

## Een problematisch fenomeen

Joran Wildeboer – mr. J.R. Wildeboer is advocaat bij SAP Letselschade Advocaten.

*Waarom kiezen aansprakelijkheidsverzekeraars voor een schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid? Hoe verhoudt die zich tot de gebruikelijke schaderegeling na erkenning? En wat zijn de risico's voor de derde-benadeelde? Joran Wildeboer schetst de achtergronden, de praktijk en de risico's, en komt met aanbevelingen voor de praktijk.*

*Door de schaderegeling zonder erkenning 'kunnen onduidelijkheden ontstaan die de rechtspositie van de derde-benadeelde nadelig beïnvloeden en die deze tot diep in de schaderegeling blijven achtervolgen'. Een dergelijke regeling gaat ook voorbij 'aan de emotionele behoefte van de derde-benadeelde aan erkenning'. (red.)*

Aansprakelijkheidsverzekeraars zijn in de letselschadepraktijk met een zekere regelmaat bereid om een schaderegelingstraject met een derde-benadeelde aan te gaan zonder aansprakelijkheid te erkennen.<sup>1</sup> De verzekeraar stapt daarbij over de aansprakelijkheidsvraag heen en committeert zich om de schade van de derde-benadeelde te regelen met alle verplichtingen van dien. Met andere woorden: een schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid.

Een aansprakelijkheidsverzekeraar gaat hier niet als een barmhartige Samaritaan onverplicht toe over. Meestal ligt in dergelijke gevallen aansprakelijkheid wel voor de hand, maar gaat men toch liever niet tot erkenning over. Ook schaderegelingsbureaus lijken deze figuur steeds vaker te vinden. Zij bedienen zich dan soms van eigenaardige constructies, zoals het verstrekken van renteloze leningen aan derde-benadeelden in plaats van de gebruikelijke voorschotten op de schade.<sup>2</sup>

### 1. De basis

Het vertrekpunt van het civiele aansprakelijkheidsrecht (en daarmee: het personenschaderecht) is dat eenieder zijn eigen schade draagt, tenzij er een grond is die schade op een ander af te wentelen. De eerste vraag die al-

lus in een concreet geval beantwoord dient te worden, is of een grondslag voor aansprakelijkheid aanwezig is (de vestigingsfase). Nadat aansprakelijkheid gevestigd is, verkrijgt de benadeelde toegang tot het schadevergoedingsrecht en dient de aard en omvang van de geleden schade in kaart te worden gebracht (de omvangsfase). In de letselschadepraktijk komt het erop neer dat een slachtoffer de veroorzaker van het letsel aansprakelijk stelt. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker neemt vervolgens een standpunt over aansprakelijkheid in.<sup>3</sup> Dat is een belangrijk beslismoment voor de verzekeraar die in feite twee opties heeft: het (vooralsnog) afwijzen van aansprakelijkheid of erkennen daarvan.

Door aansprakelijkheid te erkennen komt de vestigingsfase ten einde en breekt de omvangsfase aan. Erkenning is daarmee een *one way street*. Het betreft een eenzijdig gerichte rechtshandeling waarop de verzekeraar in beginsel niet kan terugkomen. Slechts bij bijzondere omstandigheden kan deze later een u-bocht nemen: indien sprake is van bedrog of misbruik van omstandigheden (art: 3:44 BW)<sup>4</sup>, dwaling (art. 6:228 BW)<sup>5</sup>, of op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW)<sup>6,7</sup>. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan situaties waarin achteraf blijkt dat een ongeval is geënceneerd, door de derde-benadeelde opzettelijk een

1 Zo benoemt VGA Verzekeringen deze figuur bijvoorbeeld expliciet op haar website: <https://www.amsterdam.nl/vga/over-vga/letselschade/>.  
 2 De optie van het verstrekken van een renteloze lening aan derde-benadeelden wordt ook in de literatuur als mogelijk zinvolle optie benoemd: C. Banis & L.K. de Haan, 'Subrogatie en/of cessie; dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!', *PIV-Bulletin* 2016, afl. 4, p. 22.  
 3 De situatie dat een veroorzaker niet tegen aansprakelijkheid verzekerd is, valt buiten het bestek van dit artikel.  
 4 Vergelijk: Hof Den Haag 29 september 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:2546](#), r.o. 5 en Hof Den Haag 13 december 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3604](#), r.o. 6.3.  
 5 Vergelijk: HR 10 januari 1992, [ECLI:NL:HR:1992:ZC0470](#), NJ 1992, 606, m.nt. M.M. Mendel (*Gem. Maastricht/Crals*), r.o. 3.4 en C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, diss. 2016, 10.7 (digitale versie).  
 6 Vergelijk: A-G G.R.B. van Peurseem, [ECLI:NL:PHR:2018:148](#), r.o. 2.6, bij HR 20 april 2018, [ECLI:NL:HR:2018:646](#).  
 7 Een aansprakelijkheidsverzekeraar kan overigens niet op erkenning terugkomen door zich jegens de derde-benadeelde te beroepen op de in art. 7:941 lid 5 BW neergelegde verzekeringsrechtelijke sanctie (verval van recht bij verstrekking onjuiste informatie door de verzekerde). Dat beroep is jegens de derde-benadeelde niet mogelijk omdat – kort gezegd – de derde-benadeelde niet zijn contractspartij is, waardoor dat artikel toepassing mist (zie: HR 6 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1103](#)).

onjuiste toedracht is geschetst of cruciale informatie is verzwegen.<sup>8</sup> Gevallen waarin de verzekeraar tot erkenning overgaat zonder dat sprake is van een ‘leugenachtige’ derde-benadeelde, zullen al snel binnen de risicosfeer van de verzekeraar liggen.<sup>9</sup>

Erkenning is een vormvrije rechtshandeling die besloten kan liggen in elke handeling of gedraging (art. 3:33 jo art. 3:37 BW). Gelet op de verstrekkende gevolgen daarvan is het echter niet verwonderlijk dat handelingen/gedragingen niet snel als erkenning aangemerkt dienen te worden. Er moet in beginsel sprake zijn van een expliciete en ondubbelzinnige erkenning.<sup>10</sup> Ook als door de verzekeraar aan de benadeelde (meermaals) voorschotten op de schade worden verstrekt, mag de benadeelde daaruit niet zonder meer afleiden dat aansprakelijkheid is erkend.<sup>11</sup>

---

**Een aansprakelijkheidsverzekeraar heeft – rechtspositioneel gezien – belang bij een zo facultatief mogelijke formulering van een schaderegeling zonder erkenning.**

---

Is aansprakelijkheid eenmaal erkend, dan heeft de derde-benadeelde in beginsel onherroepelijk toegang verworven tot het schadevergoedingsrecht. De derde-benadeelde betreedt de poorten niet alleen, maar neemt een zekere achterban mee, namelijk: derde-gerechtigden. Onder de derde-gerechtigden vallen de in art. 6:107 en 6:108 BW genoemde personen/naasten. Het gaat dan om verplaatste schade (kosten die een derde maakt ten behoeve van de benadeelde) en bij overlijden om gederfd levensonderhoud van nabestaanden en uitvaartkosten. Per 1 januari 2019 bestaat bovendien een aanspraak op vergoeding van affectieschade bij ernstig blijvend letsel of overlijden voor een beperkte kring van gerechtigden. Onder derde-gerechtigden vallen ook mogelijke regresnemers: particuliere verzekeraars (de zorgverzekeraar voor betaalde zorgkosten, de SVI-verzekeraar voor uitgekeerde schade en de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar voor

uitkeringen vanwege arbeidsongeschiktheid<sup>12</sup>), de werkgever (voor het doorbetaald loon) en de overheid (het UWV voor verstrekte uitkeringen, de gemeente voor verleende zorg onder de WMO en de WLZ-uitvoerder voor verleende zorg onder de WLZ).

## 2. Een kwestie van formulering

Gelet op het onherroepelijke karakter van erkenning en de verplichtingen die daaruit voortvloeien jegens de derde-benadeelde en diens achterban, doet een aansprakelijkheidsverzekeraar er dus goed aan om niet lichtzinnig tot erkenning over te gaan.<sup>13</sup> Een vergissing kan hem duur komen te staan.

Dat roept de vraag op of de schaderegeling zonder erkenning vergevingsgezinder is voor de aansprakelijkheidsverzekeraar. Kan een aansprakelijkheidsverzekeraar (bijvoorbeeld in geval van vermeende fraude) de schaderegeling staken en terugvallen op zijn betwisting van de aansprakelijkheid?

Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer, neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW. Het gaat daarbij om de intentie van de aansprakelijkheidsverzekeraar, zijn verklaarde wil en het vertrouwen dat hij daarmee bij de derde-benadeelde heeft gewekt. Indien een aansprakelijkheidsverzekeraar bijvoorbeeld verklaart dat hij bereid is de schaderegeling ‘vooralnog’ zonder erkenning op te pakken, dan is dat behoorlijk vrijblijvend. De derde-benadeelde zal dan moeilijk kunnen bepleiten dat hij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de aansprakelijkheid niet meer ter discussie stond. Dat vertrouwen kan dan wel later alsnog ontstaan, bijvoorbeeld door tijdsverloop. Daarbij kan gedacht worden aan de situatie dat een aansprakelijkheidsverzekeraar gedurende een schaderegelingstraject van meerdere jaren nimmer meer te kennen heeft gegeven dat aansprakelijkheid nog een punt van discussie vormde.<sup>14</sup>

In het geval dat een aansprakelijkheidsverzekeraar expliciet, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud te kennen geeft dat hij de schade onverplicht, dus: zonder erken-

---

8 Ook kan gedacht worden aan de situatie dat sprake is van opeenvolgende, onderling tegenstrijdige verklaringen van de derde-benadeelde over de toedracht van een ongeval waardoor na erkenning serieuze twijfel opdoemt over de toedracht. Vergelijk: A-G G.R.B. van Peurse, [ECLI:NL:PHR:2018:148](#), r.o. 2.6, bij HR 20 april 2018, [ECLI:NL:HR:2018:646](#).

9 Ik denk in het bijzonder aan gevallen waarin de verzekeraar op basis van (te) summier informatie de aansprakelijkheid erkent, terwijl hij zelf nader onderzoek had kunnen verrichten en aan gevallen waarin de verzekeraar afgaat op bevindingen van derden welke bevindingen later onjuist blijken te zijn. Zie ter zake dit laatste punt bijvoorbeeld: HR 19 september 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF8270](#), NJ 2003, 619 (R/Gelderse Vallei), welke uitspraak ziet op een casus waarin de aansprakelijkheid werd erkend op basis van een in een deskundigenrapportage vervat oordeel dat achteraf onjuist bleek.

10 Illustratief in dit verband: Rechtbank Breda 27 februari 2008, [ECLI:NL:RBBRE:2008:BC5872](#).

11 Zie ook: Rechtbank Breda 27 februari 2008, [ECLI:NL:RBBRE:2008:BC5872](#), r.o. 3.8 & Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:1059](#).

12 De arbeidsongeschiktheidsverzekeraar heeft slechts op grond van subrogatie een regresrecht indien de verzekering als schadeverzekering, en niet als sommenverzekering, wordt gekwalificeerd. De kwalificatie van de arbeidsongeschiktheidsverzekering als een schade- dan wel sommenverzekering levert in de praktijk en literatuur de nodige discussie op.

13 Rutten roept zelfs op tot ‘grote voorzichtigheid’: S. Rutten, ‘Erkenning van aansprakelijkheid en de intrekking ervan. Een overzicht’, *TAV* 2017, afl. 6, p. 25.

14 Vergelijk: Rechtbank Amsterdam 16 november 2005, [ECLI:NL:RBAMS:2005:AU7027](#), r.o. 6.



ning, zal regelen ‘alsof aansprakelijkheid erkend is’ (of zinsneden van gelijke strekking), ligt het logischerwijs anders. De hierdoor tot stand gekomen verbintenis verschilt materieel niet of nauwelijks van de verbintenis die door erkenning van aansprakelijkheid ontstaat.<sup>15</sup> Beide verbintenissen beogen immers jegens de derde-benadeelde hetzelfde verstreckende gevolg: het vergoeden van diens volledige schade. Dat brengt mijns inziens mee dat de verzekeraar slechts op dezelfde gronden op de bedoelde toezegging kan teruggekomen als die het terugkomen op een erkenning van aansprakelijkheid rechtvaardigen.

Een aansprakelijkheidsverzekeraar die overgaat tot een schaderegeling zonder erkenning heeft daarom – rechtspositioneel gezien – belang bij een zo facultatief mogelijke formulering. Hij heeft dan meer speelruimte en kan zich later alsnog beroepen op het ontbreken van aansprakelijkheid. En precies daar schuurt het belang van de aansprakelijkheidsverzekeraar met het belang van de derde-benadeelde. Op diens rechtspositie ga ik later in dit artikel in.

### 3. Regres

Er zijn nog twee andere redenen waarom een aansprakelijkheidsverzekeraar belang heeft bij een (zo vrijblijvend mogelijke) schaderegeling zonder erkenning. Beide redenen hebben betrekking op regres. Door de schade te regelen zonder erkenning kan een aansprakelijkheidsverzekeraar zich beter verweren tegen regresvorderingen van derden, en meer grip krijgen op de eigen regresmogelijkheden. Ik licht dit hieronder toe.

#### 3.1 Regresvorderingen van derden

In een letselschadezaak kunnen er meerdere regresnemers zijn. Denk aan de zorgverzekeraar die na een ongeval de (al snel hoogoplopende) zorgkosten van de derde-benadeelde vergoedt en aan de werkgever die het loon doorbetaalt en kosten maakt ten behoeve van de re-integratie. Aan deze partijen komt een regresrecht toe (op grond van respectievelijk art. 7:962 BW en art. 6:107a BW), indien de veroorzaker van het ongeval aansprake-

lijk is op grond van schuld (art. 6:162 BW, 7:658 BW of 185 VVW). De tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW) staat in de weg aan een beroep van de regresnemer op de diverse risicoaansprakelijkheden (denk aan de risicoaansprakelijkheden voor roerende zaken, opstallen, dieren en producten). Dat geldt mutatis mutandis voor de andere, eerder in dit artikel genoemde, mogelijke regresnemers.

Indien een aansprakelijkheidsverzekeraar aansprakelijkheid erkent op grond van schuld, kunnen in bovengenoemd voorbeeld de zorgverzekeraar en de werkgever regres nemen voor respectievelijk de betaalde zorgkosten en het netto-doorbetaald loon (en de re-integratiekosten). De aansprakelijkheidsverzekeraar kan jegens de regresnemers wel die verweren inroepen die hij ook jegens de derde-benadeelde zou hebben kunnen inroepen, zoals: verjaring, eigen schuld of het ontbreken van causaliteit.<sup>16</sup>

Bij de schaderegeling zonder erkenning komt daar een (sterk) verweermiddel bij: aansprakelijkheid ontbreekt. Natuurlijk kunnen de regresnemers dan proberen zelf de aansprakelijkheid van de veroorzaker jegens de derde-benadeelde aan te tonen. De regresnemers bevinden zich dan echter in een weinig aantrekkelijke bewijspositie. De bewijsmiddelen benodigd ter onderbouwing van de aansprakelijkheid bevinden zich tenslotte bij de derde-benadeelde. Omdat diens schade al wordt vergoed door de verzekeraar, zal deze er verder geen direct belang bij hebben om regresnemers te voorzien van het voor het slagen van hun vorderingen benodigde bewijs.<sup>17</sup> Door de schaderegeling zonder erkenning kan de aansprakelijkheidsverzekeraar zich aldus in een gunstige (onderhandelings)positie jegens regresnemers manoeuvreren.

#### 3.2 Eigen regresmogelijkheden

Een schaderegeling zonder erkenning kan ook ten goede komen aan de eigen regresmogelijkheden van een aansprakelijkheidsverzekeraar. Het gaat dan in het bijzonder om letselschadezaken met meerdere mogelijk jegens de derde-benadeelde aansprakelijke partijen, waarbij de aansprakelijkheidsverzekeraar van één van deze partijen de schaderegeling ter hand heeft genomen. Denk in dit kader bijvoorbeeld aan bouwgerelateerde ongeval-

15 Er bestaat in de literatuur wel enige discussie over de vraag hoe een toezegging juridisch gekwalificeerd dient te worden. Het merendeel van de auteurs kwalificeert de toezegging als een eenzijdige rechtshandeling, die zelfstandig (en dus niet alleen wanneer zij aanvaard is) verbintenissen kan scheppen. Zie: C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, diss. 2016, 2.5.5 (digitale versie).

16 De zorgverzekeraar is een first party-verzekeraar en treedt door uitkering in de rechten van diens verzekerde (het slachtoffer) op derden. Deze derden kunnen derhalve alle verweermiddelen inroepen die zij ook rechtstreeks jegens het slachtoffer hadden kunnen inroepen. Dat het inroepen van dergelijke verweren ook mogelijk is jegens de werkgever van het slachtoffer blijkt uit de parlementaire geschiedenis: MvT, Kamerstukken II 1994/95, 24326, 3, p. 9.

17 Tussen regresnemende partijen en aansprakelijkheidsverzekeraars (verenigd in het Verbond van Verzekeraars) worden met regelmaat convenanten gesloten ter zake het regres. Soms wordt het regres door middel van zo’n convenant collectief afgekocht (vergelijk het Wmo-regresconvenant dat tot 2019 gold). In andere convenanten worden afspraken gemaakt met het doel regresvorderingen efficiënt af te kunnen doen en is de aansprakelijkheidsverzekeraar soms ook gehouden om op verzoek van de regresnemer alle informatie die betrekking heeft op het ongeval te delen (zie bijvoorbeeld artikel 5 van het thans geldende convenant Regres Zorg- en Aansprakelijkheidsverzekeraars 2020 t/m 2022 met betrekking tot 185 VVW-zaken). De regresnemer heeft dan ook via die route een ingang om aan het voor het rondkrijgen van aansprakelijkheid vereiste bewijs te bemachtigen.

len, waarbij vaak een veelvoud van partijen betrokken kunnen zijn (een hoofdaannemer, onderaannemer(s), zzp'er(s), et cetera).

Door de schade (onverplicht) aan de derde-benadeelde te vergoeden, subrogeert de aansprakelijkheidsverzekeraar automatisch in de rechten van diens eigen verzekerde (art. 7:962 BW). Het is daarbij van belang om goed op het netvlies te hebben dat een aansprakelijkheidsverzekering een *third party*-verzekering betreft waarmee het risico van aansprakelijkheid van de eigen verzekerde wordt afgedekt. De aansprakelijkheidsverzekeraar stelt daarom zijn eigen verzekerde schadeloos voor de financiële schade die deze oploopt doordat hij aansprakelijk en daarmee schadeplichtig is jegens de derde-benadeelde. Vandaar subrogeert de aansprakelijkheidsverzekeraar in de rechten van diens eigen verzekerde, en niet in de rechten van de derde-benadeelde.

De gesubrogeerde aansprakelijkheidsverzekeraar kan vervolgens regres proberen te nemen op andere partijen die ook mogelijk jegens de derde-benadeelde aansprakelijk zijn. Hij spreekt zijn medeschuldnaars dan aan op hun plicht om bij te dragen in de schade conform de verhouding waarin zij daarvoor onderling verantwoordelijk zijn (art. 6:10 jo 6:102 BW).<sup>18</sup>

De aansprakelijkheidsverzekeraar kan daarbij tegen diverse problemen aanlopen, waaronder:

- de op hem rustende stelplicht en bewijslast van de (omvang van de) bijdrageplicht de medeschuldnaars;
- het op hem rustende faillissementsrisico van zijn medeschuldnaars (het deel van de schade dat voor rekening komt van failliete medeschuldnaar(s) zal de regresnemer namelijk niet kunnen verhalen op een aangesproken niet-failliete partij); en
- het betoog dat de bijdrageplicht van de eigen verzekerde heel gering of zelfs afwezig is, zal moeizaam liggen als hij intussen aansprakelijkheid heeft erkend.

De aansprakelijkheidsverzekeraar kan deze problemen proberen te ondervangen door de schade met de derde-benadeelde te regelen zonder erkenning van aansprakelijkheid en (eventueel) onder cessie van diens rechten. Door zonder erkenning (derhalve 'onverplicht') de schade te regelen wordt het derde probleem ondervangen (het betoog dat sprake is van een geringe bijdrage van de eigen verzekerde aan het ongeval is dan geloofwaardiger). Door de derde-benadeelde diens rechten te laten cederen kunnen wellicht ook de andere twee problemen worden ondervangen.<sup>19</sup>

Door middel van cessie verkrijgt de aansprakelijkheidsverzekeraar de rechten van de derde-benadeelde op anderen. Dat betekent dat de verzekeraar ineens vanuit de schoenen van de derde-benadeelde regres kan nemen, en niet slechts vanuit de schoenen van zijn eigen verzekerde. En dat kan – zo signaleren Banis en De Haan – een 'wereld van verschil' maken voor de slagingskansen van het regres. Zij moedigen verzekeraars dan ook aan om tijdig na te denken over het regres.<sup>20</sup> Overigens met nadruk op 'tijdig', omdat subrogatie later niet meer terug te draaien is en automatisch plaatsvindt op het moment dat de eerste voorschotbetaling wordt verricht; zelfs als deze onverplicht geschied (art. 7:962 lid 1 BW).

In het kort is het voordeel van cessie boven subrogatie dat daarmee de stelplicht en bewijslast van de onderlinge bijdrageplicht van de medeschuldnaar(s) alsmede het faillissementsrisico mogelijk verlegd kunnen worden naar de aangesproken medeschuldnaar(s). Dat heeft ermee te maken dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich vanuit de schoenen van de derde-benadeelde kan beroepen op hoofdelijkheid (6:102 BW) en hen kan aanspreken voor vergoeding van de volledige schade van de derde-benadeelde. Het is dan vervolgens aan de aangesproken medeschuldnaar(s) om zich te beroepen op verrekening (art. 6:130 BW) en uit dien hoofde een bijdrageplicht ex art. 6:10 BW van de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar te bepleiten.

---

**Het kan voor de aansprakelijkheidsverzekeraar logisch zijn om voor een schaderegeling zonder erkenning als voorwaarde te stellen dat de derde-benadeelde diens rechten aan hem overdraagt.**

---

Een aansprakelijkheidsverzekeraar kan dus belang hebben bij het verkrijgen van de rechten van de derde-benadeelde. Een logische manier om die rechten te bemachtigen is om overdracht daarvan als voorwaarde te stellen/als tegenprestatie te vragen voor een schaderegeling zonder erkenning. In principe kan cessie ook als voorwaarde voor erkenning van aansprakelijkheid gesteld worden, maar dat komt mij toch als minder gepast voor.

Ook kan door het voorgaande de indruk gewekt zijn dat cessie voor een aansprakelijkheidsverzekeraar altijd gunstiger is dan subrogatie. Dat is zeker niet zo. Het is complexe en casuïstische materie. Zo kan subrogatie gunstig(er) zijn indien de vordering van de derde-benadeelde op andere aansprakelijke partijen inmiddels is verjaard

18 De tijdelijke regeling verhaalsrechten vormt voor de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar dan overigens geen beletsel (art. 6:197 lid 2 onder a BW).

19 Vergelijk: Hof Arnhem 26 augustus 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:6672](#), r.o. 4.26. Het hof overweegt dat het door cessie versterken van de regrespositie van een aansprakelijkheidsverzekeraar een geoorloofd effect van cessie is.

20 C. Banis & L.K. de Haan, 'Subrogatie en/of cessie. Dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!', *PIV-Bulletin* 2016, afl. 4, p. 19.



(de verjaringstermijn bij subrogatie vangt pas aan op het moment dat de regresnemer meer schade aan de derde-benadeelde heeft vergoed dan hem in zijn onderlinge verhouding tot de mede-aansprakelijke partij aangaat).<sup>21</sup> Banis en De Haan gaan aan de hand van concrete casusposities uitgebreid in op de gevallen waarin subrogatie dan wel cessie voor de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar gunstiger uitpakt.<sup>22</sup>

Het binnen de schaderegeling zonder erkenning verstrekken van renteloze leningen aan derde-benadeelden, in plaats van voorschotten op de schade (waardoor automatisch subrogatie plaatsvindt), moet in het licht van het voorgaande worden gezien. Dat betreft niet meer dan een poging van de aansprakelijkheidsverzekeraar om de keuze voor subrogatie of cessie uit te stellen totdat hij beter zicht heeft verkregen op zijn eigen regrespositie en zodoende beter in staat is een keuze te maken.

#### 4. Risico's voor derde-benadeelde

De schaderegeling zonder erkenning lijkt met name ingegeven te zijn door (regres)belangen zijdens de aansprakelijkheidsverzekeraar. De vraag doet zich voor of een derde-benadeelde zich iets van die belangen zou moeten aantrekken, dan wel of deze er verstandig aan doet om dat te doen. Ik denk dat er voor de benadeelde meerdere risico's kunnen schuilen in het instemmen met een schaderegeling zonder erkenning, zeker als daar geen expliciete, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde schriftelijke toezegging of overeenkomst aan ten grondslag ligt. Hieronder zal ik ingaan op die risico's.

##### 4.1 Voorbijgaan aan emotionele behoeften

Het is benadeelden in een letselschadezaak veelal om meer te doen dan alleen schadevergoeding. Er spelen bij het slachtoffer ook allerlei emotionele behoeften, waaronder de behoefte om de wederpartij verantwoordelijk te houden en erkenning te krijgen van hetgeen hem of haar is overkomen. Akkermans wijst in dat kader op het wetenschappelijk onderzoek dat naar de emotionele behoeften van slachtoffers is verricht.<sup>23</sup> Opvallend daarbij is dat

erkenning in sommige studies zelfs als primaire behoefte wordt genoemd,<sup>24</sup> dus belangrijker dan schadevergoeding. Van Dijck merkt op, onder verwijzing naar empirisch onderzoek, dat 'onder meer ook excuses bevorderlijk zijn voor het herstel van benadeelden, alsook erkenning van een fout'.<sup>25</sup> Akkermans verwoordt het als volgt: 'Responding to the moral expectations and justice needs of victims will promote recovery and health outcomes, reduce health care costs and promote return to work'.<sup>26</sup>

Een schaderegeling zonder erkenning gaat voorbij aan een belangrijke emotionele c.q. immateriële behoefte van de derde-benadeelde. Erkenning blijft immers volledig uit. En dat is in mijn optiek geen goede zaak. Dat klemt te meer nu het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de reguliere situatie (na erkenning) de benadeelde al niet veel te bieden heeft op emotioneel vlak. Dat heeft ermee te maken dat het schadevergoedingsrecht 'terugkijkt'. De nadruk ligt op het terugbrengen van de benadeelde in de oude toestand – waardoor de benadeelde steeds geconfronteerd wordt met het verleden en hoe het leven had kunnen zijn – en op financiële compensatie.<sup>27</sup>

---

**Vorbijgaan aan de emotionele behoeften aan erkenning kan een bron van frustratie en onvrede vormen waardoor een constructieve schaderegeling bemoeilijkt wordt.**

---

Ik durf te stellen dat de erkenning van aansprakelijkheid voor benadeelden een zeer belangrijk, zo niet het belangrijkste, 'overwinningsmoment' in een letselschadezaak betreft. Zonder dat moment blijft er op emotioneel vlak maar bar weinig over. Het voorbijgaan aan de emotionele behoeften van een benadeelde aan erkenning kan een bron van frustratie en onvrede vormen waardoor een constructieve schaderegeling bemoeilijkt wordt. En dat terwijl er, als aansprakelijkheid voor de hand ligt, juridisch geen enkele reden is om het belang van de aansprakelijkheidsverzekeraar bij een schaderegeling zonder erkenning te laten prevaleren boven de emotionele behoefte van de benadeelde aan erkenning.

21 HR 6 april 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BU3784](#) (*Van Aart en ASR/Achmea*).

22 C. Banis & L.K. de Haan, 'Subrogatie en/of cessie. Dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!', *PIV-Bulletin* 2016, afl. 4, p. 17-24.

23 Zie: A.J. Akkermans, 'Achieving Justice in Personal Injury Compensation: The Need to Address the Emotional Dimensions of Suffering a Wrong' (preprint), in: P. Vines, & A. Akkermans (red.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 15-37.

24 Zie: G. Van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van de oude toestand', *NJB* 2015, p. 2531 en de studies waarnaar hij verwijst onder voetnoot 12.

25 Zie: G. Van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van de oude toestand', *NJB* 2015, afl. 36, p. 2531.

26 Zie: A.J. Akkermans, 'Achieving Justice in Personal Injury Compensation: The Need to Address the Emotional Dimensions of Suffering a Wrong' (preprint), in: P. Vines, & A. Akkermans (red.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 15-37.

27 Zie: G. Van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van de oude toestand', *NJB* 2015, p. 2531-2532.

#### 4.2 Abstraheren van de aard en ernst van de normschending

Ook kunnen er tijdens de schadebegroting complicaties ontstaan doordat de aansprakelijkheid niet is erkend. Zo zijn de aard en ernst van de normschending in het kader van de schadebegroting factoren van betekenis. Indien de aansprakelijkheid niet is erkend, kan de verzekeraar terecht betogen dat bij de begroting van de schade van deze factoren geabstraheerd dient te worden omdat niet is komen vast te staan dat er een norm geschonden is.

De aard en ernst van de normschending spelen in het bijzonder een rol van betekenis in het kader van de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW). Dat leerstuk ziet op de vraag in hoeverre bepaalde schadeposten aan de aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend. In personenschadezaken zijn in dat kader in het bijzonder de aard van de geschonden norm (verkeers- of veiligheidsnorm) en de aard van de schade (personenschade) relevant. Beide factoren rechtvaardigen een ruime toerekening, waarbij de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm zelfs een zeer ruime toerekening rechtvaardigt,<sup>28</sup> gezien de strekking van dergelijke normen: het voorkomen van ongevallen. En dat kan het verschil maken tussen wel of geen toerekening.

Ik illustreer dat aan de hand van het arrest Swinkels/Saint Gobain.<sup>29</sup> Heftruckchauffeur Swinkels wordt op het werk aangereden door een collega en breekt daarbij een aantal tenen. Na enige tijd struikelt Swinkels – die nog steeds minder goed te been is – thuis over de deurmat en loopt knieletsel op. De vraag doet zich voor of Swinkels zijn werkgever ook voor het ontstane knieletsel aansprakelijk kan houden. Indien aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW komt vast te staan, is een ruime toerekening (dus voor het ontstaan van knieletsel) te bepleiten omdat art. 7:658 BW op veiligheid ziet en daarmee een veiligheidsnorm betreft. Als deze factor in de schadebegroting niet meegewogen kan worden omdat de normschending niet is komen vast te staan, loopt het slachtoffer het risico dat hij de schade door het knieletsel mogelijk zelf moet dragen. Betoogd kan dan worden dat die schade de werkgever niet kan worden toegerekend.

Naast de toerekening naar redelijkheid is de aard van de aansprakelijkheid ook een relevante factor voor de hoogte van het smartengeld.<sup>30</sup> Een andere, daarmee samenhangende, factor waarmee rekening gehouden moet worden, is de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van het slachtoffer. Hoe ernstiger het verwijt dat de veroorzaker te maken is, hoe groter de inbreuk op het rechtsgevoel van het slachtoffer veelal zal zijn. In geval van een scha-

deregeling zonder erkenning (en dus wederom zonder vastgestelde normschending) kunnen deze factoren mogelijk niet betrokken worden bij het begroten van het smartengeld. Het verhogende effect van die factoren op de omvang van het smartengeld blijft dan uit.

#### 4.3 Vastlopen van de schaderegeling

Een ander mogelijk risico betreft het vastlopen van de schaderegeling. Daarvoor zijn meerdere mogelijke oorzaken denkbaar. Zo kunnen partijen het bijvoorbeeld fundamenteel oneens blijven over het causaal verband tussen de klachten en het ongeval, de vergoedbaarheid en omvang van bepaalde schadeposten en/of de noodzaak tot aanvullende bevoorschotting. In de reguliere situatie na erkenning kan de derde-benadeelde dan overgaan tot het treffen van rechtsmaatregelen teneinde deze geschilpunten te beslechten, zoals: een voorlopig deskundigenbericht ter zake de causaliteit of een deelgeschil over de vergoedbaarheid en omvang van bepaalde schadeposten en de bevoorschotting.

De vraag is of een derde-benadeelde dezelfde mogelijkheden heeft bij schaderegeling zonder erkenning.

Het antwoord luidt – zoals ik eerder in dit artikel al aangestipte – bevestigend indien de aansprakelijkheidsverzekeraar expliciet, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud heeft verklaard over de aansprakelijkheidsvraag heen te stappen. Maar er ontstaan problemen als de aansprakelijkheidsverzekeraar zich op dit punt zijn rechten heeft voorbehouden of als hij hierover geen duidelijkheid heeft verstrekt. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan dan in beginsel terugvallen op haar betwisting van de aansprakelijkheid. De derde-benadeelde moet dan eerst ‘terug’ om de aansprakelijkheid zien rond te krijgen alvorens voornoemde geschilpunten verder te kunnen brengen.

Door de intussen verstreken tijd kunnen in het kader van de aansprakelijkheidsvraag voor de derde-benadeelde bewijsperikelen ontstaan. In algemene zin geldt immers dat de mogelijkheden tot waarheidsvinding door tijdsverloop meestal nadelig worden beïnvloed.<sup>31</sup> Dat is ook in letsel-schadezaken invoelbaar: de ongevalslocatie is mogelijk veranderd of niet meer toegankelijk, eventuele camerabeelden zijn intussen niet meer beschikbaar en getuigen niet meer traceerbaar of hun herinneringen aan het ongeval zijn intussen vervaagd. Dat brengt mee dat de benadeelde het plaatsvinden van het ongeval en de omstandigheden waaronder het ongeval plaatsvond minder makkelijk zal kunnen bewijzen, hetgeen veelal voor diens (bewijs)risico komt. Dat kan ertoe leiden dat aansprakelijkheid – bij gebreke aan bewijs – niet meer gevestigd kan worden.

28 Zie: J. Spier, *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2018, p. 298.

29 HR 3 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2895](#), NJ 2014, 429.

30 Zie onder andere: HR 17 november 2000, [ECLI:NL:PHR:2000:AA8358](#), NJ 2001, 215 (*Duijff/Bouw*) & HR 20 september 2002, [ECLI:NL:PHR:2002:AE2149](#), NJ 2004, 112 (*comapatiënt*).

31 Zie: M. Kremer, ‘De Tand des tijds. Over de invloed van tijd op het bewijs’, *BWKJ* 2000, afl. 16, p. 157-158.

De derde-benadeelde die van de aansprakelijkheidsverzekeraar reeds (aanzienlijke) voorschotten op zijn schade heeft ontvangen, kan hierdoor in het bijzonder bedrogen uitkomen. Deze voorschotten zijn dan – achteraf bezien – onverschuldigd aan de derde-benadeelde betaald en kunnen door de aansprakelijkheidsverzekeraar teruggevorderd worden op de voet van art. 6:203 BW. De verzekeraar heeft hiermee dan ook een aantrekkelijk presiemiddel in handen om de derde-benadeelde ervan te weerhouden om alsnog de aansprakelijkheidsvraag aan de rechter voor te leggen. Kortom: een weinig aantrekkelijke positie voor de derde-benadeelde.

#### 4.4 Positie van derde-gerechtigden in het gedrang

De toezegging van een aansprakelijkheidsverzekeraar om onverplicht de schade van een derde-benadeelde te vergoeden, betekent nog niet dat hij zich daarmee ook heeft gecommitteerd de schade van derde-gerechtigden te vergoeden. Hier doel ik op de ‘eerste categorie’<sup>32</sup> van derde-gerechtigden: de naasten van de derde-benadeelde die concrete kosten hebben gemaakt ten behoeve van diens herstel en/of affectieschade hebben geleden. Deze kosten en schade komen onder omstandigheden voor vergoeding in aanmerking.

Hoewel weinig sympathiek, zou de aansprakelijkheidsverzekeraar deze personen kunnen tegenwerpen dat aansprakelijkheid ontbreekt en daarom geen vergoedingsplicht jegens hen bestaat. Het ligt – anders dan bij de reeds besproken regresnemers – bij deze groep personen natuurlijk minder voor hand dat de benadeelde zich hun (bewijs)positie niet zal aantrekken. Uiteraard kan men zich afvragen of de benadeelde überhaupt genoeg zal nemen met een schaderegeling zonder erkenning als dat meebrengt dat de schade van diens naasten niet vergoed wordt. Het vormt echter wel een punt van aandacht.

---

***De hoofdregel zou moeten zijn dat de derde-benadeelde in beginsel niet instemt met een schaderegeling zonder erkenning, tenzij daarvoor voldoende prangende redenen bestaan.***

---

#### 5. Beschouwing en aanbevelingen voor de praktijk

De schaderegeling zonder erkenning is een vreemde eend in de bijt en doorkruist de (elegante) twee-fasen systematiek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Hierdoor kunnen onduidelijkheden ontstaan die de rechtspositie van de derde-benadeelde en diens

achterban nadelig kunnen beïnvloeden. Die onduidelijkheden kunnen deze tot diep in de schaderegeling blijven achtervolgen. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan van deze onduidelijkheden juist profiteren. De schaderegeling zonder erkenning staat dan ook vooral ten dienste van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aangesproken partij.

In de praktijk zou de hoofdregel voor de (belangenbehartiger van de) derde-benadeelde moeten zijn om in beginsel niet in te stemmen met een schaderegeling zonder erkenning, tenzij daarvoor in een concrete zaak voldoende prangende redenen bestaan. De gedachte dat een schaderegeling na of zonder erkenning lood om oud ijzer is zolang de aansprakelijkheidsverzekeraar bereid is voorschotten op de schade (en buitengerechtelijke kosten) te verstrekken, is onjuist en kan de derde-benadeelde en diens achterban duur komen te staan. Met een schaderegeling zonder erkenning wordt bovendien voorbijgegaan aan de emotionele behoefte van de derde-benadeelde aan erkenning, waarvoor het aansprakelijkheidsrecht al te weinig ruimte biedt. Terughoudendheid is daarom het devies.

Goede of prangende redenen voor een derde-benadeelde om toch in te stemmen met een schaderegeling zonder erkenning kunnen gelegen zijn in:

- de geringe slagingskans van een vordering strekkende tot aansprakelijkheid/het niet willen lopen van het procesrisico;
- het ontbreken van financiële middelen om te procederen over de aansprakelijkheidsvraag;
- serieuze twijfels over (de aantoonbaarheid van) het causaal verband tussen de normschending en het letsel;
- het verkiezen van snelheid en pragmatische oplossingen boven principes, bijvoorbeeld omdat de schade relatief gering lijkt te zijn.

In het bijzonder in het licht van dit laatste punt verdient het voor de belangenbehartiger aanbeveling om de (emotionele) behoeften en prioriteiten van het derde-benadeelden zorgvuldig in kaart te brengen. Een gepasseerd slachtoffer kan hierdoor verbitterd raken, hetgeen het regelingsklimaat ongunstig kan beïnvloeden.

De (belangenbehartiger van de) derde-benadeelde die voornemens is in te stemmen met een schaderegeling zonder erkenning, doet er voorts goed aan om duidelijke afspraken te maken met de aansprakelijkheidsverzekeraar. De aansprakelijkheidsverzekeraar dient zich in ieder geval expliciet, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd te committeren aan het vergoeden van de volledige schade van de derde-benadeelde. Daarbij is het ook van belang

32 Vergelijk: R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss.), Den Haag: Boom Juridisch 2012, p. 39-40.

om stil te staan bij de grondslag waarop aansprakelijk is gesteld en de vraag of in de schadebegroting wel of niet geabstraheerd wordt van de aard en ernst van de normschending. Bovendien moeten vorderingen van derde-gerechtigden in ogenschouw worden genomen. Vanzelfsprekend moet de derde-benadeelde geen genoegen nemen met mondelinge toezeggingen, maar een duidelijke schriftelijke bevestiging of vaststellingsovereenkomst vereisen.

De aansprakelijkheidsverzekeraar die op (mede-)aansprakelijke partijen regres wil nemen vanuit de positie van de derde-benadeelde, doet er voorts goed aan de

cessie gelijktijdig te regelen. Regelt de verzekeraar hierover niets, dan vindt immers onomkeerbaar subrogatie plaats zodra de verzekeraar voorschotten op de schade verstrekt. Dat kan zijn eigen regresmogelijkheden nadelig beïnvloeden.

En als partijen dan toch over de schaderegeling nadenken, zouden zij van de nood een deugd kunnen maken door gelijktijdig nadere, concrete afspraken te maken over de verdere invulling van de schaderegeling. Denk in dat kader aan: termijnen, bevoorschotting, deskundigenberichten, et cetera. Hopelijk vormt dit een opmaat naar een verder constructieve schaderegeling. ■