

Nuttige mogelijkheid op het palet

Martijn Lauxtermann – mr. M.R. Lauxtermann is advocaat in Amsterdam.

In zijn reactie beargumenteert Martijn Lauxtermann dat Joran Wildeboer terecht heeft gewezen op een aantal valkuilen, maar dat die geen onoverkomelijk bezwaar hoeven te vormen. 'In zaken waarin meerdere mogelijke aansprakelijke partijen en verzekeraars betrokken zijn, valt heel vaak maar moeilijk uit te maken wie uiteindelijk de schade dient te dragen.' Dan kan de besproken regeling een uitweg bieden als de regrespositie van de dader of diens verzekeraar de erkenning van aansprakelijkheid blokkeert.

In het vorige nummer van dit blad noemde Joran Wildeboer de schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid 'een problematisch fenomeen'.¹ Mijn ervaring in de letselschadepraktijk leert daarentegen dat deze schaderegeling regelmatig een uitweg biedt in zaken waarin meerdere mogelijke aansprakelijke partijen en verzekeraars betrokken zijn, zodat de regeling ook het belang van de benadeelde kan dienen. In mijn ogen is dus juist geen sprake van een problematisch fenomeen. Bij nadere beschouwing is de bijdrage van Wildeboer minder gericht tegen het fenomeen zelf, maar waarschuwt hij voor mogelijke valkuilen. Dat valt positief te waarderen.

Regresperikelen

De schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid is niet een op zichzelf staande figuur, maar is bedoeld als uitweg uit situaties waarin de schaderegeling dreigt vast te lopen. In zaken waarin meerdere mogelijke aansprakelijke partijen en verzekeraars betrokken zijn, valt heel vaak maar moeilijk uit te maken wie uiteindelijk de schade dient te dragen. Iedere mogelijk aansprakelijke partij of verzekeraar zal in een dergelijke situatie zijn regresmogelijkheden in kaart brengen en zich daardoor laten leiden. Ik meen dat dit een legitieme opstelling is en dat het niet alleen in praktisch opzicht nuttig zou zijn indien benadeelden en hun belangenbehartigers hiervoor oog hebben. Tot op zekere hoogte kan van de benadeelde partij zelfs rechtens worden verwacht dat hij rekening houdt met de regrespositie van de door hem aangesproken partij of verzekeraar. Daarom verdient het regresbelang erkenning als zelfstandig belang.

Wildeboer onderkent dat het regres op een mede-hoofdelijk aansprakelijke partij op problemen kan stuiten. Hij noemt het bewijsrisico, het insolventierisico en wijst erop dat erkenning van aansprakelijkheid een betoog dat de ander volledig aansprakelijk is, mogelijk niet sterker maakt. Er zijn echter meer problemen. Waar de benadeelde zich volledig kan richten op één hoofdelijk aansprakelijke, moet bij het nemen van regres in beginsel ieder potentiële mede-hoofdelijke worden aangesproken. Ieders draagplicht gaat immers niet verder dan ieders eigen aandeel in de totale schade.² Ook in relatief eenvoudige bouwzaken kunnen er zomaar vier potentieel aansprakelijke partijen zijn. Erkenning van aansprakelijkheid impliceert in dat geval dat drie verschillende partijen moeten worden aangesproken. Dit compliceert het debat in rechte aanzienlijk en maakt de bewijsproblemen van degene die regres neemt, niet bepaald kleiner.

Tenzij aansprakelijkheid in redelijkheid niet valt te betwisten, valt moeilijk in te zien dat het onbetamelijk zou zijn als de eerst aangesproken partij zijn regreskansen weegt alvorens hij al dan niet erkent aansprakelijk te zijn voor de schade van de benadeelde. Zoals Wildeboer terecht betoogt, kan op een erkenning van aansprakelijkheid niet eenvoudig worden teruggekomen.

Regresperikelen blijven echter niet alleen beperkt tot vragen van hoofdelijkheid en draagplicht. Indien aan de zijde van de eerst aangesproken partij een aansprakelijkheidsverzekeraar betrokken is, dient rekening te worden gehouden met problemen van samenloop.³ Het is beslist niet uit te sluiten dat de aansprakelijkheid van de eigen verzekerde ook op andere polissen is meeverzekerd. Voor zover het gaat om *first party verzekeringen* aan de zij-

1 Joran Wildeboer, 'Schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid. Een problematisch fenomeen', in *L&S* 2020-2, p. 5-12.

2 Artikel 6:10 BW, zie voor een nadere uiteenzetting van hoofdelijkheid en regres ook Asser/Sieburgh 6-1 2016/122v.

3 Zie voor samenloop van verzekeringen F.H.E. van der Moolen, 'Hoofdstuk 19. Samenloop van verzekeringen', in: Hendrikse, Van Huizen & Rinkes, *Verzekeringsrecht* (R&P nr. VR2) 2019/19.1.



de van de benadeelde, dienen die niet alleen rekening te houden met mogelijke samenloop, maar ook met andere beperkingen bij het nemen van regres, zoals in verband met artikel 6:197 BW (de tijdelijke regeling verhaalsrechten) of artikel 7:962 lid 3 BW (het subrogatieverbod ten opzichte van de mede-verzekerde, bepaalde familieleden en de werkgever, werknemer en collega van de benadeelde). Dat de betrokken verzekeraar zich hiervan rekenschap geeft en zijn opstelling hierdoor mede laat bepalen, kan ook al niet onbetamelijk worden genoemd, uiteraard zolang de aansprakelijkheid in redelijkheid valt te betwisten.

Emotionele behoefte

Het belangrijkste bezwaar van Wildeboer lijkt gelegen te zijn in de emotionele behoefte van de benadeelde aan erkenning van aansprakelijkheid. Onderzoek lijkt inderdaad uit te wijzen dat erkenning van aansprakelijkheid een belangrijke behoefte vormt.⁴ Hiermee is echter niet gezegd dat aan deze behoefte in het recht – en zeker niet in het vermogensrecht – een allesbepalende betekenis gehecht zou moeten worden. Niet iedere emotionele behoefte kan worden bevredigd, ook al omdat tegenover de emotionele behoefte van de een (bijvoorbeeld erkenning van aansprakelijkheid) de emotionele behoefte van de ander kan staan ('Ik vind dat mij niets kan worden verweten'). Bovendien als aansprakelijkheid in redelijkheid kan worden betwist zou het zowel voor de belangenbehartiger van de benadeelde als de aangesproken partij of diens verzekeraar mogelijk moeten zijn om goed aan de benadeelde uit te leggen dat en waarom de aansprakelijkheidsvraag nog niet definitief kan worden beantwoord. Het wil mij voorkomen dat wanneer zijn schade desondanks wordt geregeld, dat bezwaarlijk een nare nasmaak bij de benadeelde kan veroorzaken.

Derden, werkafpraak en tweede val

De overige bezwaren van Wildeboer hebben in mijn ogen geen principieel karakter. In zoverre kan zijn bijdrage worden opgevat als een *caveat* voor de benadeelde en diens belangenbehartiger wanneer een aangesproken partij of diens verzekeraar voorstelt de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid te regelen.

Om te beginnen met de opmerkingen van Wildeboer over de positie van derden. Terecht merkt Wildeboer op dat letsel van de benadeelde tot vorderingsrechten van

derden kan leiden. In de directe kring van de benadeelde kan diens letsel leiden tot verplaatste schade en tot affectieschade van derden. Hiernaast kan het letsel leiden tot uitkeringen van *first party verzekeraars*. Zijn dat schadeverzekeraars dan subrogeren zij tot het beloop van de uitkeringen in het vorderingsrecht van benadeelde en kunnen zij uit dien hoofde regres nemen. Tenslotte bestaan voor alle sociale uitkeringen en voorzieningen, waarop als gevolg van het ontstaan van letsel aanspraak kan bestaan, zelfstandige verhaalsrechten.

Anders dan Wildeboer meen ik dat deze derden in beginsel buiten de discussie met de benadeelde zelf staan. De enkele erkenning van aansprakelijkheid jegens de benadeelde zelf, roept geen rechten van derden in het leven. Terecht wordt immers opgemerkt dat op de vraag naar de gebondenheid aan een eventuele erkenning de wilvertouwensleer van toepassing is (artikel 3:33 en 35 BW). Derden staan daar in beginsel buiten (artikel 3:36 BW). Dat is hooguit anders wanneer de erkenning voorafgaat aan uitkeringen van een schadeverzekeraar. Buiten dit geval dient iedere derde in beginsel zijn eigen rechten veilig te stellen.

Niet iedere emotionele behoefte kan worden bevredigd, ook al omdat tegenover de emotionele behoefte van de een die van de ander kan staan.

Hier staat tegenover dat een erkenning ten opzichte van de één zich normaal gesproken niet goed laat verenigen met een afwijzing van aansprakelijkheid ten opzichte van de ander. Ik verdedig niet dat in dit soort gevallen het regresbelang van de aansprakelijke partij of diens verzekeraar een rol van betekenis zou kunnen spelen: het regresbelang, zoals ik dat zie, veronderstelt dat de aansprakelijkheid in redelijkheid kan worden betwist.

Overigens moet worden onderkend dat in dit soort gevallen de aansprakelijkheidsvraag niet per definitie steeds exact dezelfde uitkomst behoort te hebben, ongeacht of het gaat om de vordering van de benadeelde of van een van de hier bedoelde derden. Denk bijvoorbeeld aan artikel 185 WVV-gevallen. De sociale regresnemer kan zich niet op de 50%-regel beroepen.⁵ Mocht ten opzichte van de benadeelde toepassing worden gegeven aan die regel, laat zich dat op zichzelf genomen verenigen met een afwijzing van de vordering van de regresnemer. Hiernaast zijn er talloze gevallen waarin onder de gegeven omstandigheden eenvoudigweg een verhaalsrecht van regresnemer ontbreekt, bijvoorbeeld in verband met artikel 6:197

4 J.R. Wildeboer, 'Schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid. Een problematisch fenomeen', in L&S 2020-2, p. 9: de daar opgenomen literatuurverwijzingen.

5 HR 28 februari 1992, NJ 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner (IZA/Vrerink). Deze lijn is door de Hoge Raad doorgetrokken naar de 100%-regel, zie in dat verband ook HR 2 juni 1995, NJ 1997/700-702, m.nt. C.J.H. Brunner (Marloes de Vos.) en HR 5 december 1997, NJ 1998/400-401, m.nt. Jac. Hijma (Saïd Hyati).



BW, artikel 7:962 lid 3 BW of vanwege het collega/collega of collega/werkgever verweer tegen het zelfstandig verhaalsrecht uit het sociale zekerheidsrecht.⁶

Duidelijk is daarentegen dat wanneer de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid met de benadeelde wordt geregeld, het juist de bedoeling is dat derden hieraan geen rechten kunnen ontleen. Maar zoals gezegd gaat het niet zozeer om de positie ten opzichte van de zojuist bedoelde derde, maar ten opzichte van mede hoofdelijke aansprakelijke partijen en ten opzichte van verzekeraars die voor dezelfde schade dekking moeten verlenen.

De benadeelde moet kiezen uit twee kwaden: nu procederen zonder schade regelen, of nu schade regelen en mogelijk ooit alsnog procederen – als de aansprakelijkheid in redelijkheid kan worden betwist, lijkt het laatste een stuk aantrekkelijker.

Wildeboer gaat vervolgens in op de omstandigheid dat de omvang van de schade mede bepaald kan worden door de aard en ernst van de normschending. Dat is in theorie juist, maar dit lijkt in praktisch opzicht toch niet een reëel probleem.

In de eerste plaats zal normaal gesproken in de werkspraak om de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid te regelen, besloten liggen dat hierbij wordt uitgegaan van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Indien de aansprakelijke partij die afspraak anders wil uitleggen, zal hij goede kaarten moeten hebben. Het doel van het regelen van de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid is immers gericht op diens regresbelang, niet op het beknotten van de aanspraken van de benadeelde. Met andere woorden, de totale schadelast wordt als een gegeven aanvaard, maar de aansprakelijkheid hiervoor wordt niet erkend teneinde de eerst aangesproken partij in de gelegenheid te stellen zijn regrespositie te maximaliseren.

Hiernaast houdt een afspraak tot het schaderegelen zonder erkenning van aansprakelijkheid uiteraard niet in dat wanneer partijen onenigheid krijgen over de omvang van de schade, zij hiervoor niet de rechter zouden kunnen benaderen. In dat geval vallen partijen uiteraard op hun oorspronkelijke posities terug. In een dergelijk geval blijft de deelgeschillenrechter ook ontvankelijk. De gemaakte werkspraak komt niet in de plaats van het vorderingsrecht van de benadeelde als zodanig.

Dan het gegeven voorbeeld uit de zaak Saint Gobain, waarin de heftruckchauffeur tijdens het werk een aantal tenen brak en later over de deurmat struikelde en knieletsel opliep.⁷ Het mag duidelijk zijn dat wanneer na de tweede val wordt afgesproken dat de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid wordt geregeld, het dan gaat om de schade als gevolg van die tweede val. Mocht vóór de tweede val zijn afgesproken de schade te regelen zonder erkenning van aansprakelijkheid, dan mag van beide partijen worden verwacht dat over en weer duidelijkheid komt over de invloed en betekenis van de tweede val op de verdere schaderegeling. Dit vormt echter geen complicatie: zou na de eerste val aansprakelijkheid zijn erkend, zal ook in dat geval na de tweede val duidelijkheid moeten komen over de invloed en de betekenis van de tweede val.

Vastlopen

Wildeboer wijst ook op de mogelijkheid van het vastlopen van de schaderegeling. Ik heb hiervoor al opgemerkt dat de afspraak om de schade te regelen zonder erkenning van aansprakelijkheid niet in de plaats komt van het vorderingsrecht van de benadeelde. Dat betekent overigens dat een verjaringsberoep in theorie mogelijk blijkt, maar waar wordt afgesproken de schade te regelen zal in de praktijk de verjaring niet intreden. Zowel op grond van de wet (artikel 10 WAM, artikel 7:942 lid 2 BW) als op grond van de jurisprudentie zal de verjaring doorgaans door de onderhandelingen worden gestuit.⁸ Toegegeven zij dat men niettemin hierop bedacht moet blijven, maar dat is na een erkenning van aansprakelijkheid niet anders. Ik durf zelfs wel te beweren dat een erkenning van aansprakelijkheid de waakzaamheid op dit vlak doet verminderen en de verjaring ook dan bij een traag verlopende schaderegeling ongemerkt kan intreden.

Volgens Wildeboer kunnen met name voor de – in zijn woorden – derde-benadeelde bij het spaaklopen van de schaderegeling problemen ontstaan. Ik zie dat niet. In de eerste plaats niet omdat de derde-benadeelde hoe dan ook zijn eigen rechten moet veiligstellen en in beginsel niet kan terugvallen op de eventuele erkenning van aansprakelijkheid jegens de benadeelde, maar bovenal omdat de afspraak om te regelen zonder erkenning van aansprakelijkheid niet in de plaats komt van het vorderingsrecht van wie dan ook, of dat nu de benadeelde is of een derde. De stelling van Wildeboer dat de derde-benadeelde alleen dezelfde mogelijkheden heeft indien de aansprakelijkheidsverzekeraar expliciet, ondubbelzinnig

⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 100 lid 1 WIA.

⁷ HR 3 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2895](#) (Swinkels/Saint Gobain).

⁸ HR 1 februari 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD5811](#), HR 9 april 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BL3866](#) (Reesink/Apel doom) en HR 28 januari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:111](#) (Simmeren/Groningen).

en zonder voorbehoud heeft verklaard over de aansprakelijkheidsvraag heen te stappen, vormt dan ook een schijnoplossing nu er immers op dit punt geen probleem speelt.

Hiermee is tegelijkertijd gezegd en hierin heeft Wildeboer volkomen gelijk, dat indien de schaderegeling vastloopt, beide partijen terug bij af zijn. In dat geval zal mogelijk alsnog de aansprakelijkheidsvraag beantwoord moeten worden. Hierin schuilt inderdaad voor de benadeelde een potentieel probleem. Door het tijdsverloop kan de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag lastiger worden, zeker in gevallen waarin de benadeelde de bewijslast draagt. De vraag is of de soep zo heet gegeten moet worden. Het alternatief voor het regelen van de schade zonder erkenning van aansprakelijkheid is – ervan uitgaande dat de eerst aangesproken partij of diens verzekeraar vanwege diens regrespositie in redelijkheid meent de aansprakelijkheid te kunnen betwisten – het niet regelen van de schade en het procederen over de aansprakelijkheid. Dat is voor de gemiddelde benadeelde geen wenkend perspectief, zeker waar de deelgeschillenrechter in aansprakelijkheidskwesties zich steeds terughoudender aan het opstellen is. Scherp geformuleerd gaat het voor de benadeelde aldus om het kiezen uit twee kwaden: nu procederen zonder schade regelen, of nu schade regelen en mogelijk ooit alsnog procederen. Aangenomen dat de aansprakelijkheid daadwerkelijk op redelijke gronden kan worden betwist, lijkt schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid een stuk aantrekkelijker. Hierbij komt dat deze figuur niet op zichzelf staat, maar bedoeld is om recht te doen aan de regrespositie van de eerst aangesproken partij of diens verzekeraar. Dit veronderstelt dat dan ook daadwerkelijk regres op eventuele derden wordt genomen, hetgeen er in de praktijk op neer zal komen dat het nemen van regres op derden en de schaderegeling met de benadeelde parallel lopen. Bijzondere gevallen daargelaten zal de schaderegeling zonder erkenning met de benadeelde in het kader van het regres het uitgangspunt (gaan) vormen. Of dan ooit nog de behoefte bestaat om alsnog met de benadeelde over de aansprakelijkheidsvraag te gaan discussiëren, is niet goed voorstelbaar. Ik ken geen gevallen uit de praktijk waarin het daarop is uitgedraaid.

Maatschappelijke realiteit

Anders dan Wildeboer beschouw ik de schaderegeling zonder erkenning dan ook niet als een vreemde eend in de bijt. De maatschappelijke realiteit is dat ons aansprakelijkheidsrecht steeds complexer wordt, mede of misschien zelfs wel vooral omdat de maatschappij complexer wordt. Arbeidsverhoudingen worden steeds diffuser, de productieketen wordt steeds verfijnder, flexwerk neemt toe, specialisatie neemt toe en dankzij de zegeningen van de markt besteden we taken liever uit als we

daarmee een fractie goedkoper uit zijn. De realiteit is dan ook dat het aantal potentiële betrokkenen bij incidenten navenant uitdijt. Wat Wildeboer een elegant stelsel van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht noemt, kan hierdoor een byzantijns bouwwerk worden.

De figuur ziet op kwesties waarin duidelijk is dat de benadeelde zijn schade vergoed moet krijgen, maar onduidelijk wie die schade uiteindelijk moet dragen.

Indien er sprake is van letsel, is er normaal gesproken behoefte aan schadevergoeding. Het personenschade-recht richt zich daarop. De maatschappelijke realiteit kan meebrengen dat de schaderegeling niet voortvarend ter hand wordt genomen, omdat de ene potentieel aansprakelijke partij of diens verzekeraar meent dat men bij een ander moet zijn en zijn kaarten voorlopig liever op de borst houdt. Voor zover die opstelling niet te verdedigen valt, kan de gemiddelde belangenbehartiger in Nederland op professionele belangenbehartigers terugvallen en ten slotte op goed ingevoerde rechters. Het gaat mij om de gevallen dat aansprakelijkheid in redelijkheid kan worden betwist. Indien daarbij de regrespositie van de eerst aangesproken partij of diens verzekeraar een rol speelt, dan doet de benadeelde er verstandig aan hierover in gesprek te gaan en kan van hem zo nodig worden verlangd dat enig geduld wordt betracht – al dan niet na ontvangst van voorschotten om dit pas op de plaats maken ook financieel mogelijk te maken.

Vier gevallen?

In de slotbeschouwing van Wildeboer komt de emotionele behoefte van benadeelden terug. De zojuist genoemde maatschappelijke realiteit heeft meegebracht dat de verdeling van risico's, niet de beantwoording van de schuld-vraag, in het aansprakelijkheidsrecht aan betekenis heeft gewonnen. De voorbeelden zijn legio: het schuld-begrip is geobjectiveerd, het beroep op de eigen schuld van de benadeelde is teruggedrongen, de aanwezigheid van verzekeringsdekking vormt steeds vaker een doorslaggevend element, de bewijslast van de werkgever in het kader van artikel 7:658 BW is verzaard. De vraag dringt zich op of een benadeelde werknemer daadwerkelijk zijn emotionele behoefte bevredigd ziet, wanneer totaal onduidelijk is wat er is gebeurd, maar zijn formele werkgever, die er in elk geval niets mee van doen heeft, genoodzaakt wordt de schade te dragen. Het punt lijkt veeleer te zijn dat met de vergoeding van zijn schade erkend wordt dat hem iets is overkomen, waarvan de gevolgen niet voor zijn eigen rekening behoren te komen. Dat doel wordt ook bereikt indien zijn schade *tout court* wordt geregeld.

Ik kan mij goed voorstellen dat in voorkomend geval de belangenbehartiger aanleiding ziet om in een gegeven geval concretere afspraken te maken. Wildeboer noemt in zijn beschouwing vier gevallen waarin hij zich zou kunnen voorstellen dat wordt ingestemd met een schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid.⁹ In mijn optiek speelt in die gevallen juist niet de besproken wijze van afwikkeling:

- indien de benadeelde een geringe slagingskans heeft of het procesrisico niet wil lopen, valt niet in te zien dat een aangesproken partij bereid kan worden gevonden niettemin de schade te gaan regelen;
- als de financiële middelen om te procederen over de aansprakelijkheidsvraag ontbreken is dat omdat de aansprakelijkheidsvraag kennelijk niet eenduidig in een deelgeschil in het voordeel van de benadeelde kan worden beantwoord. In die situatie kan toch niet worden verwacht dat de wederpartij dan maar in der minne de aansprakelijkheid aanvaardt? Dat heeft niets van doen met de financiële middelen van de benadeelde en op toevoegingsbasis is nog altijd veel mogelijk;
- Wildeboer noemt serieuze twijfels over het causaal verband tussen de normschending en het letsel. Of nu met of zonder erkenning van aansprakelijkheid wordt geregeld, twijfels over het causaal verband zullen in beide situaties langs dezelfde weg opgelost moeten worden;

- Wildeboer noemt ook het verkiezen van snelheid en pragmatische oplossingen boven principes, bijvoorbeeld omdat de schade relatief gering lijkt te zijn. Niet valt in te zien waarom men alleen bij geringe schades voor pragmatische oplossingen zou moeten kiezen. En mocht het echt om een principekwestie gaan, hetgeen in voorkomend geval natuurlijk goed denkbaar is, dan staat niets de benadeelde in de weg om zijn zaak aan de rechter voor te leggen. De onderhavige figuur ziet echter niet op principekwesties, maar op kwesties waarin duidelijk is dat de benadeelde zijn schade vergoed moet krijgen, maar onduidelijk door wie die schade uiteindelijk moet worden gedragen.

Wildeboer heeft terecht gewezen op een aantal valkuilen. Het is goed die te onderkennen. Met het voorgaande hoop ik verduidelijkt te hebben dat die valkuilen bij nadere beschouwing geen onoverkomelijk bezwaar hoeven te vormen. Vooral hoop ik duidelijk te hebben gemaakt dat de figuur van de schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid een nuttige extra mogelijkheid is op het palet dat aan de benadeelde én aan de dader of diens verzekeraar ten dienste staat en een uitweg kan bieden in gevallen waar de regrespositie van de laatsten een blokkade voor erkenning van aansprakelijkheid kan vormen. ■

9 J.R. Wildeboer, 'Schaderegeling zonder erkenning van aansprakelijkheid. Een problematisch fenomeen', in L&S 2020-2, p. 11.