

Affectieschade gedekt?

AV&S 2019/24

Sinds begin dit jaar hebben naasten en nabestaanden recht op vergoeding van affectieschade. Dit artikel biedt inzicht in de huidige dekking van affectieschade door first-partyverzekeringen en onderzoekt daarnaast de vraag of een 'behoorlijke verzekering' op grond van de artikel 7:611 BW-jurisprudentie deze schade behoort te dekken.

1. Inleiding

Sinds 1 januari 2019 hebben naasten en nabestaanden van een slachtoffer recht op smartengeld (vergoeding van affectieschade).² Eén van de vereisten voor een dergelijke vergoeding is het bestaan van aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis. Is het letsel of het overlijden van het slachtoffer het gevolg van een gebeurtenis waarvoor niet een ander aansprakelijk is, dan kan deze schade niet via het aansprakelijkheidsrecht worden verhaald. Desalniettemin wordt deze schade mogelijk gedekt door een first-partyverzekering. Voor de dekkingsomvang van een dergelijke verzekering zijn de polisvoorwaarden leidend, en niet de wettelijke regels van schadevergoeding zoals die te vinden zijn in afdeling 6.1.10 BW. In beginsel zijn echter de belangen van de (affectie)schadelijdende naasten en nabestaanden van die verzekerde niet gedekt. Het uitgangspunt bij een verzekeringsovereenkomst is volgens artikel 7:946 lid 1 BW namelijk dat slechts de belangen van de verzekeringnemer gedekt zijn. Evenwel kan een redelijke uitleg van de polis leiden tot de conclusie dat de belangen van de naasten en nabestaanden wel (mede) zijn gedekt.³

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of first-partyverzekeringen affectieschade dekken. Daartoe is relevant wat in polisvoorwaarden met betrekking tot dekking van affectieschade is opgenomen en hoe de relevante bedingen dienen te worden uitgelegd.

De mate waarin affectieschade door verzekeringen wordt gedekt, is relevant bij het bepalen van de dekkingsomvang van de behoorlijke verzekering die een werkgever in

het kader van goed werkgeverschap onder bepaalde omstandigheden voor zijn werknemers dient af te sluiten. In de jurisprudentie over artikel 7:611 BW oordeelde de Hoge Raad dat de bestaande verzekeringsmogelijkheden één van de ijkpunten vormen om de dekkingsomvang van die behoorlijke verzekering in te vullen. Mogelijk kan aan de hand van het huidige verzekeringslandschap ten aanzien van affectieschade worden bepaald of de behoorlijke verzekering affectieschade behoort te dekken.

2. Bedingen met betrekking tot affectieschade

2.1 Polisonderzoek

Ten behoeve van het onderzoek dat ik voor mijn masterscriptie heb uitgevoerd, heb ik 54 polisvoorwaarden van schadeverzekeringen voor inzittenden en 15 polisvoorwaarden van werknemersschadeverzekeringen bestudeerd.⁴ In slechts één van die polisvoorwaarden wordt affectieschade expliciet genoemd.⁵ Om ook voor de overige verzekeringen na te gaan of zij affectieschade dekken, komt het aan op uitleg van de polisvoorwaarden. In het hiernavolgende bespreek ik een aantal polisbedingen dat daarbij in het bijzonder van belang kan zijn.

2.2 Verzekerden onder de polis

Vanwege het uitgangspunt dat de verzekeringsovereenkomst slechts belangen van de verzekeringnemer dekt (artikel 7:946 lid 1 BW), zijn de belangen van de (affectie)schadelijdende naasten en nabestaanden in beginsel niet gedekt onder de polis van het slachtoffer. In vrijwel alle door mij bestudeerde polisvoorwaarden stelt de verzekeraar de kring van verzekerden echter vast op de inzittenden van het motorrijtuig. Dat kan in tal van zinsconstructies, maar komt veelal hierop neer:

'Verzekerden zijn de inzittenden van het motorrijtuig.'⁶

Waarbij 'motorrijtuig' wordt gedefinieerd als:

'Het motorrijtuig dat als zodanig is omschreven op het polisblad.'⁷

In sommige polissen is de groep verzekerden ruimer gedefinieerd, bijvoorbeeld door daaronder ook minderjarige uitwonende kinderen en (bepaalde) meerderjarige ongetrouwde uitwonende kinderen te scharen.⁸ Een dergelijk brede dek-

1 Mr. E.C.M. (Lennard) Esveld zal per 1 september 2019 als advocaat werkzaam zijn bij VanNiekerkCieremans Advocaten te Rotterdam. Dit artikel is een bewerking van zijn masterscriptie voor de master Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur dankt prof. mr. S.D. Lindenbergh voor zijn waardevolle kanttekeningen tijdens de totstandkoming van dit artikel. Citeerwijze: E.C.M. Esveld, 'Affectieschade gedekt?', AV&S 2019/24, afl. 4.

2 Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen. Opgenomen in art. 6:107 en 6:108 BW.

3 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/357.

4 Daarbij is uitgegaan van de meest recente versies die op 15 januari 2019 online beschikbaar waren.

5 De Schadeverzekering voor inzittenden van Baloise biedt als enige expliciet dekking van affectieschade, zij het met beperkingen.

6 AON Direct, Inzittenden Plus, art. 1.1.

7 AON Direct, Inzittenden Plus, art. 1.4.

8 ASR, Schadeverzekering voor inzittenden, art. 1.

king gaat doorgaans gepaard met inperkingen,⁹ waarover meer in de volgende subparagraaf. In een aantal polisvoorwaarden worden omstandigheden genoemd waaronder men eveneens als verzekerde kwalificeert. Het kan bijvoorbeeld gaan om het in-, op-, uit- of afstappen, tijdens deelname aan het verkeer brandstof tanken, repareren van het voertuig of helpen van andere weggebruikers.¹⁰

Het is mogelijk dat de naaste of nabestaande van een inzittend slachtoffer zelf als verzekerde kwalificeert, zoals in het geval waarin ook hij inzittende van het motorrijtuig is. In dat geval zullen zijn belangen in beginsel gedekt zijn. De omstandigheid dat de naaste of nabestaande inzittende is of om een andere reden als verzekerde kwalificeert, vormt in dat geval de reden dat zijn affectieschade gedekt is. Dat is opmerkelijk te noemen, omdat die omstandigheid voor het ontstaan van affectieschade gezien de aard daarvan van nul en generlei waarde is. Die schade vindt immers haar oorsprong in de affectieve relatie tot het slachtoffer. Het staat de verzekeraar echter vrij om de grenzen te bepalen waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen,¹¹ en dus ook om slechts affectieschade te dekken in gevallen waarin de naaste inzittende is.

Denkbaar is echter ook dat de naaste of nabestaande van een inzittend slachtoffer niet als verzekerde kwalificeert, in welk geval zijn belang in beginsel niet gedekt is. Dat hoeft niet te betekenen dat hij in het geheel geen aanspraak kan maken op uitkering onder de polis. Een polis kan bepaalde derden een recht op uitkering toekennen ter zake van specifieke schadeposten.¹² Te denken valt aan gederfd levensonderhoud en kosten van lijkbezorging, maar ook aan affectieschade. De naaste of nabestaande die als verzekerde kwalificeert, heeft een dergelijk derdenbeding niet nodig en bevindt zich in dat opzicht in een gunstiger positie.

2.3 Directe betrokkenheid

Ook als een naaste of nabestaande als verzekerde wordt aangemerkt, is dekking van affectieschade nog geen gegeven. In veel polisvoorwaarden is namelijk directe betrokkenheid bij een verkeersongeval een van de voorwaarden voor dekking. Alsdan zal de schade van een als verzekerde aangeduide naaste of nabestaande die niet direct bij het ongeval betrokken is, bijvoorbeeld omdat hij elders of in het geheel niet aan het verkeer deelneemt, in beginsel niet gedekt zijn. Een beding met een dergelijke voorwaarde luidt als volgt:

‘Alleen de rechtstreeks bij een schadegebeurtenis betrokken verzekerde(n) kunnen een beroep doen op deze verzekering (...)’¹³

Ook het volgende beding lijkt, mede om het gebruik van het woord ‘bij’, de eis van directe betrokkenheid te bevatten:

‘Als u [de verzekerde; LE] gewond raakt bij een ongeluk met de auto, betaalt verzekeraar uw schade.’¹⁴

De eis van betrokkenheid wordt ook wel gesteld door een bepaalde hoedanigheid te eisen, zoals die van bestuurder of passagier.¹⁵ Een meer impliciete eis van directe betrokkenheid is te vinden in een beding dat spreekt over ‘*schade die de verzekerden oplopen door verkeersongevallen*’.¹⁶ In verzekeringsovereenkomsten wordt namelijk met het gebruik van het woord ‘door’ veelal een nauwer causaal verband aangeduid dan met de woorden ‘ten gevolge van’.¹⁷ Indien een naaste overlijdt of ernstig en blijvend gewond raakt door een verkeersongeval, zal het verkeersongeval een *condicio sine qua non* zijn voor het ontstaan van affectieschade. Maar is de affectieschade dan ook schade die verzekerden door een verkeersongeval oplopen, of liggen oorzaak en gevolg te ver uiteen om nog van ‘*oplopen door verkeersongevallen*’ te kunnen spreken? Het verkeersongeval zelf doet immers geen affectieschade ontstaan, aangezien de directe oorzaak van die schade wordt gevonden in het overlijden of het ernstig en blijvend letsel.

Eenzelfde soort vraag kan opkomen bij het vereiste dat is te vinden in het volgende beding:

‘Als u gewond raakt bij een ongeluk met de auto, betaalt verzekeraar uw schade.’¹⁸

Kan van de naaste die thuis op de bank zit en affectieschade lijdt door een ongeval dat elders plaatsvindt, worden gezegd dat hij (affectief) gewond is geraakt? Dat lijkt mij geen redelijke uitleg. Aannemelijker lijkt mij dat de eerste zinsnede bedoeld is als voorwaarde: ‘u krijgt uw schade slechts vergoed indien u gewond bent geraakt bij een ongeluk met de auto’. Een dergelijk beding is minder zeldzaam dan het wellicht lijkt. Zo zijn er polissen die zaakschade niet dekken indien niet tevens sprake is van letsel.¹⁹ Ook in dat geval zal dus een nauwe betrokkenheid vereist zijn, zodat dekking van affectieschade minder voor de hand ligt als daarvan geen sprake is.

9 Zoals door het vereisen van de hoedanigheid van bijvoorbeeld bestuurder, voetganger of passagier; bijv. ASR, Schadeverzekering voor inzittenden, art. 3.2.

10 ASR, Verkeersschade voor Werknemers, art. 2.2.

11 HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenaed*), r.o. 3.4.2.

12 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/357.

13 Noordhollandsche van 1816, Schadeverzekering voor Inzittenden, art. 5.

14 Verzekeringsbedrijf Groot Amsterdam, Schadeverzekering inzittenden, art. 4.

15 ASR, Schadeverzekering voor inzittenden, art. 3.2.

16 De Zeeuwse, Schade Inzittenden, art. 3.3.1.

17 A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2006, par. 6.3.

18 Verzekeringsbedrijf Groot Amsterdam, Schadeverzekering inzittenden, art. 4.

19 Bijvoorbeeld MS Amlin, Combi Autopolis CF06, art. 2.1.

2.4 Aansluiting bij de wet

Een deel van de polissen bepaalt dat voor de wijze van schadebegroting aansluiting wordt gezocht bij de wet, bijvoorbeeld door middel van een dergelijk beding:

‘Wij vergoeden de schade op dezelfde manier als bij een aansprakelijkheidsverzekering.’²⁰

Of:

‘Wij kijken dan naar de regels die gelden als iemand anders aansprakelijk is voor de schade die u lijdt door het (verkeers)ongeval.’²¹

Soms gebeurt dat meer concreet door te bepalen dat de uitering wordt vastgesteld aan de hand van de regels ‘in het Burgerlijk Wetboek, titel 1, afdeling 10 van Boek 6’²².

Ook kan expliciet bij de artikelen 6:107 en 6:108 BW worden aangesloten:

‘De schade die hierdoor [door gewond raken en overlijden; LE] ontstaat wordt onder andere vastgesteld door te kijken naar artikel 6:107 en 6:108 van het Burgerlijk Wetboek.’²³

Betekent dit dan dat ook affectieschade, sinds 1 januari 2019 in de wet verankerd, gedekt is? Daarvoor is van belang te bepalen wat het moment van aansluiting is. Artikel 71 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een beding dat naar een veranderde wetsbepaling verwijst of de zakelijke inhoud daarvan weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de nieuwe wetsbepaling in te houden. Dit is, volgens datzelfde artikel, anders indien dat uit de strekking van het beding blijkt, waarbij de Memorie van Toelichting aangeeft dat het voor anderen te voorziene gevolg en kenbare motief van het beding leidend is.²⁴ Het blijft derhalve een kwestie van interpretatie, maar wel een waarbij de wet op het moment van intreden van de schade het uitgangspunt is.²⁵

Ook ingeval aansluiting bij de wet wordt gezocht, brengt dat niet zonder meer dekking van affectieschade met zich. Zo zijn er polissen waarin smartengeld wordt uitgesloten,²⁶ zodat vergoeding van affectieschade, als species van smartengeld, evenmin gedekt zal zijn. Bovendien is vereist dat een redelijke uitleg van de polis tot de conclusie leidt dat de

belangen van de naaste (mede) zijn gedekt.²⁷ Van een dergelijke redelijke uitleg lijkt mij bij het volgende beding sprake:

‘Bij schade als gevolg van overlijden of letsel wordt de schadevergoeding vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van artikel 6:107 en artikel 6:108 van het Burgerlijk Wetboek. Als rechthebbenden krachtens deze verzekering gelden nooit anderen dan de rechtstreeks bij de schadegebeurtenis betrokken verzekerden – voor zover deze natuurlijke personen zijn – of hun nagelaten betrekkingen.’²⁸

Hoe dient de groep van ‘nagelaten betrekkingen’ te worden uitgelegd? Bij gebreke van een definitie in de polis en gezien de verwijzing naar artikel 6:107 en 6:108 BW lijkt mij zeer wel te verdedigen dat ten aanzien van alle in artikel 6:107 en 6:108 BW genoemde naasten en nabestaanden affectieschade gedekt is. Zou iets anders bedoeld zijn, dan ligt niet voor de hand zonder nadere toelichting te verwijzen naar artikel 6:107 en 6:108 BW en de groep ‘nagelaten betrekkingen’ niet nader te definiëren.

Ook een op het oog eenvoudige verwijzing naar artikel 6:107 of 6:108 BW kan vragen van uitleg oproepen. Neem het volgende beding:

‘Bij personenschade vergoeden wij kosten die andere mensen voor u hebben gemaakt. Hiervoor gelden de regels uit artikel 6:107 en 6:108 van het Burgerlijk Wetboek.’²⁹

Het lijkt mij aannemelijk dat gezien het woord ‘kosten’ hier is bedoeld aan te sluiten voor wat betreft de kostenposten die in die artikelen zijn genoemd, en niet voor wat betreft (affectie)schade. In overige bedingen in diezelfde polis wordt wel veelal gesproken over ‘schade’, zodat het te kort door de bocht lijkt om ‘schade’ en ‘kosten’ op dezelfde wijze uit te leggen. Een andere uitleg, die mijns inziens minder voor de hand ligt, zou kunnen zijn dat is bedoeld alle in artikel 6:107 en 6:108 BW genoemde schadeposten te dekken, die ten tijde van het schrijven van de verzekeringsvoorwaarden alle ‘kosten’, en geen ‘schade’ waren.

Ook van het volgende beding lijkt mij een redelijke uitleg dat het, gezien de termen ‘schade door dat overlijden’ en ‘bijvoorbeeld’, verwijst naar artikel 6:108 BW en daarom ook affectieschade dekt:

‘Overlijdt een van de op- of inzittenden door een verkeersongeval? Dan krijgen de nabestaanden de schade door dat overlijden vergoed. Dat zijn bijvoorbeeld de kos-

20 De Vereende, Schadeverzekering inzittenden, hoofdst. 3.

21 OHRA, Schade Inzittenden, p. 23.

22 Achmea / Centraal Beheer, Schadeverzekering inzittenden, art. 10.

23 Univé, Inzittendenverzekering, art. 8.3.2.

24 Kamerstukken II, 1984/85, 18998, 3, p. 31-32 (MvT).

25 Hierover nader S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, VR 2018/156 (p. 413-414).

26 InShared, Inzittendenverzekering, art. 7.1; Bovag, Schadeverzekering voor Inzittenden, art. 2.5.

27 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/357.

28 Ansvar, Schadeverzekering voor inzittenden, art. 3 lid 1.

29 Klaverblad, Schadeverzekering inzittenden, art. 50 lid 4.

ten van de begrafenis, of een compensatie van het inkomen dat de overledene inbracht.³⁰

2.5 Verzekeringslandschap

Ten behoeve van het onderzoek voor mijn masterscriptie heb ik 54 schadeverzekeringen voor inzittenden bestudeerd. 7 van die 54 verzekeringen lijken in het geheel geen dekking van affectieschade te bieden. Bij 29 van de 54 verzekeringen lijkt mij aannemelijk dat gedekt is affectieschade van naasten en nabestaanden die als 'verzekerden' worden aangemerkt, en daarom veelal inzittende dienen te zijn. Die 29 verzekeringen dekken affectieschade niet indien de naaste of nabestaande niet als 'verzekerde' kwalificeert, wat in de meeste gevallen aan de orde zal zijn. 15 van de 54 verzekeringen dekken affectieschade door overlijden, maar niet door ernstig en blijvend letsel. De overige 3 dekken affectieschade zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig en blijvend letsel.

In vrijwel alle gevallen waarin dekking van affectieschade wordt geboden is dat niet het gevolg van het expliciet onder de dekking scharen van affectieschade, maar van het vaststellen van de derdenschade overeenkomstig de artikelen 6:107 en 6:108 BW, of van een breed geformuleerde dekkingsomschrijving. Ik kan mij daarom niet aan de indruk onttrekken dat de dekking van affectieschade niet door alle verzekeraars die dat dekken daadwerkelijk is beoogd. Dat zal voor de uitleg van de verzekeringsovereenkomst niet veel uitmaken, nu daarbij de redelijke uitleg en niet zozeer de bedoeling van de verzekeraar het uitgangspunt is. Het roept echter wel de vraag op hoe het verzekeringsaanbod eruit zal zien wanneer de polisvoorwaarden in overeenstemming worden gebracht met de werkelijke bedoelingen, die uiteraard ook aanleiding kunnen zijn tot uitbreiding van de dekking.

Naast schadeverzekeringen voor inzittenden, heb ik 15 werknemersschadeverzekeringen bestudeerd. Dergelijke verzekeringen kan een werkgever afsluiten om te voldoen aan zijn verplichting te voorzien in een 'behoorlijke verzekering', waarover in de volgende paragraaf meer. Van die 15 werknemersschadeverzekeringen zijn er 7 opgetuigd als third-partyverzekering, die daarmee de aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet voorzien in een behoorlijke verzekering dekken.³¹ De andere 8 zijn opgetuigd als first-partyverzekering. Van die 8 first-partyverzekeringen bieden er 6 dekking van affectieschade door overlijden, zij het soms aan een beperkte kring van gerechtigden. Geen van de verzekeringen dekt affectieschade in geval van letsel. De overige 2 verzekeringen dekken in het geheel geen affectieschade. Dat deze verzekeringen in grotere mate dekking van affectieschade door overlijden bieden dan bij schadeverzekeringen voor inzittenden het geval is, valt vooral te verklaren door de grotere mate waarin de polissen aansluit-

ting zoeken bij de wet of in geval van overlijden de nabestaanden als begunstigden aanwijzen.

3. Affectieschade en de 'behoorlijke verzekering'

3.1 Criterium

Nu de contouren van het verzekeringslandschap ten aanzien van de dekking van affectieschade enigszins zichtbaar zijn, doemt de vraag op of een 'behoorlijke verzekering' die een werkgever in bepaalde omstandigheden op grond van zijn verplichting tot goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) dient af te sluiten, affectieschade behoort te dekken. De algemene opvatting is dat een behoorlijke verzekering een door de werkgever ten behoeve van de werknemer afgesloten first-partyverzekering is.³² De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor het bepalen van de dekkingsomvang van de behoorlijke verzekering in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden en de heersende maatschappelijke opvattingen over de dekkingsomvang.³³ Kan aan de hand van die handvatten worden geconcludeerd of de door de werkgever af te sluiten behoorlijke verzekering ook affectieschade dient te dekken?

3.2 Draagkracht van de grondslag

Bij het bepalen van de dekkingsomvang van de behoorlijke verzekering dient allereerst de grondslag van de verzekeringsplicht in acht te worden genomen. De Hoge Raad benadrukt namelijk keer op keer dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW slechts zeer beperkt ruimte bestaat,³⁴ en hanteert dat als voornaamste argument om de verzekeringsplicht niet verder uit te breiden.³⁵ Het ligt daarom voor de hand dat ook bij het bepalen van de minimale dekkingsomvang terughoudendheid wordt betracht. Affectieschade is een vorm van immateriële schade, die in geval van overlijden als overlijdensschade kwalificeert. Mogelijk kunnen voor de dekking van affectieschade aanwijzingen worden gevonden in de opvattingen in de literatuur omtrent dekking van overlijdens- en immateriële schade door de behoorlijke verzekering.

³⁰ Onderling Verzekerd, Schadeverzekering voor op- en inzittenden, art. 1.

³¹ Hierover S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten (Monografieën Privaatrecht nr. 13)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/42.

³² W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Van draden en daden (Wansink-bundel)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 61-72; S.D. Lindenbergh, 'Schending van een verzekeringsplicht als grond voor aansprakelijkheid', AA 2008 (p. 735-742); W. Munten, 'De verzekeringsplicht van een goed werkgever: land in zicht!', VA 2011-4 (p. 171); J.H. Wansink, 'Verzekering van goed werkgeverschap: hoe en waar?', AV&S 2009/31 (p. 235-245).

³³ HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.6.2.

³⁴ HR 17 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9375, NJ 1990/572 m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.4; HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996, NJ 1999/534, m.nt. P.A. Stein (*Stichting Reclassering Nederland/X*), r.o. 3.3; HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo*), r.o. 4.2; HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale*), r.o. 3.3.2.

³⁵ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*), r.o. 4.5.2; HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*TNT Post/Weijnenberg*), r.o. 3.5.

Volgens Lindenbergh valt veel te zeggen voor het aannemen van dekking van materiële overlijdensschade, ook al ziet de dekkingsomvang van een behoorlijke verzekering naar de letter van de rechtspraak op schade van de werknemer.³⁶ Ook Hartlief is voorstander van dekking van gederfd levensonderhoud, volgens hem omdat het accent dient te liggen op vergoeding van inkomensschade.³⁷ Een vergelijkbare opvatting is De Jager toegedaan, die voorstander is omdat vergoeding van schade door gederfd levensonderhoud in lijn is met hetgeen de betrokken werknemer met zijn werkzaamheden voor ogen had, te weten het onderhouden van zijn gezinsleden.³⁸

Ten aanzien van vergoeding van immateriële schade vereisen de wettelijke regels van schadevergoeding een bijzondere rechtvaardiging, omdat het gaat om een financiële sanctie die niet correspondeert met een concreet vermogensverlies.³⁹ De hiervoor genoemde terughoudendheid maakt dat dekking van immateriële schade door de behoorlijke verzekering mijns inziens eveneens een bijzondere rechtvaardiging vereist. In afdeling 6.1.10 BW wordt die rechtvaardiging gevonden in de doelen van compensatie, genoegdoening en preventie.⁴⁰ Deze laatste twee passen niet bij gevallen waarin een behoorlijke verzekering uitkomst biedt, te weten gevallen waarin de werknemer zelf een fout heeft gemaakt. Omdat veelal geen sprake zal zijn van een fout van een ander, past hier volgens Hartlief geen dekking van immateriële schade.⁴¹ Ook Lindenbergh meent dat dekking van immateriële schade minder dringend is, volgens hem omdat de aansprakelijkheid niet is gestoeld op het voorkomen van het ongeval.⁴²

Diezelfde argumenten lijken ook op te gaan voor dekking van affectieschade, aangezien affectieschade een species is van immateriële schade. Ook lijkt mij de aard van affectieschade te maken dat dekking van affectieschade minder dringend is. Een vergoeding van affectieschade beoogt namelijk bij te dragen aan erkenning en genoegdoening.⁴³ Uit onderzoek blijkt dat het naasten vooral te doen is om erkenning dat de wederpartij een fout heeft gemaakt, erkenning dat deze zich de consequenties voor het slachtoffer realiseert, erkenning dat de wederpartij aansprakelijk is, erkenning van wat men is overkomen, het ter verantwoording

roepen van de wederpartij, het verkrijgen van gerechtigheid, et cetera.⁴⁴ Deze doelen voor vergoeding van affectieschade passen niet bij situaties waarin het de werknemer zelf is die het ongeval heeft veroorzaakt. Waar smartengeld voor de gekwetste zelf nog een vrij prominent compensatoir karakter heeft, staat het doel van compensatie bij vergoeding van affectieschade op de achtergrond.⁴⁵

Desondanks is het interessant om te bezien of de bestaande verzekeringsmogelijkheden en de ter zake heersende maatschappelijke opvattingen steun kunnen bieden aan een verzekeringsplicht die affectieschade dekt.

3.3 *Destijds bestaande verzekeringsmogelijkheden*

Als gezegd is de algemene opvatting dat een behoorlijke verzekering een ten behoeve van de werknemer afgesloten first-partyverzekering is.⁴⁶ Het ligt daarom voor de hand ten aanzien van de verzekeringsmogelijkheden het aanbod van first-partyverzekeringen in ogenschouw te nemen. Verzuimt de werkgever aan zijn verzekeringsplicht te voldoen, dan is hij aansprakelijk wegens deze tekortkoming, welke aansprakelijkheid hij door middel van een third-partyverzekering kan afdekken. Deze third-partyverzekeringen zijn niet dienstbaar bij het bepalen van de dekkingsomvang, omdat de aansprakelijkheid daarbij het uitgangspunt is. Gezien de omstandigheid dat de verzekeringsplicht met name vanwege de risico's in verkeerssituaties is ingevoerd,⁴⁷ ligt het voor de hand te kijken naar verzekeringen die in dergelijke gevallen dekking bieden, zoals schadeverzekeringen voor inzittenden en werknemersschadeverzekeringen. Daarbij springen werknemersschadeverzekeringen het meest in het oog, nu dat first-partyverzekeringen zijn die bedoeld zijn door een werkgever als collectieve verzekering ten behoeve van zijn werknemers te worden afgesloten.

In jurisprudentie wordt dit ijkpunt van de destijds bestaande verzekeringsmogelijkheden veelal ingevuld door na te gaan of de mogelijkheid bestond bepaalde verzekeringsdekking tegen een redelijke premie te verkrijgen,⁴⁸ en niet om de dekking van de behoorlijke verzekering af te stemmen op bijvoorbeeld het gemiddelde verzekeringsaan-

36 Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Privaatrecht nr. 13) 2016/44.2.

37 T. Hartlief, 'Het ongeschreven recht als bron van verplichte verzekering. Waar gaat dit heen?', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht (Verzekeringsrecht)*, Deventer: Kluwer 2010/12.VI.

38 H. de Jager, 'Past een overlijdensschadeclaim binnen art. 7:611 BW?', *VRA* 2013/82, onder 3.

39 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, par. 2.1.

40 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, par. 2.5.2-2.5.4.

41 T. Hartlief, 'Het ongeschreven recht als bron van verplichte verzekering. Waar gaat dit heen?', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht (Verzekeringsrecht)*, Deventer: Kluwer 2010/12.VI.

42 S.D. Lindenbergh, 'De wet affectieschade in werking', *VR* 2018/156, par. 2.

43 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 3 (MvT).

44 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007, p. 82.

45 Akkermans e.a., 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden', *AV&S* 2009/15, par. 4.

46 W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser? Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet verzekeren van zijn werknemer', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Van draden en daden (Wansink-bundel)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 61-72; S.D. Lindenbergh, 'Schending van een verzekeringsplicht als grond voor aansprakelijkheid', *AA* 2008 (p. 735-742); W. Munten, 'De verzekeringsplicht van een goed werkgever: land in zicht!', *VA* 2011-4 (p. 171); J.H. Wansink, 'Verzekering van goed werkgeverschap: hoe en waar?', *AV&S* 2009/31 (p. 235-245).

47 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332, m.nt. J.B.M. Vranken (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.6.5.

48 Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:377, r.o. 18.6; Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2215, r.o. 7.7; Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN9585, r.o. 17.6-17.10.

bod of een doorsnee verzekeringspolis. Dat is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin 'de goede verzekeraarbaarheid' van verkeersrisico's één van de overwegingen was om te komen tot de verzekeringsplicht.⁴⁹

Indien gekeken wordt naar de werknemersschadeverzekeringen, blijkt uit de in paragraaf 2.5 genoemde resultaten dat ten aanzien van affectieschade bij overlijden afdoende verzekeringsmogelijkheden bestaan. Dat geldt niet voor affectieschade bij ernstig en blijvend letsel, zodat die schade niet onder de verzekeringsdekking zal vallen.

3.4 Heersende maatschappelijke opvattingen

Het andere ijkpunt waaraan de Hoge Raad bijzondere betekenis toedicht, is dat van de heersende maatschappelijke opvattingen over de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te bieden.⁵⁰ Hierdoor kan rekening worden gehouden met veranderende maatschappelijke inzichten, maar niet geheel duidelijk is op welke maatschappelijke opvattingen wordt gedoeld en hoe deze kunnen worden vastgesteld.⁵¹

In de jurisprudentie is een aantal handvatten te vinden om de heersende maatschappelijke opvattingen te achterhalen. Een indicatie daarvan kan worden gevonden in de wijze waarop branchegenoten verzekerd waren, al vallen de heersende maatschappelijke opvattingen daarmee niet per definitie samen.⁵² Ook het feit dat een adequaat verzekeringsproduct bestond kan duiden op een maatschappelijke opvatting, al leidt dit niet zonder meer tot de conclusie dat een dergelijk product behoorlijk is.⁵³

Het ontbreekt mij aan handvatten om hierover conclusies te trekken. Bij gebreke van andersluidende indicaties doe ik met gepaste voorzichtigheid de aanname dat de heersende maatschappelijke opvattingen niet dusdanig zijn dat dekking van affectieschade geboden is. Nu ook sterk de vraag is of de grondslag noopt tot dekking van affectieschade en ook de verzekeringsmogelijkheden sterk beperkt zijn, lijkt dekking van affectieschade mij momenteel geen deel uit te maken van de minimale dekkingsomvang van de behoorlijke verzekering.

4. Conclusie

Sinds 1 januari 2019 is de vergoeding van affectieschade in de wet verankerd. In dit artikel stond ik stil bij de verzekeringsdekking van affectieschade, waartoe ik polis-

voorwaarden van schadeverzekeringen voor inzittenden en werknemersschadeverzekeringen bestudeerde.

Vrijwel geen van de door mij bestudeerde polisvoorwaarden bevatte expliciet een bepaling over affectieschade. De vraag naar de dekking daarvan komt daarom des te meer neer op polisuitleg. In vrijwel alle polisvoorwaarden is de groep verzekerden beperkt tot inzittenden van het bij het ongeval betrokken motorrijtuig en ook wordt veelal een directe betrokkenheid van de verzekerde bij het ongeval vereist. Toch blijkt affectieschade door een niet geringe groep verzekeringen gedekt. Dat valt voornamelijk te verklaren door aansluiting bij de artikelen 6:107 en 108 BW, waarin de vergoeding van affectieschade is opgenomen, of door breed geformuleerde dekkingsomschrijvingen.

Indien een naaste of nabestaande niet als 'verzekerde' kwalificeert, zoals veelal het geval zal zijn als hij niet samen met het slachtoffer inzittende was, dekken 15 van de 54 schadeverzekeringen voor inzittenden affectieschade enkel in geval van overlijden, en 3 zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig en blijvend letsel. De overige schadeverzekeringen voor inzittenden bieden in het geheel geen dekking van affectieschade, of slechts indien de naaste of nabestaande kwalificeert als 'verzekerde'.

Van de 8 als first-partyverzekering opgetuigde werknemersschadeverzekeringen, die een werkgever kan afsluiten om te voldoen aan zijn verplichting tot goed werkgeverschap, zijn er 6 die affectieschade door overlijden dekken, en dekken de overige 2 in het geheel geen affectieschade. Geen van de door mij onderzochte first-partywerknemersschadeverzekeringen dekt affectieschade bij letsel.

De minimale dekkingsomvang van een 'behoorlijke verzekering' die de werkgever in het kader van zijn goed werkgeverschap in bepaalde situaties voor zijn werknemer dient af te sluiten, wordt volgens de Hoge Raad bepaald aan de hand van de destijds bestaande verzekeringsmogelijkheden en de heersende maatschappelijke opvattingen over de dekkingsomvang. Uit mijn onderzoek blijkt affectieschade door overlijden goed verzekeraar, maar blijkt geen van de werknemersschadeverzekeringen affectieschade door letsel te dekken. Het is echter zeer de vraag of de grondslag van de verzekeringsplicht dekking van affectieschade kan dragen, omdat dit niet past bij situaties waarin de werknemer zelf het ongeval heeft veroorzaakt en het doel van compensatie bij vergoeding van affectieschade op de achtergrond staat. Daarnaast is onduidelijk of de maatschappelijke opvattingen maken dat affectieschade van die minimale dekkingsomvang deel uitmaakt. Al met al lijkt dekking van affectieschade door de 'behoorlijke verzekering' mij minder prangend.

49 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo*), r.o. 4.3.

50 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo*), r.o. 4.3.

51 Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2008:BD3129, bij HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), onder 7.16.2.

52 Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:428, r.o. 12.7-12.8.

53 Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:428, r.o. 12.11.