

Verzekeraars, schrap die achterhaalde polisbepalingen!

Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid is juridisch niet houdbaar, strijdt met de eigen zorgplicht van verzekeraars en past niet bij maatschappelijke ontwikkelingen

*Mr. drs. A.M. Zwart-Hink**

1. Inleiding

Bij veel Nederlanders heerst de hardnekkige veronderstelling dat na een gebeurtenis waarbij een derde schade lijdt, de veroorzaker maar beter niet te veel kan zeggen, en zeker geen excuses moet aanbieden. Excuses zouden een erkenning van aansprakelijkheid meebrengen, en van de aansprakelijkheidsverzekeraar zou dat niet mogen. Over het eerste deel van die veronderstelling schreef ik al eerder dat die onjuist is. Het aanbieden van excuses betekent in werkelijkheid *niet* dat aansprakelijkheid wordt erkend, zeer uitzonderlijke gevallen daargelaten. Kort gezegd is dat omdat de juridische vraag of aansprakelijkheid bestaat, beheerst wordt door objectieve criteria die buiten de posterieure verklaringen van de veroorzaker zijn gelegen.¹ Het laatste deel van de veronderstelling is eveneens onjuist, maar lijkt desalniettemin te worden bevestigd door in veel verzekeringspolissen voorkomende bepalingen, die inhouden dat in het geval van schade of een gebeurtenis die daartoe zou kunnen leiden, het de verzekerde niet is toegestaan aansprakelijkheid te erkennen. Daarover gaat dit artikel.

Een voorbeeld is deze bepaling:

‘Wat verwachten wij van u?’

(...)

- Bij schade niet toe te geven dat u aansprakelijk bent. En geen handelingen te doen, waaruit kan blijken dat u aansprakelijk bent.²

Veelal suggereren polisvoorwaarden, direct of indirect, dat overtreding van een zogenaamd ‘verbod tot erkenning van aansprakelijkheid’ tot verlies van verzekeringsdekking kan leiden.³ En dat terwijl de wet het al sinds 2006 verbiedt gevolgen te verbinden aan overtreding van een erkenningsverbod wanneer die erkenning juist is. Het dwingendrechtelijke artikel 7:953 BW bepaalt immers:

‘Indien een verzekering tegen aansprakelijkheid bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.’

In dit artikel ga ik in op de houdbaarheid en de betekenis van polisbepalingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden, mede in relatie tot deze dwingendrechtelijke bepaling. Het lijkt duidelijk dat een erkenningsverbod waaraan in geval van schending gevolgen worden verbonden, zoals verlies van verzekeringsdekking, in strijd is met de wet. Ik zal ook uitleggen dat er nog meer (wettelijke) bepalingen zijn waarmee het wringt, of waarmee een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid ronduit strijdig is. Hoewel het vanuit de

* Mr. drs. A.M. Zwart-Hink is docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

De auteur dankt Arno Akkermans, Berber Laarman, Femke Ruitenbeek-Bart, Frits van der Woude en de redactie van TVP voor hun waardevolle commentaar. Dit artikel is een verkorte versie van het onderzoeksrapport van de auteur (2024), *Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid: tijd voor een nieuw jasje. Een onderzoek naar de achtergrond, de juridische betekenis en het werkelijke belang van een achterhaald polisbeding* (nog niet gepubliceerd).

1 A.M. Zwart-Hink, ‘Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid’, *NJB* 2017/2032.

2 Voorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering Vereniging Eigen Huis, HA 062022 011 VEH Aansprakelijkheid, art. 1.3. De voorwaarden zijn te downloaden op eigenhuis.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

3 Bijv. het niet naleven van de verplichting uit het hiervoor gegeven voorbeeld kan volgens dezelfde polisvoorwaarden invloed hebben op het bedrag dat de verzekerde bij schade betaalt. Zie de Voorwaarden Aansprakelijkheidsverzekering Vereniging Eigen Huis, HA 062022 011 VEH Aansprakelijkheid, art. 1.4. Er zijn ook polisvoorwaarden die letterlijk bepalen dat bij het niet-nakomen van de verplichtingen het recht op schadevergoeding of de verzekeringsdekking komt te vervallen. Zie verder par. 3.2.

kant van verzekeraars – die willen kunnen waken over hun eigen portemonnee – begrijpelijk is dat er behoefte is aan het geven van voorlichting over wat in het kader van een vlotte afhandeling van de schade wel en niet mag worden gezegd, past het hanteren van een verbodsbepaling niet bij maatschappelijke ontwikkelingen die al jaren gaande zijn. Zeker waar het gaat om letsel- of overlijdensschade worden het bevorderen van contact en de aandacht voor emotioneel herstel na een schadeveroorzakende gebeurtenis steeds belangrijker. De gewraakte polisbepalingen stroken niet met het óók in de verzekeringswereld neergedaalde besef dat betrokkenen bij een schadeveroorzakende gebeurtenis belang hebben bij emotioneel herstel, en dat persoonlijk contact tussen hen daarbij essentieel is. Verzekeraars zetten zich hiervoor actief in. Het platform Contact Helpt, dat praktische hulp biedt aan betrokkenen bij een verkeersongeval bij het leggen van contact met de benadeelde, wordt bijvoorbeeld actief gepromoot door het Verbond van Verzekeraars.⁴ En ook Perspectief Herstelbemiddeling is een belangrijke organisatie als het gaat om het leggen van contact tussen betrokkenen na een verkeersongeval of een andere ingrijpende gebeurtenis.⁵ Verzekeraars kunnen gebruik maken van de informatievoorziening van de organisatie en het Verbond van Verzekeraars is een belangrijke partner.

Er zijn dus veel redenen die tot de conclusie leiden dat de bedoelde verbodsbepalingen achterhaald zijn en niet langer in polisvoorwaarden thuishoren. In dit artikel leg ik uit waarom. Om het een en ander in perspectief te plaatsen, leg ik in paragraaf 2 uit wat de positie was van dergelijke bedingen rond de totstandkoming van het BW. Het zal blijken dat er destijds bewust voor is gekozen deze niet rechtstreeks te verbieden, wat mogelijk (deels) kan verklaren waarom het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid nog altijd door een grote meerderheid van de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gehanteerd. Dat laatste blijkt uit een onderzoek naar polisvoorwaarden dat ik voor dit artikel deed, waarvan ik in paragraaf 3 kort verslag doe. In paragraaf 4 ga ik de diepte in om te laten zien dat de gedachtevorming over dit onderwerp is gebaseerd op misverstanden. Aan de hand van vier mogelijke scenario's zal ik laten zien welke betekenis erkenningsverboden in de verzekeringspraktijk in werkelijkheid hebben voor verzekeraars, verzekerden en derden. Ik concludeer daar dat overtreding van een erkenningsverbod in werkelijkheid in geen enkel scenario in strijd kan zijn met de gerechtvaardigde belangen van de verzekeraar, en dat het al dan niet hanteren van zo'n verbod voor de uitkeringsplicht van de verzekeraar geen verschil maakt. Vervolgens ga ik in paragraaf 5, 6 en 7 in op de juridische betekenis van polisbedingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden. Ik start in paragraaf 5

met de verhouding tot het dwingendrechtelijke artikel 7:953 BW. Paragraaf 6 gaat over het erkenningsverbod in relatie tot de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplicht van de aansprakelijkheidsverzekeraar, waarbij ik in het bijzonder aandacht besteed aan de Gedragscode Verzekeraars en de bepalingen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) over zorgvuldige dienstverlening. In paragraaf 7 sta ik tot slot stil bij de betekenis van een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid voor professionele verzekerden, in het bijzonder advocaten en zorgverleners. Ik eindig het artikel in paragraaf 8 met een concreet voorstel voor een alternatieve polisbepaling die juridisch wel door de beugel kan, die past in de huidige tijd en die tegemoetkomt aan de belangen en behoeften van verzekerden, benadeelde derden én de verzekeraar.

2. De totstandkoming van artikel 7:953 BW

De op zichzelf begrijpelijke gedachte achter het bestaan van polisvoorwaarden die een verbod tot erkenning bevatten, is dat het de verzekeraar is, en dus niet de verzekerde, die zich bezighoudt met de vraag of de verzekerde aansprakelijk is voor de door de derde geleden schade.⁶ Tegelijkertijd is het, om te kunnen voldoen aan de behoeften van benadeelde én veroorzaker, essentieel dat persoonlijk contact over hetgeen is voorgevallen mogelijk is en wordt gefaciliteerd. Het grote belang van de mogelijkheid tot persoonlijk contact moge de uitkomst zijn van recent wetenschappelijk onderzoek,⁷ ook ten tijde van de totstandkoming van het BW leefde reeds het besef dat het een kwestie van fatsoen is om na een schadeveroorzakende gebeurtenis open te zijn over wat is gebeurd. Mooi is het volgende citaat uit de in 1972 gepubliceerde Toelichting Meijers, de toelichting bij het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, bij wat later Boek 7 zou worden:

‘Degene die schade heeft veroorzaakt, met name bij een verkeersongeval, zal, indien hij een fatsoenlijk mens is, de neiging hebben, voor zover hij zich van zijn schuld bewust is, dit ook te erkennen. Hiertoe is te meer aanleiding indien door een ongeluk een mens zwaar gewond is en de mededeling dat hij zich in materieel opzicht geen zorgen behoeft te maken, een der eerste daden van menslievendheid is die van de schulddige mogen worden verwacht.’⁸

In die tijd ging veel aandacht uit naar de zorg dat erkenningen en uitlatingen zoals bedoeld in het bovenstaande citaat ‘in hoge mate’ de rechtspositie van de aansprakelijkheidsverzeke-

4 Zie bijv. het webinar van 6 november 2023 ‘Herstelbemiddeling in letsel-schadezaken helpt!’ van de Insurance Academy van het Verbond van Verzekeraars, te bekijken op onlineseminar.nl, alsmede de ‘Toolkit Contact Helpt’ van het Platform Personenschade van het Verbond, zie platformpersonenschade.verzekeraars.nl. Hierover ook: F.M. Ruitenbeek-Bart, ‘Slachtoffer-veroorzakercontact en de (mogelijke) rol van de verzekeringsprofessional daarin’, *VR* 2024/28.

5 Zie perspectiefherstelbemiddeling.nl.

6 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 370.

7 F.M. Ruitenbeek-Bart, *En de veroorzaker dan? Een empirisch-juridisch onderzoek naar de plaats van de veroorzaker in de civiele letsel-schadepraktijk* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2023. Het onderzoek van Ruitenbeek-Bart vertrok vanuit de resultaten van *slachtoffergeoriënteerde* onderzoeken waaruit het belang van contact óók al bleek.

8 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Toelichting Vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: SDU 1972, zie M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW, Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 147.

raar zouden kunnen benadelen, reden waarom veel verzekeringspolissen ook toen al bepalingen bevatten die erkenningen van ‘schuld, aansprakelijkheid of bezwarende feiten’ verboden op straffe van verval van verzekeringsdekking. Men veronderstelde dat een open houding voor de verzekerde die zich niet van deze verbodsbepalingen bewust was, grote gevolgen kon hebben. En voor de verzekerde die zich daarvan wél bewust was, zou het betekenen dat hij genoodzaakt was ‘tot een hoogst onbehoorlijke houding tegenover het slachtoffer’.⁹ Op dit punt was dus behoefte aan regelgeving. Het zou tot 2006 duren voordat die uiteindelijk kwam.

Ten tijde van het wetgevingsproces kwam de vraag of verbodsbepalingen in verzekeringspolissen bestaansrecht hadden, niet aan de orde. Net als nu was ook destijds het uitgangspunt dat het de verzekeraar is die zich bezighoudt met de vraag of de verzekerde aansprakelijk is voor de door de derde geleden schade, en niet de verzekerde. Men ging er eenvoudig van uit dat de verzekeraar er belang bij heeft dat de aansprakelijkheidsvraag niet door uitspraken en gedragingen van de verzekerde wordt beïnvloed.¹⁰ In de Toelichting Meijers is te lezen dat er om die reden bewust niet voor is gekozen dergelijke bedingen te verbieden. Nietigheid zou ‘het doel ver voorbij schieten’ en ‘de kans op benadeling van de verzekeraar door samenspanning tussen verzekerde en derde zou groot zijn’.¹¹ Hoewel er in de parlementaire geschiedenis en ook in de literatuur nauwelijks verder is ingegaan op dat risico op samenspanning, lijkt het de gedachtevorming in die tijd wel sterk te hebben beïnvloed. Het is goed om dit voor ogen te houden, want in mijn onderzoek naar de ontstaansgeschiedenis van artikel 7:953 BW vond ik over het risico op samenspanning niet meer dan verwijzingen naar steeds dit ene citaat uit de Toelichting Meijers. Ook in de latere literatuur is nauwelijks aandacht besteed aan de werkelijke betekenis van het risico op samenspanning, of aan alternatieve methoden om dat risico tegen te gaan. Alleen Van der Feltz schreef in 1975 er niet van overtuigd te zijn dat de toen voorgestelde regeling zou kunnen voorkomen dat verzekerden worden benadeeld door samenspanning tussen verzekerden en derden. Hij wees erop dat de vraag naar de juistheid van een in strijd met een verbod gedane erkenning geleverd zal kunnen worden in een procedure tussen de verzekerde en het (vermeende) slachtoffer, en dat de vraag of de erkenning al dan niet juist is, in een dergelijke procedure juist *niet* aan de orde zal komen.¹² Latere literatuur waarin met een kritische blik is gekeken naar de reden voor het niet verbieden van polisbedingen die een verbod tot erkenning inhouden, ben ik niet tegengekomen.

Aldus werd bewust niet gekozen voor nietigheid van polisbedingen die een verbod tot erkenning inhielden. Wel werd aan-

gehaakt bij de discussie die in die tijd in de literatuur wél werd gevoerd, namelijk over de vraag wat de reikwijdte is van die verbodsbepalingen.¹³ Aangenomen werd dat een beroep door de verzekeraar op overtreding van het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid alleen als redelijk viel aan te merken in de situatie dat de door de verzekerde gedane erkenning niet door de feiten wordt gesteund – in het geval de verzekerde volgens de wet dus niet aansprakelijk is voor de gebeurtenis.¹⁴ Kortom: de *onterechte* erkenning. Daarbij aansluitend werd voorgesteld de op de polisbedingen gestelde sanctie (het verval van verzekeringsdekking) terzijde te stellen in het geval dat de juistheid van de door de verzekerde gedane erkenning werd bewezen.¹⁵ Het voorgestelde artikel 7.17.2.9b luidde:

‘Indien een verzekering welke het risico dekt van het ontstaan van vorderingen van derden terzake van aansprakelijkheid uit de wet of overeenkomst, bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de juistheid van die erkenningen wordt bewezen.’¹⁶

In deze oorspronkelijke ontwerpbevestiging werd geen duidelijkheid gegeven over de vraag of een verbodsbepaling in de polis zich mag uitstrekken tot een erkenning van *feiten*. Pas bij de nota van wijziging uit 2000 is deze vraag door de wetgever nadrukkelijk ontkennend beantwoord. Dit was volledig in lijn met de opvattingen in de literatuur. In de toelichting bij de nota van wijziging is te lezen:

‘In de literatuur wordt wel aangenomen dat een verbod van erkenningen geen betrekking zou mogen hebben op de erkenning van feiten, omdat dit in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Het zou immers de verzekerde verbieden om de feitelijke toedracht van een schadevoorzak te bespreken, waartoe bovendien de verzekerde in bepaalde gevallen als getuige of in een strafrechtelijk onderzoek zelfs verplicht is. Om derhalve duidelijk te maken dat het verbod van erkenningen zich nimmer mag uitstrekken tot de erkenning van feiten, is dit in een tweede zin bij dit artikel tot uitdrukking gebracht.’¹⁷

Uiteindelijk werd in 2006 artikel 7:953 BW ingevoerd, dat tot op heden luidt:

‘Indien een verzekering tegen aansprakelijkheid bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.’

9 Hendrikse e.a. 2007, p. 147. De citaten komen uit de Toelichting Meijers. 10 Wansink 2006, p. 370.

11 Hendrikse e.a. 2007, p. 147. De citaten komen uit de Toelichting Meijers.

12 F. Baron van der Feltz, ‘Beschouwingen over Titel 17 van Boek 7 van het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Deel II’, *Het Verzekerings-Archief* 1975/52, p. 303-304.

13 Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019/604.

14 Wansink 2006, p. 377. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019/605.

15 Hendrikse e.a. 2007, p. 147. Dit citaat komt uit de Toelichting Meijers.

16 Hendrikse e.a. 2007, p. 147.

17 Hendrikse e.a. 2007, p. 148.

3. Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in de praktijk

3.1 Inleiding

De reden voor invoering van artikel 7:953 BW was dus nadrukkelijk *niet* het verbieden van de verbodsbepalingen (vanwege het veronderstelde risico op samenspanning), maar eerder het inperken van de werking ervan. Sindsdien is in de literatuur regelmatig – ook door mijzelf – geschreven dat polisvoorwaarden die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden nog altijd veelvuldig in aansprakelijkheidsverzekeringsspolissen voorkomen.¹⁸ Om een beter beeld te krijgen van hoe vaak en in welke varianten die verbodsbepalingen nu werkelijk voorkomen, onderzocht ik 35 sets op aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomsten van toepassing zijnde polis- en algemene voorwaarden.¹⁹ In deze paragraaf doe ik kort verslag van dat ‘polisvoorwaardenonderzoek’.

Ik koos ervoor om bij dit onderzoek alleen particuliere verzekeringsovereenkomsten te betrekken. Als consument genieten particuliere verzekerden tegenover professionele verzekeraars bijzondere bescherming, reden waarom de nadruk in dit artikel ook op de particuliere aansprakelijkheidsverzekering ligt. De selectie die ik maakte geeft bovendien al een goed beeld van hoe vaak en in welke varianten de verbodsbepalingen in de praktijk voorkomen. Een laatste reden om zakelijke aansprakelijkheidsverzekeringsspolissen niet mee te nemen is het grote aanbod van beroeps- en bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen. Voor nagenoeg iedere beroepsgroep is een ‘eigen’ aansprakelijkheidsverzekering beschikbaar. Voor dit onderzoek is het niet van toegevoegde waarde om alle beschikbare polisvoorwaarden van zakelijke aanbieders mee te nemen. Wel zal ik in paragraaf 7, waarin ik kort aandacht besteed aan de (juridische) houdbaarheid van verbodsbepalingen in beroepsaansprakelijkheidsverzekeringsspolissen, enkele voorbeelden aanhalen. Ik richt mij daar in het bijzonder op de positie van de verzekerde advocaat en de verzekerde zorgverlener.

3.2 Hoe vaak en in welke varianten komt het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid voor?

Het meest opvallende resultaat van het polisvoorwaardenonderzoek is dat in een grote meerderheid van de voorwaarden een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid of schuld is opgenomen. In negentien gevallen ging het om een ‘klassiek’ verbod, waarin het de verzekerde letterlijk wordt verboden aansprakelijkheid of schuld te erkennen. Bijvoorbeeld:

‘Verplichtingen van u en de andere verzekerden

U en verzekerde moeten in het geval van een (mogelijk) gedekte schade of ongeval:

(...)

- zich onthouden van het erkennen van aansprakelijkheid.²⁰

Net als in dit voorbeeld zijn de meeste verbodsbepalingen opgenomen in een opsomming van verschillende verplichtingen van de verzekerde bij schade. In die rijtjes met opgesomde verplichtingen staat vaak ook de verplichting niets (toe) te zeggen over een eventuele betaling, niet te schikken, niets te beloven of te verklaren en/of de algemene verplichting om niets te doen dat nadelig is voor de verzekeraar, of wat de belangen van de verzekeraar kan schaden. Die verplichtingen komen in allerlei combinaties in de polisvoorwaarden voor. Viermaal stond het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid op zichzelf.

De zestien sets polisvoorwaarden die geen letterlijk verbod van erkenning van schuld of aansprakelijkheid bevatten, leggen in de meeste gevallen wel een of meer andere verplichtingen op. Daarmee schuren de polisvoorwaarden soms in meerdere en soms in mindere mate tegen een erkenningsverbod aan. Zie bijvoorbeeld deze bepaling, die het verzekerden verbiedt ‘verklaringen’ te geven:

‘Wat moet u doen als u schade heeft?

(...)

- U doet niets wat een nadeel voor ons kan zijn. Dat houdt ook in dat u geen verklaringen geeft of dingen belooft aan anderen.²¹

En ook in het volgende voorbeeld is het voorstelbaar dat een verzekerde die na een schadeveroorzakende gebeurtenis de polisvoorwaarden leest, onzeker is over wat hij wel en niet tegen de benadeelde mag zeggen. De bepaling verbiedt het de verzekerde niet aansprakelijkheid te erkennen, maar schrijft wel voor dat hij niets mag beloven, zelfs als hij denkt aansprakelijk te zijn:

‘Wat zijn uw plichten als u schade heeft?

(...)

- Laat de afhandeling van de schade helemaal aan ons over. Doe geen betaling. Belof niet aan anderen dat

18 Zwart-Hink 2017, p. 2802. Zie ook bijv. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019/604, C.E. Drion, ‘Misverstanden omtrent het recht op erkenning van fouten’, *NJB* 2008/1172 en later L.A. van Amsterdam, ‘U hoort nog van mijn verzekeraar’, *AVG&S* 2021/24, par. III.

19 Voor een uitgebreide beschrijving van hoe ik bij het selecteren van deze polis- en algemene voorwaarden te werk ben gegaan, zie Zwart-Hink 2024, par. 3.2.

20 Bovemij, Algemene verzekeringsvoorwaarden, ALGG2401, 1 januari 2024, onder art. 3e. In deze bepaling wordt gesproken over ‘u en verzekerde’. Volgens art. 1a wordt de verzekeringnemer in deze polisvoorwaarden ‘u’ genoemd, en alle anderen (ik veronderstel dat bedoeld wordt degenen die zijn meeverzekerd) ‘verzekerden’. De voorwaarden zijn te downloaden op bovemij.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

21 Unigarant Verzekeringen, Algemene voorwaarden woonverzekering UGT WNB (04-21), art. 11. De voorwaarden zijn te downloaden op unigarant.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

wij een schade vergoeden. Zelfs niet als u denkt dat u aansprakelijk bent.²²

Het gegeven dat deze bepaling het verzekerden ‘slechts’ verbiedt beloften te doen over een eventuele betaling, maakt dat de bepaling juridisch gezien (net) wel door de beugel kan. Het is immers zo dat niet de verzekerde, maar de verzekeraar beoordeelt of de derde recht heeft op schadevergoeding.

Tot slot vond ik vier polisbedingen die – op verschillende manieren – een correcte weergave van het bepaalde in artikel 7:953 BW bevatten. In dit voorbeeld is wel een verbodsbepaling opgenomen, maar wordt deze in hetzelfde beding uitgelegd in het licht van artikel 7:953 BW:

‘Wat moet u doen bij een schade?’

U bent bij een – gebeurtenis die kan leiden tot – schade verplicht:

(...)

- geen schuld of aansprakelijkheid te erkennen, en ook verder niets te doen of na te laten dat uw en onze belangen kan benadelen. *Er is geen sprake van belangenbenadeling bij een terechte erkenning van aansprakelijkheid of als het alleen gaat om het bevestigen van feiten.*²³

De volgende bepaling, die ik twee keer ben tegengekomen, geeft ook een correcte weergave van het bepaalde in artikel 7:953 BW, en stelt de verzekerde daarbij ook op een bepaalde manier gerust:

‘Heeft u uw tegenpartij laten weten dat u aansprakelijk bent? Of heeft u toegezegd dat hij recht heeft op schadevergoeding? Dan zijn wij daar niet aan gebonden.’²⁴

3.3 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het in de literatuur geschetste beeld dat polisbedingen die het verzekerden verbieden aansprakelijkheid te erkennen veelvuldig in polis- en algemene verzekeringsvoorwaarden voorkomen, correct is. In meer dan de helft van de polisvoorwaarden die ik onderzocht kwam een klassiek erkenningsverbod voor. Daarnaast vond ik een aantal polisbepalingen waarvan het voorstelbaar is dat die door een verzekerde als een erkenningsverbod worden geïnterpreteerd. In zoverre lijkt de praktijk aan te sluiten bij de bedoeling van

de wetgever: de intentie om verbodsbepalingen te verbieden is er immers nooit geweest. Als echter nauwkeuriger wordt nagegaan wat nu eigenlijk de werkelijke (juridische) gevolgen zijn van het overtreden van een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid, zal blijken dat zowel de voorstelling die de wetgever destijds had, als het beeld dat in de literatuur over die gevolgen wordt geschetst, in werkelijkheid te simplistisch is.

4. De gevolgen van overtreding van een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid

4.1 Inleiding

In deze paragraaf sta ik stil bij de vraag wat voor de verzekeraar, de verzekerde en de benadeelde derde de werkelijke betekenis en gevolgen zijn van polisbepalingen die het verzekerden verbieden aansprakelijkheid te erkennen. Daarvoor schets ik achtereenvolgens vier scenario’s waarin (mogelijk) een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden waarover de verzekerde zich uitlaat, en de verzekeraar met het oog op zijn (financiële) belangen als reactie daarop een beroep wil doen op de in zijn verzekeringspolis opgenomen verbodsbepaling. Per scenario geef ik antwoord op de vraag wat de gevolgen zijn van de uitlatingen door de verzekerde voor de betrokken partijen. Blijken zal dat de wetgever zich destijds heeft gebaseerd op een misverstand. De wetgever veronderstelde dat een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid niet volledig kon worden verboden met het oog op redelijke belangen van de verzekeraar. In werkelijkheid maakt het hanteren van zo’n erkenningsverbod in geen enkel scenario enig verschil voor de uitkeringsplicht van de verzekeraar.

4.2 Vier scenario’s

4.2.1 Scenario 1. Erkenning van feiten

Ten eerste is er het scenario dat de verzekerde feiten erkent, wat hij gezien de tweede zin van artikel 7:953 BW te allen tijde mag doen. In veel gevallen *moet* hij dat zelfs doen, omdat dat nu eenmaal fatsoenlijk is, of omdat de wet dat bepaalt, bijvoorbeeld wanneer de verzekerde wordt opgeroepen als getuige in een strafrechtelijk onderzoek,²⁵ of wanneer de verzekerde een arts is die zijn patiënt moet informeren over een zogenaamd medisch incident.²⁶ Het is goed denkbaar dat uit de erkende feiten – denk bijvoorbeeld aan een verzekerde die na een verkeersongeval erkent door ‘rood’ te zijn gereden – gemakkelijk aansprakelijkheid kan worden afgeleid. In die situatie komt de aansprakelijkheid door de erkenningen vast te staan (dat is dus iets anders dan dat de aansprakelijkheid als zodanig wordt erkend) en zal de verzekeraar gehouden zijn de schade van de be-

22 Rhion Algemene voorwaarden Particulier, AV2021.09, art. 24. De voorwaarden zijn te downloaden op rhion.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

23 VvAA, Algemene voorwaarden schadeverzekeringen (AVS-2001), art. 5.1, aanhef en onder g. De voorwaarden zijn te downloaden op vva.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024. Cursivering van mij.

24 OHRA Aansprakelijkheidsverzekering voor Particulieren AVP2205, p. 10. De voorwaarden zijn te downloaden op ohra.nl. Zie ook het bijna op dezelfde manier geformuleerde polisbeding dat is opgenomen in de Voorwaarden SNS Aansprakelijkheidsverzekering USAVP-01, p. 10, te downloaden op snsbank.nl. Websites voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

25 N. van Tiggele-van der Velde, ‘Onverkwikkelijke afwikkeling van schade. Een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid?’, *AV&S* 2010/13, par. II.

26 Art. 10 lid 3 Wkkgz schrijft voor dat zorgaanbieders patiënten moeten informeren over de aard en toedracht van zogenaamde ‘incidenten’, waarmee wordt bedoeld dat men open en eerlijk moet zijn over ‘een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg, en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt’ (art. 1.1 Uitvoeringsbesluit Wkkgz).

nadeelde te vergoeden. Daar is geen discussie over mogelijk; het doel van de aansprakelijkheidsverzekering is immers om dekking te bieden in die gevallen dat aansprakelijkheid bestaat.²⁷ Daar betalen verzekerden premie voor.

4.2.2 Scenario 2. Terechte erkenning van aansprakelijkheid

In het tweede scenario doet de verzekerde een uitspraak die verder gaat dan het erkennen van feiten. Bijvoorbeeld: de veroorzaker van een verkeersongeval erkent niet alleen door 'rood' te zijn gereden, maar zegt ook aansprakelijk te zijn voor het ongeval. Wanneer de aansprakelijkheid ook zonder de uitspraken van de verzekerde zou zijn komen vast te staan, is de verzekeraar, ondanks een eventueel in de polisvoorwaarden opgenomen verbod tot erkenning, gehouden de schade van de benadeelde te vergoeden. Opnieuw: het doel van de aansprakelijkheidsverzekering is dekking te bieden in die gevallen dat aansprakelijkheid moet worden aangenomen. Daar betalen verzekerden premie voor. En artikel 7:953 BW bepaalt dat verzekeraars geen gevolgen mogen verbinden aan een erkenning, voor zover die erkenning juist is. Tot zover geen probleem.

4.2.3 Scenario 3. Onterechte erkenning van aansprakelijkheid

Ook in het derde scenario erkent de verzekerde dat hij aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis. Het verschil met het tweede scenario is dat deze verzekerde in juridische zin niet aansprakelijk blijkt te zijn, bijvoorbeeld omdat een causaal verband ontbreekt. In zo'n situatie heeft de verzekerde met zijn uitspraak mogelijk wel in strijd gehandeld met een in de polisvoorwaarden opgenomen beding dat verzekerden verbiedt aansprakelijkheid te erkennen, maar is dat uiteindelijk niet nadelig voor de verzekeraar. Hij hoeft niet te betalen, simpelweg omdat er geen gebeurtenis heeft plaatsgevonden waarvoor de verzekering dekking biedt.

Zelfs in het zeer sporadisch voorkomende geval dat de benadeelde (of beter: de derde partij) er door de ten onrechte gemaakte erkenning toch gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de verzekerde wél een schadevergoedingsverplichting heeft, terwijl hij dat in werkelijkheid niet heeft, wordt de verzekeraar niet in zijn belangen geschaad en kan de verzekerde zijn recht op dekking dus niet hebben 'verspeeld'. Ik wil hier stap voor stap bij stilstaan omdat, als het gaat om de discussie over het bestaansrecht van het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid, het pijnpunt naar mijn mening in deze (bijna hypothetische) situatie zit.

Ten eerste, het vaststellen van aansprakelijkheid. Wanneer een gebeurtenis zich voordoet waarvoor een ander aansprakelijk kan zijn, is het antwoord op de vraag of die aansprakelijkheid daadwerkelijk kan worden vastgesteld afhankelijk van (de juridische waardering van) de feiten. Of aansprakelijkheid bestaat,

is een louter juridische vraag, en de aard en inhoud van eventuele uitspraken die door de verzekerde over de gebeurtenis worden gedaan, zijn bij de beantwoording daarvan niet van belang. De beoordeling van een aansprakelijkstelling is op grond van de polisvoorwaarden expliciet voorbehouden aan de verzekeraar.²⁸ Tegelijkertijd zijn de uitspraken en gedragingen van een verzekerde na afloop van een schadeveroorzakende gebeurtenis juridisch niet volkomen irrelevant.

Hier gaat het, ten tweede, over het gerechtvaardigd vertrouwen van de derde partij. Het is begrijpelijk dat die uitspraken en gedragingen bij de derde bepaalde verwachtingen kunnen wekken over een te ontvangen schadevergoeding. Dit geldt te meer als de verzekerde een (juridisch onderlegde) professional is (iemand die geacht wordt kennis van zaken te hebben) en er mogelijk sprake is van een beroepsfout. De vraag of, en zo ja, welke (juridische) consequenties aan de in een dergelijke situatie gewekte verwachtingen kunnen worden verbonden, staat in de sleutel van de in artikel 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer. In een eerdere publicatie ben ik uitgebreid ingegaan op de vraag in welke gevallen de wilsvertrouwensleer meebrengt dat de betekenis die de derde in dit kader redelijkerwijs aan uitspraken en/of gedragingen van verzekerden mag verbinden, van doorslaggevend belang is voor het antwoord op de vraag of daadwerkelijk sprake is van een erkenning van aansprakelijkheid. Ik werkte uit dat dat alleen zo is in de gevallen dat:

- de verzekerde kenbaar juridisch onderlegd is, en
- de uitlatingen van de verzekerde kunnen worden gekwalificeerd als een erkenning van aansprakelijkheid, en
- de derde partij gerechtvaardigd op de uitlatingen van de verzekerde mocht vertrouwen, terwijl
- zonder de uitlatingen van de verzekerde die kwalificatie niet zou zijn vastgesteld.²⁹

Alleen in het zeldzame geval dat deze combinatie van omstandigheden zich voordoet, zal ter bescherming van de derde partij, die er immers gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat haar schade vergoed zou worden, alsnog worden aangenomen dat een schadevergoedingsplicht bestaat, waar die voordien niet bestond.

En dan stap drie, de vraag of de verzekeraar in een dergelijke situatie gehouden is tot het vergoeden van schade van de derde partij. Het antwoord is nee. De verzekerde heeft zich weliswaar in de nesten gewerkt, maar de verzekeraar hoeft niet te betalen. Zonder de onjuiste erkenning zou hij immers ook niet tot uitkering zijn verplicht en zou de derde helemaal geen recht op schadevergoeding hebben gehad, omdat de verzeker-

²⁷ N. van Tiggele-van der Velde, *Onverwikkelijke afwikkeling van schade. Een (zelfstandige) grond voor schadeplechtigheid?* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2009, p. 15.

²⁸ Zwart-Hink 2017, p. 2803. Zie ook J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', in: *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid. Preadvies 2013* (Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 42-43 en L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: in hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *WPNR* 2016, afl. 7092, par. 2.

²⁹ Zwart-Hink 2017, p. 2807.

de nu eenmaal in werkelijkheid niet aansprakelijk was. Immers, het recht op dekking is er wel (indien aansprakelijkheid komt vast te staan) óf niet (indien dat niet zo is), maar het kan in deze situatie niet worden gecreëerd door gedragingen van de verzekerde.

De conclusie luidt dan ook dat de verzekerde in dat geval *zelf* schadevergoedingsplichtig is, niet omdat hij door zijn uitlatingen zijn recht op dekking uit de verzekering heeft verspeeld, maar omdat een schadevergoedingsverplichting is ontstaan die voortvloeit uit een verbintenis³⁰ die ontstond tussen de verzekerde en de derde op het moment dat de verzekerde uitspraken deed die door de derde op een bepaalde manier mochten worden opgevat. Overigens kan men zich in dit geval nog wel afvragen wat in zo'n situatie eigenlijk de vergoedbare schade is van de derde partij, nu de verzekerde immers niet aansprakelijk is voor de gebeurtenis die in feite alleen de aanleiding was voor deze hele geschiedenis. Welke schade ontstond door het gerechtvaardigd vertrouwen? Valt die per definitie samen met het nadeel dat aanleiding was van de interacties tussen partijen? Deze kwestie is interessant, maar niet essentieel voor mijn betoog. Ik laat haar hier rusten.

4.2.4 Scenario 4. Samenspanning

Het vierde en laatste scenario wijkt af van de eerste drie scenario's in de zin dat de verzekerde en een persoon die wordt gepresenteerd als benadeelde partij in deze situatie niet te goeder trouw zijn. In dit scenario spannen deze personen bewust samen om de verzekeraar om de tuin leiden. Ook is denkbaar dat een verzekerde zich hiermee inlaat om de goede relatie die hij met de derde – een familielid, buurman, vriend – heeft te behouden. In beide situaties kan men spreken van samenspanning, het scenario dat de wetgever voor ogen stond in de aanloop naar artikel 7:953 BW.³¹ De verzekerde erkent aansprakelijk te zijn voor een gebeurtenis waarvoor hij in werkelijkheid niet aansprakelijk is, of voor een gebeurtenis die in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden, met als doel een derde partij (ten onrechte) aanspraak te laten maken op een verzekerd bedrag. Vanwege het risico op het ontstaan van een dergelijke situatie is er ten tijde van de totstandkoming van het nieuwe BW voor gekozen om polisbedingen die een verbod tot erkenning inhouden niet te verbieden.³²

Het is begrijpelijk dat men maatregelen wil nemen ter beperking van het risico op (de gevolgen van) samenspanning, maar een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in de polisvoorwaarden heeft daarvoor in werkelijkheid geen toegevoegde waarde. De crux bij fraude is immers of deze aangetoond

kan worden of niet. Een verzekeraar die geconfronteerd wordt met het frauduleus handelen van zijn verzekerde en een derde partij, heeft een polisbeding dat het verzekerden verbiedt aansprakelijkheid te erkennen helemaal niet nodig om gevolgen te kunnen verbinden aan dat frauduleuze handelen. De verzekerde erkent immers ten onrechte aansprakelijkheid (en handelt daarmee weliswaar in strijd met een dergelijk polisbeding), maar die erkenning kan op zichzelf, net als in het derde scenario dat ik schetste, niet nadelig zijn voor de verzekeraar, omdat in werkelijkheid geen gebeurtenis heeft plaatsgevonden waarvoor de verzekering dekking biedt. Alleen op basis van die constatering kan de verzekeraar al weigeren om uit te keren. Een extra polisbepaling is daarvoor niet nodig. Daar kan bovendien aan worden toegevoegd dat het recht op uitkering op grond van artikel 7:941 lid 5 BW vervalt wanneer de verzekeraar met opzet wordt misleid. Uiteraard brengt het moeten afhandelen van een frauduleuze schademelding voor de verzekeraar nadelige gevolgen met zich mee – tijd, bijkomende kosten et cetera –, maar ook voor de afwikkeling daarvan heeft een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in de polisvoorwaarden geen toegevoegde waarde.

Dan is nog denkbaar dat verzekeraars ervoor kiezen verbodsbepalingen in verzekeringspolissen te laten staan, *ter voorkoming* van het risico op benadeling door samenspanning. Ik heb niet onderzocht of dit een reden is voor het vasthouden aan die bepalingen. Wel is bekend dat het risico op fraude met verzekeringen in het algemeen vrij groot is. De aansprakelijkheidsverzekering staat bovendien op nummer drie (direct achter de autoverzekering en de inboedel- en opstalverzekering) in de top vijf van verzekeringen waarmee het meest gefraudeerd wordt. Het Centrum Bestrijding Verzekeringsschadefraude (CBV), onderdeel van het Verbond van Verzekeraars, ontving in het jaar 2022 van verzekeraars ruim 10.000 meldingen van aantoonbare verzekeringsfraude.³³ Schade als gevolg van die aantoonbare gevallen (naar schatting ruim € 80 miljoen) heeft men dus weten te voorkomen. Deze flinke cijfers doen vermoeden dat de omvang van schade als gevolg van *niet*-ontdekte fraude behoorlijk moet zijn. Het is dus begrijpelijk dat het voorkomen van fraude hoog op de agenda van verzekeraars en het Verbond van Verzekeraars staat. Wel opvallend is het dat het erkenningsverbod als middel ter voorkoming van fraude niet voorkomt in de literatuur en andere stukken over (het voorkomen van) fraude. Ik vraag mij daarom af of een erkenningsverbod een zinvolle manier is om het specifieke risico op samenspanning van verzekerden en derden terug te dringen, zeker nu artikel 7:941 lid 5 BW ook al voorziet in de mogelijkheid om uitkering te weigeren wanneer een verzekerde zijn verzekeraar opzettelijk misleidt.

30 Ik meen dat het hier gaat om een verbintenis die voortvloeit uit een eenzijdige overeenkomst (vergelijkbaar met bijv. een schenking): een overeenkomst die door en bij het tot stand komen één partij (in dit geval de verzekerde) tot een of meer prestaties verplicht (in dit geval 'ervoor zorgen' dat de door de derde geleden schade wordt vergoed). Zie over eenzijdige overeenkomsten bijv. Van Cassel-van Zeeland, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:33 BW, aant. 4.10.1 (online, bijgewerkt tot 1 maart 2023).

31 Zie par. 2.

32 Hendrikse e.a. 2007, p. 147.

33 CBV Factsheet, oktober 2023, zie www.verzekeraars.nl/media/033jvcqt/vvv-factsheet_fraude_2023.pdf. Website voor het laatst bezocht op 2 april 2024.

4.3 Conclusie: de werkelijke betekenis van een verbodsbepaling

Uit het voorgaande volgt dat het voor de uitkeringsplicht van een verzekeraar geen enkel verschil maakt of een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid wel of niet in de polisvoorwaarden staat. Als een verzekerde aansprakelijk is voor een schadeveroorzakende gebeurtenis, mag hij daarover hoe dan ook volledig open zijn en mag hij ook aansprakelijkheid erkennen. Is de verzekerde niet aansprakelijk, dan is sprake van een gebeurtenis waarvoor geen dekking bestaat, en kan het voor de verzekeraar dus ook niet nadelig zijn als de verzekerde zich (ten onrechte) over zijn aansprakelijkheid uitlaat. Dat geldt zelfs in het zeer uitzonderlijke geval waarin de derde partij er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de uitlatingen van de verzekerde een erkenning van aansprakelijkheid inhouden. In dat geval ontstaat hoogstens een verbintenis tussen de verzekerde en de derde. Niet met de verzekeraar. Natuurlijk is de situatie in dit scenario, waarin de verzekerde te goeder trouw handelt, in de praktijk hoogst ongelukkig voor alle partijen:

- voor de verzekerde, die de gevolgen van zijn uitlatingen (zelf) moet dragen;
- voor de derde partij, die in de veronderstelling verkeerde dat de verzekeraar de door haar geleden schade zou vergoeden; en
- voor de verzekeraar, die als vermeende wederpartij van de derde de boodschap moet brengen dat diens schade, in tegenstelling tot wat de derde in redelijkheid uit de uitspraken en gedragingen van de verzekerde mocht afleiden, niet is gedekt.

Het is daarom maar goed dat dit scenario hoogst onaannemelijk en vooral theoretisch is. Ik meen echter dat dit het vasthouden aan polisbedingen die het verzekerden verbieden aansprakelijkheid te erkennen, vaak met de toelichting dat daarmee de belangen van de verzekeraar kunnen worden geschaad, niet kan rechtvaardigen.

5. Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid is in strijd met het recht

5.1 Strijd met een dwingende wetsbepaling?

Na de invoering van artikel 7:953 BW is in de literatuur stevige kritiek geuit op het blijven hanteren van verbodsbepalingen. Die kritiek gaat over het algemeen niet over het werkelijke belang van die bepalingen, maar over de juridische kwalificatie ervan. Gezien het feit dat het nadrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever was om verbodsbepalingen volledig te verbieden, is het opvallend dat meerdere auteurs sinds de invoering van artikel 7:953 BW hebben geschreven dat verbodsbepalingen in strijd zijn met hetgeen dat artikel *dwingendrechtelijk* bepaalt. Nietig dus.

Drion noemde het kort na de introductie van artikel 7:953 BW al een ‘hardnekkig misverstand’ dat een polisbeding dat een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhoudt, geldig is. En een minstens zo hardnekkig misverstand vindt hij de

veronderstelling dat een gevolg van het eerste misverstand, namelijk dat professionele verzekerden vaak ‘krampachtig zwijgen (...) over door hen gemaakte beroepsfouten’, met de invoering van artikel 7:953 BW zou zijn opgelost. Hij vervolgt:

‘Met betrekking tot het eerste misverstand zou het goed zijn indien dit artikel bredere bekendheid zou genieten en – vooral – indien verzekeraars eens zouden ophouden om polisvoorwaarden te dichten die flagrant in strijd zijn met deze bepaling van dwingend recht of die de grenzen ervan proberen op te zoeken.’³⁴

Ook Van Tiggele-van der Velde en Wansink zijn ervan overtuigd dat polisbedingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden in strijd zijn met de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7:953 BW.³⁵ Zelf heb ik die polisbedingen in een eerdere publicatie ‘achterhaald’ en, in navolging van Drion, Van Tiggele-van der Velde en Wansink, zonder nadere clausulering strijdig met de wet genoemd.³⁶

Nadere lezing van de letterlijke bewoordingen van artikel 7:953 BW, tezamen beschouwd met de bedoeling van de wetgever (namelijk polisbedingen niet volledig verbieden), laat echter zien dat niet zonder meer gezegd kan worden dat elke verbodsbepaling in de polisvoorwaarden in strijd is met het bepaalde in dat wetsartikel. Waar het om gaat, is het verbinden van *gevolgen* aan een overtreding van het verbod. Tegelijkertijd blijkt uit mijn analyse van polisvoorwaarden dat vrijwel alle verzekeraars die een dergelijke verbodsbepaling hanteren, daar ook – hoewel vaak indirect – gevolgen aan verbinden.³⁷

De polisvoorwaarden bepalen in de meeste gevallen dat de verzekeraar geen schade vergoedt als de verzekerde zich niet houdt aan een verplichting die hij volgens de polisvoorwaarden heeft. Zie bijvoorbeeld deze bepaling uit de voorwaarden van InShared:

‘14. Wanneer krijgt u de schade niet meer vergoed?’

14.1 Als u zich niet aan de regels houdt.

U krijgt geen vergoeding als u zich niet aan de regels hierboven houdt. (...)’³⁸

Voor zover in het midden blijft om welke in de polisvoorwaarden genoemde verplichtingen het precies gaat (en de verplichting om geen aansprakelijkheid te erkennen niet expliciet wordt uitgesloten), maakt dat een verbod tot erkenning in de

³⁴ Drion 2008.

³⁵ Van Tiggele-van der Velde 2010, par. II en J.H. Wansink, ‘Contractsvrijheid en (materiële) overheidscontrole op polisvoorwaarden’, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht* (Verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2010, par. 5.IV.

³⁶ Zwart-Hink 2017, par. 3.

³⁷ Zie de bijlage bij Zwart-Hink 2024.

³⁸ Algemene voorwaarden van InShared AV 1209, september 2012, art. 14.1. Deze voorwaarden zijn relatief oud, maar worden nog altijd gebruikt. Ze zijn te downloaden op inshared.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

polisvoorwaarden op het eerste gezicht een met artikel 7:953 BW strijdig beding. Ik schrijf *op het eerste gezicht*, omdat vaak de voorwaarde is toegevoegd dat de verzekeraar door de overtreding in zijn belangen moet zijn geschaad. Aan het polisbeding dat ik hierboven citeerde, is bijvoorbeeld de zin toegevoegd: ‘En als dat nadelig is voor ons.’

Bij nader inzien kan men de vraag stellen of een dergelijke toevoeging – de voorwaarde dat de belangen van de verzekeraar moeten zijn geschaad, of dat het schenden van de verplichting om geen aansprakelijkheid te erkennen ‘nadelig’ moet zijn voor de verzekeraar – maakt dat er strikt genomen (toch) *geen* strijd is met het bepaalde in artikel 7:953 BW. Zie immers de vier scenario’s die ik schetste in paragraaf 4: ik concludeerde dat het erkennen van aansprakelijkheid door een verzekerde op zichzelf nooit nadelig kan zijn voor de verzekeraar, omdat de erkenning in geen van de geschetste scenario’s iets verandert aan de juridische kwalificatie van de gebeurtenis. Daarmee kom ik ironisch genoeg tot de conclusie dat een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in de bedoelde gevallen strikt genomen niet in strijd is met het bepaalde in artikel 7:953 BW. De belangen van de verzekeraar worden immers in werkelijkheid *niet* geschaad door een erkenning van aansprakelijkheid.

Die constatering betekent echter niet dat een dergelijke verbodsbepaling dan toch door de beugel zou kunnen. Dat er bij toevoeging van de eis van benadeling strikt genomen geen strijd meer is met een dwingende wetbepaling, neemt niet weg dat de grenzen van het bepaalde in artikel 7:953 BW op onoorbare wijze worden opgezocht.³⁹ De verzekerde wordt op het verkeerde been gezet en dat is in strijd met de bescherming die artikel 7:953 BW beoogt te bieden.⁴⁰ En dat is niet de enige wettelijke bepaling waarmee het wringt.

5.2 *Strijd met consumentenrecht*

Particuliere verzekerden genieten als consument tegenover professionele verzekeraars bijzondere bescherming op verschillende op Europese regelgeving gebaseerde consumentenrechtelijke deelterreinen. In het onderzoeksrapport waarop dit artikel is gebaseerd, houd ik polisbedingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden tegen het licht van de consumentenrechtelijke regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen.⁴¹ Vanwege de voor dit artikel gekozen focus vermeld ik hier alleen de conclusie waar toe mijn analyse heeft geleid. Kort gezegd luidt deze dat een verzekeraar die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in zijn polisvoorwaarden hanteert en zijn particuliere verzekerden daarover niet, niet volledig of onjuist informeert, er ten eerste een oneerlijke handelspraktijk op na houdt. In het bijzonder is sprake van een misleidende omissie. Ten tweede zijn polisbedingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden naar mijn mening niet transparant in de

zin van artikel 5 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, en kunnen zij ook de oneerlijkheidstoets van artikel 4 lid 1 van deze richtlijn niet doorstaan. Die conclusie geldt ongeacht of aan de overtreding van het beding nadrukkelijk gevolgen zijn verbonden. Bovendien lijken dergelijke polisbedingen die bij overtreding van het erkenningsverbod dreigen met verval van dekking, alle ingrediënten te hebben voor het vermoeden onredelijk bezwarend te zijn, in het bijzonder op grond van het ‘grijze lijst’-artikel 6:237 onder h BW. Ik leg tot slot ook uit dat het, ondanks de bijzondere bescherming die particuliere verzekerden in theorie genieten op grond van vergaande Europese consumentenrechtelijke bepalingen, in de praktijk, met name voor individuele particuliere verzekerden, lastig is om in dat kader effectieve juridische stappen te ondernemen tegen verzekeraars. Voor de uitgebreide analyse verwijs ik de lezer graag naar het genoemde onderzoeksrapport.

6. De zorgplicht van de verzekeraar

6.1 *Inleiding*

In deze paragraaf ga ik in op de algemene (privaatrechtelijke en publiekrechtelijke) zorgplicht die op verzekeraars rust en de vraag hoe het hanteren van dergelijke polisvoorwaarden zich daartoe verhoudt. Want hoewel een particuliere afnemer van een verzekeringsproduct bij en voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst met een verzekeraar een eigen verantwoordelijkheid heeft, heeft de verzekeraar tegelijkertijd zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke verplichtingen die er toe moeten bijdragen dat de particuliere afnemer die eigen verantwoordelijkheid ook *kán* nemen.⁴²

Zorgplichten zijn gedragsnormen op grond waarvan de betrokkenen, in dit geval verzekeraars, de zorg voor bepaalde door de wetgever of door de rechter geformuleerde belangen van verzekerden (en/of benadeelden) in acht moeten nemen. Het begrip zorgplicht is een verzamelbegrip waarvan de betekenis en omvang niet duidelijk is afgebakend.⁴³ Er zijn privaatrechtelijke verplichtingen, waarbij het individuele belang vooropstaat, en verplichtingen van publiekrechtelijke aard, waarbij het gaat om algemene belangen.⁴⁴ Als het gaat om verzekeren, zijn wat dat laatste betreft specifiek de publiekrechtelijke verplichtingen van belang die voortvloeien uit de Wft.

6.2 *Privaatrechtelijke zorgplicht*

In het BW is geen algemene, privaatrechtelijke zorgverplichting voor financiële dienstverleners opgenomen. Dat een privaatrechtelijke zorgplicht bestaat, volgt uit de jurisprudentie,

42 C.J. de Jong, ‘De spelers en het toezicht’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 3.4.0. De Jong verwijst ook naar *Kamerstukken II* 2002/03, 28965, nr. 1, p. 5.

43 C.E.C. Jansen e.a., ‘Zorgplichten in publiek- en privaatrecht’, in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 14.

44 Zie hierover uitgebreid F.J. van Ommeren, ‘Zorgplichten: wat zijn dat?’, in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 23-45.

39 Zo ben ik met Drion eens. Zie Drion 2008.

40 Van Tiggele-van der Velde 2009, p. 15.

41 Zwart-Hink 2024, par. 5.3.

en hoever deze precies reikt, is niet te zeggen. Op verzekeraars rustende informatieverplichtingen die aan die zorgplicht invulling kunnen geven, zijn grotendeels ontwikkeld via open normen in het privaatrecht, zoals de redelijkheid en billijkheid en hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁴⁵ De essentie van deze verplichtingen is dat tot op bepaalde hoogte rekening dient te worden gehouden met de belangen van, in dit geval, de verzekerde of de benadeelde derde.⁴⁶

Het antwoord op de vraag of op een verzekeraar een zorgplicht rust, en zo ja, hoever die zorgplicht strekt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of de verzekeraar een zorgplicht heeft geschonden.⁴⁷ Dit alles betekent dat niet in zijn algemeenheid is te zeggen of een verzekeraar die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid in de polisvoorwaarden hanteert, ten opzichte van zijn verzekerde en/of een benadeelde derde handelt in strijd met zijn (privaatrechtelijke) zorgplicht. In dit kader is het wel interessant om nog wat dieper in te gaan op de Gedragscode Verzekeraars, waarvan de daarin uitgewerkte kernwaarden een concretisering van de op verzekeraars rustende zorgplicht vormen. En ook de publiekrechtelijke zorgplicht van verzekeraars is duidelijker omljnd. Daar ga ik in paragraaf 6.4 dieper op in.

6.3 Gedragscode Verzekeraars

Aan het begin van deze eeuw signaleerde het Verbond van Verzekeraars dat het thema ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ steeds belangrijker werd. Een constatering die leidde tot de introductie van de Gedragscode Verzekeraars, zo valt te lezen in de inleiding bij die gedragscode.⁴⁸ In het kader van het onderwerp van dit artikel zijn enkele punten uit de gedragscode in het bijzonder interessant om eens op in te zoomen.

De kernwaarde ‘omgaan met risico’s’ wordt in paragraaf 2.3 toegelicht en omgezet in concrete gedragsregels. Uit de toelichting blijkt dat verzekeraars hun kennis van risico’s dienen te delen met hun klanten en duidelijkheid moeten bieden over wat wel en niet verzekerd is. Zij moeten zorgen voor een voorlichting aan klanten die eenvoudig, betrouwbaar, van goede kwaliteit en deskundig is, zodat klanten weten waar zij aan toe zijn. Een verzekeraar die in de polisvoorwaarden een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid hanteert en daarbij geen toelichting geeft over de (juridische) betekenis van die voorwaarde in het licht van het bepaalde in artikel 7:953 BW, laat

zijn verzekerden in het ongewisse over of en hoe de verzekerde zich wel en niet mag uiten richting een derde die mogelijk door zijn toedoen schade heeft geleden. Een dergelijke handelswijze en manier van omgaan met zijn verzekerden sluit naar mijn mening niet aan bij deze eerste in de Gedragscode Verzekeraars neergelegde kernwaarde. Deze indruk wordt nog eens versterkt wanneer men inzoomt op enkele concrete gedragsregels:

1. Wij behandelen klanten zorgvuldig en verankeren dit in onze cultuur. *Wij communiceren helder en open met klanten.*
2. Wij zorgen voor *begrijpelijke producten en goede informatie* hierover.
3. (...)
4. Wij zijn *duidelijk* over de zekerheid die wij bieden *en dus ook over wat wij uitsluiten*.⁴⁹

Een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid opnemen in de polisvoorwaarden en over de betekenis daarvan niet (duidelijk) communiceren lijkt mij niet aan te sluiten bij deze gedragsregels.

Hetzelfde geldt voor de kernwaarde ‘maatschappelijk betrokken zijn’. Maatschappelijk betrokken zijn betekent volgens de gedragscode dat verzekeraars goed luisteren en passende antwoorden geven en dat zij oprecht betrokken zijn door in te spelen op actuele kwesties. Volgens de bij deze kernwaarde horende gedragsregels spelen de verzekeraars in op maatschappelijke ontwikkelingen (gedragsregel 27), gaan zij in het maatschappelijk debat de dialoog aan met belanghebbenden (gedragsregel 28) en betrekken zij niet alleen bedrijfseconomische, maar ook maatschappelijke, sociale en ecologische belangen bij de bedrijfsvoering (gedragsregel 29).⁵⁰

In de afgelopen jaren is te zien dat op vrijwel alle rechtsgebieden innovatieve ontwikkelingen gaande zijn op het gebied van het voorkomen, hanteren en oplossen van (juridische) problemen en conflicten. Er is grotere aandacht voor verbindende procedures, waarin partijen samen bijdragen aan het vinden van een oplossing voor hun probleem of conflict, en binnen en buiten die procedures is steeds meer oog voor behoeften en belangen van partijen.⁵¹ In de Gedragscode Verzekeraars is dit bijvoorbeeld terug te zien in gedragsregel 11:

45 Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht’, *AV&S* 2019/11, p. 1.

46 Concl. A-G T. Hartlief 14 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:973, onder 6.20.

47 S.Y.T. Meijer, ‘De zorgplicht van de verzekeraar’, in: S.Y.T. Meijer e.a. (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector* (Recht en Praktijk nr. VR.6), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 39.

48 Gedragscode Verzekeraars 2018. Een link naar de gedragscode is te vinden op verzekeraars.nl.

49 Gedragscode Verzekeraars 2018, p. 4. Cursivering van mij.

50 Gedragscode Verzekeraars 2018, p. 6.

51 Akkermans zette de kenmerken van een door hem gesignaleerde transformatie in conflictoplossing in een overzichtelijke tabel: A. Akkermans, ‘Het geheel is meer dan de som der delen. Een algehele transformatie binnen de conflictoplossende functie van het rechtssysteem’, in: A. Akkermans, D. de Groot & B. Marseille (red.), *Het probleemoplossend vermogen van het rechtssysteem. Inleidingen op de Lustrumconferentie van het Netherlands Institute for Law & Governance, Amsterdam, November 2019* (Governance & Recht, Vol. 19), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 14.

‘Wij dragen in het schadebehandelingsproces zorg voor een voortvarende en zorgvuldige afhandeling met oog voor alle betrokkenen.’

Specifiek op het gebied van het (aansprakelijkheids)verzekeringsrecht is al langere tijd een verschuiving te zien in de manier waarop gekeken wordt naar de functie van de aansprakelijkheidsverzekering. Lag de focus vroeger op het indekken van de verzekerde tegen financiële risico’s, tegenwoordig treden, onder invloed van ontwikkelingen op het gebied van slachtofferbescherming, de sociale functie en daarbij de belangen van benadeelden steeds meer op de voorgrond.⁵² Zie bijvoorbeeld ook A-G Spier in zijn conclusie voor een arrest van de Hoge Raad uit 2013:

‘Naar gangbare inzichten heeft een aansprakelijkheidsverzekering (mede) een maatschappelijke functie, des dat zij de aansprakelijke in staat stelt om de door hem onrechtmatig toegebrachte schade aan de benadeelde(n) te vergoeden.’⁵³

Voorts signaleert Schijns in navolging van verschillende andere auteurs dat de aansprakelijkheidsverzekering niet langer alleen als vangnet dient voor noodsituaties, maar steeds meer als een middel dat strekt tot genoegdoening van het slachtoffer.⁵⁴

En er is meer. Nadat in de afgelopen jaren een ontwikkeling was waar te nemen waarbij in het aansprakelijkheidsrecht steeds meer aandacht werd besteed aan het welzijn en immateriële behoeften van (letselschade)slachtoffers, is nu te zien dat ook de positie en het welzijn van *veroorzakers* van schadeveroorzakende gebeurtenissen voorzichtig meer aandacht krijgen. Het in 2023 verschenen proefschrift van Ruitenbeek-Bart *En de veroorzaker dan?*⁵⁵ is daar een belangrijk voorbeeld van.⁵⁶ Uit haar onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat veroorzakers van een verkeersongeval vaak behoefte hebben aan contact met het slachtoffer, dat zij graag vragen willen beantwoorden, een blijk van medeleven willen geven en/of excuses willen aanbieden.⁵⁷ Het is voorstelbaar dat een in de aansprakelijkheidsverzekering opgenomen verbod tot erkenning van aansprakelijkheid aan de mogelijkheid om aan die behoeften te voldoen in de weg kan staan.

Verzekeraars zouden moeten inspelen op de geschetste maatschappelijke ontwikkelingen door polisbepalingen die het hun

verzekerden verbieden aansprakelijkheid te erkennen, nog eens goed onder de loep te nemen. Daarnaast denk ik dat hier een rol is weggelegd voor het Verbond van Verzekeraars. Met een verwijzing naar de maatschappelijke rol van aansprakelijkheidsverzekeraars⁵⁸ werpt Ruitenbeek-Bart in haar proefschrift de vraag op in hoeverre van verzekeraars mag worden verlangd dat zij (ook) aandacht besteden aan de immateriële behoeften van verzekerden. Vooropgesteld meen ik dat bij een ‘voortvarende en zorgvuldige afhandeling met oog voor alle betrokkenen’⁵⁹ hoort dat de aandacht niet alleen uitgaat naar de benadeelde derde, maar ook naar de eigen verzekerde. Ik kan mij niet voorstellen dat het Verbond van Verzekeraars dat anders bedoeld heeft en meen ook dat verzekeraars zich hiervan bewust moeten zijn. Tegelijkertijd lijkt regelgeving die zich specifiek richt of lijkt te richten op het afhandelen van schade met aandacht voor het welzijn en de belangen van verzekerden, in de verzekeringswereld nog niet zo vanzelfsprekend. De vele gedragscodes en bedrijfsregelingen die in het kader van de discussie van maatschappelijk verantwoord ondernemen vanuit het Verbond van Verzekeraars zijn opgesteld om de schadebehandeling ‘voortvarend, zorgvuldig en rechtvaardig’ te laten verlopen, zijn veelal gericht op de verhouding verzekeraar-benadeelde. De Gedragscode Verzekeraars bevat, zoals ik hierboven liet zien, wel gedragsregels die gericht zijn op de verhouding verzekeraar-verzekerde, maar die gaan meestal over de contractuele verhouding in het algemeen, en niet specifiek over de manier waarop een schade wordt afgehandeld. Een gedragscode die concreet die invulling geeft aan de schade-regeling binnen de verhouding verzekeraar-verzekerde is er nog niet.⁶⁰ Het zou mooi zijn als het Verbond van Verzekeraars hier aandacht aan zou besteden. Wat als er bijvoorbeeld een modelclausule wordt geformuleerd die door verzekeraars als alternatief voor een klassieke verbodsbepaling kan worden opgenomen in de polisvoorwaarden? In de laatste paragraaf van dit artikel doe ik daartoe een voorzet.

6.4 *Publiekrechtelijke zorgplicht*

Het publiekrechtelijke toezicht op de financiële sector in Nederland is geregeld in de Wft. Een belangrijke doelstelling van die wet is het beschermen van consumenten, hetgeen gerealiseerd wordt door het borgen van kwaliteitskenmerken van financiële dienstverlening, waaronder de verzekering.⁶¹

Het gedragstoezicht op de financiële markten wordt uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten (AFM), waarbij het uitgangspunt is dat de AFM optreedt op grond van speci-

52 A.J.J.G. Schijns, *Naar een verzekerd slachtofferrecht. Effectief schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven via het private verzekeringsrecht*, Amsterdam: VU 2017, p. 45.

53 Concl. A-G T. Spier 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6786, onder 4.1.

54 Schijns 2017, p. 48. Zie voetnoten 36 t/m 40 voor verwijzingen naar respectievelijk Frenk & Salomons, Wansink en Drion.

55 Ruitenbeek-Bart 2023.

56 Zie ook bijv. T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid & Verzekering anno 2023’, *AV&S* 2023/32, p. 187.

57 Ruitenbeek-Bart 2023, hoofdstuk 9, waarin verslag wordt gedaan van interviews met verkeersdeelnemers die betrokken waren bij een verkeersongeval waarbij een andere verkeersdeelnemer letselschade opliep.

58 Ruitenbeek-Bart schrijft specifiek over aansprakelijkheidsverzekeraars in de letselschadepraktijk. Mijn artikel beperkt zich daar niet toe. Hoewel de maatschappelijke rol van de aansprakelijkheidsverzekeraar in het bijzonder op de voorgrond treedt waar het gaat om immateriële belangen van verzekerden en benadeelden, ben ik van mening dat aansprakelijkheidsverzekeraars in hun handelen ook rekening moeten houden met hun maatschappelijke functie wanneer het niet om letsel- of overlijdensschade gaat.

59 Gedragscode Verzekeraars 2018, p. 5.

60 Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons *7-IX* 2019/295.

61 De Jong 2023, par. 3.4.0.

fiek in de Wft genoemde voorschriften.⁶² In het bijzonder is afdeling 4.2.3 Wft, getiteld ‘Zorgvuldige dienstverlening’, van belang. Uit de bepalingen in deze afdeling kan worden afgeleid dat verzekeraars bepaalde informatieverplichtingen, verplichtingen om informatie in te winnen, en een algemene zorgplicht hebben. Het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) geeft in aanvulling op de algemene bepalingen in de Wft nadere regels over de invulling van deze verplichtingen.⁶³

In het algemeen geldt dat de informatie die de verzekeraar verstrekt, correct en duidelijk moet zijn en niet misleidend mag zijn (art. 4:19 lid 2 Wft). De AFM kijkt bij de beoordeling daarvan onder andere of de informatie inhoudelijk juist is en de consument niet op het verkeerde been zet.⁶⁴ Voorafgaand aan het sluiten van de verzekering dient die informatie te worden verstrekt die relevant is voor een adequate beoordeling van het product dat de consument voornemens is af te nemen.⁶⁵ Afdeling 8.1 BGfo werkt uit welke informatie precies moet worden verstrekt. Een financiële dienstverlener die een schadeverzekering aanbiedt, dient voorafgaand aan de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst bijvoorbeeld een zogenaamd informatieproduct op te stellen met gestandaardiseerde informatie over de verzekering. In het informatiedocument staan de voornaamste kenmerken van de verzekering, met als doel de potentiële verzekeringnemer in staat te stellen goed geïnformeerd een beslissing te nemen over het al dan niet sluiten van deze verzekeringsovereenkomst. Een van de onderdelen van het informatiedocument is informatie over welke verplichtingen de verzekeringnemer heeft bij aangifte van de schade.⁶⁶ Ik stel mij voor dat uit deze informatieverplichting voort kan vloeien dat een verzekeraar die in zijn polisvoorwaarden een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid hanteert, de particuliere verzekeringnemer daar voorafgaand aan het sluiten van een verzekeringsovereenkomst op moet wijzen. De AFM heeft in oktober 2020 handvatten gepubliceerd voor het informatiedocument verzekeringen, waaruit ik dit meen te kunnen afleiden. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de verzekeraar ervoor zorg dient te dragen dat de consument op de hoogte is van belangrijke verplichtingen en beperkingen. Daarnaast dient de informatie in het informatiedocument overeen te komen met de polisvoorwaarden (*juiste informatie*) en moeten alle belangrijke elementen daarin terugkomen (*volledige informatie*).⁶⁷

Uit het op 1 januari 2014 aan de Wft toegevoegde artikel 4:24a kan een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners worden afgeleid. Het artikel vormt het sluitstuk van de hiervoor genoemde afdeling 4.2.3 Wft over zorgvuldige dienstver-

lening en fungeert als vangnetbepaling.⁶⁸ Het schrijft voor dat een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of de begunstigde in acht dient te nemen. Deze algemene zorgplicht is opgenomen vanuit de gedachte dat financiële instellingen een bijzondere maatschappelijke functie hebben, die meebrengt dat zij bijzondere zorg dienen te betrachten richting consumenten.⁶⁹ Bij een ‘evidente misstand’ die het vertrouwen in de financiële dienstverlener kan schaden (lid 3), is de AFM bevoegd handhavend op te treden. De verplichting bijzondere zorg te betrachten strekt ertoe consumenten te beschermen tegen de mogelijk negatieve gevolgen van de informatieongelijkheid die er over het algemeen is tussen een financiële dienstverlener en een (potentiële) klant.⁷⁰ Een particuliere verzekeringnemer kan als ‘zwakke partij’ immers minder goed dan zijn wederpartij beoordelen welke risico’s zijn verbonden aan de verzekeringsovereenkomst die hij beoogt te sluiten.⁷¹

Het is niet in concreto te zeggen wanneer sprake is van een ‘evidente misstand’, en wanneer de AFM dus bevoegd is handhavend op te treden. De financiële dienstverlener dient de belangen van een groep die de Wft beoogt te beschermen, zoals consumenten, *stelselmatig te zeer te veronachtzamen*.⁷² Duidelijk is wel dat terughoudendheid gewenst is.⁷³ In de memorie van toelichting bij de Wijzigingswet financiële markten 2014 is toegelicht:

‘Gezien het open karakter van deze norm, zal de algemene zorgplicht in de praktijk nader worden ingevuld aan de hand van concrete gevallen en omstandigheden waarbij de vereiste zorgvuldigheid met betrekking tot de belangen van de consument of begunstigde onvoldoende is betracht. Uit het doel en het karakter van de algemene zorgplicht vloeit tevens voort dat de AFM handhaving van deze norm terughoudend en slechts in geëigende gevallen zal toepassen, namelijk in situaties waarin sprake is van evidente misstanden die schadelijke gevolgen (kunnen) hebben voor de consument of begunstigde.’⁷⁴

Dat die in de memorie van toelichting genoemde ‘concrete gevallen en omstandigheden’ zich zelden voordoen, blijkt uit de brief van 15 december 2021 van de toenmalige Minister van Financiën waarin hij de Eerste en Tweede Kamer informeert over het aanhouden van een eerder aangekondigde evaluatie van de algemene zorgplicht uit artikel 4:24a Wft.⁷⁵ Reden voor aanhouding was dat sinds de invoering ervan in 2014 door de AFM nog geen enkele keer formeel gehandhaafd was op grond van artikel 4:24a Wft, waardoor er ook nog geen bestuurlijke

62 De Jong 2023, par. 3.2.

63 Meijer 2016, p. 25.

64 Beleidsregel Informatieverstreking 2018 (*Stcrt.* 2018, 72699), onder 2.1 en 2.2.

65 Meijer 2016, p. 26.

66 Art. 65b lid 2 jo. art. 66b onder g BGfo.

67 AFM, *Handvatten voor het IPID*, oktober 2020. Te downloaden op afm.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

68 Meijer 2016, p. 34.

69 *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 3, p. 26.

70 Meijer 2016, p. 33.

71 *Kamerstukken II* 2002/03, 28965, nr. 1, p. 5.

72 R. van Esch, ‘Evidente misstanden’, *FR* 2013/12.

73 *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 3, p. 28-29.

74 *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 3, p. 29.

75 Brief van de Minister van Financiën van 15 december 2021 (*Kamerstukken II* 2021/22, 32545, nr. 158).

rechtspraak tot stand gekomen was.⁷⁶ Voor zover mij bekend is dat op dit moment niet anders.⁷⁷ Tien jaar na de invoering van de publiekrechtelijke, algemene zorgplicht is dus nog niet te zeggen in welke gevallen (mogelijk) sprake zou kunnen zijn van een evidente misstand die het vertrouwen in een financiële dienstverlener kan schaden.

In het voorgaande heb ik laten zien dat vasthouden aan polisbedingen die een verbod tot erkenning van aansprakelijkheid inhouden, voor verzekeraars geen enkele toegevoegde waarde heeft (zie par. 4), dat dergelijke verbodsbepalingen in sommige gevallen in strijd zijn met dwingend recht, in de meeste gevallen in ieder geval de grenzen van het dwingendrechtelijke artikel 7:953 BW opzoeken (zie par. 5.1), en in veel gevallen in strijd zijn met andere verplichtingen die de verzekeraar heeft ten opzichte van de verzekerde en de betrokken benadeelde (par. 5.2), en dat het hanteren van verbodsbepalingen niet past bij maatschappelijke ontwikkelingen die gericht zijn op het voorkomen, hanteren en oplossen van (juridische) problemen en conflicten (par. 6.3). Dat alles overziend, durf ik de stelling wel aan dat kan worden gesproken van een ‘evidente misstand’ wanneer een verzekeraar in zijn verzekeringspolis een beding hanteert dat het verzekerden verbiedt aansprakelijkheid te erkennen, zeker wanneer diezelfde verzekerden niet worden geïnformeerd over de exacte betekenis van dat beding in het licht van het bepaalde in artikel 7:953 BW.

7. Het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid en de beroepsaansprakelijkheidsverzekering

7.1 De spagaat van de professionele verzekerde

In het voorgaande lag de nadruk op de (juridische) betekenis en houdbaarheid van verbodsbepalingen in particuliere aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomsten. In deze paragraaf wil ik kort stilstaan bij de beroepsaansprakelijkheidsverzekering, met name met het oog op verplichtingen die professionele verzekerden na een schadeveroorzakende gebeurtenis hebben ten opzichte van benadeelden. Specifiek voor dit type verzekeringsovereenkomsten geldt dat een daarin opgenomen verbod tot erkenning van aansprakelijkheid op gespannen voet kan staan met de verplichtingen die de professionele verzekerde heeft ten opzichte van zijn cliënt of patiënt (na een beroepsfout is dat de benadeelde). Uitgangspunt is dat een professional zich als een ‘goed opdrachtnemer’, of specifiek, als het bijvoorbeeld om een zorgverlener gaat, als een ‘goed hulpverlener’ gedraagt.⁷⁸ De toets daarbij is dat de professional zijn werkzaamheden als een redelijk handelend en bekwaame

vakgenoot verricht.⁷⁹ Gedragsregels geven soms invulling aan deze open norm. Zie bijvoorbeeld artikel 16 lid 1 van de Gedragsregels advocatuur 2018, dat bepaalt dat de advocaat zijn cliënt op de hoogte moet brengen van alle belangrijke informatie, feiten en afspraken. In de officiële toelichting bij het artikel wordt uitgelegd dat

‘een zorgvuldige rechtsbijstandverlening eist dat de advocaat min of meer ernstige tekortkomingen daarin en regelrechte fouten aan de cliënt kenbaar maakt’.⁸⁰

Concreet betekent dit dat een advocaat open en eerlijk moet zijn over een eventuele beroepsfout. En daar wringt de schoen. Want wanneer de beroepsaansprakelijkheidsverzekering het de advocaat met een verbodsbepaling in de polisvoorwaarden verbiedt uitspraken te doen in de richting van een erkenning,⁸¹ botst dat met de gedragsregels die juist openheid betrachten. Dit brengt de professionele verzekerde in een verwarrende en onwenselijke positie.

7.2 De medische aansprakelijkheidsverzekering: een stap vooruit

Voor zorgverleners geldt sinds 2016 dat zij zelfs wettelijk verplicht zijn open te zijn over de aard en toedracht van zogenaamde ‘incidenten’. Artikel 10 lid 3 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) bepaalt dat men open en eerlijk moet zijn over

‘een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg, en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt’.⁸²

Zo’n medisch incident is bijvoorbeeld een fout in behandeling of zorg.⁸³ Een verbodsbepaling in een verzekeringspolis is zeker in strijd met deze wettelijke verplichting van de verzekerde zorgverlener. Gelukkig is de laatste jaren met name in de medische wereld een kentering te zien als het gaat om het stimuleren van openheid. Het besef dat dit voor zowel patiënt als zorgverlener belangrijk is, dringt steeds meer door, óók bij de medische aansprakelijkheidsverzekeraars. De grote medische aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland besteden al langere tijd juist veel aandacht aan de correcte afhandeling van medische incidenten. In een eerdere publicatie wees ik op in-

⁷⁶ Brief van de Minister van Financiën van 15 december 2021 (*Kamerstukken II* 2021/22, 32545, nr. 158), p. 2.

⁷⁷ Laatstelijk op 18 april 2024 heb ik binnen Legal Intelligence gezocht naar de zoekterm ‘4:24a Wft’ in publicaties van de AFM. Daaruit kwamen twee publicaties; beide betroffen een nieuwsbericht waarin een algemene verwijzing naar het wetsartikel stond.

⁷⁸ Art. 7:401 respectievelijk art. 7:453 BW.

⁷⁹ M. de Haan & E.A.L. van Emden, *Beroepsaansprakelijkheid* (Recht en Praktijk nr. CA11), Deventer: Kluwer 2014, par. 2.1. De Haan en Van Emden verwijzen naar enkele arresten van de Hoge Raad, zie voetnoot 3.

⁸⁰ Officiële toelichting bij art. 16 Gedragsregels advocatuur 2018.

⁸¹ Zie bijv. art. 10.4 van de Algemene Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering Advocaten van Markel, BA ADV MISE 2020, dat een ‘klassiek’ erkenningsverbod bevat: ‘Verzekerden onthouden zich van iedere mededeling of gedraging waaruit een erkenning van aansprakelijkheid of een gehoudenheid tot vergoeding van schade zou kunnen worden afgeleid.’ De voorwaarden zijn te downloaden op markelinsurance.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

⁸² Art. 1.1 Uitvoeringsbesluit Wkkgz.

⁸³ J. Legemaate, ‘Openheid over medische fouten vereist beleid’, *NJB* 2016/72.

formatie die (nog altijd) te vinden is op de website van Centramed.⁸⁴ Verzekerde zorgverleners worden daar, met een verwijzing naar de zogenaamde ‘Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid’ (GOMA), actief gestimuleerd om gemaakte fouten te erkennen en daarvoor excuses aan te bieden.⁸⁵ Tegelijkertijd hebben ook de medische aansprakelijkheidsverzekeraars nog werk te doen. In paragraaf 3.2 citeerde ik een artikel uit de Algemene voorwaarden schadeverzekeringen van VvAA. VvAA is volgens de eigen website ‘een collectief van ruim 130.000 zorgprofessionals’ dat ondersteuning biedt bij alle randzaken rondom de gezondheidszorg, waaronder verzekeren voor aansprakelijkheid. In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op alle (zakelijke) schadeverzekeringen staat de volgende bepaling:

‘Wat moet u doen bij een schade?’

U bent bij een – gebeurtenis die kan leiden tot – schade verplicht:

(...)

- geen schuld of aansprakelijkheid te erkennen, en ook verder niets te doen of na te laten dat uw en onze belangen kan benadelen. Er is geen sprake van belangenbenadeling bij een terechte erkenning van aansprakelijkheid of als het alleen gaat om het bevestigen van feiten.⁸⁶

Hoewel artikel 7:953 BW hier correct is weergegeven, vind ik de formulering toch wat twijfelachtig, omdat het verzekerde alsnog in onzekerheid laat. Het lijkt van de verzekerde te vragen dat hij vooraf zelf inschat of hij al dan niet aansprakelijk is.

8. Tot slot: hoe nu verder?

Uit mijn onderzoek naar polisvoorwaarden dat ik in paragraaf 3 heb toegelicht, is gebleken dat polisbepalingen die het verzekerden verbieden aansprakelijkheid te erkennen nog altijd veelvuldig in verzekeringsovereenkomsten voorkomen. En dat terwijl – zo heb ik in paragraaf 4 laten zien – het hanteren van die polisbepalingen voor verzekeraars voor de uitkeringsplicht geen verschil maakt. Bovendien blijkt uit de uiteenzetting in paragraaf 5, 6 en 7 dat er nog veel meer redenen zijn om zich te verwonderen over het feit dat die bepalingen nog altijd zo veel voorkomen. Zo’n bepaling kan in strijd zijn met dwingend recht, of is in ieder geval in de meeste gevallen in strijd met de strekking van het dwingendrechtelijke arti-

kel 7:953 BW. Het hanteren van een verbodsbepaling en verzekeren vervolgens niet, niet volledig of niet correct informeren over de betekenis daarvan in het licht van het bepaalde in artikel 7:953 BW is in strijd met consumentenrechtelijke regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen. Het strookt bovendien niet met de Gedragscode Verzekeraars, waaraan vrijwel alle aansprakelijkheidsverzekeraars zijn gebonden. Het niet, niet volledig of niet correct informeren van verzekerden over een verbodsbepaling is niet in overeenstemming met de Wft-bepalingen over zorgvuldige dienstverlening. En tot slot is het hanteren van een verbodsbepaling niet verenigbaar met de verplichting die professionele verzekerden na een beroepsfout kunnen hebben ten opzichte van hun cliënten of patiënten. Het goede nieuws was dat de Nederlandse medische aansprakelijkheidsverzekeraars zich van dat laatste bewust zijn. In die zin lopen zij voorop als het gaat om het stimuleren van een correcte afwikkeling van schade, al is ook daar nog werk aan de winkel.

Er zijn vele juridische mogelijkheden te bedenken die individuen, collectieven en de AFM hebben om op de genoemde gronden in actie te komen tegen het gebruik van verbodsbepalingen in verzekeringspolissen.⁸⁷ Als het gaat over remedies is de grootste rol weggelegd voor de AFM, die op verschillende gronden (privaatrechtelijk en publiekrechtelijk) zou kunnen optreden. Naar mijn weten is dat tot nu toe niet gebeurd, maar men kan zich afvragen of het zo ver moet komen. Het feit dat de AFM (en hetzelfde geldt voor andere organisaties) naar mijn weten nog niet eerder actie heeft ondernomen, zegt waarschijnlijk eerder iets over de omvang van het probleem dan over de actiebereidheid van de AFM. Uit het onderzoek van Ruitenbeek-Bart blijkt dat het beeld van verzekeraars over het algemeen is dat aangesproken verzekerden zich in het contact met de benadeelde niet laten leiden door wat volgens de polisvoorwaarden wel of niet mag worden gezegd.⁸⁸ Als die indruk klopt – en hoewel dat niet is onderzocht, lijkt het daar wel op –, wordt de noodzaak om in actie te komen misschien ook niet zo gevoeld. Dat geldt in ieder geval kennelijk voor de particuliere aansprakelijkheidsverzekerde zelf.

Maar zoals gezegd past het massaal vasthouden aan verbodsbepalingen ook niet bij bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen van de afgelopen jaren. Het strookt niet met het in de verzekeringswereld neergedaalde besef dat alle betrokkenen bij een schadeveroorzakende gebeurtenis (dus ook de verzekeraar) belang hebben bij het emotioneel herstel van zowel slachtoffers als veroorzakers, en dat contact tussen betrokkenen daarbij behulpzaam kan zijn. Bovendien past het niet bij de verschuiving die te zien is in de manier waarop gekeken wordt naar de functie van de aansprakelijkheidsverzekering: de focus komt meer en meer te liggen op de sociale functie, en de belangen van zowel benadeelden als verzekerden komen steeds verder op de voorgrond. Het kan daarom toch niet zo zijn dat een

84 Zwart-Hink 2017, p. 2801.

85 Ik heb de polisvoorwaarden van Centramed niet kunnen nalezen, omdat deze alleen toegankelijk zijn voor leden. Wel kon ik de Verzekeringskaart inzien, die volgens gegevens op de website een samenvatting geeft van de polisvoorwaarden. Opvallend – in positieve zin – vond ik dat daarop onder het kopje ‘Wat zijn mijn verplichtingen’ staat dat Centramed zijn verzekerden ‘tot niets’ verplicht. Verzekerden worden alleen opgeroepen eerlijke informatie te verschaffen en zaken spoedig te melden. Zie centramed.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

86 VvAA, Algemene voorwaarden schadeverzekeringen (AVS-2001), art. 5.1, aanhef en onder g. De voorwaarden zijn te downloaden op vva.nl. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.

87 In het onderzoeksrapport waarop dit artikel is gebaseerd, ga ik uitgebreid in op alle mogelijkheden. Zie Zwart-Hink 2024.

88 Ruitenbeek-Bart 2023, p. 553.

polisbepaling die duidelijk uit de tijd is, die aan alle kanten juridisch rammelt, die de grenzen opzoekt van een dwingend-rechtelijke wettelijke bepaling en die voor een verzekeraar in geen enkel scenario enig verschil maakt voor de uitkeringsplicht, massaal in aansprakelijkheidsverzekeringsspolissen blijft staan? Het wordt tijd dat verzekeraars dat inzien en zelf in actie komen. Het Verbond van Verzekeraars kan daarbij ook een rol spelen door bijvoorbeeld een modelbepaling te formuleren. Schrap die verbodsbepalingen en gebruik de polisvoorwaarden om verzekeren voor te lichten over het belang van contact tussen betrokkenen en over wat de verzekerde mag verwachten als het gaat om de afhandeling van de schade. Daarmee sluiten verzekeraars aan bij wat zij in hun eigen gedragscode al jaren geleden hebben afgesproken:

‘Wij dragen in het schadebehandelingsproces zorg voor een voortvarende en zorgvuldige afhandeling met oog voor alle betrokkenen.’⁸⁹

Ik doe een voorstel voor een alternatieve (model)polisbepaling die daarbij past:

Wilt u contact opnemen met de andere partij?

Wij als verzekeraar vinden het goed en belangrijk dat u contact opneemt met de andere partij. Dit kan voor alle betrokkenen helpen om de gebeurtenissen te verwerken. U mag uw medeleven tonen, spijt betuigen als u dat wilt en uitleg geven over de feiten.

Vraagt u zich af of uw uitspraken juridische gevolgen kunnen hebben? Daar hoeft u zich geen zorgen over te maken. Wij handelen de vraag naar aansprakelijkheid af.⁹⁰

Een bepaling als deze is niet in strijd met het bepaalde in artikel 7:953 BW, botst niet met consumentenrechtelijke bepalingen en ook niet met de (wettelijke) verplichtingen die professionele verzekerden hebben ten opzichte van hun patiënten en cliënten. De bepaling past bovendien goed bij de toenemende aandacht voor behoeften en belangen van alle betrokken partijen en bij de ontwikkelingen die de afgelopen jaren ook in de verzekeringsbranche te zien zijn op het gebied van het voorkomen, hanteren en oplossen van (juridische) problemen en conflicten. Kortom, een heldere bepaling die ten dienste staat van alle betrokkenen.

⁸⁹ Gedragscode Verzekeraars 2018, gedragsregel 11.

⁹⁰ Voor het formuleren van deze bepaling liet ik mij inspireren door informatie op de website contacthelpt.nl. Specifiek gebruikte ik het stappenplan (zie <https://contacthelpt.nl/wp-content/uploads/2019/10/3.-Excuses-na-een-verkeersongeval.pdf>) over contact tussen betrokkenen na een verkeersongeval en de video van Geke Feiter, directeur van het Verbond van Verzekeraars, getiteld *Verzekeraars steunen contact*, te vinden op de homepage. Website voor het laatst bezocht op 18 april 2024.