

DE ZWAKKE VERKEERSDEELNEMER(1)

door

T. HARTLIEF

Hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden

INHOUD

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Inleiding
2. Verzekeringen en het belang van het aansprakelijkheidsrecht
3. Herziening stelsel van verkeersaansprakelijkheid
4. Stand van zaken

DE BIJZONDERE BESCHERMING VAN Art. 185 W.V.W.

5. Hoofdlijnen

Positie voetganger/fietser jonger dan 14 jaar

6. De 100%-regel
7. Opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid
8. Toekomstperspectief

Positie voetganger/fietser vanaf 14 jaar

9. Minder vergaande bescherming dan van jeugdige slachtoffers
10. Overmacht
11. Bewijslast
12. De 50%-regel in het kader van eigen schuld
13. Causaal verdelen
14. Extra billijkheidscorrectie
15. Toepassing op art. 6:162-vorderingen: uitbreiding bereik art. 185 W.V.W.?
16. Toekomstperspectief

Positie regresnemer

17. Billijkheidsregels niet van toepassing
18. Welke normen gelden dan wel in een regresprocedure?
19. Subrogatie in zieligheid?
20. Toekomstperspectief

(1) In dit preadvies zijn onderdelen terug te vinden uit en wordt ook anderszins voortgebouwd op eerdere publicaties over verkeersaansprakelijkheid: hoofdstuk 7 van *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1994 (mede van de hand van TUITES); *N.T.B.R.*, 1996, p. 31-34 (mede van de hand van TUITES); *V.R.*, 1995, p. 257 e.v. (mede van de hand van FAURE) en *N.J.B.*, 1996, p. 1047 e.v. Zowel TUITES als FAURE ben ik overigens dankbaar voor opmerkingen en suggesties naar aanleiding van eerdere versies van dit preadvies.

Positie gemotoriseerde als slachtoffer

- 21. Reflexwerking
- 22. Reflexwerking van de 50%- en 100%-regel
- 23. Toekomstperspectief

BESCHERMING OP BASIS VAN Art. 6:162 B.W.

Positie bestuurder en inzittende

- 24. Onrechtmatige daadsactie
- 25. Schadeverzekering voor Inzittenden
- 26. Schuldloze derde-regeling
- 27. Toekomstperspectief

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

- 28. Vergoeding en efficiëntie
- 29. De positie van ongemotoriseerden
- 30. De positie van inzittenden
- 31. De positie van de bestuurder
- 32. De positie van regesnemers
- 33. Reflexwerking. Heroverweging gewenst
- 34. Verzuchting

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Inleiding

In een preadvies over de positie van de zwakke verkeersdeelnemer staat uiteraard vooral de positie van de voetganger of de fietser die het slachtoffer wordt van een ongeval waarbij een gemotoriseerde is betrokken, centraal. Veelal wordt deze voetganger of fietser als de meest beschermenswaardige verkeersdeelnemer gezien. Hij wordt dan ook reeds lang door een bijzondere regeling beschermd. Het oude art. 25 Motor- en Rijwielwet uit 1905 is in 1951 opgegaan in art. 31 Wegenverkeerswet (W.V.W.)(2). In het kader van de totstandkoming van de W.V.W. 1994, die per 1 januari 1995 in werking is getreden, is art. 31 W.V.W. vervolgens vernummerd tot art. 185(3). Aan de bescherming op basis van deze regeling is in de rechtspraak vanaf 1990 een bijzondere invulling gegeven. Uiteraard gaat in dit preadvies bijzondere aandacht uit naar deze rechtspraak.

Bij de positie van de ongemotoriseerde steekt die van de andere verkeersslachtoffers soms bijna schril af. Aansprakelijkheid in het verkeer is nl. in ca. 70% van de gevallen op de commune fout-aansprakelijkheid (art. 6:162 B.W.) gebaseerd(4). Het gaat dan bijvoorbeeld om die gevallen waarin gemotoriseerden elkaar aanspreken of om gevallen waarin zij door inzittenden worden aangesproken. Maar ook voetgangers en fietsers zullen zich onderling op fout-aansprakelijkheid moeten baseren.

Inmiddels reeds enige tientallen jaren wordt er gesproken over een herziening van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid(5). Een re-

(2) Zie over de ontwikkeling van schuldvermoeden via gevaarzetting naar slachtofferbescherming EKERING, *Motorrijtuig en aansprakelijkheid naar Nederlandsch Burgerlijk recht*, diss., p. 11 e.v. Zie voor verdere overzichten BOUMAN, V.R., 1987, p. 85 e.v., dezelfde, in *SALOMONS Oordeel (SALOMONS-bundel)*, p. 35 e.v., VAN WASSENSAER VAN CATWIJCK, B.W.-*Krant Jaarboek 1987*, p. 55 e.v., dezelfde V.R., 1989, p. 253 e.v., dezelfde V.R., 1993, p. 181 e.v., KLAASSEN, *Risico-aansprakelijkheid*, diss., p. 173 e.v. en BOLT, V.R., 1993, p. 175 e.v.

(3) Het nieuwe B.W. heeft de bepaling, afgezien van enkele marginale aanpassingen in het kader van de Invoeringswetgeving, ongemoeid gelaten. Zie *Parl. Gesch. Inv. Aanpassing Overige wetgeving*, p. 274-275. Het aanvankelijk voorgestelde art. 6.3.14, dat een uitbreiding inhield, heeft het niet gehaald. Zie daarover VAN WASSENSAER VAN CATWIJCK, B.W.-*Krant Jaarboek 1987*, p. 57 e.v.

(4) T.K., 1989-1990, 21 528, nr. 1, p. 5.

(5) In een lijvig preadvies voor deze vereniging (T.P.R., 1978, p. 1011 e.v.) heeft CLAUSING eerder uitvoerig verslag gedaan van de toenmalige stand van zaken. Uiteindelijk zijn we, de ontwikkelingen in de rechtspraak buiten beschouwing gelaten, niet veel verder gekomen.

sumé van deze discussie is in nr. 3 te vinden(6). Uiteindelijk is het de bedoeling dat in boek 8 B.W. een bijzondere regeling van de verkeersaansprakelijkheid wordt opgenomen, die zich niet beperkt tot een regeling van de positie van de ongemotoriseerde. In een eerdere versie van dit preadvies schreef ik nog dat aan genoemde discussie binnen afzienbare tijd een einde leek te komen, nu het Ministerie van Justitie tot een Ontwerp-regeling was gekomen die op de instemming en medewerking van de verzekeringsbranche mocht rekenen(7). Helaas is inmiddels duidelijk dat ook dit voorstel de eindstreep in deze vorm althans niet zal halen (nr. 4).

De opzet van dit preadvies is als volgt. In de eerste paar nummers wordt een overzicht gegeven van particuliere en sociale verzekeringen en voorzieningen die van grote betekenis zijn voor de vergoeding van verkeersschade en tevens het belang van het aansprakelijkheidsrecht voor de slachtoffers bepalen. De verschillende verzekeraars en uitkeringsinstanties hebben op basis van subrogatie of krachtens een bijzondere wettelijke bepaling meestal een regresrecht, zodat zij hetgeen zij hebben uitbetaald aan het slachtoffer kunnen verhalen op de aansprakelijke persoon dan wel zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Vervolgens wordt om een vergelijking met het Belgische recht zo goed mogelijk te maken de positie van de verschillende verkeersslachtoffers beoordeeld (in willekeurige volgorde): het ongemotoriseerde verkeersslachtoffer, de inzittende, de bestuurder, de regresnemer en de gemotoriseerde (als slachtoffer van een aanrijding met een ongemotoriseerde). Waar mogelijk wordt aangegeven wat de meest waarschijnlijke toekomstige regeling op de betrokken punten zal inhouden. Voor deze opzet, art. 185 W.V.W. als uitgangspunt genomen en kort het toekomstperspectief beschreven, heb ik gekozen omdat art. 185 W.V.W. het geldende recht is en niet vaststaat welke inhoud een toekomstige regeling zal hebben. Aan de andere kant zou het op dit moment en in dit kader bijzonder onbevredigend zijn in het geheel geen aandacht te besteden aan de toekomst.

Wat betreft art. 185 W.V.W. merk ik op dat ik mij, in dit bestek, in het

(6) Daarbij wordt de oudere literatuur enigszins veronachtzaamd. Het bestek van deze bijdrage laat echter geen uitputtende behandeling van de zeer overvloedige literatuur op dit punt toe. Dit betekent niet — ik ben bekend met de opvattingen van BLOEMBERGEN over het veronachtzamen van de oudere literatuur — dat ik deze geschriften niet ken.

(7) Zie het redactioneel van WERDMULLER en DE WINTER, A.A., 1996, p. 483.

bijzonder concentreer op de ontwikkelingen in literatuur en rechtspraak van de jaren '90(8).

2. Verzekeringen en het belang van het aansprakelijkheidsrecht

Voor de vergoeding van verkeersschade zijn de bestaande particuliere en sociale verzekeringen alsmede de sociale voorzieningen van groot belang. Daarbij denk ik aan verzekeringen aan de kant van het slachtoffer (first party-verzekeringen) en aan de aansprakelijkheidsverzekering van de veroorzaker (third party-verzekering). De verzekeringen aan de kant van het slachtoffer bepalen de betekenis van het aansprakelijkheidsrecht voor het slachtoffer. In beginsel doet hij pas een beroep op het aansprakelijkheidsrecht *indien en voorzover* hij geen vergoeding krijgt uit een eigen verzekering of voorziening. Uiteindelijk wordt ook het reeds vergoede deel via het aansprakelijkheidsrecht afgehandeld, niet echter doordat de aansprakelijke persoon door het slachtoffer wordt aangesproken, doch doordat deze wordt aangesproken door degene (verzekeraar, uitkeringsinstantie) die de schade 'voorlopig' heeft vergoed.

De belangrijkste particuliere verzekering heeft betrekking op de vergoeding van ziektekosten. Op het terrein van de ziektekosten wordt een deel van de kosten gedragen door ziekenfondsen (die vallen onder vigeur van de Ziekenfondswet) en door de overheid ('het volk') op basis van de volksverzekering Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten. In het kader van loonderving/inkomstenderving zijn de regelingen betreffende ziekte en arbeidsongeschiktheid van belang. Zo heeft de werkgever een loondoorbetalingsplicht op basis van art. 7A:1638c B.W. Voor ambtenaren bestaan soortgelijke regelingen. Verder heeft iedere ingezetene recht op een uitkering op basis van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en heeft iedere werknemer bovendien recht op een uitkering op basis van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering(9). Voor ambtenaren bestaan opnieuw bijzondere regelingen. Voor dienstplichtige militairen geldt de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Militairen. Ingeval van overlijden tenslotte

(8) Een meer chronologisch overzicht van de ontwikkelingen is te vinden in het *N.J.V.*, 1996-preadvies van SPIER, „De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, p. 207 e.v. Uiteindelijk schenkt hij ook de meeste aandacht aan de rechtspraak sinds 1990.

(9) In het kader van recente wetgeving (Premiëdifferentiatie en marktwerking W.A.O.) zal de A.A.W. worden geïntegreerd in de W.A.O. Voor enkele groepen wordt in bijzondere regelingen voorzien die steeds ook een regresrecht kennen. Zie *T.K.*, 1995-1996, 24 698, 24 758 en 24 760. Overigens is ook deze operatie recentelijk met een jaar uitgesteld.

hebben nabestaanden een aanspraak jegens de Sociale Verzekeringsbank op basis van de Algemene Nabestaandenwet.

Nogmaals: indien en voorzover het verkeersslachtoffer op basis van (één of meer van) deze regelingen zijn schade vergoed krijgt, zal hij zelf geen beroep doen op het aansprakelijkheidsrecht. In zijn plaats echter zullen de verschillende verzekeraars en uitkeringsinstanties dat wel (kunnen) doen nu zij de bevoegdheid hebben regres te nemen op de aansprakelijke persoon. Het systeem is daarbij in hoofdlijnen als volgt. In beginsel worden de uitkeringen aan het slachtoffer in mindering gebracht op hetgeen hij kan vorderen van de veroorzaker, doch deze profiteert daarvan niet, doordat hij voor dat deel wordt geconfronteerd met een regresnemer die een verhaalsrecht heeft krachtens subrogatie, zoals de ziektekostenverzekeraar en andere schadeverzekeraars, of krachtens een zelfstandige wettelijke bepaling(10). De positie van deze regresnemers komt in de nrs. 17 e.v. aan de orde. Naar huidig recht is het namelijk de vraag of en in hoeverre hun positie overeenkomt met die van het slachtoffer zelf.

Wanneer een beroep wordt gedaan op het aansprakelijkheidsrecht door het slachtoffer zelf of een regresnemer komt de aansprakelijkheidsverzekering van de veroorzaker in beeld. Van groot belang in het kader van de vergoeding van de verkeersschade is de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (W.A.M.) die de benadeelde een eigen recht jegens de W.A.M.-verzekeraar toekent (art. 6)(11). Art. 3 lid 1 geeft aan hoever de W.A.M.-dekking reikt:

De verzekering moet deken de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, van iedere bezitter, houder en bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, alsmede van degenen die daarmede worden vervoerd, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich na het sluiten van de verzekering door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschafte en van hen die, dit wetende, dat motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

De ongemotoriseerde veroorzaker van schade kan slechts in persoon worden aangesproken. Naar huidig Nederlands recht heeft de bena-

(10) Zie onder meer de Ziektewet (artt. 52 e.v.), de W.A.O. (artt. 89 e.v.), de Z.F.W. (artt. 83a e.v.), de A.N.W. (art. 60 e.v.), de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren en art. 6:107a B.W. De A.A.W. en de A.W.B.Z. kennen (nog) geen verhaalsrecht. Zie voor een overzicht van het stelsel van regresrechten hoofdstuk 2 van *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing* (DE HAAS, HARTLIEF en WANSINK), Den Haag 1996.

(11) Zie daarover ROBBEN, *De action directe en de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen*, diss.

deelde jegens de gewone aansprakelijkheidsverzekeraar geen eigen recht(12).

Voor de vergoeding van verkeersschade wordt de Schadeverzekering voor Inzittenden overigens steeds belangrijker (zie hierna nr. 25). Deze verzekering die inmiddels een vrij grote verspreiding kent, geeft een schadeloosstelling aan inzittenden van de verzekerde auto, wanneer zij door een ongeval of aanrijding schade oplopen. De verzekering komt tot uitkering ongeacht de vraag of iemand aansprakelijk is voor het ongeval en ongeacht eigen schuld van een verzekerde. Allen die in de verzekerde auto zitten (inclusief de bestuurder) zijn verzekerd.

3. Herziening stelsel van verkeersaansprakelijkheid

Al lang wordt in Nederland gesproken over herziening van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid in het kader van het verbeteren van de bescherming van slachtoffers van verkeersongevallen(13).

Het huidige systeem kent namelijk een aantal problemen. In de eerste plaats is het huidige stelsel verbrokken. In beginsel is het gebaseerd op de commune regeling van de fout-aansprakelijkheid (art. 6:162 B.W.). Voor voetgangers en fietsers geldt echter een speciale, meer op risico gebaseerde regeling (art. 185 W.V.W.). In de tweede plaats krijgen niet steeds alle verkeersslachtoffers (volledige) vergoeding. Dat is in de eerste plaats terug te voeren op de obstakels die het aansprakelijkheidsrecht (art. 6:162 B.W./art. 185 W.V.W.) opwerpen. Verder is bijvoorbeeld ook de positie van de bestuurders van motorrijtuigen benard: wanneer zij aansprakelijk zijn voor de schade van een ander, blijven zij ten dele met hun eigen schade zitten, omdat die niet steeds door eigen verzekeringen gedekt is. Zelfs wanneer een voetganger/fietsers in beginsel aansprakelijk is jegens een bestuurder

(12) Zie in dit kader VAN DAM, *Verzekering naar komend recht*, preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1995, p. 116 e.v.

(13) Zie vooral RUTTEN, V.R., 1966/1, BLOEMBERGEN, *Naar een nieuw ongevallenrecht*, rede 1965, dezelfde, preadvies, N.J.V., 1967, dezelfde, N.J.B., 1973, p. 961 e.v. en p. 998 e.v., dezelfde, N.J.B., 1978, p. 693 e.v., dezelfde, V.R., 1995, p. 1 e.v., BLOEMBERGEN c.s., *Duizend botsingen, een kwantitatieve analyse van civiele rechtbankvonnissen in verkeerszaken*, 1972, WACHTER, R.M. *Themis* 1975, p. 227 e.v., HOEKEMA, *Vergoeding van verkeersschade*, 1976, CLAUSING, „Verkeersaansprakelijkheid en verzekering naar Nederlands recht”, preadvies voor deze vereniging, T.P.R., 1978, p. 1011, SALOMONS, V.R., 1978, p. 125 e.v., VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, *Verkeersverzekering*, rede 1977, dezelfde, B.W.-Krant Jaarboek 1987, p. 55 e.v., dezelfde, V.A. 1988, p. 323 e.v., dezelfde, V.R., 1989, p. 60 e.v., VAN DAM, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss., p. 248 e.v., HARTLIEF en TITTES, N.T.B.R., 1992, p. 121 e.v., dezelfde, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1994, p. 126 e.v. en KOTTENHAGEN en KOTTENHAGEN-EDZES, N.J.B., 1995, p. 1115 e.v.

krijgt deze geen volledige vergoeding, omdat art. 185 W.V.W. reflexwerking heeft (zie nrs. 21 e.v.). Bovendien is er het probleem van de eenzijdige ongevallen waarbij de gemotoriseerde per definitie op zichzelf is aangewezen. Een probleem vormt verder het vaststellen van de omvang van de schade en de afwikkeling ervan.

Over deze problemen en over mogelijke oplossingen wordt reeds lang gesproken(14), doch tot een doorbraak is het steeds niet gekomen. Tot die doorbraak hebben de voorstellen van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid uit 1978 ook niet kunnen leiden. Het ging hier om twee alternatieve voorstellen op het stuk van de personenschade. Het ene voorstel voorzag in de invoering van een verkeersverzekering, het andere in de introductie van een risicoaansprakelijkheid(15). Geen van beide heeft het gehaald. Dat had vooral te maken met een negatief oordeel van de Sociale Verzekeringsraad in 1981 dat terug te voeren was op de volgens de Studiegroep uit financieringsoogpunt noodzakelijke plannen tot afschaffing van de regresmogelijkheden voor particuliere en sociale verzekeraars. De koppeling tussen de problematiek van de verkeersaansprakelijkheid en de problematiek van de regresrechten was gemaakt en heeft er recentelijk naar verluidt voor gezorgd dat het reeds genoemde Ontwerp van het Ministerie van Justitie in de Ministerraad is 'afgeschoten' (zie hierna).

De discussie krijgt eerst in 1987 weer een nieuwe impuls wanneer de Minister een notitie toezegt over zowel het stelsel van verkeersaansprakelijkheid als over de verhaalsproblematiek; een notitie waar de Minister van Justitie in 1989 mee is gekomen. In deze notitie kiest hij voor een stelsel van risicoaansprakelijkheid met een ruimer bereik dan art. 185 W.V.W.(16), gecombineerd met elementen uit de Franse Loi Badinter voor de schadeafwikkeling(17). Een eventuele afschaffing van het eigen schuldverweer wordt overwogen(18). Naar aanleiding van deze notitie hebben de verschillende belangengroeperingen hun zegje gedaan en zijn — mede op basis daarvan — kamervragen

(14) Het gaat overigens steeds over personenschade. Echte zaakschade valt meestal buiten het bestek van de voorstellen. De Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid stelde in 1980 een BAREMA-stelsel voor. Zie BLOEMBERGEN, *N.J.B.*, 1980, p. 925 e.v. en SALOMONS, *V.R.*, 1980, p. 73 e.v.

(15) Zie hierover BLOEMBERGEN, *N.J.B.*, 1978, p. 693 e.v.

(16) *T.K.*, 1989-1990, 21 528, nr. 1, p. 33-36.

(17) *T.K.*, 1989-1990, 21 528, nr. 1, p. 17-18.

(18) *T.K.*, 1989-1990, 21 528, nr. 1, p. 30.

gesteld die kort geleden zijn beantwoord(19). De Nederlandse discussie over de herziening van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid wordt beheerst door de vraag 'verkeersverzekering of risicoaansprakelijkheid?'.

In een stelsel van *risicoaansprakelijkheid*, dat gecombineerd zou moeten worden met een zeer beperkt eigen schuldverweer, worden de ongemotoriseerde slachtoffers van een ongeval met een motorrijtuig vergoed door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het motorrijtuig. Denkbaar is dat deze aansprakelijkheid ook betrekking zou hebben op de botsingen tussen motorrijtuigen onderling. In een dergelijk stelsel zou elkaars schade over en weer vergoed worden(20).

In een systeem van *verkeersverzekering*, die anders dan de risicoaansprakelijkheid alleen betrekking zou hebben op *personenschade* en niet op *zaakschade*, sluit de automobilist een verzekering die de schade dekt die ongemotoriseerden lijden als gevolg van een eventueel ongeval alsmede de schade die inzittenden, waaronder in de klassieke versie ook de bestuurder zelf, lijden als gevolg van het ongeval. Bij een aanrijding tussen twee motorrijtuigen claimt ieder slachtoffer bij de verzekering van het motorrijtuig waarin hij zat. In een dergelijk systeem vervalt het aansprakelijkheidsrecht. Het is een systeem van 'first party insurance'.

Voor de *ongemotoriseerden* maakt het niet veel uit voor welk stelsel wordt gekozen: zij krijgen de schade in het eerste systeem vergoed van de aansprakelijkheidsverzekeraar van het motorrijtuig, terwijl in het tweede systeem de verkeersverzekering van datzelfde motorrijtuig de schade vergoedt. Voor de *inzittenden* is het antwoord afhankelijk van de vraag wat de reikwijdte is van de risicoaansprakelijkheid; heeft zij alleen betrekking op ongemotoriseerden dan zullen zij op basis van artikel 6:162 ofwel hun eigen bestuurder dan wel een derde (voetganger/fietser of andere bestuurder) aansprakelijk moeten stellen(21); heeft zij een ruimer bereik dan kan eventueel een andere bestuurder op basis van de risicoaansprakelijkheid aansprakelijk worden gesteld. Voor de *bestuurder* geldt iets soortgelijks. Voor hem is de verkeersverzekering de oplossing voor de gevallen waarin hij zelf een fout

(19) Zie voor de reacties *V.R.*, 1990, p. 283 e.v., voor een naar aanleiding van de Notitie gehouden symposium *V.R.*, 1990, p. 309 e.v., voor de Kamervragen *T.K.*, 1991-1992, 21 528, nr. 4 en voor de antwoorden 21 528, nr. 6. Zie voor antwoorden ook BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, *V.R.*, 1993, p. 221 e.v.

(20) Zo het Franse recht. Zie STERK, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss., par. 2.12.1.

(21) Zie over de risico's die hij daarbij loopt STERK, in *Iusta causa (WACHTER-bundel)*, p. 96 e.v.

heeft gemaakt en voor de zogenaamde eenzijdige ongevallen. In deze situaties wordt zijn schade in het huidig stelsel niet vergoed, in een stelsel van risicoaansprakelijkheid zou hij met zijn schade blijven zitten ingeval van een eenzijdig ongeval.

Vanuit *vergoedingsoogpunt* geeft de verkeersverzekering de beste oplossing: vergoeding aan ongemotoriseerden, inzittenden en in de klassieke verkeersverzekering ook aan de bestuurder. Door sommigen wordt geopteerd voor de vrijwillige verzekering voor de bestuurder zelf(22). Bijkomende voordelen zijn in de eerste plaats het *harmoniemodel*, men spreekt zijn eigen verzekeraar aan in plaats van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de ander (*conflictmodel*)(23), en dat van de *premedifferentiatie*: men verzekert zijn eigen schade, zodat iemand met een hoog inkomen een hogere premie betaalt, dan iemand met een laag inkomen(24). Dit beantwoordt aan het klassieke rechtseconomische argument dat een first party insurance beter in staat is om de premie aan te passen aan het geïndividualiseerde risico dan een aansprakelijkheidsverzekering(25). De verkeersverzekering is aan de andere kant een vrij dure oplossing(26) die eigenlijk — zo wordt beweerd — alleen mogelijk is onder gelijktijdig(e) 1. afschaffing van de regresrechten(27) of 2. afstappen van volledige vergoeding door ofwel begrenzing aan de bovenkant (maximumvergoeding)(28) ofwel de introductie van een eigen risico(29). Een tweede bezwaar van de verkeersverzekering is dat de premies voor de gemotoriseerde tweewielers, die zeer kwetsbaar zijn, meer dan vertienvoudig zouden worden(30).

(22) Zie bijvoorbeeld BLOEMBERGEN, V.R., 1990, p. 330.

(23) CLETON, V.R., 1990, p. 233 heeft er met recht op gewezen dat ook in een harmoniemodel problemen kunnen ontstaan tussen verzekerde en verzekeraar.

(24) Zie voor een opsomming van de voor- en nadelen van de respectievelijke systemen LUYT, V.R., 1990, p. 310.

(25) Daarover VAN DEN BERGH en FAURE, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1990, p. 18-19 en 38-39.

(26) Een groot risico hiervan is het onverzekerd rijden.

(27) Hetgeen in de huidige tijd van uitbreiding van de regresrechten minder waarschijnlijk lijkt. Zie BLOEMBERGEN, N.J.B., 1994, p. 117 e.v. Dit heeft bovendien wellicht nadelen op preventief vlak. Zie HARTLIEF, N.J.B., 1995, p. 119 e.v.

(28) Hetgeen waarschijnlijk niet veel zal opleveren. Zie CLETON, V.R., 1990, p. 333 en verder kritisch WANSINK, V.R., 1990, p. 333.

(29) Hetgeen waarschijnlijk zeer grote eigen risico's zou vereisen. Zie WILLEMSE, V.R., 1990, p. 326 en daardoor inmiddels overtuigd BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, V.R., 1993, p. 227.

(30) Zie WILLEMSE, V.R., 1990, p. 326 en WANSINK, V.R., 1990, p. 332-333. BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, V.R., 1993, p. 224 zouden kiezen voor een solidariteitsheffing en -korting. BLOEMBERGEN, V.R., 1995, p. 4 zou de consequenties gewoon willen aanvaarden: dan maar geen vervoer per tweewieler meer.

Interessant vooral voor het maatschappelijk draagvlak is de vraag of het claimgedrag invloed kan uitoefenen op de hoogte van de premie e.d. Volgens (sommige) verzekeraars past een bonus/malussysteem niet bij de verkeersverzekering, omdat deze geen aansprakelijkheid dekt. Anderen wijzen erop dat ook bij de first party-verzekeringen, waarvan de verkeersverzekering een voorbeeld is, beloning en bestraffing mogelijk zijn(31). Hiermee houdt verband een ander bezwaar dat wel tegen de verkeersverzekering wordt aangevoerd, nl. dat de *preventieve werking* van het aansprakelijkheidsrecht verloren gaat. Hier kan worden tegengeworpen dat ook bij eigen verzekeringen voldoende instrumenten bestaan: verhoging van de premie, eigen risico en opzegging en dergelijke(32). Daarentegen merken NENTJES en DIJKSTRA op dat er thans bij de inzittendenverzekering geen premiedifferentiatie zou worden toegepast(33). Zij hebben vanuit rechts-economisch perspectief algemene kritiek op systemen van verkeers-aansprakelijkheid waarbij, onafhankelijk van het gedrag van de dader, tot automatische vergoeding wordt overgegaan. Er is inderdaad empirisch onderzoek dat suggereert dat 'no fault'-vergoedingssystemen tot een verhoging van het ongevalsrisico kunnen leiden(34) (zie ook hierna nr. 28). Hoewel dit binnen de Nederlandse discussie een gepasseerd station lijkt, kan deze literatuur wel degelijk indicaties geven met betrekking tot de vraag via welk systeem het beste met het gedrag van de dader rekening kan worden gehouden op een zodanige manier dat ondanks een 'no fault'-vergoedingssysteem de prikkels tot preventie van de automobilist toch zoveel mogelijk bewaard blijven. Risicoaansprakelijkheid of verkeersverzekering? Daartussen ligt de weg van het compromis: risicoaansprakelijkheid ten opzichte van de ongemotoriseerde slachtoffers in combinatie met een verplichte inzittendenverzekering(35). Daarmee is de bescherming van de ongemotoriseerden geoptimaliseerd en geldt ook voor de inzittenden, waaronder de bestuurder dan niet zal zijn begrepen, dat zij vergoeding krijgen zonder dat de aansprakelijkheidsvraag aan de orde hoeft te

(31) Zie BOUMAN en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, V.R., 1993, p. 227.

(32) Zie reeds DRION, H., *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, oratie, p. 10. BLOEMBERGEN, V.R., 1995, p. 4 wijst ook op een andere mogelijkheid in het kader van preventie: het tarief- en acceptatiebeleid zou afhankelijk gesteld kunnen worden van de veiligheid van de auto.

(33) NENTJES en DIJKSTRA, N.J.B., 1993, p. 952.

(34) Zie voor een samenvatting van deze literatuur o.m. CUMMINGS en TENNYSON, *Journal of Economic Perspectives* 1992, p. 92-115 en SLOAN, REILLY en SCHENZLER, *International Review of Law and Economics* 1994, p. 53-71.

(35) Zie in dit verband FRÉDÉRICQ, V.R., 1990, p. 320, BLOEMBERGEN, V.R., 1990, p. 330 en CLETON, V.R., 1990, p. 332.

komen. Daarbij wordt alleen schade vergoed die niet reeds uit andere bron (ziektekostenverzekering, sociale verzekering) wordt vergoed. De bestuurder kan zich vrijwillig verzekeren. Een dergelijk stelsel betekent in wezen een uitbreiding van de op dit moment vrijwillige SVI (hierna nr. 25). Vragen rijzen er met betrekking tot:

— het aansprakelijkheidsrecht: blijft dat voor de inzittende bestaan of vervalt dat? en

— de regresmogelijkheid: kunnen uitkerende instanties verhaal zoeken en geldt dat ook voor de inzittendenverzekeraar? Mocht het aansprakelijkheidsrecht vervallen en daarmee ook de regresmogelijkheid dan is er in wezen een verkeersverzekering met dien verstande dat het aan de bestuurder wordt overgelaten zich vrijwillig te verzekeren.

Voor een dergelijke tussenoplossing heeft bijvoorbeeld de Nederlandse Vereniging van Automobiellasseuradeuren (N.V.V.A.) gepleit. Zij stelt handhaving van de status quo (W.A.M.-dekking) voor plus verdere — vrijwillige of verplichte — verspreiding van de — relatief goedkope — SVI. Het resultaat lijkt op dat van de verkeersverzekering, maar er zijn ook verschillen(36). In de eerste plaats blijft in deze optie het aansprakelijkheidsrecht bestaan, zodat de SVI-verzekeraar verhaal kan nemen op de aansprakelijke derde. Anders dan bij de verkeersverzekering noodzakelijk lijkt, hoeft niet getornd te worden aan het uitgangspunt van volledige vergoeding. Verzekeraars zouden tevens bereid zijn smartegeld te dekken alsmede de verzekerde som te verhogen.

Steun voor een tussenoplossing kan worden gevonden in sommige van de ons omringende landen. Zo is in Frankrijk de vrijwillige zogenaamde PACS-verzekering(37) ontwikkeld die de schade van de bestuurder dekt. Ongemotoriseerden en inzittenden kennen in Frankrijk door de Loi Badinter al een vergaande bescherming. Naar Frans voorbeeld zijn ook in België dergelijke verzekeringsvormen op de markt gebracht ter aanvulling op het bestaande aansprakelijkheidsrecht(38).

(36) SMIT, V.R., 1990, p. 322.

(37) Protection Assurée du Conducteur et des Siens.

(38) Zie FRÉDÉRICQ, in *Salomons oordeel (Salomons-bundel)*, p. 47 e.v.

4. Stand van zaken

In de zomer van 1996 is een ontwerpregeling van het Ministerie van Justitie, dat in overleg met de verzekeraars was totstandgekomen, in de Ministerraad aan de orde geweest. Uit de interventie van wetgevingsjurist FRENK tijdens de N.J.V.-vergadering in juni 1996(39) blijkt dat de kern van het voorstel zou bestaan in een tussenvorm zoals zojuist beschreven: de uitbouw van art. 185 W.V.W. tot een risicoaansprakelijkheid in boek 8 B.W. en de invoering van een verplichte inzittendenverzekering ten behoeve van passagiers in de W.A.M.. In de Ministerraad is het voorstel op zodanig verzet gestuit dat het in de oorspronkelijke vorm niet kan worden ingevoerd. Omdat echter niet uitgesloten is dat de niet bekritiseerde onderdelen zullen worden gehandhaafd, zal ik het voorstel aan de hand van de opmerkingen van Frenk toch kort weergeven.

Een stelsel waarin voor alle verkeersdeelnemers een risicoaansprakelijkheid geldt, zou niet haalbaar zijn, zodat een nieuw stelsel slechts kan voorzien in een verbeterde bescherming van die verkeersslachtoffers voor wie de behoefte daaraan het sterkst is.

Voor de categorie *fietsers, voetgangers en andere ongemotoriseerden* zou een maximale bescherming op haar plaats zijn. Ter verbetering van hun positie zou art. 185 W.V.W. moeten worden vervangen door een regeling in titel 14 van Boek 8 B.W. De bezitter of houder van het motorrijtuig zou risicoaansprakelijk zijn ten opzichte van ongemotoriseerde slachtoffers. De aansprakelijkheid zou daarbij intreden ongeacht de vraag of de bestuurder een fout heeft gemaakt; overmacht zou geen bevrijdende omstandigheid meer zijn. Wel zou de aansprakelijkheid vervallen indien het ongeval het gevolg zou zijn van opzet of bewuste roekeloosheid van het slachtoffer. Lichtere graden van schuld zouden het slachtoffer echter niet kunnen worden tegengeworpen en zouden niet tot een vermindering van de vergoedingsplicht leiden. De huidige bescherming van de slachtoffers beneden de 14 jaar zou worden doorgetrokken naar de andere ongemotoriseerde slachtoffers. Regresnemers zouden niet van deze aansprakelijkheid profiteren, omdat zij in het voorstel zou worden opgenomen in art. 6:197, zodat regresnemers slechts op basis van art. 6:162 B.W. regres zouden kunnen nemen.

Bestuurders zouden in het voorstel geen extra bescherming krijgen.

(39) FRENK was zo goed was mij de tekst van zijn interventie toe te sturen. Deze tekst zal uiteraard als onderdeel van de Handelingen van de N.J.V., nog worden gepubliceerd. Het navolgende (nr. 4) is in belangrijke mate op zijn interventie gebaseerd.

Een betere wettelijke bescherming voor deze groep zou ook niet noodzakelijk zijn, nu zij zichzelf veelal kunnen verzekeren door een inzittendenverzekering af te sluiten. Aan hen wordt derhalve de keus gelaten dat te doen. Verzekeren zij zich niet dan zijn zij aangewezen op de op fout gebaseerde aansprakelijkheid van art. 6:162 B.W.

De positie van *passagiers* zou in het voorstel wel verbeteren. Indien zij niet de schuld van een veroorzaker kunnen bewijzen, ontvangen zij geen vergoeding, tenzij de houder van het motorrijtuig waarvan zij inzittende zijn een inzittendenverzekering heeft afgesloten. Om die reden verdienen passagiers een betere bescherming. Anders dan de bestuurder hebben zij ook niet steeds de keus om zich door middel van een inzittendenverzekering te verzekeren. In het voorstel zou in de W.A.M. worden bepaald dat de verplichte W.A.M.-verzekering tevens dekking zou moeten bieden voor de bij een verkeersongeval opgelopen letselschade van een passagier. De eigen verzekering van het motorrijtuig zou bij een ongeval aan passagiers een vergoeding garanderen alsof de schade is ontstaan door een onrechtmatige daad van de bestuurder. De vordering tot schadevergoeding zou voortvloeien uit de verzekeringsovereenkomst; de passagier zou jegens de eigen verzekeraar een recht op schadevergoeding hebben ongeacht de vraag wie er aansprakelijk zou zijn. Slechts wanneer de schade van de passagier het gevolg zou zijn van diens opzet of bewuste roekeloosheid zou hij geen aanspraak hebben. Net als bij de ongemotoriseerd zou derhalve geen vermindering wegens eigen schuld plaatsvinden.

Omdat er in het voorstel sprake is van een rechtstreekse gehoudenheid van de verzekeraar van het motorrijtuig zou de aansprakelijkheid voor deze schade worden opgeheven. Hiermee zou worden bereikt dat de vergoeding van de schade van passagiers zou worden gekanaliseerd naar de kentekenhouder van het motorrijtuig. Zo zou worden voorkomen dat meerdere verkeersdeelnemers zich voor deze schade zouden verzekeren. Bovendien zou het buiten beschouwing laten van de aansprakelijkheidsvraag de schadeafwikkeling vereenvoudigen. Zonder aansprakelijkheid is het voor een verzekeraar niet mogelijk om regres te nemen op een andere aansprakelijke partij. In het voorstel zouden regresacties tussen verzekeraars derhalve achterwege blijven. Tegelijkertijd zouden ook sociale verzekeraars geen regres kunnen nemen voor uitkeringen die zij hebben gedaan aan de bij een verkeersongeval betrokken passagiers.

Naar verluidt heeft het onderdeel van de verplichte inzittendenver-

zekering in combinatie met het afschaffen van de regresmogelijkheden voor uitkeringen aan deze inzittenden gedaan verzet in de Ministerraad ontmoet(40). Een scenario waarin het voorgestelde regime voor de ongemotoriseerden (risicoaansprakelijkheid in combinatie met een zeer beperkt eigen schuldverweer) wordt uitgebreid naar de schade van inzittenden ligt nu het meest voor de hand.

DE BIJZONDERE BESCHERMING VAN Art. 185 W.V.W.

5. Hoofddlijnen

Op het punt van het toepasselijke recht is reeds gebleken dat niet ieder verkeersslachtoffer een beroep kan doen op dezelfde regeling. Terwijl men in het algemeen een beroep moet doen op art. 6:162 B.W., kan het ongemotoriseerde slachtoffer van een verkeersongeval waarbij een motorrijtuig is betrokken, een beroep doen op art. 185 W.V.W. en de eigenaar of houder van het motorrijtuig aanspreken.

Art. 185 W.V.W. geeft een regeling voor het geval dat een niet gemotoriseerde (niet zijnde een inzittende van een motorrijtuig), een voetganger of fietser, als gevolg van verkeersongeval waarbij een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden betrokken is, schade ondervindt. Per 1 januari 1995 is art. 31 W.V.W. (oud) vernummerd tot art. 185 W.V.W. waarvan ik hier de tekst geef:

„1. Indien een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden, betrokken is bij een verkeersongeval waardoor schade wordt toegebracht aan, niet door dat motorrijtuig vervoerde, personen of zaken, is, behoudens de beperking van het derde lid, de eigenaar van het motorrijtuig of — indien er een houder van het motorrijtuig is — de houder verplicht om die schade te vergoeden, tenzij annemelijk is dat het ongeval is te wijten aan overmacht, daaronder begrepen het geval dat het is veroorzaakt door iemand, voor wie onderscheidenlijk de eigenaar of de houder niet aansprakelijk is.

2. De eigenaar of houder, die het motorrijtuig niet zelf bestuurt, is aansprakelijk voor gedragingen van degene, door wie hij dat motorrijtuig doet of laat rijden.

3. Ter zake van eenzelfde ongeval is, behalve in het geval dat een fout wordt aangetoond van de eigenaar of houder zelf of van iemand voor wie de eigenaar of houder aansprakelijk is, het bedrag van de ingevolge het eerste lid verschuldigde vergoeding voor aan zaken toegebrachte schade beperkt tot de waarde van het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval, tenzij het motorrijtuig alsdan een geringere waarde heeft dan vijfhonderd gulden, in welk geval het bedrag van de bedoelde vergoeding wordt beperkt tot vijfhonderd gulden. In geval van geschil

(40) Er wordt overigens ook wel beweerd dat het probleem zou zitten in de 'rijksauto's'.

heeft de eigenaar of houder aan te tonen tot welk bedrag zijn aansprakelijkheid is beperkt.

4. Het eerste tot en met het derde lid vindt geen toepassing ten aanzien van schade door een motorrijtuig toegebracht aan loslopende dieren, aan een ander motorrijtuig in beweging of aan personen en zaken die daarmee worden vervoerd.

5. Dit artikel laat onverkort de uit andere wettelijke bepalingen voortvloeiende aansprakelijkheid."

De tekst van de bepaling is niet of nauwelijks gewijzigd ten opzichte van die van art. 31 W.V.W. (oud). In het eerste lid wordt in de huidige tekst echter gesproken van een verkeersongeval en niet meer van een botsing, aan- of overrijding. Op dit punt is geen uitbreiding van aansprakelijkheid beoogd. Het gaat slechts om een technische wijziging met het oog op de nieuwe terminologie van de W.V.W. 1994(41). VAN DER MIERDEN heeft desondanks betoogd dat sprake zou zijn van een uitbreiding van aansprakelijkheid die zou zitten in die gevallen waarin van fysiek contact tussen motorrijtuig en ongemotoriseerde geen sprake is doch toch een ongeval plaatsvindt bijvoorbeeld als gevolg van een uitwijkmanoeuvre(42). Naar mijn mening viel een dergelijke situatie reeds onder het bereik van art. 31 W.V.W. (oud), zodat van een uitbreiding geen sprake is(43).

Art. 185 W.V.W. beschermt de ongemotoriseerden die geen inzittende van een motorrijtuig waren ten tijde van het ongeval(44). Dat betekent dat een inzittende zich voor het verkrijgen van schadevergoeding zal moeten baseren op art. 6:162 B.W.(45).

(41) Zie T.K., 1990-1991, 22 030, nr. 3, p. 152, en nr. 6, p. 129. Vgl. SIMMELINK, V.R., 1993, p. 41.

(42) VAN DER MIERDEN, *Verkeersrechtelijke berichten* 1994, p. 98.

(43) Anders VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, V.R., 1995, p. 197.

(44) Enkele probleemgevallen: in de eerste plaats de categorie gevallen waarin iemand is uitgestapt of gevallen van een brommer of motor na een eerder ongeval en vervolgens door een ander motorrijtuig wordt aangereden. Zie daarover Rb. Amsterdam 11 mei 1976, V.R., 1979, 33, Rb. Amsterdam 6 januari 1982, V.R., 1985, 57, Hof Amsterdam 16 mei 1984, V.R., 1985, 59 en recenter Hof Arnhem 24 augustus 1993, V.R., 1994, 80 (vWvC) (art. 31 W.V.W. (oud) van toepassing op eerder als gevolg van aanrijding gevallen bromfietser). Zie in de tweede plaats het geval van Rb. Amsterdam 15 september 1993, V.R., 1994, 208 en vervolg in Hof Amsterdam 12 januari 1995, V.R., 1996, 27 waarbij een ongemotoriseerde op Koninginnedag in Amsterdam op de motorkap van een rijdende auto plaatsneemt en ten val komt (art. 31 W.V.W. (oud) van toepassing geacht). Zie in de derde plaats het geval van Hof Leeuwarden 21 september 1994, V.R., 1995, 172 waarin een voetganger in een rijdende winkelwagen poogt te springen en ten val komt (art. 31 W.V.W. (oud) van toepassing; geen overmacht). Zie tenslotte H.R. 19 maart 1993, N.J., 1993, 305, V.R., 1993, 133 (H.A.B.) in welk arrest de vraag aan de orde was of een tweejarig kind dat was overreden door een winkelwagen inzittende van de wagen was of niet en wie daarvan de bewijslast had. De Hoge Raad besliste dat het in het licht van de beschermingsgedachte van art. 31 W.V.W. (oud) aan de eigenaar is om te bewijzen dat het kind in de auto zat. Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 november 1993, V.R., 1994, 81 voor het vervolg.

(45) Zie kritisch STERK, *Iusta causa (Wachter-bundel)*, p. 96 e.v. en ASSER-HARTKAMP III, nr. 217.

Art. 185 W.V.W. heeft niet alleen betrekking op letselschade, maar ook op zaakschade, zij het dat de daarvoor verschuldigde vergoeding ingevolge het derde lid is beperkt tot de waarde van het motorrijtuig met dien verstande dat deze beperking niet beneden de fl. 500 komt. Deze beperking geldt evenwel niet indien een fout wordt aangetoond van de eigenaar of houder of van iemand voor wie deze aansprakelijk is(46).

Bij art. 185 W.V.W. gaat het om een *kwalitatieve* aansprakelijkheid: de eigenaar of houder van het motorrijtuig is in zijn hoedanigheid aansprakelijk. Dat betekent dat hij kan worden aangesproken ongeacht de vraag of hij zelf de bestuurder was. Is dat niet het geval dan kan het slachtoffer de eigenaar of houder ex art. 185 W.V.W. aanspreken en de bestuurder ex art. 6:162 B.W. De aansprakelijkheid van eigenaar en houder is niet cumulatief(47). In beginsel is de eigenaar aansprakelijk. Is er echter een houder dan rust de aansprakelijkheid op deze. Ingevolge art. 1 lid 2 W.V.W. wordt degene aan wie het kentekenbewijs is opgegeven behoudens tegenbewijs vermoed eigenaar of houder te zijn.

De aansprakelijkheid ex art. 185 W.V.W. tendeert naar een *risico-aansprakelijkheid* of objectieve aansprakelijkheid. De eigenaar of houder van het motorrijtuig is verplicht de schade te vergoeden, tenzij hij overmacht aannemelijk maakt. Overmacht kan bestaan in een fout of een gedraging van het slachtoffer zelf of van een derde. Andere mogelijkheden doen zich eigenlijk niet of nauwelijks voor(48). Gebreken in het motorrijtuig(49) en lichamelijke problemen aan de kant van de gemotoriseerde(50) bevrijden hem niet. Aan het beroep op overmacht worden reeds lang zware eisen gesteld (zie hierna nr. 10): de gemotoriseerde moet rechtens geen enkel verwijt kunnen worden gemaakt en de aanrijding moet uitsluitend aan de fout van het slachtoffer of een derde te wijten zijn(51). Een beroep op overmacht slaagt dan ook niet vaak. Is overmacht niet aannemelijk dan is de gemotoriseerde aansprakelijk. Dit laat de vraag naar de omvang van de aan-

(46) Zie ASSER-HARTKAMP III, nr. 227. Kritisch VAN WASSENSAER VAN CATWIJCK, V.R., 1995, p. 198.

(47) ASSER-HARTKAMP III, nr. 221.

(48) Zie ASSER-HARTKAMP III, nrs. 222 en 223.

(49) H.R. 16 april 1942, *N.J.*, 1942, 394.

(50) Zie ASSER-HARTKAMP III, nr. 223 en vgl. art. 6:165 B.W.

(51) Zie bijvoorbeeld H.R. 26 maart 1976, *N.J.*, 1976, 393, H.R. 24 december 1982, *N.J.*, 1983, 443, V.R., 1983, 40, H.R. 23 mei 1986, *N.J.*, 1987, 482 (C.J.H.B.), V.R., 1987, 36 en H.R. 24 januari 1986, *N.J.*, 1986, 377, V.R., 1987, 6. SPIER, *N.J.V.*, -preadvies 1996, p. 208 e.v. beschrijft hoe het overmachtcriterium in de loop der jaren strenger is geformuleerd en toegepast.

sprakelijkheid nog open. Een veel gevoerd — subsidiair — verweer op dit punt is dat van de 'eigen schuld' van het slachtoffer. Zowel ten aanzien van de mogelijkheid om een beroep te doen op overmacht als ten aanzien van het verweer van de eigen schuld heeft de Hoge Raad in een reeks arresten sinds 1990 nadere regels gesteld, waarbij hij onderscheid maakt tussen slachtoffers van beneden de 14 jaar en van 14 jaar en ouder. Deze opmerkelijke rechtspraak wordt in de nrs. 6 e.v. besproken.

Positie voetganger/fietser jonger dan 14 jaar

6. De 100%-regel

De recente ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 31 W.V.W. (oud)/art. 185 W.V.W. neemt een aanvang met een beslissing inzake de eigen schuld van een ongemotoriseerd slachtoffer beneden de 14 jaar die vervolgens wordt doorgetrokken naar het overmachtverweer.

In H.R. 1 juni 1990, *N.J.*, 1991, 720 C.J.H.B., *V.R.*, 1990, 174 (vWvC) (Ingrid Kolkman) geeft de Hoge Raad een bijzondere regel met betrekking tot de eigen schuld van een voetganger/fietser beneden de 14 jaar. Het gaat om een regel die past in het systeem van de algemene eigen schuldbepaling (art. 6:101 B.W.) die twee toetsingsmomenten kent. In de eerste plaats moeten de aan slachtoffer en aansprakelijke persoon toe te rekenen omstandigheden worden afgewogen (hoofdregeel). Vervolgens moet worden bekeken of eventueel op grond van de billijkheid een correctie op deze verdeling moet worden gemaakt: de billijkheidscorrectie. Deze correctie moet volgens de Hoge Raad steeds worden gemaakt, indien het slachtoffer beneden de 14 jaar is — de Hoge Raad noemt in dit kader art. 6:164 B.W. inzake de niet-aansprakelijkheid van kinderen beneden de 14 jaar voor eigen onrechtmatig gedrag — behoudens de gevallen van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid. Met deze beslissing geeft de Hoge Raad eigenlijk de volgende regel: eigen schuld van kinderen beneden de 14 in het verkeer kan slechts worden aangenomen in geval van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid(52).

De Hoge Raad gebruikt in zijn motivering in het Kolkmanarrest (r.o. 5.3) de volgende argumenten voor de gegeven regel:

— dat kinderen door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid van

(52) Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 24 oktober 1990, *V.R.*, 1991, 12 en Hof Den Bosch 17 november 1992, *V.R.*, 1993, 113.

gemotoriseerd verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten hebben dan volwassen voetgangers of fietsers;

— dat art. 31 W.V.W. (oud) de strekking heeft om deze kinderen te beschermen tegen de extra risico's die het gemotoriseerde verkeer voor hen meebrengt; en

— dat juist voor kinderen de gevolgen van een aanrijding, in het bijzonder wanneer het om blijvend lichamelijk of geestelijk letsel gaat, uitzonderlijk ingrijpend zijn. Verder speelt op de achtergrond de verplichte W.A.M.-dekking een rol.

Dezelfde argumenten keren terug in H.R. 31 mei 1991, *N.J.*, 1991, 721 C.J.H.B., *V.R.*, 1991, 119 (vWvC) (Marbeth van Uitregt). In dit arrest wordt de maatstaf van het arrest Ingrid Kolkman vanwege de nauwe samenhang tussen het overmacht- en het eigen schuldverweer(53) op de overmachtsvraag toegepast. Daarmee komt de Hoge Raad tot een eveneens ingrijpende nieuwe regel met betrekking tot overmacht: gedragingen van slachtoffers beneden de 14 jaar leveren geen overmacht voor de eigenaar/houder op, tenzij er sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid aan de kant van het jeugdige slachtoffer. Dat de eigenaar/houder geen verwijt kan worden gemaakt, doet er volgens de Hoge Raad niet toe. In deze opvatting doet het er evenmin toe dat de gemotoriseerde het kind niet heeft waargenomen of niet heeft kunnen waarnemen. Goed beschouwd komt het erop neer dat de Hoge Raad voor een grote categorie slachtoffers het overmachtverweer heeft afgeschaft.

In combinatie leveren de arresten inzake Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt een 100%-regel op, zoals de Hoge Raad hem inmiddels ook zelf noemt(54): behoudens het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid wordt de schade van het kind volledig vergoed. Er bestaat geen absolute zekerheid over de vraag of deze 100%-regel ook geldt wanneer het beroep op overmacht betrekking heeft op een gedraging van een derde in plaats van een gedraging van het slachtoffer zelf(55). De Hoge Raad heeft dit geval nog niet expliciet beslist. In het arrest Marbeth van Uitregt waren slechts de eigenaar en het kind bij het ongeval betrokken. Men zou daarom kunnen betogen dat de situaties waarin de eigenaar een beroep doet op overmacht vanwege de fout van een derde of vanwege een combinatie van een fout van het slachtoffer en een derde dus niet door dit arrest worden bestreken.

(53) Zie in deze zin reeds de conclusie van A-G ASSER voor het arrest.

(54) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145 r.o. 3.6.

(55) Zie SPIER, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. N.B.W. B-36, nr. 7. Misschien dat deze duidelijkheid uit de formulering van de 100%-regel in latere arresten kan worden afgeleid.

Toch ligt naar mijn mening de conclusie voor de hand dat de regel van het arrest *Marbeth van Uitregt* ook op deze gevallen betrekking heeft(56). Naar mijn mening zal de eigenaar of houder van het motorrijtuig de schade van het kind ook volledig moeten vergoeden, wanneer de fout van een derde het ongeval heeft veroorzaakt en de eigenaar of houder geen verwijt kan worden gemaakt. Het is dan aan hem om verhaal te zoeken op deze derde. Fouten van derden komen daarmee in de verhouding tot het kind voor rekening van de gemotoriseerde. Deze uitleg heeft een aantal voordelen. In de eerste plaats zou in een andere opvatting de fout van een derde op het kind worden afgewenteld. In mijn opvatting draagt de eigenaar of houder het risico dat de derde insolvent is. In de tweede plaats wordt in de hier voorgestane opvatting voorkomen dat de verwijtvraag, die de Hoge Raad nu juist lijkt te hebben willen elimineren voorzover het slachtoffer jonger dan veertien is, via het beroep op een fout van een derde weer wordt binnengehaald. STERK heeft hiertegen aangevoerd dat de achter de 100%-regel liggende gedachte niet zozeer bescherming van het kind zonder meer is, doch bescherming van het kind tegen zijn eigen impulsiviteit of onberekenbaarheid(57). Hem kan worden toegegeven dat uit de motivering van de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat dit de achtergrond van de rechtspraak vormt, doch uit de toepassing van de arresten blijkt dat het niet zo is dat steeds getoetst wordt of het nu de impulsiviteit of onberekenbaarheid van het kind is die het ongeval hebben veroorzaakt of medeveroorzaakt. Dat zou in de opvatting van STERK wel noodzakelijk zijn. Naar mijn mening komen fouten van derden derhalve in de verhouding tot een kind beneden de veertien voor rekening van de gemotoriseerde.

7. Opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid

De enige uitzondering op de bescherming van slachtoffers beneden de 14 jaar is het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid. Het geval van opzet is niet zozeer problematisch; het ligt voor de hand te denken aan zelfmoordgevallen, maar die zullen in deze leeftijdscategorie zeer schaars zijn. Veel interessanter is de vraag wanneer sprake is van aan opzet grenzende roekeloosheid. In dit kader wijs ik op de

(56) In deze zin reeds BRUNNER in zijn noot sub 5. onder H.R. 31 mei 1991, *N.J.*, 1991, 721, *V.R.*, 1991, 119 (vWvC). Anders STERK, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss., p. 250-251.

(57) STERK, diss., p. 251.

nogal strenge formulering: het gaat niet om bewuste roekeloosheid, een uitzondering die wetgever en Hoge Raad op andere plaatsen hanteren(58), maar om aan opzet grenzende roekeloosheid. Dat betekent naar mijn mening dat er meer aan de hand moet zijn dan afsnijden, plotseling de weg oversteken, zonder kijken vanuit een uitrit de weg oprijden etc.(59) Wat levert dan wel de bewuste uitzondering op? Wat mij betreft zou gedacht kunnen worden aan door wat oudere kinderen gespeelde gevaarlijke spelletjes als het vlak voor naderend verkeer oversteken(60) of aan het in duisternis op de middenstreep van de weg gaan liggen.

8. Toekomstperspectief

De bijna optimale bescherming van kinderen beneden de 14 jaar zal in de toekomst waarschijnlijk gehandhaafd blijven. Ook het genoemde Ontwerp van het Ministerie van Justitie ging immers uit van risico-aansprakelijkheid van de gemotoriseerde jegens ongemotoriseerde slachtoffers met uitzondering van opzet of bewuste roekeloosheid ongeacht de leeftijd van het slachtoffer (hiervoor nr. 4). Hoewel het Ontwerp niet door de Ministerraad is gekomen, zal dit onderdeel waarschijnlijk niet behoeven te worden gewijzigd.

Van die veronderstelling uitgaande zal het eigen schuldverweer de gemotoriseerde geen soelaas bieden. Slechts het geval van opzet of bewuste roekeloosheid zal een uitzondering vormen op de aansprakelijkheid van de eigenaar/houder van het motorrijtuig. Daarmee zou de 100%-regel zoals de Hoge Raad deze voor de slachtoffers beneden de 14 jaar heeft geformuleerd, gelden voor alle ongemotoriseerde slachtoffers. Anders dan in de rechtspraak van de Hoge Raad, die een uitzondering maakt voor het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, zou in de plannen van Justitie sprake zijn van 'opzet of

(58) Zie bijvoorbeeld art. 6:170 lid 3 B.W., art. 7A:1639da B.W. en H.R. 27 maart 1992, *N.J.*, 1992, 496 (PAS).

(59) In overeenstemming met deze uitleg: Hof Den Bosch 17 november 1992, *V.R.*, 1993, 113 en Rb. Breda 15 februari 1992, *V.R.*, 1995, 188. Minder goed met deze uitleg te verenigen: Ktr. Den Haag 11 november 1993, *V.R.*, 1994, 123 waarin de rechter in het kader van reflexwerking (hierna nrs. 21 e.v.) 'overmacht' aanneemt vanwege aan opzet grenzende roekeloosheid van een volwassen fietster die een schoolterrein verlaat terwijl het zicht op de weg belemmerd is en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *V.R.*, 1995, 171 waarin het rijden door rood licht weliswaar geen overmacht oplevert, maar wel aan opzet grenzende roekeloosheid, zodat de 50%-regel (hierna nr. 12) niet van toepassing wordt geacht.

(60) Zie HARTLIEF en TJITTES, *V.R.*, 1991, p. 2 en A-G ASSER voor H.R. 31 mei 1991, *N.J.*, 1991, 721 C.J.H.B., *V.R.*, 1991, 119 (vWvC) in zijn conclusie sub 2.14. In Hof Den Haag 15 juni 1993, *V.R.*, 1994, 34 is door de gemotoriseerde beweerd dat het 12-jarige slachtoffer dit spelletje speelde doch ieder bewijs voor roekeloosheid ontbrak volgens het Hof.

bewuste roekeloosheid'(61). Ik sluit niet uit dat de rechtspraktijk bewuste roekeloosheid eerder zal aannemen dan wellicht de bedoeling is. Door rood licht rijden is wat mij betreft niet direct aan opzet grenzende roekeloosheid doch in de regel wel bewuste roekeloosheid. Ik vraag mij af of het inderdaad de bedoeling is dat in dit soort gevallen het ongemotoriseerde slachtoffer in het geheel geen vergoeding ontvangt.

Positie voetganger/fietser vanaf 14 jaar

9. Minder vergaande bescherming dan van jeugdige slachtoffers

De positie van het ongemotoriseerde slachtoffer van 14 jaar en ouder is in zoverre verschillend van die van het jongere slachtoffer dat de gemotoriseerde het overmachtverweer nog openstaat en bovendien dat op het punt van eigen schuld niet een 100%-regel doch „slechts” een 50%-regel geldt.

10. Overmacht

Anders dan bij de kinderen beneden de 14 jaar kan het overmachtverweer bij oudere slachtoffers voor de gemotoriseerde nog steeds soelaas bieden. Pleidooien voor afschaffing(62) heeft de Hoge Raad nadrukkelijk niet gevolgd(63). In H.R. 20 november 1992, *N.J.*, 1993, 137 was door de rechtbank overmacht aangenomen, omdat de bestuurder geen verwijt kon worden gemaakt van het aanrijden van een hoogwerkersbakje dat zich onder een viaduct bevond in verband met schilderswerkzaamheden(64). In cassatie werd betoogd dat overmacht alleen zou kunnen worden aangenomen bij opzet of daaraan gren-

(61) Naar mijn mening is op dit punt in ieder geval sprake van een gradueel verschil. Dat sprake is van een verschil blijkt wat mij betreft ook uit het feit dat de Hoge Raad in betrekkelijk korte tijd eerst in het kader van art. 31 W.V.W. (oud) spreekt van opzet of *aan opzet grenzende roekeloosheid* (H.R. 28 februari 1992, *N.J.*, 1993, 566 C.J.H.B., *V.R.*, 1992, 93 (vdH) (I.Z.A./Vrerink)) en vervolgens in het kader van art. 1638x lid 2 van opzet of *bewuste roekeloosheid* (in H.R. 27 maart 1992, *N.J.*, 1992, 496 PAS).

(62) Zie in dit kader HULST, *N.J.B.*, 1992, p. 693 e.v. met kritische reacties van BOON en STERK, *N.J.B.*, 1992, p. 975 e.v. Zie ook STERK, diss., p. 249 en 251.

(63) H.R. 22 mei 1992, *N.J.*, 1992, 527, *V.R.*, 1992, 94 ABP/Winterthur en H.R. 15 januari 1993, *N.J.*, 1993, 568 Puts/Ceha.

(64) In een verwante zaak heeft het Hof Amsterdam 26 januari 1995, *V.R.*, 1996, 67 geen overmacht aangenomen omdat de vrachtwagenchauffeur de hoogwerker had waargenomen.

zende roekeloosheid dan wel schuld aan de veroorzaking van het ongeval bij het slachtoffer. De Hoge Raad liet het oordeel van de rechtbank echter in stand. Nog steeds geldt daarmee dat overmacht slechts kan worden aangenomen wanneer de gemotoriseerde rechte[n] geen enkel verwijt kan worden gemaakt. In verband met fouten van andere weggebruikers wordt dat alleen aangenomen wanneer zij voor de autobestuurder zo onwaarschijnlijk waren dat hij daarmee bij zijn gedrag naar redelijkheid geen rekening behoefde te houden. Dit houdt derhalve tevens in dat de gemotoriseerde tot op zekere hoogte rekening moet houden met fouten van andere weggebruikers.

Recentelijk is in een arrest met betrekking tot een volwassen fietser die door rood licht reed en in botsing kwam met een 30-35 km/uur rijdende bus die groen licht had nog eens bevestigd dat het overmachtverweer wel degelijk iets oplevert⁽⁶⁵⁾. Ten opzichte van het juist genoemde arrest inzake het hoogwerkersbakje wordt in dit recente arrest overmacht aangenomen in een meer 'alledaagse' ongevalssituatie. Het gaat in deze zaak, voorzover in cassatie van belang, om de vraag of aan de zijde van Ketelaar, de buschauffeur, sprake is van overmacht in de zin van art. 31 (oud) W.V.W. Het Hof heeft, evenals de rechtbank, deze vraag bevestigend beantwoord. Het Hof heeft daartoe overwogen, kort gezegd, dat het voor Ketelaar zo onwaarschijnlijk was dat een volwassen fietser als Plomp, ondanks het voor hem rode licht en het belemmerde uitzicht over de busbaan, deze busbaan, vlak achter de stilstaande bus, zou oversteken, dat Ketelaar met deze fout geen rekening behoefde te houden door — bijvoorbeeld — de kruising stapvoets te naderen, en dat ook in de snelheid waarmee Ketelaar reed geen verwijt aan zijn zijde kan worden gevonden. De Hoge Raad:

„Onderdeel 1 a mist feitelijke grondslag voor zover het aanvoert dat het Hof niet heeft vastgesteld dat Ketelaar met een in de gegeven omstandigheden gepaste snelheid kwam aanrijden. Het Hof heeft immers geoordeeld dat Ketelaar, die de door hem bestuurde bus bij de halte achter de kruising tot stilstand wilde brengen, niet met onverminderde snelheid het kruisingsvlak is opgereden en dat in de snelheid waarmee hij reed, geen verwijt kan worden gevonden (rov. 3.3). Hierin ligt besloten 's Hofs oordeel dat de snelheid waarmee Ketelaar kwam aanrijden, in de gegeven omstandigheden niet onverantwoord was. Dat oordeel is voorts genoegzaam gemotiveerd, zodat ook de klacht dat het Hof onvoldoende is ingegaan op de stelling van de Staat c.s., inhoudende dat Ketelaar in de gegeven omstandigheden niet met gepaste snelheid kwam aanrijden, tevergeefs is voorgesteld.”

(65) H.R. 16 februari 1996, *N.J.*, 1996, 393, *V.R.*, 1996, 195, Plomp/Ketelaar.

De Hoge Raad vervolgt:

„Onderdeel 1b komt op tegen 's Hofs oordeel dat Ketelaar geen enkel verwijt kan worden gemaakt terzake van de wijze waarop hij de bus bestuurde, voorzover van belang voor de veroorzaking van de aanrijding (rov. 3.4). Het onderdeel voert daartoe aan dat het Hof niet heeft vastgesteld dat het ongeval ook, met dezelfde gevolgen, zou hebben plaatsgevonden indien Ketelaar stapvoets, althans minder hard, had gereden. Het onderdeel faalt. Nu het Hof van oordeel was dat de snelheid waarmee Ketelaar reed, niet onverantwoord was, behoefde het Hof, anders dan het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, niet te onderzoeken wat zou zijn geschied indien Ketelaar stapvoets, althans met lagere snelheid had gereden.”

Onderdeel 2 is gericht tegen 's Hofs oordeel dat de fout van Plomp voor Ketelaar zo onwaarschijnlijk was dat laatstgenoemde daarmee geen rekening behoefde te houden door stapvoets te gaan rijden. Het onderdeel voert aan dat het Hof heeft miskend dat de gedraging van Plomp niet een zo ongebruikelijke manoeuvre was dat gezegd kan worden dat deze voor Ketelaar zo onverwacht kwam dat hij bij het bepalen van zijn rijgedrag in de gegeven omstandigheden in redelijkheid daarmee geen rekening behoefde te houden, temeer daar Ketelaar ook rekening behoorde te houden met gedragingen van (andere) verkeersdeelnemers die in strijd met de verkeersregels handelen. De Hoge Raad:

„Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft niet miskend dat Ketelaar in beginsel ook rekening diende te houden met weggebruikers die in strijd handelen met de verkeersregels; het Hof heeft evenwel geoordeeld dat Ketelaar onder de door het Hof in aanmerking genomen omstandigheden geen rekening behoefde te houden met de in het onderhavige geval door Plomp begane fout. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, kan het voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst; het is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.”

De overwegingen zijn duidelijk:

- (1) het overmachtverweer kan nog steeds een bevrijdend verweer zijn;
- (2) de gemotoriseerde moet met fouten van andere verkeersdeelnemers rekening houden;
- (3) dit gaat echter niet zo ver dat rekening moet worden gehouden met alle mogelijke fouten en
- (4) dat het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden bij bijvoorbeeld een lagere snelheid is niet van belang voorzover voor die lagere snelheid geen aanleiding bestond.

Het overmachtverweer moet niet worden veronachtzaamd. Dat maakt het juist behandelde arrest nog eens duidelijk. Dat de gemotoriseerde een succesvol beroep doet op overmacht zal niet vaak gebeuren, maar de mogelijkheid is niet denkbeeldig. Ook in de gepubliceerde lagere rechtspraak zijn — schaarse — voorbeelden te

vinden(66). Analyse van die rechtspraak alsmede van de veel omvangrijker rechtspraak waarin overmacht niet wordt aangenomen(67), toont

(66) Voorbeelden van overmacht in lagere rechtspraak vanaf ca. 1990: Hof Amsterdam 7 december 1989, V.R., 1990, 151 (smalle woonstraat; 3-jarig jongetje komt vanachter auto; gemotoriseerde voldoende voorzichtig gereden); Ktr. Den Haag 16 oktober 1990, *Praktijkids 1992*, 3616 (fietser rijdt in verkeerde rijrichting en zonder verlichting); Ktr. Terneuzen 13 juli 1990, *Praktijkids 1992*, 3659 (fietser rijdt ondanks belemmerd zicht kruising op); Ktr. Den Haag 11 november 1993, V.R., 1994, 123 (in het kader van reflexwerking (hierna nrs. 21 e.v.); volwassen fietster verlaat schoolterrein; zicht belemmerd; overmacht vanwege aan opzet grenzende roekeloosheid aan kant van fietster); Rb. Leeuwarden 4 november 1993, V.R., 1994, 160 (vWvC) (9-jarig jongetje komt onder vrachtwagen; kritische noot); Ktr. Hilversum 2 maart 1994, V.R., 1994, 162 (in kader van reflexwerking (hierna nrs. 21 e.v.); postbode bij flat aangereden door langzaam rijdende auto; bestuurder hoefde hier niet op verdacht te zijn); RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 30 augustus 1993, V.R., 1994, 47 (fietser, die links afslaat op punt waar geen zijwegen zijn, aangereden door inhalende auto; beroep op overmacht niet onverdedigbaar); Hof Den Bosch 29 november 1993, V.R., 1994, 207 (links afslaan fietser; plicht van gemotoriseerde om rijgedrag af te stemmen op fouten van anderen moet binnen redelijke blijven); Hof Den Bosch 30 mei 1994, V.R., 1995, 206; Hof Den Haag 22 december 1994, V.R., 1995, 173 (racefietser slaat plotseling af) en Rb. Amsterdam 15 maart 1995, V.R., 1996, 70 (voetganger wordt door een onbekende de weg op geduwd).

(67) Enige voorbeelden uit de V.R.,-jaargangen van de laatste jaren: Hof Amsterdam 15 december 1988, V.R., 1990, 18 (riskante inhaalmanoeuvre bij stoplicht door fietser); Rb. Den Bosch 11 november 1988, V.R., 1990, 70 (auto rijdt passerende trein aan; geen overmacht o.a. gezien knipperlichten); Hof Amsterdam 22 juni 1989, V.R., 1990, 84 (motorrijder slaapt vanwege vet op brug; zijn snelheid te hoog); RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 27 september 1988, V.R., 1990, 133 (beroep op overmacht gezien rijgedrag gemotoriseerde niet verdedigbaar); Rb. Amsterdam 24 oktober 1990, V.R., 1991, 12 (6-jarig jongetje vanaf uitrit supermarkt rijbaan opgelopen; bekend dat situatie bij supermarkt onoverzichtelijk is; geen overmacht); Rb. Amsterdam 15 april 1992, V.R., 1993, 21 (bejaarde fietser van tevoren waargenomen); Rb. Rotterdam 14 augustus 1992, V.R., 1993, 22 (rechtdoorgaande auto, fietser slaat linksaf; geen overmacht); Rb. Amsterdam 8 april 1992, V.R., 1993, 35 (aanrijding voetganger op zebra; van tevoren waargenomen; geen overmacht); Hof Den Bosch 17 november 1992, V.R., 1993, 113 (geen overmacht bromfietser die gevallen fietser aanrijdt; te hoge snelheid); Ktr. Delft 22 oktober 1992, V.R., 1993, 116 (in kader van reflexwerking (hierna nrs. 21 e.v.); jongen in groep fietsers steekt plotseling over; geen overmacht; gemotoriseerde moet rekening houden met die mogelijkheid); Hof Den Haag 3 november 1993, V.R., 1994, 33 (gemotoriseerde moet rekening houden met onjuiste manoeuvre van voetganger bij plotseling oversteken); Hof Den Haag 15 juni 1993, V.R., 1994, 34 (geen overmacht; o.a. te hard gereden); Hof Amsterdam 13 mei 1993, V.R., 1994, 53 (fietser waarneembaar; geen overmacht); Hof Arnhem 24 augustus 1993, V.R., 1994, 80 (vWvC) (slecht weer; geen overmacht; aanpassing rijgedrag door gemotoriseerde noodzakelijk); Hof Amsterdam 11 november 1993, V.R., 1994, 122 (fout overstekende voetganger; gemotoriseerde moet rekening houden met deze mogelijkheid); Rb. Amsterdam 9 maart 1994, V.R., 1994, 161 (in kader van reflexwerking (hierna nrs. 21 e.v.); bejaarde fietser; geen overmacht; onoverzichtelijk; van tevoren waargenomen); Hof Amsterdam 10 februari 1994, V.R., 1994, 193 (geen overmacht; bejaarde van tevoren waargenomen); Hof Leeuwarden 1 juni 1994, V.R., 1995, 49 (geen overmacht vrachtwagen); Rb. Rotterdam 25 maart 1994, V.R., 1995, 171 (rijden door rood licht; geen overmacht); Hof Leeuwarden 21 september 1994, V.R., 1995, 172 (voetganger poogt in rijdende winkelwagen te springen; geen overmacht); Hof Amsterdam 19 januari 1995, V.R., 1995, 174 (geen overmacht; voetganger te laat gezien); Rb. Amsterdam 1 februari 1995, V.R., 1995, 175 (overstekende bejaarde; geen overmacht); Bindend Advies BOUMAN 12 december 1994, V.R., 1995, 186; Rb. Breda 15 februari 1994, V.R., 1995, 188 (kind van 4 jaar uit auto geglipt; geen overmacht); Hof Den Haag 18 april 1995, V.R., 1996, 23 (geen overmacht; inhalen door gemotoriseerde onvoorzichtig); Hof Amsterdam 26 januari 1995, V.R., 1996, 67 (hoogwerkersbakje aangereden door vrachtwagen; hoogwerker van tevoren waargenomen; geen overmacht); Hof Amsterdam 19 mei 1994, V.R., 1996, 91, Hof Amsterdam 23 februari 1995, V.R., 1996, 93 (rechts lopende voetgangers vanachter aangereden; donker; gemotoriseerde moet rekening houden met deze mogelijkheid), en Hof Amsterdam 14 december 1995, V.R., 1996, 196 (overstekende voetganger op haverterrein; snelheid niet aangepast).

aan dat overmacht in het algemeen niet wordt aangenomen wanneer de ongemotoriseerde is waargenomen. In dergelijke gevallen worden hoge eisen gesteld aan het rijgedrag van de gemotoriseerde; dat geldt ook voor situaties die in het algemeen als onoverzichtelijk bekend staan (scholen, supermarkten etc.) of als zodanig aan de gemotoriseerde bekend zijn. Een en ander strookt met het arrest ABP/Winterthur(68) waaruit kan worden afgeleid dat er in ieder geval enige aanleiding voor het verwachten van bepaald gedrag van de ongemotoriseerde moet zijn. Dat hoeft niet een concrete eerdere gedraging te zijn, maar kan ook uit ervaringsregels volgen(69).

11. Bewijslast

In het arrest ABP/Winterthur is de Hoge Raad ingegaan op de stelplicht en bewijslast in art. 185 W.V.W.-situaties. Wanneer de gemotoriseerde zich beroept op overmacht en het slachtoffer of diens verzekeraar gemotiveerd stelt dat de aanrijding of de ernst van de gevolgen daarvan mede is te wijten aan gebreken van het motorrijtuig of aan het feit dat het motorrijtuig in de gegeven omstandigheden te snel gereden heeft, rust de bewijslast op de gemotoriseerde(70). Hij moet dan aannemelijk maken dat er geen gebreken waren of dat er niet te snel is gereden dan wel dat de aanrijding ook zou hebben plaatsgevonden of dezelfde gevolgen zou hebben gehad indien er geen gebrek zou zijn geweest of er niet te snel zou zijn gereden(71). Dit laatste bewijs zou inhouden dat de te hoge snelheid of het gebrek niet causaal is voor het ontstaan van de schade(72).

12. De 50%-regel in het kader van eigen schuld

In de praktijk is het eigen schuldverweer belangrijker dan het overmachtverweer. Naar aanleiding van de regel die de Hoge Raad in het

(68) H.R. 22 mei 1992, *N.J.*, 1992, 527, *V.R.*, 1992, 94.

(69) Zie RIJKMANS-TROOST, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1993, p. 51.

(70) H.R. 22 mei 1992, *N.J.*, 1992, 527, *V.R.*, 1992, 94 ABP/Winterthur. Zie OVEREEM, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1992, p. 65-66 en RIJKMANS-TROOST, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1993, p. 51-52.

(71) Zie in deze zin reeds Hof Amsterdam 22 juni 1989, *V.R.*, 1990, 84 en na ABP/Winterthur Hof Amsterdam 10 februari 1994, *V.R.*, 1994, 193 en Hof Amsterdam 19 mei 1994, *V.R.*, 1996, 91.

(72) DE JAGER en MES, *V.R.*, 1996, p. 70 hebben recentelijk nog eens gewezen op het belang van de causale betekenis van het verkeerde rijgedrag van de automobilist. Zij suggereren dat in de rechtspraak teveel de nadruk gelegd wordt op het al dan niet hebben waargenomen van de ongemotoriseerde, terwijl beslissend zou moeten zijn of de aanrijding ook zou zijn ontstaan wanneer de automobilist zijn rijgedrag had aangepast.

arrest Ingrid Kolkman formuleerde voor de kinderen beneden de 14 jaar rees de vraag of ook oudere slachtoffers een bijzondere bescherming zouden krijgen op het punt van eigen schuld. Op zich is de motivering die in de arresten Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt wordt gegeven op kinderen toegespitst. Het gaat om onberekenbaarheid, impulsiviteit en extra bescherming juist van kinderen en de ingrijpende gevolgen van een ongeval juist voor kinderen. De Hoge Raad laat in het arrest Marbeth van Uitregt nog uitdrukkelijk in het midden of de bijzondere regels ook voor anderen dan kinderen beneden de 14 gelding zouden hebben (r.o. 3.5). Uit dat *obiter dictum* is echter afgeleid dat de Hoge Raad daarbij bedoelde aan te sluiten bij de reeds in eerdere literatuur gedane suggestie dat invaliden en 'bejaarden' op één lijn met kinderen geplaatst zouden moeten worden waar het de bescherming tegen gemotoriseerd verkeer betreft⁽⁷³⁾. In de zaak I.Z.A./Vrerink wordt de wenselijkheid van een dergelijke bijzondere bescherming uitdrukkelijk aan de Hoge Raad voorgelegd.

In H.R. 28 februari 1992, *N.J.*, 1993, 566 C.J.H.B. (I.Z.A./Vrerink) staat een ongeval centraal waarbij de 67-jarige voetgangster Van Duiven, op kerstavond 24 december 1984 bij het oversteken van een voorrangsweg op een oversteekplaats voor voetgangers werd aangereden door een door Vrerink bestuurde auto. In feitelijke instanties was de schuld van Vrerink op 20% bepaald. In cassatie wordt deze schuldverdeling aangevallen. De gesubrogeerde verzekeraar I.Z.A. betoogt dat het Hof heeft miskend dat bij *bejaarde* verkeersdeelnemers, die bijzonder kwetsbaar zouden zijn en meer gevaar zouden hebben te duchten van gemotoriseerd verkeer dan andere volwassen verkeersdeelnemers, de billijkheid in beginsel eist dat de schade geheel of in overwegende mate ten laste komt van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer. De Hoge Raad wil de 'bejaarde' deelnemers niet extra beschermen:

„De in r.o. 5.3 van het arrest van 1 juni 1990 gebruikte argumentatie (waarop ook de beslissing van 31 mei 1991 berust TH) geldt evenwel niet op het terrein van aan het verkeer deelnemende bejaarden. In de eerste plaats zijn de daar gebezigde argumenten voor de groep van bejaarden, hoe men deze groep ook omlijnt, voor een belangrijk deel op zichzelf reeds minder sprekend. In de tweede plaats biedt de

(73) BOUMAN, V.R., 1987, p. 88, BRUNNER in zijn noot onder H.R. 6 februari 1987, *N.J.*, 1988, 57, V.R., 1987, 35 (vWvC) (Saskia Mulder), HARTKAMP, A.-G., in zijn conclusies voor H.R. 8 december 1989, *N.J.*, 1990, 778 C.J.H.B., V.R., 1990, 79 (vWvC) (Lars Ruröde) en H.R. 1 juni 1990, *N.J.*, 1991, 720 C.J.H.B., V.R., 1990, 174 (vWvC) (Ingrid Kolkman) en HJMA, A.A., 1991, p. 69. Zie ook — terughoudend — UBBINK, in *Salomons oordeel* (*Salomons-bundel*), p. 61 e.v. Zie tenslotte Ktr. Tiel 20 maart 1991, *Praktijkids* 1991, 3514 in welk vonnis — in het kader van reflexwerking (zie hierna nrs. 21 e.v.) — een billijkheidscorrectie wordt aangenomen vanwege de hoge leeftijd van de fietser (88 jaar oud).

wet hier, anders dan bij kinderen, geen aanknopingspunt voor een vaste leeftijdsgrens, die aan een bepaalde vaste regel ten grondslag zou kunnen worden gelegd. In de derde plaats laat deze groep zich ook op andere wijze niet goed afgrenzen, nu bejaarde verkeersdeelnemers aanzienlijk minder dan kinderen een eenheid vormen terzake van de eigenschappen die voor een veilige deelneming aan het verkeer vereist zijn, terwijl zij voorts voor andere verkeersdeelnemers in de regel op enige afstand nauwelijks als zodanig herkenbaar zijn.”

De Hoge Raad laat het niet bij de afwijzende beslissing ten aanzien van ‘bejaarden’. Hij acht de rechtsontwikkeling die in de arresten inzake Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt tot uitdrukking komt, van belang voor volwassen(74) voetgangers en fietsers. Hij wijst erop dat de regels uit deze arresten, dat overmacht en eigen schuld slechts bij opzet of daaraan grenzende roekeloosheid kunnen worden aangenomen, berusten op de strekking van art. 31 W.V.W. (oud) voetgangers en fietsers zoveel mogelijk te beschermen en vervolgt:

„Die strekking is eveneens van belang als het gaat om de schade van een volwassen fietser of voetganger, waarbij opmerking verdient dat ook deze verkeersdeelnemers kwetsbaar zijn, dat ook hun schade ingrijpend kan zijn en dat ook daarvoor een verplichting van het gemotoriseerde verkeer tot verzekering bestaat.”

Dit leidt tot volgende regel, later ook door de Hoge Raad(75) 50%-regel genoemd:

„Wanneer de eigenaar van het motorrijtuig in beginsel krachtens art. 31 W.V.W. aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar.”

Dit betekent dat de eigenaar — behoudens overmacht — in ieder geval voor de helft van de schade van de fietser of de voetganger aansprakelijk is, tenzij sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid(76). Ten aanzien van de andere helft:

„... is in beginsel beslissend in hoeverre de — foutieve — gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen.”

Uitgaande van een causale verdeling (gemotoriseerde staat tot ongemotoriseerde) van 2 : 3, lijken de overwegingen van de Hoge Raad op

(74) Met ‘volwassen’ bedoelde de Hoge Raad waarschijnlijk 14 jaar en ouder.

(75) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145.

(76) In *Rb. Rotterdam* 25 maart 1994, *V.R.*, 1995, 171 wordt vanwege rijden door rood licht weliswaar geen overmacht aangenomen, doch wel aan opzet grenzende roekeloosheid, zodat de 50%-regel buiten toepassing blijft. Uiteindelijk valt de bijdrage van de gemotoriseerde in het niet bij die van de ongemotoriseerde, zodat deze geen vergoeding krijgt.

het volgende neer te komen: vóór I.Z.A./Vrerink zou de ongemotoriseerde vergoeding van 40% van zijn schade ontvangen en zou 60% voor zijn rekening blijven, terwijl hij door de 50%-regel 50% plus 20% = 70% vergoed zou krijgen, zodat 30% van de schade voor zijn eigen rekening zou blijven. Deze uitleg die 50% toerekent en de causale verdeling betreft op de andere helft van de schade was algemeen(77), doch berust blijkens het arrest H.R. 24 december 1993, *N.J.*, 1995, 236 C.J.H.B., *V.R.*, 1994, 52 (vWvC) inzake Anja Kellenaers op een verkeerde uitleg van het arrest I.Z.A./Vrerink.

In het arrest inzake Anja Kellenaers gaat het om een meisje dat de leeftijd van 14 jaar reeds heeft bereikt op het moment dat zij het slachtoffer wordt van ongeval(78). Gezien haar leeftijd is op haar situatie niet de regel van het arrest Ingrid Kolkman — eigen schuld alleen bij opzet of daaraan grenzende roekeloosheid — maar die van het arrest I.Z.A./Vrerink van toepassing. Desondanks heeft het Hof overwogen dat de verkeerde gedragingen van Anja niet tot enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van automobilist Sikes kunnen leiden nu hier niet gesproken kan worden van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, waarmee het Hof toch de regel van het arrest Ingrid Kolkman lijkt toe te passen. De klacht tegen dit oordeel is volgens de Hoge Raad terecht voorgesteld:

„Uit de formulering van de overweging waarin het Hof nagaat of in het onderwerpelijke geval plaats is voor enige vermindering van de schadevergoedingsplicht van Sikes in verband met de door deze ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval, blijkt dat het Hof heeft gemeend dat in de omstandigheden van het geval aanleiding bestond dienaangaande de regel toe te passen, welke in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard voor aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt (HR 1 juni 1990, *NJ*, 1991, 720 en HR 31 mei 1991, *NJ*, 1991, 721). Uit de motivering voor en de formulering van deze regel blijkt evenwel dat het daarbij gaat om een *vaste regel* (Vgl. ook HR 28 februari 1992, *NJ*, 1993, 566). Met dit karakter strookt niet deze regel, zoals het Hof heeft gedaan, ook toe te passen in het geval dat het betrokken kind de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, maar zich qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidt van een kind beneden de leeftijd van veertien jaar.”

(77) Zie in deze zin bijvoorbeeld BRUNNER in zijn noot in de *N.J.*, en voor hem WANSINK, *Verkeersrechtelijke berichten* 1992, p. 26, HARTLIEF en TUITES, *N.T.B.R.*, 1992, p. 117, JORDAANS, *Advocatenblad* 1992, p. 278-279 (die als enige overigens in een voetnoot de uiteindelijk juiste uitleg noemt), HJMA, A.A., 1992, p. 502, VAN DEN HEUVEL, *V.R.*, 1992, p. 211 en VAN WASSENAER VAN CATWIJCK onder *V.R.*, 1993, 137. Zie verder ASSER-HARTKAMP III, nr. 224b. Zie wat rechtspraak betreft bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 14 augustus 1992, *V.R.*, 1993, 22, Hof Leeuwarden 30 december 1992, *V.R.*, 1993, 180, Hof Amsterdam 13 mei 1993, *V.R.*, 1994, 53, Hof Amsterdam 22 juli 1993, *V.R.*, 1994, 54 en Hof Amsterdam 10 februari 1994, *V.R.*, 1994, 193.

(78) Zie de besprekingen van HARTLIEF, *N.J.B.*, 1994, p. 353 e.v., DU PERRON en VERDUYN, *V.R.*, 1994, p. 65 e.v., JORDAANS, *Advocatenblad* 1994, p. 432 e.v. en HJMA, A.A., 1994, p. 445 e.v.

De Hoge Raad vervolgt:

„Het voorgaande betekent echter niet dat aan 's Hofs vaststelling dat Anja zich destijds qua ontwikkeling niet wezenlijk onderscheidde van klasgenootjes die de leeftijd van veertien jaren nog niet hadden bereikt, in dit geding geen betekenis zou toekomen. Na verwijzing zal immers opnieuw moeten worden beoordeeld of en in hoeverre in dit geval plaats is voor vermindering van de vergoedingsplicht van Sikes in verband met de door hem ingeroepen eigen schuld van Anja aan het ongeval. Volgens H.R. 28 februari 1992, *N.J.*, 1993, 566 zal daarbij op grond van de in art. 6:101 lid 1 B.W. bedoelde billijkheid *ten minste* 50% van de schade ten laste van Sikes moeten worden gebracht. Ingevolge dat arrest — *zoals dit moet worden verstaan* (cursivering van mij TH) — zal vervolgens nog moeten worden nagegaan of wellicht naar de maatstaven van die bepaling *meer* dan 50% van de schade ten laste van Sikes moet worden gebracht, hetzij omdat zijn gedragingen in verhouding tot die van Anja voor meer dan 50% tot de schade hebben bijgedragen — wat in de vaststaande omstandigheden weinig voor de hand ligt —, hetzij omdat de in art. 6:101 lid 1 bedoelde billijkheid, in het licht van alle omstandigheden van het geval, een zodanige verdeling eist danwel eist dat de schade geheel ten laste van Sikes komt. Bij deze billijkheidsafweging dient ook te worden gelet op de voormelde door het Hof vastgestelde omstandigheid betreffende de ontwikkeling van Anja.”

In deze overweging geeft de Hoge Raad aan op welke wijze de 50%-regel wel moet worden toegepast(79). De Hoge Raad gaat uit van een vergoedingsplicht van de gemotoriseerde van in ieder geval 50% op basis van de billijkheid. Een hogere vergoedingsplicht kan worden gebaseerd op: (1) de causale verdeling; of (2) de billijkheid. Ik laat die tweede mogelijkheid even buiten beschouwing en concentreer mij op de mogelijkheid van de causale verdeling. Uit de geciteerde overweging moet worden afgeleid dat een hogere vergoedingsplicht dan 50% kan worden aangenomen wanneer de gemotoriseerde causaal voor meer dan 50% heeft bijgedragen aan het plaatsvinden van het ongeval(80). Bij een causale verdeling in de verhouding ongemotoriseerde tot de gemotoriseerde van 4:1 heeft de gemotoriseerde slechts voor

(79) Het zal duidelijk zijn dat de uitleg van de 50%-regel door de Hoge Raad voor de rechtspraak als een verrassing is gekomen. Het is niet onmogelijk dat de Hoge Raad deze uitleg steeds bedoeld heeft, maar in dat geval is de woordkeus in het arrest *I.Z.A./Vrerink* zeer ongelukkig (de Hoge Raad kent 50% toe en gaat dan verder met „ten aanzien van de andere helft”) geweest. Dezelfde onduidelijke formulering („ten aanzien van de andere helft”) hanteert de Hoge Raad in H.R. 15 januari 1993, *N.J.*, 1993, 568 C.J.H.B. (Puts/Ceha). Het is evenmin uitgesloten dat de Hoge Raad in het arrest *Anja Kellenaers de I.Z.A./Vrerink*-regel bewust heeft willen bijstellen. Zo presenteert hij het echter niet. Immers door de woorden „zoals dit moet worden verstaan” wil hij zeggen wat het arrest *I.Z.A./Vrerink* steeds heeft ingehouden. Het gaat in de visie van de Hoge Raad dus niet om nieuw recht. Redenen voor rechterlijk overgangsrecht acht hij daarom kennelijk niet aanwezig. Zie in dit verband de kritische beschouwingen van SPIER, *N.J.V.-preadvies* 1996, p. 227 e.v.

(80) In deze zin reeds Rb. Rotterdam 14 augustus 1992, *V.R.*, 1993, 22 en Rb. Amsterdam 23 december 1992, *V.R.*, 1993, 178. Zie inmiddels bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 21 september 1994, *V.R.*, 1995, 172.

20% bijgedragen, maar moet hij desondanks 50% van de schade vergoeden, behoudens een extra billijkheidscorrectie (zie hierna nr. 14). Is de causale verdeling omgekeerd, namelijk 1:4, dan heeft de gemotoriseerde voor 80% bijgedragen en ligt een vergoedingsplicht van 80% voor de hand. Hij heeft immers ook voor meer dan 50% bijgedragen aan het plaatsvinden van het ongeval. Eventueel zal de billijkheid ook dan nog corrigerend kunnen werken.

Het arrest maakt duidelijk dat de aanvankelijke uitleg van de 50%-regel, waarin hoe dan ook 50% van de schade voor vergoeding in aanmerking kwam en daarbovenop dat gedeelte van de tweede 50% dat causaal voor rekening van de gemotoriseerde kwam, onjuist is. In de juiste uitleg van de 50%-regel kan het vergoedingspercentage behoorlijk lager zijn. Het verschil kan uiteindelijk tot 25% van de schade oplopen. Het behoeft geen nader betoog dat dit in het bijzonder bij letselschade een aanzienlijk financieel belang zou betreffen. Bij een causale verdeling van 1:1 komt in de uitleg van het arrest Anja Kellenaers 50% van de schade voor rekening van de gemotoriseerde, terwijl dat in de uitleg van literatuur en praktijk vóór het arrest Anja Kellenaers (50% plus 25% =) 75% zou zijn.

Een schema met betrekking tot de vergoedingsplicht van de gemotoriseerde bij een aantal mogelijke causale verdelingen (gemotoriseerde staat tot ongemotoriseerde):

Causale verdeling	Verkeerde uitleg	Uitleg Kellenaers	Vershil
9:1 in beginsel	95%	90%	5%
4:1 in beginsel	90%	80%	10%
3:1 in beginsel	87,5%	75%	12,5%
2:1 in beginsel	83%	67%	17%
1:1 in beginsel	75%	50%	25%
1:2 in beginsel	67%	50%	17%
1:3 in beginsel	62,5%	50%	12,5%
1:4 in beginsel	60%	50%	10%
1:9 in beginsel	55%	50%	5%

Is de causale bijdrage van de ongemotoriseerde hoger dan die van de gemotoriseerde dan is — behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid — de vergoedingsplicht in beginsel 50%. Slechts op

gronden van billijkheid kan dan een andere vergoedingsplicht voor de gemotoriseerde worden aangenomen(81).

13. Causaal verdelen

Het zal duidelijk zijn dat het voor toepassing van de 50%-regel van belang is te weten hoe de causale verdeling tot stand komt en vervolgens welke factoren tot een billijkheidscorrectie aanleiding kunnen geven (zie hierna nr. 14).

Allereerst de causale verdeling. Het maken van een causale verdeling is niet zonder problemen. Criterium is volgens art. 6:101 B.W. in hoeverre de aan veroorzaker en slachtoffer toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade bijgedragen. Het gaat hier om een weging van oorzaken(82) en niet om een afweging van gemaakte fouten(83). Dat lijkt duidelijk, maar roept de volgende vragen op:

(81) Het is duidelijk dat het tweede rijtje aanzienlijk eenvoudiger is en minder genuanceerd. Een voordeel van de uitleg in Anja Kellenaers zou kunnen zijn dat de rechter zich kan richten op de vraag wiens causale bijdrage groter is. Is dat die van de gemotoriseerde dan zal hij een *precieze* verdeling moeten maken. Is dat die van de ongemotoriseerde dan kan hij 50% toekennen en is een andere verdeling alleen om redenen van billijkheid mogelijk. Daar zal bij forse fouten van de ongemotoriseerde niet snel reden voor zijn.

(82) Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 24 oktober 1990, V.R., 1991, 12 (6-jarig jongetje vanaf uitrit supermarkt rijbaan opgelopen; verdeling in het kader van vordering regresnemer); Rb. Amsterdam 15 april 1992, V.R., 1993, 21 (bejaarde fietser; verdeling in kader van vordering regresnemer; slachtoffer heeft schade volledig zelf veroorzaakt); Rb. Rotterdam 14 augustus 1992, V.R., 1993, 22 (rechtdoorgaande auto, fietser slaat linksaf; toepassing 50%-regel); Rb. Amsterdam 8 april 1992, V.R., 1993, 35 (aanrijding voetganger op zebrapad; verdeling); Hof Arnhem 24 augustus 1993, V.R., 1994, 80 (vWvC) (art. 31 W.V.W. (oud) van toepassing op eerder als gevolg van aanrijding gevallen bromfietser; eigen schuld gezien eerdere aanrijding plus val); Rb. Amsterdam 1 februari 1995, V.R., 1995, 175 (overstekende bejaarde; verdeling in kader van vordering regresnemer); Rb. Breda 15 februari 1994, V.R., 1995, 188 (kind van 4 jaar uit auto geglipt; verdeling in kader van vordering regresnemer); Hof Den Haag 18 april 1995, V.R., 1996, 23 (inhalen onvoorzichtig; verdeling in kader van vordering regresnemer; fout kind valt in het niet bij die van gemotoriseerde); Hof Amsterdam 26 januari 1995, V.R., 1996, 67 (hoogwerkersbakje aangereden door vrachtwagen; eigen schuld; bakje hing te laag); Hof Amsterdam 19 mei 1994, V.R., 1996, 91 en Hof Amsterdam 23 februari 1995, V.R., 1996, 93 (rechts lopende voetgangers vanachter aangereden; 25% eigen schuld in kader van vordering regresnemer).

(83) In veel lagere rechtspraak wordt ten onrechte nog gesproken van een afweging van de wederzijdse *schuld* of van wederzijds gemaakte *fouten*: Hof Den Haag 3 november 1993, V.R., 1994, 33 (rekening houden met onjuiste manoeuvre bij plotseling oversteken; afweging schuld); Rb. Rotterdam 20 januari 1989, V.R., 1990, 23 (H.A.B.) (stappend meisje van 12 jaar; 25% eigen schuld gezien afweging van fouten; zie kritiek BOUMAN op dat laatste); Hof Den Haag 15 juni 1993, V.R., 1994, 34 (12-jarige; geen toepassing 100%-regel op vordering regresnemer; wederzijdse schuldafweging); Rb. Zwolle 30 juni 1993, V.R., 1994, 35 (bejaarde; regres; afweging fouten); Hof Amsterdam 13 mei 1993, V.R., 1994, 53 (afweging van foutieve gedragingen); Hof Amsterdam 22 juli 1993, V.R., 1994, 54 (fout fietser valt in het niet bij die van automobilist; volledige vergoeding); Hof Amsterdam 11 november 1993, V.R., 1994, 122 (wederzijdse schuldafweging); Rb. Amsterdam 9 maart 1994, V.R., 1994, 161 (vWvC) (in

— mag bij de causale verdeling rekening gehouden worden met de leeftijd van het (jeugdige) slachtoffer of is dit een typische billijkheidsfactor(84)?

— is het aan motorrijtuigen inherente gevaar (in dit verband ook wel Betriebsgefahr genoemd) een causale factor of een billijkheidsfactor?

Over de causale verdeling heeft een drietal arresten van de Hoge Raad van 2 juni 1995 — steeds in regresprocedures; zie daarom ook hierna nrs. 17 e.v. — in ieder geval enige duidelijkheid verschaft(85). De Hoge Raad geeft in deze arresten aan hoe de causale verdeling tot stand komt:

„3.7 ... Zodanige vermindering dient te geschieden door toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 lid 1. Deze toepassing houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het weggedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen.”

De Hoge Raad vervolgt:

„Bij deze beoordeling komt het derhalve niet aan op de mate van verwijtbaarheid van een en ander. Weliswaar zal, naarmate een gedraging gevaarlijker is, de mate van haar verwijtbaarheid doorgaans toenemen, maar noodzakelijk is dit niet. Met name ten aanzien van jeugdige kinderen kan het geval zich zeer wel voordoen dat sprake is van hoogst gevaarlijk weggedrag, dat aan het kind nochtans niet kan worden verweten, gezien zijn — aan zijn leeftijd eigen — beperkte inzicht in het aan zijn gedragingen verbonden gevaar en zijn beperkt vermogen zich naar dat inzicht te gedragen.”

Tenslotte:

„Beoordeling van de mate van verwijtbaarheid komt eerst aan de orde bij toepassing van de in art. 6:101 lid 1 tevens vervatte billijkheidscorrectie. Niet uitgesloten is dat ook in gevallen als het onderhavige voor zodanige toepassing grond bestaat.”

Mag bij de causale verdeling rekening gehouden worden met de leeftijd van het (jeugdige) slachtoffer of is dit een billijkheidsfactor?

het kader van reflexwerking; kritiek annotator op afweging van fouten in plaats van causale omstandigheden) en Rb. Rotterdam 25 maart 1994, *V.R.*, 1995, 171 (rijden door rood licht; fout van gemotoriseerde valt in het niet bij die van ongemotoriseerde; geen vergoeding).

(84) In Hof Den Haag 18 januari 1994, *V.R.*, 1994, 192 (H.A.B.) wordt terecht aangenomen dat een ziekenfonds geen beroep kan doen op de 100%-regel, doch worden vervolgens bij de causale verdeling aspecten als leeftijd/subjectieve schuld meegewogen. BOUMAN wijst er in zijn noot op dat dan toch subrogatie in zieligheid het gevolg kan zijn. Zie hierna nrs. 18 en 19.

(85) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118-120, *V.R.*, 1995, 145-147 (H.A.B.). Zie de besprekingen van HJMA, A.A., 1996, p. 35 e.v. en HARTLIEF en TJITTES, *N.T.B.R.*, 1996, p. 31 e.v.

Volgens het recept van de Hoge Raad houdt de causale verdeling een objectieve weging van gevaarzettende gedragingen in, waarbij wordt geabstraheerd van leeftijd evenals van andere subjectieve omstandigheden: oversteken zonder te kijken is gevaarlijk en dus causaal of het nu door een kind dan wel door een volwassene geschiedt. Evenmin lijkt van belang of het om een bejaarde of invalide gaat.

De *mate van verwijtbaarheid* van het gevaarzettende gedrag speelt bij de causale verdeling nog geen rol doch pas bij de secundaire maatstaf van art. 6:101: de billijkheidscorrectie(86). Dat de mate van verwijtbaarheid geen rol speelt bij de causale verdeling houdt niet in dat verwijtbaarheid er in het geheel niet toe doet. De Hoge Raad suggereert weliswaar dat een gevaarlijke gedraging van een kind die hem niet verweten kan worden toch tot in ieder geval een causale toerekening leidt, maar zou dat ook gebeuren wanneer de gedraging niet verwijtbaar zou zijn, los van de leeftijd, vanwege een andere omstandigheid? Stel dat een voetganger door een derde de weg wordt opgeduwd. Dat levert weliswaar een gevaarverhogende 'gedraging' van de voetganger op, maar één die niet verwijtbaar is. De parlementaire geschiedenis van art. 6:101 B.W.(87) lijkt van een zuiver causale toerekening uit te gaan. In deze uitleg zou de gedraging van de voetganger, hoezeer ook niet verwijtbaar, eigen schuld in de zin van art. 6:101 B.W. opleveren. Ik voel zelf meer voor de uitleg dat van toerekening in de zin van art. 6:101 B.W. alleen sprake kan zijn, wanneer het omstandigheden betreft die toerekenbaar zijn in de zin van art. 6:162 lid 3 B.W.(88); dat houdt derhalve in toerekening bij schuld in de zin van verwijt, maar ook op grond van risico(89). In deze opvatting zou de omstandigheid dat iemand de weg op wordt geduwd, hetgeen — nogmaals — het gevaar voor een aanrijding verhoogt, niet als eigen schuld voor rekening van het slachtoffer komen. De wat mij betreft meest plausibele uitleg van de overwegingen van de Hoge Raad is dat bij de causale verdeling wordt geabstraheerd van de leeftijd van het slachtoffer en eventuele andere subjectieve omstandigheden van het geval doch dat afgezien daarvan alleen gevaarver-

(86) In art. 6:101 lid 1 B.W. wordt de ernst van de gemaakte fouten genoemd als factor die kan leiden tot een correctie, doch uit de formulering van deze bepaling volgt niet logischerwijs dat de (mate van) verwijtbaarheid geen rol speelt bij de primaire maatstaf.

(87) *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 352.

(88) In deze zin reeds SPIER, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, Mon. N.B.W. B-36, nr. 3.

(89) Denk aan toerekening als eigen schuld van het gebrekkig functioneren van een auto of fiets. Zie recentelijk Bindend Advies Bouman 10 februari 1995, V.R. 1996, 194 (vWvC).

hogende omstandigheden in aanmerking worden genomen die hetzij op basis van schuld hetzij op basis van risico (vgl. art. 6:162 lid 3 B.W.) kunnen worden toegerekend. Meer concreet: een kind kan in causale zin een gevaarverhogende gedraging als eigen schuld worden toegerekend die aan hem gezien zijn leeftijd niet, maar afgezien daarvan, in objectieve zin wel verwijtbaar is.

Dan de tweede vraag: is het aan motorrijtuigen inherente gevaar (Betriebsgefahr) een causale factor of een billijkheidsfactor? De Hoge Raad spreekt van een afweging van het verkeersgedrag van het kind en de *wijze van rijden* door het motorrijtuig. Dat lijkt te betekenen dat het Betriebsgefahr, het aan motorrijtuigen *inherente gevaar* van massa en snelheid, geen causale factor is die bij de causale verdeling in aanmerking genomen moet worden. Een aanwijzing daarvoor is ook te vinden in het arrest I.Z.A./Vrerink: behoudens overmacht en het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid eist de *billijkheid* bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht *wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar*. Dat zijn de letterlijke bewoordingen van de Hoge Raad. Ik zou zelf menen dat het Betriebsgefahr wel degelijk een causale factor is, die bij de weging van gevaarzettende omstandigheden in aanmerking genomen moet worden⁽⁹⁰⁾. Gebeurt dat niet dan krijgen bij de toepassing van de 50%-regel slechts die ongemotoriseerden die een grote verkeersfout maken een bescherming tegen het gemotoriseerd verkeer⁽⁹¹⁾. Om een voorbeeld te geven: bij een causale verdeling van 1:4 (gemotoriseerde vs. ongemotoriseerde) zou het slachtoffer 20% van zijn schade vergoed krijgen, doch wordt dat door de 50%-regel opgehoogd tot 50%, met andere woorden de bescherming bedraagt 30%. Is de causale verdeling omgekeerd, namelijk 4:1 (gemotoriseerde vs. ongemotoriseerde), dan leidt dat tot een vergoedingsplicht van 80% op basis van de causale verdeling. Een specifieke bescherming tegen gemotoriseerd verkeer vindt hier niet plaats, tenzij steeds bij het

(90) De lagere rechtspraak weegt dit aspect in de regel niet expliciet mee. Zie OVEREEM, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1990, p. 87-88, dezelfde, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1992, p. 36, WANSINK, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1992, p. 26 en zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 januari 1995, V.R., 1995, 174 (vWvC) (geen overmacht; voetganger te laat gezien; schuldverdeling; geen Betriebsgefahr; kritische noot op dit punt). Zie in de door mij voorgestane zin Hof Amsterdam 2 februari 1994, V.R., 1995, 48 (vWvC), Bindend Advies BOUMAN 12 december 1994, V.R., 1995, 186 en Bindend Advies Bouman 10 februari 1995, V.R. 1996, 194.

(91) Dat is in wezen de — terecht — kritiek van DU PERRON en VERDUYN, V.R., 1994, p. 67 op de uitleg van de 50%-regel in het arrest Anja Kellenaers.

maken van de causale verdeling aan de gemotoriseerde wordt toegerekend het aan het gemotoriseerd verkeer verbonden gevaar(92).

14. Extra billijkheidscorrectie

Uit het arrest Anja Kellenaers blijkt heel duidelijk de mogelijkheid van een extra billijkheidscorrectie die losstaat van de toepassing van de 50%-regel die als zodanig ook op de billijkheid is gebaseerd. Het ligt voor de hand dat voor de extra billijkheidscorrectie sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden van het geval. De meer algemene factoren als gevaarzetting en slachtofferbescherming zijn daarvoor onvoldoende(93). Juist deze factoren lijken ten grondslag te liggen aan de 50%-regel en zijn derhalve in deze regel verdisconteerd. Welke bijzondere factoren kunnen nu tot een extra correctie leiden?

In de eerste plaats kan worden gedacht aan de voorziet die de Hoge Raad geeft in de arresten van 2 juni 1995, RvdW 1995, 118-120: een correctie vanwege de (uiteenlopende) mate van verwijtbaarheid. Verder kan worden gedacht aan de meer 'zielige' omstandigheden van het geval zoals de achtergebleven geestelijke en lichamelijke ontwikkeling van het slachtoffer(94). In H.R. 19 oktober 1990, *N.J.*, 1991, 7 inzake Frank Randag, dat na het arrest Ingrid Kolkman is gewezen, wordt de onduidelijkheid over de werking van een stoplicht op basis van de billijkheid gezien de strekking van art. 31 W.V.W. (oud) ten laste van de gemotoriseerde gebracht. Ik sluit zelfs niet uit dat de ernst van de gevolgen aanleiding kan zijn voor een billijkheidscorrectie. Een dergelijke behandeling, die het mogelijk maakt dat bovenop de 50%-regel in een concreet geval met behulp van de billijkheidscorrectie nog een extra bescherming wordt gegeven, zal waarschijnlijk ook kunnen plaatsvinden wanneer het slachtoffer 'bejaard' en/of invalide is.

In dit kader is overigens wel van belang dat de Hoge Raad blijkens één van de arresten van 2 juni 1995 belang hecht aan zuiverheid bij het maken van de causale verdeling alsmede bij het vervolgens toepassen van een correctie op deze verdeling. Het gaat hier om het arrest inzake Van Keulen/Trias.

(92) Uiteraard is dan de vraag wat de gevaarzetting vervolgens oplevert. Bij het ene ongeval zal de invloed van deze factor groter zijn dan bij het andere ongeval. Dit pleit derhalve tegen een forfaitaire vaststelling van de gevaarzetting op bijvoorbeeld 50%. Zie in dit kader DE JAGER en MES, *V.R.*, 1996, p. 71 en het naschrift van de redactie van *V.R.*

(93) Zie in deze zin ook JORDAANS, *Advocatenblad* 1994, p. 435 en HJMA, *A.A.*, 1994, p. 448 e.v.

(94) Dit is de suggestie van de Hoge Raad in het arrest inzake Anja Kellenaers.

Het gaat in deze procedure om een ongeval in Gouda in 1988 waarbij de 7-jarige Pierre Wildiers samen met een vriendje hard hollend de weg oversteeft en wordt aangereden door de auto van Van Keulen. Pierre raakt gewond. Trias zoekt verhaal. Van Keulen doet een beroep op eigen schuld dat door de rechtbank wordt verworpen. Ook het Hof 's-Gravenhage heeft het beroep afgewezen met de volgende overweging die ook door de Hoge Raad wordt geciteerd(95):

„Afgewogen moet worden enerzijds het foutieve gedrag van Van Keulen (met onverminderde vaart doorrijden ook nadat hij kinderen bij en op de weg had gezien, en pas remmen nadat Pierre Wildiers zijn weghelpt oprende) en anderzijds de jeugdige onbezonnenheid van Pierre Wildiers (hard hollend oversteken hoewel de auto van Van Keulen al dicht genaderd was). Die afweging leidt ertoe dat weliswaar aan Pierre Wildiers wel enig schuldverwijt te maken valt, evenwel in zo geringe mate dat het in het niet zinkt vergeleken met de door Van Keulen gemaakte verkeersfout.”

Het Hof 's-Gravenhage heeft in casu gesteld dat de billijkheidscorrectie ten aanzien van een regresnemer buiten toepassing blijft. Waar het om gaat is of het Hof de causaliteitsafweging op een inzichtelijke wijze heeft gemaakt. De Hoge Raad herhaalt zijn overwegingen uit Klaverblad/I.Z.A.(96) met betrekking tot de uitleg van art. 6:101 in r.o. 3.5. De Hoge Raad vernietigt het arrest naar aanleiding van een motiveringsklacht tegen de eigen schuldbeoordeling door het Hof:

„3.6 's Hofs door het middel bestreden rechtsoverweging houdt in, voor zover hier van belang, dat de door het Hof te verrichten afweging ertoe leidt dat weliswaar aan het kind enig schuldverwijt valt te maken, evenwel in zo geringe mate dat het in het niet zinkt vergeleken met de door de bestuurder gemaakte verkeersfout.

Door aldus te overwegen, heeft het Hof onvoldoende inzicht gegeven in de gedachtingang die het tot zijn beslissing heeft geleid.”

De Hoge Raad legt uit waarom:

„Indien deze overweging aldus moet worden verstaan dat het Hof, bij het verrichten van de door de primaire maatstaf geboden causaliteitsafweging, zijn verwijtbaarheidsoordeel in die afweging heeft betrokken, dan heeft het, gelijk uit het hiervoor onder 3.5 overwogene (de uitleg van art. 6:101, TH) voortvloeit, die maatstaf miskend.

Zo het Hof daarentegen met zijn bestreden overweging toepassing heeft beoogd van de billijkheidscorrectie omdat naar zijn oordeel een met de uitkomst van de causaliteitsafweging strokende zodanige verdeling van de schade zodanige correctie behoeft, dan is zijn redengeving ontoereikend, nu daarin van die verdeling geen melding wordt gemaakt en evenmin wordt aangegeven op welke grond het Hof haar uit een oogpunt van billijkheid onaanvaardbaar heeft geoordeeld.”

(95) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 120, V.R., 1995, 147 (H.A.B.).

(96) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, V.R., 1995, 145. Zie hiervoor nr. 13.

De geciteerde overwegingen maken duidelijk dat de feitelijke rechter inzicht moet verschaffen in zijn beoordeling van het eigen schuldverweer. Zo moet hij aangeven hoe toepassing van de primaire maatstaf (de causale verdeling) uitpakt en vervolgens waarom hij op dit resultaat een billijkheidscorrectie toepast.

15. Toepassing op art. 6:162-vorderingen: uitbreiding bereik art. 185 W.V.W.?

In het arrest I.Z.A./Vrerink is een overweging te vinden waarover tot op heden onduidelijkheid bestaat, maar die een belangrijke uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 185 W.V.W. zou kunnen inhouden. Het betreft de overweging waarin de Hoge Raad oordeelt dat de 50%-regel ook geldt(97):

„ ... wanneer de aansprakelijkheid van de eigenaar niet op art. 31 W.V.W. wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels betreffende onrechtmatige daad.”

In het arrest Puts/Ceha, dat nauwelijks één jaar na I.Z.A./Vrerink is gewezen, ging het om een uitsluitend op art. 1401 oud B.W. gebaseerde vordering van een fietser waarop de billijkheidsregel van I.Z.A./Vrerink inderdaad werd toegepast(98). In een dergelijk geval moet de gemotoriseerde volgens de Hoge Raad enig verwijt kunnen worden gemaakt. De bewijslast daarvan rust op de voetganger/fietser. Met dit arrest is niet duidelijk geworden wat de Hoge Raad precies met de geciteerde overweging bedoelt. Vooropgesteld moet worden dat — nu het gaat om gevallen waarin art. 185 W.V.W. niet toegepast is — voor het door de Hoge Raad gebezigde ‘eigenaar’ misschien wel gelezen moet worden ‘bestuurder-eigenaar/houder’ en wie weet wel ‘bestuurder’.

Welke gevallen heeft de Hoge Raad op het oog(99)? Misschien denkt hij aan het geval dat een beroep op art. 185 W.V.W. gedaan zou kunnen worden, maar de gelaedeerde ervoor kiest een beroep te doen op onrechtmatige daad. In dat geval lopen art. 6:162 B.W. en art. 185

(97) In de arresten inzake Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt komt zij niet voor. Desondanks moet waarschijnlijk worden aangenomen dat wanneer de aansprakelijkheid van de eigenaar-bestuurder niet op art. 185 W.V.W. wordt gegrond, doch slechts op de algemene regels betreffende onrechtmatige daad, de billijkheidsregels van die arresten ook van toepassing zijn.

(98) H.R. 15 januari 1993, *N.J.*, 1993, 568 C.J.H.B. (Puts/Ceha).

(99) Waarschijnlijk niet het geval dat de vordering uit art. 185 W.V.W. verjaard is, nu de verkorte verjaringstermijn sinds 1 januari 1992 bij invoeringswet geschrapt is. Alleen voor het oude recht kon dat geval zich voordoen. In dat geval lag toepassing van de billijkheidsregel voor de hand. Zie over de schrapping van de verjaringstermijn OVEREEM, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1991, p. 93 e.v.

W.V.W. samen (vgl. art. 31 lid 9 W.V.W. (oud) en art. 185 lid 5 W.V.W.). Wanneer dan de 50%-regel, ook al betreft het een vordering ex art. 6:162 B.W., wordt toegepast, wordt voorkomen dat er een ongerechtvaardigd verschil in benadering plaatsvindt al naargelang de eigenaar-bestuurder uit art. 185 W.V.W. of op basis van art. 6:162 B.W. wordt aangesproken(100).

Het is niet uitgesloten dat de Hoge Raad (bovendien) het oog heeft op gevallen waarin aan één of enkele vereisten van art. 185 W.V.W. niet is voldaan. Daaronder valt onder meer de aansprakelijkheid van de eigenaar-bestuurder jegens andere slachtoffers dan voetgangers of fietsers, zoals inzittenden(101). Daaronder valt ook het geval dat art. 185 W.V.W. niet van toepassing is, omdat de aanrijding niet op een openbare weg plaatsvond(102). Tenslotte noem ik het betrekkelijk veel voorkomende geval dat de bestuurder geen eigenaar/houder van het motorrijtuig is(103). Heeft de Hoge Raad inderdaad aan deze gevallen gedacht, dan heeft hij daarmee het toepassingsbereik van art. 185 W.V.W. behoorlijk uitgebreid, nu hij dan een aantal in de tekst van art. 185 W.V.W. te vinden wettelijke beperkingen ontkracht. BRUNNER heeft terecht gewezen op de betekenis van het in nr. 2 reeds geciteerde art. 3 W.A.M. in deze(104). Krachtens deze bepaling strekt de verzekeringsplicht zich uit tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, van

(100) De rechter heeft immers ingeval van samenloop niet de vrijheid om op grond van art. 48 Rv. een aangevoerde juiste rechtsgrond aan te vullen. Zie VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*, diss., nr. 100.

(101) In deze zin bijvoorbeeld BARENDRECHT, in *Het actuele recht*, deel 1, p. 16. SPIER, *N.J.V.-preadvies* 1996, p. 223 wijst er met recht op dat de discussie over het al dan niet zijn van inzittende dan zonder belang zou moeten zijn. Dit is echter niet het geval. Zie immers H.R. 19 maart 1993, *N.J.*, 1993, 305, *V.R.*, 1993, 133 (H.A.B.) hiervoor nr. 5. In zijn noot onder Hof Amsterdam 16 juni 1992, *V.R.*, 1993, 75 betoogt BOUMAN dat de passagier, die op het rijgedrag van de bestuurder als regel geen enkele invloed heeft, niet wezenlijk minder kwetsbaar is dan de voetganger of de fietser. Bovendien kan ook zijn schade ingrijpend zijn en valt ook die schade onder de verplichte W.A.M.-verzekering.

(102) Zie ASSER-HARTKAMP III, nr. 217.

(103) In deze zin min of meer Rb. Maastricht 30 juli 1992 te kennen uit Hof Den Bosch 22 juni 1994, *V.R.*, 1995, 12 (vWvC). Het Hof beslist anders, volgens de annotator ten onrechte. In Hof Amsterdam 31 maart 1994, *V.R.*, 1995, 11 (vWvC) wordt aangenomen dat reflexwerking van art. 185 W.V.W. (hierna nrs. 21 e.v.) niet aan de bestuurder/niet-eigenaar kan worden tegengeworpen. Kritisch is annotator VAN WASSENAER VAN CATWIJCK die betoogt dat het voor de voetganger/fietser niet van een toevallige omstandigheid moet afhangen of hij een beroep op reflexwerking kan doen. In dit kader wijst hij op de in het begin van dit nr. geciteerde overweging in I.Z.A./Vrerink.

(104) Zie in het bijzonder de noot van BRUNNER onder I.Z.A./Vrerink. Zie over art. 3 W.A.M. DE BOSCH KEMPER, *De W.A.M. in werking*, 1995, p. 19 e.v. en p. 56 e.v.

iedere bezitter, houder en bestuurder van het verzekerde motorrijtuig(105).

16. Toekomstperspectief

Het meest waarschijnlijk is dat ook voor de slachtoffers van 14 jaar en ouder een 100%-regel zal gaan gelden. De invoering van een zodanige risicoaansprakelijkheid zal voor deze categorie slachtoffers toch veel doen veranderen. Mocht het zover komen, dan zullen zij het overmachtverweer niet langer tegengeworpen kunnen krijgen en ook het eigen schuldverweer zou zo goed als afgeschaft zijn. In het reeds (nr. 4) genoemde Justitie-ontwerp zou slechts het verweer dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid bevrijdend zijn voor de gemotoriseerde. Juist bij slachtoffers die ouder zijn dan 14 jaar rijst de vraag wanneer zich het geval van 'bewuste roekeloosheid' voordoet. Wanneer dat al het geval is bij rijden door rood licht of het afsnijden van een bocht, kon het verweer nog wel eens van groter praktisch belang blijken dan de bedoeling lijkt te zijn (zie hiervoor nr. 8). Dat geldt in het bijzonder voor die gevallen die onder vigeur van art. 185 W.V.W. zouden hebben geleid tot toepassing van art. 6:101 (gedeeltelijke vergoeding).

Positie regresnemer

17. Billijkheidsregels niet van toepassing

In nr. 2 is reeds uiteengezet dat een groot deel van de verkeersschade in eerste instantie wordt vergoed door particuliere en sociale verzekeringen en uit sociale voorzieningen. Voor dat deel van de schade wordt de veroorzaker of diens aansprakelijkheidsverzekeraar nu geconfronteerd met de verzekeraar of de uitkeringsinstantie (hierna regresnemer), die een regresrecht hebben krachtens subrogatie of krachtens een wettelijke bepaling. Hoewel het recht van de regresnemer in belangrijke mate is afgeleid van het recht van het slachtoffer zelf, is de vraag of en in hoeverre de posities van slachtoffer en regresnemer overeenkomen. Deze vraag rijst in het bijzonder wanneer wetgever of rechter het slachtoffer een bijzondere bescherming verlenen: moet de regresnemer dan ook van deze bijzondere bescherming profiteren?

(105) Vgl. BOUMAN onder Hof Arnhem 16 juni 1992, V.R., 1993, 75. Zie verder RENCKENS (red.), *Schaderegeling voor slachtoffers*, 1993, p. 197 e.v.

Na een voorzet van de Hoge Raad in H.R. 1 juni 1990, *N.J.*, 1991, 720 C.J.H.B., *V.R.*, 1990, 174 (vWvC) (Ingrid Kolkman) is zowel in de literatuur als in de rechtspraak bepleit dat de (sociale) verzekeraars en de overheid die regres kunnen nemen, niet van de billijkheidscorrectie bij eigen schuld zouden moeten profiteren. In het arrest H.R. 28 februari 1992, *N.J.*, 1993, 566 C.J.H.B., *V.R.*, 1992, 93 (vdH) (I.Z.A./Vrerink) heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt en beslist dat regresnemers niet van de 50%-regel profiteren⁽¹⁰⁶⁾, daarmee afstand nemend van het arrest Ebele Dillema I, waar het billijkheidsoordeel ten gunste van het regresnemende ziekenfonds strekte⁽¹⁰⁷⁾. Nadat de Hoge Raad in r.o. 3.7 heeft geoordeeld dat de eigenaar van het motorrijtuig in ieder geval voor de helft van de schade van de voetganger/fietser aansprakelijk is, wijst hij erop dat in casu niet het slachtoffer zelf, maar de gesubrogeerde verzekeraar I.Z.A. de vordering heeft ingesteld:

„Dat brengt mee dat het hiervoor in 3.7 overwogene toepassing mist. De daar omschreven afweging berust immers op de billijkheid in de verhouding van de tegen aansprakelijkheid verzekerde of verzekeringsplichtige deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer ten opzichte van de fietser of voetganger die slachtoffer van dat verkeer werd en die anders de schade grotendeels persoonlijk zou moeten dragen. Dat billijkheidsargument verliest evenwel zijn gewicht in geval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid.”

Welke argumenten geeft de Hoge Raad voor de regel dat regresnemers niet profiteren van de 50%-regel?

Het belangrijkste argument voor het maken van een onderscheid tussen vorderingen van regresnemende verzekeraars en van het slachtoffer zelf is dat het billijkheidsargument waar de 50%-regel op berust niet opgaat in het geval dat de schade van het slachtoffer reeds vergoed is door een verzekeraar, omdat zijn risico door een collectiviteit van premiebetalenden (waaronder slachtoffers en veroorzakers) wordt gedragen. De door een verzekering aan de kant van het slachtoffer gedekte schade is al gespreid zodat geen verdere spreading plaats hoeft te vinden.

Uit een overweging ten overvloede in de arresten H.R. 1 juni 1990,

(106) In deze zin: Rb. Amsterdam 15 april 1992, *V.R.*, 1993, 21; Rb. Amsterdam 8 april 1992, *V.R.*, 1993, 35; Hof Den Haag 3 november 1993, *V.R.*, 1994, 33; Rb. Zwolle 30 juni 1993, *V.R.*, 1994, 35; Hof Amsterdam 3 februari 1994, *V.R.*, 1995, 48; Hof Leeuwarden 1 juni 1994, *V.R.*, 1995, 49; Rb. Amsterdam 1 februari 1995, *V.R.*, 1995, 175 en Hof Amsterdam 23 februari 1995, *V.R.*, 1996, 93.

(107) H.R. 30 juni 1978, *N.J.*, 1978, 685 G.J.S., *V.R.*, 1979, 61.

N.J., 1991, 720 C.J.H.B., V.R., 1990, 174 (vWvC) (Ingrid Kolkman) en H.R. 31 mei 1991, N.J., 1991, 721 C.J.H.B., V.R., 1991, 119 (vWvC) (Marbeth Van Uitregt) lijkt de Hoge Raad aan de omstandigheid te hechten dat bij een regresvordering de belangen van het kind niet meer daadwerkelijk betrokken zijn. Bij regres gaat het enkel om de financieel-economische belangen van de verzekeraar. Geen 'subrogatie in zieligheid' lijkt de gedachte te zijn(108).

Het derde argument voor het maken van een onderscheid tussen de vordering van het slachtoffer zelf en een vordering van een verhaalzoekende verzekeraar is dat ook de wetgever een onderscheid maakt tussen deze vorderingen. In het arrest I.Z.A./Vrerink merkt de Hoge Raad op dat het onderscheid in vorderingen van het slachtoffer zelf en de regresnemende (sociale) verzekeraar strookt met:

„ ... de gedachte die aan art. 6:197 ten grondslag ligt en die erop neerkomt dat uitbreidingen van aansprakelijkheidsgronden met het oog op de belangen van de slachtoffers niet zonder meer ook voor de regresrechten van hun verzekeraars behoren te gelden.”

De Hoge Raad verwijst hier naar de Tijdelijke regeling verhaalsrechten. Ingevolge deze regeling profiteren regresnemers kort gezegd niet van de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht die de invoering van het nieuwe B.W. in 1992 heeft gebracht. De regeling handhaaft min of meer de status quo: voorzover regresnemers een regresrecht hadden, behouden ze dat, doch van een uitbreiding is geen sprake(109). BRUNNER stelt terecht dat dit argument in het kader van de art. 185 W.V.W.-rechtspraak geen indruk kan maken, omdat het in de zaak I.Z.A./Vrerink gebruikte billijkheidsargument geen verband houdt met uitbreiding van aansprakelijkheidsgronden in het nieuwe B.W.(110).

Het arrest heeft in de praktijk aanleiding gegeven tot een tweetal belangrijke vragen:

- profiteren regresnemers wel van de 100%-regel?; en (bij ontken-nende beantwoording)
- als de bijzondere 50- en 100%-regel dan niet gelden, welke maat-staven worden dan wel in een regresdossier aangelegd (hierna nr. 18)?

(108) Adagium ontleend aan stelling 4 bij het proefschrift van SPIER, *Overeenkomsten met de overheid*.

(109) Zie uitgebreid over art. 6:197 B.W. VAN MAANEN en RÖMERS, *De Tijdelijke regeling verhaalsrechten*, 1994.

(110) BRUNNER in zijn noot bij H.R. 28 februari 1992, N.J., 1993, 566, V.R., 1992, 93 (vdH) (I.Z.A./Vrerink).

Profiteren regresnemers wel van de 100%-regel? Vrij algemeen is op grond van het arrest I.Z.A./Vrerink aangenomen dat regresnemers niet kunnen profiteren van de op de billijkheid gebaseerde regels uit het arrest Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt terzake van respectievelijk eigen schuld en overmacht, hoewel deze kwestie in de beide genoemde arresten uitdrukkelijk in het midden is gelaten. Het Hof Leeuwarden besliste begin 1994 in andere zin(111). Het arrest heeft tot een belangrijke beslissing van de Hoge Raad geleid(112).

Bij een ongeval in Lemmer zijn de twaalfjarige Marloes de Vos als fietster en De Groot als bestuurder betrokken. Het ongeval vindt plaats op een T-splitting. Marloes fietst op de poot van de splitting en rijdt, zonder eerst gestopt te zijn, de kruising op met de bedoeling links af te slaan. De Groot komt voor haar van links aanrijden met een geschatte snelheid van 30 tot 40 km per uur. Struikgewas beperkt het zicht naar rechts op het weggedeelte waar Marloes rijdt. Dat is voor zowel De Groot als Marloes een belemmering. Pas vlak voor het kruisingsvlak zijn zij voor elkaar zichtbaar. Marloes rijdt voordat zij links afslaat over het voor haar linker weggedeelte en snijdt daardoor de bocht voor haar naar links af. Zij raakt uiteindelijk ernstig gewond. I.Z.A. zoekt verhaal voor de door haar gemaakte ziektekosten. Klaverblad, de W.A.M.-verzekeraar van de automobilist, beroept zich op overmacht en subsidiair op eigen schuld van Marloes. De rechtbank wijst het beroep op overmacht af nu niet gezegd kan worden dat de automobilist geen enkel verwijt kan worden gemaakt en wijst ook het beroep op eigen schuld af nu de gedragingen van Marloes niet aan opzet grensden. De regresvordering van I.Z.A. wordt toegewezen. Klaverblad gaat in hoger beroep bij het Hof Leeuwarden tegen de verwerping van het beroep op overmacht en tegen de beslissing dat de bescherming uit de arresten Kolkman en Van Uitregt ook ten goede komt aan regresnemer I.Z.A..

De beslissing van het Hof Leeuwarden komt erop neer dat ook in een regresprocedure slechts overmacht van een slachtoffer beneden de 14 jaar kan worden aangenomen wanneer de aanrijding te wijten is aan opzet of daaraan grenzende roekeloosheid aan de zijde van het kind. Tegen deze beslissing wordt in cassatie ingebracht dat het billijkheidsargument dat ten grondslag ligt aan de rechtspraak van de Hoge

(111) Hof Leeuwarden 12 januari 1994, *N.J.*, 1994, 517.

(112) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145 (Klaverblad/I.Z.A.). Zie de besprekingen van *HUMA*, A.A., 1996, p. 35 e.v. en *HARTLIEF* en *TJITTES*, *N.T.B.R.*, 1996, p. 31 e.v.

Raad zijn gewicht verliest ingeval de schade van het slachtoffer ten laste van een verzekeraar is gekomen. De Hoge Raad(113):

„3.6 Het middel ... treft doel. Zowel de ... tot bescherming van fietsers en voetgangers beneden de leeftijd van veertien jaar strekkende regel (de 100%-regel), als de bij voormeld arrest van 1992 (inzake I.Z.A./Vrerink, TH) aanvaarde regel, die bescherming van volwassen fietsers en voetgangers op het oog heeft (de 50%-regel), berust op de billijkheid in de verhouding van de tegen aansprakelijkheid verzekerde of verzekeringsplichtige deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer ten opzichte van de fietser of voetganger die slachtoffer van dat verkeer werd en die anders zijn schade, voor zover niet door eigen verzekering gedekt, persoonlijk zou moeten dragen.

Ten aanzien van deze beide categorieën van fietsers en voetgangers verliest dit billijkheidsargument zijn gewicht ingeval de schade ten laste van een verzekeraar is gekomen, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid. Mede in aanmerking genomen dat beide regels de resultante zijn van dezelfde rechtsontwikkeling (vgl. het arrest van 1992 rov. 3.7), bestaat voor een uiteenlopend regime ten aanzien van regresvorderingen dan ook geen genoegzame rechtvaardiging.”

De vraag of regresnemers profiteren van de in Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt gegeven regels is dus ontkennend beantwoord(114). Vervolgens rijst de vraag welke regels er in dan wel in een regresprocedure gelden.

18. Welke normen gelden dan wel in een regresprocedure?

De Hoge Raad geeft aan dat na verwijzing alsnog moet worden beoordeeld of het beroep op overmacht terecht is en wanneer het faalt in hoeverre de vergoedingsplicht van de bestuurder moet worden verminderd. Over het voor het beroep op *overmacht* aan te leggen criterium geeft de Hoge Raad geen informatie, maar reeds uit het arrest ABP/Winterthur(115) kan naar mijn mening worden afgeleid dat daarvoor het ‚rechtens geen enkel verwijt’-criterium geldt alsmede de in dat arrest gegeven aanwijzingen voor de bewijslastverdeling (hiervoor nrs. 10 en 11)(116). Dat blijkt eigenlijk ook uit het arrest Plomp/Ketelaar(117) dat mede betrekking heeft op regresvorderingen

(113) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145.

(114) Reeds in de zin van de 2 juni-arresten: Rb. Amsterdam 24 oktober 1990, *V.R.*, 1991, 12; Hof Den Haag 15 juni 1993, *V.R.*, 1994, 34; Rb. Leeuwarden 4 november 1993, *V.R.*, 1994, 160 (vWvC); Hof Den Haag 18 januari 1994, *V.R.*, 1994, 192 (H.A.B.); Rb. Breda 15 februari 1994, *V.R.*, 1995, 188 en Hof Den Haag 18 april 1995, *V.R.*, 1996, 23.

(115) H.R. 22 mei 1992, *N.J.*, 1992, 527, *V.R.*, 1992, 94.

(116) Zie HARTLIEF en TUITES, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1994, p. 114 en ASSER in zijn conclusie voor het arrest van 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145 sub 2.21-2.23.

(117) H.R. 16 februari 1996, *N.J.*, 1996, 393, *V.R.*, 1996, 195.

van de Staat en het ABP. In dat arrest wordt inderdaad op alle drie de vorderingen (van het slachtoffer zelf, van het ABP en van de Staat) het 'rechtens geen enkel verwijt'-criterium aangelegd. Naar mijn mening geldt dat criterium in een regresdossier ongeacht de leeftijd van het slachtoffer. Dat betekent dat het ook geldt wanneer het eigenlijke slachtoffer jonger dan 14 jaar is, een geval waarin het overmachtberoep in het kader van de vordering van het slachtoffer zelf eigenlijk is afgeschaft (zie hiervoor nr. 6).

De Hoge Raad legt in de arresten van 2 juni 1995 wel uit hoe het beroep op *eigen schuld* moet worden behandeld(118). Ik herhaal de reeds eerder (hiervoor nr. 13) gegeven overwegingen:

„3.7 .. Zodanige vermindering dient te geschieden door toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 lid 1. Deze toepassing houdt een causaliteitsafweging in die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het weggedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen.”

De Hoge Raad vervolgt:

„Bij deze beoordeling komt het derhalve niet aan op de mate van verwijtbaarheid van een en ander. Weliswaar zal, naarmate een gedraging gevaarlijker is, de mate van haar verwijtbaarheid doorgaans toenemen, maar noodzakelijk is dit niet. Met name ten aanzien van jeugdige kinderen kan het geval zich zeer wel voordoen dat sprake is van hoogst gevaarlijk weggedrag, dat aan het kind nochtans niet kan worden verweten, gezien zijn — aan zijn leeftijd eigen — beperkte inzicht in het aan zijn gedragingen verbonden gevaar en zijn beperkt vermogen zich naar dat inzicht te gedragen.”

Tenslotte:

„Beoordeling van de mate van verwijtbaarheid komt eerst aan de orde bij toepassing van de in art. 6:101 lid 1 tevens vervatte billijkheidscorrectie. Niet uitgesloten is dat ook in gevallen als het onderhavige voor zodanige toepassing grond bestaat.”

In ieder geval geldt hetgeen in nr. 13 met betrekking tot de causale verdeling is betoogd. Wat het laatste geciteerde zinnetje betekent, is echter onduidelijk. Misschien is het de bedoeling van de Hoge Raad dat in regresprocedures op basis van een causale verdeling wordt afgerekend en wil hij met de laatste geciteerde zin slechts de *mogelijkheid* van een uitzondering in een zeer bijzonder geval openlaten(119).

(118) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 118, *V.R.*, 1995, 145.

(119) In *Rb. Amsterdam* 1 februari 1995, *V.R.*, 1995, 175 (overstekende bejaarde; geen overmacht; verdeling) en *Hof Amsterdam* 23 februari 1995, *V.R.*, 1996, 93 (rechts lopende voetgangers vanachter aangereden; donker; rekening houden met deze mogelijkheid; 25% eigen schuld) wordt expliciet een beroep op een billijkheidscorrectie afgewezen. Het is niet uitgesloten dat bedoeld wordt een eventuele correctie ten nadele van regresnemers. Daartegen bestaat minder bezwaar dan tegen een correctie in hun voordeel zoals hierna wordt besproken.

In deze uitleg is de betekenis van billijkheidscorrecties voor regresnemers zeer klein.

Het is echter ook mogelijk dat de Hoge Raad inderdaad in iedere regrescasus beoordeeld wil zien of er reden is voor een correctie op de causale verdeling in verband met de al dan niet beperkte mate van verwijtbaarheid van het verkeersgedrag⁽¹²⁰⁾. De laatste geciteerde overweging suggereert inderdaad dat een correctie op de causale verdeling gezien de beperkte verwijtbaarheid ten voordele strekt van een regresnemer als in casu I.Z.A.. In het arrest inzake Zwolsche Algemeene/Stichting RZMN⁽¹²¹⁾ was een dergelijke correctie ten voordele van een regresnemer aangenomen. In deze zaak is opnieuw de eigen schuld van een jong kind aan de orde. Nu is echter niet onverkort de *regel* van Ingrid Kolkman (geen eigen schuld behoudens opzet of daaraan grenzende roekeloosheid) toegepast doch heeft een regresnemer geprofiteerd van een billijkheidscorrectie ten gunste van het kind gezien de bijzondere omstandigheden van dit *specifieke geval*.

De zaak betreft een aanrijding in Vianen waarbij het vijf jaar oude meisje Quafa El Ayachi en de heer Flad betrokken zijn. Laatstgenoemde rijdt met een snelheid van ongeveer 30 km per uur over de weg wanneer ter hoogte van een kruising Quafa van achter een VW-bus die geparkeerd staat aan de voor Flad linkerzijde van de weg, pal op de hoek van de kruising, plotseling de weg oversteekt en door Flad wordt aangereden. Flad heeft van tevoren kinderen op het voor hem linker trottoir zien lopen, verder is hem bekend dat er scholen zijn en dat het de tijd is dat de scholen uitgaan.

Het meisje raakt gewond en het Ziekenfonds zoekt verhaal. Naar aanleiding van deze regresvordering wordt door de W.A.M.-verzeekaar een beroep gedaan op overmacht en subsidiair op eigen schuld van het vijf jaar oude slachtoffer aan wie de schade volgens de Zwolsche Algemeene zo al niet geheel dan toch grotendeels moet worden toegerekend omdat het meisje een haar toerekenbare verkeersfout heeft gemaakt. Rechtbank en Hof hebben deze verweren verworpen. In cassatie is alleen de verwerping van het beroep op eigen schuld aan de orde. Het Hof heeft overwogen dat, gelet op de omstandigheden van het geval en gelet op de leeftijd van het kind, het oversteken van de rijweg door het kind een fout is die tegenover de onvoorzichtige rijwijze van de automobilist in het niet zinkt, zodat de

(120) In deze zin HUMA, A.A., 1996, p. 40 en dezelfde, W.P.N.R. 6216, p. 200.

(121) H.R. 2 juni 1995, RvdW, 1995, 119, V.R., 1995, 146.

aanrijding in redelijkheid niet aan die fout valt toe te rekenen. De Hoge Raad leest deze overweging aldus (r.o. 3.3.)(122):

„ ... dat naar 's Hofs oordeel zowel het weggedrag van Flad als dat van het kind tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, maar dat wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten en de andere omstandigheden van het geval, daaronder begrepen de zeer jeugdige leeftijd van het kind, de billijkheid eist dat de op Flad rustende vergoedingsplicht geheel in stand blijft.”

Onderdeel 1 verwijt het Hof de vergoedingsplicht van Flad niet naar de eis van art. 6:101 lid 1 te hebben verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Het onderdeel komt er volgens de Hoge Raad (r.o. 3.4) op neer dat in een regresprocedure geen ruimte bestaat om aan de in het slot van art. 6:101 B.W. voorziene billijkheidscorrectie toepassing te geven op de wijze zoals door het Hof is gedaan. Het onderdeel treft doel. De Hoge Raad herhaalt zijn overwegingen uit het arrest Klaverblad/I.Z.A. geheel (zie hiervoor) en vernietigt het arrest.

Ik interpreteer het arrest zo dat een regresnemer niet profiteert van een billijkheidscorrectie in het voordeel van het slachtoffer die enkel terug te voeren is op de leeftijd van het slachtoffer. De sleutel zit dan waarschijnlijk in de wijze waarop de individuele billijkheidscorrectie in casu tot stand was gekomen. De Hoge Raad geeft het middel-onderdeel in r.o. 3.4 ook zo weer dat het er op neerkomt dat in een regresprocedure geen ruimte bestaat om aan de in het slot van art. 6:101 B.W. voorziene billijkheidscorrectie toepassing te geven op de wijze zoals door het Hof is gedaan(123). Het Hof lijkt een soort 'bloot' beroep op de leeftijd van het kind te doen. Dat staat de Hoge Raad dan waarschijnlijk niet toe. De feitelijke rechter zou dan wel een billijkheidscorrectie aan mogen nemen gezien de (beperkte) mate van verwijtbaarheid waarbij uiteraard de leeftijd van het kind de achtergrond vormt. Van een dergelijke correctie kan een regresnemer dan kennelijk wel profiteren. Dit houdt tevens in dat de rechter goed moet motiveren waarom hij tot een correctie komt(124). Een enkel beroep op de leeftijd van het kind is daarvoor kennelijk niet genoeg. Uiteindelijk wordt het de feitenrechter niet makkelijk gemaakt. Naar mijn

(122) H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 119, *V.R.*, 1995, 146.

(123) De Hoge Raad noemt ook het niet profiteren van de op de billijkheidscorrectie gebaseerde *regel* in H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 120, *V.R.*, 1995, 120 (H.A.B.) Van Keulen/Trias. Dat laat toch ruimte voor een individuele correctie.

(124) Zie in dit verband juist H.R. 2 juni 1995, *RvdW*, 1995, 120, *V.R.*, 1995, 147 (H.A.B.) (hiervoor behandeld).

mening is het nauwelijks mogelijk onderscheid te maken tussen wat de Hoge Raad kennelijk wel toestaat en een beroep op enkel de leeftijd van het kind. Leeftijd, het 'kennen en kunnen'-criterium(125) en (de mate van) verwijtbaarheid hangen bijna onlosmakelijk met elkaar samen.

De vraag blijft wanneer er nu precies reden is voor toepassing van een dergelijke correctie. Beslissend lijkt het inzicht in het gevaar en het vermogen om zich naar dat inzicht te gedragen. In de regel zal dat inhouden dat hoe ouder het kind is des te minder snel reden bestaat voor correctie(126). Wat deze correctie dan inhoudt, is ook niet direct duidelijk: leidt zij tot een andere verdeling of zelfs tot het niet aannemen van eigen schuld? In dat laatste geval zou subrogatie in zieligheid tot de mogelijkheden behoren.

19. Subrogatie in zieligheid?(127)

HJMA legt de onduidelijke overweging over de positie van de regresnemer zo uit(128) dat de Hoge Raad inderdaad in iedere regrescasus beoordeeld wil zien of er reden is voor een correctie op de causale verdeling in verband met de al dan niet beperkte mate van verwijtbaarheid van het verkeersgedrag. Als dat juist is, bestaat het gevaar dat regresnemers in zieligheid subrogeren.

Laat ik dit toelichten aan de hand van een helaas regelmatig voorkomend geval; een ongemotoriseerd slachtoffer jonger dan 14, laten we uitgaan van 10 jaar, met ernstig letsel. Ingevolge de 100%-regel wordt de vordering van het kind zelf (toekomstige inkomensschade, smartegeld), behoudens het bijna hypothetische geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid, volledig vergoed zonder dat op het punt van de eigen schuld hoeft te worden gekeken naar de precieze subjectieve omstandigheden aan de zijde van het kind als kennis, inzicht en vermogen zich daarnaar te gedragen. Maar dan de vordering van een eventuele regresnemer (ziektekostenverzekeraar, ziekenfonds). Deze profiteert niet van de 100%-regel; er dient een causale verdeling te worden gemaakt waarbij, nogmaals (zie hiervoor nrs. 13

(125) Vgl. H.R. 9 december 1966, *N.J.*, 1967, 69 GJS, *V.R.*, 1967, 45 (P) (Joke Stapper).

(126) Aan de andere kant is de vergaande Kolkman-rechtspraak, die heeft geleid tot een bijna volledige afschaffing van het eigen schuldverweer bij kinderen beneden de 14, als zodanig gebaseerd op onder meer de impulsiviteit en onberekbaarheid van kinderen. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat correcties ook bij kinderen tot ca. 14 jaar gerechtvaardigd (kunnen) zijn.

(127) Dit onderdeel is mede gebaseerd op mijn bijdrage in *N.J.B.*, 1996, p. 1047 e.v.

(128) HJMA, A.A., 1996, p. 40 en dezelfde, *W.P.N.R.* 6216, p. 200.

en 18), van de leeftijd van het kind wordt geabstraheerd. In hoeverre was het gedrag van het slachtoffer los van zijn leeftijd toerekenbaar (of zo men wil verwijtbaar) gevaarzettend? Hierbij blijft buiten beschouwing de eventuele beperkte *mate* van verwijtbaarheid van het verkeersgedrag. Zo doet het er niet toe dat een kind van 10 *in het algemeen* geen inzicht pleegt te hebben in het gevaar dat aan dergelijk verkeersgedrag is verbonden. En zo doet het er al helemaal niet toe dat *dit* kind *in het bijzonder*, gezien zijn eventuele achtergebleven ontwikkeling(129), zijn gedrag in subjectieve zin niet kan worden verweten. Dit soort overwegingen zou slechts aan bod komen bij de secundaire maatstaf van art. 6:101 lid 1, de billijkheidscorrectie, waarvoor kennelijk (zie hiervoor nr. 18) in de optiek van de Hoge Raad plaats is in een regresprocedure. HJMA geeft het volgende voorbeeld(130): het is mogelijk dat de causale verdeling 3:1 ten nadele van het kind oplevert, doch de *mate* van verwijtbaarheid van het respectievelijke verkeersgedrag op 1:3 ten nadele van de gemotoriseerde moet worden gewaardeerd, zodat in zijn visie uiteindelijk de helft van de regresvordering zal moeten worden voldaan. Ik sluit niet uit dat de interpretatie van HJMA juist is en dat dit helaas de bedoeling is van de Hoge Raad. Ik acht deze benadering echter onjuist. In het door mij gegeven voorbeeld zouden in de uitleg van HJMA de subjectieve omstandigheden van het geval buiten beschouwing blijven voorzover het gaat om de vordering van het kind zelf (nu zijn schade gewoon volledig wordt vergoed), doch zouden zij op tafel komen wanneer het gaat om de vordering van de regresnemer. Het is dan zelfs mogelijk dat in de regresprocedure getuigenverhoren worden gehouden en deskundigenonderzoeken bevolen in verband met 'kennen en kunnen' van het concrete slachtoffer. Deze kunnen uiteindelijk leiden tot een correctie op de causale verdeling en daarmee tot subrogatie in zieligheid. Subrogatie in zieligheid in de meest letterlijke zin want anders dan bij de billijkheids*regels* gaat het hier niet om *algemene* billijkheidsfactoren als slachtofferbescherming, doch om de subjectieve en persoonlijke omstandigheden van het *specifieke* slachtoffer.

Ik zou menen dat in regresprocedures slechts op basis van de causale

(129) Dit is niet een geval ontsproten aan het brein van een studeerkamergeleerde, maar heeft min of meer centraal gestaan in het arrest Anja Kellenaers. Dat meisje was echter ten tijde van het ongeval reeds 14 jaar oud.

(130) HJMA, W.P.N.R. 6216, p. 200.

verdeling zou moeten worden afgerekend⁽¹³¹⁾; dat de concrete aspecten van het geval buiten beschouwing blijven is door de wet van de grote getallen niet erg; nu eens profiteert de regresnemer van de zoveel mogelijk geobjectiveerde maatstaf van de causale verdeling, dan weer de aansprakelijkheidsverzekeraar.

20. Toekomstperspectief

De toekomstige positie van regresnemers is na de kritische ontvangst van het meer genoemde Justitie-ontwerp niet geheel duidelijk. In het Ontwerp was voorzien in de opneming van de beoogde regeling van titel 8.14 in art. 6:197 (de Tijdelijke regeling verhaalsrechten), zodat regresnemers bij hun verhaal op de aansprakelijke persoon geen gebruik kunnen maken van de bijzondere regeling in boek 8 doch zijn aangewezen op art. 6:162 B.W. Het meest waarschijnlijk is dat een toekomstige risicoaansprakelijkheid jegens ongemotoriseerden inderdaad onder het bereik van art. 6:197 B.W. zal worden gebracht.

Dat regresnemers zijn aangewezen op art. 6:162 B.W. zou voor hen ten opzichte van de situatie onder vigeur van art. 185 W.V.W. een verslechtering van hun positie inhouden. In het kader van art. 185 W.V.W. profiteren zij immers bijvoorbeeld wel degelijk van het strenge overmachtverweer en de gunstige bewijslastverdeling.

Wanneer ook voor een risicoaansprakelijkheid in combinatie met een beperkt eigen schuldverweer zou worden gekozen ten opzichte van inzittenden (hiervoor nr. 4 en hierna nr. 27), zou opnieuw het meest waarschijnlijk zijn dat deze aansprakelijkheid onder het bereik van art. 6:197 B.W. wordt gebracht. Regresnemers zouden zich derhalve in zoverre, net als nu reeds het geval is, moeten baseren op art. 6:162 B.W.

Positie gemotoriseerde als slachtoffer

21. Reflexwerking

Tot nu toe is in het bijzonder aandacht besteed aan de schade van een ongemotoriseerde die betrokken raakt bij een ongeval met een ge-

(131) In de volgende zaken wordt slechts een causale verdeling of afweging van fouten of schuld gemaakt: Rb. Amsterdam 24 oktober 1990, V.R., 1991, 12; Rb. Amsterdam 15 april 1992, V.R., 1993, 21; Rb. Amsterdam 8 april 1992, V.R., 1993, 35; Hof Den Haag 3 november 1993, V.R., 1994, 33; Hof Den Haag 15 juni 1993, V.R., 1994, 34; Rb. Zwolle 30 juni 1993, V.R., 1994, 35; Hof Den Haag 18 januari 1994, V.R., 1994, 192 (H.A.B.); Rb. Amsterdam 1 februari 1995, V.R., 1995, 175; Rb. Breda 15 februari 1994, V.R., 1995, 188; Hof Den Haag 18 april 1995, V.R., 1996, 23 en Hof Amsterdam 23 februari 1995, V.R., 1996, 93.

motoriseerde als veroorzaker. Het kan uiteraard echter ook zo zijn dat juist de ongemotoriseerde het ongeval veroorzaakt en dat juist de gemotoriseerde schade lijdt (zaakschade, letselschade). Naar huidig Nederlands recht wordt ook de ongemotoriseerde veroorzaker van dergelijke schade in beginsel beschermd.

In het arrest inzake Saskia Mulder heeft de Hoge Raad namelijk reflexwerking van art. 31 W.V.W. (oud) art. 185 W.V.W. aanvaard(132). Reflexwerking houdt in dat wanneer de gemotoriseerde een onrechtmatige daadsvordering tegen de voetganger/fietser instelt om de door hem geleden schade (schade aan het motorrijtuig, andere zaakschade, letselschade) te verhalen, art. 185 W.V.W. van overeenkomstige toepassing is. Op de vordering van de gemotoriseerde is derhalve dezelfde maatstaf van toepassing als op de vordering van het ongemotoriseerde slachtoffer. Uiteindelijk komt dit volgens de Hoge Raad hierop neer dat de gemotoriseerde zijn schade slechts *volledig vergoed* krijgt ingeval van 'overmacht'(133). Is overmacht *niet* aanwezig dan blijft de schade in beginsel *gedeeltelijk voor rekening van de gemotoriseerde*. Welk gedeelte voor zijn rekening blijft, is in het bijzonder afhankelijk van de mate waarin de fout van de voetganger/fietser enerzijds en de „in het licht van art. 185 W.V.W. aan het motorrijtuig toe te rekenen omstandigheden” anderzijds tot de schade hebben bijgedragen. Uiteindelijk wordt de gemotoriseerde het Betriebsgefahr (zie ook hiervoor nr. 17) als 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 B.W. toegerekend. Deze beslissing baseert de Hoge Raad op de strekking van art. 185 W.V.W.: het zou niet met deze strekking stroken dat de niet door het motorrijtuig vervoerde personen onverkort aansprakelijk zouden zijn op grond van het gemene recht voor schade aan het motorrijtuig. Het gevolg zou namelijk zijn dat deze personen de bescherming ontberen tegen de gevolgen van het zich verwezenlijken van gevaren die zijn verbonden aan het rijden met een motorrijtuig.

Er wordt in de doctrine wel een *uitzondering* op de reflexwerking gemaakt in die gevallen waarin de schade van de gemotoriseerde niet door een particuliere of sociale verzekering gedekt is(134). In de praktijk betekent dit, dat reflexwerking wordt afgewezen wanneer de gemotoriseerde onverzekerde schade vordert. Daarbij gaat het

(132) H.R. 6 februari 1987, *N.J.*, 1988, 57 C.J.H.B., *V.R.*, 1987, 35 (vWvC).

(133) Zie bijvoorbeeld Ktr. Den Haag 11 november 1993, *V.R.*, 1994, 123 en Ktr. Hilversum 2 maart 1994, *V.R.*, 1994, 162. Het gaat uiteraard om een situatie die in het kader van de vordering van de ongemotoriseerde een overmachtsituatie zou opleveren.

(134) Vgl. BLOEMBERGEN in zijn conclusie onder 6.4 en 8.1 voor het arrest Saskia Mulder, KORTMANN, A.A., 1987, p. 642 en KLAASSEN, *Risico-aansprakelijkheid*, diss., p. 306.

om immateriële schade (smartegeld) en de top van het inkomen. Over onverzekerde zaakschade wordt wisselend geoordeeld(135). Het afwijzen van reflexwerking ingeval van onverzekerde schade houdt dan in dat het Betriebsgefahr niet als eigen schuld wordt aangerekend, doch laat — behoudens een billijkheidscorrectie — de toerekening van andere causale omstandigheden (verkeersfouten, gebrekkig functionerende remmen etc.) onverlet. Nu de reflexwerking van art. 185 W.V.W. in wezen berust op het als eigen schuld aan de gemotoriseerde toerekenen van de omstandigheid dat hij een motorrijtuig bestuurt, kan een uitzondering op de reflexwerking als een *billijkheidscorrectie* worden aangemerkt.

Onduidelijk is of ook de bestuurder/niet-eigenaar de reflexwerking kan worden tegengeworpen(136). Het is de vraag of de ongemotoriseerde bij al dan niet reflexwerking afhankelijk mag zijn van de toevallige omstandigheid dat hij al dan niet door de eigenaar/houder wordt aangereden. De tegenwerping dat dat in het algemeen voor toepassing van art. 185 W.V.W. geldt, is misschien minder juist tegen de achtergrond van de in nr. 15 behandelde overweging in het arrest I.Z.A./Vrerink dat overeenkomstige toepassing van de regels van art. 185 W.V.W. in het kader van een onrechtmatige-daadsvordering plaatsvindt.

22. Reflexwerking van de 50%- en 100%-regel

De reflexwerking van Saskia Mulder leidt tot volledige vergoeding van de schade van de gemotoriseerde in geval van overmacht en tot gedeeltelijke vergoeding bij wat in de art. 185 W.V.W.-procedure eigen schuld van de voetganger/fietser zou hebben opgeleverd. In de praktijk bestaat de nodige onduidelijkheid over de vraag of voor het aannemen van overmacht dan wel eigen schuld de 50%- en 100%-regels gelden. Geldt exact dezelfde maatstaf? Anders gezegd hebben ook deze regels reflexwerking? Alvorens aandacht te besteden aan de argumenten die in de discussie worden gewisseld eerst de consequenties van overeenkomstige toepassing van deze regels(137).

Wanneer de voetganger/fietser de leeftijd van 14 jaar nog niet heeft bereikt, betekent dit dat de gemotoriseerde slechts vergoeding krijgt

(135) Vgl. BOLT, *V.R.*, 1993, p. 179.

(136) Zie ontkennend Hof Amsterdam 31 maart 1994, *V.R.*, 1995, 11. Annotator VAN WASSENAER VAN CATWIJCK meent dat de ongemotoriseerde niet van een dergelijke toevallige omstandigheid afhankelijk mag zijn.

(137) Zie HARTLIEF, *WPNR* 6062 en HARTLIEF en TJITTES, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1994, p. 117 e.v.

ingeval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid van het kind(138). Is de niet gemotoriseerde 14 jaar of ouder dan zou hij behalve in geval van overmacht voor de gemotoriseerde of opzet of daaraan grenzende roekeloosheid tot vergoeding van maximaal 50% van de schade van de gemotoriseerde veroordeeld worden(139).

BOUMAN is tegen een te rigoureuze doorwerking van de 50%- en 100%-regel(140). Hij wijst erop dat het gaat om de gevallen waarbij verscheidene partijen elkaar over en weer toerekenbaar schade berokkenen en waarbij ieder dus zowel dader als benadeelde is(141). Hij neemt daarom de causale verdeling als uitgangspunt. Naar de mening van BOUMAN is bij de reflexwerking voldoende dat het causale deel, waaronder in zijn optiek ook het Betriebsgefahr behoort te worden gebracht, aan de gemotoriseerde wordt toegerekend. Voor zover de schade van de voetganger/fietser aan de gemotoriseerde wordt toegerekend op grond van de billijkheidscorrectie zou geen reflexwerking plaatsvinden(142). Het zou naar zijn mening wel mogelijk zijn dat een billijkheidscorrectie *ten behoeve van de gemotoriseerde* plaatsvindt. Dat zou bijvoorbeeld aangewezen zijn wanneer het gaat om onverzekerde schade aan de kant van de gemotoriseerde, terwijl de voetganger/fietser tegen aansprakelijkheid verzekerd is(143). Kort en goed komt het op het volgende neer:

(138) Vgl. VAN WASSENAER VAN CATWICK, V.R., 1992, p. 82. Zie in deze zin Ktr. 's-Hertogenbosch 16 januari 1992, N.J., 1992, 314 in welk vonnis geen opzet of daaraan grenzende roekeloosheid wordt aangenomen van een 8-jarige jongen die in het donker door een opening in een heg de weg op fietst; zowel de vordering van de automobilist als van zijn verzekeraar worden afgewezen. In Ktr. Leiden 24 juni 1992, V.R., 1993, 51 wordt voor de overmachtvraag opzet of daaraan grenzende roekeloosheid vereist. Uiteindelijk brengt de Ktr. op grond van de regel uit het arrest I.Z.A./Vrerink 50% voor rekening van de fietser, nu de schade in de regel gering is en bovendien gedekt door een aansprakelijkheidsverzekering. In Ktr. Delft 22 oktober 1992, V.R., 1993, 116 werd geen overmacht aangenomen en bleef 50% van de schade voor rekening van de automobilist. Voor een grotere mate van eigen schuld was geen reden nu de fietser tegen aansprakelijkheid verzekerd was. De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf heeft laten doorschemeren dat de reflexwerking van de 100%-regel minder voor de hand ligt. Zie RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 2 maart 1992, V.R., 1993, 107 en RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 30 maart 1992, V.R., 1993, 108 (vWvC).

(139) In deze zin Ktr. Delft 22 oktober 1992, V.R., 1993, 116; Rb. Utrecht 9 juni 1993, V.R., 1993, 137 (vWvC) en Rb. Amsterdam 9 maart 1994, V.R., 1994, 161 (vWvC).

(140) Zie BOUMAN, *Verzekeeringsrechtelijke berichten* 1992, p. 10-11, dezelfde, in *In volle verzekerdheid* (VAN WASSENAER VAN CATWICK-bundel), p. 205 e.v. en dezelfde, V.R., 1994, p. 33 e.v.

(141) Zie vooral BOUMAN, in *In volle verzekerdheid*, p. 207.

(142) In dezelfde zin VAN DER NAT, (*Nieuw*) B.W. en *personenschade*, Vereniging van Letselschadeadvocaten 1992, p. 83.

(143) In de opvatting van BOUMAN komt een bijna beslissende betekenis toe aan de vraag of de voetganger of fietser tegen aansprakelijkheid verzekerd is. Zie voor de invloed van AVP-dekking: Ktr. Leiden 24 juni 1992, V.R., 1993, 51; Ktr. Delft 22 oktober 1992, V.R., 1993, 116; Ktr. Gouda 16 december 1993, V.R., 1994, 124 en Rb. Utrecht 9 juni 1993, V.R., 1993, 137 (vWvC).

a. eerst wordt een causale verdeling vastgesteld: of en zo ja in hoeverre heeft iedere benadeelde zijn eigen schade zelf (mede)veroorzaakt? Daarmee is de maat gegeven voor over en weer ontstane vergoedingsplichten. Dat geldt ook voor de regresvordering van verzekeraars.

b. als tweede stap wordt voor iedere vorderingsgerechtigde, zowel benadeelde als regresnemer — afzonderlijk en eventueel per schade-soort — bekeken of de billijkheid misschien een andere verdeling eist.

VAN WASSENAER VAN CATWIJCK neemt de reflexwerking van Saskia Mulder als uitgangspunt en zoekt de sleutel uiteindelijk in het arrest I.Z.A./Vrerink(144). Naar zijn mening zijn de regels van Ingrid Kolkman en Marbeth van Uitregt niet van overeenkomstige toepassing op de vordering van de gemotoriseerde, omdat door de werking van de artt. 6:164 en 6:169 lid 1 B.W. uiteindelijk de ouders van het kind zouden profiteren(145). Daarom geldt behoudens overmacht en behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, ongeacht de leeftijd van de ongemotoriseerde veroorzaker, steeds het percentage uit het arrest I.Z.A./Vrerink: in beginsel komt 50% van de schade van de gemotoriseerde voor eigen rekening. De rechtvaardiging daarvan is gelegen in het aan het gebruik van motorrijtuigen inherente gevaar. Naar de mening van VAN WASSENAER VAN CATWIJCK heeft de Hoge Raad in het arrest I.Z.A./Vrerink juist dat risico op 50% ingeschat(146).

De WA-verzekeraars hebben de opvatting van VAN WASSENAER VAN CATWIJCK tot de hunne gemaakt. Naar aanleiding van de bestaande onzekerheid hebben de AVP-verzekeraars binnen het Verbond van Verzekeraars in de loop van 1992 een advies gegeven(147), dat begin 1995 is aangepast (148). Behoudens overmacht en behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid geldt steeds, ongeacht de leeftijd van de ongemotoriseerde, de (reflexwerking van de) regel uit het arrest I.Z.A./Vrerink: in beginsel komt 50% van de schade van de gemotoriseerde voor eigen rekening vanwege het aan gemotoriseerd

(144) Zie vooral VAN WASSENAER VAN CATWIJCK, in *C.J.H.B. (Brunner-bundel)*, p. 435 e.v. en dezelfde, *V.R.*, 1994, p. 254 e.v.

(145) Zie over de aansprakelijkheid van ouders onder het oude recht Ktr. Maastricht 1 november 1989, *V.R.*, 1991, 13 (HThB) en verder Ktr. Gouda 16 december 1993, *V.R.*, 1994, 124.

(146) Zie in dit verband Ktr. Leiden 24 juni 1992, *V.R.*, 1993, 51.

(147) Zie RENCKENS (red.), *Schaderegeling voor slachtoffers*, 1993, p. 180.

(148) Circulaire A.A.A. 95/3. Onduidelijk is wat in een regresprocedure geldt, nu de circulaire daar geen betrekking op heeft. Zie in dit verband LUITEN, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1992, p. 50.

verkeer verbonden gevaar. Ingeval van fouten aan de kant van de gemotoriseerde is dit — behoudens een billijkheidscorrectie — zelfs een hoger percentage(149).

23. Toekomstperspectief

Ik meen te weten dat de reflexwerking in het meer genoemde Justitie-ontwerp zou worden gecodificeerd. Daarbij zou voor de oplossing van VAN WASSENAER VAN CATWIJCK worden gekozen. Zie hierna nr. 33.

BESCHERMING OP BASIS VAN Art. 6:162 B.W.

Positie bestuurder en inzittende

24. Onrechtmatige daadsactie

De positie van de bestuurders en inzittenden van een motorrijtuig is minder benijdenswaardig dan die van de ongemotoriseerde verkeers-deelnemers (hiervoor nr. 3). Voor de bestuurders staat in beginsel slechts de weg van art. 6:162 B.W. open, zij hebben slechts aanspraak op vergoeding in geval van een fout van een ander. Zijn zij zelf (geheel of gedeeltelijk) schuldig, dan kunnen zij hun schade (geheel of gedeeltelijk) niet verhalen.

Ook voor de inzittende staat slechts de weg van art. 6:162 B.W. open(150). Art. 185 W.V.W. heeft immers slechts betrekking op niet door het motorrijtuig vervoerde personen, waarbij het overigens, het is in nr. 15 gebleken, niet uitgesloten is dat de rechtspraak in het kader van art. 185 W.V.W. wel enige betekenis heeft voor de positie van de inzittenden.

25. Schadeverzekering voor Inzittenden

Zowel voor bestuurder als inzittende kan de Schadeverzekering voor Inzittenden van belang zijn (hiervoor nr. 2). Deze verzekering geeft

(149) Inmiddels tegen deze uitkomst DE JAGER en MES, *V.R.*, 1996, p. 71 die betogen dat de schadevergoedingsplicht van de ongemotoriseerde wordt bepaald door de causale maatstaf, inclusief de gevaarzetting door het motorrijtuig en een mogelijke correctie op grond van de ernst van de gemaakte fouten. Dat zou inhouden dat de automobilist eventueel meer dan 50% van zijn schade vergoed zou krijgen, hetgeen in de opvatting van VAN WASSENAER VAN CATWIJCK en de W.A.-verzekeraars slechts mogelijk is in geval van „overmacht”.

(150) SPIER, *N.J.V.-preadvies* 1996, p. 222 wijst terecht nog op de rol van het Waarborgfonds in die gevallen waarin niet duidelijk is wie de aansprakelijke persoon is.

een schadeloosstelling aan inzittenden van de verzekerde auto, wanneer zij door een ongeval of aanrijding schade oplopen. De verzekering komt tot uitkering ongeacht de vraag of iemand aansprakelijk is voor het ongeval en ongeacht eigen schuld van een verzekerde. Allen die in de verzekerde auto zitten (inclusief de bestuurder) zijn verzekerd. Andere verzekeringen, afgezien van aansprakelijkheidsverzekeringen, of andere voorzieningen waarop een verzekerde aanspraak kan maken, gaan voor(151).

26. Schuldloze derde-regeling

Voor inzittenden kan de Schaderegeling Schuldloze Derde (een bedrijfsregeling van de afdeling Motorrijtuigen van de Sector Schadeverzekering van het Verbond van Verzekeraars) van belang zijn. Deze regeling beoogt een vlotte behandeling van de claim van de schuldloze derde, en als zodanig is de inzittende sinds kort(152) in de regel te beschouwen, indien behalve de schuldloze derde twee of meer verkeersdeelnemers bij het verkeersongeval zijn betrokken van wie redelijkerwijs aannemelijk is dat ten minste één van hen schuld treft met betrekking tot het ontstaan van zijn schade(153). De regeling is totstandgekomen toen bleek dat vlotte vergoeding van schade nogal eens uitbleef doordat aansprakelijkheidsverzekeraars het niet eens konden worden over de vraag wie wat moest vergoeden. Artikel 1 van deze regeling(154) houdt in dat de zogenaamde regelende verzekeraar (dat is de bij het ongeval betrokken verzekeraar die door de schuldloze derde als eerste tot schadevergoeding wordt aangesproken) onverwijld overgaat tot behandeling van het schadegeval en tot vergoeding van de schade van de schuldloze derde tegen overdracht door deze van zijn vorderingen uit hoofde van het verkeersongeval. Overigens heeft het Verbond van Verzekeraars pas sinds 23 augustus 1994 zijn leden aanbevolen ook de schuldloze passagier als schuldloze derde in de zin van de bedrijfsregeling aan te merken. De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf acht de regeling ook van toepassing op

(151) RENCKENS (red.), *Schaderegeling voor slachtoffers*, 1993, p. 220.

(152) RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 6 juni 1994, V.R., 1995, 17. Ondanks andersluidende toelichting bij de Bedrijfsregeling. Zie in dit kader VERSCHOOF, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1996, p. 39-40.

(153) De uitspraken van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf hebben in belangrijke mate aan de totstandkoming van de regeling bijgedragen.

(154) Versie van 1 januari 1994.

schade van inzittenden als gevolg van ongevallen van voor die tijd(155).

27. Toekomstperspectief

Het meest opmerkelijke onderdeel van het meer genoemde Justitie-ontwerp bestond in een *verplichte* inzittendenverzekering. De positie van passagiers is in zoverre bijzonder dat indien zij niet de schuld van een veroorzaker kunnen bewijzen zij ook geen vergoeding ontvangen, tenzij de houder van het motorrijtuig waarvan zij inzittende zijn een inzittendenverzekering heeft afgesloten. Om die reden zouden passagiers een betere bescherming verdienen. Anders dan de bestuurder hebben zij ook niet steeds de keus om zich door middel van een inzittendenverzekering te verzekeren. Het voordeel van een dergelijke verplichte verzekering zou zijn dat passagiers te allen tijde hun schade vergoed krijgen, ook in situaties waarin ofwel niet te bewijzen is wie schuldig is aan het ongeval dan wel geen schuldige valt aan te wijzen. De bestuurder zou niet onder de verplichte dekking vallen; hij zou zich vrijwillig moeten verzekeren. Doet hij dat niet, dan is hij aangewezen op de op fout gebaseerde aansprakelijkheid van art. 6:162 B.W. Ingeval van een eenzijdig ongeval is hij hoe dan ook aangewezen op eigen voorzieningen. Voor passagiers is dat in zoverre anders dat zij doorgaans niet degene zijn die voor het motorrijtuig waarmee zij meerijden de verzekering sluiten, zodat zij niet de keus hebben zich te verzekeren.

Uiteindelijk is het ontwerp naar verluidt juist op het punt van de positie van de inzittende (en de daarmee samenhangende positie van regresnemers) in de Ministerraad op verzet gestuit. Het meest waarschijnlijke scenario is nu dat gekozen wordt voor een stelsel van risicoaansprakelijkheid in combinatie met afschaffing van het eigen schuldverweer. In theorie zou deze aansprakelijkheid kunnen rusten op de eigenaar of houder van het eigen motorrijtuig dan wel op de eigenaar of houder van het andere motorrijtuig (kruislingse aansprakelijkheid).

Een stelsel van aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het eigen motorrijtuig lijkt te verkiezen boven een risicoaansprakelijkheid van de bestuurder voor de schade van inzittenden van het andere motorrijtuig:

(155) RvT op het Schadeverzekeringsbedrijf 4 december 1995, V.R., 1996, 109 waarover VERSCHOOF, *Verzekeringsrechtelijke berichten* 1996, p. 39-40.

- een stelsel van (kruislingse) risicoaansprakelijkheid kent het nadeel dat bij éézijdige ongevallen een passagier alleen zijn schade vergoed kan krijgen bij schuld van de bestuurder van het eigen motorrijtuig;
- in een stelsel van aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het eigen motorrijtuig zou diens verzekeraar met het oog op preventie effectiever maatregelen (ABS, airbags etc.) kunnen stimuleren (door acceptatiebeleid en premiestelling) dan een verzekeraar die de schade van de passagiers van een aangereden motorrijtuig dekt(156);
- de uitvoeringskosten zijn in een systeem waarbij men de eigen verzekeraar aanspreekt doorgaans lager; en
- in een dergelijk systeem zou de mogelijkheid bestaan de hoogte van de premie af te laten hangen van het risico, in dit geval de inkomenspositie en de gezinssituatie.

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

28. Vergoeding en efficiëntie

In een scherp opstel heeft VANDEN BERGH in mei 1995 in het Rechtskundig Weekblad het toen nieuwe art. 29*bis* van de Belgische W.A.M. besproken(157). Art. 29*bis* werd doorgelicht op (1) aspecten van slachtofferbescherming en (2) rechtseconomische aspecten als preventie. Ik zou dit Belgische voorbeeld willen volgen en vanuit die twee invalshoeken eerst wat algemene opmerkingen willen maken alvorens ik over deelpunten nog iets naders zeg (zie ook hiervoor nr. 3).

Vanuit het oogpunt van *slachtofferbescherming* gaat het in het bijzonder om de vergoeding van schade. Wat dat betreft is in het huidige stelsel sprake van een aantal gaten in de bescherming: a. de bescherming van ongemotoriseerden is niet volledig (overmachtverweer, eigen schuldverweer); b. de bescherming van passagiers is beperkt (immers overgelaten aan art. 6:162 B.W.); en c. de bescherming van bestuurders is beperkt (immers overgelaten aan art. 6:162 B.W.). Vanuit vergoedingsoogpunt is een systeem waarin steeds alle schade van alle slachtoffers wordt vergoed, ideaal. Denken over een dergelijk systeem is echter weinig zinvol. Interessanter is het de meer realistische perspectieven te bekijken.

(156) Zie in dit verband BLOEMBERGEN, V.R., 1995, p. 5.

(157) VAN DEN BERGH, R.W., 1994-1995, p. 1313 e.v.

Wat betreft de positie van de ongemotoriseerden zal waarschijnlijk gekozen worden voor een risicoaansprakelijkheid in combinatie met een drastische beperking van het eigen schuldverweer (nrs. 4, 8 en 16). Dat betekent dat hun bescherming bijna volledig is. Slechts in uitzonderingsgevallen krijgen zij eigen schuld tegengeworpen. In het meest waarschijnlijke scenario zal eenzelfde regime gaan gelden voor inzittenden (nrs. 4 en 27). Dat houdt in dat hun positie vanuit vergoedingsoogpunt aanmerkelijk zal verbeteren ten opzichte van de huidige situatie. De bestuurders komen er ook in de toekomst het meest bekaaid af. Voor hen zal het commune aansprakelijkheidsregime gelden (art. 6:162 B.W.). Dat betekent dat zij, nog even afgezien van de eenzijdige ongevallen, slechts vergoeding krijgen wanneer aan de voorwaarden van art. 6:162 B.W. is voldaan. Vanuit vergoedingsoogpunt zal derhalve sprake zijn van een verbetering van de positie van de ongemotoriseerde slachtoffers van 14 jaar en ouder, van een aanmerkelijke verbetering van de positie van de inzittenden, terwijl de positie van de bestuurder niet verandert.

Vanuit een meer *rechtseconomische* invalshoek(158) is uiteraard interessanter dat (waarschijnlijk) gekozen wordt voor een risicoaansprakelijkheid in combinatie met een ernstige beperking van het eigen schuldverweer. Verkeersongevallen betreffen zogenaamde bilaterale ongevalssituaties, dat wil zeggen dat het ongevalsrisico wordt beïnvloed door twee partijen (dader en slachtoffer). Nu in verkeerssituaties verandering van de activiteit van de automobilist de beste methode is om ongevallen te voorkomen, zou inderdaad een risicoaansprakelijkheid het meest voor de hand liggen(159). Zij zou dan volgens de rechtseconomische analyse wel gecombineerd dienen te worden met een eigen schuldverweer om te bewerkstelligen dat ook het (potentiële) slachtoffer prikkels krijgt de vereiste zorg te betrachten(160). Vanuit deze invalshoek zou in het bijzonder de beperking van het eigen schuldverweer van ongemotoriseerde slachtoffers te betreuren zijn. VAN DEN BERGH wijst in dit kader op de Duitse regeling die weliswaar een risicoaansprakelijkheid inhoudt, doch wel het eigen schuldverweer toelaat, zelfs jegens jongere slachtoffers(161). De

(158) Het is hier niet de plaats om uitgebreide rechtseconomische beschouwingen te geven. Bovendien zijn anderen dan veel deskundiger. Zie behalve het reeds genoemde opstel van VAN DEN BERGH, VAN DEN BERGH en FAURE, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*. Antwerpen/Apeldoorn 1989.

(159) VAN DEN BERGH, R.W., 1994-1995, p. 1317. Een fout-aansprakelijkheid geeft wel een prikkel een bepaalde zorg te betrachten, doch leidt niet tot een optimaal activiteitsniveau.

(160) Hierbij wordt de invloed van verzekeringen even buiten beschouwing gelaten.

(161) VAN DEN BERGH, R.W., 1994-1995, p. 1319-1320.

Fransen Loi Badinter en ook de Belgische regeling van art. 29bis W.A.M. komen er, vooral vanwege de beperkte ruimte van het eigen schuldverweer, veel minder positief af. VAN DEN BERGH(162):

„Dergelijke regels ontnemen uiteraard aan de zogenaamde ‘zwakke’ weggebruikers alle prikkels om efficiënte zorg aan te wenden. Dit kan leiden tot een stijging van het aantal en de ernst van de ongevallen.”,(163)

Uiteraard weet ik dat er vanuit civielrechtelijke invalshoek kritisch wordt aangekeken tegen de preventieve effecten van rechtsregels(164), doch VAN DEN BERGH verwijst ter ondersteuning van zijn stelling naar Amerikaanse literatuur die zou aantonen dat het overstappen op een no fault-systeem zou leiden tot minder zorgvuldig rijden (zie ook hiervoor nr. 3). Overigens zijn ook rechtseconomen niet gefixeerd op de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht; ook in rechtseconomische kringen wordt als het gaat om preventie het grote(re) belang van andere maatregelen bijvoorbeeld op het terrein van veiligheidsregulering onderkend.

Rechtseconomisch bekeken zitten de problemen derhalve niet zozeer in (de uitbreiding van de) risicoaansprakelijkheid — ook de aansprakelijkheidsverzekeraar kan bijvoorbeeld via de verzekeringsvoorwaarden prikkels geven —, maar in de beperking van het eigen schuldverweer. Dit is in de discussie over de positie van ongemotoriseerden in het verkeer toch een factor die moet worden meegewogen(165). Datzelfde geldt voor de stelling van VAN DEN BERGH dat ook kinderen beneden de 14 jaar, zoals in Duitsland, een prikkel tot zorgvuldig gedrag via het eigen schuldverweer zouden moeten krijgen.

29. De positie van ongemotoriseerden

De bijzondere bescherming van ongemotoriseerde verkeersslachtoffers doet overigens (weer) de vraag rijzen waarom juist deze categorie

(162) VAN DEN BERGH, R.W., 1994-1995, p. 1320.

(163) In een zeer recent werk van DEWEES, DUFF en TREBILCOCK, *Exploring the domain of accident law. Taking the facts seriously*, Oxford University Press 1996, p. 15 e.v. wordt kritisch gekeken naar het beschikbare onderzoeksmateriaal. Uiteindelijk is hun conclusie toch (p. 26): „Nonetheless, the empirical evidence does indicate that without added financial deterrence incentives, no-fault schemes are likely to lead to increased accident rates, injuries, and fatalities.” Met dank aan FAURE die mij deze bron heeft aangedragen.

(164) Verzekeraars gaan gezien hun polisvoorwaarden en premiestelling kennelijk wel degelijk uit van de gedachte dat financiële prikkels invloed op gedrag hebben. Zie in dit verband NENTJES en DIJKSTRA, *N.J.B.*, 1993, p. 954.

(165) Dat het niet eerder in de discussie aan de orde is geweest, beweer ik hier niet. Het preventie-argument is reeds lang geleden naar voren gebracht. Of het erg serieus aan de orde is gekomen, is een andere vraag.

een dergelijke vergaande bescherming verdient. Zijn er dan niet andere categorieën die eenzelfde bescherming verdienen? Is letselschade niet steeds ingrijpend, is er niet bijna steeds een aansprakelijkheidsverzekering? Het bijzondere van ongemotoriseerde verkeersslachtoffers is in de eerste plaats dat zij geconfronteerd worden met het arbeidsvermogen van motorrijtuigen. Daar komt bij dat kleine fouten grote gevolgen kunnen hebben. In de derde plaats kunnen zij blootstelling aan het gemotoriseerd verkeer verbonden gevaar slechts uit de weg gaan door niet aan het verkeer deel te nemen(166).

Op dit moment is reeds sprake van een vergaande bescherming van voetgangers en fietsers die het slachtoffer worden van — kort gezegd — een aanrijding met een motorrijtuig. De bescherming van slachtoffers beneden de 14 jaar is zo goed als volledig. Er is sprake van een 100%-regel, het overmachtverweer staat niet open voor de gemotoriseerde, slechts in geval van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid krijgt het slachtoffer geen (volledige) vergoeding. De achtergrond wordt gevormd door:

- het gegeven dat kinderen door hun impulsiviteit en onberekenbaarheid van gemotoriseerd verkeer aanzienlijk meer gevaar te duchten hebben dan volwassen voetgangers of fietsers;
- de strekking van art. 31 W.V.W. (oud) en art. 185 W.V.W. bescherming te bieden tegen de extra risico's die het gemotoriseerd verkeer meebrengt voor hen;
- het gegeven dat juist voor kinderen de gevolgen van een aanrijding uitzonderlijk ingrijpend zijn; en
- het gegeven dat de gemotoriseerde verplicht verzekerd is.

Deze argumentatie gaat, zij het in mindere mate, ook op voor oudere slachtoffers. De Hoge Raad heeft op grond van min of meer dezelfde argumenten een 50%-regel geformuleerd voor de eigen schuld van het slachtoffer. Dat betekent dat juist bij een behoorlijke eigen bijdrage van het slachtoffer aan het ontstaan van zijn schade een bescherming wordt gegeven die voor de gemotoriseerde veroorzaker inhoudt dat hij ondanks de 'eigen schuld' — behoudens billijkheidscorrecties — 50% van de schade moet vergoeden. Hij moet derhalve meer vergoeden dan hij heeft veroorzaakt; iets wat hem moeilijk uit te leggen valt. Aan de andere kant: wanneer hij zich voldoende zorgvuldig in het verkeer heeft gedragen, kan hij een beroep op overmacht doen en gaat hij derhalve volledig vrijuit. Het gaat met andere woorden om die gevallen waarin de gemotoriseerde toch al een zekere bijdrage aan het

(166) Vgl. BLOEMBERGEN, V.R., 1995, p. 2.

ontstaan van het ongeval heeft geleverd. In de regel zal hij ook niet weten dat hij (althans zijn verzekeraar) meer dan zijn causale bijdrage heeft moeten vergoeden, nu het bonus/malussysteem, voorzover ik weet, geen betekenis toekent aan de *omvang* van veroorzaakte schade. Waarschijnlijk wordt het bereik van de 100%-regel uitgebreid naar ongemotoriseerde slachtoffers van 14 jaar en ouder(167). Wanneer inderdaad gekozen wordt voor een redactie waarin 'opzet of bewuste roekeloosheid' toch eigen schuld oplevert, dient men zich te realiseren dat dit verder gaat dan de door de Hoge Raad gelaten ruimte, hetgeen vanuit rechtseconomisch perspectief kan worden toegejuicht. Overigens is niet duidelijk hoe het geval waarin zowel automobilist als ongemotoriseerde zich aan zeer roekeloos gedrag hebben schuldig gemaakt moet worden opgelost. Algeheel verval van de vergoedingsplicht ligt dan niet voor de hand.

In het kader van de maatschappelijke aanvaardbaarheid(168) lijkt het mij goed erop te wijzen dat automobilisten de wenselijkheid van een vergaande bescherming van ongemotoriseerden zullen onderschrijven waar het letselschade betreft en waarin inderdaad het arbeidsvermogen van het motorrijtuig en/of foutief verkeersgedrag van de gemotoriseerde tot het ongeval heeft geleid. Op het punt van aanvaardbaarheid zie ik echter problemen bij:

- minder ingrijpende schade als zaakschade;
- (ernstig) foutief gedrag van het slachtoffer; en
- gevallen waarin het arbeidsvermogen van het motorrijtuig (Betriebsgefahr) nauwelijks of geen bijdrage levert.

30. De positie van inzittenden

De positie van inzittenden van motorrijtuigen is in het huidige recht minder florissant dan die van ongemotoriseerde slachtoffers nu zij zijn aangewezen op art. 6:162 B.W. en wat dat betreft alle mogelijke hobbels die het pad van de onrechtmatige daad kent, op hun weg kunnen vinden: schuldverweren, rechtvaardigingsgronden, causaliteitsverweren etc. Kan een passagier geen fout aantonen dan blijft hij, althans in die gevallen waarin er geen inzittendenverzekering is afgesloten, van vergoeding verstoken. Juist om die reden zou volgens Justitie reden bestaan voor een verder gaande bescherming: anders

(167) Ik meen te weten dat Justitie niet onder de indruk is van rechtseconomische bezwaren als boven (nr. 28) genoemd.

(168) Dit heeft alles te maken met (opvattingen over) rechtvaardigheid (bij de verkeersdeelnemers).

dan de bestuurder hebben passagiers niet steeds de keus om zich door middel van een inzittendenverzekering te verzekeren.

Wanneer inderdaad ook voor de schade van passagiers een 100%-regel gaat gelden, zal hun positie sterk verbeteren. Hoewel minder kwetsbaar dan ongemotoriseerden is hun positie niet sterk verschillend, nu zij in het algemeen geen invloed hebben op het ontstaan van het ongeval. Dat hen dan ook nauwelijks of geen eigen schuld zal kunnen worden verweten, lijkt dan ook juist en is vanuit een rechts-economische invalshoek gerechtvaardigd.

31. De positie van de bestuurder

De positie van de bestuurder zal, naar het nu lijkt, niet veranderen. Hij is in geval van een eenzijdig ongeval op eigen voorzieningen aangewezen en anders op art. 6:162 B.W. In de praktijk betekent dat dat hij een behoorlijke kans maakt schade op te lopen die hij niet vergoed krijgt. Het is aan hem om zich daarvoor extra te verzekeren. Voor de niet eenzijdige ongevallen zou men zich af kunnen vragen of gezien de ingrijpendheid van letselschade en W.A.M.-dekking niet ook een extra bescherming voor de bestuurder op zijn plaats is; waarom alleen voor hem keuzevrijheid wordt gelaten en niet voor andere slachtoffers is niet direct duidelijk⁽¹⁶⁹⁾.

32. De positie van regresnemers

De positie van regresnemers zal in de toekomst verder verslechteren. Wanneer namelijk een bijzondere regeling in boek 8 tevens onder het bereik van art. 6:197 B.W. (Tijdelijke regeling verhaalsrechten) zal worden gebracht, houdt dat in dat regresnemers zich bij hun verhaal op art. 6:162 B.W. zullen moeten baseren, terwijl zij op dit moment nog van art. 185 W.V.W. kunnen profiteren. Voor zover het gaat om schade van inzittenden zou er niet veel veranderen nu op dit moment reeds regresnemers voor uitkeringen gedaan aan inzittenden verhaal moeten baseren op art. 6:162 B.W.

(169) Zie recentelijk kritisch VAN WASSENAER VAN CATWICK in een interview, V.R. 1996, p. 250-251 die erop wijst dat het eigenlijk niet te verkopen is dat juist degene die premie betaalt t.b.v. inzittenden zelf geen vergoeding krijgt. Overigens is het niet ondenkbaar dat de verzekeringsbranche met een product op de markt komt waarin ook de schade van de bestuurder wordt gedekt.

33. Reflexwerking. Heroverweging gewenst

Een van de onderdelen van het stelsel van verkeersaansprakelijkheid met beperkt maatschappelijk draagvlak vormt de reflexwerking(170). Dat heeft naar mijn stellige overtuiging te maken met:

- a. het hoge gehalte aan studeerkamergeleerdheid dat tot de introductie van reflexwerking heeft geleid; automobilisten begrijpen niet, en het valt ook nauwelijks uit te leggen, dat zij een deel van hun schade moeten dragen ondanks dat zij eigenlijk zelf niet of nauwelijks onzorgvuldig hebben gereden, terwijl de veroorzaker in de regel wel duidelijk onzorgvuldig aan het verkeer heeft deelgenomen;
- b. de omstandigheid dat juist de WA-verzekeraars van de ongemotoriseerden van reflexwerking profiteren.

Ik zou daarom ook heroverweging door de Hoge Raad van de gedachte van reflexwerking willen bepleiten, verzekeraars willen oproepen in afwachting daarvan hun marktadvies bij te stellen(171) en Justitie willen aanraden de plannen om de reflexwerking te codificeren te laten varen.

34. Verzuchting

Inmiddels alweer bijna 20 jaar geleden heeft de Vereniging 'met de lange naam' ook vergaderd over verkeersaansprakelijkheid aan de hand van preadviezen van CLAUSING en SCHUERMANS en SIMOENS. In Nederland was juist het eerste deel van het Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid verschenen en ook in België waren nog kort voor de vergadering voorstellen tot wijziging van het toenmalige stelsel gedaan. In Nederland is nog steeds geen nieuw stelsel van kracht geworden; in België ligt dat anders, zij het dat art. 29bis W.A.M. ook geen erg rustig bestaan heeft. Het is opvallend dat in de genoemde preadviezen dezelfde argumenten voor en tegen dezelfde stelsels worden gewisseld als nu aan de orde zijn. We zijn inderdaad niet veel opgeschoten(172). Nog steeds is het aspect van slachtofferbescherming van grote betekenis, nog steeds wordt het preventie-

(170) In zijn jaarverslag over 1995 maakt de Ombudsman Schadeverzekering (p. 46-47) (opnieuw) melding van klachten op het punt van „communicatie” in reflexwerkings-gevallen.

(171) Ook DE JAGER en MES, V.R., 1996, p. 71 alsmede de Ombudsman Schadeverzekering, *Jaarverslag 1995*, p. 47 denken in deze richting.

(172) Zie in dit verband de bijdrage van BLOEMBERGEN, V.R., 1995, p. 1 e.v., die zijn irritatie hierover niet verhult, en de bijdrage van o.m. CLETON in het bundeltje *Een heer in het verkeer* dat nog vlak voor zijn veel te vroege heengaan aan Otto VAN WASSENAER VAN CATWICK is aangeboden ter gelegenheid van zijn afscheid als hoofdredacteur van *Verkeersrecht*.

argument gebruikt en nog steeds vormen kostenplaatjes en negatieve invloeden ten aanzien van de positie van regresnemers niet te nemen horden. Uiterst belangrijk, en dat wordt nog wel eens uit het oog verloren, lijkt het maatschappelijk draagvlak. Als er voldoende maatschappelijk draagvlak is voor een uitgebreide regeling van slachtofferbescherming, zou ik de voorkeur aan invoering geven. Aan genoemde bezwaren op preventief vlak kan langs andere wegen (prikkel van de verzekeraar, veiligheidsregulering) worden tegemoetgekomen. Dat in Nederland kennelijk nog steeds de positie van regresnemers de grootste sta-in-de-weg vormt, irriteert, omdat 'slachtofferbescherming', 'rechtvaardigheid' en 'verkeersveiligheid' de discussie zouden moeten domineren(173). Laten we nu eindelijk eens knopen doorhakken!

(173) Verbetering van de positie van regresnemers is in België juist een van de redenen voor invoering van art. 29bis geweest.

SOMMAIRE

L'USAGER FAIBLE DANS LA CIRCULATION ROUTIÈRE AUX PAYS-BAS

La situation de l'usager faible se trouve au centre du présent article, l'accent y étant mis principalement sur la situation des piétons ou cyclistes victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule automoteur. Pour ce cas, la loi prévoit, dans l'article 185 W.V.W. (loi sur la circulation routière), une protection particulière plus amplement développée dans la jurisprudence du Hoge Raad.

En premier lieu, il y a eu au fil des ans une limitation de la place laissée au moyen de défense tiré de la force majeure, mais surtout et de façon plus frappante, une très nette restriction du moyen tiré de la faute propre de la victime. Pour les victimes âgées de moins de 14 ans s'applique entre-temps une règle de 100% prévoyant une protection quasi intégrale: exception faite du cas du fait intentionnel ou du fait téméraire proche du fait intentionnel, le dommage de l'enfant est toujours intégralement indemnisé.

Pour les victimes âgées de 14 ans ou plus, une place très limitée est certes encore laissée au moyen de défense tiré de la force majeure avec application, à l'endroit de la faute propre, d'une règle de 50% en vertu de laquelle, même en cas de faute importante de la victime, celle-ci obtient en tout cas réparation de la moitié de son dommage.

Dans le cadre de cette problématique de la faute propre, l'attention se porte notamment sur la question de la répartition causale et des circonstances pouvant donner lieu à une correction en équité. Par ailleurs, l'attention se porte également sur la situation des titulaires de droit de recours intervenant dans une position dérivée par rapport à la victime, ceux-ci ne bénéficiant pas de l'interprétation particulière donnée, dans la jurisprudence du Hoge Raad, à l'article 185 W.V.W.. Se pose ainsi la question des règles applicables à leur action. L'attention se porte enfin, mais de manière moins appuyée, sur la situation des passagers et des conducteurs de véhicules automoteurs.

Maintenant que se prépare une modification du système de responsabilité en matière de circulation routière, des précisions sont apportées sur le contenu le plus probable de ce système, envisagé ici par élément constitutif. Globalement, ce système consistera probablement en ce que le propriétaire d'un véhicule automoteur se verra imposer, à l'égard des personnes non motorisées et des passagers transportés dans son véhicule, une responsabilité basée sur le risque; le moyen de défense tiré de la faute propre de la victime serait plus ou moins supprimé.

Les paragraphes de conclusion sont consacrés à la critique, sous l'angle de l'économie du droit, en particulier de la limitation du moyen de défense tiré de la faute propre. Par ailleurs se trouve également abordée la question de savoir pourquoi une très large protection est accordée aux victimes non motorisées de la circulation routière alors que d'autres victimes de lésions demeurent confinées au droit commun de la responsabilité. Il semble acquis que les automobilistes admettront qu'il convient d'accorder une large protection aux victimes non motorisées en cas de dommages résultant de lésions dans les cas où l'accident est imputable à la force motrice du véhicule et/ou au comportement fautif du motorisé. Sur le plan de l'acceptation par la société, des problèmes sont cependant prévisibles (1) en cas de dommages moins importants comme par ex. les dommages aux biens, ou (2) en cas de comportement (gravement) fautif de la victime tout comme (3) dans les cas où la force motrice du véhicule automoteur n'est nullement ou guère intervenue.

L'application effective d'une règle de 100% pour les dommages subis par les passagers améliorera leur situation par rapport au droit actuel. Bien qu'ils soient moins vulnérables que les non-motorisés, leur situation n'est pas tellement différente puisque, d'une façon générale, ils n'ont pas d'influence sur la survenance de l'accident.

Au vu des données actuelles, il n'y aura pas de changement dans la situation du conducteur, celui-ci ne pouvant faire appel, dans de nombreux cas, qu'à ses propres mesures de prévoyance. Il n'est cependant pas dès à présent évident qu'aucune amélioration ne s'impose dans la situation du conducteur.

Un des éléments du système de responsabilité en matière de circulation routière pour lequel l'assise sociale est des plus limitées, est constitué par ce qu'on appelle l'effet réflexe: une victime motorisée doit supporter une partie de ses dommages, même lorsqu'aucun reproche ne peut lui être fait, à vrai dire en raison du seul fait qu'elle participe à la circulation avec un véhicule automoteur. L'insuffisance de l'assise sociale est notamment due au fait que l'effet réflexe profite précisément aux assureurs de responsabilité des non-motorisés. Entre autres pour cette raison, il serait bon que le Hoge Raad reconsidère cet aspect, l'introduction de règles légales régissant l'effet réflexe ne s'avérant pas souhaitable.

L'article se termine par un appel à trancher enfin les questions litigieuses puisque près de 20 ans se sont écoulés depuis que la responsabilité en matière de circulation routière a fait l'objet de rapports présentés par Clausen, Schuermans et Simoons (à la même association pour l'étude comparée du droit des Pays-Bas et de Belgique) et que les discussions se trouvent toujours encore dominées par les mêmes arguments.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE SCHWACHEN VERKEHRSTEILNEHMER

Im vorläufigen Gutachten steht die Lage des schwachen Verkehrsteilnehmers zentral. Betont wird die Lage des Fußgängers oder Radfahrers der an einem Verkehrsunfall mit einem Kraftfahrzeug beteiligt ist. Für diesen Schadenfall bietet das Gesetz einen Sonderschutz im Art. 185 des W.V.W. In der Rechtsprechung des Hohen Rates ist dieser Schutz weiter ausgebaut worden. Zunächst hat sich der Raum für die Einrede wegen höheren Gewalt im Laufe der Jahre eingeschränkt, aber erstaunlicher noch ist die drastische Einschränkung der Einrede wegen eigener Schuld. Für Verkehrsoffer unter 14 Jahren gilt inzwischen eine 100%-Regel die einen fast vollständigen Schutz umfaßt: Mit Ausnahme des Falles von Mutwille oder an Mutwille grenzender Tollkühnheit wird der Schaden des Kindes immer vollständig ersetzt. Bei Verkehrsoffern von 14 Jahren und darüber gibt es noch einen Raum, wennauch sehr eingeschränkt, für die Einrede wegen höheren Gewalt, und was die eigene Schuld betrifft, gilt eine 50%-Regel, die beinhaltet, daß auch bei schweren Verstößen des Verkehrsoffers selbst jedenfalls immer die Hälfte des Schadenfalls ersetzt wird. Im Rahmen der eigenen Schuldfrage wird u.a. auf die Frage eingegangen, wie die kausale Verteilung zustande kommt und welche Umstände zu einer sogenannten Billigkeitskorrektur Anlaß geben können. Weiter wird die Lage der Regreßnehmer behandelt, die eine vom Verkehrsoffer abgeleitete Stellung einnehmen. Diese Regreßnehmer können jedoch die besondere, in der Rechtsprechung des Hohen Rates gegebene Implementierung des Art. 185 W.V.W. nicht ausnützen. So

stellt sich die Frage, welche Regeln dann wohl gegenüber der Regreßklage gelten. Auch die Lage der Insassen und der Fahrer von Kraftfahrzeugen wird, allerdings etwas kürzer, besprochen.

Jetzt wo sich eine Abänderung des Systems der Verkehrshaftpflicht vorbereitet, wird auch in Einzelheiten angedeutet, woraus höchstwahrscheinlich der Inhalt des Systems bestehen wird. Global wird dieses System wahrscheinlich beinhalten, daß der Inhaber eines Kraftfahrzeugs eine Risikohaftpflicht gegenüber Unmotorisierten oder gegenüber Insassen des eigenen Fahrzeugs haben wird. Dabei würde die Einrede wegen eigener Schuld mehr oder wenig abgeschafft.

In den Schlußfolgerungen wird auf die Kritik aus rechtswirtschaftlichem Standpunkt eingegangen, und insbesondere auf die Einschränkung der Einrede wegen eigener Schuld. Weiter wird gefragt, warum gerade die unmotorisierten Verkehrsoffer einen weitgehenden Schutz bedürfen, während andere Betroffene mit Körperverletzungen auf das gemeinsame Haftpflichtrecht angewiesen sind.

Argumentiert wird, daß Autofahrer einen weitgehenden Schutz der Unmotorisierten als wünschenswert bezeichnen werden, in solchen Situationen wo es sich um Körperverletzung handelt und worin tatsächlich das Arbeitsvermögen des Kraftfahrzeugs und/oder das fehlerhafte Verkehrsverhalten des Motorisierten zum Unfall geführt hat. Im Bereich der gesellschaftlichen Tragfläche allerdings werden Probleme signalisiert: (1) bei weniger eingreifenden Schadenfällen wie Sachschäden; (2) bei (schwer) fehlerhaftem Verhalten des Verkehrsoffers; und (3) in Fällen in denen das Arbeitsvermögen des Kraftfahrzeugs kaum oder gar keinen Beitrag liefert.

Wenn tatsächlich auch für den Schaden von Insassen eine 100%-Regel gilt, wird sich ihre Lage gegenüber dem jetzigen, in der Rechtsprechung des Hohen Rates gegebenen Recht verbessern. Obwohl sie weniger verletzbar sind als die Unmotorisierten, ist ihre Lage, nach Ansichten der Autoren, nicht sehr unterschiedlich, wo sie jetzt im allgemeinen auf die Entstehung des Unfalls keinen Einfluß haben.

Die Lage des Fahrers selbst wird, wie sich jetzt zeigt, nicht geändert. Er ist in vielen Fällen auf die eigenen Vorkehrungen angewiesen. Argumentiert wird, daß im voraus nicht deutlich ist, daß die Lage des Fahrers nicht verbessert werden soll.

Ein Element des Systems der Verkehrshaftpflicht, für das es nur eine beschränkte gesellschaftliche Tragfläche gibt, bildet die Reflexwirkung: Ein motorisiertes Verkehrsoffer muß einen Teil des eigenen Schadens tragen, auch wenn ihm nichts vorgeworfen werden kann, eigentlich nur weil er mit einem Motorfahrzeug am Verkehr teilnimmt. Diese beschränkte Tragfläche läßt sich erklären aus der Tatsache, daß gerade die Haftpflichtversicherer der Unmotorisierten von der Reflexwirkung bevorteilt werden. Befürwortet wird eine Neuabwägung durch den Hohen Rat der Idee der Reflexwirkung und es wird argumentiert, daß die Einführung einer gesetzlichen Regelung der Reflexwirkung nicht wünschenswert sei.

Das vorläufige Gutachten beschließt mit dem Appell, jetzt endlich mal die Sache zu entscheiden, weil es inzwischen schon 20 Jahre her ist, daß der Verein „mit dem langen Namen“ zusammenkam um mit den vorläufigen Gutachten von Clausen, Schuermans und Simoens über die Verkehrshaftpflicht zu entscheiden und seither noch immer dieselben Argumente in der Diskussion auftauchen.

SUMMARY

THE WEAKER PARTIES INVOLVED IN ROAD TRAFFIC

In the preliminary opinion, the weaker party involved in road traffic occupies a central position. The emphases here is on the position of the pedestrian or cyclist who becomes the victim of a road traffic accident involving a motor vehicle. For cases such as these, the law provides special protection in the shape of Article 185 WWV. This protection has been enhanced further by the case law of the Netherlands Supreme Court. In the first place, the scope of pleading *force majeure* has become increasingly restricted over the years. However, even more remarkable is the dramatic reduction the defence which the motorist will be able to bring to bear in any tort liability proceedings. For victims younger than 14 there applies a 100 per cent rule which provides almost total protection, in the sense that, unless the damage has been caused deliberately or with negligence bordering on deliberate action, the damage incurred by the child will in nearly every case be compensated in full. For children of 14 and over, there remains some scope, albeit very limited, for relying in the defence of *force majeure*, and a 50 per cent rule applies in the event of a fault being committed by the victim. This means that, even if the victim is at fault, he will in every case receive compensation to the amount of 50 per cent of the damage he incurred. In the context of the problems posed by faults committed by the victim, the question is examined as to how the casual allocation is formulated, and what are the circumstances which could give rise to a so-called correction based on equitableness. Some consideration is also given to the position of those exercising the right to recovery of the compensation paid, who occupy a position which derived from that of the victim. However, those exercising this right cannot benefit from the special interpretation given by the case law of the Supreme Court to Article 185 WWV. This raises the question as to which rules actually apply to such an action for recovery. Some attention is also given by the author to the position of passengers and drivers of motor vehicles.

Since a chance in the system of road traffic liability is under preparation, the probable content of that system is also indicated under each appropriate heading. Generally speaking, it is probable that this system will lay down that the owner of a motor vehicle will be liable for the risk of any damage caused to those not driving motor vehicles and to passengers of the owner's vehicle. Under this system, the defence that the victims themselves were at fault will more or less be abolished.

The concluding paragraphs examine the criticism of the restrictions imposed in the defence that the victim was at fault from the point of view of the economics of the law. The question is also raised as to why it is precisely the road accident victims not driving motor vehicles who enjoy such extensive protection, whereas other victims having suffered personal injury are referred to the ordinary law of torts.

It is argued that car drivers will endorse the desirability of a far-reaching protection of victims not driving motor vehicles in cases where personal injuries have been sustained and in which the capacity of the vehicle and/or the negligent conduct of the driver caused the accident. In a broader social context, however, it is expected that problems will arise in relation to (a) any less severe damage, such as damage to property; (b) the seriously negligent behaviour of the victim; and (c) those cases in which the capacity of the motor vehicle had no, or hardly any, effect.

Where the 100 per cent rule is applied to the damage incurred by passengers, the

latter's position will improve compared to their current legal position. Although less vulnerable than the non-drivers, their position is considered not to be that different from that the drivers after all, since they will normally not in any way influence the events which causes the accident.

It now appears that the position of the driver will not change. In many cases, he will have recourse to his own arrangements. It is argued here that it is not a foregone conclusion that the position of the driver does not require any improvement.

One of the aspect of the law of torts in relation to road traffic accidents for which their is only a limited social basis is the contributory factor: a driver who is also a victim of a road accident must bear the cost of some of the damage he has incurred, even where has not strictly speaking been at fault — if only because he takes part in road traffic by means of a vehicle. The fact that there is so little social basis is the result of, *inter alia*, the circumstance that is precisely the liability insurers who take advantage of this contributory factor. This is why the author urges the Supreme Court to revise the notion of contributory action and consider it undesirable to enshrine it in a statute.

The preliminary opinion ends with a call for a clear solution, in view of the fact that, nearly 20 years ago, the „association with the long name” met to consider the issue of road traffic liability in the light of the preliminary opinions of Clausen, Schuerman and Simoons, and that the same arguments continue to dominate the debate on this issue.

RESUMEN

EL USUARIO VULNERABLE DE LA VÍA PÚBLICA

En el artículo previo, la posición del usuario vulnerable de la vía pública constituye el foco de atención. El énfasis se pone en la posición del peatón o del ciclista víctima de un accidente de la circulación en que esta implicado un vehículo motorizado. Para este caso, la ley prevé una protección particular en el art. 185 de la Ley sobre la circulación por carretera. Esta protección esta desarrollada mas ampliamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos. En primer lugar, en el transcurso de los años, se han limitado las posibilidades de defensa por fuerza mayor, pero lo que es mas sensacional es la limitación sustancial de la defensa por culpa propia. Para las víctimas hasta 14 años, se aplica hoy en día una regla del 100% que implica una protección casi total: salvo en el caso de intención o de imprudencia temeraria cuasi intencional, siempre se indemnizan completamente los daños al niño. En el caso de víctimas mayores de 14 años, todavía hay una posibilidad, aunque muy limitada, de defensa por fuerza mayor y, en el caso de culpa propia, se aplica una regla del 50%, que implica que, incluso en el caso de fallos graves de la víctima misma, se indemniza de todos modos la mitad de sus daños. En el marco de la problemática de la culpa propia, se trata, entre otros, la cuestión de saber como se realiza la distribución causal y qué circunstancias pueden dar lugar a lo que se llama una corrección de la equidad. Luego, se habla de la posición de los que entablan una acción de repetición, que ocupan una posición derivada de la de la víctima. Pero, esas personas que entablan una acción de repetición no benefician de la interpretación particular, hecha en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por el art. 185 de la Ley sobre la circulación por carretera. Por consiguiente, surge la pregunta sobre las reglas

que se aplican respecto a una acción de repetición. También se presta atención, aunque menos detalladamente, a la posición de los ocupantes y de los conductores de los vehículos automóviles.

Ahora que se esta preparando una modificación del sistema de la responsabilidad en la circulación, también se señala cada vez, por cada parte, cual sera el contenido mas probable de ese sistema. Globalmente, ese sistema implica probablemente que gravitara sobre el propietario de un vehículo automóvil una responsabilidad por riesgo frente a los no motorizados y frente a los ocupantes del propio vehículo. En ese caso, la defensa por culpa propia seria mas o menos suprimida.

En los ultimos párrafos, se habla de las criticas, desde el punto de vista juridico-económico, particularmente sobre la limitación de la defensa por culpa propia. Además, se pregunta por qué precisamente las victimas no motorizadas de la circulación merecen una amplia protección, mientras que las otras victimas con danos corporales dependen del derecho común de responsabilidad.

Se afirma que los automovilistas reconocen que es deseable una amplia protección de los usuarios no motorizados de la vía pública si se trata de danos corporales y si la energía del vehiculo automóvil y/o el mal comportamiento en la circulación del motorizado condujeron efectivamente al accidente. Sin embargo, en lo que se refiere a la base social, se prevén problemas en el caso de (1) danos menos graves como, por ejemplo, danos materiales; (2) un mal comportamiento (grave) de la victima; y (3) los casos en que la energía del vehículo motorizado apenas interviene o no interviene en absoluto.

Si, para los danos de los ocupantes, se aplica también una regla del 100 % de forma efectiva, mejorara su posición respecto del derecho actual. Aunque son menos vulnerables que los no motorizados, se argumenta que su posición no es muy diferente, puesto que, en general, no tienen influencia sobre el origen del accidente. Según parece ahora, no cambiara la posición del conductor. En muchos casos, depende de sus propios medios. Se manifiesta que no esta claro, a priori, que no tenga que mejorarse la posición del conductor.

Una de las partes del sistema de la responsabilidad en la circulación para la que existe una base social sólo limitada es el efecto reflejo: una victima motorizada tiene que soportar una parte de sus danos propios, aunque, en el fondo, no se le pueda reprochar nada, en realidad sólo porque entra en la circulación con un vehículo motorizado. El hecho de que hay una base tan reducida tiene que ver, entre otros, con la circunstancia de que son precisamente los aseguradores de la responsabilidad de los no motorizados los que sacan provecho del efecto reflejo. Es entre otros por eso que se aboga para que el Tribunal Supremo reconsidere la idea del efecto reflejo y que se manifiesta que la adopción de una regulación legal del efecto reflejo no es deseable. El artículo previo termina con el llamamiento a que se corte finalmente por lo sano, ya que, hace ahora casi 20 anos, la Asociación „con el nombre largo” se reunió sobre la responsabilidad en la circulación sobre la base de los artículos previos de Clausing, Schuermans y Simoens y que siempre son los mismos argumentos los que siguen dominando la discusión.