk het ook is dat in de discussie aandacht wordt besteed aan de vraag of wetgevend ingrijpen en immuniteit noodzakelijk zijn, het is – nogmaals – voor een zuivere vergelijking van de aansprakelijkheidsverzekering met de directe verzekering nodig dat men zich realiseert dat wetgevend ingrijpen en immuniteit van aansprakelijkheid geen wezenskenmerken van directe verzekering zijn.

Hiervoor is reeds ingegaan op een aantal voordelen van de directe verzekering boven aansprakelijkheidsverzekering. Het belang van enkele van deze voordelen is daarbij reeds gerelativeerd. In verschillende recente beschouwingen gaat een aantal gezaghebbende auteurs veel verder dan dat: zij hebben de figuur van de directe verzekering onder vuur genomen⁷⁷⁶. Hun kritiepunten kunnen als volgt worden ingedeeld:

1. de directe verzekering kan niet (alle) problemen van aansprakelijkheid en verzekering oplossen;
2. (verschillende) problemen van aansprakelijkheid en verzekering kunnen ook binnen dat systeem worden opgelost door verzekeraars zelf;

774. Hierbij denken wij niet aan de opzetgevallen doch bijvoorbeeld aan de situatie dat niet alle schade op de directe verzekering wordt vergoed (beperkte verzekerde som).

775. De pijn is uiteraard voor hen veel minder groot wanneer in plaats van art. 7:658 een *klassieke* schuldaansprakelijkheid geldt.

776. Zie Frenk, N., o.c., *NJB*, 1999, 1547-1554; dezelfde, *AV&S*, 2000/0, 6 e.v.; Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 416 e.v.; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666 en dezelfde, o.c., *A&V*, 2000, 126-127.

3. introductie van directe verzekering vereist vergaand wetgevend ingrijpen;
4. directe verzekering gaat gepaard met ongewenste immuniteit van aansprakelijkheid.

Het lijkt ons zinvol deze kritiek nader te beschouwen. Daartoe wordt steeds kort weergegeven wat de kritiek inhoudt en wordt zij vervolgens op haar merites beoordeeld.

3. DE DIRECTE VERZEKERING KAN NIET (ALLE) PROBLEMEN VAN AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING OPLOSSEN

Het gaat hierbij in het bijzonder om het argument van de grote aantallen slachtoffers van beroepsziekten die als problematisch worden gezien in een systeem van aansprakelijkheidsverzekering. Deze aantallen ontloopt men in een systeem van directe verzekering niet. Sterker nog, zo wordt tegengeworpen: omdat de directe verzekering een laagdrempeliger systeem is dan het aansprakelijkheidsrecht trekt men waarschijnlijk nog grotere aantallen slachtoffers aan⁷⁷⁷. Het is dan ook de vraag of een systeem van directe verzekering wel verzekeraar is⁷⁷⁸: hoe kan nu een laagdrempeliger systeem een oplossing bieden voor problemen van aansprakelijkheid en verzekering die ten dele juist ook te maken hebben met laagdrempeligheid?

Afgezien van deze aanzuigende werking wordt erop gewezen dat ook in een systeem van directe verzekering causaliteitsproblemen optreden. Wij zijn hierop hiervoor reeds kort ingegaan.

De kritiek is fundamenteel en ten dele ook niet goed te weerleggen. Het is inderdaad niet zo dat de directe verzekering alle problemen van aansprakelijkheid en verzekering zou kunnen oplossen. Dat geldt in het bijzonder het probleem van de onzekerheid omtrent de vraag of en in welke mate een bepaalde beroepsziekte zich zal manifesteren. Deze onzekerheid is bij bepaalde ziekten wellicht dermate groot dat verzekeraars daar noch in een stelsel van aansprakelijkheidsverzekering noch in een stelsel van directe verzekering mee kunnen omgaan. Met andere problemen kan echter wel degelijk worden afgerekend. Zo is reeds aangegeven dat het een kwestie van inrichting van de directe verzekering is of en zo ja in welke mate causaliteitsvragen rijzen. Naarmate de regeling op dit punt ruimhariger is opgezet, zal zo'n laagdrempelig systeem tot meer schadegevallen aanleiding geven dan bij aansprakelijkheidsverzekering. Intussen maakt laagdrempeligheid een risico uiteraard niet onverzekerbaar. Waar het om gaat, is dat verzekeringstechnisch gezien het risico van *schade* (beroepsziekten bij een bepaalde populatie werknemers) beter voorspelbaar en dus calculeerbaar is dan het risico van *aansprakelijkheid*. Bovendien ligt normering op het punt van de uitkering (welke posten, welke bedragen, tot welk percentage? etc.) meer dan bij aansprakelijkheid(verzekerings) voor de hand⁷⁷⁹. Dergelijke regulering kan de voorspelbaarheid van het risico en daarmee de verzekeraarbaarheid ten goede komen.

4. (VERSCHILLENDE) PROBLEMEN VAN AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING KUNNEN OOK BINNEN DAT SYSTEEM WORDEN OPGELOST DOOR VERZEKERAARS ZELF

Wij zijn hiermee overigens op een volgend punt gekomen. Ervan uitgaande namelijk dat wetgevend ingrijpen noodzakelijk is, rijst uiteraard de vraag wat het zelfregulerend vermogen is van de verzekeringsbranche. Kunnen de verzekeraars de problemen niet zelf oplossen?

777. Zie in dit verband A-G Spier voor HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 en dezelfde, o.c., A&V, 2000, 126-127.

778. Negatief is Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 418.

779. Normering is uiteraard wel mogelijk bij aansprakelijkheidsverzekering, zij het dat daartoe in de praktijk om commerciële redenen zelden wordt overgegaan.

Het is vooral Frenk die in dit kader betoogt dat het antwoord (althans grotendeels) bevestigend luidt⁷⁸⁰. Hij bedoelt echter niet dat verzekeraars zelf de directe verzekering zouden kunnen invoeren, doch dat de genoemde problemen binnen een stelsel van aansprakelijkheidsverzekering zouden kunnen worden opgelost. Hij heeft daarbij in het bijzonder hoge verwachtingen van het claims made-systeem omdat dat de long tail-problemen zou oplossen althans zou beperken en tussentijdse polisaanpassing mogelijk zou maken. Verder wijst hij erop dat verzekeraars ook bij aansprakelijkheidsverzekering meer dan gebruikelijk is de dekking kunnen beperken zowel wat betreft de verzekerde risico's als wat betreft de verzekerde schade(posten). Deze remedies zijn in hoofdstuk 5 uitvoerig aan de orde geweest.

Dat laatste is op zich volkomen juist. Het is inderdaad zo dat verzekeraars meer zouden kunnen doen om zich in te dekken tegen nieuwe risico's ook in het kader van de aansprakelijkheidsverzekering. Wij hebben er hiervoor in hoofdstuk 5 echter al op gewezen dat voor een aantal acties van verzekeraars geldt dat zij haaks staan op de belangen van verzekerden en gelaedeerden. Het lijkt daarom vanuit maatschappelijk oogpunt minder aantrekkelijk de (oplossing van de) problemen geheel aan de verzekeringsbranche zelf te laten. Daar komt nog bij dat verschillende van de in de literatuur gesuggereerde remedies niet alle problemen vanuit het perspectief van verzekeraars kunnen oplossen. Een voorbeeld ter illustratie. Wij hebben in hoofdstuk 5 al aangestipt dat een claims made-polis niet alle long-tail-problemen voor verzekeraars oplost. Ook bij een dergelijke polis kan de verzekeraar immers worden geconfronteerd met een onverwachte stroom aan claims voor "nieuwe risico's". Dan kan de verzekeraar inderdaad met een tussentijdse premieaanpassing reageren, zoals Frenk suggereert⁷⁸¹, maar onder de klassieke loss-occurrence-dekking kon hij dat natuurlijk ook. De kern van de claims made-dekking is nu juist dat de verzekeraar bij een toename van het aantal claims de polis zou kunnen beëindigen en daarmee het uitloopriskico kan uitsluiten, althans in belangrijke mate beperken. Een en ander leidt er natuurlijk toe dat slachtoffers onder deze nieuwe dekkingssystematiek geen gegarandeerde vergoeding via aansprakelijkheidsverzekering zullen hebben met alle gevolgen van dien. Uiteraard kan de critici worden toegegeven dat het mogelijk is risico's in het kader van de aansprakelijkheidsverzekering beheersbaar te maken. Als zij dit doorslaggevend vinden, gaan zij voorbij aan het fundamentele voordeel van de directe verzekering, namelijk dat de "trigger" niet langer aansprakelijkheid is, maar slechts het zich voordoen van schade, hetgeen beter voorspelbaar en derhalve beheersbaar is. Claims made heeft derhalve vanuit slachtofferoogpunt evidente nadelen, directe verzekering heeft enkele evidente voordelen zowel voor verzekeraars als voor gelaedeerden.

5. INTRODUCTIE VAN DIRECTE VERZEKERING VEREIST VERGAAND WETGEVEND INGRIJPEN

Hiervoor is al een kanttekening geplaatst bij dit argument. Het is niet noodzakelijk dat de wetgever ingrijpt: hij hoeft de directe verzekering niet in te voeren, de branche kan dat zelf: de MSV-polis vormt het bewijs. Gaat de wetgever echter wel tot invoering over dan stuit men op de bekende, in hoofdstuk 6 al genoemde, algemene bezwaren tegen verplichte verzekering. Een dergelijke verplichting⁷⁸²:

- maakt inbreuk op de vrijheid zich al dan niet te verzekeren en daarmee op de vrijheid om te beslissen het risico zelf te dragen⁷⁸³;
- betekent een verzwaring van de collectieve lastendruk;
- houdt in dat men controle op de nakoming van de verzekeringsplicht zal moeten uitoefenen en (wellicht) met handhavingsproblemen wordt geconfronteerd.

780. Frenk, N., *o.c.*, *AV&S*, 2000/0, 4-6.

781. Frenk, N., *o.c.*, *AV&S*, 2000/0, 5.

782. Illustratief zijn de kritische bijdragen van Frenk, N., *o.c.*, *NJB*, 1999, 1547-1554 en dezelfde, *o.c.*, *AV&S*, 2000/0, 10.

783. Uiteraard is het goed mogelijk wettelijk te regelen dat – onder zekerheidsstelling – bepaalde werkgevers het risico zelf dragen.

Eerlijk gezegd kan men van de eerste twee bezwaren moeilijk onder de indruk raken althans mag worden aangenomen dat het belang van verzekeraarbaarheid c.q. het belang van een goede vergoedingsregeling terzake van beroepsziekten een dergelijke inbreuk en verzwaaring rechtvaardigen. In wezen geldt dat ook het praktische argument van de controle op en de handhaving van de verzekeringsplicht. Bovendien: onoverkomelijk kan dit punt toch ook moeilijk worden genoemd.

Afgezien van deze bezwaren tegen een verzekeringsplicht wordt er ook op gewezen dat de wetgever die een dergelijke verplichting introduceert zich bezig zal moeten houden met allerhande principiële en praktische vragen als:

- voor welke risico's dient de verzekering dekking te verlenen?;
- op welk(e) uitkering(s)niveau geeft de verzekering recht?;
- is volledige vergoeding uitgangspunt zoals in het aansprakelijkheidsrecht of is de vergoeding beperkt en zo ja in hoeverre?;
- welke regels gelden op het punt van causaliteit en schadebegroting; die van afd. 6.1.10 BW of juist niet?;
- kan de verzekeraar verweermiddelen ontleend aan de verhouding tot de verzekeringnemer tegenwerpen aan de verzekerden (de werknemers)?;
- welke verplichtingen heeft de verzekerde jegens de verzekeraar (melding binnen bepaalde tijd, informatievoorziening, premiebetaling?); welke sancties staan op niet-nakoming van deze verplichtingen?;
- dient te worden voorzien in een eigen recht van de gelaedeerde jegens de verzekeraar en in een waarborgfonds?⁷⁸⁴ Dat laatste houdt nauw verband met het aspect van (een zekere mate van) immuniteit van aansprakelijkheid voor de werkgever.

Meer algemeen wordt de vrees geuit dat slachtoffers slechter af zullen zijn in een systeem van directe verzekering dan in een systeem van aansprakelijkheidsrecht omdat de regels omtrent vergoeding (afdeling 6.1.10 BW) en verjaring gunstiger zouden zijn dan contractuele regels voor directe verzekering⁷⁸⁵.

Dat de wetgever, mocht hij tot invoering overgaan, een (groot) aantal kwesties zal moeten regelen, is zeker. Dat daar onoverkomelijke bezwaren tegen bestaan kan moeilijk worden gezegd: het belang van een goede vergoedingsregeling lijkt voldoende rechtvaardiging voor wetgevend optreden. Een aantal vragen zal inderdaad lastig te beantwoorden zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag welk vergoedingsniveau wordt gekozen. Het meest waarschijnlijk is dat dat niveau lager ligt dan in het aansprakelijkheidsrecht. Naar onze opvatting is daar ook niet veel tegen nu de directe verzekering veeleer het karakter heeft van (private) sociale zekerheid dan van een aansprakelijkheidsrechtelijke regeling: zij geeft immers vergoeding zonder dat aan de voorwaarden van het aansprakelijkheidsrecht behoeft te zijn voldaan (zie al eerder het slot van hoofdstuk 7). In een dergelijk systeem hoeft dan ook niet te worden vastgehouden aan de principes van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding van vermogensschade, smartegeld). Dat de bescherming van werknemers per definitie volgens die principes zou moeten worden vormgegeven zoals wel eens wordt gesuggereerd lijkt ons onjuist; een vergoedingsregeling die afstand neemt van de voorwaarden die het aansprakelijkheidsrecht normaliter stelt, kan ook afwijken van het vergoedingsniveau van het aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijke regeling kan nog steeds een adequate vergoedingsregeling zijn. Bovendien dient men zich te realiseren dat het al vaker genoemde gelijke behandelingsaspect hier ook een rol speelt: wanneer voor de slachtoffers van een beroepsziekte buiten het aansprakelijkheidsrecht

784. Hier zit overigens wel een probleem. Wie vult namelijk het eventuele waarborgfonds? Anders dan bij de WAM is hier niet sprake van homogene risico's. Bovendien moet "slechts" worden voorkomen dat werkgevers hun lasten via het fonds afwentelen op de "goede" werknemer.

785. Zie behalve Frenk ook Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 417-418.

een regeling zou worden getroffen met een zeer hoog vergoedingsniveau rijst onvermijdelijk de vraag waarom dat voor andere slachtoffers niet gebeurt⁷⁸⁶.

Welk vergoedingsniveau precies wordt gekozen is uiteindelijk weer een vraag van uitwerking; ook hier zijn verschillende modaliteiten mogelijk. Zo kan worden gekozen voor vergoedingen die een percentage zijn van het laatst verdiende loon, voor forfaitaire bedragen etc. Bovendien is het ook in een systeem van directe verzekering wel degelijk mogelijk een zekere smartegeldvergoeding te geven; noodzakelijk is het intussen niet.

6. DIRECTE VERZEKERING GAAT GEPAARD MET ONGEWENSTE IMMUNITEIT VAN AANSPRAKELIJKHEID

Ook op dit punt geldt dat wij er hiervoor al op gewezen hebben dat het hier een niet aan de figuur van de directe verzekering inherent kenmerk betreft. Wordt immuniteit echter overwogen dan stuit men in ieder geval op de volgende kritiek. Immuniteit zou principieel onjuist zijn, althans indien en voor zover ook schuldaansprakelijkheid zou zijn uitgesloten, dan immers botsen met het rechtvaardigheidsgevoel en bovendien leiden tot ongewenste effecten in de sfeer van preventie (werkgevers zouden immers niet de juiste prikkels krijgen).

Het principiële punt is belangrijk. Totale afschaffing van het aansprakelijkheidsrecht ligt niet voor de hand; het kan niet zo zijn dat veroorzakers 'straffeloos' zijn in het aansprakelijkheidsrecht. Evenmin valt het te rechtvaardigen dat gelaedeerden bij ernstig onzorgvuldig gedrag van de werkgever kunnen worden afgescheept met het vergoedingsniveau van de directe verzekering. Voor dergelijke gevallen moet het aansprakelijkheidsrecht blijven bestaan. In dat geval zou, in de woorden van Wansink, sprake zijn van een gemengd model, waarin de directe verzekering in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht wordt gehanteerd⁷⁸⁷. In welke mate het aansprakelijkheidsrecht zou moeten blijven bestaan (bij opzet en grove schuld, bij bewuste roekeloosheid, bij schuld etc), is min of meer een uitwerkingsvraag. Voor grote vrees dat een dergelijke ontsnappingsmogelijkheid in de rechtspraak extensief zal worden geïnterpreteerd, zodat het bereik van het aansprakelijkheidsrecht weer veel groter wordt, bestaat naar onze mening onvoldoende aanleiding: men mag aannemen dat de regering in staat is een eventueel restrictief bedoelde uitzondering ook zo te redigeren en toe te lichten dat de rechter haar ook als zodanig opvat.

Afgezien van dit principiële punt wordt door tegenstanders van immuniteit ook gesteld dat zij vanuit preventieoogpunt zou moeten worden veroordeeld⁷⁸⁸. Naar onze mening is juist de vraag wat de aanvullende preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is wanneer dat ten dele naast de directe verzekering zou blijven bestaan. Het is immers niet zo dat invoering van directe verzekering meebrengt dat de werkgever geen enkele prikkel tot preventie meer zou hebben. Een dergelijke redenering gaat voorbij aan het feit dat bij verzekering wel degelijk prikkels worden gegeven, zij het dat zij dan komen vanuit de controle door de verzekeraar op het preventief gedrag van de werkgever. Een adequate risicodifferentiatie, die hiervoor werd bepleit, betekent dan ook dat de verzekeraar de zorgvuldige werkgever zal belonen met een premieverlaging en ook adequate preventieve maatregelen ter voorkoming van beroepsziekten zal eisen. De mogelijkheden van de verzekeraar die dekking verleent op een directe verzekering verschillen niet van die van een verzekeraar die dekking geeft op een aansprakelijkheidsverzekering. De relevante vraag is vervolgens of vanuit preventieoogpunt naast de mogelijkheden van de (directe) verzekeraar een blootstelling van de werkgever aan aansprakelijkheid nog aanvullende prikkels tot preventie zou bieden. Bewijs kunnen we niet aandragen, maar wij veronderstellen

786. Nog steeds uiterst relevant voor de actuele discussie zijn de geschriften van Bloembergen. Zie in het bijzonder zijn oratie Naar een nieuw ongevalrecht, te vinden in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 51-77.

787. Zie Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 419-421.

788. Zie Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 419-421.

dat de meerwaarde vanuit preventieoogpunt beperkt is. Het zou op dat vlak interessant zijn om de ervaringen met bijvoorbeeld het Belgische model (directe verzekering met volledige immuniteit voor de werkgever, behoudens opzet) dat hierna besproken wordt verder te onderzoeken. Dit alles neemt uiteraard niet weg dat gedeeltelijke handhaving van het aansprakelijkheidsrecht – in ieder geval vanuit principieel oogpunt – zie hiervoor – de voorkeur verdient.

Dan nog een tweetal andere bezwaren die tegen immuniteit worden ingebracht. Zo zou immuniteit voor aansprakelijkheid meebrengen dat regres niet mogelijk is: immers bij gebreke van aansprakelijkheid is er ook geen regres. Het betreft hier – als bekend - een politiek gevoelig punt. Twee kanttekeningen dienen daarbij te worden gemaakt: in de eerste plaats is de betekenis van regres op het terrein van de beroepsziekten door het zogenaamde collegaverweer minimaal⁷⁸⁹ en in de tweede plaats kan, als men dat al zou wensen, een bepaalde inkomensstroom ook buiten het aansprakelijkheidsrecht worden gerealiseerd (denk aan een heffing).

Afschaffing van aansprakelijkheidsrecht zou ten slotte tot gevolg hebben dat de wetgever of beter de overheid een belangrijk terrein 'uit handen geeft' en wel aan een belanghebbende⁷⁹⁰: verzekeraars zouden het heft in handen hebben en niet langer, zoals in een aansprakelijkheidsrechtelijk systeem, wetgever en rechter. Ook hier past een relativering: het is niet zo dat met invoering van een ander vergoedingssysteem iedere rechtsbescherming is verdwenen. Ervan uitgaande dat de wetgever tot invoering overgaat, is het aan hem om door regulering de kaders voor deze bescherming te geven. Uiteraard is bovendien rechterlijk toezicht in een systeem van directe verzekering mogelijk.

§ 4. Verschillende modellen zijn mogelijk

1. INLEIDING

In de literatuur is de directe verzekering naar voren geschoven als een van de remedies tegen de uitbreidende aansprakelijkheidslast voor beroepsziekten. Op dit idee is echter recentelijk veel kritiek geuit. Dit is opvallend aangezien de bezwaren tegen die directe verzekering zich vooral richten tegen de immuniteit van de werkgever en het verplicht karakter van de directe verzekering. Wij hebben erop gewezen dat deze twee elementen (immuniteit van aansprakelijkheid en het verplicht karakter van de verzekering) de discussie vertroebelen. Dat heeft als nadeel dat velen zich door die twee elementen thans resoluut tegen de directe verzekering verzetten, zodat de kans bestaat dat zij het kind met het badwater weggooien. Wij hebben gepoogd duidelijk te maken dat directe verzekering zowel theoretisch als praktisch een aantal belangrijke voordelen biedt. Verzekeringstechnisch blijft het voordeel dat directe verzekering betrekking heeft op de verzekering van schade en niet van aansprakelijkheid, waardoor het risico beter beheersbaar en calculeerbaar zou zijn. De verzekeringstechnische voordelen van directe verzekering worden ook op praktisch vlak bewezen. Risico's die via aansprakelijkheidsverzekering onverzekerbaar, althans moeilijk verzekerbaar werden geacht (denk aan het milieurisico), worden wel gedekt via directe verzekering.

De vraag blijft uiteraard of aan deze beschouwingen ook beleidsconsequenties dienen te worden verbonden. Daarbij denken wij vooral aan de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten nu dit terrein gelet op de problemen en de "beleving" ervan daar het meeste rijp voor lijkt. In dit kader zijn verschillende modellen denkbaar:

789. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

790. Zie behalve Frenk ook Wansink, J.H., o.c., in *Verzekering en maatschappij*, 418.

2. VRIJWILLIGE INVOERING ZONDER REGULERING

Een eerste model zou inhouden dat verzekeraars, vanwege de verzekeringstechnische voordelen van directe verzekering, vrijwillig directe verzekering voor beroepsziekten invoeren, zonder enige tussenkomst van de overheid en met volledig behoud van het aansprakelijkheidsrecht. Dit zou een gemengd model opleveren waarin directe verzekering wordt gehanteerd in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht. Dit model kent in de praktijk reeds een voorbeeld in de milieuschadeverzekering: zij dekt milieuschade op first party-basis, terwijl slachtoffers nog steeds een beroep op het aansprakelijkheidsrecht kunnen doen. Een dergelijk model zou bij beroepsziekten ook denkbaar zijn. Nadeel voor de verzekeraar (en de werkgever) is uiteraard dat de directe verzekering inderdaad tot een aanmerkelijke uitbreiding van de financiële last voor de verzekeraar (en dus direct voor de werkgever) zal leiden, terwijl er voor hen geen "compensatie" wordt geboden in de vorm van een beperking van aansprakelijkheid.

3. VERPLICHTE VERZEKERING EN REGULERING VAN DE DEKKING

In het tweede model zou de overheid de werkgever verplichten een algemene verzekering af te sluiten voor de beroepsgebonden aandoeningen van de werknemers. De overheid bepaalt dan uiteraard de voorwaarden voor de verzekering, zodat een klassieke verplichte verzekering wordt ingevoerd, terwijl anderzijds het aansprakelijkheidsrecht wel behouden blijft.

Ook dit model kent een voorbeeld in de praktijk, namelijk in het kader van de verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. In dit model heeft de wetgever een verplichting ingevoerd om een verzekering af te sluiten die de schade die een proefpersoon zou lijden tengevolge van het onderzoek dekt, maar heeft hij het aansprakelijkheidsrecht ongemoeid gelaten.

Aan dit model kleven uiteraard de klassieke nadelen van de verplichte verzekering (zie hiervoor hoofdstuk 5). Verder zullen de verzekeraars weinig gelukkig zijn met dit model waarbij wel een verzekeringsplicht is opgelegd, het aansprakelijkheidsrecht niet is uitgesloten of beperkt en de wetgever zich bovendien intensief heeft bemoeid met de dekking. Of dergelijk model een haalbare kaart is, mag worden betwijfeld.

4. VERPLICHTE VERZEKERING: AANSPRAKELIJKHEID AFGESCHAFT, TENZIJ ...

Het is uiteindelijk een derde model dat wellicht de meeste kans op invoering maakt. In dit model zou een zekere immuniteit van aansprakelijkheid aan de werkgever worden geboden en tegelijkertijd (omdat anders verhaalsmogelijkheden voor gelaedeerden wegvallen) een plicht worden ingevoerd tot het afsluiten van een directe verzekering⁷⁹¹. Dit model was in Nederland bekend onder de Ongevallenwet van 1901 en komt sterk overeen met de Belgische arbeidsongevallenwet van 1971.

5. BELGIË ALS LICHTEND VOORBEELD?

We komen hiermee op een interessant punt. Natuurlijk zijn belangrijke principiële en praktische bezwaren in te brengen tegen het idee van een verplichte directe verzekering van de werkgever voor de gevolgen van beroepsziekten. Niettemin is het idee bepaald niet zo revolutionair als de critici in Nederland suggereren. Nederland is immers (met het Verenigd Koninkrijk) een van de zeer weinige landen in Europa

791. Inderdaad moet dan, zoals de critici ook aangeven, worden voorzien in een oplossing voor het geval de verzekeringsplicht niet is nageleefd. Waarschijnlijk zal dat een waarborgfonds moeten zijn. Een even eenvoudig te realiseren oplossing als bij het gemotoriseerd verkeer is dit intussen niet. Het is hiervoor al opgemerkt. Zie in dit verband Wansink, *o.c.*, *Verzekering en maatschappij*, 418.

waar een verregaande werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten en bedrijfsongevallen bestaat. In de meeste andere landen wordt de schade die daardoor aan werknemers wordt veroorzaakt vergoed via sociale zekerheid of andere collectieve regelingen. Het model dat de Nederlandse voorstanders van een directe verzekering in het kader van beroepsziekten thans voor ogen staat, bestaat reeds in Europa. Wij volstaan op deze plaats met het behandelen van de regeling in de Belgische arbeidsongevallenwet van 10 april 1971. Deze Belgische wet⁷⁹² definieert (op ruime wijze) wat als een arbeidsongeval kan worden gekwalificeerd en bepaalt eveneens welke bedragen worden uitgekeerd. Deze gestandaardiseerde bedragen worden betaald in de vorm van een lijfrente (althans bij een dodelijk arbeidsongeval) die aan de nabestaanden wordt uitgekeerd en wordt berekend op het basisloon van de betrokken werknemer. Krachtens artikel 49 van de arbeidsongevallenwet is de werkgever verplicht een arbeidsongevallenverzekering aan te gaan bij een daartoe gemachtigde verzekeringsmaatschappij. De voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst zijn bij Koninklijk Besluit bepaald. De verzekeraar dient vervolgens alle door de wet geregelde risico's (van arbeidsongevallen) te dekken voor alle werknemers in dienst van een werkgever en voor alle werkzaamheden waarvoor zij door die werkgever zijn tewerkgesteld. Hoewel deze arbeidsongevallenwetgeving in België tot de sociale zekerheid wordt gerekend betreft het hier eigenlijk een directe verzekering ten voordele van de werknemer, doch betaald door de werkgever, conform het hiervoor geschetste model. De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen is in beginsel uitgesloten tenzij (zie artikel 46 § 1 1°) de werkgever het arbeidsongeval opzettelijk heeft veroorzaakt of opzettelijk een ongeval heeft veroorzaakt dat een arbeidsongeval tot gevolg heeft. Wel is de verzekeraar van de werkgever krachtens artikel 47 van de wet gesubrogeerd in de rechten van het slachtoffer of zijn rechthebbenden tegenover derden. De verzekeraar die derhalve het slachtoffer heeft vergoed kan zich dus op zijn beurt tegen een aansprakelijke derde richten, maar de omvang van de subrogatoire vordering is uiteraard beperkt tot de rechten die het slachtoffer zelf had kunnen uitoefenen⁷⁹³. Tegen de werkgever zelf is derhalve alleen nog een aansprakelijkheidsvordering mogelijk in geval van opzet.

In dit systeem wordt de mogelijke preventieve werking zoveel mogelijk gewaarborgd, nu de premie die de verzekerde werkgever betaalt risicogerelateerd is. Wel blijkt van de (beperkte) mogelijkheid om bij opzet nog van het aansprakelijkheidsrecht gebruik te maken in de praktijk weinig terecht te komen. Die beperkte aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht hoeft echter geen probleem te vormen op preventief vlak zolang de verzekeraar (onder meer via de risicogerelateerde premie) een behoorlijke risicodifferentiatie kan toepassen.

Het is dit model dat vooralsnog naar ons inzicht de beste papieren heeft. Wat de discussie in Nederland sterk beheerst is dat de werknemer er ten opzichte van de huidige situatie (lees: het aansprakelijkheidsrecht) op achteruit zou gaan (gelet althans op het vergoedingsniveau). Dat is uiteraard ten dele waar: intussen moet men niet uit het oog verliezen dat de huidige situatie nog steeds een behoorlijk aantal minder prettige kanten heeft voor gelaedeerden. Wij maken ons sterk dat vele werknemers van nu bij een vrije keuze de voorkeur zouden geven aan een laagdrempelig systeem van directe verzekering dat hen bij een beroepsziekte de zekerheid geeft van een zeer behoorlijke vergoeding terzake van inkomensschade boven een systeem zoals van het huidige recht waarin men uiteindelijk – in geval van aansprakelijkheid van de werkgever – volledige vergoeding plus smartegeld krijgt.

Dit model, dat op Belgische leest is geschoeid, dient niet te worden verward met de Belgische regeling van het fonds voor beroepsziekten. Aan deze regeling zijn nogal wat nadelen verbonden. In de eerste plaats zijn de bijdragen aan het Fonds voor Beroepsziekten niet risicogerelateerd, maar juist voor iedere

792. B.S. 24 april 1971.

793. Hof van Cassatie, 10 mei 1988, Arresten van het Hof van Cassatie, 1987-88, 1174 en Hof van Cassatie, 21 mei 1993, Arresten van het Hof van Cassatie, 1993, nr. 250.

werkgever gelijk. Daarnaast is er ook bij beroepsziekten een immuniteit van aansprakelijkheid voor de werkgever (behoudens enkele strikte uitzonderingen). Die beperkte aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt in dit geval niet gecompenseerd door een risicodifferentiatie bij de premiebetaling. Die regeling lijkt dus problematisch wat betreft het bieden van prikkels tot preventie van beroepsziekten.

In de derde plaats biedt het Belgische Fonds Beroepsziekten ook geen vergoeding voor *smartegeld*, terwijl dat juist een belangrijk deel van de schade kan vormen. In verband met deze bezwaren wordt hier niet gepleit over het overnemen van de Belgische fondsoptlossing voor beroepsziekten, maar wel voor een regeling conform de Belgische arbeidsongevallenwet. Deze biedt een voorbeeld van het hierboven geschetste model van directe verzekering.

6. OPROEP TOT NADER ONDERZOEK

Uit het voorgaande volgt dat een scala van modellen mogelijk is, die goed op hun merites dienen te worden beoordeeld voordat aan de directe verzekering ook beleidsconsequenties worden verbonden. Het is in deze fase moeilijk een definitieve keuze te maken. Het lijkt daarom aangewezen eerst de verschillende praktijkvoorbeelden van de geschetste modellen (milieuschadeverzekering, medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en Belgische arbeidsongevallenwet) aan een nader onderzoek te onderwerpen. Bij dit onderzoek dient vanzelfsprekend niet alleen naar de theoretische vormgeving van de verschillende modellen te worden gekeken, maar dient ook de aandacht uit te gaan naar de kosten van de verschillende systemen, de afstemming op de (publieke) sociale zekerheid en naar de preventieve effecten. Voor een en ander is uiteraard ook empirisch onderzoek nodig. Bovendien zal de vraag onder ogen moeten worden gezien of ook de arbeidsongevallen onder de bijzondere regeling zouden moeten vallen en zal ook de nodige aandacht moeten worden besteed aan de overgangproblemen die een eventuele stelselwijziging met zich brengt. Het lijkt derhalve op beleidsmatig vlak aangewezen dat eerst nader onderzoek wordt uitgevoerd voordat overhaaste beslissingen met betrekking tot de hervorming van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten worden genomen.

7. BRUIKBAARHEID VAN DIRECTE VERZEKERING BUITEN DE BEROEPSZIEKTEN

Directe verzekering lijkt een goede oplossing voor het terrein van de beroepsziekten als zodanig. Voor andere gezondheidsrisico's ligt dat waarschijnlijk anders, omdat de kosten van regulering niet opwegen tegen de baten. Veeleer is dan een optie dat potentiële slachtoffers zich op first party basis verzekeren.

8. DE WIND MEE VOOR DIRECTE VERZEKERING?

Hoewel de overstap van aansprakelijkheidsrecht naar directe verzekering bepaald ingrijpend kan worden genoemd, is het niet zo dat het denken en schrijven hierover zinloos is. Uit een brief van de minister van Justitie met betrekking tot zijn plannen blijkt dat hij zich aan het herbezinnen is op de taken en doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht en in dat kader ook bekijkt of en zo ja in hoeverre het wenselijk is, de overstap naar directe verzekering te maken⁷⁹⁴. Hij noemt daarbij in het bijzonder ook het terrein der beroepsziekten.

Vermeldenswaard is in dit kader dat de directe verzekering in de plannen van de Commissie Donner⁷⁹⁵ een belangrijke plaats lijkt in te nemen. In deze plannen wordt een onderscheid gemaakt tussen duurzaam

794. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27400 VI, nr. 54, 6-7.

795. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsgeschiktheid*, Den Haag 2001.

arbeidsongeschikten en gedeeltelijk ongeschikten. Voor de eerste categorie geldt de WAO (en geldt een uitkeringsniveau dat hoger ligt dan op dit moment het geval is). Voor de tweede categorie ligt dat anders: deze krijgt minder, tenzij sprake is van een arbeidsongeval danwel een beroepsziekte. Voor die gevallen voorziet, in verband met ILO-verplichtingen, een verplicht door de werkgever af te sluiten risqué professionel-verzekering in een uitkering. In ruil voor deze verplichting wordt de werkgeversaansprakelijkheid wellicht afgeschaft⁷⁹⁶. In feite gaat het hier dus om een directe verzekering.

796. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsgeschiktheid*, Den Haag 2001, 134-135.

LITERATUUR

- Aantjes, K., "Verjaring: de sexueel misbruik- en kindermishandelingenarresten", *VR*, 2000, 173-177.
- Abraham, K., "Environmental Liability and the Limits of Insurance", *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, 957-959.
- Adams, M., *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985.
- Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsgeschiktheid*, Den Haag 2001.
- Akerlof, G., "The Market for 'lemons': Quality, uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500.
- Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Deventer, Kluwer, 1997.
- Akkermans, A., Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2000.
- Ashmann, M.J.A.M., "Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht", in Hol, A.H. en Stolker, C.J.J.M. (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1995, 11 e.v.
- Asser-Vranken, J.B.R., *Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995.
- Asser-Clausing, P. en Wansink, J.H., Asser serie deel 6, *De verzekeringsovereenkomst*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998.
- Backes, Ch.W., Barendregt, A., Van Dobben, H.F., Kottenhagen-Edzes, P.A., Schouwenberg, E.P.A.G., Wamelink, G.W.W., Milieuschade in Nederland, een onderzoek naar de mogelijkheden en noodzaak van een voorziening ter financiering van het herstel van ecologische schade, Publikatiereeks milieubeheer, 1998/9.
- Barendrecht, J.M., "Vereenvoudigde afdoening van regresvorderingen" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 137 e.v.
- Barendrecht, J.M. en Van Boom, W.H., in *BW-Krant, Jaarboek 2000*, Deventer 2000, 45 e.v.
- Barendrecht, J.M. en Weterings, W.T.C., *Efficiënte afdoening van regresvorderingen*, KUB Tilburg, 2000.
- Bauw, E., "Tussen traditie en efficiëntie: naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade", *NJB*, 1995, 622-630.
- Bauw, E., Van Dijk, F., Frenk, N., Grijpink, J., Lankhorst, G.L., Salomons, F., en Van der Velden, F., *Naar een claimcultuur in Nederland?*. Dit rapport is eerder, in een enigszins afwijkende versie, gepubliceerd in Bauw E., en Barendrecht, J.M. (red.), *Het aansprakelijkheidsrecht in de 21e eeuw*, Deventer, Kluwer, 1999.

- Bauw, E., "Wetsvoorstel wijziging verjaring personenschade", *A&V*, 2000, 9-10.
- Beekman, D., "Recente ontwikkelingen rond regresrecht", *PS*, 1995, 1224 e.v.
- Bergkamp, P., *De vervuiler betaalt dubbel: over de verhouding tussen privaat en publiek milieurecht*, Antwerpen/Groningen, 1998.
- Bergkamp, P., "Aansprakelijkheid is geen schadeverzekering", *NJB*, 2000, 273-276.
- Bier, L., *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, dissertatie, Deventer, Kluwer, 1988.
- Bier, L., "Veranderingen in de werkgeversaansprakelijkheid? Van artikel 7A:1638X BW (oud) naar art. 7:658 BW", *VR*, 1998, 1 e.v.
- Bier, L., "Rechtszekerheid versus redelijke kans om een vordering geldend te maken", *VR*, 2000, 222 e.v.
- Bijker, J.A., "Risico-aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen?", *SMA*, 1989, 561 e.v.
- Bloembergen, A.R., in *Schade lijden en schade dragen*, NJB boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 15-16.
- Bloembergen, A.R., *Schadevergoeding: algemeen, deel 1, Monografieën Nieuw BW B-34*, Deventer, Kluwer, 1982, nr. 3.
- Bloembergen, A.R., "Het regresrecht van de sociale verzekeraar" in Castermans, A.G., Rank, W.A.K. en De Vries, F.J. (red.), *Schadeverhaal*, BW-krant Jaarboek, Leiden, 1987, 23-24.
- Bloembergen, A.R., "Naar een nieuw verkeersongevallenrecht", in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992.
- Bloembergen, A.R., "Een schadefonds geweldsmisdrijven?", in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, 167 e.v.
- Bloembergen, A.R., "Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal", *NJB*, 1994, 117 e.v.
- Bloembergen, A.R., "Wolfsbergen en de rechtseconomie", in *BW-krant Jaarboek 1996*, Deventer, 1996, 25 e.v.
- Bloembergen, A.R., in *Regresrechten*, 1996, 73 e.v.
- Bloembergen, A.R., in *Verslag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer 1997, 55 e.v.
- Bocken, H., "Van fout naar risico", *T.P.R.*, 1984, 329-415.
- Bocken, H. en Ryckbost, D. (red.), *Verzekering van Milieuschade*, Brussel, Story-Scientia, 1991.
- Bocken, H., "La réparation des dommages causées par la pollution au droit Belge. La situation en 1992", *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, 1992, 284-327.

Bocken, H., "L'assurance responsabilité civile pour dommages causées par la pollution", in *Les Assurances de l'Entreprise, Actes du Colloques tenu à l'Université Libres des Bruxelles les 2 et 3 décembre 1993*, Brussel, Bruylant, 1993.

Bolt, A.T., *Voordeelstoerekening*, Deventer, Kluwer, 1989.

Bolt, A.T., *Loterij of rechtspraak; een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaans recht inzake schadevergoeding bij letsel of overlijden*, Deventer, Kluwer, 1992.

Bolt, A.T. en Lensing, J.A.W., *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1993.

Bolt, A.T. en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996.

Boom, F.J. en Tilanus-Van Wassenaer, G.M., "Werkgeversaansprakelijkheid versus werknemersbescherming: hoe is de stand?", *VR*, 1995, 97-100.

Boot, in *Regresrechten*, 1996, 81 e.v.

Borch, K., "Recent developments in Economic Theory and their Application to Insurance", *The Astin Bulletin*, 1963, 322-341.

Borenstein, S., "The economics of costly risk sorting in competitive insurance markets", *International Review of Law and Economics*, 1989, 25-39.

Bouman, H.A. en Tilanus-van Wassenaar, G.M., *Schadevergoeding: Personenschade*, Deventer, Kluwer, 1998.

Bouman, W.H., "Werkgeversaansprakelijkheid en beroepsziekten (OPS)", *TVP*, 2000, 83 e.v.

Bruinsma, F., "Overbelasting van de civiele kamer van de HR", *NJB*, 1986, 924-925.

Calabresi, G., *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

Calabresi, G. en Klevorick, A., "Four Tests for Liability in Torts", *Journal of Legal Studies*, 1985, vol. 14, 585-627.

Chelius, J., "Liability for Industrial Accidents: a Comparison of Negligence and Strict Liability Systems", *Journal of Legal Studies*, 1974, 293-309.

Coase, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, 1-44.

Cooter, R. en Ulen, Th., *Law and Economics*, 2nd ed., Glenview, 1997.

Cousy, H., "Recent Developments in Environmental Insurance", in Abraham, F., Deketelaere, K. en Stuyck, J. (eds.), *Recent Economic Legal Developments in European Environmental Policy*, Leuven, Leuven University Press, 1995, 227-241.

Cousy, H., "Lectuurnotities en reflecties over ethiek in het zakenleven, in het bijzonder in de verzekering in Mens en Recht-Essays tussen rechtstheorie en rechtspraak", *Liber Amicorum Jan M. Boekman*, Leuven, Peeters, 1996.

Cousy, H. en Claassens, H. (red.), *Aansprakelijkheidsverzekering: dekking in de tijd*, Antwerpen, Maklu, 1997.

Dalq, A., "Quelques cas d'application de la loi du 12 juillet 1976, relative aux calamités naturelles", *Jur. Liège* 1994, 1521-1524.

De Groot, G.J., "Schadefondsen. Tussen toen en toekomst?", in *Schade lijden en schade dragen*, NJB Boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 23 e.v.

De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Collectivering en institutionalisering van regres*, Den Haag, Verbond van Verzekeraars, 1996.

Dek, E.A., "Asbestontwikkeling- Oprechte tegemoetkoming of doekje voor het bloeden", *TMA*, 1999, 62.

De Leede, L., "Meer aandacht voor beroepsziekten", *NJB*, 1998, 1779-1780.

De Ruiters, J., *Asbestslachtoffers*, Advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag, 1997.

De Vries, F.J., *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. RUL, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990.

De Vries, F.J., "Vergoeding van rampschade", *NJB* 1998, 1908-1913.

De Vries, J., "Aansprakelijkheidsrisico's van waterschappen", *TMA*, 2000, 48-51.

Deweese, D., "Economic Incentives for Controlling Industrial Disease: the Asbestos Case", *Journal of Legal Studies*, 1986, 289- 319.

Deweese, D. en Daniels, R., "Prevention and Compensation of Industrial Disease", *International Review of Law and Economics*, 1988, 51-72.

Deweese, D., "The Comparative Efficacy of Tort Law and Regulation for Environmental Protection", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992, 446-467.

Deweese, D., "Tort Law and the Deterrence of Environmental Pollution", in Tietenberg, T.H. (ed.), *Innovation in Environmental Policy, Economic and Legal Aspects of Recent Developments in Environmental Enforcement of Liability*, Brookfield, Elgon, 1992, 139-164.

De Winter, F., "Het regresrecht van risicodragers bij onrechtmatigedaad in Nederland en België en van de Nederlandse risicodragers in België", *VR*, 1988, 29 e.v.

De Wit, G.W., *Gesellschaftliche Bedingungen der Prämienkalkulation, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft e.V.*, Karlsruhe, 1984.

De Wit, G.W., *A Dialogue about Socialization of Risk, Proceedings Centennial American Actuarial Profession*, 1988, 1045-1063.

- Diamond, P., "Single Activity Accidents", *Journal of Legal Studies*, 1974, 107-164.
- Dingwall, P. en Fenn, P., "A respectable profession? Sociological and Economic Perspectives on the Regulation of Professional Services", *International Review of Law and Economics*, 1987.
- Dijkshoorn, M.W., "Ontwikkelingen in de WAO", *Verzekeringsarchief*, 1996, 82-86.
- Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheid van de werkgever voor toetsenbordletsel (repetitive strain injury)", *A&V*, 1995, 27-30.
- Dommering-van Rongen, L., *Schade vergoeden door fondsvorming*, Deventer, Kluwer, 1996.
- Dommering-van Rongen, L., "Een schadefonds voor asbestslachtoffers", *TMA*, 1996, 97 e.v.
- Dommering-van Rongen, L., "Risico's met een lange staart", in *Miscellanea Jurisconsulto vero dedicata (bundel opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M. van Dunné)*, Deventer, Kluwer, 1997, 27-39.
- Dommering-van Rongen, L., "Boekbespreking" *NTBR*, 1998, 153.
- Dommering-van Rongen, L., "Aansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk", *Vrb.*, 2000, 49 e.v.
- Domsdorf, E.P.M.W., *Internationaal Atoomenergierecht, De betrokkenheid van Nederland bij meer dan honderd verdragen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 717.
- Drion, H., *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, oratie, Den Haag, 1955.
- Drion, J., *Stare decisis. Het gezag van precedenten*, oratie.
- Duyvensz, J.H., "Verjaring van asbestclaims", *NTBR*, 1999, 292 e.v.
- Eisenberg, Th. e.a., "The predictability of punitive damages", *Journal of Legal Studies*, 1997, 623-661.
- Elzas, R.Ph. "Cure and pay", *VA*, 1999, 51-52.
- Fase, W.J.P.M., *Wederzijds begrip: over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, Deventer, Kluwer, 1993.
- Fase, W.J.P.M., "Privatisering van de Ziektewet", *SMA*, 1995, 348-362.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., "Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer", *Intermediair*, 1987.
- Faure, M. en Vanbuggenhout, W., "Produktaansprakelijkheid. De Europese Richtlijn: Harmonisatie en Consumentenbescherming?", *RW*, 1987-1988, 40-42.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 80-81.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., "Compulsory Insurance for Professional Liability?", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1989, 308-330.

- Faure, M., "Milieubescherming door Aansprakelijkheidsrecht of Regulering?", *Ars Aequi*, 1990, 759-769.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., "De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse", *Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad, Vermande, 1990.
- Faure, M. en Heine, G., "The Insurance of Fines: the Case of Oil Pollution", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1991, 39-54.
- Faure, M. en Skogh, G., "Compensation for damages caused by nuclear accidents: A convention as insurance", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992, 499-513.
- Faure, M., *(G)een schijn van kans. Beschouwingen over het statistische causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade*, Antwerpen, Maklu, 1993.
- Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringopolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *Het Verzekerings-Archief*, 1993, 3-22.
- Faure, M., "Naar een nieuw model van vergoeding van nucleaire schade", in Faure, M. (red.), *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico*, Antwerpen, Maklu, 1993, 141-176.
- Faure, M., "De verzekering van het nucleaire risico", in: *In Volle Verzekerdheid*, opstellen aangeboden aan Prof.Mr. A.J.O. Baron Van Wassenaer van Catwijck, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993, 247-260.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., "Het toelaten van kartels op de Europese verzekeringsmarkt: hogere premies, lagere kwaliteit en meer ongevallen?", *NJB*, 1993, 261-267.
- Faure, M. en Oudijk, J.C., "Die Strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht. Ein rechtsvergleichender Überblick der Systeme in Deutschland, den Niederlanden und Belgien", *Juristenzeitung*, 1994, 86-91.
- Faure, M., "The Limits to Insurability from a Law and Economics Perspective", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995, 454-462.
- Faure, M., "Beschouwingen over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars", *NJB*, 1995, 1227-1235.
- Faure, M., "Rechtseconomische kanttekeningen bij de deregulering van de arbeidsomstandighedenwetgeving", *Sociaal Recht*, 1995, 140-149.
- Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995.
- Faure, M. en Stroink, F.A.M. (red.), *Recht in het Water*, Maklu, Antwerpen, 1995.
- Faure, M. en Van den Bergh, R., "Restrictions of Competition on Insurance Markets and the Applicability of EC Anti-trust Law", *Kyklos*, 1995, 65-85.
- Faure, M., "Regres in een rechtseconomisch perspectief" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 45 e.v.

Faure, M. en Hartlief, T., "Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?", *A&V*, 1996, 140-151.

Faure, M. en Hartlief, T., "Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?", *Sociaal Recht*, 1996, 37-43.

Faure, M. en Hartlief, T., "Towards an expanding enterprise liability in Europe? How to analyze the scope of liability of industrial operators and their insurers", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, 235-270.

Faure, M. en Hartlief, T., "Compensation Funds versus Liability and Insurance for Remediating Environmental Damage", *Review of European Community & International Environmental Law*, 1996, 321-326.

Faure, M., "Interdependencies between tort law and insurance", *Risk Decision and Policy*, 1997, 193-210.

Faure, M., "Is aansprakelijkheid "met terugwerkende kracht" efficiënt en verzekeraar?", *A&V*, 1998, 1-11.

Faure, M., "The applicability of the principles of private insurance to social health care insurance, seen from a law and economics perspective", *Geneva Papers of Risk and Insurance*, 1998.

Faure, M. en Hartlief, T., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142.

Faure, M. en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?", *RMThemis*, 1998, 211-228.

Faure, M., "The applicability of the principles of private insurance to social health care insurance, seen from a law and economics perspective", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1998, 265-293.

Faure, M. en Hartlief, T., "Het kabinet en de claimcultuur", *NJB*, 1999, 2007-2015

Faure, M. en Hartlief, T., "Enkele opmerkingen naar aanleiding van de brief van het kabinet over de claimcultuur", *A&V*, 1999, 75-84.

Faure, M. en Van den Bergh, R., "Aansprakelijkheidsverzekering, concurrentie en ongevallenpreventie", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 315-342.

Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., "Evaluatie van het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 2000, 64-69.

Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *Evaluatie van het Fonds Luchtverontreiniging*, Den Haag, SdU, 2000.

Faure, M. en Hartlief, T., "Directe schadeverzekering bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering", in Aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten (Faure, M. en Hartlief, T., red.), Den Haag, 2001 (nog niet gepubliceerd).

Faure, M. en Hartlief, T., "Vergoeding van rampschade", in *Ramp en Recht* (Muller, E.R. en Stolker, C.J.J.M., red.), Den Haag, 2001, 149-172.

Feenstra, R., *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, 2e druk, Deventer, Kluwer, 1993.

Fishback, P., "Liability Rules and Accident Prevention in the Workplace: Empirical Evidence from the Early Twentieth Century", *Journal of Legal Studies*, 1987, 305-328.

Fluit, P.S. en Geers, A.J.C.M., "Het eerste RSI-vonnis: een doorbraak", *SR*, 2001, 69-70.

Franken, A.Ch.H., "Schadeverzekering en schadevergoeding", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 147-162.

Frenk, N., "Afwikkeling van massaschade", *NTBR*, 1993, 89-94.

Frenk, N., *Kollektieve akties in het privaatrecht*, dissertatie, Deventer, Kluwer, 1994.

Frenk, N., "Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten", *A&V*, 1996, 81.

Frenk, N., *Asbestslachtoffers*, *VR*, 1997, 295-298.

Frenk, N., "Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, driehoeksverhoudingen en buiten de arbeidsovereenkomst", *NTBR*, 1998, 33-37.

Frenk, N., "De directe schadeverzekering als vervanging van aansprakelijkheid", *NJB* 1999, 1547-1554.

Frenk, N., "De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast?", *AV&S*, 2000, 1-13;

Geers, A.J.C.M., "De EG, het verzuimbeleid en de veranderingen in de Arbowet: het vervolg", *SR*, 1993, 262.

Geers, A.J.C.M., "Een gevaarlijke mythe", *OR-Informatie*, 1995, 41.

Giesen, I., "Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de norm", *NTBR*, 2001, 242-247.

Goudswaard, K.P., "De opmars van particuliere verzekeraars bij de dekking van sociale risico's", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000.

Haazen, O., "De temporele werking van een rechterlijke uitspraak" in Struycken, T. en Haazen, O., "De binding aan precedentes" in Schermers, H.G., Bellekom, Th.L. en Van Kampen, P.T.C. (red.), *De rol van de rechter in de moderne Westerse samenleving*, Leiden, Mordenate College Publications, 1993, 149-207.

Haazen, O.A. en Spier J., "Feitelijke ontwikkelingen en verzekerbaarheid", in Bolt, A.T. en Spier J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, NJV Preadvies 1996, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 7-47.

- Haazen, O.A. en Spier, J., "Amerikaanse toestanden en de nieuwe aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen", *NJB*, 1996, 45-50.
- Hafkamp, W.A., Gilhuis, P.C., Hofland, J., Verschuuren, J.M. en De Putter, P.J., *Een milieuschadefonds in Nederland; een onderzoek naar de mogelijkheden*, Publikatiereeks milieubeheer, 1994/3.
- Hamburger, M., "De aansprakelijkheidsverzekering in Nederland voor schade door kernongevallen in West-Europa", *NJB*, 1996, 1340.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Aansprakelijkheid van bedrijfsongevallen en -ziekten: recente ontwikkelingen met betrekking tot tewerkstelling en bewijslast", *SR*, 1990, 282 e.v.
- Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., "Bedrijfsvereniging, verhaal en nieuw BW", *SMA*, 1991, 293 e.v.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., "Regres in gezinsverband", *WPNR*, 1991, 225-231.
- Hartlief, T., "Van aansprakelijkheid naar draagkracht naar dragelijke aansprakelijkheid", in *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer, Kluwer, 1994, 146.
- Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., "Regres bij volksverzekeringen. De dader heeft het gedaan", *NTBR*, 1994, 75 e.v.
- Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994.
- Hartlief, T. en Spier, J., "Verzekering en aansprakelijkheid met "terugwerkende kracht"", *A&V*, 1994, 27-33.
- Hartlief, T., "Vergoeding van Watersnoodschade", in Faure, M. en Stroink, F.A.M. (red.), *Recht in het Water*, Antwerpen, MAKLU, 1995, 131-159.
- Hartlief, T., "Het aansprakelijkheidsrecht en de macht van het getal", *NJB*, 1995, 118-125.
- Hartlief, T., "Vergoeding van Watersnoodschade", *NJB*, 1995, 311-313.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1999.
- Hartlief, T., "De individuele afhandeling van regresdossiers: een stand van zaken" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 11.
- Hartlief, T., "Sport en aansprakelijkheid", *NTBR*, 1996, 61-62.
- Hartlief, T., "De zwakke verkeersdeelnemer", *TVP*, 1996, 1271 e.v.
- Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer, Kluwer, 1997.
- Hartlief, T., in Kortmann, S.C.J.J. e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 495 e.v.

Hartlief, T., "De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving", *SR*, 1998, 221 e.v.

Hartlief, T., "Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?", in *Het belang van de dader*, LSA, Vermande, Lelystad, 1999, 1-27.

Hartlief, T., "Het bereik van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen: de betekenis van art. 7:658 lid 4", *WPNR* 6379, 1999, 851-852.

Hartlief, T., "The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?", *TVP*, 1999, 29-30.

Hartlief, T., "Stichting Reclassering Nederland/X. Reikwijdte werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (art. 7A:1638x (oud); art. 7:658 BW) (HR 22 januari 1999, *RvdW* 1999, 17)", *AA*, 1999, 275-281.

Hartlief, T., "Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 373-395.

Hartlief, T., *Vrb.*, "Wetsvoorstel verjaring personenschade", 2000, 21-23.

Hartlief, T., "Klassieken: Verzekering en aansprakelijkheidsrecht", *NTBR*, 2000, 11-16.

Hartlief, T., "Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000", *NTBR*, 2001, 20-35.

Hartlief, T., "Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid", *NTBR*, 2001, 57-66.

Havekes, H.J.M., "Van Bargerbeek naar Friesland", *TMA*, 2000, 8 e.v.

Havens, III, C.W. en Theisen, R.M., "The Application of United States and EEC Antitrust Laws to Reinsurance and Insurance Pooling Arrangements", *The Antitrust Bulletin*, 1986, 1301.

Heerma van Voss, G.J.J., "Loonbetaling bij ziekte: echt alternatief voor de Ziektewet?", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 453-466.

Hengeveld, *TVP*, 2000, 43 e.v.

Hertoghs, M.W.J.A. en Rambach, P.H.M., *Rampen op de grens*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1997, 19-113.

Hogarth, R. en Kunreuther, H., "Ambiguity and Insurer Decisions", *American Economic Review*, 75, 1985, 386-390.

Holthuysen, J.L.H., "Ontsnappen aan het verjaringszwaard", *NTBR*, 2000, 2 e.v.

Houben, I.S.J., "Contractdwang en verzekering", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 287-298.

Hulst, E.H., "Art. 7.10.4.2 NBW verbetert de positie van de getroffen werknemer", *SMA*, 1990, 701 e.v.

- Hulst, E.H., *Grondslagen van milieuaansprakelijkheid*, diss., Arnhem, Gouda Quint, 1993.
- Hulst, E.H., "Activiteiten milieu-aansprakelijkheid. Schadelijk water en schadefonds, pleidooi voor adequate oplossingen", *TMA*, 1999, 33-36.
- Hustinx, J.P. en Stolker, C.J.J.M., "Massaschade en fondsvorming", *VA*, 1997, 58-66.
- I-SZW Inspectiedienst, *Inventarisatie van risico's voor stress en fysieke belasting*, Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 557.
- Jansen, P.L.M., "Verhaalsrechten in de sociale zekerheid", *VA*, 1997, 155 e.v.
- Jost, P.J., "Limited liability and the requirement to purchase insurance", *International Review of Law and Economics*, 1996, 259-276.
- Kamp, P., in *Verlag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer, Kluwer, 1997, 36-37.
- Katzman, M., "Pollution Liability Insurance and Catastrophic Environmental Risk", *Journal of Risk and Insurance*, 1988, 86.
- Kerkmeester, H.O., "Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans", *NJB*, 1998, 1807-1813.
- Kerkmeester, H.O., "Contingency fees en letselschade: een rechtseconomische analyse", *VR*, 1999, 257-261.
- Klaassen, C.J.M., "Risico-aansprakelijkheid", *NJB*, 1991, 1412 e.v.
- Klaassen, C.J.M., "De werknemer, een achtergestelde burger", *NJB*, 1991, 1418.
- Klaassen, C.J.M., "Een nieuw arbeidsongevallenrecht", *SR*, 1997, 280.
- Klaassen, C.J.M., "De hedendaagse werknemer en de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7: 658 BW: een danspaar uit de maat", *NTBR*, 1997, 105 e.v.
- Kötz, H., *Deliktsrecht*, zevende druk, Neuwred, Luchterhand, 1996.
- Kremer, F.Th., "Regresconvenanten met aansprakelijkheidsverzekeraars: schaalvergroting in een notendop" in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 423-432.
- Kunreuther, H., Hogarth, R. and Meszaros, J., "Insurer Ambiguity and Market Failure", *Journal of Risk and Uncertainty*, 1993, 71-87.
- Landes, W. en Posner, R., "Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries", *Journal of Legal Studies*, 1984, 417.
- Langelaar, K., "Het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 1974, 69-80.

- Langerwerf, E. en Van Loon, F., "De rechtbanken in de jaren zeventig: een explosie van zaken?", *Rechtskundig Weekblad*, 1984-85, 369-386.
- Langerwerf, E., "De sociaal-economische ontwikkeling en de procesvoeringsratio's van de burgerlijke rechtbanken tussen 1950 en 1980", *Economisch en Sociaal Tijdschrift*, 1986, 87-102.
- Levie, G. en Cousy, H. (red.), *La politique Européenne de concurrence en matière d'assurance*, Brussel: Bruylant, 1994.
- Lindenbergh, S.D., *Smartengeld*, dissertatie Leiden, Deventer, Kluwer, 1998.
- Lindenbergh, S.D., "De hoogte van het smartengeld in Nederland: een verkenning van de top", *VR*, 1999, 129-134.
- Lindenbergh, S.D., *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer, Kluwer, 2000.
- Lindenbergh, S.D., "Smartengeld voor naasten", *NJB*, 2001, 61-66.
- Mackaay, E., "Veranderingen in het stelsel van Vergoeding en Verhaal van Schade", *NJB*, 1980, 821.
- Mackaay, E., *Economics of information and the law*, Boston, Kluwer, 1982.
- MacLean, *VR*, 1986, 281 e.v.
- Maat, B., "De legionella-affaire in Bovenkarspel en de mogelijke toepasselijkheid van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen", *VR*, 2000, 353-358.
- Marshall, J., "Moral Hazard", *American Economic Review*, 1976, 880-890.
- Mitchell, O. en Zeldes, S., *Social security, privatization: a structure for analysis*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 5512, Cambridge, 1996.
- Monti, A., "Environmental Risk: A comparative law and economics approach to liability and insurance", *European Review of Private Law*, forthcoming.
- Mulder, S.J.A., *Subrogatie*, Zwolle, 1988.
- Nieuwenhuis, J.H., in *(Nieuw) BW en personenschade*, LSA-1992, 1 e.v.
- Ott, C. en Schäfer, H.B., "Negligence as Untaken Precaution, Limited Information and Efficient Standard Formation in the Civil Liability System", *International Review of Law and Economics*, 1997, 15-29.
- Pauly, M., "The Economics of Moral Hazard: Comment", *American Economic Review*, 1968, 531-537.
- Peeters, J.A.J., "Rampschade", *NJB* 1980, 493-504.
- Peeters, J.A.J., "Rampschade", in *Schade lijden en schade dragen*, NJB Boekenreeks 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 76.
- Pieterman, R., "Weg met het voorzorgbeginsel", *NJB*, 2001, 1023-1029.

- Polak, J.M., "Vergoeding van schade door luchtverontreiniging", in Hijmans van den Bergh, L.J. en Van Zeben, C.J. (red.), *Met eerbiedigende werking* (Hijmans van den Bergh-bundel) Deventer, Kluwer 1971, 203 e.v.
- Polak, M.V., "Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht", *RMThemis*, 1984, 228-260.
- Polborn, M., "Mandatory insurance and the judgement proof problem", *International Review of Law and Economics*, 1998, 141-146.
- Polinsky, A.M., "Are punitive damages really insignificant, predictable and rational? A comment on Eisenberg et al.", *Journal of Legal Studies*, 1997, 663-677.
- Polinsky, A.M. en Shavell, S., "Punitive Damages: an Economic Analysis", *Harvard Law Review*, 1998, 869-962.
- Poortinga, E. en Poortinga, G., "Het Fonds luchtverontreiniging en zure regen", *MenR*, 1986, 134-141.
- Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Boston, Little Brown & Co., 1992.
- Pratt, J., "Risk Aversion in the Small and the Large", *Econometrica*, 1964, 122-136.
- Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590.
- Rapport van de Commissie Oosting, *De vuurwerkramp*, Eindrapport, 2001.
- Raviv, A., "The Design of an Optimal Insurance Policy", *American Economic Review*, 1979, 84-96.
- Rea, S., "Workmen's Compensation and Occupational Safety under Imperfect Information", *American Economic Review*, 1981, 80-93.
- Roelvink, H.L., *LSA*, 1993, 6.
- Rogge, J., *Les assurances en matière d'environnement*, losbladig, Kluwer, 1997, 38.
- Rose-Ackerman, S., *Rethinking the Progressive Agenda, the Reform of the American Regulatory State*, New York, The Free Press, 1992.
- Ruers, R.F., "Collectieve regeling voor asbestslachtoffers", *TMA*, 1996, 105 e.v.
- Ruers, R.F., "Asbest en deregulering", *NJB*, 1997, 1174.
- Salomons, R.A., "Hebben de verzekeraars macht?" in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en Maatschappij*, Deventer, Kluwer, 2000, 299-312.
- Scheltema, H.J., *Mr Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, deel 4, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, vijfde druk, bewerkt door Mijnsen, F.H.J., Alphen aan de Rijn, Samson, 1998.
- Schirmeister, F.C., *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht, De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten*, diss. VU, Lelystad, Vermande, 1996.

- Schut, G.H.A., *Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1997.
- Schwartz, A. en Wilde, L., "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis", *University of Pennsylvania Law Reviews*, 1979, 630-682.
- Schwitters, R.S.J., "Riskante aansprakelijkheid", *Recht en kritiek*, 1991, 5 e.v.
- Shavell, S., "Theoretical Issues in medical Malpractice", in Rottenberg, S. (red.), *The Economics of Medical Malpractice*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, 35-64.
- Shavell, S., "On Moral Hazard and Insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.
- Shavell, S., "Liability for Harm versus Regulation of Safety", *Journal of Legal Studies*, 1984, 357-374.
- Shavell, S., "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation", *Rand Journal of Economics*, 1984, 271-280.
- Shavell, S., "The Judgment Proof Problem", *International Review of Law and Economics*, 1986, 43-58.
- Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- Shavell, S., "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk", *Journal of Legal Studies*, 1992, 259-270.
- Sieburgh, C.H., *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000.
- Skogh, G., "Mandatory insurance: transaction cost analysis of insurance" in Bouckaert, B. en De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 521-537.
- Snijders, H.J., "Naschrift", *NJB*, 1986, 924-925.
- Snijders, W., "Aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging: het verzekeringsaspect", *A&V*, 1993, 2-6.
- Spier, J., *Sluipende schade*, oratie, Deventer, Kluwer, 1990.
- Spier, J., "Verscherping van de aansprakelijkheid van de wetgever voor arbeidsongevallen", *A&V*, 1993, 33-38.
- Spier, J., "De grenzen van subrogatie in zieligheid" in Van Boom, W.H., Hartlief, T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer, Kluwer, 1996, 35 e.v.
- Spier, J., *Schade en loss-occurrence-verzekering*, Deventer, Kluwer, 1996.
- Spier, J. en Haazen, O.A., *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag*, Deventer, Kluwer, 1996.
- Spier, J., "De (on)verzekerbaarheid van aansprakelijkheden", in Ten Kate, J. e.a. (red.), *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata* (Van Dunné-bundel), Deventer 1997, 409-422.
- Spier, J., "Aansprakelijkheidsverzekeringen: alles en niets", *Tijdschrift vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1997, 714-724.

- Spier, J., "Asbestslachtoffers, het advies van prof.mr J. de Ruiter", *A&V*, 1997, 60-62.
- Spier, J., *Naar een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, Deventer, Kluwer, 1999.
- Spier, J., "Enkele vragen rond het fenomeen claim-cultuur", *A&V*, 1999, 84.
- Spier, J. "Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V)tijdperk", *A&V*, 2000, 123-129.
- Stolker, C.J.J.M., *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Kluwer/Bohn, Scheltema en Holkema, 1989.
- Stolker, C.J.J.M., "Aansprakelijkheid voor beroepsfouten, van droomcarrière naar nachtmerrie", *AA*, 1995, 13-25.
- Stolker, C.J.J.M., in *Vergt de behandeling van massale schade een bijzondere benadering? Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1996*, Letselschadereeks 7, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1996, 39 e.v.
- Stolker, C.J.J.M. en Moelands, *A&V*, 1998, 132-133.
- Storm, P., "Een gebrekkig produkt", *TVVS*, 1985, 245.
- Strens-Meulemeester, J.A.M., in Kortmann, S.C.J.J. (red.), *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 1997.
- Stroink, F., "Nogmaals het Fonds luchtverontreiniging", *MenR*, 1974, 121-124.
- Struycken, T. en Haazen, O., "De binding aan precedentes" en Schermers, H.G., Bellekom, Th.L. en Van Kampen, P.T.C. (red.), *De rol van de rechter in de moderne Westerse samenleving*, Leiden, Mordenate College Publications, 1993, 91-148.
- Swuste, P., "Van individuele 'asbest processen' naar een asbestfonds?", *Arbeidsomstandigheden*, 1996, 119-122.
- Swuste, P.H.J.J., Burdorf, A., Festen-Hoff, K. en Huls, N.J.H., "Naar een instituut van barmhartigheid voor asbestslachtoffers?", *NJB*, 1997, 1157-1164.
- Tjittes, R.P.J.L., "Hollandse toestanden", *RM Themis*, 1991, 14-142.
- Tjittes, R.P.J.L., in *Miscellanea Juris Consulto vero dedicata* (bundel opstellen aangeboden aan Prof.Mr. J.M. Van Dunné), Deventer, Kluwer, 1997, 431-432.
- Tjittes, R.P.J.L., "Redelijkheid en billijkheid en verjaring", *A&V*, 1999, 55 e.v.
- Tjoeng, L.M., "Het polismodel AVB96 en de overgang van occurrence naar claims made", *A&V*, 1996, 127-133.
- Tyran, J.R. en Zweifel, P., "Environmental Risk Internalization through Capital Markets (ERICAM): the Case of Nuclear Power", *International Review of Law and Economics*, 1993, 433.

Van, A.J., "Statistisch bewijs van causaal verband, Bespreking van High Court of Justice 8 October 1993 (Sellafield claims)", *TMA*, 1994-5, 109-119.

Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, dissertatie, Arnhem, Gouda Quint, 1995.

Van Boom, W.H. en Storm, H.M., "Het verhaalsrecht van verzekeraars en risicodragers", *A&V*, 1995, 153 e.v.

Van Boom, W.H., "Uniformiteit gewenst", in Van Boom, W.H., Hartlief T. en Spier, J. (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 102 e.v.

Van Boom, W.H. en Barendrecht, J.M., "Gedrag van toen, normen van nu?", in Brand, I. e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, BW-Krant, Jaarboek 2000, Deventer, Kluwer, 2000, 45 e.v.

Van Boom, W.H., "Verjaring mesothelioomclaims doorbroken", *A&V*, 2000, 55 e.v.

Van Boom, W.H., *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, Kluwer, 2000.

Van Boom, W.H., "Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's", *AV&S* 2001, 2-13.

Van Dam, C.C., *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en raakschade*, Deventer, Kluwer, 1989.

Van Dam, C.C., "Ieder draagt min of meer zijn eigen schade", in Franke, M.E., Jordaans, J.P., Smits, J.M. en Valk, W.L. (red.), *Beginselen van vermogensrecht*, BW-Krant Jaarboek, Arnhem, 1993, 161-174.

Van Dam, C.C., *Politieke infiltratie in het Privaatrecht*, oratie VU 1994.

Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Deventer, Kluwer, 1995.

Van Dam, C.C., "De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid", *VR*, 2000, 41-44.

Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000.

Van den Akker, E.J.A.M., *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, dissertatie KUB, Den Haag 2001.

Van den Bergh, R., Faure, M., Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad, Vermande, 1990.

Van der Laan, G., "Oude en nieuwe beroepsziekten", *TVP*, 2000, 4.

Van der Schaaf, F.A., "Voor- en narisico in het polismodel AVB 96", *A&V*, 1996, 122-126.

Van der Schans, E., "Regen als ramp. Wateroverlast en de WTS", *TMA*, 2000, 15 en 16.

Van Dijk, *TvP*, 1999, 20.

Van Dijk, Chr.H., "Werkgeversaansprakelijkheid en de vereisten werkplek en schade in de uitoefening van de werkzaamheden", *Bb*, 1997, 157.

Van Dijk, Chr.H., "Nieuwe regeling werkgeversaansprakelijkheid", *Bb*, 1997, 126 e.v.

Van Dort, *TMA*, 1999, 177 e.v.

Van Dunné, J.M., "Aansprakelijkheid van waterschappen naar burgerlijk recht voor schade als gevolg van onzorgvuldig waterbeheer", *TMA*, 2000, 32-47.

Van Eijk-Graveland, J.C., *Verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998.

Van Ewijk, M., Engelen, M. en Van der Werf, C., *Werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten*, uitgave Ministerie SZW, Den Haag, 2001.

Van Leeuwen en Bouma, *VR*, 1993, 234 e.v.

Van Maanen, G.E., Spier, J. en Sterk, C.H.W.M., "Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht", in: Raaymakers, M.J.G.C. (red.), *Aansprakelijkheden*, Deventer, Kluwer, 1990, 65-143.

Van Maanen, G., Spier, J. en Sterk, C.H.W.M. in Raaijmakers e.a. (red.), *Aansprakelijkheden*, 1990, 65 e.v.

Van Maanen, G.E., *Kwartaalbericht Nieuw BW 1991*, 23.

Van Maanen, G.E., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Nederlands recht", in: Faure, M. (red.), *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico*, Antwerpen, MAKLU, 1993, 19-36.

Van Maanen, G., "Permanente beperking van verhaalsmogelijkheden van particuliere en sociale schadeverzekeraars", *A&V*, 1994, 94 e.v.

Van Maanen, G.E. en Römers, P., *De Tijdelijke regeling verhaalsrechten, Verhaalsmogelijkheden voor verzekeraars en uitkeringsinstanties*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994.

Van Maanen, G.E., "Een sombere toekomst voor verhaalsmogelijkheden van (sociale) schadeverzekeraars", in *Bijzonder letsel*, Lelystad, Vereniging van Letselschadeadvocaten, 1995, 87-100.

Van Manen, N.F., "De paradox van individualisering en collectivisering", in Van Manen, N.F. en Stutterheim, R.H. (red.), *Wie draagt de schade?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 95-113.

Van Manen, N.F. en Stutterheim, R.H., *Wie draagt de schade?*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998.

Van Schaick, *WPNR* 6414, 2000, 591 e.v.

Van Schoubroeck, C., "Wetgeving en praktijk inzake natuurrampen en verzekering in enkele Europese landen", in *Natuurrampen en verzekering* (Cousy, H. en Claassens, H., red.), Maklu: Antwerpen 1995, 79 e.v.

Van Zwam, H.J., "Koerswijziging moet Arbowet redden", *Arbeidsomstandigheden*, 70, 1994, nr. 9, 488.

- Verkruisen, W.G., "De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voorgeschiedenis en het te verwachten gevolg", *NJB*, 1997, 846-853.
- Viscusi, W.K., "The Impact of occupational Safety and Health Regulation, 1973-1983", *Rand Journal of Economics*, 1986, 567-580.
- Viscusi, W.K., "Product and occupational Liability", *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 71-86.
- Viscusi, W.K., "The Dimensions of the Product Liability Crisis", *Journal of Legal Studies*, 1991, 147-177.
- Visscher, L.T. en Kerkmeester, H.O., "Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verweren tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering", *TMA*, 1996, 48-57.
- Von Bar, Chr., *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, München, 1996.
- Vranken, J.B.M., "De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht, in Raaijmakers, M.G.J.C. e.a. (red.), *Tussen Koophandel en Nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 1988, 245-258.
- Wansink, J.H., "De aansprakelijkheidsverzekering onder het regime van het NBW, in *(Nieuw) BW en personenschade*, LSA 1992, Lelystad 1992, 5 e.v.
- Wansink, J.H., "Het DES-arrest in het perspectief van de verzekerbare slachtofferbescherming", *A&V*, 1993, 6-12.
- Wansink, J.H., *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, tweede druk 1994.
- Wansink, J.H., "De aansprakelijkheidsverzekering en de dekking van "long-tail-risico's", *A&V*, 1995, 1-5.
- Wansink, J.H., "Verzekering en milieuschade als gevolg van vervoer/opslag van gevaarlijke stoffen", *TMA*, 1999, 77-82.
- Wansink, J.H., "Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, 2000, 407-421.
- Wery, P.L., *Advies dd. 12 september 1975, opgenomen in het jaarverslag van 1974-1975*, VAR, nr. 32, 1976.
- Wheeler, M., "The Use of Criminal Statutes to Regulate Product Safety", *Journal of Legal Studies*, 1984, 593-618.
- Wils, W.P.J., "Insurance Risk Classifications in the EC: Regulatory Outlook", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 450.
- Winters, J.K., "Verzekeringen" in Theeuwes, J.J.M. e.a., *Recht en Economie*, 79-124.
- Woertman, in *Jaarboek Konsumentenrecht 1995*, 181-182.
- Zeckhauser, R., "19th Annual Lecture of the Geneva Association and Catastrophes", *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1996, 5.