

Hoofdstuk 4

Schaderegelingsclausules in aansprakelijkheidsverzekeringen

Mr. P.M. Leerink*

4.1 Inleiding

De aard van de aansprakelijkheidsverzekering brengt mee dat de verzekeraar een eigen belang heeft bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja in hoeverre, de verzekerde voor de door de derde geleden schade aansprakelijk is.¹ Verzekeraars plegen derhalve in de verzekeringsvoorwaarden bepalingen op te nemen om dit eigen belang te beschermen.

Een bekend voorbeeld van een dergelijke bepaling is het verbod voor de verzekerde tot het erkennen van aansprakelijkheid. Bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht is in art. 7:953 BW opgenomen dat overtreding van een dergelijk verbod geen gevolg heeft voor zover de erkenning juist is. Een verbod om feiten te erkennen heeft nimmer gevolg. Over de achtergronden en reikwijdte van deze nieuwe wetsbepaling is inmiddels het nodige geschreven.²

Een andere belangrijke verzekeringsvoorwaarde in dit verband heeft evenwel weinig aandacht in de literatuur gekregen. Het gaat dan om de gangbare clausule dat de verzekeraar belast is met de vaststelling en regeling van de schade. Dergelijke schaderegelingsclausules komen in verschillende bewoordingen in aansprakelijkheidsverzekeringen voor.³ De strekking is steeds dat de verzekeraar de leiding heeft in de schaderegeling, waaronder het al dan niet voeren van verweer en het treffen van een schikking.

Schaderegelingsclausules kunnen in de praktijk regelmatig problemen opleveren. Eén daarvan is dat de belangen van de verzekerde en de verzekeraar in de schaderegeling niet altijd gelijk zijn. De verzekerde kan een (commercieel) belang hebben bij een schikking, terwijl de verzekeraar goede mogelijkheden ziet om in een procedure aansprakelijkheid met succes te betwisten. Er zijn talloze situaties te schetsen van mogelijke belangenconflicten en de vragen die daarbij rijzen zijn lastig te beantwoorden.

* Mr. P.M. Leerink is advocaat bij JPR advocaten te Deventer en is tevens als onderzoeker verbonden aan de Open Universiteit en het UvA Amsterdam Centre of Insurance Studies.

1. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Wansink 2006), p. 365.
2. Zie o.a. Wansink 2006, p. 370-379. Asser/Clausing/Wansink, Deventer: Kluwer 2007, nr. 236-238; E.F.D. Engelhard, 'Directe actie en gevolgen van erkenningen', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 349-375; F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 (hierna: Stadermann 2011), p. 78-80.
3. Wansink 2006, p. 365-366.

De belangrijkste bron op dit gebied is het boek van Wansink over de aansprakelijkheidsverzekering.⁴ Andere recente literatuur over dit onderwerp is schaars.⁵ Naar aanleiding van een procedure tussen Feringa en Aegon⁶ zijn enkele publicaties verschenen.⁷

Uit het gebrek aan (gepubliceerde) jurisprudentie zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de praktijk zich kennelijk wel redt, maar mijn eigen ervaring en die van door mij geraadpleegde praktijkjuristen is dat aansprakelijkheidsverzekeraars en verzekerden met enige regelmaat in een lastige situatie terechtkomen. Vaak wordt wel een oplossing gevonden, maar de weg daarnaartoe is niet altijd gemakkelijk. Met deze bijdrage hoop ik meer inzicht te geven in de problematiek en de wijze waarop de diverse in het geding zijnde contraire belangen tot elkaar zouden kunnen worden gebracht.

De directe actie van art. 7:954 BW en de complicaties die dit kan geven voor de schaderegeling laat ik buiten beschouwing.⁸

4.2 De kosten van verweer

Elke aansprakelijkheidsverzekering zal normaal gesproken een schaderegelingsclausule bevatten. De verzekeraar heeft er immers belang bij om te regelen dat hij de leiding heeft bij het vaststellen van de (omvang van de) aansprakelijkheid van de verzekerde jegens een derde. Het klinkt logisch dat hij die betaalt ook bepaalt. Maar op welke juridische grondslag is dit gebaseerd?

Lippmann verdedigt dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich naast het vergoeden van een gedekte schade tevens verbindt tot het op zijn kosten zorgdragen voor de procesvoering in het aansprakelijkheidsgeding.⁹

Dorhout Mees daarentegen ziet de kosten van verweer als kosten ter voorkoming en beperking van schade in de zin van art. 283 WvK (oud).¹⁰ Bongers lijkt dezelfde opvatting toegedaan, maar is minder uitgesproken.¹¹

4. Wansink 2006, p. 380-421.

5. Relevante oudere literatuur is van Bongers & Lippmann: H.A. Bongers, *Algemene wettelijke aansprakelijkheidsverzekering*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1964 (hierna: Bongers 1964) en J.Ev.M. Lippmann, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: Uitgeverij W.P. van Stockum 1951 (hierna: Lippmann 1951).

6. Vonnis in eerste aanleg Rb, Den Haag 10 december 2006, NJF 2004, 256, welk vonnis in hoger beroep is vernietigd, Hof Den Haag 6 maart 2007, RAV 2007, 18 en S&S 2008, 90.

7. I.A. Tan, 'Risico van onderverzekering voor rekening van verzekeraar. Rechtbank Den Haag 10 december 2003, nr. 02/2454', AV&S 2004-5, 41 (hierna: Tan 2004); M. de Keijzer-Korver, 'De rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde bij het voeren van verweer tegen benadeelde', Hof Den Haag 6 maart 2007, RAV 2007, 18', *JutD* 27 september 2007, nr. 17, p. 15-17; A.L. Krenning & N. Vloemans, 'Rechtsbijstand door de aansprakelijkheidsverzekeraar en het eigen belang van de verzekerde', NTHR 2007-6, p. 236-243 (hierna: Krenning & Vloemans 2007); J.H. Wansink, 'Kroniek van de algemene aansprakelijkheidsverzekering 2006-2008', AV&S 2008 nr. 45 (hierna: Wansink 2008).

8. Zie o.a. J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, J.H. Wansink e.a. (red.), Deventer: Kluwer 2005, p. 181-220; Asser/Clausing/Wansink Deventer: Kluwer 2007, nr. 325-342; F.H.J. Mijnsen, *Verzekering (Mon. BW B88)*, Deventer: Kluwer 2007 p. 69-75; E.F.D. Engelhard, 'Directe actie en gevolgen van erkenningen', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 405-433 en A.Ch.H. Franken, 'De directe actie: een (onnodig) complexe regeling', AV&S 2011-3, p. 121-134.

9. Lippmann 1951, p. 23 en 155.

10. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1953 (hierna: Dorhout Mees 1953), p. 508-509.

11. H.A. Bongers 1964, p. 93, 180 en 185.

Wansink verdedigt dat het voeren van verweer bij de aansprakelijkheidsverzekering in beginsel tot de verplichtingen behoort waarop art. 7:957 BW doelt en dat de daaraan verbonden kosten als bereddingskosten in beginsel voor rekening van de verzekeraar komen, althans voor zover zij zijn gemaakt ten bate van de verzekeraar en in dat kader redelijk en doelmatig zijn geweest.¹²

Krenning en Vloemans betogen dat dit niet in overeenstemming is met de in de jurisprudentie en parlementaire geschiedenis omschreven strekking van art. 7:957 BW. Zij verdedigen dat het verweer niet kan worden gezien als een buitengewone maatregel ter voorkoming of beperking van onmiddellijk dreigende schade, maar als een normale maatregel ter voorkoming van schade, waarop art. 7:957 BW nu juist niet van toepassing is. Hoogstens zouden de kosten verbonden aan de eerste maatregelen ter voorkoming van bijvoorbeeld een veroordeling in kort geding als bereddingskosten kunnen worden gezien, aldus Krenning en Vloemans.¹³

Wansink bestrijdt dit standpunt door erop te wijzen dat er voor de aangesproken verzekerde sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar in de zin van art. 7:957 BW, dat de verzekerde in zijn vermogen een onder de aansprakelijkheidsverzekering gedekte schade lijdt en dat geen sprake is van de algemene — buiten het bereik van art. 7:957 BW vallende — op de verzekerde rustende zorgplicht om als goed huisvader schade te voorkomen of te verminderen.¹⁴

De vraag is legitiem of het voeren van verweer is te zien als beredding nu de bereddingsplicht zich — om met Stadermann te spreken — beperkt tot Eerste Hulp Bij (Bijna-)Ongelukken, waarbij geldt dat de bereddingsplicht ophoudt zodra het gevaar van het intreden van het evenement of het toenemen van de schade is geweken.¹⁵

In die zin zou mijns inziens goed kunnen worden verdedigd, zoals ook Krenning en Vloemans doen, dat *niet alle* maatregelen verbonden aan het voeren van verweer, en dus ook niet alle kosten van verweer, zijn aan te merken als bereddingskosten. Wordt de verzekerde in rechte tot schadevergoeding aangesproken, dan is er in beginsel een onmiddellijk dreigend gevaar van schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt, namelijk de veroordeling om schade te vergoeden. Of altijd alle kosten van verweer nog als bereddingskosten aan te merken zijn, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.¹⁶

Omdat — voor zover mij bekend¹⁷ — alle aansprakelijkheidsverzekeringen een regeling inhouden omtrent de vergoeding van kosten van verweer, lijkt het een academische discussie of de kosten van verweer aan te merken zijn als bereddingskosten in de zin van art. 7:957 BW of als kosten tot het vaststellen van schade in de zin van art. 7:959 BW. Toch is de kwalificatie als bereddingskosten niet zonder praktisch belang. Indien de kosten van verweer zouden worden aangemerkt als

12. Wansink 2006, p. 381.

13. Krenning & Vloemans 2007, p. 237-238.

14. Wansink 2008.

15. Stadermann 2011, p. 86.

16. Dat het niet altijd eenvoudig is om te bepalen wat nog bereddingskosten zijn ter voorkoming of vermindering van onmiddellijk dreigende schade en wat niet, blijkt onder meer uit Hof Arnhem 17 januari 2006, LJN AU9947 waarin preventieve sanering van bodemverontreiniging wel, maar algehele sanering niet als bereddingskosten werden aangemerkt. Zie ook Hof Den Haag 30 januari 1990, NJ 1990, 757, waarin geoordeeld werd dat kosten van afvoer van verontreinigde grond niet als bereddingskosten konden worden gezien, omdat het gevaar was geweken na opslag in duwbakken. Zie ook Stadermann 2011, p. 86 die het voorbeeld noemt van een schoorsteen die dreigt in te storten: het verwijderen daarvan is beredding, maar herstel niet.

17. Aldus ook Wansink 2006, p. 365.

bereddingskosten heeft dit namelijk een belangrijk gevolg voor aansprakelijkheidsverzekeringen gesloten met een consument, waarin een zogenaamd cost-inclusive-beding is opgenomen. Bij een cost-inclusive-beding worden de kosten van verweer voldaan uit de verzekerde som en dus niet bovenop de verzekerde som.

Kosten ter vaststelling van schade en bereddingskosten komen krachtens art. 7:959 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking, ook al zou daardoor tezamen met de vergoeding van schade de verzekerde som worden overschreden. Uit art. 7:963 lid 6 BW volgt dat van art. 7:959 lid 1 BW niet mag worden afgeweken in consumentenovereenkomsten, voor zover de kosten niet het bedrag overschrijden dat gelijk is aan de verzekerde som. Bij een consumentenverzekering zullen de bereddingskosten dus boven op de verzekerde som tot een bedrag van (nog) één keer de verzekerde som moeten worden vergoed.

Dat er onder de aansprakelijkheidsverzekering geen zelfstandige verplichting bestaat om rechtsbijstand te verlenen, is inmiddels in Nederland wel algemeen aanvaard.¹⁸ Overigens kan een aansprakelijkheidsverzekering wel een zelfstandige rechtsbijstandsdekking bevatten.

In België en Duitsland wordt daarentegen aangenomen dat op de aansprakelijkheidsverzekeraar de verplichting rust om de verdediging op zich te nemen van de verzekerde die door een derde tot schadeloosstelling wordt aangesproken.¹⁹

Met Wansink ben ik van mening dat de rechtsbijstandsfunctie slechts in beeld komt indien het voeren van verweer het primair op de polis gedekte belang dient, dus bijvoorbeeld niet wanneer de verzekeraar zich op voorhand bereid verklaart de door de benadeelde geleden schade binnen de grenzen van het verzekerd bedrag te willen vergoeden.²⁰ De verzekeraar kan hiertoe besluiten omdat hij de vordering tot schadevergoeding in redelijkheid niet voor betwisting vatbaar acht.²¹

Naar mijn oordeel volgt uit de aard van de aansprakelijkheidsverzekering dat de verzekeraar, voor zover er een verzekerde aanspraak in het geding is, de leiding van het geschil heeft en gehouden is om de kosten van verweer te dragen. De aansprakelijkheidsverzekering dekt het risico van aansprakelijkheid van de verzekerde voor schade van derden. Indien de verzekeraar de aansprakelijkheid van de verzekerde of de omvang van de schade betwist of nader wenst te onderzoeken, ligt het voor de hand dat hij de daarmee samenhangende kosten draagt. In de ons omringende landen is dat in de wet verankerd.

In Duitsland maakt § 101 VVG duidelijk dat de aansprakelijkheidsverzekering ook de (buiten)gerechtelijke kosten van verweer tegen door derden ingestelde aanspraken omvat.²²

In de Belgische Wet op de Landverzekeringsovereenkomst is in art. 79 opgenomen dat de aansprakelijkheidsverzekeraar de leiding van het geschil heeft en in art. 82 dat de aansprakelijkheidsverzekeraar de kosten van verweer draagt 'zover die

18. Wansink 2006, p. 380-381 en Krenning & Vloemans 2007, p. 238.

19. L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008 (hierna: Schuermans 2008), p. 447 en M. Terbille, *Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2008 (hierna: Terbille 2008), p. 694.

20. Wansink 2006, p. 381.

21. Wansink 2006, p. 384.

22. M. Wandt, *Versicherungsrecht, begründet von H.-L. Weyers*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 2010 (hierna: Wandt 2010), p. 364-365.

kosten door hem of met zijn toestemming zijn gemaakt of, in geval van belangenconflict dat niet te wijten is aan de verzekerde, voor zover die kosten niet onredelijk zijn gemaakt'.²³

4.3 Contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid

In de huidige verzekeringspraktijk maken verzekeraars gebruik van schaderegelingsclausules die op verschillende manieren zijn geformuleerd. Ik citeer er drie.

In de Nederlandse Beurspolis voor aansprakelijkheid (NBA 2007) staat de volgende schaderegelingsclausule:

'4.3. Schaderegeling

Verzekeraars belasten zich met de regeling en vaststelling van de schade. Zij hebben het recht benadeelde derden rechtstreeks schadeloos te stellen en met hen schikkingen te treffen (...).'

In de verzekeringsvoorwaarden van Bavam staat in art. 12:

'Indien deze verzekering dekking biedt, belast de maatschappij zich voor aanspraken boven het eigen risico tot maximaal het verzekerde bedrag met de behandeling van de aanspraak en de eventueel daaruit voortvloeiende regeling en vaststelling van de schade. De maatschappij heeft het recht benadeelden rechtstreeks schadeloos te stellen en met hen schikkingen te treffen, eventueel met inbegrip van het eigen risico, zij het dat de maatschappij dit niet zal doen dan na overleg met de verzekerde. Het overeengekomen eigen risico blijft te allen tijde door de verzekeringnemer verschuldigd.'

En in de voorwaarden AVP-6 van Univé:

'Wij mogen een schadevergoeding zelf aan de andere partij betalen. We mogen ook een regeling met de andere partij treffen.

(...)

Procederen

Als de andere partij een burgerlijk proces tegen u begint, moet u dit aan ons melden. Wij beoordelen of een proces zinvol is. U moet ons dan de leiding van dit proces geven. Wij betalen de kosten van het proces.

Vervolgt justitie u in verband met een verzekerde schade? Dit moet u zelf regelen. U moet zelf alle kosten betalen. Wij helpen u als wij denken dat dit ook voor ons belangrijk is. We vergoeden geen boetes, afkoopsommen en kosten.²⁴

23. Schuermans 2008, p. 459-460.

24. In de originele tekst van Univé staat voor het woord nog 'te'; ik heb dat woord voor de leesbaarheid verwijderd.

Wat betekent nu precies de zin dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich belast met de behandeling van de aanspraak en de eventueel daaruit voortvloeiende regeling en vaststelling van de schade? Over het algemeen wordt dit gezien als een contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid van de verzekerde aan de verzekeraar om namens de verzekerde de aanspraak te behandelen en de schade te regelen en vast te stellen.²⁵

De verzekerde die een beroep op de aansprakelijkheidsverzekering doet aanvaardt de schaderegelingsclausule en daarmee ook de bevoegdheid van de verzekeraar om de schade te regelen.

Deze contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid impliceert een gebondenheid van de verzekerde tegenover de benadeelde ter zake van door zijn verzekeraar binnen de grenzen van de dekking gedane verklaringen en gedragingen omtrent de aansprakelijkheid van verzekerde, aldus Wansink.²⁶ Daarbij wijst Wansink er overigens op dat in het arrest *Maastricht/Crals* de gebondenheid jegens een benadeelde aan een door de verzekeraar gedane erkenning van aansprakelijkheid werd gebaseerd op een door de verzekerde tot de benadeelde gerichte brief die de derde heeft opgevat en in de gegeven omstandigheden heeft mogen opvatten als een verklaring dat hij de beoordeling van een beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid overlaat aan zijn verzekeraar.²⁷

Is het nu werkelijk wel zo dat de verzekerde de verzekeraar de bevoegdheid geeft om *in naam en voor rekening van de verzekerde* de aansprakelijkheid te beoordelen en de schade vast te stellen en te regelen? De schadevordering van de benadeelde richt zich tegen de verzekerde en raakt de verzekerde in zijn vermogen. De verzekerde doet een beroep op zijn aansprakelijkheidsverzekering en de verzekeraar belast zich namens en voor rekening van de verzekerde met de schaderegeling. De verzekeraar betaalt namens de verzekerde de schade aan de benadeelde. De conclusie is dan ook dat hier inderdaad sprake is van een contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid: een volmacht van de verzekerde aan de verzekeraar om verweer te voeren, schikkingen te treffen en betalingen te doen.

In Duitsland is expliciet in § 5.2 AHB 2008 opgenomen dat de verzekeraar gevolmachtigd is alle verklaringen namens de verzekerde te geven die hem bij de afwikkeling van de schade of het verweer tegen de aanspraak doelmatig voorkomen en tevens dat de verzekeraar gevolmachtigd is om op zijn kosten in naam van de verzekerde in rechte op te treden.²⁸

Deze contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid van de verzekeraar wordt gerechtvaardigd door het evidente belang dat de verzekeraar heeft om te kunnen vaststellen of er sprake is van aansprakelijkheid van de verzekerde en wat de omvang van de toerekenbare schade is. De verzekeraar heeft zich immers verbonden om dit risico te dragen en het is dan niet meer dan logisch dat de verzekeraar ook de regie wil hebben in het schaderegelingsproces.

25. Wansink 2006, p. 383; M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: PG titel 7.17), p. 157; J.G.C. Kamphuisen, 'Bindt erkenning van de aansprakelijkheid door de verzekeraar ook de verzekerde?', *Vrb* 24 augustus 1990, p. 51-52 (hierna: Kamphuisen 1990).

26. Wansink 2006, p. 383.

27. HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606. Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2010 (hierna: Van Huizen 2010), p. 199-200.

28. Terbille 2008, p. 695. Voor een strafprocedure geldt § 5.3 AHB 2008.

De in de schaderegelingsclausules aan de verzekeraar verleende vrijheid van handelen kent echter grenzen. De verzekeraar dient rekening te houden met de belangen van de verzekerde.²⁹ De verzekeraar zal immers redelijk moeten handelen.³⁰

De rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde wordt immers niet alleen door de schaderegelingsclausule bepaald, maar ook door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Een beroep op een schaderegelingsclausule kan voorts naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

Door zich de regie toe te eigenen neemt de verzekeraar tegelijkertijd een bijzondere verantwoordelijkheid om het belang van de verzekerde in het oog te houden. De verzekerde wordt immers op afstand gehouden bij de schaderegeling, hetgeen hem veelal ook grotendeels het zicht op de schaderegeling ontnemt. De verzekerde is derhalve ook afhankelijk van door de verzekeraar te verstrekken informatie over het schaderegelingsproces.

Vaak liggen de belangen van de verzekeraar en de verzekerde parallel, althans heeft de verzekerde geen eigen belang bij de schaderegeling dat aandacht behoeft. Soms kan er echter sprake zijn van tegengestelde belangen tussen verzekeraar en verzekerde. Het is dan gemakkelijk gezegd dat de verzekeraar rekening dient te houden met het belang van de verzekerde, maar vaak is niet duidelijk hoe dat dan moet gebeuren.

Ook de verzekerde dient redelijk te handelen en zal derhalve rekening moeten houden met de legitieme belangen van de verzekeraar. Dit belang van de verzekeraar wordt met name bepaald door het feit dat de verzekeraar binnen de grenzen van de dekking het risico draagt van de eventuele aansprakelijkheid van de verzekerde en de omvang van de schade.

De verzekerde kan de aan de verzekeraar verleende volmacht om hem in de schaderegeling te vertegenwoordigen herroepen, tenzij nadrukkelijk is bepaald dat de volmacht onherroepelijk is. Dat laatste zou overigens vreemd zijn omdat de verzekerde in beginsel altijd de ruimte zou moeten hebben om (alsnog) af te zien van een beroep op de aansprakelijkheidsverzekering en de schade voor eigen rekening te nemen. In beginsel is het wel van tweeën één: ofwel de verzekerde doet een beroep op de aansprakelijkheidsverzekering en dat betekent dan ook dat de verzekeraar de regie heeft in de schaderegeling, ofwel de verzekerde ziet af van een beroep op de aansprakelijkheidsverzekering en uiteraard moet hij dan de vrijheid hebben om de schade zelf te regelen.

Op een beding in de verzekeringsvoorwaarden, dat verzekerde op straffe van verlies van zijn rechten uit de polis zijn volle medewerking aan de schaderegeling dient te geven en zich dient te onthouden van alles wat de belangen van de maatschappij zou kunnen schaden, kan de verzekeraar zich alleen beroepen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad (zie art. 7:941 lid 4 BW). De verzekeraar dient concrete feiten en omstandigheden te stellen die het oordeel rechtvaardigen

29. Wansink 2006, p. 384.

30. Zie M.L. Hendrikse, 'Redelijk handelen en titel 7:17 BW: een verborgen criterium in het huidige verzekeringsrecht', *NTHR* 2011-2, p. 68-74.

dat hij in het concrete geval ook daadwerkelijk in een ongunstige positie is gebracht.³¹

4.4 Geschillen over het al dan niet betwisten van de vordering tot schadevergoeding

De verzekerde kan redenen hebben om de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde niet te willen betwisten, bijvoorbeeld omdat hij zich moreel aansprakelijk acht vanwege een vriendschappelijke relatie of omdat er commerciële motieven zijn om de vordering te honoreren. Wansink heeft er mijns inziens terecht op gewezen dat de verzekeraar een legitiem belang heeft bij de beoordeling of en zo ja, in hoeverre sprake is van juridische aansprakelijkheid en de verzekerde in beginsel verplicht is te gedogen dat de verzekeraar verweer voert.³² Daar zou ik aan willen toevoegen dat het de verzekerde uiteraard vrijstaat om af te zien van zijn rechten uit de polis. Naar mijn oordeel doet de verzekeraar er onder bepaalde omstandigheden verstandig aan om de verzekerde ook op die mogelijkheid te wijzen, vooral indien de morele of commerciële reden verzekerde van de verzekerde zwaarwegend voorkomen.

De vrijheid van de verzekeraar om verweer te voeren kent wel grenzen, met name als de juridische haalbaarheid van het verweer dubieus is en er eigenlijk geen goede juridische gronden zijn om de schadevordering te betwisten. Ik kan mij voorstellen dat het dan niet redelijk is als de verzekeraar zich onverminderd blijft beroepen op de hem toekomende bevoegdheden uit de schaderegelingsclausule. Een redelijk handelend verzekeraar behoort niet tegen beter weten in verweer te voeren en daarbij het belang van de verzekerde bij behoud van de commerciële of vriendschappelijke band met de benadeelde op het spel te zetten.

Denkbaar is ook dat de verzekeraar de vordering tot schadevergoeding niet wil betwisten, maar dat de verzekerde dit wel wil, bijvoorbeeld omdat de schadevordering de verzekerde som overstijgt. De verzekerde heeft in dat geval een eigen, legitiem belang om verweer te voeren en dat belang kan en mag de verzekeraar niet uit het oog verliezen. Om het concreet te maken volgt hier een voorbeeld. De claim bedraagt € 1 500 000 en de verzekerde som € 1 000 000. De verzekeraar wil geen verweer voeren. De verzekerde wel. Wansink geeft aan dat de verzekeraar zich in dat geval uit oogpunt van zorgvuldige schaderegeling niet zonder toestemming van de verzekerde met de benadeelde dient te verstaan over de schaderegeling.³³ De principiële vraag is of de verzekeraar de bevoegdheid heeft om verweer te voeren voor zover de claim de verzekerde som overtreft. Het lijkt logisch dat deze bevoegdheid beperkt is tot het bedrag van de verzekerde som. Omdat het verweer over het algemeen niet goed deelbaar is in een gedeekt deel en een niet gedeekt deel, geldt in beginsel dat de verzekeraar op grond van de schaderegelingsclausule bevoegd is om de leiding te nemen in het verweer. Daarbij zal de verzekeraar goed rekening moeten houden met de belangen van de verzekerde. Bij voorkeur zullen verzekeraar en verzekerde het eens moeten zijn over het verweer, indien een belang boven de

31. Stadermann 2011, p. 71. Zie ook PG titel 7.17 BW, p. 103-104. Nader over de stelplicht en bewijslast HR 5 oktober 2007, NJ 2008, 57 (*Tros-arrest*) en voor een geval van proportioneel verval HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Polygram-arrest*).

32. Wansink 2006, p. 386.

33. Wansink 2006, p. 385.

verzekerde som in het geding is. Dit vergt overleg. Partijen dienen zich hierbij redelijk op te stellen en rekening te houden met elkaars belangen. De verzekeraar als de meest professionele partij in deze zal mijns inziens het voortouw moeten nemen en verzekerde actief moeten informeren over zijn positie.

Bereiken verzekerde en verzekeraar na actieve voorlichting en uitwisseling van argumenten geen overeenstemming, dan ontstaat de volgende situatie. De verzekeraar wenst geen verweer te voeren en dit moet worden gezien als een verklaring tegenover zijn verzekerde dat hij diens aansprakelijkheid, voor zover gedekt onder de polis in het onderhavige geval als een gegeven beschouwt en dat hij ook zonder het voeren van verweer op voorhand bereid is daarvoor binnen de grenzen van het verzekerde bedrag beschikbare dekking te verlenen.³⁴ Gelet op dit standpunt van de verzekeraar is de verzekerde vrij om verweer te voeren in verband met zijn eigen belang voor het bedrag boven de verzekerde som. Heeft de verzekerde in dit verweer geen succes, dan zal de verzekeraar moeten opkomen voor het verzekerde bedrag maar niet voor de kosten van verweer.³⁵

Leidt het verweer tot een verplichting tot schadevergoeding beneden de verzekerde som, dan heeft dit voor de verzekeraar het voordeel dat hij uiteindelijk minder hoeft te voldoen dan waartoe hij zich aanvankelijk bereid had verklaard. Het is duidelijk dat de verzekeraar in dat geval wel de door de verzekerde gemaakte kosten van verweer zal moeten vergoeden tot het beloop van de door de verzekeraar in de schoot geworpen besparing.³⁶

Een bijzonderheid kan zich nog voordoen bij een cost-inclusive-polis. De kosten van verweer komen bij een dergelijke polis in mindering op de verzekerde som. De verzekerde ondervindt dan nadeel van de omvang van de verweerkosten. Daarom zal de verzekeraar mijns inziens goed moeten letten op de redelijkheid van de omvang van de door of op instigatie van de verzekeraar gemaakte verweerkosten. Indien de verzekerde aannemelijk kan maken dat de verzekeraar – in de wetenschap dat de kosten van verweer niet boven de verzekerde som zijn gedekt – ter zake niet als een prudent verzekeraar heeft gehandeld, is het redelijk dat de verzekeraar daarvan de gevolgen draagt.³⁷ Wansink noemt als voorbeeld dat het voeren van verweer nauwelijks uitzicht bood op succes of dat een schikking tot een volledig op de polis gedekt bedrag alleszins gerechtvaardigd was geweest.³⁸ Naar mijn oordeel mag van de verzekeraar worden verlangd dat hij bij een cost-inclusive-polis de verzekerde tijdig informeert over de te maken kosten (en de consequenties). Voorts zal de verzekeraar in geval van een cost-inclusive-polis daar waar de belangen van de verzekerde in het geding zijn (ten aanzien van de maximaal verzekerde som, maar ook bij een relatief hoog eigen risico) inspraak van de verzekerde moeten dulden over de te maken keuzes. Bijvoorbeeld bij de keuze van de in te schakelen advocaat en experts (er zijn immers behoorlijk tariefverschillen), of bij andere belangrijke beslissingen met substantiële consequenties voor de kosten (en dus voor de resterende dekking binnen de verzekerde som).

34. Wansink 2006, p. 385.

35. Aldus ook Wansink 2006, p. 385.

36. Aldus ook Wansink 2006, p. 385.

37. Wansink 2006, p. 387.

38. Wansink 2006, p. 387.

4.5 Geschillen over de wijze waarop verweer wordt gevoerd

Het komt in de praktijk wel voor dat de verzekerde en de verzekeraar het niet eens zijn over het al dan niet voeren van bepaalde verweren, de toonzetting of bepaalde strategische keuzes.

Op grond van de schaderegelingsclausule ligt de regie bij de verzekeraar. Zeker indien er een kenbaar eigen belang van de verzekerde in het geding is, zal de verzekeraar overleg moeten voeren met de verzekerde.

Dit eigen belang kan schuilen in een (hoog) eigen risico, een claim boven de verzekerde som of een meer immaterieel belang (behoud relatie, imago).

In beginsel geldt bij een claim die duidelijk onder het eigen risico blijft dat de verzekeraar geen belang en dus geen bevoegdheid heeft tot schaderegeling. Vaak wordt toch overeengekomen dat dergelijke claims gemeld moeten worden omdat lang niet altijd duidelijk is of de claim onder het eigen risico blijft en omdat de verzekeraar er belang bij heeft om dit zelf te beoordelen.

Indien sprake is van een cost-inclusive-polis en een relatief hoog eigen risico betaalt de verzekerde feitelijk mee aan het verweer en kan het redelijk zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, om hem meer invloed te geven op de te maken keuzes. Het verdient aanbeveling om hierover vooraf in de verzekerings-overeenkomst bepalingen op te nemen. Zo zijn mij clausules bekend waarbij het eigen risico wordt verlaagd indien uiteindelijk slechts verweerkosten zijn gemaakt en geen schadevergoeding is uitgekeerd.

Een eigen belang van de verzekerde in verband met een (dreigende) overschrijding van de verzekerde som dient ertoe te leiden dat over de wijze waarop verweer wordt gevoerd tijdig en goed overleg wordt gevoerd. Mutatis mutandis geldt hier hetzelfde als in de vorige paragraaf is behandeld bij de beslissing óf er verweer moet worden gevoerd.

Van belang is wel erop te wijzen dat de verzekeraar een eigen verantwoordelijkheid heeft om voortgang te betrachten in de schaderegeling en om zich fatsoenlijk te gedragen. Ook jegens benadeelden zonder een rechtstreeks recht (WAM of directe actie) draagt de verzekeraar, vanuit zijn (maatschappelijke) positie, onmiskenbaar verantwoordelijkheid. Dit brengt mee dat de verzekeraar voortvarend, efficiënt en praktisch moet kunnen werken. Dit belang moet ook meewegen bij de beantwoording van de vraag of en zo ja in hoeverre de verzekeraar dient te overleggen met de verzekerde.

Kiest de verzekeraar zonder overleg met de verzekerde voor een strategie die slechts kan leiden tot een procedure waarin de kans op een algehele afwijzing van de vordering als uiterst gering moet worden ingeschat, en wordt de vordering vervolgens in de loop van de procedure voor meer dan de verzekerde som toegewezen, dan loopt de verzekeraar kans voor het meerdere tegenover de verzekerde aansprakelijk te zijn, aldus Wansink.³⁹

Mijns inziens is dit te voorzichtig gesteld. Ten eerste zal de advocaat die geen overleg voert met de verzekerde die hij echter wel in rechte vertegenwoordigt een beroepsfout verweten kunnen worden, zeker als er mogelijk een eigen belang van de verzekerde in het geding is. Handelt deze advocaat in opdracht van de verzekeraar, dan kan ik mij goed voorstellen dat de verzekeraar voor de fouten van de

39. Wansink 2006, p. 390.

advocaat aansprakelijk is. Immers, de verzekeraar maakt gebruik van de advocaat bij de uitvoering van de op hem rustende verbintenis om namens de verzekerde de schade te regelen dan wel daartegen verweer te voeren (art. 6:76 BW). Ten tweede geldt dat een redelijk handelend verzekeraar op grond van de schaderegelingsclausule en de redelijkheid en billijkheid jegens de verzekerde gehouden is om rekening te houden met de kenbare belangen van de verzekerde. Een tekortkoming in de nakoming van deze verbintenis verplicht de verzekeraar tot schadevergoeding (art. 6:74 BW). Indien nakoming van de verbintenis om overleg te voeren blijvend onmogelijk is geworden, bijvoorbeeld omdat er zonder overleg niet terug te draaien (proces)handelingen zijn verricht, is juridisch verzuim of een ingebrekestelling niet vereist (art. 6:74 lid 2 BW).

De vraag is wel of de verzekerde daadwerkelijk schade heeft geleden als gevolg van dit tekortschieten. Daartoe zal de verzekerde moeten stellen dat eerder overleg waarschijnlijk tot andere keuzes zou hebben geleid en tot minder schade voor de verzekerde zelf. Toepassing van de omkeringsregel lijkt in beginsel, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad, niet aan de orde bij tekortschieten in een informatieverplichting als deze.⁴⁰ Goed verdedigbaar is dat de rechter oordeelt dat op de verzekeraar een verzwaarde stelplicht rust of dat de verzekerde in levering van het bewijs voorshands is geslaagd, behoudens door de verzekeraar te leveren tegenbewijs.⁴¹

Het instellen van hoger beroep kan aanleiding zijn tot een meningsverschil tussen verzekerde en verzekeraar, bijvoorbeeld in de situatie dat de veroordeling van de rechtbank beneden de verzekerde som is gebleven, terwijl de vordering deze aanzienlijk overtrof. De verzekerde zou bezwaar kunnen hebben tegen hoger beroep gezien het risico dat alsnog de verzekerde som wordt overschreden. De verzekeraar heeft krachtens de schaderegelingsclausule in beginsel de leiding van het geschil. Overleg is aangewezen. De verzekeraar zal daar als professional naar mijn mening actief het voortouw in dienen te nemen.⁴² Heeft de verzekeraar goede gronden voor hoger beroep, dan zal de verzekerde, die immers ook rekening heeft te houden met de belangen van de verzekeraar, hem dat recht niet kunnen onzeggen. Wansink stelt dat het risico verbonden aan het in appèl gaan behoort te rusten bij degene die daardoor zijn positie wil verbeteren.⁴³ Steun daarvoor is te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 10 december 2003 in de eerdergenoemde zaak *Feringal/Aegon*.⁴⁴ In hoger beroep is dit vonnis echter door het Hof Den Haag vernietigd, overwegende dat deze enkele omstandigheid niet voldoende is om het procesrisico bij de verzekeraar te leggen.⁴⁵ Er zou, aldus het hof, voldoende rechtvaardiging zijn geweest voor het instellen van hoger beroep en het risico zou mede zijn ontstaan doordat verzekerde zich te laag verzekerd had.

Wansink heeft kritiek op deze argumenten van het hof.⁴⁶ Juist als de proceskansen voor de verzekeraar gunstig zijn, lijkt het voor de hand te liggen dat de verzekeraar

40. HR 2 februari 2007, *NJ* 2007,92; aldus ook Hof Den Haag 6 maart 2007, *RAV* 2007, 18, r.o. 10.

41. HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307.

42. Anders Krenning & Vloemans 2007, p. 240 die meer de nadruk leggen op de eigen verantwoordelijkheid van de verzekerde, zeker een grote onderneming, om actief te participeren in het overleg.

43. Wansink 2006, p. 402.

44. Rb. Den Haag 10 december 2003, *NJF* 2004, 256.

45. Hof Den Haag 6 maart 2007, *RAV* 2007, 18 en *S&S* 2008, 90.

46. Wansink 2008.

de kwade kansen van een onverwacht verlies voor zijn rekening neemt, zeker als de verzekeraar geen overleg over het instellen van hoger beroep heeft gevoerd met de verzekerde. Het tweede argument zou alleen mee mogen wegen indien de verzekeraar de verzekerde bij het sluiten van de verzekering heeft gewezen op de te lage verzekerde som. Krenning en Vloemans hebben erop gewezen dat het maar zeer de vraag is of er wel een hogere verzekerde som verkrijgbaar was voor dit bedrijf.⁴⁷

Het hof maakt duidelijk dat de verzekeraar Aegon is tekortgeschoten in zijn verbintenissen om rekening te houden met het belang van Feringa door niet tijdig vooraf overleg met Feringa te voeren over het instellen van hoger beroep en over de nadien door de benadeelde ingestelde eisvermeerdering (waardoor de claim boven de verzekerde som kwam en Feringa een eigen belang kreeg bij de uitkomst). Dat het procesrisico voor Feringa door onderverzekering is ontstaan doet daar niet aan af (r.o. 8). Feringa kon echter niet aantonen dat de zaak voor hem anders was afgelopen indien Aegon hem tijdig had geïnformeerd. Het hof weigert, mijns inziens op goede gronden, toepassing te geven aan de omkeringsregel (r.o. 10).

Het hof acht gelet op de stellingen van Feringa schade en causaal verband niet aannemelijk. Omdat Feringa niet had betwist dat de verweren tegen de vorderingen van de benadeelde voldoende kansrijk waren, behoefde Aegon – aldus het hof – redelijkerwijs niet in te stemmen met een schikking op het bedrag van de verzekerde som, waarbij Aegon zijn verdedigbare verweren dus volledig moest prijsgeven, en bestond er voldoende rechtvaardiging voor het instellen en doorzetten van het hoger beroep (r.o. 11).

Dat er voldoende rechtvaardiging was voor hoger beroep is mijns inziens niet het juiste criterium. Beslissend had moeten zijn wat er waarschijnlijk zou zijn gebeurd in de situatie dat Aegon wel juist had gehandeld. Mogelijk heeft het hof bedoeld dat het verweer zodanig kansrijk was dat Feringa zich tijdens het overleg, dat niet heeft plaatsgevonden, in redelijkheid niet op het standpunt had kunnen stellen dat Aegon moest afzien van appel en de volledige verzekerde som diende uit te keren. Op het eerste gezicht ligt het naar mijn oordeel niet voor de hand om aan te nemen dat de verweren zeer kansrijk waren, aangezien de rechtbank deze inmiddels had verworpen.

Mijns inziens is een andere benadering denkbaar. Ik meen dat de verzekeraar die zonder enig voorbehoud de leiding in de schaderegeling neemt op grond van de hem in de polis gegeven bevoegdheid bij de verzekerde de verwachting wekt dat hij de volledige in rechte toe te wijzen schade voor zijn rekening zal nemen. De verzekeraar behoort dergelijke misverstanden te vermijden. De verzekeraar behoort de verzekerde expliciet en tijdig te wijzen op het feit dat de ingestelde schadevordering de verzekerde som overtreft en dat hij de schadevordering, indien de rechter deze zou toewijzen, boven de verzekerde som niet zal vergoeden. Verdedigbaar is dat het beroep van de verzekeraar op de dekkingsbeperking van de maximaal verzekerde som naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, indien een dergelijke waarschuwing is uitgebleven. Ook een beroep op een primaire dekkingsomschrijving kan in strijd met art. 6:248 lid 2 BW zijn.⁴⁸

47. Krenning & Vloemans 2007, p. 240.

48. Zie noot Mendel bij HR 23 april 2010, NJ 2010, 454. De zienswijze van Mendel wordt mijns inziens bevestigd in HR 21 januari 2011, NJ 2011, 176, omdat mijns inziens in dit arrest (mede) een beroep op een primaire dekkingsomschrijving aan de orde was en de Hoge Raad de mogelijkheid van strijd

4.6 Geschillen over al dan niet schikken in verband met het eigen risico of een tegenvordering

Doorgaans omvat de schaderegelingsclausule ook het recht voor de verzekeraar om een schikking te treffen.

De bevoegdheid van de verzekeraar om te schikken is beperkt tot de verzekerde som, daarboven dient de beslissing aan de verzekerde te worden gelaten. Gaat de verzekeraar zonder toestemming van de verzekerde een schikking aan tot een bedrag dat de verzekerde som overtreft dan doet de verzekeraar dat voor eigen rekening en risico.⁴⁹

Op grond van de schaderegelingsclausule is de verzekeraar bevoegd een schikking beneden de verzekerde som te treffen. Ook indien de schaderegelingsclausule niet expliciet bepaalt dat over een schikking eerst met de verzekerde overleg zal worden gevoerd, kan uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat de verzekeraar tot dergelijk overleg gehouden is. Immers, de verzekeraar dient bij de schaderegeling rekening te houden met de belangen van de verzekerde.⁵⁰

Dat belang kan gelegen zijn in een substantieel eigen risico. Voorbeeld: er is sprake van een claim van € 40 000, een eigen risico van € 20 000, een schikkingsmogelijkheid op € 20 000 en een deskundige inschatting van de advocaat dat de claim in rechte waarschijnlijk afgewezen zal worden. De verzekeraar wil toch schikken omdat hem dit aanzienlijke proceskosten bespaart en de uitkomst in rechte altijd risico's in zich bergt. Voorstelbaar is dat de verzekerde met deze schikking problemen heeft omdat hij de schikking volledig betaalt, terwijl de verzekeraar met de schikking aanzienlijke proceskosten bespaart en van het procesrisico af is. Uitgangspunt is dat de schikkingsbevoegdheid van de verzekeraar zich mede uitstrekt tot het voor rekening van de verzekerde blijvend eigen risico.⁵¹ Dat neemt niet weg dat in bijzondere gevallen, met name indien geschikt wordt om ten laste van de verzekeraar komende proceskosten te voorkomen, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de lasten kan voortvloeien. Hoe deze verdeling moet worden vastgesteld is in algemene termen moeilijk te zeggen. De haalbaarheid van het verweer speelt daarbij een cruciale rol. Komen de verzekeraar en de verzekerde niet tot een onderlinge verdeling en weigert de verzekerde de schikking te accepteren, dan zou de verzekeraar ervoor kunnen kiezen om de verzekerde voor te stellen dat de verzekeraar de schikking betaalt en (achteraf) door een neutrale deskundige een onderlinge verdeling wordt bepaald.⁵² Omdat de verzekeraar wil schikken, ligt het mijns inziens in beginsel voor de hand dat hij ook aanbiedt om

met art. 6:248 lid 2 BW openhield. Belangrijk is dat in het *Zweefstoetel*-arrest, HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326, is overwogen (curs. PML): 'Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat waar een verzekeraar in de primaire omschrijving van de dekking bepaalde evenementen heeft uitgesloten, een beroep op de primaire dekkingsomschrijving niet met succes kan worden afgeweerd met de stelling dat een beroep van de verzekeraar daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. Met de dekkingsomschrijving heeft de verzekeraar immers de grenzen omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen, hetgeen hem vrijstond.' Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW kan ook bij een primaire dekkingsomschrijving slagen indien het gebaseerd is op andere argumenten dan hiervoor genoemd.

49. Wansink 2006, p. 389. Zie ook art. 3:70 BW.

50. PG titel 7.17, p. 157.

51. Wansink 2006, p. 390.

52. Wansink 2006, p. 399.

de kosten van de vaststelling van de verdeling te dragen.⁵³ Wijst de verzekerde ook een dergelijk redelijk voorstel af, dan zou de verzekeraar in beginsel verder de dekking aan verzekerde kunnen ontfangen.

Het eigen belang van de verzekerde kan ook gelegen zijn in een tegenvordering. Bijvoorbeeld: de aansprakelijk gestelde makelaar heeft nog een vordering op de benadeelde uit hoofde van een onbetaald gebleven courtagenota.

Uitgangspunt is dat de verzekeraar slechts bevoegd is om de schade te regelen waarvoor zijn verzekerde aansprakelijk is gesteld. Dit betekent dat de verzekeraar geen bevoegdheid heeft ten aanzien van de tegenvordering, in het voorbeeld de inning van de courtagenota. Er is onmiskenbaar samenhang tussen de claim en de nota. De klant van de makelaar betaalt niet omdat hij meent dat de makelaar een fout heeft gemaakt welke tot schade heeft geleid voor de klant, voor welke schade hij de makelaar aanspreekt. Bij een schikking zal de klant vaak beide vorderingen opgelost willen zien. Dit vergt goed overleg tussen verzekeraar en verzekerde, in het voorbeeld de makelaar. Essentieel is het om te weten wat de haalbaarheid in rechte is van de schadeclaim en van de tegenvordering. Zo nodig zal daarover deskundig advies kunnen worden gevraagd, al dan niet bindend.

In de praktijk wordt dit advies veelal gevraagd aan de advocaat die door de verzekeraar is ingeschakeld om in rechte op te treden namens de verzekerde. Dat is wel zo eenvoudig; deze advocaat kent de zaak. De positie van deze advocaat kan soms lastig zijn en ik kom daar later op terug. Soms zal de verzekerde geadviseerd moeten worden om een eigen advocaat te raadplegen of om een onafhankelijke advocaat (bindend) te laten adviseren. Dit hangt sterk af van de omstandigheden van het geval en de omvang van de in het geding zijnde belangen. Een voorbeeld waar dit overleg tussen verzekerde en verzekeraar niet goed tot zijn recht is gekomen is te vinden in de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak van de Raad van Toezicht van 5 januari 1998.⁵⁴

Kort gezegd kwam het erop neer dat op enig moment een schikking mogelijk was door de benadeelde een schadebedrag te betalen van € 54 700 tegen finale kwijting van een claim die aanvankelijk € 120 000 bedroeg en tegen intrekking van een tegenvordering van € 39 000. Het eigen risico bedroeg € 68 000. De verzekerde zou dus de gehele schikking betalen en ook nog een eigen vordering van € 39 000 moeten prijsgeven. Hij had daar moeite mee.

De verzekeraar stelde de verzekerde voor de keuze óf de schikking te aanvaarden óf verder op eigen risico en kosten door te procederen. Daarbij baseerde de verzekeraar zich op het advies van de door hem ingeschakelde advocaat. De Raad oordeelde deze opstelling van de verzekeraar niet in strijd met de goede naam van het verzekeringsbedrijf.

Wansink stelt dat de verzekeraar de verzekerde meer inspraak had moeten bieden door aan te bieden om voor zijn rekening een bindend advies te vragen over de haalbaarheid van de schadeclaim en de tegenvordering. Al naar gelang de uitkomst hiervan zou de deskundige moeten vaststellen of, en zo ja tot welk bedrag, de verzekeraar alsnog zou bijdragen aan de schikking.⁵⁵ Ik meen dat dit sterk afhangt van de vraag hoe het advies van de door de verzekeraar ingeschakelde advocaat

53. Anders Tan 2004, p. 222, die een voorkeur lijkt te hebben voor een kostendeling op basis van ongelijk.

54. RvT I-98/1 besproken door L. Dommering-van Rongen, *Vrb* 1999, p. 61 e.v.

55. Wansink 2006, p. 393.

tot stand is gekomen en of de verzekerde hiertegen redelijke bezwaren heeft ingediend.

Bij verkeersongevallen komt het wel voor dat twee partijen elkaar de schuld geven en zij elkaar voor hun schade aansprakelijk houden. De handelwijze van een verzekeraar bij de schaderegeling van de bij hem door een van de partijen ingediende claim bindt de verzekerde van de aangesproken verzekeraar in juridische zin niet ten aanzien van de claim die de verzekerde bij de wederpartij neerlegt.⁵⁶ Feitelijk kan daar wel een nadelige invloed van uitgaan. Het is daarom van belang dat de verzekeraar jegens de wederpartij helder maakt dat hij handelt vanuit zijn eigen bij de zaak betrokken belang en dat dit de verzekerde voor wat betreft zijn eigen vordering jegens de wederpartij niet bindt. De verzekeraar is in beginsel gerechtigd om de bij hem ingediende schade te regelen en daarvoor een schikking aan te gaan, indien hij genoemd voorbehoud duidelijk maakt. De praktijk zal zijn dat de verzekeraar de verzekerde hoort en hem in de gelegenheid stelt zijn versie met betrekking tot de toedracht te geven en eventuele bewijsmiddelen in te brengen, maar daartegenover staat dat de verzekeraar ook een eigen verantwoordelijkheid heeft om jegens de wederpartij binnen bekwame tijd een standpunt in te nemen.⁵⁷

4.7 Geschillen over al dan niet schikken in relatie tot het maximaal verzekerd bedrag

Wansink schetst een aantal karakteristieke gevallen waarin zich ter zake van het al dan niet benutten van een mogelijkheid tot schikken een *conflict of interest* tussen de verzekeraar en de verzekerde kan openbaren.⁵⁸

Een interessante uit de dagelijkse praktijk gegrepen situatie ontstaat indien een verzekerde wordt aangesproken tot een bedrag van € 10 000 000, terwijl zijn aansprakelijkheidsverzekering slechts dekking biedt voor € 2 500 000. De benadeelde wil schikken op een bedrag van € 2 500 000. De verzekeraar wil dit niet accepteren, maar de verzekerde wel.

Krachtens de schaderegelingsclausule heeft de verzekeraar de leiding in de schaderegeling, maar hij dient wel oog te hebben voor het belang van de verzekerde. De vraag is echter wat dit in deze concrete situatie betekent.

Uitgangspunt is dat de verzekeraar zelf beslist over zijn portemonnee. De verzekeraar zal de schikking slechts niet willen accepteren als hij de verwachting heeft dat de claim in rechte niet of beneden de verzekerde som zal worden toegewezen. In beginsel is dat een legitiem standpunt, mits dit wordt gesteund door een deskundig advies.

56. Wansink 2006, p. 391. HR 5 november 1971, NJ 1972, 37.

57. Vgl. RvT nr. III-87/2 d.d. 5 januari 1987, VR 1988, 100: de Raad is van oordeel dat praktische redenen, gelegen in de hanteerbaarheid van het systeem, wettigen dat de WAM-verzekeraar niet steeds tot overleg met de verzekerde gehouden is te achten, maar hij moet wel rekening houden met de belangen van de verzekerde (no-claimkorting) en bereid moeten zijn om de no-claimkorting ongedaan te maken indien de verzekerde alsnog zelf de schade betaalt of mocht blijken dat de verzekeraar de schadevordering van benadeelde ten onrechte heeft gehonoreerd. Zie ook RvT nr. III-94/9 d.d. 7 maart 1994, VR 1995, 54.

58. Wansink 2006, p. 395-400.

De verzekerde heeft belang bij de schikking omdat hij dan verlost is van een aanzienlijke claim. Deze schikking kost de verzekerde bovendien niets (behoudens het eventuele eigen risico).

Waar het hier op aankomt, is de beoordeling van de juridische haalbaarheid van het verweer en de waarschijnlijke uitkomst van een procedure. Het evidente belang van de verzekerde bij het treffen van deze schikking maakt dat de verzekeraar gehouden is een grote mate van zorgvuldigheid te betrachten. Wijst de verzekeraar het schikkingsvoorstel zonder meer af zonder zorgvuldig overleg met zijn verzekerde, dan loopt hij het risico aansprakelijk te zijn voor de daardoor veroorzaakte schade.⁵⁹

De eerste stap zal zijn om te bezien of partijen er in onderling overleg uit kunnen komen waarbij de door de verzekeraar ingeschakelde advocaat, die veelal inmiddels ook in rechte als advocaat in naam van de verzekerde optreedt, een bemiddelende en voorlichtende rol kan spelen.

Leidt dat niet tot een voor beide partijen aanvaardbare oplossing, dan kan een praktische aanpak zijn dat de verzekeraar de verzekerde in overweging geeft of zelfs (coulancehalve) aanbiedt om met een door de verzekeraar beschikbaar gesteld budget advies te vragen bij een eigen advocaat om zijn positie te bepalen en aldus een goede uitwisseling van argumenten te krijgen. Of en in hoeverre de verzekeraar een budget ter beschikking behoort te stellen hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Vaak heeft de verzekeraar belang bij een gelijkwaardige uitwisseling van argumenten en doet hij er verstandig aan om dit te faciliteren.

Ten slotte is goed denkbaar dat partijen gezamenlijk een bindend advies vragen aan een advocaat die nog niet in de zaak betrokken is en waar beide partijen vertrouwen in hebben.⁶⁰ Ook hier geldt dat de verzekeraar er vaak belang bij heeft om dit te faciliteren en dus ook te financieren.

De bindend adviseur zal moeten kijken naar diverse omstandigheden:

- De objectieve juridische kansen in de procedure en de waarschijnlijke uitkomst daarvan (de kans dat er daadwerkelijk sprake is van aansprakelijkheid, de waarschijnlijke omvang van de toerekenbare schade, de waarschijnlijke correctie wegens eigen schuld of proportionaliteit enz.).
- Het premier-risque-karakter van de aansprakelijkheidsverzekering (geen pro rato aftrek wegens onderverzekering),⁶¹ waardoor een pro rato-verdeling van de schikking (in het voorbeeld 75% verzekerde en 25% verzekeraar) in beginsel niet gerechtvaardigd is.
- De gerechtvaardigde belangen van de verzekeraar om de schikking te verwerpen (bijvoorbeeld: noodzaak van nader technisch onderzoek, een schikking op maximale verzekerde som biedt de verzekeraar weinig voordeel).
- De gerechtvaardigde belangen van de verzekerde om de schikking te aanvaarden, zoals het voortbestaan van de onderneming van verzekerde, de resterende verhaalsmogelijkheden (zal beroep op matiging art. 6:109 BW slagen?), eventueel gelegde beslagen.
- Eventuele in het geding zijnde immateriële belangen van partijen bij een schikking, zoals beëindiging van een vervelende tuchtzaak, bescherming van

59. Wansink 2006, p. 397.

60. Aldus ook Krenning & Vloemans 2007, p. 241 en instemmend Wansink 2008.

61. Wansink 2006, p. 397.

- beroepsethiek, behoud van maatschappelijke positie, beïnvloeding van media-aandacht enz.).
- Vaak verdienen schikkingen de voorkeur boven procedures (zie ook gedragsregel 3).
 - Gaat het om een cost-inclusive-polis? De verzekeraar heeft dan minder belang bij een schikking maar de verzekerde juist wel, omdat de verzekerde som anders wordt opgeprocedeerd. De verzekerde dient daartegen te worden beschermd.
 - Als het waarschijnlijk is dat in rechte een schadevergoeding wordt toegewezen tot een bedrag in orde van grootte van de verzekerde som, zal de verzekeraar in het algemeen onredelijk handelen als hij de schikking niet wil aanvaarden. Als het waarschijnlijk is dat er geen of substantieel minder schade wordt toegewezen, handelt de verzekeraar in beginsel redelijk door een veel hogere schikking te verwerpen.

Een praktisch probleem is vaak dat er geen schikkingsbod ligt, maar er eerst nog afgetast en onderhandeld moet worden. Het verdient aanbeveling ook in dat stadium al goed met elkaar te overleggen en eventueel een (bindend) advies te vragen ten einde enkele scenario's af te stemmen. In dat verband kan de verzekerde zich niet simpel op het standpunt stellen dat iedere schikking op of beneden de verzekerde som aanvaard moet worden. De verzekeraar heeft in beginsel een legitiem belang om de onderhandeling aan te gaan en te bezien of aldus de schade kan worden beperkt. De verzekeraar die bang is om informatie over de onderhandelingstrategie met zijn verzekerde te delen zou zich, in aanvulling op de algemene polisbepaling dat de verzekerde de belangen van de verzekeraar niet mag schaden, kunnen beschermen met een geheimhoudingsverklaring.

Bij onderhandelingen, bijvoorbeeld tijdens een comparitie, is er vaak een moment waarop ook snel beslist moet worden. Dit onderschrijft nog eens het belang van een goede voorbereiding en afstemming vooraf. Beide partijen hebben daar baat bij. De verzekeraar zal mijns inziens als professionele partij de verzekerde actieve voorlichting moeten geven over zijn rechten en plichten en de mogelijkheden om zelf advies in te winnen, en zal een en ander soms ook actief moeten faciliteren door een budget ter beschikking te stellen. Anders gezegd: de verzekeraar kan niet simpelweg afwachten totdat de verzekerde de kwestie aan de orde stelt, aangezien de verzekerde vaak niet goed op de hoogte is van zijn precieze rechten en plichten in deze ingewikkelde materie en vaak ook niet goed de consequenties kan doorzien. De in de zaak betrokken advocaat speelt bij deze actieve voorlichting uiteraard ook een belangrijke rol.

4.8 Dekkingsvoorbehoud

Indien de verzekeraar de bevoegdheden uit de schaderegelingsclausule uitoefent door verweer te voeren of anderszins feitelijk de leiding te nemen in de schaderegeling, wekt hij bij de verzekerde de verwachting dat hij dekking verleent en dus de financiële lasten zal dragen, voortvloeiende uit een eventuele aansprakelijkheid van de verzekerde, dit uiteraard binnen de grenzen van de verzekerde som en met inachtneming van het eigen risico.⁶²

62. Wansink 2006, p. 417.

De verzekeraar doet er verstandig aan om duidelijk een dekkingsvoorbehoud te maken, indien en zodra hem feiten blijken die tenminste gereede twijfel doen rijzen of er wel aanspraak op dekking bestaat. Doet de verzekeraar dat niet en neemt hij feitelijk wel de leiding in de schaderegeling, dan loopt hij het risico dat hij zich later niet meer op het ontbreken van dekking kan beroepen, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn.⁶³

Het is helder dat de verzekeraar die dekking onvoorwaardelijk weigert geen beroep kan doen op de schaderegelingsclausule. Hij zal de verzekerde zelf de regie moeten geven om verweer te voeren.⁶⁴

Of de verzekeraar die een dekkingsvoorbehoud maakt een beroep kan doen op de schaderegelingsclausule is voor discussie vatbaar. Wansink geeft aan dat hij geneigd is ook in dat geval de verzekerde de vrijheid te geven zelf de regie te nemen, waarbij de verzekeraar wel mag verlangen dat de verzekerde hem op de hoogte houdt.⁶⁵ Ik meen dat dit niet altijd het geval is. Als voorbeeld kan dienen de situatie dat de benadeelde stelt dat sprake is van opzet van de verzekerde, maar de verzekerde ontkent dit en (overtuigend) bewijs ontbreekt vooralsnog. De verzekeraar zal dan vaak zekerheidshalve de verzekerde erop wijzen dat geen dekking wordt verleend indien toch opzet zou komen vast te staan. Ik meen dat de verzekeraar in dergelijke situaties in redelijkheid een beroep kan doen op de hem toekomende bevoegdheden uit de schaderegelingsclausule. Dat is mijns inziens pas anders indien er vanwege het dekkingsvoorbehoud een tegengesteld belang ontstaat over de wijze waarop verweer gevoerd moet worden. In dat geval moet de verzekerde de schaderegeling zelf ter hand kunnen nemen.

Partijen kunnen ook besluiten om het dekkingsgeschil voorlopig te laten rusten en zich eerst gezamenlijk te concentreren op het verweer.⁶⁶ Voor de verzekerde heeft dit als voordeel dat de verzekeraar de kosten voor zijn rekening neemt. Indien zich een tegengesteld belang openbaart is echter wel voorzichtigheid op zijn plaats.

4.9 De positie van de advocaat

Speciale aandacht verdient de positie van de advocaat die in een procedure optreedt namens de verzekerde maar krachtens de schaderegelingsclausule is aangesteld door de verzekeraar. Indien louter belangen van de verzekeraar in het geding zijn is er geen probleem. Op grond van de schaderegelingsclausule is de verzekeraar gemachtigd om namens de verzekerde verweer te voeren. De verzekerde is weliswaar formeel de procespartij, maar materieel ligt het belang volledig bij de verzekeraar. Het wordt ingewikkelder indien er een duidelijk materieel eigen belang van de verzekerde in het spel is. In dat geval zal de advocaat zorgvuldig beide belangen in het oog moeten houden.

Indien er een dekkingsvoorbehoud is gemaakt is het discutabel of de verzekeraar nog bevoegd is om op grond van de schaderegelingsclausule de regie te voeren. Ik meen, zoals toegelicht in de vorige paragraaf, dat dit soms wel het geval is. Een en ander hangt sterk af van de aard van het dekkingsvoorbehoud en de reactie daarop

63. Wansink 2006, p. 417-419.

64. Wansink 2006, p. 412. Van de verzekerde die de dekkingsweigering aanvecht en mogelijk later daarin gelijk krijgt, mag wel worden verwacht dat hij bij het verweer tegen de claim prudent handelt.

65. Wansink 2006, p. 414.

66. Wansink 2006, p. 414.

van de verzekerde. Vaak besluiten verzekeraar en verzekerde het dekkingsgeschil te laten rusten en eerst gezamenlijk te concentreren op het verweer. Veelal schakelt de verzekeraar in dat geval op zijn kosten een advocaat in die namens verzekeraar en verzekerde het verweer voert. Van belang is dat de verzekeraar in dat geval niet (altijd) nog de feitelijke leiding heeft op grond van de schaderegelingsclausule, omdat er een dekkingsvoorbehoud is gemaakt. In dat geval heeft de advocaat dus uitdrukkelijk toestemming nodig van de verzekerde. Het is voor de advocaat altijd verstandig om goed te overleggen met de verzekerde, maar in dit geval is dergelijk overleg derhalve essentieel. Deze advocaat moet zich ook goed realiseren dat hij werkzaam is voor twee cliënten, de verzekerde en de verzekeraar, die ten aanzien van het verweer vaak een gelijk belang hebben, maar ten aanzien van het dekkingsgeschil niet.

Op grond van gedragsregel 7 lid 1 mag de advocaat zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. De advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt, is in het algemeen verplicht zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat, aldus luidt lid 2 van gedragsregel 7.

In de toelichting op regel 7 lid 2 staat dat de toevoeging van de woorden 'in het algemeen' betekent dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn, die een afwijking van deze regel rechtvaardigen. 'De commissie heeft daarbij vooral gedacht aan de veelvuldig voorkomende situatie dat een advocaat de belangen van verzekeraar en verzekerde behartigt tegenover derden. Uit een oogpunt van efficiency, informatie, kostenbesparing e.d. is dat in het algemeen niet ongewenst, maar niettemin is goed denkbaar dat er tegenstrijdigheid kan ontstaan in de belangen van beide cliënten. Zo kan er bijvoorbeeld al vóór het begin van de procedure onenigheid bestaan over de dekking, maar is het in het belang van verzekerde en verzekeraar om dat niet naar buiten toe te laten blijken zolang niet over de claim als zodanig is beslist. Ook lijkt het onder omstandigheden denkbaar dat een advocaat voor een vaste relatie (verzekeraar of verzekerde) blijft optreden tegen de ander (verzekeraar of verzekerde) wanneer zich gaandeweg bijvoorbeeld over de dekking of over een schikking problemen voordoen. Wil een advocaat in een dergelijke situatie de belangen van één van beiden blijven behartigen, dan veronderstelt dat wel dat van aanvang af bij geen van beiden twijfel bestaat wiens belangen hij in geval van tegenstrijdigheid zal blijven behartigen. Indien hij vertrouwelijke informatie van één van beiden heeft verkregen ten opzichte van de ander, zal hij zich moeten realiseren dat hij die informatie niet gebruiken kan. Is dat niettemin voor een goede behandeling van de zaak gewenst dan zal hij zich moeten terugtrekken.'⁶⁷ Over deze ingewikkelde materie is mij geen literatuur of (tucht)rechtspraak bekend. Wellicht blijkt daaruit dat de praktijk zich redt. Mijn eigen ervaring is dat in goed overleg met verzekerde en verzekeraar en een redelijke opstelling van de betrokken partijen eventuele problemen op te lossen zijn.

Interessant is het om kennis te nemen van een tweetal rechtszaken die hebben gespeeld in Engeland.

67. De gedragsregels 1992 voor advocaten, alsmede de toelichting, zijn te raadplegen op <<http://advocaten.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/vademecum.asp>>.

Lord Justice Neill in *Brown v Guardian Royal Exchange* overweegt:

'The policy and the instructions given to RPC (lees: de advocaat, toev. PML) established a tripartite arrangement on the following lines: (1) RPC became Mr Brown's solicitors for the purpose of defending the claim. As far as the outside world was concerned the relationship was the usual one between a solicitor and his client and their communications were protected by legal professional privilege. (2) At the same time a separate relationship of solicitor and client came into existence between RPC and the insurers. The insurers became liable to pay RPC's fees and in return RPC became liable to report to the insurers about the progress of the case. (3) By accepting the benefit of legal representation made available in accordance with the terms of the policy Mr Brown waived his rights quo ad the insurers to claim legal professional privilege in relation to communications about the claim between himself and RPC during the period that representation under the policy continued. In these circumstances the insurers were entitled to regular reports from the solicitors as to the progress of the case. These reports would be expected to include some indication of the evidence which had been collected or which might be available to support the insured's case.'⁶⁸

Een *potentieel* tegenstrijdig belang is inherent aan en daarom geen beletsel voor a *joint retainer* of de daarmee verbonden *implied waiver of privilege*.⁶⁹ Bij een *daadwerkelijk* tegenstrijdig belang ontstaat er, zo blijkt uit de zaak *TSB Bank plc v Robert Irving & Burns*, een andere situatie: '...the waiver of privilege inherent in the joint retainer extends to (a) all communications made by the insured to the solicitors down to such time as an *actual* conflict of interest emerges and (b) to all communications made by the insured to those solicitors after the notification by the solicitors to the insured of such conflict and the lapse of such further time as the insured reasonably requires to decide whether to instruct further solicitors.'⁷⁰ (curs. PML)

In de zaak *Brown v Guardian Royal Exchange* was geen sprake van een daadwerkelijk tegenstrijdig belang en kon de informatie die de verzekerde had verstrekt aan de advocaat in het kader van het verweer door deze worden gedeeld met de verzekeraar. In de zaak *TSB Bank plc v Robert Irving & Burns* had de advocaat met de verzekerde een bespreking gevoerd en daarin de verzekerde onderworpen aan een stevig verhoor om, aldus LJ Morritt, de verzekerde informatie te ontlokken om een dekkingsweigering te rechtvaardigen.⁷¹

Naar mijn oordeel valt er veel voor te zeggen dat de advocaat de van de verzekerde in het kader van het verweer verkregen informatie mag delen met de verzekeraar zonder dat de verzekerde daarvoor (telkens) expliciet toestemming moet vragen. Als de advocaat die namens de verzekeraar en de verzekerde optreedt in het verweer tegenover de derde opdracht krijgt van de verzekeraar om hem te adviseren in het dekkingsgeschil, dan is er sprake van een tegenstrijdig belang en zal de advocaat, zoals ook al uit de eerder geciteerde toelichting op gedragsregel 7 lid 2 blijkt, zorgvuldig moeten beoordelen of hij deze opdracht wel kan aanvaarden en hoe hij dient om te gaan met hem toevertrouwde informatie.

68. *Brown v Guardian Royal Exchange* [1994] 2 Lloyd's Rep 325, CA at 329 (Neill LJ).

69. *Brown v Guardian Royal Exchange* [1994] 2 Lloyd's Rep 325, CA paras 11 and 13 (Morritt LJ).

70. *TSB Bank plc v Robert Irving & Burns* [1999] Lloyd's Rep IR 528, CA para 17 (Morritt LJ).

71. *TSB Bank plc v Robert Irving & Burns* [1999] Lloyd's Rep IR 528, CA para 20 (Morritt LJ).

4.10 De vrije advocaatkeuze

Op grond van de schaderegelingsclausule is de verzekeraar in beginsel bevoegd om te bepalen welke advocaat in rechte zal optreden om de belangen van de verzekerde en de verzekeraar te behartigen.

Daarmee is niet gezegd dat de verzekerde geen enkele inspraak heeft. Hij kan zijn mening geven, maar de verzekeraar beslist. Bij een cost-inclusive-polis ligt dit mijns inziens genuanceerder.⁷² Indien de verzekeraar een dekkingsvoorbehoud maakt kan hij in bepaalde gevallen (zie paragraaf 7) geen beroep doen op de hem toekomende bevoegdheid uit de schaderegelingsclausule. Vaak besluiten verzekerde en verzekeraar voor het verweer gezamenlijk op kosten van de verzekeraar een advocaat in te schakelen. Het ligt dan voor de hand dat de verzekeraar ook bepaalt en mag bepalen welke advocaat wordt ingeschakeld.

De verzekerde bepaalt in beginsel zelf wie hem bijstaat in een tuchtzaak of een strafzaak waarvan de uitkomst relevant kan zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheidszaak. Dit volgt uit art. 6 lid 3 onder c EVRM, waarin is geregeld dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld het recht heeft zichzelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze.

Tucht- en strafprocedures hebben een eigen doel, waardoor de verzekerde een eigen belang heeft bij de inrichting van zijn verdediging en de processtrategie. Het grondrecht van een vrije advocaatkeuze is hier leidend, wat niet betekent dat de verzekeraar hierin niet mag meepraten; de verzekerde beslist hier echter zelf. De verzekeraar kan meer sturing geven door onder voorwaarden de financiering op zich te nemen ('als u mr. X neemt betalen wij dat').

Bij een tuchtzaak is het soms evident dat de benadeelde uit is op schadevergoeding en de verzekerde doet er soms verstandig aan om de verzekeraar te betrekken in het verweer teneinde te voorkomen dat de verzekeraar zich achteraf beroept op verval van dekking omdat zijn belangen zouden zijn geschaad. Meestal zal ook een tuchtklacht al als omstandigheid aan de verzekeraar worden gemeld en kan de verzekeraar ook zelf vragen stellen, verzoeken doen en daarmee sturing geven aan de verdediging.

4.11 Is de verzekerde gebonden aan (rechts)handelingen die de verzekeraar heeft verricht op grond van de hem toekomende bevoegdheden uit de schaderegelingsclausule?

Kamphuisen heeft mijns inziens terecht benadrukt dat de verzekeraar doorgaans, op grond van de schaderegelingsclausule, een volmacht heeft van de verzekerde om de schade te regelen en dat heeft gevolgen voor de toerekening van rechtshandelingen van de verzekeraar aan de verzekerde.⁷³ Indien sprake is van een volmacht van de verzekerde aan de verzekeraar om namens hem de schade te regelen, ligt het voor de hand dat de verzekerde ook gebonden is aan de binnen die volmacht door de verzekeraar verrichte (rechts)handelingen (art. 3:66 lid 1 BW).

72. Zie par. 4 hierboven.

73. Kamphuisen 1990, p. 51-52. Anders Hof Den Bosch 30 juli 1997, VR 1998, 70: dat de aansprakelijkheidsverzekeraar moet worden gezien als een vertegenwoordiger van de verzekerde vindt geen steun in enige rechtsregel.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 januari 1992 de toerekening in de sleutel van schijn van volmachtverlening gesteld. Wanneer de verzekerde tot de derde een verklaring richt die de derde heeft opgevat en in de gegeven omstandigheden heeft mogen opvatten als een verklaring dat hij de beoordeling van en de beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid overlaat aan zijn verzekeraar, dan kan de derde de verzekerde aan de beslissing van de verzekeraar houden. Het antwoord op de vraag of de verzekerde aan een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar kan worden gehouden in dier voege dat dan tussen hem en deze derde komt te gelden dat hij jegens deze derde aansprakelijk is, hangt ervan af of de derde de verklaring van de verzekeraar heeft opgevat en heeft mogen opvatten als een door de verzekeraar tot hem gerichte verklaring die ertoe strekt dit rechtsgevolg tot stand te brengen.⁷⁴

Uit recente rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval men gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening op grond van feiten en omstandigheden die voor *risico* van de vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.⁷⁵

In zijn arrest van 16 april 2010 oordeelde de Hoge Raad nog eens dat de benadeelde derde uit een brief van de verzekerde redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat de verzekeraar gemachtigd was om de correspondentie betreffende de stuiting van de verjaring in ontvangst te nemen.⁷⁶

Het ligt voor de hand dat de verzekerde al snel gebonden zal zijn aan handelingen van zijn verzekeraar en dat de verzekeraar door derden mag worden gezien als een vertegenwoordiger van de verzekerde. De verzekeraar die de verzekerde niet wil binden dient dat duidelijk te vermelden. Een redelijke risicoverdeling brengt mee dat de benadeelde in beginsel mag vertrouwen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de verzekeraar. Dit betekent dat de verzekeraar goed overleg moet voeren met de verzekerde over de schaderegeling en de voortgang en dat hij zich bewust is van de positie van de verzekerde bij de redactie van brieven en (proces)stukken.

4.12 Afronding

De schaderegelingsclausule in een aansprakelijkheidsverzekering kan soms tot spanningen leiden tussen de verzekeraar en de verzekerde. Zij dienen met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. Hoe is niet altijd direct duidelijk. Uiteindelijk komt het aan op redelijk handelen. Dat is een open norm. In deze bijdrage heb ik geprobeerd om de praktijk enkele concrete handreikingen te bieden hoe te handelen bij (dreigende) conflicterende belangen.

74. HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606. Ook in HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 werd aangenomen dat een benadeelde mocht vertrouwen op een door de verzekeraar als vertegenwoordiger van de verzekerde gedane erkenning.

75. HR 19 februari 2010, LJN BK7671.

76. HR 16 april 2010, LJN BL 2229. Zie ook conclusie A-G Spier onder 3.2, die er terecht op wijst dat van algemene bekendheid is dat de verzekeringsvoorwaarden de verplichting bevatten om de afhandeling van geschillen over aansprakelijkheid over te laten aan de verzekeraar. Omtrent stuiting van de verjaring zie ook Hof Arnhem 25 november 2003, NJ 2004, 228, vervolg op HR 1 februari 2002, 195. Zie ook HR 27 juni 2008, LJN BD1842: stuiting aan het adres van de WAM-verzekeraar geldt ook voor de verzekerde.

