



## Op de glijdende schaal van verzekerbare en onverzekerbare risico's

**Auteur(s):**

Faure, M.G.

*De auteur is hoogleraar internationaal vergelijkend milieurecht aan de Universiteit Maastricht. Dit artikel is een ingekorte en bewerkte versie van het artikel 'Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars', dat eerder verscheen in NJB, 22 september 1995.*

**Verschenen in:**

ESB, 84e jaargang, nr. 4193, pagina D20, 11 maart 1999

**Rubriek:**

Dossier Nieuw e risico's

**Trefwoord(en):**

*Nieuwe risico's confronteren verzekeraars met een toenemend beroep op de aansprakelijkheidsverzekering. Aansprakelijkheid kan een prikkel geven tot risicobeheersing en preventie. Verzekering kan dit weer ondermijnen, tenzij risicogroepen scherp kunnen worden afgebakend en premies worden gedifferentieerd.*

**In de rechtseconomie wordt het aansprakelijkheidsrecht gezien als middel om de totale maatschappelijke kosten van ongevallen te minimaliseren. De jurist Guido Calabresi heeft er al in 1961 op gewezen dat rechtsregels prikkels dienen te geven om partijen in het maatschappelijk verkeer aan te zetten tot zorgvuldig gedrag<sup>1</sup>. Het aardige van de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht is dat preventie van ongevallen hoog in het vaandel staat. Voor de rechtseconoom is vergoeding van slachtoffers geen doel op zichzelf. Schadevergoeding van het slachtoffer wordt veel meer beschouwd als een instrument om de dader ertoe aan te zetten zorgvuldig te handelen. Uiteraard is een rechtseconoom ook in slachtofferbescherming geïnteresseerd maar, zoals de rechtseconomen zelf enigszins onbescheiden durven te zeggen: zij leveren slachtofferbescherming door te zorgen dat er minder slachtoffers komen. Liever geen slachtoffer dan een door het recht beschermd slachtoffer. Eerst aan preventie denken, dan pas aan compensatie.**

Een verzekering tegen aansprakelijkheid lijkt deze prikkel te ondermijnen. Verzekeren leidt tot gedragsaanpassing en roept daarmee nieuwe risico's op, zoals 'moreel risico'. Bovendien veranderen maatschappelijke opvattingen over aansprakelijkheid en worden verzekeraars hier soms op onvoorspelbare wijze mee geconfronteerd. In deze bijdrage ga ik op dit samenspel tussen gedrag, aansprakelijkheid en risico in.

### Gedrag en risico

Een vraag naar verzekering ontstaat omdat de meeste mensen niet risiconeutraal zijn maar een afkeer hebben van risico. Een risico-averse dader kan derhalve zijn nut verhogen door een aansprakelijkheidsverzekering te nemen waarbij risico van hem wordt afgenomen. De reden waarom de verzekeraar dit risico van de dader kan overnemen is bekend: door de wet van de grote aantallen kan hij het risico over een grotere groep spreiden. Wel dient de verzekeraar zo klein mogelijke risicogroepen te vormen, waarin de premie goed aansluit bij het individuele risico van de leden van die groep. Als de risicogroep te groot is dan zou de gemiddelde premie voor een goed risico relatief te hoog zijn, waardoor het de groep zou verlaten. Zulke averechtse selectie kan een neerwaartse spiraal meebrengen waardoor de verzekeraar uiteindelijk alleen met de slechte risico's blijft zitten.

Naast dit probleem van averechtse selectie moet de verzekeraar ook voor het 'morele risico' waken. Moreel risico is het fenomeen dat het gedrag van de verzekerde zal wijzigen door het feit dat het risico van hem is weggenomen ten gevolge van de verzekering. Indien een verzekeraar niet in staat is om het moreel risico behoorlijk te controleren, dan zou aansprakelijkheidsverzekering maatschappelijk gezien meer kwaad doen dan goed. Het ongemak dat een potentiële dader voelt omdat hij is blootgesteld aan risico is precies noodzakelijk om hem de prikkels voor preventie te geven. Indien het risico volledig van de dader wordt weggenomen en naar de verzekeraar wordt verschoven zal de dader de prikkel tot preventie die hem werd bezorgd door blootstelling aan risico, missen.

Voor de verzekeraar rijst het probleem dat de dader in beginsel zijn gedrag niet zou mogen wijzigen indien hij verzekerd is. Daarom zal een verzekeraar proberen het morele risico via polis-technische oplossingen te controleren. Daarvoor zijn verschillende mogelijkheden. Een eerste is om de verzekerde te controleren en de polisvoorwaarden aan te passen aan het gedrag van de verzekerde. Dit gebeurt bijvoorbeeld door verscheidende risicogroepen (jongeren versus ouderen, rokers versus niet-rokers te onderscheiden en daarvoor specifieke premies te bepalen. Een tweede reactie op het morele risico is een gedeeltelijke blootstelling van de verzekerde aan risico. Dit heeft het voordeel dat de prikkels tot preventie minstens ten dele nog steeds van de vrees van een aansprakelijkheidsstelling zullen uitgaan. Dit kan bijvoorbeeld bestaan in een eigen risico, maar ook in een beperking van de dekking.

### Recht en risico

Niet alleen het gedrag van de verzekerde speelt de verzekeraar parten, maar ook de maatschappelijke opvattingen over aansprakelijkheid. Gedrag verandert verzekeringsrisico, maar nieuwe regels doen dat ook. Er lijken bepaalde ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak die leiden tot voortdurende uitbreiding van aansprakelijkheid. Moet een verzekeraar zich hierover zorgen maken?

Waar het op aankomt is of de wijziging in het aansprakelijkheidsrecht de risico-inschatting door de verzekeraar al dan niet bemoeilijkt. Sinds de jaren zestig zijn er legio wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht geweest, zowel in de jurisprudentie als in de wetgeving. De meeste ervan kwamen neer op een uitbreiding van de aansprakelijkheid van exploitanten van een bedrijf. Met dit fenomeen kan een verzekeraar redelijk omspringen door na te gaan of voor zijn verzekerde de uitbreiding van aansprakelijkheid een rol speelt. Zo ja, dan kan hij de polisvoorwaarden aanpassen en eventueel de premie aanscherpen. Deze wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht zijn niet echt dramatisch. Misschien moet een verzekeraar de uitbreidingen zelfs toejuichen. Voor zover een ex ante risico-inschatting mogelijk blijft, worden daardoor nieuwe markten gecreëerd en biedt dit nieuwe kansen voor verzekeraars waarop zij dienen in te spelen.

In de praktijk blijken verzekeraars met dergelijke wijzigingen goed om te kunnen springen. Bijvoorbeeld na de invoering van de Europese richtlijn Productaansprakelijkheid van 25 juli 1985. Deze richtlijn regelt de aansprakelijkheid van de producent voor schade veroorzaakt door gebreken aan zijn producten. Denk daarbij aan de ontplofende cola-flesjes. In het Nederlands recht werden in de meeste gevallen zonder problemen de polisvoorwaarden aangepast. Essentieel is dat het hierbij ging om een aanpassing op basis van een nieuw risico dat zich in de toekomst kan voordoen. De richtlijn stelt immers duidelijk dat het nieuwe regime van de richtlijn uitsluitend van toepassing is op producten die in het verkeer worden gebracht nadat de richtlijn in het nationale recht is omgezet

## **Niet te bepalen risico's**

Het wordt voor een verzekeraar pas echt riskant als de ontwikkelingen in het recht zodanig grillig worden dat een risico-inschatting totaal onmogelijk wordt. Daarvan is sprake indien een verzekerd bedrijf achteraf aansprakelijk wordt gesteld voor risico's die niet voorzienbaar waren op het ogenblik van het afsluiten van het verzekeringscontract en waarvoor bijgevolg nooit een premie werd gevraagd en waarvoor ook geen reservering mocht worden gemaakt.

### *Onvoorziene risico's*

Voorbeelden kunnen worden gevonden op het terrein van de milieu-aansprakelijkheid en meer bepaald in aansprakelijkheid bij bodemsanering. Zelfs met de introductie van een bijzonder vorderingsrecht in de Interimwet Bodemsanering bleef de jurisprudentie voor de vraag staan in hoeverre ook aansprakelijkheid voor historische milieuverontreiniging mogelijk was. De jurisprudentie gaat steeds op zoek naar juridische technieken om de terugwerking van de aansprakelijkheid in de tijd te beperken, hetzij door causaliteitsvereisten ([zie van den Bergh](#)), hetzij door een voorzienbaarheids-eis.

Vooraf die laatste eis is juist vanuit rechtseconomische optiek bijzonder belangrijk. Indien men gelooft dat aansprakelijkheid een afschrikwekkend effect op onrechtmatig gedrag heeft, is uiteraard vereist dat de potentiële schadeveroorzaker op de hoogte was of moest zijn van het feit dat zijn activiteit schade teweeg kon brengen. Anders kan een aansprakelijkheidsstelling nooit invloed hebben op de prikkels tot preventief gedrag. Indien men iemand aansprakelijk stelt voor schade die niet voorzienbaar is dan wordt daarmee niet direct een preventief doel gediend, maar wordt eigenlijk alleen aan de compensatie gedacht.

### *Causaliteitsonzekerheid*

Een tweede ontwikkeling die de risico-inschatting (en dus de preventieprikkel) bijzonder moeilijk maakt heeft te maken met causaliteitsonzekerheid. Er zijn veel gevallen in het recht waar onzekerheid bestaat omtrent het oorzakelijk verband. Denk aan de DES-zaak, waarbij weliswaar zekerheid bestond over het slachtoffer en over het feit dat een aantal producenten een bepaald geneesmiddel op de markt had gebracht, maar onzeker was van welke producent de betreffende DES-moeder het product had aangekocht.

Een andere vorm van causaliteitsonzekerheid bestaat wanneer een bepaalde groep uit de bevolking wordt blootgesteld aan ioniserende straling of genotoxische stoffen en vervolgens bij hen een verhoogd risico op een bepaalde ziekte zoals kanker wordt vastgesteld. In dat geval is de herkomst en dus de dader zeker, maar is onzeker wie de slachtoffers zijn. Het kan immers zijn dat uit een totale populatie twintig mensen sowieso kanker hadden gekregen door het zogenaamde omgevingsrisico, zoals een natuurlijke oorzaak. Alleen bij de populatie die nu vlak naast de emitterende fabriek ligt, blijken er plots 25 kankergevallen te zijn. Zelfs indien we aannemen dat deze extra vijf gevallen door de uitstoot uit de fabriek werden veroorzaakt, blijft de vraag welke van de 25 personen nu kanker kregen door een natuurlijke oorzaak en welke door de toxische emissies uit de nabij gelegen fabriek. Voor de verzekeraar van de betreffende fabriek wordt het antwoord op die vraag van groot belang.

Er zijn ontwikkelingen in de Nederlandse jurisprudentie, die zeer sterk op de slachtofferbeschermingsidee leunt, die tot nadenken stemmen. In het DES-arrest werd immers de alternatieve causaliteit toegepast, hetgeen erop neer komt dat de DES-dochter een willekeurige producent kan kiezen en daarvan volledige schadeloosstelling kan eisen.

Daaraan kleven serieuze risico's. Veronderstel dat een enthousiaste rechter zegt dat we vermoeden dat alle 25 kankergevallen door de fabriek werden veroorzaakt tenzij de fabriek kan bewijzen dat de kanker niet door de emissies uit zijn fabriek tot stand kwamen. Dit lijkt wellicht billijk, maar is uiteraard een drama voor de fabriek en diens verzekeraar. Een dergelijk tegenbewijs kan immers nooit worden geleverd. Dat komt er dan op neer dat de fabriek en diens verzekeraar in twintig van de 25 gevallen dienen te betalen voor schade aan slachtoffers die pertinent nooit door de emissies uit de fabriek kon worden veroorzaakt. Ik zou dan meer voelen voor de door Spier bepleite oplossing van de proportionele aansprakelijkheid, waarbij elk slachtoffer een proportioneel gedeelte van zijn schade van de fabriek kan vorderen<sup>2</sup>. Geen van de 25 schadelijders kan immers met zekerheid stellen dat zijn ziekte door de emissie uit de fabriek werd veroorzaakt. We weten alleen dat dit risico met vijf gevallen werd verhoogd. Mijns inziens zou elke schadelijder dan gerechtigd zijn tot vergoeding van 20% van zijn totale schade, zijnde precies de waarschijnlijkheid dat zijn schade door de uitstoot werd veroorzaakt.

## **Wat valt er te doen?**

### *Beperking van de omvang van de dekking?*

In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, vormt de nominale omvang van het risico niet het grootste probleem. Risico's van een hoge nominale omvang, zogenaamde catastrofe-risico's zijn ook verzekeraar. Bijvoorbeeld in San Francisco zou er, indien er thans een

aardbeving zou plaatsvinden van de omvang van die van 1906, een verzekerde schade zijn van \$ 39,5 mrd. Ook de ruimtevaartverzekering illustreert dat de hoge omvang als zodanig een risico niet onverzekerbaar maakt. Ook voor de ruimtevaartsector is immers verzekeringsdekking beschikbaar voor gigantische bedragen. Er bestaan traditionele verzekeringstechnieken die toelaten in te spelen op de potentieel hoge omvang van het risico. Een voorbeeld is de herverzekering. Het is overigens begrijpelijk dat een verzekeraar om commerciële redenen zelfs bij uitbreidende aansprakelijkheden niet graag onmiddellijk overgaat tot beperking van de dekking, want dekkingverlening, ook voor grote risico's, is nu juist het vak van de verzekeraar. Herverzekering en pooling laten zulks ook op relatief grote schaal toe.

Het werkelijke probleem is de onzekerheid betreffende de risico-inschatting. De actuariële juiste premie waar de verzekeraar mee dient te werken, bestaat immers uit twee componenten, namelijk de kans dat een schadegeval zich zal voordoen en dat dus tot uitkering moet worden overgegaan en de omvang van die schade. De genoemde onzekerheden en wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden niet zozeer de omvang van de schade, maar vooral de kans. Vandaar dat een beperking van de omvang van de dekking niet erg logisch is. Ook volgt hieruit dat eventuele onverzekerbaarheid niet zozeer voortvloeit uit de omvang van de schade, maar uit de beperking van de risico-inschatting.

### *First party insurance*

Om adequaat te reageren op veranderingen in het aansprakelijkheidsrecht moet veel sterker dan nu het geval is tot differentiatie van risicogroepen worden overgegaan. Dit is gemakkelijker bij een schadeverzekering dan bij een aansprakelijkheidsverzekering. Bij schadeverzekering dekt een verzekeraar in principe altijd de schade die de eigen verzekerde als slachtoffer lijdt. De informatie over het risico dat door deze verzekerde als slachtoffer wordt gevormd, is direct voor die verzekeraar beschikbaar. Bij aansprakelijkheidsverzekering dekt een verzekeraar het risico dat zijn verzekerde schade dient te vergoeden die hij aan een derde kan toebrengen. Hoe groot die schade aan die derde zal zijn, is van tevoren niet bekend. Die kan arm of rijk zijn, alleenstaande zijn, of kostwinner van een groot gezin. Risicodifferentiatie is dus veel lastiger bij aansprakelijkheidsverzekering dan bij schadeverzekering.

Een oplossing voor aansprakelijkheidsproblemen bij de milieuverzekering kan in een 'first party insurance' voor saneringskosten worden gezocht. In dat geval zou het potentiële slachtoffer een verzekering nemen voor toekomstige saneringskosten. Dit biedt dus het voordeel dat de verzekeraar rechtstreeks het risico verzekert dat bij zijn verzekerde saneringskosten worden gemaakt en is het moeilijk voorspelbare risico van de aansprakelijkheid uitgesloten.

### *Preventie door afbakening van risicogroepen*

Nochtans is het geen oplossing om alles aan de schadeverzekering over te laten. Ook binnen de aansprakelijkheidsverzekering zelf zijn aanpassingen mogelijk die de kans verlagen, zonder dat aan de dekking hoeft te worden gesleuteld. Dit kan door preventie centraal te stellen. Steeds meer is de vraag hoe door adequate polisvoorwaarden aan het betreffende bedrijf optimale prikkels voor preventief gedrag kunnen worden gegeven. Dit kan worden bereikt door een zo nauw mogelijke aanpassing van de polisvoorwaarden, waaronder de premie, aan het individuele risico. Te vaak bestaat een verzekering uit een confectiepak waarbij aan totaal verschillende risico's gelijke voorwaarden worden aangeboden.

Verzekering moet juist voor goede risico's aantrekkelijk worden gemaakt en dit kan door differentiatie, waarbij goede risico's met een lagere premie voor hun preventieve inspanningen worden beloond, bijvoorbeeld via experience rating. Voor sommige slechte risico's zal dat betekenen dat de premie omhoog moet maar voor goede risico's zal hij kunnen dalen. Ik heb vaak de indruk dat verzekeraars teveel kijken naar het premie-inkomen, zeg maar de omzet, en dat te weinig aandacht wordt gegeven aan vermindering van het risico. Een verzekeraar kan een competitief voordeel krijgen indien hij bijvoorbeeld door specialisatie in een bepaalde activiteit of branche kan ontdekken welke factoren het risico substantieel beïnvloeden en op basis daarvan risicogroepen kan afbakenen.

Overigens denk ik dat juist voor risicomangement, namelijk het onderzoeken welke factoren van invloed zijn om het risico van een bepaalde activiteit te beïnvloeden, belangrijk coördinerend werk gedaan kan worden door bijvoorbeeld het Verbond van Verzekeraars. De kennis kan dan ter beschikking van de leden worden gesteld. Dit hoeft niet per se concurrentiebeperkend te werken omdat de verschillende verzekeraars de beschikbare informatie elk op hun manier in de markt kunnen gebruiken om aantrekkelijke polisvoorwaarden aan te bieden. Zoals steeds geldt ook hier dat informatie macht is. De verzekeraar die accurate informatie over risico's heeft kan immers een competitief voordeel krijgen door de verzekerden die extra inspanning leveren op preventief vlak te belonen met gunstigere polisvoorwaarden. Dit is ook in het maatschappelijk belang, omdat verzekering haar maatschappelijke functie van preventie van ongevallen slechts optimaal kan vervullen indien vergaande risicodifferentiatie wordt doorgevoerd.

### **Nieuwe risico's, nieuwe markten**

Een nauwere afbakening van risicogroepen is alleen mogelijk voor nieuwe risico's die ontstaan door ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht die voorzienbaar zijn. Deze ontwikkelingen doen een nieuwe vraag naar verzekering ontstaan. Het leidt tot nieuwe markten en nieuwe mogelijkheden en moet daarom door verzekeraars niet al te wantrouwend worden bekeken.

De gevaarlijke ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht liggen elders, zoals onder meer de retroactieve aansprakelijkheid en de causaliteitsonzekerheid die aan een verzekerde wordt toegerekend. Hierdoor worden werkelijk de grenzen van de verzekerbaarheid overschreden. De verzekeraars kunnen niet de financiers worden van alle grote maatschappelijke problemen waar de overheid thans voor staat, al heb ik de indruk dat men soms naar die gemakkelijke oplossing neigt. Op dat punt mogen verzekeraars best wat assertiever zijn. Ik denk dat het ook tot de taak van de verzekeraars als branche behoort om de juristen, wetgever of rechters te wijzen op bepaalde noodlottige consequenties van hun beslissingen op verzekeringsvlak. Door accurate informatie te verschaffen over wat men van aansprakelijkheidsverzekering wel kan verwachten en wat zeker niet, kunnen zowel voor de verzekeraars als ook voor het bedrijfsleven en dus voor de maatschappij in haar geheel heel wat illusies en ellende worden voorkomen.

Zie ook:

R.J. van den Bergh, [Reactie: Op de glijdende schaal van commerciële belangen en maatschappelijke welvaart](#)

---

## ESB-Dossier: Nieuwe risico's

---

### *Inleiding*

T. de Bruin, [De nieuwe risicomaatschappij](#)

A. Heertje, [Nieuwe risico's, een publiek-privaat probleem](#)

### *Risico's*

L. Reijnders, [De anatomie van nieuwe risico's](#)

A. Tukker, [Nieuwe risico's een nieuw beoordelingskader?](#)

S.M. de Bruyn, [De anomalie van milieurisico's](#)

### *De maatschappij*

P. Schnabel, [Over het verlangen naar zekerheid en de noodzaak van het vertrouwen](#)

G. Antonides, [Lage en hoge risico's](#)

### *De markt*

P.H.M. Kuys, [Marktconforme oplossingen](#)

M.A.J. Theebe, [Een verzekeringsrevolutie](#)

### *Het recht*

M.G. Faure, Op de glijdende schaal van verzekerbare en onverzekerbare risico's

R.J. van den Bergh, [Op de glijdende schaal van commerciële belangen en maatschappelijke welvaart](#)

### *Epiloog*

H.A. Keuzenkamp, [Verzekeren in het donker](#)

---

<sup>1</sup> G. Calabresi, Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *Yale Law Journal*, 1961, blz. 499-553 en zie ook zijn boek *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.

<sup>2</sup> Spier, *Sluipende schade*, oratie, Kluwer, Deventer, 1990