

verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers

mr. w.h. van boom

W.E.J. Tjeenk Willink

Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers

De serie Studiepockets privaatrecht staat onder redactie van:

Prof. mr. Jac. Hijma

Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers

Mr. W.H. van Boom



2000

W.E.J. Tjeenk Willink — Deventer

Omslagontwerp: Bert Boshoff

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

© 2000 W.H. van Boom

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Samensteller en uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen.

ISBN 90-271-5219-5

NUGI 692/206

Voorwoord

Deze studiepocket gaat over verhaalsrechten van verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers. Deze rechten – ook wel regresrechten genoemd – maken het mogelijk om uitkeringen, vergoedingen en verstrekkingen aan de benadeelde van een onrechtmatige daad te verhalen op degene die aansprakelijk is voor de toegebrachte schade.

Verhaalsrechten vormen dus een kruispunt van het aansprakelijkheidsrecht, verzekeringsrecht en vaak ook het sociale verzekeringsrecht. Het verhaalsrecht betreft bovendien altijd meer dan twee betrokkenen: benadeelde, aansprakelijke, aansprakelijkheidsverzekeraar, schadeverzekeraar en sociale verzekeraar hebben elk hun rol in het geheel.

Dit alles maakt het lastige materie, die niet tot de dagelijkse kost behoort van privaatrechtelijk georiënteerde juristen. Daar komt nog bij dat het onderwerp enerzijds een hoog ‘juridisch-technisch’ gehalte heeft en anderzijds ‘grotere’ vraagstukken herbergt van sociaal-economische aard. Bovendien bestaan er verschillende wettelijke regelingen, met een op detailniveau uiteenlopende vormgeving. Kortom: genoeg bomen om het bos kwijt te raken. In deze pocket wordt daarom een schets gegeven van de verschillende verhaalsrechten en van hun aard en herkomst. In vier hoofdstukken wordt vanuit overwegend privaatrechtelijke optiek gekeken naar de achtergronden, fundamenteën, techniek en de rechtspolitik van verhaalsrechten.

De literatuur en rechtspraak over dit onderwerp zijn inmiddels overvloedig. Goede overzichtsartikelen en boeken die het onderwerp behandelen, zijn er ook. Daarom heb ik geprobeerd om – meer nog dan een overzicht van de materie van verhaalsrechten naar geldend recht – een presentatie te geven van achtergronden, dogmatische vraagstukken en aanverwante (praktische) vragen.

De Nederlandse rechtspraak is zoveel als mogelijk verwerkt, terwijl de literatuur die wordt genoemd slechts het topje van een grote

ijsberg vormt. Dat geldt zeker wanneer men buitenlandse literatuur meetelt. Verwijzing naar en bespreking van vreemd recht werd daarom slechts ingevoegd waar dat nuttig en nodig leek.

Bij de totstandkoming van de uiteindelijke tekst – die afgesloten werd in maart 2000 – kreeg ik hulp van de hierna genoemde personen. Hartelijk dank daarvoor! Van C.E. de Best en R.M.J.P. van Kessel kreeg ik onderzoeksassistentie. Van mr. F.W.G.M. Derks (ABP), prof. mr. W.J.P.M. Fase (KUB) en mr. F.Th. Kremer (PIV) kreeg ik inlichtingen, commentaar en advies. Voorts kreeg ik commentaar op (delen van) het concept van prof. mr. J.M. Barendrecht, mr. Y.P. Kamminga, prof. mr. J.B.M. Vranken en mr. W.C.T. Weterings, allen verbonden aan het Tilburgse Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, KUB Tilburg.

Tilburg,
maart 2000

W.H. van Boom.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	X
------------------------------	----------

Lijst van verkort aangehaalde werken	XIII
---	-------------

1.	Inleiding	1
§ 1.1	Verhaalsrechten	1
§ 1.2	Verzekeraars en risicodragers	2
§ 1.3	Beperkingen	3
§ 1.4	Privaatrechtelijk?	4
2.	Privaatrechtelijke achtergronden en fundamen- ten van verhaalsrechten	6
§ 2.1	Historische achtergronden	6
§ 2.2	Verhaalsrechten voorkomen dubbele incasso	7
§ 2.3	Ongerechtvaardigde verrijking van de aansprakelijke	9
§ 2.4	Geschreven en ongeschreven verhaalsrechten	10
§ 2.5	Verhaalsconstructies	13
§ 2.6	Tenslotte: vormgeving ondergeschikt?	14
3.	De techniek van verhaalsrechten	16
§ 3.1	Subrogatie en zelfstandig verhaalsrecht; inleiding	16
§ 3.2	Nadere beschouwingen over subrogatie	18
§ 3.2.1	Het keuzerecht: verzekering of aansprake- lijkheid?	18
§ 3.2.2	Het subrogatie-moment: bevrijdende beta- lingen	19
§ 3.2.3	Het subrogatie-moment: schikkingen	22
§ 3.3	Nadere beschouwingen over zelfstandige verhaals- rechten	24
§ 3.3.1	Het recht om te kiezen?	24

	§ 3.3.2 Zelfstandig verhaalsrecht: bevrijdende betalingen?	31
	§ 3.3.3 Zelfstandig verhaalsrecht: schikkingen?	32
§ 3.4	Bepaling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid	34
	§ 3.4.1 Civiele drempel en plafond	34
	§ 3.4.2 Som ineens	38
	§ 3.4.3 Verhaalsplafond	42
	§ 3.4.4 De schoenen van de benadeelde (I): subrogatie in zieligheid	43
	§ 3.4.5 Bijzondere verweren tegen aansprakelijkheid	49
§ 3.5	Wat kan onder het verhaalsrecht worden gebracht?	53
	§ 3.5.1 Congruente vordering en totaalvordering	53
	§ 3.5.2 Uitkeringen 'die niets kosten'	57
	§ 3.5.3 (On)verplichte en (on)terechte uitkeringen	62
	§ 3.5.4 Betaling van de contante of geschatte waarde	66
	§ 3.5.5 Belastingen en sociale premies	67
§ 3.6	Bijkomende rechten jegens de aansprakelijke	68
	§ 3.6.1 De schoenen van de benadeelde (II): neven- en voorrechten	68
	§ 3.6.2 Recht op wettelijke rente	71
	§ 3.6.3 Vergoeding van incassokosten	73
§ 3.7	Immunititeit voor verhaal	75
	§ 3.7.1 Inleiding	75
	§ 3.7.2 Werkgevers en collega's	77
	§ 3.7.3 Gezinsleden	84
	§ 3.7.4 Gevolgen voor medeaansprakelijkheid	89
§ 3.8	Bijzondere verweren tegen verhaal	91
	§ 3.8.1 Onbehoorlijke verhaalsuitoefening	91
	§ 3.8.2 'medeschuld' van de verhaalsgerechtigde	93
	§ 3.8.3 Het verhaalsrecht is verjaard	94
§ 3.9	Onderwerpen die bleven liggen	97
	§ 3.9.1 Afstand van verhaal	97
	§ 3.9.2 Verhaal en restvordering van de benadeelde	98
	§ 3.9.3 Mededelings- en medewerkingsplichten van de benadeelde	100

4.	Rechtspolitieke aspecten en privaatrechtelijke gevolgen	102
§ 4.1	Achtergronden en cijfers	102
§ 4.1.1	Verhaal met hoofd en hart	102
§ 4.1.2	Enige cijfers en inzichten over verhaalsrechten	104
§ 4.2	(Rechts)politieke overwegingen	107
§ 4.2.1	Prikkelende verhaalsrechten	107
§ 4.2.2	Kosten op de juiste plaats	110
§ 4.2.3	Vestzak uit, broekzak in ?	112
§ 4.3	Vereenvoudigde afdoening van verhaalsdossiers	114
§ 4.3.1	Reductie van terugkerende kosten: ‘doe-het-zelf’ voor verzekeraars	114
§ 4.3.2	Standaardisering en collectivering	116
§ 4.3.3	Enige privaatrechtelijke aspecten van verhaalsconvenanten	119
§ 4.4	Tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht	122
§ 4.4.1	Inleiding	122
§ 4.4.2	Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten	122
§ 4.4.3	Cessie van zieligheid en andere ontwijkingsmanoeuvres	124
	Rechtspraakregister	129
	Trefwoordenregister	133

Lijst van afkortingen

AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABP	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ABPW	Algemeen Burgerlijke Pensioenwet
ABW	Algemene Bijstandswet
AC	Appeal Cases
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
ANW	Algemene Nabestaandenwet
A & V	Aansprakelijkheid en Verzekering
AWBZ	Algemene wet bijzondere ziektekosten
BBR 2000	Bedrijfsregeling Brandregres 2000
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
B-GH	Benelux Gerechtshof
BGH	Bundesgerichtshof
BW	Burgerlijk wetboek
BWKJ	BW Krant jaarboek
C.A.	Court of Appeal
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CSV	Coördinatiewet Sociale Verzekeringen
CVZ	College voor Zorgverzekeringen
Fw	Faillissementswet
GAK	Gemeenschappelijk administratiekantoor
GMD	Gemeenschappelijke Medische Dienst
JLS	Journal of Legal Studies
LCR	Law Commission Report
L.J.	Lord Justice
LISV	Landelijk Instituut voor Sociale Verzekeringen
LSA	Vereniging van letselschade advocaten
m.nt.	met noot van
NHS	National Health Service
NJ	Nederlandse Jurisprudentie

NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
OGH	Oberste Gerichtshof
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PEMBA	Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen
PS	Periodiek voor sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht
QB	Queen's Bench
REA	(re)integratie arbeidsgehandicapten
RDS	Revue de Droit Social
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
S.	Section
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Sociaal Recht
SVB	Sociale Verzekeringsbank
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TICA	Tijdelijk Instituut voor Coördinatie en afstemming
TRV	Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten
TVP	Tijdschrift voor Personenschade
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
VBR	Vereniging voor Burgerlijk Recht
VersR	Versicherungsrecht
VOA	Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren
VR	Verkeersrecht
Vrb	Verzekeringsrechtelijke berichten
WA	wettelijke aansprakelijkheid
WAM	Wet Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
Wamil	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening militairen
WAjong	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
Wet OOW	Wet Overheidspersoneel onder werknemersverzekeringen
Wet REA	Wet (re)integratie arbeidsgehandicapten
WLR	Weekly Law Reports

WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WSG	Wet schadefonds geweldsmisdrijven
WTZ	Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekeringen
WVG	Wet voorzieningen gehandicapten
WvK	Wetboek van Koophandel
WVW	Wegenverkeerswet
WW	Werkloosheidswet
ZfW	Ziekenfondswet
Zw	Ziektewet

Lijst van verkort aangehaalde werken

- | | |
|---------------------------|---|
| Akkermans 1998 | A.J. Akkermans, Verjaring bij letselschade en regres, TVP 1998, p. 33-37 |
| Asser/Hartkamp I | A.S. Hartkamp, Asser/Hartkamp, 4-I – De verbintenis in het algemeen, 11e druk Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 |
| Asser/Clausing/Wansink | P. Clausing, J.H. Wansink, Asser/Clausing/Wansink, 5-VI – Bijzondere overeenkomsten (de verzekeringsovereenkomst), 1e druk Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 |
| Atiyah 1997 | P.S. Atiyah, The Damages lottery, Oxford: Hart Publishing 1997 |
| Atiyah/Cane 1999 | P. Cane, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 6e druk Londen: Butterworths 1999 |
| Barendrecht en Storm 1995 | J.M. Barendrecht, H.M. Storm (e.a.), Berekening van schadevergoeding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 |
| Bloembergen 1965 | A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer (diss. Utrecht) 1965 |
| Van Boom en Storm 1995 | W.H. van Boom, H.M. Storm, Het verhaalsrecht van verzekeraars en risicodragers – aard, omvang en uitoefening, A&V 1995/6, p. 149 e.v. |
| Van Boom 1995 | W.H. van Boom, Het verhaalsrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW, WPNR 6206 (1995), p. 863-865 |
| Van Boom 1996 | W.H. van Boom, Uniformiteit gewenst, in: W.H. van Boom, T. Hartlief, J. Spier (red.), Regresrechten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 95 e.v. |

- Van Boom 1999 W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (dissertatie Tilburg) 1999
- Van Boom 1999b W.H. van Boom, Vergoeding van renteschade; Enige opmerkingen over fictie, fixatie en aanvangstijdstippen bij wettelijke rente, Het Verzekerings-Archief 1999/3, p.108 e.v.
- Van Boom 2000 W.H. van Boom, Wie profiteert van het voorrecht op de vordering uit de WA-polis? Opties voor de wetgever, WPNR 6394 (2000), p. 195 e.v.
- Buckley 1993 R.A. Buckley, The Modern Law of Negligence, 2e druk Londen: Butterworths 1993
- Cane 1996 P. Cane, Tort law and economic interests, 2e druk Oxford: Clarendon 1996
- Dorhout Mees 1935 T.J. Dorhout Mees, Artikel 284 Wetboek van Koophandel, in: Rechtskundige opstellen aangeboden aan E.M. Meijers, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 318
- Faure 1996 M.G. Faure, Regres in een rechtseconomisch perspectief, in: W.H. van Boom, T. Hartlief, J. Spier (red.), Regresrechten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 45 e.v.
- Faure en Hartlief 1995 M.G. Faure, T. Hartlief (red.), Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast, Deventer: Kluwer 1995 (onderzoek verricht in opdracht van het Verbond van Verzekeraars)
- De Haas en Hartlief 1996 S.P. de Haas, T. Hartlief, Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten van kostenbeheersing, Den Haag: Verbond van verzekeraars 1996 (onderzoek verricht in opdracht van het Verbond van Verzekeraars)
- Hammerstein 1994 A. Hammerstein, Gerechtigden tot schadevergoeding, in: Begroting van schade, verandering en verzekering, LSA-reeks nr. 5, Lelystad: Vermande 1994, p. 1 e.v.

Hartlief 1998	T. Hartlief, Opnieuw: de positie van regresnemers en art. 185 WWV, Vrb 1998/1, p. 1 e.v.
Hartlief en Van Maanen 1996	T. Hartlief, G.E. van Maanen, Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetalingen na letseltoebrenging door een derde, SR 1996/5, p. 125 e.v.
Hartlief en Tjittes 1999	T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid, 2e druk Deventer: Kluwer 1999
Janssen 1997	P.L.M. Janssen, Verhaalsrechten in de sociale zekerheid, Het Verzekerings-Archief 1997, p. 155 e.v.
Kötz 1998	H. Kötz, Deliktsrecht, 8e druk Neuwied: Luchterhand 1998
Kremer 1996	F.Th. Kremer, Buitengerechtelijke kosten van regresnemers; ook hier een civiel plafond?, A&V 1996/5, p. 93 e.v.
LCR 262	The Law Commission, Damages for personal injury: medical, nursing and other expenses; collateral benefits, Law Commission Report No. 262, Londen: HMSO 1999
Lewis 1999	Richard Lewis, Deducting benefits from damages for personal injury, Oxford: OUP 1999
Van Maanen en Römers 1994	G.E. van Maanen, P. Römers, De Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten – verhaalsmogelijkheden voor verzekeraars en uitkeringsinstanties, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994
Mitchell 1994	Charles Mitchell, The Law of Subrogation, Oxford: Clarendon Press 1994
Mijnssen 1970	F.H.J. Mijnssen, Regresrecht van de schadeverzekeraar, Amsterdam 1970 (studiekring Prof. mr. J. Offerhaus, reeks Handelsrecht nr. 8)
Parl. Gesch. Boek 6	C.J. van Zeben e.a., Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981; W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis

- van het nieuwe burgerlijk wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6: boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1990
- Robben 1993 C.P. Robben, De action directe en de Wet Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, Apeldoorn: MAKLU (diss. Tilburg) 1993
- Scheltema/Mijnssen 1998 F.H.J. Mijnssen, Scheltema/Mijnssen – Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, 5e druk Alphen aan den Rijn: Samsom 1998
- SER 1993 Sociaal-Economische Raad, Regresrechten in de sociale verzekeringen, Advies Den Haag 17 september 1993, publicatie 1993/14
- SER 1999 Sociaal-Economische Raad, Investeren in verkeersveiligheid, Advies Den Haag 15 oktober 1999, publicatie 1999/13
- Sinnighe Damsté 1999 W.A. Sinnighe Damsté, Regres bij onrechtmatige daad, Lelystad: Vermande 1999
- Winfield & Jolowicz W.V.H. Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, 15e druk Londen: Sweet & Maxwell 1998

1. Inleiding

§ 1.1 Verhaalsrechten

Het begrip ‘verhaalsrecht’ heeft geen vastomlijnde inhoud. Er is evenmin sprake van vaste terminologie, want de term ‘regresrecht’ wordt ook wel gebruikt. Hier wordt onder verhaalsrecht verstaan het recht van verzekeraars en zogenaamde risicodragers om de persoon die naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade toegebracht aan (het vermogen van) een andere persoon, aan te spreken tot vergoeding van de uitkeringen of verstrekkingen gedaan aan danwel uitgaven ten behoeve van deze andere persoon (hierna: de benadeelde).

Het gaat dus om het geval waarin de verzekeraar of risicodrager jegens de benadeelde verplicht is diens schade geheel of gedeeltelijk weg te nemen, terwijl degene op wie het verhaal uiteindelijk wordt uitgeoefend jegens de benadeelde uit – kort gezegd – onrechtmatige daad of wanprestatie aansprakelijk is. De verzekeraar of risicodrager vergoedt de schade die ‘op het bordje’ van de aansprakelijke persoon thuishoort, en om die verplaatsing naar ‘het bordje’ van de aansprakelijke te bewerkstelligen, zijn er verhaalsrechten. Gedacht kan worden aan het verhaalsrecht dat art. 284 WvK geeft aan de schadeverzekeraar die ingeval van cascoschade de kosten van herstel van het motorrijtuig vergoedt: de verzekeraar kan degene wiens verkeersfout tot de schadegebeurtenis aanleiding gaf, tot vergoeding aanspreken.

Art. 284 WvK luidt: ‘Indien de verzekerde ter zake van door hem geleden schade vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, anders dan uit verzekering, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie over op de verzekeraar voor zover deze die schade vergoedt’.

Ook bijv. art. 6:107a BW geeft een verhaalsrecht: de werkgever die op grond van art. 7:629 BW het risico draagt van loondoorbetaling bij ziekte van zijn werknemer, kan verhaal nemen op de persoon

wiens fout of wanprestatie tot de ziekte van de werknemer heeft geleid. En zo zijn er meer voorbeelden: verhaalsrechten komen in alle soorten en maten voor, net zoals er verzekeraars en risicodragers in alle soorten en maten zijn.

Het zal duidelijk zijn dat deze studiepocket beperkt is tot verhaalsrechten die aangrijpen op het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. De cirkel zou ook breder kunnen worden getrokken, zodat bijv. ook het verhaal van gemeenten uit de ABW op onderhoudsplichtige ex-echtelingen eronder zou worden begrepen. Het leek mij evenwel verstandiger om de tekst – ook gezien de beoogde omvang – te beperken tot verhaalsrechten in het (contractuele en buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht. Dat neemt overigens niet weg dat soms verwezen wordt naar aanverwante problemen bij verhaalsrechten buiten het aansprakelijkheidsrecht.

§ 1.2 Verzekeraars en risicodragers

De begrippen ‘verzekeraar’ en ‘risicodrager’ behoeven enige toelichting. Ook hier is de terminologie niet vast, maar veel problemen lijkt dit niet op te leveren. Ik zal er daarom niet al te uitvoerig bij stilstaan. Een verzekeraar is veelal degene die op grond van een verzekeringsovereenkomst, gesloten met of ten behoeve van de verzekerde, tegen een premie het risico van een nader omschreven schadegebeurtenis draagt.

Deze overeenkomst ontbreekt veelal bij de verzekeringsdekking die wordt geboden door zogenaamde sociale verzekeraars en risicodragers. Het mechanisme van premiebetaling en verplaatsing (en spreiding) van het risico is in die gevallen veelal wel aanwezig, zij het niet op grond van wilsovereenstemming maar op grond van wetsbepaling. De Staat, het LISV en de SVB zijn de belangrijkste voorbeelden van dergelijke verzekeraars en risicodragers.

Voor de volledigheid volgt hier nog een kort overzicht van verhaalsrechten in de sociale zekerheid. De ZfW en AWBZ geven een verhaalsrecht aan verzekeraars, ziekenfondsen en uitvoeringsinstellingen die uitkeringen en verstrekkingen doen op grond van de genoemde wetten. De Zw en WAO geven aan het LISV (uitvoeringsinstanties: voorheen de bedrijfsverenigingen, thans onder meer GAK, USZO en Cadans) verhaalsrechten voor uitkeringen op grond van die wetten. Van sector-specifieke

wetgeving noem ik hier nog art. 8 Wamil, dat voor verhaal verwijst naar WAO en Zw. De betekenis van de Wamil is overigens met afschaffing van de militaire opkomstplicht sterk afgenomen.

Het LISV is tevens verhaalsbevoegd voor wat betreft de uitkeringen, verstrekkingen en voorzieningen die zijn geregeld in de WAZ, Wajong en Wet REA. De SVB heeft het verhaalsrecht voor uitkeringen gedaan op grond van de ANW.

Tenslotte is er nog de VOA, die aan overheidslichamen verhaal geeft voor uitkeringen en voorzieningen gedaan krachtens rechtspositiereglement. Nu recentelijk het sociale zekerheidsrecht voor ambtenaren in toenemende mate op de leest van het 'gewone' sociale zekerheidsrecht wordt geschoeid, neemt het werkingsbereik van de VOA af, bijv. ten faveure van het WAO-verhaal. Overheidspersoneel valt inmiddels namelijk ook onder de werking van de WAO (op grond van de Wet OOW). De VOA is (vooralsnog) wel van belang voor het verhaal van loondoorbetaling in het eerste ziektejaar, en voor het verhaal van (m.n.) de Stichting Pensioenfonds ABP voor bepaalde (zgn. bovenwettelijke) uitkeringen. Zie art. 75 Wet privatisering ABP en art. X 4 Algemene militaire pensioenwet. Zie nader Kamerstukken I 1997/98, 25 282, nr. 114b, p. 2.

De term risicodrager betreft bijv. overheidslichamen die op grond van rechtspositiereglement of art. 7:629 BW tot loondoorbetaling verplicht zijn in het eerste ziektejaar van de werknemer. Particuliere werkgevers zijn dus ook risicodrager, nu ook zij tegenwoordig zelf het financiële risico dragen van ziekte van hun werknemers. De risicodrager is geen 'verzekeraar' omdat geen sprake is van premieafdracht door de benadeelde; er vindt evenmin (verplichte) risicospreiding plaats.

§ 1.3 Beperkingen

Enige beperkingen in de stof leken zinvol. In een bepaalde optiek kan tot de categorie verhaalsrechten ook het verhaal van de hoofdelijk aansprakelijke debiteur worden gerekend. Een hoofdelijk aansprakelijke debiteur die tot betaling aan de crediteur overgaat, en die op grond van art. 6:10 BW verhaal heeft op een mededebiteur, kan immers worden gezien als een 'risicodrager'. Uit hoofde van de hoofdelijkheid draagt hij immers – en de crediteur dus niet – het risico dat zijn mededebiteur insolvent zal blijken te zijn. Voor zover het

echter gaat om ‘gewone’ hoofdelijke debiteuren, meen ik echter dat niet van een verzekeraar of risicodragers in de hierbedoelde zin kan worden gesproken. Een algemene behandeling van het verhaalsrecht van hoofdelijke debiteuren zal hier dus niet worden gegeven. Ik volsta met verwijzing naar Van Sinninghe Damsté 1999, p. 13 e.v. en naar mijn dissertatie (Van Boom 1999, p. 89 e.v.).

Hiermee is overigens niet gezegd dat het woord ‘hoofdelijkheid’ niet in verband zou kunnen worden gebracht met de materie die hier centraal staat. Zo heb ik eerder verdedigd dat indien de benadeelde het keuzerecht toekomt om ófwel zijn schadeverzekeraar, ófwel de aansprakelijke persoon tot schadevergoeding aan te spreken, sprake is van hoofdelijkheid tussen schadeverzekeraar en aansprakelijke. De benadeelde kan dan immers twee personen tot *dezelfde prestatie* aanspreken, en dat volstaat voor hoofdelijkheid (art. 6:6 BW). Het gevolg hiervan is bijv. dat de interne rechtsverhouding tussen schadeverzekeraar en aansprakelijke (mede) beheerst wordt door de bepalingen van Afdeling 6.1.2 BW. Voor nadere beschouwingen over deze materie – die in het vervolg buiten beschouwing blijft – zie men Van Boom 1999, p. 41 e.v., p. 137 e.v.

§ 1.4 Privaatrechtelijk?

Alvorens ik in hoofdstuk 2 nader in zal gaan op achtergronden en fundamenteën van verhaalsrechten, volgt eerst nog een korte ‘leeswijzer’. In de hoofdstukken 2 en 3 wordt met name op de privaatrechtelijke aspecten van verhaalsrechten ingegaan. Daarbij staat steeds de driehoeksverhouding tussen aansprakelijke, benadeelde en (sociale) verzekeraar of risicodragers centraal, vooral gezien vanuit het privaatrecht. Aan de orde komen aspecten als: op welke personen is verhaal mogelijk, welke omvang heeft het verhaalsrecht, welke gevolgen hebben betalingen en schikkingen voor de uitoefening van het verhaalsrecht, welke kosten kunnen worden verhaald.

Maar naast privaatrechtelijke aspecten kent de discussie over verhaalsrechten van sociale verzekeraars en risicodragers ook een meer publiek(rechtelijk)e kant. In de discussie over verhaalsrechten worden, wanneer het gaat om de positie van *sociale* verzekeraars en risicodragers, veelal – en terecht – sociaal-economisch getinte overwegingen betrokken. Overheidsinstellingen die door de wetgever zijn toebedeeld met een wettelijk verhaalsrecht en die zich hiervan

bedienen, handelen veelal primair met budgettaire beweegredenen. Dat zich hierbij – deels veronderstelde – onwenselijke neveneffecten voordoen, is een inzicht, dat in ons land vooral door A.R. Bloembergen met verve is uitgedragen. Dit alles biedt aanknopingspunten voor de discussie over de zin en onzin van (sociale) verhaalsrechten op kort gezegd ‘macro-economisch’ (overheidsfinancierings)niveau. Onder meer die discussie, die in de ogen van de wetgever inmiddels een gepasseerd station is, zal aan de orde komen in hoofdstuk 4 (‘rechtspolitieke aspecten en privaatrechtelijke gevolgen’).

2. Privaatrechtelijke achtergronden en fundamenteën van verhaalsrechten

§ 2.1 Historische achtergronden

Art. 284 WvK regelt sinds 1838 het verhaal van de schadeverzekeraar. Deze bepaling luidde oorspronkelijk: ‘De verzekeraar, die de schade van een verzekerd voorwerp betaald heeft, treedt in alle regten welke de verzekerde, ter zake van die schade, tegen derden mogt hebben (...)’ Deze bepaling, die in 1992 met behoud van de strekking moderner bewoordingen kreeg, doet de eventuele schadevergoedingsrechten van de verzekerde op derden van rechtswege overgaan op de verzekeraar wanneer deze de geleden schade heeft vergoed.

Over de ratio van deze subrogatie heeft de wetgever zich nauwelijks uitgelaten. Ook het wetsontwerp voor titel 7.17 NBW werpt geen nieuw licht op de zaak. Zie S.J.A. Mulder, *Subrogatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 1-3. Blijkbaar is bij de wetgever niet het idee opgekomen dat men ook anders zou kunnen denken over de positie van de schadeverzekeraar ten opzichte van de aansprakelijke persoon. Onduidelijk is ook aan welk voorbeeld de wetgever van 1838 het idee van subrogatie van schadeverzekeraars heeft ontleend; de Franse wetgeving kende het verschijnsel destijds niet.

Zie Scheltema/Mijnssen 1998, p. 261. Wel zijn, zo laat W.J. Zwalve, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen X* (1993), p. 133 e.v. zien, al in het middeleeuwse rechtsleven pogingen ondernomen om verzekeraars met een verhaalsrecht te begiftigen. Zwalve, t.a.p., p. 148-151, is voorts van mening dat de wetgever in art. 284 WvK (impliciet) beoogde aan te knopen bij de subrogatiefiguur bij de borgtocht. Ook ik acht dit waarschijnlijk, maar concrete aanwijzingen voor de juistheid van deze veronderstelling zijn er helaas niet. Zie over de historische wortels van verhaalsrechten ook Van Boom 1999, p. 90 e.v.

Uiteraard was men in het burgerlijk recht wel bekend met het verschijnsel subrogatie als zodanig. De regels die voor de ‘gewone’ subrogatie uit het BW golden, werden daarom ook toegepast op de subrogatie van de schadeverzekeraar; gedacht kan bijv. worden aan de regel dat de gesubrogeerde niet meer rechten verwerft dan zijn rechtsvoorganger jegens de aansprakelijke had (de ‘nemo plus’-regel). Zie thans art. 6:145 BW.

Ook bij invoering van verhaalsrechten voor sociale verzekeraars en risicodragers zijn weinig woorden vuil gemaakt aan het *waarom* van verhaal. In 1901 werd de Ongevallenwet van kracht. De uitvoeringsinstelling (de Rijksverzekeringsbank) werd gesubrogeerd in de rechten van de benadeelde. Over de rechtsgrond hiervoor meldt de memorie van toelichting slechts dat de Rijksverzekeringsbank gesubrogeerd *behoort* te worden in de rechten van de schadeloos gestelde arbeider. Zie Kamerstukken II 1897/98, 182, nr. 3, p. 26. Pas bij gelegenheid van de herijking van het stelsel van sociale voorzieningen in de jaren zestig, is uitgebreider stilgestaan bij deze kwestie. Maar toen lag de nadruk in de discussie voornamelijk op budgettaire argumenten.

§ 2.2 Verhaalsrechten voorkomen dubbele incasso

Pas in de loop van de twintigste eeuw is in de rechtsliteratuur in toenemende mate aandacht besteed aan de fundamenteen van verhaal. Een van de gedachten was dat het bestaan van een verhaalsrecht, en dan met name de rechtsfiguur van subrogatie, voorkomt dat de verzekerde ten onrechte zou worden verrijkt. Door de rechtsovergang van de schadevergoedingsvordering van de benadeelde wordt immers voorkomen dat de benadeelde èn vergoeding van zijn verzekeraar èn vergoeding van de aansprakelijke weet te incasseren. Betaling door de verzekeraar ontnemt de benadeelde namelijk zijn rechten jegens de aansprakelijke.

‘Subrogation nips in the bud any ambition to secure a double enrichment’, aldus Goff & Jones, *The law of Restitution*, 5e druk Londen: Sweet & Maxwell 1998, p. 123. Vgl. ook de auteurs genoemd bij Van Boom 1996, p. 96, m.nt. 6. Zie ook Asser-Hartkamp I, nr. 576, Mitchell 1994, p. 9, p. 74, F.Th. Kremer, *Het indenniteitsprincipe – een juridische herwaardering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (diss. Rotterdam) 1988,

p. 66 en Cane 1996, p. 436. Vgl. Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus-Van Wassenaeer), nr. 13, p. 16.

In deze sleutel staat ook het arrest *Spoorwegongeval De Vink* (HR 31 december 1931, NJ 1932, 419 m.nt. EMM). De Hoge Raad overweegt namelijk dat ‘(...) de strekking van het wetsvoorschrift (art. 284, *WvB*) geene andere is dan zoowel om te voorkomen, dat de verzekerde ter zake van dezelfde schade èn van den verzekeraar èn van derden vergoeding zou ontvangen als ook om den samenloop van vergoedingsplichten van dezelfde schade te regelen (...)’.

Neemt men echter aan dat vergoeding van de geleden schade door de verzekeraar als zodanig reeds – dus geheel afgezien van de vraag of subrogatie plaatsvindt – in de weg staat aan een tweede vordering jegens de aansprakelijke, dan is de dogmatische noodzakelijkheid van het fenomeen subrogatie weggevallen. En dat is natuurlijk goed verdedigbaar; een benadeelde heeft één keer recht op vergoeding van zijn schade, niet meer en niet minder, en – dus – ongeacht of de betalende verzekeraar verhaal kan nemen. De uitkering van de verzekeraar neemt de schade van de benadeelde weg en daarmee ontvalt de grond aan de rechtsvordering van de benadeelde jegens de aansprakelijke.

Deze notie, die ook kan worden gegrond in het verrijktingsrecht, komt bijv. tot uiting in 6:100 BW (voordeeltoerekening). Het komt ook tot uiting in een bepaling als art. 13 AWBZ (oud), dat AWBZ-aanspraken als voordeel toerekende aan de benadeelde. Het gevolg hiervan was grofweg dat de benadeelde hiervoor geen ‘tweede’ vordering bij de aansprakelijke geldend kon maken, terwijl de risicodragers uit de AWBZ – tot voor kort althans – geen verhaalsrecht toekwam jegens de aansprakelijke. Zie Hartlief en Tjittes 1999, p. 67. Vgl. ook art. 82 AAW (oud), dat wel de bedoelde voordeeltoerekening kende, maar geen daarmee corresponderend verhaalsrecht. Zie ook bijv. HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374 m.nt. GJS (Zitman / De Nieuwe Eerste Nederlandsche), waarin werd aangenomen dat uitkeringen door een sociale verzekeraar in mindering moeten worden gebracht op de schadevergoedingsrechten van de benadeelde, ook wanneer de betreffende verzekeraar geen verhaalsrecht toekomt: ‘(...) dat bij de vaststelling van wat de aansprakelijke persoon volgens het gemene recht als schadevergoeding zou moeten betalen, rekening moest worden gehouden enerzijds met alle posten die de verzekerde van de aansprakelijke persoon zou kunnen vorderen (...) en anderzijds met

alle posten die in mindering op de schade komen, zoals de uitkeringen en verstrekkingen die de verzekerde op grond van de Invaliditeitswet (...) heeft ontvangen en zal ontvangen'. Vgl. in dezelfde zin voor Engels recht McGregor on Damages, 16e druk Londen: Sweet & Maxwell 1997, nr. 1629.

Het is overigens pleitbaar dat deze voordeeltorekening achterwege dient te blijven indien vaststaat dat de benadeelde niet wordt verrijkt, bijv. wanneer hij (wettelijk of contractueel) verplicht is om hetgeen hij van de aansprakelijke verkrijgt, aan de verzekeraar of risicodragers af te staan. In die zin *Berriello v. Felixstowe Dock & Railway Co.* [1989] 1 WLR 695 (C.A.).

§ 2.3 Ongerechtvaardigde verrijking van de aansprakelijke

Dat het de benadeelde wordt verboden tweemaal te incasseren staat niet dus in onverbrekelijk verband met de toekenning van een verhaalsrecht. Het eerste is goed voorstelbaar zonder het laatste. Maar het ontbreken van een verhaalsrecht zou wel leiden tot verrijking van de *aansprakelijke*. Door de min of meer toevallige omstandigheid dat (een deel van) de schade die hij heeft veroorzaakt, aan de benadeelde wordt vergoed door een ander, neemt zijn aansprakelijkheidslast namelijk af zonder dat hij daartoe enige (financiële) opoffering behoeft te doen. De aansprakelijke 'would be receiving the benefit (...) without paying the premium', aldus E.R. Hardy Ivamy, *General principles of Insurance Law*, 6e druk Londen: Butterworths 1993, p. 506. Dat zou een op zijn minst genomen opvallend resultaat zijn in een op individuele verantwoordelijkheid gericht privaatrechtelijk rechtssysteem als het onze.

Toekenning van een verhaalsrecht aan een verzekeraar of risicodragers vindt zijn uiteindelijke rechtvaardiging daarom niet in een concrete wetsbepaling of een vehikel als subrogatie of cessie, maar in het beginsel dat aansprakelijke niet behoort te profiteren van het bestaan van de verzekering of sociale voorziening op grond waarvan de benadeelde een uitkering of vergoeding ontvangt.

Vgl. Dorhout Mees 1935, p. 319, Mijnsen 1970, p. 9-10 en Asser/Clausing/Wansink nr. 317. Deze notie ziet men bijv. ook verwoord in de memorie van toelichting bij de WAO (Kamerstukken II 1962/63, 7171, nr.

3, p. 21), waar het heet dat de aansprakelijke niet behoort te profiteren van de omstandigheid dat een sociale verzekeringswet als het ware bepaalde schadevergoedingen van hem overneemt. Vgl. ook Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 5, p. 2 (verhaalsrecht AWBZ): ‘Bij de invoering van het regresrecht staat centraal de gedachte, dat degene die een ander verwijtbaar schade berokkent, daarvan ook de gevolgen moet ondervinden, in die zin dat de geleden schade op hem verhaald kan worden.’

Dit profijt zou namelijk een ongerechtvaardigde verrijking van de aansprakelijke opleveren ten laste van de uitkerende verzekeraar of risicodrager. Deze gedachte speelt in het arrest *Nationale Nederlanden/Woudsend II* (HR 7 januari 2000, RvdW 2000, 14) een belangrijke rol. Het ging om de vraag of een schadeverzekeraar ook dan het verhaalsrecht van art. 284 WvK toekomt wanneer de uitkering die hij aan de benadeelde deed, niet een *verplichte* uitkering was. De Hoge Raad beslist – in afwijking van eerdere rechtspraak – dat ook verhaal mogelijk is als de schadeverzekeraar niet tot uitkering verplicht was. Zou in dat geval namelijk geen verhaalsrecht bestaan, dan zou ‘een situatie blijven bestaan die art. 284 beoogt te voorkomen: de aansprakelijke zou in feite van zijn verplichting tot vergoeding van de schade (...) worden ontslagen’, aldus de Hoge Raad.

Zie over dit arrest ook § 3.5.3. De notie dat de aansprakelijke niet verrijkt behoort te worden door de verzekeringsuitkering, ligt overigens ook aan vergelijkbare buitenlandse verhaalsrechten ten grondslag. De Engelse wetgever meende bijv. dat ‘recoupment’ voor sociale uitkeringen moest plaatsvinden om te waarborgen ‘that the State should not subsidise tortfeasors’ (aldus Beldam L.J., in *Neal v. Bingle* [1998] 2 WLR 57 (C.A.), p. 61). Vgl. ook LCR 262, § 3.22 en § 10.72, Winfield & Jolowicz, p. 779, en Mitchell 1994, p. 76-77. Vgl. voor de ‘common law’ *Metropolitan Police District Receiver v. Croydon Corp.* [1957] 2 QB 154 (C.A.).

§ 2.4 Geschreven en ongeschreven verhaalsrechten

Dat verhaalsrechten strekken tot voorkoming of ongedaanmaking van ongerechtvaardigde verarming en verrijking, zou tot de gedachte kunnen leiden dat, in theorie althans, elk verhaalsrecht kan worden gereduceerd tot de actie uit art. 6:212 BW. Met toepassing van deze ‘reductionistische gedachte’ kunnen uiteindelijk alle specifieke

wetsbepalingen die verhaalsrechten toekennen, worden geschrapt. Het is echter zeer de vraag of dat een zinvolle bijdrage aan de rechtsvorming is: specifieke wetsbepalingen nemen twijfel weg over toelaatbaarheid van verhaal in een concreet geval en zij geven meer houvast aan degene die verhaal zoekt. Keerzijde van de medaille is wel dat daar waar de wet *geen* verhaalsrecht toekent, de betalende verzekeraar of risicodragers in de kou dreigt te blijven staan. Daar waar de wet geen specifiek verhaalsrecht toekent, zal immers niet spoedig worden aangenomen dat verhaal op grond van art. 6:212 BW mogelijk is.

Om een voorbeeld te noemen: er is nauwelijks iemand die – voorafgaande aan de invoering van art. 6:107a BW – heeft verdedigd dat verhaal voor loondoorbetaling mogelijk was op grond van art. 6:212 BW, terwijl daar toch op de keper beschouwd goede redenen voor bestonden. De structuur van art. 6:212 BW laat het verhaal in elk geval – denk ik – wel toe. De werkgever die op grond van wet of arbeidscontract verplicht is zijn zieke werknemer gedurende enige weken het loon door te betalen, lijdt schade die in voorkomende gevallen in rechtstreeks verband staat met de fout van de aansprakelijke die het ziekteverzuim van de werknemer tengevolge had. De aansprakelijke wordt door de loondoorbetalingsplicht verrijkt, nu de omvang van zijn aansprakelijkheid jegens de werknemer hierdoor afneemt. Deze verrijking is, zo zou men kunnen stellen, ongerechtvaardigd, omdat in de verhouding tussen werkgever en aansprakelijke rechtvaardiging voor deze vermogensverschuiving ontbreekt. De toevalligheid van het bestaan van een loondoorbetalingsplicht behoort niet ten voordele van de aansprakelijke persoon te strekken, en dus is er alle reden toe een actie uit art. 6:212 BW toe te staan. De omvang van de schade kan in de regel worden gesteld op de kosten van de loondoorbetaling. Ik laat hier in het midden of een dergelijk verhaalsrecht een doorkruising zou opleveren van het stelsel van art. 6:106 BW (beperkte kring van gerechtigden bij letsel).

In verband met verhaalsrechten ex art. 6:212 BW kan nog worden gewezen op HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102 (Van Maarseveen c.s./Ontvanger), waarover uitgebreid Van Boom 1999, p. 43-45. In dit arrest wordt art. 6:212 BW als mogelijke grondslag voor een verhaalsrecht genoemd; het betrof overigens niet het verhaal van een verzekeraar of risicodragers, maar van een ‘handelaar’ in BV’s op de BV wier fiscale schuld hij aan de Staat moest voldoen op grond van art. 6:162 BW. Vgl. in dit verband

ook *Metropolitan Police District Receiver v. Croydon Corp.* [1957] 2 QB 154 (C.A.).

Betekent dit nu dat toch altijd een concrete wetsbepaling moet kunnen worden aangewezen voor verhaal op de aansprakelijke persoon? Bij voorkeur wel natuurlijk, maar uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat er ook ongeschreven verhaalsrechten bestaan. Zo besliste HR 10 oktober 1975, NJ 1976, 175 (Van der Kleij/Interpolis) bijv. ten aanzien van het verhaal van de WAM-verzekeraar op de ex-verzekerde.

Een verzekerde heeft zijn WAM-verzekering opgezegd. Op grond van de WAM is het motorrijtuig nog gedurende zestien dagen na kennisgeving van de beëindiging van de verzekeringsovereenkomst verzekerd bij de betreffende verzekeringsmaatschappij (dit is het zogenaamde 'na-ri-sico'). Als in die zestien dagen met het motorrijtuig schade wordt toegebracht, dan kan een eventuele schadevergoedingsvordering jegens de motorrijtuighouder ook jegens de WAM-verzekeraar worden ingesteld. Heeft de verzekeraar vervolgens regres op de ex-verzekerde (die als het ware 'onverzekerd' rondrijdt)? De WAM laat deze vraag onbeantwoord. De HR beslist dat de zestien dagen 'extra dekking' slechts ter bescherming van benadeelden in het leven is geroepen en niet de verzekerde beoogt te beschermen, en 'dat dan ook moet worden aangenomen dat de wetgever, hoewel hij heeft nagelaten het regres van de verzekeraar op de voor het ongeval aansprakelijke personen voor de gevallen bedoeld in art. 13, lid 4, uitdrukkelijk te regelen, aan de verzekeraar die op grond van dit wetsvoorschrift jegens de benadeelde aansprakelijk is, in overeenstemming met het rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de artt. 1331 en 1876 B.W., een zelfde verhaalsrecht tegen de aansprakelijke personen heeft toegedacht, als art. 27, lid 1, eerste zin, voor een vergelijkbare situatie met zoveel woorden aan het Waarborgfonds Motorverkeer toekent'.

De Hoge Raad knoopt in dit arrest aan bij wél in de wet geregelde verhaalsrechten (te weten bij hoofdelijkheid en borgtocht), en meent dat het rechtsbeginsel dat aan die verhaalsrechten ten grondslag ligt, ook hier moet worden toegepast. Zie over het arrest Robben 1993, p. 252 e.v. Zie ook nog HR 13 december 1991, NJ 1992, 316 (Korstanje II), waar het het 'een eis van redelijkheid en billijkheid' heet te zijn dat een aansprakelijkheidsverzekeraar die de schade heeft vergoed,

ingeval van dubbele dekking verhaal heeft op de andere aansprakelijkheidsverzekeraar. In dit arrest preludeert de Hoge Raad overigens ook op invoering van het verhaalsrecht van art. 7:17.2.24a NBW. Dit artikel geeft een directe wettelijke grondslag voor het verhaal van aansprakelijkheidsverzekeraars onderling.

Vanuit rechtsvindingsoptiek is een dergelijk codificatievoornemen van de wetgever uiteraard een welkom aanknopingspunt. Maar wetgevingsvoornemens (of, zo men wil: het stelsel van de wet) kunnen echter ook in omgekeerde richting wijzen. Wanneer de wetgever er bijv. niet over piekert om gemeenten een wettelijk verhaalsrecht toe te kennen voor uitgaven gedaan in het kader van de WVG, dan is onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad daar zelfstandig toe zal overgaan met een beroep op art. 6:212 BW. Dat heeft natuurlijk alles te maken met de politieke lading van toekenning van verhaalsrechten van publieke risicodragers, zoals gemeenten op grond van de WVG. In puur privaatrechtelijke verhaalsverhoudingen zou de Hoge Raad mogelijk eerder geneigd zijn verhaal toe te staan met een beroep op art. 6:212 BW.

§ 2.5 Verhaalsconstructies

‘Bij gebreke van een wettelijke mogelijkheid van verhaal op grond van subrogatie of een zelfstandig verhaalsrecht rest eventuele anderen slechts de mogelijkheid van cessie van de vordering jegens de veroorzaker door het slachtoffer (art. 3:94 jo. 3:84 BW)’, aldus Hartlief en Tjittes 1999, p. 69. Vgl. Van Maanen en Römers 1994, p. 9 en Hammerstein 1994, p. 4. Maar is het wel zo simpel? Kan een schadevergoedingsvordering object van cessie zijn wanneer het beoogde rechtsgevolg, te weten de mogelijkheid van verhaal, niet uitdrukkelijk is toegestaan door de wetgever? Is het niet veelzeggend dat de wetgever er niet zelf in heeft voorzien? Om eerlijk te zijn: nee. De wetgever kan niet overal in voorzien. Datgene waar de wetgever niet in voorziet, kan – zo illustreert het arrest *Van der Kleij/Interpolis* (zie § 2.4) – niettemin tot erkenning van een ongeschreven verhaalsrecht aanleiding geven. Het kan daarom worden aangenomen dat *in beginsel* de mogelijkheid bestaat om schadevergoedingsvorderingen te cederen teneinde verhaal mogelijk te maken.

Vgl. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 506 m.nt. G (Delta Lloyd/Zwolsche

Algemeene), waarin blijkbaar ook werd uitgegaan van de geldigheid van de koop- en cessieconstructie tussen een crediteur en één van de hoofdelijk aansprakelijke personen.

Dat is anders wanneer cessie een doorkruising zou zijn van een wettelijk systeem van beperking van de kring van schadevergoedingsgerechtigden. Dat speelt bij cessie van vorderingen terzake van letselschade een rol. In die gevallen moet sterk worden getwijfeld aan de geldigheid van dergelijke cessie-constructies. Niet ten onrechte is daarom lange tijd onzeker geweest of een werkgever die ingeval van ziekte van zijn werknemer tot loonsuppletie overging, zich de eventuele schadevergoedingsrechten van de werknemer jegens derden mocht laten cederen. Met invoering van art. 6:107a BW is de behoefte aan de verschillende koop-, cessie- en voorschotconstructies afgenomen.

Zie Hartlief en Tjittes 1999, p. 79. De genoemde constructies deden hoe dan ook gekunsteld aan. Zie Kamerstukken II 1994/95, 24 326, nr. 3, p. 9 (memorie van toelichting invoering art. 6:107a BW). H.M. Storm, in: *Civiele constructies* (BWKJ 15), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 31 e.v. meent dat thans dergelijke constructies ten behoeve van de werkgever ongeldig zijn. Vgl. over deze constructies ook nog A.T. Bolt, *Voordeels-toerekening*, Deventer: Kluwer (diss. Groningen) 1989, p. 238 e.v., Hammerstein 1994, p. 4-5 en B. Hoogendijk, SR 1994, p. 8 e.v.

Ernstige twijfel aan de geldigheid van de cessie kan ook ontstaan wanneer de cessie in strijd komt met de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW). Daarop kom ik nog terug in § 4.4.3.

§ 2.6 Tenslotte: vormgeving ondergeschikt?

Zou het uiteindelijk verschil mogen maken voor een persoon die regres tracht te nemen, of hij de beschikking heeft over een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht, een gesubrogeerde vordering van de hoofdschuldeiser, een regresrecht uit hoofdelijkheid of een gecedeerde vordering? De vraag stellen is haar (ontkennend) beantwoorden. Stelt men, en het privaatrecht mag verondersteld worden dit te doen, inhoud boven vorm, dan mag de gedaante waarin het verhaalsrecht in een concreet geval verschijnt niet beslissend zijn voor de vraag of

een verweermiddel kan worden tegengeworpen, de regresvordering is verjaard of anderszins is teniet gegaan.

Maar zo eenvoudig is het niet. Geconstateerd moet worden dat naar geldend recht de vorm voor het verhaalsrecht in menig opzicht beslissend is voor de vraag of en in hoeverre verhaal kan worden genomen. De discussie over wenselijk recht zal ik hierna niet verder aangaan. Ik zal in hoofdstuk 3, waar de techniek van verhaalsrechten centraal staat, steeds aangeven waar de verschillen tussen de verschillende verhaalsrechten naar geldend recht in gelegen zijn. In een enkel geval zal een alternatieve oplossing worden aangedragen.

3. De techniek van verhaalsrechten

§ 3.1 Subrogatie en zelfstandig verhaalsrecht; inleiding

Art. 284 WvK doet de eventuele schadevergoedingsvordering van de verzekerde jegens de aansprakelijke derde van rechtswege overgaan op de verzekeraar indien en voorzover deze terzake van de schade uitkeringen aan de verzekerde heeft gedaan.

Van subrogatie uit hoofde van art. 284 WvK is alleen sprake als een verzekeringsovereenkomst aanwezig is. Ontstaat de verzekering (en dus de premieplicht) rechtstreeks uit de wet, zonder dat van wils-overeenstemming sprake is, dan is art. 284 WvK niet van toepassing. Sociale verzekeraars die op grond van een wettelijke plicht tot uitkering overgaan, kunnen daarom geen beroep op de subrogatie van art. 284 WvK doen.

Zie HR 3 januari 1936, NJ 1936, 78 m.nt. EMM (Koopmans/Bedrijfsvereniging voor ziekengeldverzekering), HR 13 maart 1959, NJ 1962, 338 (Algemeen Ziekenfonds Bussum/Hogestijn en Overeem), HR 24 januari 1964, NJ 1964, 465 m.nt. GJS (Bedrijfsvereniging voor de textielindustrie/Hendriksen). Vgl. HR 28 februari 1913, NJ 1913, p. 587 (De Jeu/Eerste Onderlinge aannemers verzekeringsmaatschappij).

Voor een aanzienlijk aantal sociale verzekeraars en risicodragers, aan wie dus veelal geen beroep op art. 284 WvK toekomt, is een specifiek verhaalsrecht in de desbetreffende wet opgenomen.

Overigens is de grens tussen particuliere en sociale verzekeringen in dit verband soms tamelijk willekeurig of onduidelijk. Overeenkomsten van ziektekostenverzekering waartoe op grond van WTZ een contracteerplicht van verzekeraars bestaat, verschillen bijv. weinig van een wettelijke ziekenfondsverzekering. Niettemin moet de WTZ-verzekeraar zich

bedienen van art. 284 WvK in plaats van art. 83b ZfW. Zie Kamerstukken II 1997/98, 25 859, nr. 6, p. 5.

Een ander voorbeeld: kan het LISV, als een zgn. vrijwillige WAO-verzekering is afgesloten (zie art. 81 e.v. WAO), verhaal nemen op grond van art. 90 WAO (wettelijk verhaalsrecht) wanneer aan de vrijwillig verzekerde een WAO-uitkering wordt verstrekt, of moet een beroep op art. 284 WvK worden gedaan?

Een opmerkelijke uitzondering op de gesignaleerde tweedeling tussen subrogatie bij schadeverzekeringsovereenkomsten enerzijds en bijzondere wettelijke verhaalsrechten bij sociale verzekeraars en risicodragers anderzijds, betreft het schadefonds geweldsmisdrijven. Het schadefonds wordt op grond van art. 6 lid 3 WSG juist *gesubrogeerd* in de rechten van de benadeelde, net zoals verzekeraars dat worden op grond van art. 284 WvK. Art. 6 lid 3 WSG bepaalt namelijk: 'Het fonds treedt voor het aan de benadeelde uitgekeerde bedrag in de rechten die deze ter zake van de door hem geleden schade tegenover derden heeft. (...)'

De structuur van deze verhaalsbepalingen is vrijwel steeds dezelfde. In de eerste plaats wordt bepaald dat de burgerlijke rechter bij de vaststelling van de rechten van de verzekerde jegens de aansprakelijke 'rekening houdt' met de aanspraken die de verzekerde aan de desbetreffende sociale verzekeringswet kan ontlenen. Dit noemt men ook wel de 'verplichte voordeeltorekening'. De strekking hiervan is uiteraard dat de benadeelde niet tweemaal schadeloos wordt gesteld. Zie over de uitwerking daarvan in concrete gevallen uitgebreid hierna § 3.3.1.

Art. 65a AWBZ luidt bijvoorbeeld: 'Bij de vaststelling van de schadevergoeding, waarop de verzekerde naar burgerlijk recht aanspraak kan maken ter zake van een feit, dat aanleiding geeft tot het verlenen van zorg, bedoeld in artikel 6, houdt de rechter rekening met de aanspraken, die de verzekerde krachtens deze wet heeft'. Vergelijkbare formuleringen treft men aan in art. 52 Zw, art. 6:107a BW, art. 89 WAO, art. 83a ZfW, art. 60 ANW, art. 68 WAZ, art. 60 WAjong, art. 48 Wet REA en art. 2 VOA.

In de tweede plaats wordt bepaald dat de sociale verzekeraar verhaal kan nemen op de aansprakelijke tot kort gezegd ten hoogste het bedrag dat de benadeelde zelf zou hebben kunnen vorderen als er geen sociale verzekering zou zijn geweest. De techniek die de wetgever

voor berekening van dit bedrag hanteert, wordt wel die van het ‘civiel plafond’ genoemd. Zie daarover uitgebreid § 3.4.1.

Art. 65b lid 1 AWBZ luidt bijvoorbeeld: ‘Behoudens toepassing van het derde lid, eerste volzin, heeft een ziekenfonds, ziektekostenverzekeraar of uitvoerend orgaan voor de krachtens deze wet gemaakte kosten verhaal op degene, die in verband met het in artikel 65a bedoelde feit jegens de verzekerde naar burgerlijk recht tot schadevergoeding is verplicht, doch ten hoogste tot het bedrag, waarvoor deze bij het ontbreken van de aanspraken krachtens deze wet naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag, gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde naar burgerlijk recht is gehouden.’ In vergelijkbare bewoordingen: art. 52a Zw, art. 6:107a BW, art. 90 WAO, art. 83b ZfW, art. 61 ANW, art. 69 WAZ, art. 61 WAjong, art. 49 Wet REA en art. 2 jo. 3 VOA.

§ 3.2 Nadere beschouwingen over subrogatie

§ 3.2.1 Het keuzerecht: verzekering of aansprakelijkheid?

Indien iemand zich heeft verzekerd tegen bijv. ziektekosten, en hem wordt letsel toegebracht door een aansprakelijke derde, dan kan de benadeelde in theorie kiezen wie hij tot vergoeding van zijn schade aanspreekt. Hij kan de aansprakelijke volgens de bepalingen van het aansprakelijkheidsrecht tot vergoeding dwingen, maar hij kan ook – en in de meeste gevallen is dat de meest voor de hand liggende keuze – zijn ziektekostenverzekeraar tot vergoeding aanspreken, en wel volgens de bepalingen van de verzekeringspolis. Vaak wordt de ziektekostenverzekeraar aangesproken: die zal meestal zonder mankeren tot uitbetaling overgaan, terwijl de aansprakelijke in veel gevallen aansprakelijkheid kan (moet) en zal ontkennen, of de behandeling van de zaak uit handen willen geven aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Vaak zal inning bij de aansprakelijke daarom meer tijd kosten dan inning bij de ziektekostenverzekeraar.

Heeft de ziektekostenverzekeraar uitkeringen gedaan aan of ten behoeve van de verzekerde, dan wordt hij gesubrogeerd in de schadevergoedingsrechten van de benadeelde jegens de derde. De verzekeraar kan dan vervolgens de financiële lasten van het letsel bij de aansprakelijke neerleggen. De subrogatie vindt plaats op het moment

dat betalingen aan of vergoedingen ten behoeve van de verzekerde plaatsvinden. Dit moment, dat – zoals we later zullen zien – in veel opzichten cruciaal is, hangt samen met het keuzerecht van de verzekerde. Die mag immers kiezen of hij zijn verzekeraar aanspreekt; als er een aansprakelijke in het spel is, kan hij ook ervoor kiezen die aan te spreken. Dat de subrogatie plaatsvindt op het moment waarop de verzekeraar uitkering doet, is dus niet verwonderlijk. Dan pas is de gemaakte keuze definitief, en heeft de verzekerde, ‘in ruil’ voor zijn eventuele schadevergoedingsrechten jegens derden, zijn schade vergoed gekregen.

Het is, tenslotte, goed om te bedenken dat subrogatie plaatsvindt *voor zover* er wordt uitgekeerd. Dat betekent bijv. dat ingeval een zaak die f 1500 waard is, verzekerd is voor f 1000 en er na vernieling een verzekeringsuitkering van f 1000 plaatsvindt, de schadevergoedingsvordering op de aansprakelijke slechts gedeeltelijk overgaat. De benadeelde houdt het recht om de aansprakelijke voor de resterende f 500 aan te spreken.

§ 3.2.2 *Het subrogatie-moment: bevrijdende betalingen*

Subrogatie vindt plaats op het moment dat betalingen aan of vergoedingen ten behoeve van de verzekerde plaatsvinden. Dit betekent dat wanneer een particuliere inkomensverzekeraar maandelijkse bedragen uitkeert, er evenzovele subrogaties plaatsvinden. Keert deze verzekeraar echter een ‘som ineens’ uit, waarin de toekomstige inkomstenderving is verdisconteerd, dan vindt slechts een keer subrogatie plaats. De vorm van de uitkering bepaalt dus niet alleen de omvang maar ook de frequentie van de subrogatie.

Zie HR 3 april 1930, NJ 1930, p. 1407 m.nt. EMM (Eerste Onderlinge Aannemers Verzekering Maatschappij/Provinciale Geldersche Electriciteits Maatschappij).

Het moment van subrogatie is als gezegd cruciaal: eraan voorafgaand behoort het schadevergoedingsrecht jegens de aansprakelijke tot het vermogen van de verzekerde en erna valt het in het vermogen van de verzekeringsmaatschappij. De subrogatie kan dus bijv. worden gefrustreerd als de benadeelde de schadevergoedingsvordering voordien heeft gecedeerd aan of bezwaard ten behoeve van een derde.

Het subrogatie-moment is ook van belang in verband met tussen-

tijdse beschikkingsonbevoegdheid van de verzekerde. Zoals bekend kan na faillietverklaring of beslaglegging geen geldige overdracht van vorderingen meer plaatsvinden (art. 35 Fw, 475h Rv). Nu is subrogatie geen overdracht van een vordering, maar een overgang onder bijzondere titel van rechtswege. Toch kan beschikkingsonbevoegdheid van de verzekerde de overgang in die zin belemmeren, dat de verzekeraar niet langer bevrijdend kan betalen aan de verzekerde. Er moet namelijk aan de curator of beslaglegger worden voldaan. Betaling aan de verzekerde is in dat geval betaling aan een onbevoegde en zij leidt in beginsel niet tot subrogatie. Zie art. 6:34 BW jo. art. 284 WvK jo. art. 52 Fw en art. 475h Rv. Dit is slechts anders in de uitzonderingsgevallen genoemd in art. 52 Fw. en 475h Rv.

Het subrogatie-moment is ook om een andere reden van groot belang. Het kan gebeuren dat de benadeelde zich eerst schadeloos laat stellen door de aansprakelijke om vervolgens zijn verzekeraar tot uitkering te bewegen. Soms zal het motief van de benadeelde voor deze ‘dubbele claim’ opzettelijke benadeling van zijn verzekeraar zijn, maar vaak zal onachtzaamheid of onwetendheid in het spel zijn. Maar ongeacht het motief moet een dubbele vergoeding natuurlijk ongedaan worden gemaakt. Heeft de aansprakelijke *voor* het moment van subrogatie schade vergoed aan de benadeelde, dan sorteert de subrogatie in zoverre geen effect. Door betaling is de vordering tenietgegaan. De aansprakelijke is bevrijd, want hij betaalde aan de rechthebbende. De verzekeraar die, onwetend van de eerdere betaling, tot uitkering overgaat, kan – zo wordt althans aangenomen – de verzekerde wegens onverschuldigde betaling tot terugbetaling aanspreken (art. 6:203 BW). De benadeelde verkreeg immers uitkering ter zake van een schadepost die al was weggenomen door de aansprakelijke.

Zie Scheltema/Mijnssen 1998, p. 266. Deze restitutieplicht strookt met het indemniteitsbeginsel. Zie ook hoofdstuk 2. Overigens zou een dergelijke terugvorderingsmogelijkheid zich ook (en misschien wel beter) laten gronden op art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking). Een alternatieve benadering zou die zijn waarin men niet een restitutieplicht aanneemt, maar een schadevergoedingsplicht van de verzekerde op grond van art. 6:154 BW. Door de betalingen van achtereenvolgens aansprakelijke en verzekeraar in ontvangst te nemen, heeft de verzekerde namelijk de subrogatie van de verzekeraar illusoir gemaakt.

Het risico dat de verzekerde geen verhaal biedt, is dus voor de verzekeraar.

Vindt de betaling door de aansprakelijke aan de benadeelde plaats *na* de subrogatie (dus na het moment waarop de verzekeraar uitkering heeft gedaan aan de benadeelde), dan heeft de aansprakelijke dus aan de verkeerde betaald. In beginsel moet hij nogmaals, maar nu aan de verzekeraar betalen. De benadeelde is verplicht tot terugbetaling (art. 6:203 BW).

Soms kan het de aansprakelijke niet worden verweten te hebben betaald, namelijk als hij ten tijde van de betaling geen wetenschap heeft van het bestaan van de verzekeringsovereenkomst en dus ook niet van de subrogatie. Een mededeling aan de aansprakelijke is voor subrogatie immers – anders dan bij cessie – geen constitutief vereiste. De aansprakelijke die intussen aan de benadeelde heeft betaald, kan jegens de verzekeraar een beroep op art. 6:34 BW doen. Zie HR 3 april 1930, NJ 1930, p. 1407 m.nt. EMM (Eerste Onderlinge Aannemers Verzekering Maatschappij/Provinciale Geldersche Electriciteits Maatschappij). Wel mogen vandaag de dag hoge eisen worden gesteld aan een dergelijk beroep, zeker als het gaat om een schadegebeurtenis terzake waarvan het meer dan gebruikelijk is dat daartegen schadeverzekeringen worden afgesloten. Een aansprakelijke die op redelijke gronden twijfelt wie tot de schadevergoedingsvordering gerechtigd is, kan immers betaling opschorten totdat meer duidelijkheid ontstaat (art. 6:37 BW). Van de aansprakelijke kan in dit verband ten minste worden gevergd dat deze uitdrukkelijk navraag doet bij de benadeelde naar een eventuele verzekeringsdekking.

Slaagt het beroep van de aansprakelijke op art. 6:34 BW, dan heeft de benadeelde ten onrechte tweemaal ‘geïncasseerd’. De verzekeraar kan op grond van art. 6:36 BW als werkelijk gerechtigde verhaal nemen op de benadeelde. Aangenomen mag worden dat deze verhaalsactie beloopt tot de omvang van de benadeling, en dat in zoverre weinig verschil bestaat met art. 6:154 BW.

In het subrogatie-stelsel hoeft de aansprakelijke de beschermende werking van art. 6:34 BW dus niet in te roepen als de betaling heeft plaatsgevonden voordat de verzekeraar heeft uitgekeerd. De aansprakelijke heeft dan namelijk aan de juiste betaald, en de verzekeraar blijkt – wegens het ontbreken van schade bij de benadeelde – ten onrechte te hebben betaald. Dat is vanuit de dogmatiek van de subrogatie verklaarbaar, maar het levert wel een vreemd onderscheid op. Waarom zou een aansprakelijke die *weet* dat de benadeelde verzekerd is tegen de betreffende schadepost, zonder meer bevrijdend betalen als hij als eerste betaalt? Het heeft naar mijn mening goede zin om

aan te nemen dat de aansprakelijke in dergelijke gevallen verplicht is om de verzekeraar hiervan onverwijld mededeling te doen, zodat deze jegens de benadeelde te gelegener tijd het ontbreken van schade kan inroepen. Schending van deze mededelingsplicht zou (bijv. op grond van art. 6:162 BW) tot schadeplichtigheid kunnen leiden, hetgeen vooral van belang kan zijn wanneer de verzekerde geen verhaal biedt.

§ 3.2.3 *Het subrogatie-moment: schikkingen*

Het moment van subrogatie is ook van belang in verband met schikkingen. Overgang van een vordering laat de verweermiddelen van de debiteur onverlet, zo bepaalt art. 6:145 BW. Een schikking (dit is een vaststellingsovereenkomst; art. 7:900 BW), aangegaan door de verzekerde met de aansprakelijke *voor* het moment van subrogatie, bindt om die reden de verzekeraar.

Ook hier geldt overigens weer het verbod van art. 6:154 BW, gericht tot de verzekerde. Levert de schikking een schending van art. 6:154 BW op, dan is de verzekerde schadeplichtig. De aansprakelijke staat daar dus buiten. Slechts als de aansprakelijke de schikking aangaat met het *oogmerk* het verhaalsrecht van de verzekeraar te frustreren, lijkt het mogelijk voor de verzekeraar om zich aan de schikking te onttrekken. Vgl. HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 m.nt. EMM (Brandstichting).

Maar hoe is het gesteld met een schikking aangegaan door een aansprakelijke *na* het moment van subrogatie? Kan deze ook worden tegengeworpen aan de verzekeraar? De Hoge Raad meende van niet. Zie HR 5 november 1976, NJ 1978, 72 m.nt. BW.

Motorrijder Nagtzaam kwam in botsing met de loslopende hond van Dirne. Op 29 november 1973 ging Nagtzaam's cascoverzekeraar Nieuw Rotterdam over tot betaling van de schade ten bedrage van ongeveer f 1500. De verzekeraar vordert vervolgens van Dirne betaling van dit bedrag. Dirne beroept zich echter op een betaling van f 250 aan Nagtzaam wegens schaderegeling in der minne. Deze betaling was gedaan op 8 februari 1974; op dat moment was Dirne nog niet in kennis gesteld van de subrogatie. Hij meent dan ook te goeder trouw te hebben geschikt. De Hoge Raad is echter van mening dat Dirne door de verzekeraar kan worden aangesproken tot betaling van het schadebedrag, minus de reeds be-

taalde f 250. Weliswaar beschermt art. 1422 BW (oud; thans art. 6:34 BW) de aansprakelijke te goeder trouw wanneer deze *tot betaling* overgaat aan de benadeelde op het moment dat subrogatie reeds heeft plaatsgevonden, maar uit dit artikel kan volgens de Hoge Raad niet worden afgeleid dat Dirne ook zou zijn bevrijd van zijn schuld aan de verzekeraar voor zover deze het bedrag van f 250 zou overtreffen. De verzekeraar behoudt derhalve recht op betaling, tenzij de schikking met medewerking van de verzekeraar tot stand zou zijn gekomen of de verzekeraar bij Dirne het vertrouwen heeft gewekt dat de schikking mede de rechten van de verzekeraar betreft. Dat vertrouwen kan, zo voeg ik toe, overigens ook worden teruggevoerd op een nalaten van de verzekeraar, zoals bijv. het onnodig dralen met mededeling van de subrogatie aan de aansprakelijke.

Aangenomen wordt dat deze beslissing naar thans geldend recht nog steeds juist is. Zie Scheltema/Mijnssen 1998, p. 267 en Asser/Clausing/Wansink nr. 324. Dat lijkt ook door art. 7:903 BW te worden bevestigd: 'Een vaststelling van hetgeen in het verleden rechtens is geweest, kan geen afbreuk doen aan inmiddels verkregen rechten van derden'.

Dit alles kan tot ongerijmde resultaten leiden. Stellen de benadeelde en de aansprakelijke vast dat de omvang van de geleden schade 1000 is, dan bindt die afspraak zondermeer mede de verzekeraar als de afspraak tot stand is gekomen *voordat* de verzekeraar tot uitkering overging. Maar zij bindt de verzekeraar in het geheel niet als de afspraak (kort) *daarna* is gemaakt, ook niet wanneer de aansprakelijke volstrekt te goeder trouw was en al het mogelijke heeft gedaan om te achterhalen of er een verzekeringsdekking aan de zijde van de benadeelde was. Dit lijkt mij moeilijk verenigbaar met de ratio van art. 6:34 BW, dat qua bewoordingen weliswaar beperkt is tot 'betalingen', maar waarvan nu reeds analoge toepassing wordt bepleit op met betaling vergelijkbare handelingen. Zie Asser/Hartkamp I, nr. 216. De ratio van art. 6:34 BW is mijns inziens bescherming van de onwetende debiteur te goeder trouw. Die beschermingsratio geldt evenzeer ten aanzien van schikkingen, afbetalingsregelingen en wat dies meer zij; zij is naar mijn mening niet beperkt tot betalingen. Daartegen wordt wel ingebracht dat betalingshandelingen te goeder trouw wel bescherming verdienen en kwijscheldingen en dergelijke niet, omdat de debiteur in die gevallen door het onthouden van bescherming kort gezegd slechts een voordeel ontgaat. Zie in deze zin Asser/Hartkamp I, nr. 216. Hoe dichter het schikkingsresultaat echter

de werkelijk verschuldigde schadevergoeding nadert, hoe zwakker dat argument wordt en hoe sterker de goede trouw van de debiteur spreekt. De regel die uit HR 5 november 1976, NJ 1978, 72 volgt, nodigt bovendien bepaald niet uit tot schikkingsonderhandelingen. Een behoedzame aansprakelijke waagt zich er niet aan totdat volstreekte helderheid bestaat over de betrokken partijen.

Anderzijds kan van de aansprakelijke wel worden gevergd dat hij navraag doet bij (in ieder geval) de benadeelde over eventuele betrokkenheid van verzekeraars bij de schadeafwikkeling. Heeft de aansprakelijke reden om te twijfelen aan de vorderingsgerechtigdheid van de benadeelde, dan dient hij van de vaststellingsovereenkomst af te zien en schort hij betaling aan de benadeelde op met een beroep op art. 6:37 BW. Maar dit alles laat onverlet dat de aansprakelijke die te goeder trouw (ten aanzien van de subrogatie van de schadeverzekeraar) een vaststellingsovereenkomst met de benadeelde aangaat, dezelfde bescherming moet genieten als de betalende aansprakelijke op grond van art. 6:34 BW toekomt.

§ 3.3 Nadere beschouwingen over zelfstandige verhaalsrechten

§ 3.3.1 Het recht om te kiezen?

Bij verzekeringsovereenkomsten staat voorop dat de benadeelde het keuzerecht heeft tussen verzekering en aansprakelijkheid. Zie hiervoor § 3.2.1. Bij sociale verzekeringen is dat keuzerecht minder geprononceerd aanwezig. Dat blijkt uit de zogenaamde ‘verplichte voordeeltoerekening’: de rechter dient bij de vaststelling van de schadevergoeding, waarop de verzekerde naar burgerlijk recht aanspraak kan maken, *rekening te houden met* de aanspraken die de verzekerde krachtens de sociale verzekeringswetgeving heeft. Zie hiervoor § 3.1.

Aangenomen mag worden dat het ‘rekening te houden met’ betekent dat de rechter gehouden is om zowel de reeds genoten uitkeringen als de toekomstige aanspraken van de benadeelde jegens de sociale verzekeraar of risicodragers in mindering te brengen op de schadevergoedingsaanspraak jegens de aansprakelijke.

Zie Van Maanen en Römers 1994, p. 42, Asser/Hartkamp I, nr. 491, Van Boom en Storm 1995, p. 150, W.H.A.C.M. Bouwens, Regres, in: I.P.

Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 1997, p. 212 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 66 en 81. Vgl. ook Vranken in zijn noot onder HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 317 (Schotanus/Bedrijfsvereniging voor bank- en verzekeringswezen), die lijkt te menen dat de benadeelde zowel een vordering op de veroorzaker als op de sociale verzekeraar heeft.

Deze zogenaamde verplichte voordeeltorekening leidt ertoe dat de civiele rechter de benadeelde het recht op *volledige* vergoeding van bijv. inkomensschade ontzegt. Voor zover deze schade wordt weggenomen door het recht op een WAO-uitkering, wordt de benadeelde verwezen naar het LISV (art. 89 WAO). De ‘aansprakelijkheid’ voor deze schade is dus als het ware ‘gekanaliseerd’ naar het LISV: dat is het loket waar de benadeelde zich dient te vervoegen.

Vanwaar deze kanalisatie? Ik denk dat zij haar oorsprong vindt in de bijzondere positie die de overheid c.q. sociale verzekeraars innemen. De voorwaarden waaronder een sociale verzekeraar tot uitkering dient over te gaan worden geacht limitatief te zijn opgesomd in de betreffende wettelijke regeling. Denkbaar zou weliswaar kunnen zijn dat de uitkeringsinstantie per dossier vaststelt of er volgens de regels van het civiele aansprakelijkheidsrecht een aansprakelijke kan worden aangewezen voor het verzekerde voorval. Denkbaar is ook dat de uitkeringsinstantie vervolgens verplicht is om na te gaan of de eventuele aansprakelijke reeds betalingen heeft verricht aan de benadeelde, teneinde deze betalingen vervolgens in mindering te brengen op de uitkering. Het is allemaal denkbaar, maar geen enkele sociale verzekeringswet bepaalt dit. En gelukkig maar: het zou snelle dienstverlening door uitkeringsinstanties niet gemakkelijker maken, terwijl het aantal ‘verhaalwaardige dossiers’ in het niet valt bij het totaal aantal uitkeringsdossiers. Het zou dus ook niet doelmatig zijn. Daarom is waarschijnlijk het probleem van samenloop van uitkeringen uit sociale verzekeringen met civielrechtelijke schadevergoedingsvorderingen weggehouden uit de sfeer van de uitkeringsinstanties. De uitkeringsinstantie is zonder meer tot uitkering verplicht, en hoeft zich niet te bekommeren over de vraag of de aansprakelijke mogelijk al schade heeft vergoed aan de benadeelde.

Of, om het in de woorden van de wetgever te zeggen: ‘voorkomen (moet worden) dat langs twee wegen schadevergoeding kan worden verkregen. Om die reden is (...) bepaald, dat de rechter die oordeelt over de schade-

vergoeding naar burgerlijk recht, rekening houdt met de aanspraken die op grond van deze wet bestaan.’ Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 478, nr. 3, p. 95 (memorie van toelichting op art. 48 Wet REA), en in vergelijkbare bewoordingen Kamerstukken II 1995/96, 24 758, nr. 3, p. 81 (memorie van toelichting op art. 67 WAZ).

Keerzijde van deze ‘kanaliseringsmedaille’ is uiteraard wel dat een van de civiele partijen met het probleem kan worden opgezadeld. Dat bleek bijv. in HR 15 februari 1935, NJ 1935, 417 m.nt. EMM (Rijksverzekeringsbank/vrachtrijder Tolenaars).

Tolenaars is aansprakelijk voor de schade van een arbeidster die op weg naar haar werk gewond raakt. De Rijksverzekeringsbank gaat op grond van de Ongevallenwet 1921 over tot betalingen, en zij zoekt verhaal op Tolenaars. Hij verweert zich met de mededeling dat hij (meerbepaald: zijn verzekeringsmaatschappij) al in een eerder stadium schadevergoeding heeft betaald aan de arbeidster, zodat de Rijksverzekeringsbank daartoe niet meer verplicht was. Tolenaars meent dan ook dat geen verhaal op hem mogelijk is. Hij zou gelijk hebben gehad als het verhaalsrecht van de Rijksverzekeringsbank een zuivere subrogatie betrof; de gesubrogeerde zou geen vordering op de aansprakelijke hebben verkregen omdat deze voor het moment van subrogatie reeds door betaling teniet was gegaan.

De Hoge Raad oordeelt echter anders. De Hoge Raad beslist eerst dat de verplichtingen van de sociale verzekeraar niet vervallen wanneer de schade reeds door een ander is vergoed. Daarop volgt volgens de Hoge Raad, ‘(...) dat dan echter ook niet is in te zien, hoe zoodanige betaling of regeling buiten de Rijksverzekeringsbank om wèl haar recht zou kunnen beperken of te niet doen om, hetgeen zij ter voldoening aan evenvermelde verplichtingen heeft moeten betalen, te verhalen op hem, die gehouden is tot vergoeding van de door het ongeval veroorzaakte schade’. De Hoge Raad voegt daar aan toe dat het met de strekking van art. 95 Ongevallenwet in strijd zou zijn als benadeelde en aansprakelijke ‘tot wederzijdsch voordeel door een onderlinge regeling buiten de Rijksverzekeringbank om haar recht tot verhaal weerloos konden maken, terwijl (...) haar verplichting onverkort bleef voortbestaan’.

De ‘verplichte voordeeltorekening’ beoogt dus de uitkeringsinstantie te vrijwaren van de noodzaak om zich in het uitkeringsstadium al te verdiepen in de rechtsverhouding tussen aansprakelijke en bena-

deelde. De aansprakelijke op zijn beurt kan de ‘verplichte voordeeltorekening’ als verweer voeren tegen de benadeelde. Hij doet er – het arrest *Rijksverzekeringsbank/vrachtrijder Tolenaars* getuigt ervan – verstandig aan dat verweer te voeren.

Uit het voorgaande blijkt dat de ‘verplichte voordeeltorekening’ een min of meer absolute werking toekomt. Toch zijn uitzonderingen denkbaar. Dat bleek in HR 16 september 1994, NJ 1996, 329 m.nt. CJHB (Nationale Nederlanden/Woudsend AO 1816).

Drijver is als vakantiewerker in dienst bij Trap. Drijver raakt bij een arbeidsongeval gewond. De ziektekostenverzekeraar van Drijver zoekt op grond van art. 284 WvK verhaal op de aansprakelijke persoon. Deze (c.q. diens aansprakelijkheidsverzekeraar) voert als verweer dat Drijver als werknemer van Trap op grond van de Ziekenfondswet verplicht verzekerd was tegen ziektekosten en dat Drijver daarom ingevolge art. 83a ZfW de herstelkosten niet langer kan vorderen van de aansprakelijke. Kortom: de particuliere ziektekostenverzekeraar kan niet worden gesubrogeerd in de schadevergoedingsrechten van Drijver, omdat Drijver deze kosten op grond van art. 83a ZfW zelf ook niet kan vorderen. Het Hof ging mee in deze redenering, maar de Hoge Raad is van mening dat een te rigide strekking aan art. 83a ZfW wordt toegekend. De Raad overweegt:

‘(...) dat art. 83a van de Ziekenfondswet slechts een regeling bevat, die ertoe strekt dat de voordelen die de verzekerde aan zijn aanspraken krachtens de in die wet bedoelde verzekering ontleent, in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de schadevergoeding waarvoor naar burgerlijk recht jegens de verzekerde aansprakelijkheid bestaat. Het strookt niet met deze strekking dat mede aanspraken in rekening zouden worden gebracht, die *niet* tot verstrekkingen of vergoedingen ingevolge de verplichte verzekering *hebben geleid*, behoudens voor zover dit in rekening brengen – in de bewoordingen van art. 6:100 BW – niettemin redelijk is. Dit laatste doet zich niet voor wanneer, zoals hier, de verzekerde van zijn aanspraken uit hoofde van de verplichte verzekering geen gebruik heeft gemaakt, omdat hij gebruik heeft kunnen maken van een over de betrokken periode lopende particuliere ziektekostenverzekering en hij daaraan de voorkeur heeft gegeven.’ (curs. *WvB*). Conclusie volgens de Hoge Raad is dan ook dat aan de particuliere ziektekostenverzekeraar verhaal op de aansprakelijke persoon toekomt.

De uitkomst van het geding is wat dit betreft bevredigend; de ‘verplichte voordeeltorekening’ strekt er natuurlijk niet toe om een aansprakelijke

persoon aan zijn schadevergoedingsplicht te laten ontkomen. En dat zou in gevallen als deze wel het gevolg zijn van strikte doorvoering van de ‘verplichte voordeeltorekening’, aangezien in deze zaak vaststond dat de schade door de particuliere verzekeraar was vergoed en de benadeelde geen aanstalten had gemaakt om rechten uit de ziekenfondsverzekering geldend te maken (betrokkene had zich niet eens aangemeld bij het ziekenfonds als verplicht verzekerde).

Het arrest *Nationale Nederlanden/Woudsend AO 1816* doet overigens wel de vraag rijzen in welke gevallen de aansprakelijke de ‘verplichte voordeeltorekening’ kan invoeren tegen de benadeelde en wanneer niet. Indien de aansprakelijke tot vergoeding wordt aangesproken op een moment dat de benadeelde geen rechten meer kan ontlenen aan de betreffende sociale verzekeringswet (bijv. omdat aanvraagtermijnen aantoonbaar ongebruikt zijn gelaten of omdat de benadeelde op straffe van verlies van aanspraken tekortgeschoten is in een andere verplichting uit de verzekeringswet), dan zou er – zo denk ik – weinig op tegen zijn om de vordering jegens de aansprakelijke toe te wijzen. Hetzelfde geldt wanneer de benadeelde zijn recht op loondoorbetaling niet geldend kan maken wegens insolventie van de werkgever. De aansprakelijke kan dan toch moeilijk – ik abstraheer maar even van de loongarantieregeling van art. 61 WW – met een beroep op de ‘verplichte voordeeltorekening’ de benadeelde voorhouden dat deze op grond van art. 6:107a lid 1 BW niet langer schadevergoedingsrechten jegens hem geldend kan maken? Honooreert men dat beroep op art. 6:107a lid 1 BW, dan zou de aansprakelijke aan zijn draagplicht ontkomen en de benadeelde zou van schadevergoeding verstoken blijven. Dat kan niet juist zijn. In die gevallen wordt de ‘verplichte voordeeltorekening’ doorbroken.

Maar of deze oplossing ook zo voor de hand ligt wanneer een benadeelde tegenover de aansprakelijke verklaart af te zien van zijn rechten uit de WAO, mag worden betwijfeld. De uitkeringsinstantie LISV kan op grond van een dergelijke verklaring (nota bene gericht tot een ander) de uitkering niet weigeren; na uitkering zal zij dus gewoon verhaal moeten kunnen nemen op de aansprakelijke. De aansprakelijke doet er verstandig aan om in dit verband alleen waarde te hechten aan verklaringen van de uitkeringsinstantie zelf.

Om te concluderen: de ‘verplichte voordeeltorekening’ blijft in uit-

zonderingsgevallen buiten toepassing, namelijk als buiten redelijke twijfel is dat de aansprakelijke niet door een sociale verzekeraar of risicodrager ter zake van de betreffende schadepost zal worden aangesproken. Dat zal zich bijv. voordoen wanneer de benadeelde geen beroep meer toekomt op de sociale verzekeringsuitkering of wanneer hij zijn schade anderszins vergoed heeft gekregen.

Ziet men bij sociale verzekeraars en risicodragers een ‘kanalisatie’ van aanspraken, ook het omgekeerde komt voor. Dat verschijnsel ziet men bij de zogenaamde waarborgfondsen, die slechts als ‘achtervang’ fungeren voor het geval de schade niet gemakkelijk op de naar burgerlijk recht aansprakelijke personen kan worden verhaald. Zie art. 25 en 26 lid 5 WAM voor het Waarborgfonds motorverkeer en art. 6 WSG voor het Schadefonds geweldsmisdrijven. In die gevallen wordt van de benadeelde verwacht dat deze zijn schade eerst op de aansprakelijke tracht te verhalen; pas als die pogingen niet slagen, kan een beroep op het betreffende fonds worden gedaan.

Een laatste probleem van praktische aard in verband met de ‘verplichte voordeeltorekening’. Een verstandige schadeveroorzaker zal niet alleen willen weten of hij aansprakelijk is en wat de omvang van zijn aansprakelijkheid is, maar ook wat de omvang van het bedrag is dat hij op de schadevergoedingsvordering van de benadeelde moet ‘inhouden’ om aan de sociale verzekeraar of risicodrager afdragen. Voor diezelfde vraag ziet de civiele rechter zich gesteld die ‘rekening houdt’ met de aanspraken uit de betreffende sociale verzekeringswet: hoe krijgt hij duidelijkheid over dit bedrag? In Engeland is de rechtsverhouding tussen benadeelde, aansprakelijke en verhaalsgerechtigde wat dit betreft wettelijk ‘geïnstitutionaliseerd’. De Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997 stelt voorop dat elke aansprakelijke zich dient te wenden tot de zgn. Compensation Recovery Unit, een overkoepelende instantie die zich onder verantwoordelijkheid van de Secretary of State for Social Security bezighoudt met vaststelling van de omvang van verhaalsrechten van de sociale zekerheidsinstellingen. Deze Unit stelt op verzoek van de aansprakelijke partij een ‘certificate’ op waarin de kosten worden gespecificeerd van de uitkeringen die naar aanleiding van het ongeval aan de benadeelde zijn gedaan en waarschijnlijk nog zullen worden gedaan.

Zie Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997, S. 5, nader uitge-

werkt in de Social Security (Recovery of Benefits) Regulations 1997, Statutory Instruments 1997 no. 2205, regulation 7 en de Social Security (Recovery of Benefits) (Appeals) Regulations 1997, Statutory Instruments 1997 no. 2237. De benadeelde ontvangt afschrift van het 'certificate'. Het bedrag genoemd in het 'certificate' moet de aansprakelijke partij inhouden op de schadevergoedingsvordering van de benadeelde en afstaan aan de Secretary of State (zie S. 6). Is het bedrag van het 'certificate' groter dan het (in onze terminologie:) 'civiel plafond', dan staat de aansprakelijke het gehele bedrag aan de Secretary of State af en is hij geheel bevrijd tegenover de benadeelde (zie S. 8 (4) en S. 9 (2)). Zie voor een vergelijkbaar systeem van 'certificates' de Road Traffic (NHS Charges) Act 1999, S.2 e.v. Vgl. over deze materie uitgebreid Lewis 1999, hoofdstuk 14.

Het Engelse stelsel heeft als nadeel dat het de civiele schade-afwikkeling koppelt aan de administratiefrechtelijke rechtsgang. Tegen het 'certificate' kan namelijk bezwaar en beroep worden ingesteld door zowel de benadeelde als de aansprakelijke. Zie Lewis 1999, nr. 16.01 e.v. Dit kan ertoe leiden dat de schade-afwikkeling wordt vertraagd en dat achteraf gezien ten onrechte betaalde bedragen door de Secretary of State moeten worden gerestitueerd. Dit wordt overigens mede veroorzaakt doordat een vermindering van het bedrag van het 'certificate' in veel gevallen ten goede komt aan de benadeelde, en deze dus belang bij bezwaar en beroep kan hebben.

In ons land bestaat geen (wettelijk kader voor een) 'certificate'. Om duidelijkheid te verkrijgen over de omvang van het verhaalsrecht, ligt het voor de hand dat de rechter een verklaring vergelijkbaar met het 'certificate' eist. Maar wij kennen evenmin een *centrale* instantie die dergelijke verklaringen zou kunnen afleggen. Van wie moet de rechter die verklaring dan eisen? Van de benadeelde (in het kader van zijn plicht (?) om de omvang van de gevorderde schadevergoeding enigszins aannemelijk te maken), of van de aansprakelijke (die ontkent het gehele bedrag verschuldigd te zijn aan de benadeelde)?

Van de processuele middelen om deze verklaring te verkrijgen noem ik art. 12a Rv (oproeping van derden in het geding) en art. 19a Rv (inlichtingenplicht van procespartijen). Ook kan worden gedacht aan oproeping van bijv. het LISV als getuige of deskundige. Het nadeel van deze procesrechtelijke 'oplossingen' is dat de derde niet gebonden is aan het gewijsde in de procedure tussen benadeelde en aansprakelijke.

Dat bezwaar geldt niet voor art. 12a Rv, maar daarvan is geheel onzeker of het de rechter werkelijk de bevoegdheid geeft tot gedwongen tussenkomst. Zie nader Van Boom 1999, p. 220 e.v.

Dat de derde niet gebonden is aan het gewijsde, volgt uit een arrest uit 1938, waarin de Hoge Raad bepaalde dat het gezag van gewijsde van een eventuele civielrechtelijke veroordeling van de aansprakelijke tot volledige schadevergoeding geen beperkingen meebrengt voor het verhaalsrecht van de sociale verzekeraar.

Zie HR 5 mei 1938, NJ 1938, 707 m.nt. EMM (Van Westerveld en Van Nieuw Amerongen/Centrale Werkgevers Risico Bank), waarin werd beslist: '(...) dat art. 95 Ongevallenwet 1921 aan dengeen te wiens laste het daarbedoelde bedrag der schadevergoeding komt, een zelfstandig recht tot verhaal van dat bedrag tegen dengeen, die tot vergoeding der schade gehouden is, niet hem doet treden in de rechten, welke de getroffene zelf tegen den tot schadevergoeding gehoudene kan doen gelden; dat derhalve het ten aanzien van die rechten gewezen vonnis van 4 Januari 1933 in geen enkel opzicht het recht van de Risicobank benadeelde (...)’.

Het is duidelijk dat hier tal van problemen kunnen rijzen. Ook hierna zullen soortgelijke kwesties aan de orde komen, die gemeen hebben dat zij alle opgeroepen worden door het feit dat de ‘driehoeksverhouding’ tussen benadeelde, aansprakelijke en verhaalnemende verzekeraar of risicodrager vaak niet in één en dezelfde gerechtelijke procedure of schikkingsonderhandeling wordt afgewikkeld. Dat is een verklaarbaar gevolg van de traditionele ‘twee-partijen’-procescultuur, maar het plaatst de betrokkenen soms wel voor problemen. Vgl. daarover ook Van Boom 1999, p. 217 e.v.

§ 3.3.2 Zelfstandig verhaalsrecht: bevrijdende betalingen?

Na de uiteenzetting in § 3.3.1 over de positie van de aansprakelijke tegenover het zelfstandige verhaalsrecht, zal het niet verbazen dat betaling aan de benadeelde in beginsel niet bevrijdt tegenover de verhaalzoekende sociale verzekeraar of risicodager. Er is geen sprake van rechtsovergang zoals bij subrogatie, maar van een zelfstandig, eigen verhaalsrecht.

Zie het hierna in § 3.3.3 te behandelen *Rijksverzekeringsbank/vrachtrij-*

der Tolenaars (HR 15 februari 1935, NJ 1935, 417 m.nt. EMM). Vgl. HR 5 mei 1938, NJ 1938, 707 m.nt. EMM (Van Westerveld & Van Nieuw Amerongen/Centrale Werkgevers Risico Bank), hiervoor in § 3.3.1 behandeld. Zie nader P.N. de Vries d'Amblée, WPNR 3642 (1939), p. 509-511, A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, Subrogatie, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1943, p. 154, W.J. Slagter, VR 1963, p. 1 e.v., N.J.P. Giltay Veth, VR 1969, p. 235-236.

Maar ook al is sprake van een zelfstandig verhaalsrecht, ook hier kan naar mijn mening het algemene art. 6:34 BW een (bescheiden) rol spelen. Deze bepaling kan de aansprakelijke jegens de sociale verzekeraar of risicodragers immers dan bevrijden, wanneer eerstgenoemde op redelijke gronden meende (bevrijdend) te kunnen betalen aan de benadeelde. Dat zal zich niet te snel mogen worden aangenomen, maar er zijn uitzonderlijke omstandigheden denkbaar. Bijv. wanneer de aansprakelijke op redelijke grond meende dat de benadeelde zelfstandige was en niet een werknemer in de zin van art. 6:107a BW. Vgl. daarover Van Boom 1995, p. 864. Ook kan worden gedacht aan een onverwachte wending in de sociale verzekeringsrechtspraak die maakt dat achteraf bezien – dat wil zeggen nadat de aansprakelijke geheel te goeder trouw de schade aan de benadeelde had vergoed – de benadeelde uitkeringsgerechtigd onder de WAO bleek te zijn.

§ 3.3.3 Zelfstandig verhaalsrecht: schikkingen?

In de Ongevallenwet 1901 werd gebruik gemaakt van de beproefde subrogatie-figuur, zoals die ook bij verzekeringsovereenkomsten ingeburgerd was.

Art. 89 Ongevallenwet 1901 bepaalde: 'De Rijksverzekeringsbank is voor het verzekerde bedrag gesubrogeerd in de rechten, welke de verzekerde of diens nagelaten betrekkingen aan de artikelen 1406 en 1407 van het Burgerlijk Wetboek kunnen ontleenen.

Elke overeenkomst, door den verzekerde of diens nagelaten betrekkingen over deze rechten zonder medewerking van het bestuur der Rijksverzekeringsbank aangegaan, is nietig.'

Wat opvalt is de tweede alinea. Het treft afspraken van de verzekerde met de aansprakelijke zonder meer met nietigheid, indien deze zonder medewerking van de sociale verzekeraar tot stand zijn gekomen.

Deze toevoeging werd blijkbaar nodig geacht om het verhaal te beveiligen tegen rechtstreekse betalingen aan en schikkingen met de benadeelde. Dergelijke handelingen tasten immers, wanneer zij worden verricht voordat de subrogatie plaatsvindt, het verhaalsrecht aan. De gesubrogeerde verkrijgt dan namelijk – door de ‘nemo plus’ werking – een recht dat door betaling of door schikking geheel of gedeeltelijk teniet is gegaan. Zie hiervoor § 3.2.3.

Met de invoering van de Ongevallenwet 1921 werd echter niet langer over subrogatie van sociale verzekeraars en risicodragers gesproken. De nietigheidsregel keerde niet terug in de wettekst.

Art. 95 Ongevallenwet 1921 bepaalde :

1.Degene, die gehouden is tot vergoeding der schade, door den verzekerde of diens nagelaten betrekkingen tengevolge van het ongeval geleden, is voor het bedrag der schadevergoeding, krachtens deze wet uitbetaald, aansprakelijk jegens degenen, te wier laste dat bedrag komt.

(...)

2.Bij de vaststelling der schadevergoeding, welke de verzekerde of diens nagelaten betrekkingen van den in het eerste lid bedoelden persoon vorderen, wordt door den rechter rekening gehouden met hetgeen door hen krachtens deze wet wordt genoten.

(...)

Uit de totstandkomingsgeschiedenis wordt niet duidelijk of een inhoudelijk verschil werd beoogd met de ‘oude’ Ongevallenwet. De nietigheidsregel uit art. 89 Ongevallenwet 1901 is weliswaar niet teruggedraaid in de Ongevallenwet 1921, maar de Hoge Raad meent dat deze regel als vanzelf uit het zelfstandige karakter van het verhaalsrecht onder de ‘nieuwe’ Ongevallenwet voortvloeit. Zie HR 15 februari 1935, NJ 1935, 417 m.nt. EMM (Rijksverzekeringsbank/vrachtrijder Tolenaars).

Zie voor de feiten hiervoor, § 3.3.1. De Hoge Raad beslist eerst dat de verplichtingen van de sociale verzekeraar niet vervallen wanneer de schade reeds door een ander is vergoed. Daarop volgt volgens de Hoge Raad, ‘(...) dat dan echter ook niet is in te zien, hoe zoodanige betaling of regeling buiten de Rijksverzekeringsbank om wèl haar recht zou kunnen beperken of te niet doen om, hetgeen zij ter voldoening aan evenvermelde verplichtingen heeft moeten betalen, te verhalen op hem, die gehouden is tot vergoeding van de door het ongeval veroorzaakte schade’.

De Hoge Raad voegt daar aan toe dat het met de strekking van art. 95 Ongevallenwet in strijd zou zijn wanneer benadeelde en aansprakelijke ‘tot wederzijdsch voordeel door een onderlinge regeling buiten de Rijks-verzekeringbank om haar recht tot verhaal weerloos konden maken, terwijl (...) haar verplichting onverkort bleef voortbestaan’.

Bovendien, zo overweegt de Hoge Raad, heeft de wetgever met wijziging van de structuur van het verhaalsrecht geen inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van het oude recht beoogd. En aangezien in de Ongevallenwet 1901 bepaald was dat rechtstreekse betalingen aan de benadeelde niet tegen te werpen zijn aan de sociale verzekeraar, kan dat onder de ‘nieuwe’ Ongevallenwet ook niet.

Het voorgaande neemt uiteraard niet weg dat een benadeelde schikkingen kan aangaan met de aansprakelijke of diens aansprakelijkheidsverzekeraar, voorzover het schade betreft die de benadeelde in persoon lijdt.

Tegen de onmogelijkheid om schikkingen tegen te werpen, kunnen mijns inziens dezelfde bezwaren rijzen als die welke besproken werden in § 3.2.3. Hetgeen ik daar bepleitte, geldt naar mijn mening ook hier. Ik volsta daarom met verwijzing naar die paragraaf.

§ 3.4 Bepaling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid

§ 3.4.1 Civiele drempel en plafond

Nu in het voorgaande de contouren duidelijk zijn geworden van de subrogatie en het zelfstandige verhaalsrecht, kan worden gekeken naar de inhoudelijke beperkingen in het verhaalsrecht. Het verhaalsrecht is niet ongelimiteerd; steeds wordt aangeknoopt bij hetgeen de benadeelde zelf naar burgerlijk recht zou hebben kunnen vorderen als zijn schade niet zou zijn weggenomen door de verzekeraar.

Zie bijv. HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374 m.nt. GJS (Zitman/De Nieuwe Eerste Nederlandsche), HR 12 januari 1973, NJ 1973, 177 m.nt. ARB (Nutsziekenfonds/Mahieu). Vgl. Asser/Clausing/Wansink, nr. 322-323 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 70-71.

De aansprakelijke dient algemeen gesproken niet in een ongunstiger

positie komen te verkeren dan waarin hij zou zijn geweest wanneer de benadeelde hem zelf had aangesproken.

Zie HR 12 januari 1973, NJ 1973, 177 m.nt. ARB (Nutsziekenfonds/Mahieu). Dit uitgangspunt leidt er bijv. toe dat de stelplicht en bewijslast terzake van de aansprakelijkheid de omvang van de schade in beginsel op de verhaalzoekende verzekeraar of risicodrager ligt. Zie bijv. HR 24 mei 1985, 732 (De Zeven Provinciën/Staat) en HR 13 december 1985, NJ 1986, 246 m.nt. G (ABP/Wink). Vgl. ook Rb. Breda 5 maart 1996, NJ 1997, 433 (OZ Zorgverzekering/Noordhollandsche van 1816), waarin de verhaalzoekende verzekeraar werd belast met het bewijs van omvang en redelijkheid van de medische uitgaven (ten behoeve) van de benadeelde.

In de verhouding van de verzekeraar tot de aansprakelijke werkt dus per definitie de verhouding tussen aansprakelijke en benadeelde door. Komt vast te staan dat de onrechtmatige daad van de vermeende aansprakelijke niet kan worden toegerekend, of dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de schade van de benadeelde en de daad van de aansprakelijke, dan valt het doek voor het verhaalsrecht. De civiele drempel is niet genomen.

Bij de subrogatie vindt men dit uitgangspunt min of meer verwoord in art. 6:145 BW. Deze bepaling geeft uitdrukking aan het 'nemo plus' beginsel, dat bij vorderingen ertoe leidt dat de rechtsopvolger niet meer of anders kan dan zijn rechtsvoorganger. De aan de vordering klevende beperkingen gaan mee over: als er geen aansprakelijkheid is, is er geen verhaal. Bij de zelfstandige verhaalsrechten treft men hetzelfde uitgangspunt aan, het is alleen veel ingewikkelder geformuleerd.

Art. 49 lid 1 Wet REA luidt bijvoorbeeld: 'Het Landelijk instituut sociale verzekeringen heeft voor de op grond van deze wet gemaakte kosten verhaal op de persoon, die in verband met het veroorzaken van de arbeidshandicap, jegens de arbeidsgehandicapte (...) naar burgerlijk recht tot schadevergoeding verplicht is, doch ten hoogste tot het bedrag, waarover deze bij het ontbreken van de aanspraken op grond van deze wet naar burgerlijk recht verplicht zou zijn, verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de arbeidsgehandicapte naar burgerlijk recht gehouden is.'

In vergelijkbare bewoordingen: art. 52a Zw, art. 6:107a BW, art. 90 WAO, art. 8 Wamil, art. 83b ZfW, art. 61 ANW, art. 69 WAZ, art. 61 WAjong, art. 65b AWBZ en art. 2 VOA.

Ontrafelt men de bewoordingen van de verhaalsbepalingen, dan is er eerst de ‘civiele drempel’. Er moet sprake zijn van een persoon die naar burgerlijk recht aansprakelijk is. Als niet aan alle vereisten van bijv. art. 6:162 BW of art. 6:74 BW is voldaan, dan is er geen aansprakelijkheid en dus geen verhaalsrecht.

Overigens kennen zowel de subrogatie van art. 284 WvK als de zelfstandige verhaalsrechten nog een bijzondere ‘drempel’, te weten de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten. Ik kom in § 4.4 terug op deze regeling. Ik volsta hier met de vaststelling dat de in art. 6:197 BW genoemde risico-aansprakelijkheidsgronden niet kunnen worden ingeroepen door verzekeraars en risicodragers.

Is de ‘drempel’ genomen, dan is er in beginsel aansprakelijkheid. Vervolgens moet men de begrenzing van het verhaalsrecht zoeken in het zogenaamde ‘civiele plafond’.

HR 5 december 1929, NJ 1930, p. 1055 m.nt. EMM (Ruhaak/NV Ongevallen verzekering maatschappij ‘Fatum’) betreft bijv. de vraag wat de civiele rechter aanmoet met het verweer van de aansprakelijke dat de benadeelde zijn gezondheidsschade heeft gesimuleerd en dus ten onrechte een uitkering heeft ontvangen. De civiele rechter treedt liever niet in inhoudelijke beoordeling van de uitkeringsbeslissing (daarover hierna in § 3.5.3), maar het verweer heeft natuurlijk zijn weerslag op de omvang van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Als de gezondheidsschade minder groot of zelfs afwezig is, dan zakt het bedrag dat naar burgerlijk recht aan schadevergoeding gevorderd zou kunnen worden. En dus neemt ook de omvang van het verhaalsrecht af. De civiele rechter moet het verweer in dat kader wel beoordelen. De Hoge Raad zet uiteen dat het verhaalsrecht in de ‘nieuwe’ Ongevallenwet 1921 in dit verband hetzelfde is als onder de ‘oude’ Ongevallenwet 1901. Dat niet langer sprake is van subrogatie, doet daar niet aan af. Uit niets blijkt namelijk dat de wetgever de band met het aansprakelijkheidsrecht heeft willen slaken, en als de aansprakelijke dus bijv. de (omvang van de) schade betwist, dan betwist hij (bestaan of omvang van) zijn burgerrechtelijke aansprakelijk-

heid. Mocht de betwisting terecht zijn, dan werkt dat door in (bestaan of omvang van) het verhaalsrecht.

Bij bepaling van het ‘civiel plafond’ wordt wat men wel noemt het ‘wegdenkprocédé’ gebruikt. Om te bepalen wat de benadeelde zou hebben kunnen vorderen als er geen voorzieningen (uit de desbetreffende sociale verzekeringswet) bestonden, moet men deze voorzieningen wegdenken. In die fictieve situatie zou de benadeelde zijn schade in persoon lijden, en zou hij deze binnen de grenzen van het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht kunnen verhalen op de aansprakelijke – een en ander binnen de grenzen van het schadevergoedingsrecht van afdeling 6.1.10 BW. Door met ‘wegdenking’ van de sociale voorziening die ‘fictieve’ verhaalsgrenzen te bepalen, is het zogenaamde ‘civiel plafond’ bepaald. Dat plafond is het (voorlopige) maximumbedrag dat door de verhaalzoekende instantie kan worden geëist.

Een simpel rekenvoorbeeld. Het LISV heeft gedurende enige tijd een WAO-uitkering verstrekt aan benadeelde A, die door de onrechtmatige daad van B arbeidsongeschikt is geraakt. De arbeidsongeschiktheidschade van A bedraagt f 150 000. A heeft eigen schuld aan zijn schade. Voor bepaling van het bedrag dat het LISV op B kan verhalen, moet de WAO worden ‘weggedacht’. A zou dan met zijn arbeidsongeschiktheidschade zijn blijven zitten. Die zou hij op B hebben kunnen verhalen op grond van art. 6:162 BW. De ‘civiele drempel’ is hier dus genomen. Het ‘civiele plafond’ kan vervolgens worden bepaald als het percentage eigen schuld (art. 6:101 BW) van A vaststaat. Stel dat A 30% eigen schuld heeft, dan zou A dus slechts 70% van f 150 000 hebben kunnen vorderen van B. En dus is het civiele plafond f 105 000. Dat is hier het maximum verhaalsbedrag voor het LISV.

Vervang in het voorbeeld het LISV door een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar, en de uitkomst zou dezelfde zijn geweest. Voor de vraag welke vordering bij wijze van subrogatie op deze verzekeraar is overgegaan, moet men ook als het ware de civiele drempel en het plafond bestuderen: welk bedrag zou de benadeelde van de aansprakelijke hebben kunnen vorderen indien hij zijn schade niet vergoed zou hebben gekregen van zijn verzekeringsmaatschappij.

Er is door aansprakelijke partijen wel eens geprobeerd om met een

beroep op het 'wegdenkprocédé' geheel of gedeeltelijk aan verhaal te ontkomen. Zonder veel succes overigens.

Dit beroep op het 'wegdenkprocédé' komt kort gezegd hier op neer. Door in het kader van het 'civiel plafond' (het recht op uitkering uit) de betreffende sociale verzekeringswet weg te denken, zou recht op een andere uitkering kunnen ontstaan en zou dus de schade van de benadeelde minder groot (of nihil) kunnen zijn. Denkt men bijv. de WAO weg, dan zou de benadeelde waarschijnlijk voor een ABW-uitkering in aanmerking komen. Maar zo is het 'wegdenkprocédé' niet bedoeld. De sociale zekerheidswetgeving moet men juist wegdenken om een beeld te krijgen van hetgeen in die fictieve situatie totaal naar burgerlijk recht gevorderd zou kunnen worden. Andere sociale voorzieningen die in de plaats zouden treden, moeten daarom ook worden weggedacht. Het wegdenken mag er niet toe leiden, aldus de Hoge Raad, 'dat het verhaalsrecht illusoir zou worden ten voordele van de aansprakelijke persoon'. Zie HR 2 juni 1989, NJ 1990, 726 m.nt. MMM (Zwolsche Algemeene Schadeverzekeringen/Bedrijfsvereniging voor de Leder en Lederverwerkende Industrie), HR 25 februari 1994, NJ 1995, 608 m.nt. CJHB (Staat/Sterpolis) en HR 23 december 1994, NJ 1996, 349 (Douma/Bedrijfsvereniging voor Banken Verzekeringswezen).

§ 3.4.2 *Som ineens*

De hoogte van het civiele plafond wordt, net als bij het verhaal van 284 WvK, overigens vastgesteld met behulp van de 'gewone' regels van Afdeling 6.1.10 BW. In dat verband wordt in bepaalde gevallen wel gebruik gemaakt van standaardoplossingen die uitoefening van het verhaal 'stroomlijnen'. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de keuze van de Hoge Raad om bij het verhaal van toekomstige schade er vanuit te gaan dat de benadeelde voor betaling van een zogenaamde 'som ineens' zou hebben gekozen.

Die betaling van een 'som ineens' is bij schade-afwikkeling een populaire wijze om toekomstige schade in een keer te vergoeden, zonder tot periodieke betaling over te hoeven gaan. Door de te verwachten toekomstige schade te kapitaliseren, kan een bedrag ineens worden vastgesteld dat *nu* kan worden uitgekeerd. Zie nader Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Tilanus-Van Wassenauer), nr. 33, nr. 35 en losbl. Handboek Persoonschade (Elzas), § 3070. Het vorderen van een 'som ineens' is overi-

gens alleen relevant voor periodiek te lijden schade (zoals inkomensschade door letsel of overlijden). Deze problematiek speelt dus bijv. niet bij verhaal voor een eenmalige ziekenhuisrekening.

Zie HR 13 december 1985, NJ 1986, 246 m.nt. G (ABP/Wink). Het betrof in die zaak het VOA-verhaal van het ABP voor een nabestaandenuitkering. De Raad overwoog: 'Het ligt voor de hand bij de toepassing van de VOA uit te gaan van deze doorgaans gevolgde wijze van schade-afwikkeling, onverschillig de wijze waarop het verhalend lichaam aan betrokkenen uitkeringen verstrekt. Dit komt ook aan de hanteerbaarheid van de wet ten goede, aangezien aldus de toepassing van de wet in de praktijk zo eenvoudig mogelijk wordt gehouden'.

Sinds *ABP/Wink* wordt aangenomen dat bepaling van het civiel plafond geschiedt op grond van de aanname dat de benadeelde voor een 'som ineens' had gekozen. Zie Hartlief en Tjittes 1999, p. 83. Vgl. HR 17 november 1987, NJ 1989, 48 m.nt. CJHB (Staat/Piers). In de praktijk wordt de door de Hoge Raad gekozen methode gevolgd. Maar voor het verhaal van eenmalige kosten die niet weerkeren (zoals ziekenhuiskosten, kosten van verpleging en hulpmiddelen) is kapitalisatie niet mogelijk of zinvol. En voor het verhaal van kosten die zullen worden gemaakt in een overzichtelijk korte periode zoals bij de loondoorbetaling van art. 7:629 BW lijkt periodieke (vaststelling van de) vordering juist: welke aansprakelijke is er immers bij gebaat om in de eerste week van de arbeidsongeschiktheid al akkoord te gaan met betaling van een 'gekapitaliseerde' som voor (wellicht geheel ongewisse) ongeschiktheid in de komende 51 weken? Bij een gebroken been is toch niet de verwachting dat de werknemer een heel jaar lang uitgeschakeld zal zijn?

De som ineens voor in de toekomst te lijden schade is naar mijn mening kortom alleen een zinvolle wijze van schade-afwikkeling als het betreft periodiek te lijden schade waarvan op voorhand enigszins aannemelijk is dat deze zal intreden. Voor bepaalde verhaalsrechten (bijv. art. 61 ANW) lijkt zij derhalve zinvoller dan voor andere (bijv. art. 6:107a BW). Ik kom daar hierna nog op terug.

Dit alles zou ook kunnen gelden voor verhaal op grond van art. 284 WvK. Ook daar zou mijns inziens mogen worden aangenomen dat de benadeelde in vergelijkbare gevallen tot afwikkeling bij wijze van som ineens zou zijn overgegaan. Door particuliere en sociale verzekeraars wat dit betreft over een kam te scheren, is ook de hanteerbaarheid van het verhaal van art. 284 WvK gediend.

Een complicatie hierbij is echter dat de subrogatie strikt genomen aanknoopt bij de wijze van schade-afwikkeling tussen verzekeraar en benadeelde. Wanneer de verzekeraar periodieke uitkeringen verricht aan de benadeelde, wordt hij in evenzovele vorderingen gesubrogeerd. Ik acht niettemin verdedigbaar dat de verzekeraar in plaats daarvan een 'som ineens' voor de toekomstige uitkeringen kan vorderen; het zou dienstig zijn aan efficiënte en snelle schade-afwikkeling.

Aan het gebruik van de 'som ineens'-methode door de Hoge Raad wordt in de praktijk bij letselschadegevallen een belangrijk gevolg verbonden. Aangenomen wordt dat de ontvangst van een 'som ineens' als vergoeding voor inkomensschade (of beter: verlies van arbeidsvermogen) niet onderworpen is aan inkomstenbelasting of sociale premieheffing. Aangezien de benadeelde zelf over de 'som ineens' geen belastingen of premies verschuldigd zou zijn, moet in deze gedachtegang dus worden uitgegaan van een *netto* civiel plafond. Aldus HR 13 december 1985, NJ 1986, 246 m.nt. G (ABP/Wink) en HR 17 november 1987, NJ 1989, 48 m.nt. CJHB (Staat/Piers). Dit strookt volgens de Hoge Raad én met de gedachte dat moet worden aangeknoopt bij hetgeen de benadeelde zelf zou hebben gevorderd én met de wenselijke hanteerbaarheid van verhaalsrechten. In beide arresten betrof het overigens verhaal van de overheid op grond van de VOA, maar aangenomen wordt dat deze benadering ook bij andere verhaalsrechten geldt.

Zie Van Boom en Storm 1995, p. 157 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 83. Vgl. Kamerstukken 1994/95 24 169, nr. 3, p. 25-26 (memorie van toelichting ANW). Vgl. ook HR 1 februari 1974, NJ 1974, 391 (Bedrijfsvereniging voor detailhandel en ambachten/Visscher); daar betrof het niet het 'civiel plafond', maar de vraag of een bedrijfsvereniging met een beroep op het verhaalsrecht van art. 52a Zw ook verhaal kon nemen voor afgedragen premies AKW en AWBZ. De Hoge Raad wees dit af, nu afdracht van dergelijke premies niet 'krachtens deze wet gemaakte kosten' als bedoeld in art. 52a Zw betrof. Zie hierover ook § 3.5.5.

De wetgever neemt inmiddels ook aan dat de vordering van de benadeelde per definitie een 'som ineens' betreft. Zo meent de wetgever dat het verhaal van art. 6:107a BW ook slechts het *netto* civiel plafond betreft.

Zie Kamerstukken II 1994/95, 24 326, nr. 3, p. 48 en nr. 7, p. 7-8 (invoeging art. 6:107a BW). Vgl. Hartlief en Van Maanen 1996, p. 127. Zie overigens ook Kamerstukken I 1995/96, 24 326, nr. 119b, p. 2, waar terecht de vraag wordt opgeworpen (en vervolgens in het midden gelaten) of deze stelling wel juist is.

Ik vraag mij af waarom een werkgever die op grond van art. 7:629 BW gedurende twaalf maanden loon doorbetaalt en daarvoor belastingen en premies afdraagt, slechts het netto bedrag (en dan waarschijnlijk als ‘som ineens’?) zou kunnen verhalen. Is het wel zo waarschijnlijk dat de benadeelde zelf in dat geval een ‘som ineens’ zou hebben kunnen vorderen? Naar mijn idee niet. De ‘som ineens’ dient primair voor afdoening van *toekomstige* schade, en bij kortlopende verlichtingen zoals de loondoorbetalingsplicht is daarvan niet of nauwelijks sprake. De centraal gestelde ‘hanteerbaarheid’ van het werkgeversverhaal – die hier eigenlijk niet in het geding is, nu het geen toekomstschade betreft – botst wat dit betreft met een integrale ‘kostenallocatie’. Naar mijn mening verdient daarom het gebruik van de ‘som ineens’-methode meer nuancering.

Bovendien is het niet geheel zeker dat een ‘som ineens’ voor een tijdelijke uitval van arbeidsvermogen niet ook aan belasting en premieheffing onderworpen is. Zie Barendrecht en Storm 1995, p. 216 e.v. en Handboek Personenschade (losbl.), 3090 § 3 (Rensema). Afgezien daarvan verdient het mijns inziens ook overigens weinig sympathie om een loondoorbetalingsplichtige werkgever met een substantieel deel van de loondoorbetalingskosten te laten zitten ten voordele van de aansprakelijke.

Opvallend is tenslotte dat in andere zaken, die weliswaar andere maar niet onvergelijkbare rechtsverhoudingen betreffen, wél wordt uitgegaan van een bruto-bedrag. Wordt het LISV, die op grond van art. 61 e.v. WW tot doorbetaling van het loon overgaat wanneer de werkgever insolvent is geraakt, vervolgens gesubrogeerd in de rechten van de werknemer, dan kan het LISV het bruto-bedrag (met voorrang) ter verificatie indienen in het faillissement van de werkgever. Dit is hier op gebaseerd dat de werknemer zelf de werkgever ook tot betaling van het bruto-bedrag zou hebben kunnen aanspreken. Zie HR 19 juni 1998, NJ 1999, 533 (Hollandse Scheepshypotheekbank/LISV). Die gedachte zou men toch moeten kunnen doortrekken naar het verhaal van de werkgever voor loondoorbetaling?

Zie over deze materie ook nog § 3.5.5.

§ 3.4.3 *Verhaalsplafond*

Na bepaling van het voorlopige civiele plafond moet het zogenaamde ‘verhaalsplafond’ worden bepaald. Uit de bewoordingen van de verhaalsbepalingen blijkt namelijk dat van het civiele plafond het bedrag moet worden afgetrokken dat de benadeelde thans in werkelijkheid nog kan vorderen van de aansprakelijke. Pas na aftrek van dat bedrag verkrijgt men het uiteindelijke bedrag dat maximaal door de sociale verzekeraar of risicodragers kan worden gevorderd. Hetzelfde principe geldt grosso modo bij het verhaal van art. 284 WvK.

Hoe dit in concreto moet uitwerken, is niet geheel duidelijk. Een (iets minder simpel) rekenvoorbeeld. Benadeelde A heeft 25% eigen schuld aan het ongeval dat B veroorzaakte. Door het ongeval heeft A f 50 000 schade geleden, die door sociale verzekeraar C gedeeltelijk wordt vergoed, namelijk tot een bedrag van f 40 000. C wil verhaal nemen op B en A wil de resterende f 10 000 door B vergoed zien. Duidelijk is dat B bij gebreke van een sociale verzekering, slechts f 37 500 aan A verschuldigd zou zijn. Dat bedrag is het ‘civiele plafond’. Het is ook duidelijk dat de kosten die C heeft gemaakt, dit bedrag overstijgen, en dus is noodzakelijk het ‘verhaalsplafond’ vast te stellen.

Zou op deze casus art. 284 WvK van toepassing zijn, dan zou hoogstwaarschijnlijk het antwoord luiden dat de verhaalsvordering van C in evenredigheid met de eigen schuld van A moet worden gekort. C zou dan f 30 000 (75% van f 40 000) kunnen vorderen en A zou een restvordering van f 7500 toekomen). De beide vorderingen worden in dit stelsel evenredig gekort met het eigen schuldpercentage. Niet zeker, maar wel aannemelijk is dat dit stelsel ook geldt bij het zelfstandige verhaalsrecht. De verschillende verhaalsbepalingen stipuleren weliswaar dat het civiel plafond moet worden verminderd met een bedrag, gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde naar burgerlijk recht is gehouden. Maar daarmee is niet gezegd tot betaling van welk bedrag de aansprakelijke gehouden is!

In het gebruikte voorbeeld is ook verdedigbaar dat de restvordering van A nihil bedraagt, omdat hij al f 40 000 vergoed heeft gekregen (hetgeen zijn aanspraken jegens B al ruimschoots overtreft). In die richting neigen Van Maanen en Römers 1994, p. 43. Denkbaar is voorts dat het percentage eigen schuld van A geheel ten laste moet worden gebracht van de sociale verzekeraar, zodat A een restvordering van f 10 000 tegen B houdt terwijl C slechts f 27 500 mag vorderen. In deze variant ‘subsidi-

eert' de verzekeraar de restaanspraken van de benadeelde. In deze zin H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999 (diss. Leiden), p. 282, p. 286. En zo zijn meer varianten mogelijk. Zie uitgebreid Van Boom en Storm 1995, p. 159-160.

Met de bepaling van het verhaalsplafond is het *maximaal* te verhalen bedrag vastgesteld. Maar vervolgens moet nog worden vastgesteld welke *kosten* door de verzekeraar of risicodragers onder het verhaalsrecht mogen worden gebracht. Die vraag komt aan de orde in § 3.5. Eerst zal echter nog aandacht worden besteed aan bijzondere problemen die spelen als gevolg van de zogenaamde 'tweedeling' in het aansprakelijkheidsrecht (§ 3.4.4) en die spelen bij enkele bijzondere aansprakelijkheidsverweren (§ 3.4.5).

§ 3.4.4 De schoenen van de benadeelde (I): subrogatie in zieligheid

De verzekeraar of risicodragers die verhaal probeert te nemen op de aansprakelijke persoon, komt in de schoenen van de benadeelde te staan. Dat volgt, zo bleek in het voorgaande, uit de subrogatie en uit de begrenzing gelegen in de figuur van het 'civiele plafond'. De verzekeraar of risicodragers kan in theorie dus evenzoveel vorderen als de benadeelde zou hebben kunnen vorderen. En zo was het ook in werkelijkheid, althans tot voor ongeveer tien jaren. Sindsdien heeft zich een tweedeling voorgedaan tussen het aansprakelijkheidsrecht 'voor benadeelden' en het aansprakelijkheidsrecht 'voor verhaalzoekende verzekeraars en risicodragers'. Duidelijk is inmiddels dat de verzekeraar of risicodragers de schoenen van de benadeelde soms slechts gedeeltelijk of helemaal niet mag aantrekken.

Zie over deze tweedeling met name Van Maanen en Römers 1994, Faure en Hartlief 1995, p. 59 e.v., G.E. van Maanen en E. Nelissen, *De positie van regresnemers in het wetsvoorstel verkeersongevallen*, in: M. Faure, T. Hartlief (red.), *Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 197 e.v. en G.E. van Maanen, *NJB* 1998, p. 116 e.v.

Die tweedeling is in gang gezet door de wetgever. Met de invoering van het nieuwe BW in 1992 is ook de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW) ingevoerd. Met deze TRV werd beoogd een

aantal nieuwe risicoaansprakelijkheden te reserveren voor de persoonlijke (dat wil zeggen: onverzekerde) schadevergoedingsrechten van benadeelden. Deze risicoaansprakelijkheden kunnen derhalve niet worden ingeroepen door gesubrogeerde schadeverzekeraars en kunnen niet ten grondslag worden gelegd aan het zelfstandige verhaalsrecht van sociale verzekeraars en risicodragers.

Als A letselschade heeft tengevolge van een springende frisdrankfles, die op de markt is gebracht door producent B, dan kan A zijn schade op B verhalen op grond van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:185 BW. Hiervoor is niet noodzakelijk dat aan B enig verwijt kan worden gemaakt van het op de markt brengen van het gebrekkige product. Leidt het ongeval echter tot arbeidsongeschiktheid van A, en krijgt hij zijn loon doorbetaald door werkgever C, dan kan werkgever C niet met een beroep op art. 6:185 BW het verhaal van art. 6:107a BW tegen B uitoefenen. Uit art. 6:197 BW volgt namelijk dat de verhaalsactie van art. 6:107a BW in het geheel niet kan worden gegrond op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:185 BW. Werkgever C kan in gevallen als deze daarom slechts verhaal uitoefenen als hij een toerekenbare onrechtmatige daad van B (art. 6:162 BW) kan aantonen. Zijn rechtspositie ten opzichte van C is dus een beduidend andere dan die van benadeelde A zelf.

In hoofdstuk 4 (§ 4.4) zal nader worden ingegaan op ratio en achtergrond van de TRV. Hier volsta ik met de vaststelling dat de TRV sommige risico-aansprakelijkheden exclusief reserveert voor de benadeelde.

De idee dat uitbreiding van aansprakelijkheid(sgronden) niet ook ten gunste van de verhaalzoekende verzekeraar of risicodrager mag strekken, heeft vervolgens ook bij de Hoge Raad postgevat. In de rechtspraak over verkeersaansprakelijkheid (art. 31 WVV oud; thans: art. 185 WVV) is daarvoor bewijs te vinden. Zoals bekend heeft de Hoge Raad de laatste decennia actief rechtsbeschermingsbeleid gevoerd ten behoeve van ongemotoriseerde verkeersslachtoffers. Dit komt bijv. naar voren bij de bijzondere toepassing van het eigen schuld-leerstuk. Een ‘gewone’ toepassing van art. 6:101 BW zou in beginsel tot verdeling naar de maten van veroorzakingsbijdrage nopen, behoudens een billijkheidscorrectie. De Hoge Raad besliste begin jaren negentig evenwel dat kinderen jonger dan veertien jaar in beginsel recht hebben op vergoeding van 100% van

hun schade, ook wanneer sprake is van eigen schuld van het kind. Zie HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720 m.nt. CJHB (Kolkman/Nationale Nederlanden) en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721 m.nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt). Ongemotoriseerde verkeersslachtoffers van veertien jaar en ouder krijgen op grond van art. 185 WvW behoudens overmacht in beginsel 50% van hun schade vergoed, ook als zij volgens de ‘gewone’ regels van art. 6:101 BW tot minder gerechtigd zouden zijn. Zie HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB (IZA/Vrerink). De Hoge Raad baseert deze ‘hard and fast rules’ op de billijkheid in de verhouding tussen de benadeelde en de (verzekerde) gemotoriseerde.

In *Iza/Vrerink* werd vervolgens ook – de Hoge Raad had dit voordien steeds in het midden kunnen laten, en deed dat dan ook uitdrukkelijk – de positie van de verhaalzoekende verzekeraar in ogenschouw genomen. Dat de billijkheid vordert dat de ongemotoriseerde benadeelde, behoudens overmacht aan de zijde van de automobilist en behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de benadeelde, tenminste 50% van zijn schade vergoed krijgt, wil volgens de Hoge Raad niet zeggen dat ook verhaalzoekende ziektekostenverzekeraars van die slachtofferbescherming mogen profiteren. Het billijkheidsargument gaat dan niet op, zo beslist de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.8, omdat het risico aan de zijde van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid. Dit strookt, aldus nog steeds de Hoge Raad, ‘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 bijzondere toepassing die de Hoge Raad geeft aan art. 6:101 BW, namelijk het toebedelen van een kant-en-klare 50% vordering, is dus niet voor verhaalzoekende verzekeraars bedoeld. Het verhaalsrecht krijgt niet de bijzondere, op billijkheid gestoelde bescherming, en moet het daarom doen met de ‘gewone’ toepassing van art. 6:101 BW.

Naar verwachting werd in 1995 de tweedeling uit *IZA/Vrerink* doorgetrokken naar de 100%-regel. Zie HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700-702 m.nt. CJHB (resp. Marloes de Vos, Quafa El Ayachi en Pierre Wildiers). De Hoge Raad bevestigt in deze arresten dat de bijzondere bescherming van de 100% regel – net als die van de 50% regel – op de billijkheid berust in de verhouding van de verzekerde automobilist ten opzichte van de ongemotoriseerde benadeelde. Deze

bijzondere bescherming betreft volgens de Hoge Raad slechts die schade *die niet door eigen verzekering wordt gedekt* en die anders door de benadeelde zelf zou moeten worden gedragen. Dat billijkheidsargument verliest dus – aldus de Hoge Raad – zijn gewicht wanneer niet de gekwetste zelf, maar diens verzekeraar de schade draagt. Immers: het risico is door de verzekering, zij het tegen betaling van premie, reeds gespreid.

In de zogenaamde ‘Sinterklaas-arresten’ (HR 5 december 1997, NJ 1998, 400-402 m.nt. CJHB) wordt de tweedeling in het verkeersaansprakelijkheidsrecht nader onderbouwd. De Hoge Raad overweegt ondermeer dat de standaardisering (50% en 100% regel) is ingegeven ‘door het grote gewicht van het persoonlijke belang van ieder van deze verkeersslachtoffers en van het maatschappelijk belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers in het algemeen in vergelijking met de belangen aan de zijde van het motorrijtuig. Daarbij komt dat het slachtoffer zelf bij uitstek behoefte heeft aan een aansprakelijkheid die eenvoudig en dus snel is vast te stellen. Standaardisering komt ook aan die behoefte tegemoet. Bij regresvorderingen van verzekeraars is evenwel voor een standaardisering als die van voormelde rechtspraakregels geen plaats.’ Immers, zo redeneert de Hoge Raad, de persoonlijke belangen van de gekwetste zijn daarbij niet meer betrokken. ‘In gevallen als het onderhavige staan doorgaans, zoals ook hier, twee verzekeraars tegenover elkaar, zulks in verband met de wettelijke verplichting aan de zijde van het motorrijtuig om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, door verzekering te dekken. Verzekeraars moeten in beginsel in staat worden geacht om zelf door collectief overleg tot de door hen nodig geachte mate van standaardisering te komen.’

De nadere onderbouwing door de Hoge Raad in de ‘Sinterklaas-arresten’ is, zo lijkt het, op andere overwegingen gebaseerd dan waar het de Hoge Raad in eerste instantie om leek te gaan. In de arresten *Kolkman/Nationale Nederlanden*, *De Backer/Van Uitregt* en *IZA/Vrerink* wordt verkeersslachtoffers billijkheidshalve een vaste som toegekend; in de ‘Sinterklaas-arresten’ worden die vaste sommen vervolgens – achteraf – gerechtvaardigd met het argument van snelle en efficiënte schade-afwikkeling. Dat verzekeraars ook behoefte hebben aan een efficiënte schade-afwikkeling, wordt door de Hoge Raad erkend. In die behoefte moeten verzekeraars onderling maar voorzien.

Om kort te gaan: concreet betekent het dat een verhaalzoekende verzekeraar of risicodragers in verkeersaansprakelijkheidszaken als deze geconfronteerd kan worden met een beroep op overmacht van de automobilist en een eigen schuld-verweer. Komt men toe aan het eigen schuld-verweer, dan dient dit in beginsel volgens de primaire maatstaf van art. 6:101 BW te worden afgewikkeld. Dit leidt er naar alle waarschijnlijkheid toe dat indien het ongeval mede veroorzaakt is door een verkeersfout van de benadeelde, de wederzijdse veroorzakingsbijdragen van automobilist en benadeelde bepalend zijn voor de omvang van de verhaalsvordering. Maar het is niet uitgesloten dat in concrete gevallen op grond van de billijkheid grond bestaat voor een andere verdeling, maar dan niet in het kader van de 50% of 100% regel.

Die andere verdeling kwam tenslotte nogmaals aan de orde in de eerdergenoemde 'Sinterklaas-arresten'. In die arresten benadrukt de HR dat toepassing van de billijkheidscorrectie niet slechts in uitzonderingsgevallen is toegestaan, maar dat 'gewone' toepassing daarvan ook bij verhaalzoekende verzekeraars en risicodragers moet plaatsvinden. De leeftijd van het aangereden kind bepaalt in dat verband de ernst van het verwijt, en dat is weer van belang voor de billijkheidscorrectie.

Om een voorbeeld te noemen: een kind van zeven jaar kijkt niet goed uit bij het oversteken. De automobilist die het kind vervolgens aanrijdt, is verplicht alle onverzekerde schade voor 100% te vergoeden. De gesubbrogeerde ziektekostenverzekeraar kan daarentegen verweren van de automobilist verwachten: sprake zou kunnen zijn van overmacht, en sprake zou kunnen zijn van eigen schuld van het kind. Wat betreft dat laatste verweer: in beginsel zal een aftrek wegens eigen schuld kunnen plaatsvinden als het gedrag van de benadeelde een verkeersfout opleverde, tenzij bijv. de billijkheid in het concrete geval in verband met de aard en de ernst van de foutieve gedraging van het kind een andere verdeling, volledig verval of volledige instandhouding van de schadevergoedingsvordering vordert. Zou in het gegeven voorbeeld de schadevergoedingsplicht geheel in stand blijven vanwege de geringe verwijtbaarheid van het jonge slachtoffer, dan profiteert de gesubbrogeerde ziektekostenverzekeraar van die billijkheidscorrectie dus wel mee! Zie nader over deze ingewikkelde (en eigenlijk ook wel gekunstelde) toepassing van art. 6:101 BW Hartlief en Tjittes 1999, p. 144-151, met nadere verwijzingen. Vgl. ook T. Hartlief, NJB 1996, p. 1047 e.v.

Wat opvalt is dat door deze verkeersrechtspraak de verhaalsvordering

in juridisch opzicht ingewikkelder is (althans: kan zijn) dan de vordering van de benadeelde zelf. Dat komt snelle en efficiënte afwikkeling van verhaalsdossiers natuurlijk niet ten goede. Hartlief 1998, p. 3, wijst hier terecht op. Bij de vordering van de volwassen benadeelde is het verschil met het verhaalsrecht overigens minder groot, omdat tegen de volwassene in persoon wel het 'gewone' eigen schuld-verweer kan worden gevoerd, zodra deze aanspraak maakt op vergoeding van meer dan 50%.

Het moge duidelijk zijn dat de TRV en de rechtspraak van de Hoge Raad over de verhaalspositie bij verkeersongevallen een tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht heeft veroorzaakt. Denkbaar is dat deze tweedeling door de rechter wordt voortgezet buiten het verkeersaansprakelijkheidsrecht. Concrete aanwijzingen daarvoor zijn er echter niet.

Het is bijv. onwaarschijnlijk dat een tweedeling zou worden aangebracht daar waar het gaat om eigen schuld van kinderen tot veertien jaar *in het algemeen*. In HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 m.nt. GJS (Ebele Dillema I) werd immers al ten behoeve van een verhaalzoekend ziekenfonds de regel geformuleerd dat onvoorzichtig verkeersgedrag van een zeer jeugdig kind niet tot vermindering van de verhaalsvordering mag leiden wegens eigen schuld van de benadeelde. Toegegeven moet echter worden dat de status van dit arrest gegeven de recente verkeersrechtspraak onzeker is geworden. Helemaal uitgesloten is het dus niet dat een verdere tweedeling wordt aangebracht waar het om eigen schuld van kinderen gaat.

Een gebied waarop tweedeling nog wel heel goed denkbaar is, betreft de rechtspraak van de Hoge Raad waarin de aanspraken van de benadeelde jegens de WAM-verzekeraar in stand wordt gelaten, ook wanneer door huwelijk boedelmenging tussen benadeelde en aansprakelijke plaatsvindt. Zie HR 3 december 1982, NJ 1983, 400 m.nt. BW (Nationale Nederlanden/Timmermans) en HR 12 juni 1987, NJ 1988, 39 m.nt. G/EAAL (Holland/Beek). Denkbaar is dat een verhaalzoekende verzekeraar, die in dit verband een ander belang heeft dan de benadeelde zelf, geen beroep toekomt op deze bijzondere 'slachtofferbeschermende' rechtspraak.

Een ander gebied waarop verdere tweedeling mogelijk en mijns inziens wenselijk is, betreft het voorrecht van art. 3:287 BW (en naar komend recht de directe actie van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsver-

zekeraar van de aansprakelijke persoon). Over die discussie zie men nader § 3.6.1.

Het is overigens minder waarschijnlijk dat de Hoge Raad in het kader van art. 6:162 BW bijzondere, op bescherming tegen letsel gerichte zorgvuldigheidsnormen zal formuleren die niet ook kunnen worden ingeroepen door verhaalzoekende verzekeraars en risicodragers. Dat volgt uit HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB (De Heel/Staat en Korver). In die zaak werd de stelling verdedigd dat de ruime toerekening zoals die uit art. 6:98 BW en slachtofferbeschermende rechtspraak voortvloeit, gezien de aard van de geleden schade, niet mag worden toegepast wanneer in plaats van de benadeelde zelf een verhaalzoekende verzekeraar eisende partij is. De Hoge Raad wil hier niet van weten: ‘Het tweede uitgangspunt (te weten, dat wanneer het gaat om de uitoefening van verhaalsrechten, de aard van de schade een dergelijke toerekening niet meebrengt, *WvB*) kan evenmin als juist worden aanvaard, reeds omdat veiligheidsnormen als waarvan hier sprake is, naar hun aard strekken ter voorkoming van ongevallen en daaruit voortvloeiend letsel, en geen goede grond bestaat daarbij een verschillende maatstaf voor de causaliteit te hanteren al naar gelang het gaat om een vordering van het slachtoffer zelf dan wel een regresvordering’. Voorlopig is de tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht dus ‘bevroren’. Aldus ook Hartlief en Tjittes 1999, p. 105. Dat geldt met name ook voor die gebieden waar ‘slachtofferbescherming’ al langere tijd bestaat en mede ten behoeve van verzekeraars en risicodragers ingeroepen kan worden.

Vgl. in dit verband ook HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 m.nt. GJS (Centrale Werkgevers Risico-Bank/Oskam) en HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg), waarin reeds de bijzondere causaliteitsregels voor letselschade ten behoeve van de verhaalzoekende sociale verzekeraars werd toegepast. Zie ook, op het gebied van de billijkheidscorrectie van (thans:) art. 6:101 BW, het al eerder genoemde *Ebele Dillema I*.

§ 3.4.5 *Bijzondere verweren tegen aansprakelijkheid*

Bij de afwikkeling van een verhaalsdossier kan de vraag rijzen wat het gevolg is van een rechtshandeling of rechtsfeit in de rechtsverhouding tussen benadeelde en de aansprakelijke voor bestaan en om-

vang van het verhaalsrecht. We zagen reeds in § 3.2 en 3.3 dat voor wat betreft betalingen en schikkingen – in beide gevallen handelingen die plaatsvinden ná de schadeveroorzakende gebeurtenis – verschil bestaat tussen het gesubrogeerde verhaalsrecht en het zelfstandige verhaalsrecht. Ik volsta hier met verwijzing naar die paragrafen.

Onzeker is welke gevolgen rechtsfeiten als rechtsverwerking, matiging en limitering in de rechtsverhouding tussen benadeelde en aansprakelijke hebben voor de verhaalsvordering. Benaderen we deze rechtsfeiten geheel vanuit de idee dat de aansprakelijke niet slechter mag worden van ‘verschuiving’ van de aanspraak van de benadeelde naar de verzekeraar of risicodrager, dan ligt voor de hand aan te nemen dat rechtsverwerking, matiging en limitering kunnen worden tegengeworpen door de aansprakelijke. Deze benadering werd gekozen in HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 317 m.nt. JBMV (Schotanus/Bedrijfsvereniging voor bank- en verzekeringswezen).

De Hoge Raad overweegt in deze uitspraak: ‘Art. 52a Ziektewet en art. 90 WAO beperken het verhaalsrecht tot ten hoogste het bedrag waarvoor de aansprakelijke persoon bij het ontbreken van de aanspraken krachtens deze wetten naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde naar burgerlijk recht is gehouden. Nu een beslissing op de grieven aangaande beperking of matiging van de schadevergoedingsplicht van Schotanus naar burgerlijk recht, van belang kan zijn voor de bepaling van voormeld maximum en niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat het door het hof toegewezen bedrag dat maximum overschrijdt, heeft het hof die grieven ten onrechte niet onderzocht’.

Maar het is soms juister om onderscheid te maken tussen rechtsfeiten die zich voor de schadeveroorzakende gebeurtenis voordoen en die welke zich nadien voordoen. Als de rechtsverwerking gelegen is in een doen of nalaten van de benadeelde dat zich geheel of goeddeels afspeelde na de schadeveroorzakende gebeurtenis, dan zal voor het zelfstandig verhaalsrecht al spoedig de conclusie luiden dat de rechtsverwerking bij de benadeelde geen betrekking kan hebben op het verhaalsrecht. Dat behoort immers *ab initio* toe aan de verzekeraar of risicodrager. De vraag dringt zich vervolgens op of dit ook geldt voor de subrogatie; zou men rechtsverwerking onder ‘beschikkingshandelingen’ ten aanzien van de schadevergoedingsvordering willen

scharen, dan zou doorslaggevend zijn of de rechtsverwerking zich voordeed *voor* het moment van rechtsovergang of *daarna*. In het eerste geval is de gesubrogeerde verzekeraar ‘gebonden’ aan de rechtsverwerking, in het tweede niet.

Ook hier komen dus de divergenties tussen gesubrogeerd en zelfstandig verhaalsrecht aan het licht, en hoewel ik er veel voor voel de subrogatie meer op één lijn te stellen met het zelfstandig verhaalsrecht, denk ik toch dat op dit detailniveau de uitkomst naar geldend recht aanmerkelijk kan verschillen.

Kan de aansprakelijke de verhaalsvordering afweren met een beroep op een aansprakelijkheidsuitsluiting die hij (vóór de schadeveroorzakende gebeurtenis) met de latere benadeelde voor het ongeval overeengekomen is? Vanuit het idee dat de aansprakelijke per saldo niet in een nadeliger positie mag komen te verkeren door de omstandigheid dat niet de benadeelde zelf maar de verzekeraar of risicodrager ageert, moet de exoneratie inderdaad gewoon doorwerken. Dit lijkt de gangbare opvatting te zijn.

Het betekent dat de verzekeraar of risicodrager, die geen partij is bij de contractuele aansprakelijkheidsuitsluiting, de exoneratie wel tegen zich moet laten gelden en dat in zoverre geen verhaal mogelijk is. Die contractuele werking ten nadele van een derde kan bij subrogatie worden verklaard door art. 6:145 BW: de verzekeraar krijgt niet meer rechten dan de verzekerde. Bij het zelfstandige verhaalsrecht is de verklaring gelegen in de figuur van het ‘civiel plafond’. Toch zijn er mijns inziens wel grenzen aan de tegenwerpbaarheid van exoneraties. In de eerste plaats zijn exoneraties overeengekomen met het opzet eventuele verhaalsrechten te frustreren, niet tegenwerpbaar. Dat volgt naar mijn mening uit HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 m.nt. EMM (Brandstichting), waarin werd bepaald dat opzettelijke benadeling van een verzekeraar grond geeft voor een vordering uit onrechtmatige daad. Dat maakt verhaal van de schade veroorzaakt door de exoneratie (sc. onmogelijkheid van verhaal) mogelijk.

De mogelijkheden gaan denk ik nog verder. Op vele gebieden bestaat rechtspraak die inhoudt dat een gedraging ontoelaatbaar kan zijn omdat men zich met het oog op de (financiële) belangen van de ander had behoren te onthouden van de gedragingen.

Zie bijv. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell),

met name rechtsoverweging 3.8.4, en (met betrekking tot de wijziging van behoefte of draagkracht van alimentatiegerechtigde resp. -plichtige): HR 23 januari 1998, NJ 1998, 707 m.nt. JdB en HR 24 april 1998, NJ 1998, 603. De sanctie is in het eerstgenoemde arrest aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW, maar in de twee laatste uitspraken betrof het de sanctie dat de desbetreffende handelingen buiten beschouwing werden gelaten bij berekening van behoefte resp. draagkracht. Op grond van deze rechtspraak concludeer ik dat het in beginsel mogelijk is om bij een ontoelaatbare exoneratie als sanctie te kiezen voor het 'buiten beschouwing laten' van de exoneratie ter gelegenheid van de bepaling van de (omvang van de) aansprakelijkheid.

Ik acht verdedigbaar dat het bedingen van een exoneratie onder omstandigheden ontoelaatbaar kan zijn met het oog op de belangen van de verhaalzoekende verzekeraar of risicodrager. Dat zou stroken met het benadelingsverbod van art. 6:154 BW, waarover uitgebreid hiervoor in § 3.2. Het verbod van art. 6:154 BW richt zich tot de benadeelde, en het strekt er bijv. toe te voorkomen dat de benadeelde instemt met exoneraties die uiteindelijk in de weg kunnen staan aan subrogatie van de schadevergoedingsvordering. De hierbedoelde zorgvuldigheidsnorm, gericht tot de aansprakelijke, zou als het ware het delictuele complement van art. 6:154 BW kunnen zijn.

Een vergelijking kan voorts worden gemaakt met het verhaalsrecht van gemeenten op grond van de ABW. Wanneer echtelieden bij echtscheidingsconvenant hun alimentatieverplichtingen op nihil hebben gesteld, dan kan de gemeente niettemin verhaal nemen op de alimentatieplichtige ex-echtgenoot. Art. 94 ABW bepaalt namelijk: 'Een overeenkomst waarbij echtgenoten of gewezen echtgenoten hebben bepaald dat na echtscheiding, scheiding van tafel en bed of ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, de een tegenover de ander in het geheel niet dan wel slechts tot een bepaald bedrag tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden, al dan niet met het beding bedoeld in artikel 159 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, staat niet in de weg aan verhaal op een der partijen en laat de vaststelling van het te verhalen bedrag onverlet.' Vgl. in gelijkkluidende zin art. 1:159a BW.

De exoneraties die als 'verdacht' teboekgesteld kunnen worden, zijn naar mijn idee met name die exoneraties welke schade betreffen waartegen benadeelden bij uitstek schadeverzekeringen afsluiten.

Hoewel in beginsel toelaatbaar, is denkbaar dat een dergelijke exoneratie het karakter krijgt van een ontoelaatbare frustratie van het verhaalsrecht van de schadeverzekeraar.

Vergelijk OGH 22 november 1995, VersR 1997, p. 91, waarbij een exoneratie ‘sittenwidrig’ werd bevonden omdat daarmee het verhaalsrecht van de desbetreffende sociale verzekeraar voorzienbaar gefrustreerd zou worden.

Ook kan worden gedacht aan exonerationen die uitdrukkelijk zien op schade die aan de zijde van de benadeelde wordt gedekt door een schadeverzekering. Stel bijv. dat er aansprakelijkheidsuitsluitingen in zwang zouden raken van het type ‘aansprakelijkheid is uitgesloten voor schade waarvoor de wederpartij verzekerd is’, dan zou een dergelijke afspraak per definitie het verhaalsrecht van die schadeverzekeraar frustreren. Dat lijkt mij onwenselijk.

Van de bijzondere verweren tegen aansprakelijkheid wordt hier nog verjaring genoemd. Behandeling van het verjaringsvraagstuk vindt plaats in § 3.8.3.

§ 3.5 Wat kan onder het verhaalsrecht worden gebracht?

§ 3.5.1 Congruente vordering en totaalvordering

Bij de bepaling van de omvang van het verhaalsrecht van gesubrogeerde schadeverzekeraars wordt de *aard van de uitkering* centraal gesteld. Bekend in dit verband is het onderscheid tussen sommen- en schadeverzekering. Eerstgenoemde verzekeringssoort beoogt niet een concrete schadepost uit het vermogen van de verzekerde weg te nemen, maar keert een min of meer vaste som uit ter gelegenheid van een bepaalde gebeurtenis. De heersende opvatting is dat sommenverzekeraars niet worden gesubrogeerd en zij dus geen verhaal kunnen nemen op de persoon die aansprakelijk is voor de veroorzaking van de desbetreffende gebeurtenis.

Zie HR 31 december 1931, NJ 1932, 419 m.nt. EMM (Spoorwegongeval De Vink). De erfgenamen van een overleden treinpassagier verkregen van levensverzekeraar De Nieuwe Eerste Nederlandsche een bedrag van

f 5000. De verzekeraar sprak vervolgens de Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij aan, met een beroep op art. 284 WvK. De Hoge Raad stelde de verzekeraar in het ongelijk: '(...) dat de strekking van het wetsvoorschrift (art. 284, WvB) geene andere is dan zoowel om te voorkomen, dat de verzekerde ter zake van dezelfde schade en van den verzekeraar en van derden vergoeding zou ontvangen als ook om den samenloop van vergoedingsplichten van dezelfde schade te regelen; dat derhalve zoowel de woorden van het wetsvoorschrift als zijne strekking zich verzetten tegen de toepassing op eene verzekering, krachtens welke de verzekeraar niet tot vergoeding van schade maar tot uitkeering van eene vaste som onafhankelijk van geleden schade gehouden is (...)'. Zie nader over deze uitspraak, die niet onbestreden is gebleven, Asser/Clausing/Wansink, nr. 318, met nadere verwijzingen.

De schadeverzekering daarentegen knoopt aan bij specifieke schade-posten. Voor het verhaal van de schadeverzekeraar dient daarom eerst de specifieke schadepost te worden aangewezen, die de uitkeering geheel of gedeeltelijk beoogt weg te nemen, en vervolgens kan de vraag worden gesteld: had de benadeelde vergoeding van deze schadepost kunnen vorderen? Vergoedt de schadeverzekeraar inkomstenderving, dan moet worden gekeken of de benadeelde van de aansprakelijke vergoeding van deze inkomstenderving had kunnen vorderen. Indien en voor zover dat mogelijk zou zijn geweest, wordt de verzekeraar gesubrogeerd en kan hij van de benadeelde vergoeding vorderen. De vraag of al dan niet subrogatie heeft plaatsgevonden, dient dus op het concrete niveau van onderscheidenlijke schade-posten, en wel per schadepost, te worden beantwoord. Men zegt het ook wel zo dat het verhaal van de schadeverzekeraar 'congruent' is aan de rechten van de benadeelde. Zie Van Boom en Storm 1995, p. 150.

Die 'congruentie' wordt niet altijd vereist bij de zelfstandige verhaalsrechten van sociale verzekeraars en risicodragers.

Dit wijkt af van hetgeen in de ons omringende landen geldt. De 'congruentie'-eis geldt bijv. wel naar Engels recht ten aanzien van het verhaal voor Social Security Benefits. Zie Winfield & Jolowicz, p. 780 en Lewis 1999, nr. 13.25 e.v. Verhaalsrechten van sociale verzekeraars in Duitsland zijn eveneens 'congruente' vorderingen, aangezien zij op subrogatie zijn gebaseerd. Zie Kötz 1998, nr. 606-607.

Het zelfstandige verhaalsrecht betreft het totaal van de uitkeringen, vergoedingen e.d. die gedaan zijn en nog gedaan zullen worden. Maar het bedrag dat gevorderd wordt, hoeft niet altijd ‘congruent’ te zijn aan de schadeposten die naar civiel recht zouden kunnen worden gevorderd. Het kan daarom gebeuren, aldus de Hoge Raad in het arrest *Centrale Werkgevers Risico Bank/Ferwerda* (HR 23 juli 1946, NJ 1946, 545 m.nt. DJV), dat een aansprakelijke aan de risicodragers bepaalde posten moet voldoen die hij niet aan de benadeelde zelf zou hebben behoeven te vergoeden. Daarin is geen benadeling van de aansprakelijke gelegen, omdat hij *in totaal* niet meer verschuldigd is dan het ‘civiele plafond’. Deze benadering heeft het voordeel dat niet getwist kan worden over de ‘congruentie’ van de uitkering.

De Hoge Raad overweegt in *Centrale Werkgevers Risico Bank/Ferwerda* nogmaals – zie voor eerdere rechtspraak hiervoor § 3.3 – dat de risicodragers niet het overgegangene recht van de benadeelde uitoefent, maar een eigen recht. Benadrukt wordt dat weliswaar het doel van de Ongevallenwet is het schadeloosstellen van de benadeelde, maar dat de plicht om uit te keren in deze wet niet afhankelijk gesteld is van het (voort)bestaan van schade; de grondslag van het verhaal is daarom niet de schade van het slachtoffer, maar de gedane uitkeringen op grond van de wettelijke plicht. Er is echter in zoverre een beperking dat de verhaalsvordering (in totaal) niet meer kan bedragen dan kort gezegd hetgeen de benadeelde zelf zou hebben kunnen vorderen.

Het verschil tussen het eigen recht uit de Ongevallenwet 1921 en de subrogatie-figuur die voordien werd toegepast is dan ook ‘dat destijds, toen de verhaalsvordering gegoten was in den vorm van een subrogatie, de Rijksverzekeringsbank kon vorderen de posten, die deel uitmaakten van de burgerrechtelijke schadevordering, zij het met ‘het verzekerde bedrag’ als grens van de vordering in haar geheel, terwijl thans de verhaalsvordering een zelfstandige vordering is, die niet is beperkt tot de posten der burgerrechtelijke vordering, doch, wat haar bedrag betreft, begrensd wordt door het totale bedrag, hetwelk door den aansprakelijken persoon krachtens het gemeene recht verschuldigd is’. Het kan daarom gebeuren, aldus de Hoge Raad, dat een aansprakelijke aan de risicodragers bepaalde kostenposten voldoet die hij niet aan de benadeelde zelf zou hebben behoeven te vergoeden. Per saldo blijft echter de omvang van de aansprakelijkheid. Zie over een en ander uitgebreid W.J. Slagter, VR 1963, p. 25-27 en N.J.P. Giltay Veth, VR 1969, p. 233-234.

Men wake zich overigens voor de conclusie dat zelfstandige verhaalsrechten in elk opzicht ‘totaalvorderingen’ zouden zijn. In de eerste plaats komt het er op aan hoe de desbetreffende wetsbepaling het verhaalsrecht omschrijft. Een ruime wettelijke omschrijving van het type ‘de krachtens deze wet gemaakte kosten’ maakt toepassing van het arrest mogelijk, maar een enge omschrijving van het type ‘recht op schadevergoeding ten bedrage van de (het? *WvB*) door hem betaalde loon’ in art. 6:107a BW bijv. lijkt daarvoor geen mogelijkheid te bieden. De werkgever kan dus niet de kosten van een fruitmand ten behoeve van de benadeelde werknemer onder zijn verhaalsrecht van art. 6:107a BW brengen. In dit opzicht neigt art. 6:107a BW meer in de richting van het ‘congruentie’vereiste zoals dat bij subrogatie geldt.

In de tweede plaats geldt ook bij zelfstandige verhaalsrechten een – wat ik zal noemen – ‘personele congruentie’-eis. Dit bleek in het arrest *Sociale Verzekeringsbank/Snijders en Blok* (HR 17 januari 1958, NJ 1958, 80), waarin de SVB verhaal trachtte te nemen voor gedane uitkeringen aan zowel een schadevergoedingsgerechtigde nabestaande in de zin van art. 1406 BW (oud), als aan een nabestaande die volgens art. 1406 niet tot de kring van gerechtigden behoorde. De Hoge Raad oordeelde kort gezegd dat onder het zelfstandig verhaalsrecht alleen uitkeringen kunnen worden gebracht aan personen die naar burgerlijk recht tot schadevergoeding gerechtigd zijn.

In deze zaak redeneerde de SVB dat nu het totaalbedrag van haar vordering het civiele plafond van de schadevergoedingsgerechtigde nabestaande niet oversteeg, de aansprakelijken tot betaling moeten overgaan. De HR gaat niet mee in deze redenering:

‘dat het eerste onderdeel, er van uitgaande dat de risicodrager krachtens art. 95, eerste lid van de Ongevallenwet 1921 één enkele vordering heeft ten bedrage van het totaal van de uitkeringen krachtens deze wet gedaan aan de nagelaten betrekkingen van den persoon die tengevolge van het ongeval is overleden, betoogt dat onder dit totaal ook begrepen zijn de uitkeringen gedaan aan personen wier schade krachtens burgerlijk recht niet voor vergoeding in aanmerking komt, en dat de grens van het verhaalsrecht van den risicodrager gevonden wordt door de bedragen welke de aansprakelijke persoon krachtens burgerlijk recht aan ieder der nagelaten betrekkingen verschuldigd is, op te tellen;
dat dit systeem niet kan worden aanvaard, daar het er toe zou leiden, dat, in strijd met de bedoeling van den wetgever, de aansprakelijke persoon

door den risicodragers en de nagelaten betrekkingen zou kunnen worden aangesproken voor een hoger totaal-bedrag dan waarvoor hij naar burgerlijk recht aansprakelijk is; dat immers krachtens art. 1406 B.W. ieder der nagelaten betrekkingen een zelfstandige vordering heeft tot vergoeding van de door hemzelf geleden schade en dat krachtens het tweede lid van art. 95 op deze vordering alleen in mindering kan worden gebracht hetgeen hijzelf krachtens de Ongevallenwet 1921 heeft genoten; dat mitsdien moet worden aangenomen dat het eerste lid van art. 95 den risicodragers verhaalsrechten geeft voor ieder van de nagelaten betrekkingen afzonderlijk en dat de vraag of, en zo ja tot welk bedrag, verhaalsrecht bestaat, voor ieder van hen afzonderlijk aan de wet moet worden getoetst.'

§ 3.5.2 *Uitkeringen 'die niets kosten'*

Is verhaal mogelijk voor uitkeringen 'die niets kosten'? Gedacht kan worden aan het geval waarin het ABP (ex art. 75 Wet privatisering ABP) verhaal zoekt voor pensioenuitkeringen gedaan aan een gepensioneerd ambtenaar nadat deze door een fout van een ander invalide is geworden. Afwijzing van de mogelijkheid van verhaal zou hierop kunnen worden gegrond dat het ABP 'geen schade' heeft geleden door de onrechtmatige daad, omdat de uitkering toch zou moeten worden gedaan. Deze redenering gaat er vanuit dat geen verhaal bestaat voor uitkeringen die niet in een *conditio sine qua non*-verband staan met de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis. Bij deze *conditio*-benadering zijn mijns inziens twee mogelijke varianten te onderscheiden: het verweer dat de verhaalzoekende instantie geen schade lijdt door de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis en het verweer dat de uitkering ook zou zijn gedaan als de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan.

De eerste variant is naar mijn idee de verkeerde. De vraag of een uitkeringsinstantie daadwerkelijk schade lijdt door het doen van een uitkering is van allerlei factoren afhankelijk, variërend van interne bedrijfsvoering tot actuariële verantwoorde reserveringen. Neemt men de geleden schade als uitgangspunt, dan zou bijv. tegen het verhaal van art. 6:107a BW het verweer kunnen worden gevoerd dat de werkgever in wezen geen schade lijdt door de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, omdat deze toch al niet productief was. Maar ook in dit (uitzonderlijke) geval dat de werkgever geen schade lijdt door

de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, behoort er verhaal te kunnen worden genomen.

De zinsnede 'recht op schadevergoeding ten bedrage van de (het?, *WvB*) door hem betaalde loon' in art. 6:107a BW dient daarom niet letterlijk te worden genomen. De actie uit art. 6:107a BW betreft niet de vergoeding van door de werkgever geleden schade, het is een vordering tot betaling van de kosten van loondoorbetaling.

En anderzijds, als de schade van de werkgever in werkelijkheid groter is dan de kosten van loondoorbetaling (bijv. het inhuren van een tijdelijke, duurdere invalkracht), kan toch ten hoogste het bedrag aan kosten van loondoorbetaling worden gevorderd. Met de interne factoren die voor de desbetreffende werkgever bepalen hoe groot zijn schade werkelijk is, heeft de aansprakelijke op zijn beurt weer niets te maken.

Ik denk dat men het beter zo kan zien dat het verhaalsrecht aanknoopt bij de *aard van de uitkering*. Verzekeringen die beogen te beschermen tegen het verlies van inkomsten door arbeidsongeschiktheid, geven vergoeding voor de door de benadeelde geleden inkomensschade. De vraag of en zo ja, hoeveel de uitkering (of het ongeval) de verzekeraar of risicodragers kost, is in zoverre niet relevant. Dat volgt ook uit tekstuele interpretatie van art. 284 *WvK* en de verschillende wetsbepalingen die zelfstandige verhaalsrechten in het leven roepen. Nergens eisen zij dat de verzekeraar of risicodragers schade lijdt door de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis. Het schadevereiste is reeds opgenomen in het 'civiel plafond' en bij art. 284 *WvK* in het vereiste van schade bij de benadeelde.

Vgl. HR 18 februari 1994, NJ 1995, 607 m.nt. CJHB (Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars/ABP & Van der Wal). In dit arrest, dat hierna nog aan de orde zal komen, besliste de Hoge Raad onder meer dat het verhaalsrecht van het ABP op grond van de VOA niet wordt beïnvloed door de vraag of het ABP schade heeft geleden door de uitkering. Zie ook nog HR 8 december 1938, NJ 1939, 545 m.nt. EMM (Rijksverzekeringsbank/Schönberger), waarin de Hoge Raad bepaalde dat het verhaalsrecht van art. 95 Ongevallenwet 1921 geen recht op schadevergoeding is en dat dus de schadestaatprocedure daarop niet van toepassing is.

Levert de tweede variant, het verweer dat de uitkering ook zou zijn gedaan als de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan, wel een zinvolle benadering op? In het geval waarin het ABP ouderdomspensioen aan een bejaarde betaalt en gewoon doorgaat met het betalen daarvan nadat deze bejaarde door een ongeval ernstig gewond is geraakt, lijkt mij het verweer dat de uitkering ook zou zijn gedaan als de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan, inderdaad juist. De *aard* van de uitkering verandert door het ongeval namelijk niet: het ouderdomspensioen beoogt de financiële gevolgen van ouderdom (en het daarmee gepaard gaande verlies van inkomsten uit arbeid) te ondervangen. Dat doet deze uitkering na het ongeval nog steeds; een ouderdomspensioen blijft een ouderdomspensioen, ook als de gepensioneerde invalide raakt. Ook hier is dus de aard van de uitkering beslissend.

In Engeland is in dit verband de vraag aan de orde gesteld of verhaal mogelijk was voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, gedaan aan een langdurig werkloze die na een ongeval arbeidsongeschikt was geworden. De uitkeringsinstantie, die voor het ongeval de werkloosheidsuitkering verzorgde en sinds het ongeval de arbeidsongeschiktheidsuitkering, wilde verhaal nemen op de aansprakelijke. Deze verweerde zich met de stelling dat de uitkeringsinstantie per saldo niet slechter was geworden van het ongeval, omdat de benadeelde toch geen enkel uitzicht had op een baan. De redenering werd afgewezen met als argument dat het letsel van de werkloze om arbeid te verrichten hem niet langer beschikbaar maakt voor de arbeidsmarkt; zijn recht op werkloosheidsuitkering – waarvoor geen verhaal mogelijk is – eindigt derhalve, en in plaats daarvan krijgt hij recht op ziekengeld, waarvoor nu eenmaal wél verhaal mogelijk is. Zie *Hassall v. Secretary of State for social security/Pether v. same* [1995] 2 WLR 812 (C.A.) en, diepgaand, Lewis 1999, nr. 17.01.

Volgt men de redenering waarbij de *aard van de uitkering* centraal staat, dan is vervolgens ook verklaarbaar waarom niet langer verhaal mogelijk is voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering die met het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd (qua benaming of qua hoogte) wordt voortgezet. De uitkering – als die al door dezelfde verzekeraar wordt verstrekt – wordt vanaf die datum namelijk in de regel een uitkering terzake van het wegvallen van inkomsten wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd.

De Hoge Raad moest in dit verband oordelen over het verhaal van het ABP voor een zogenaamd ‘invaliditeitspensioen’. Zie HR 22 juni 1990, NJ 1991, 760 m.nt. CJHB (ABP/Baauw). Het betrof een arbeidsongeschiktheidsuitkering die werd voortgezet onder de titel ‘invaliditeitspensioen’, ook toen de benadeelde eenmaal 65 jaar geworden was. De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank terecht had beslist dat het uitgekeerde pensioen materieel neerkomt op een ouderdomspensioen: ‘Aldus brengt de rechtbank tot uitdrukking dat het in voege als voormeld herberekende invaliditeitspensioen niet strekt – zoals het invaliditeitspensioen voor het 65ste jaar – ter vervanging van door invaliditeit wegvallende arbeidsinkomsten gedurende een tijdvak voorafgaande aan het tijdstip waarop de deelname aan het arbeidsproces wegens ouderdom pleegt te eindigen, maar dat het hier bedoelde pensioen nu juist is gereleateerd aan laatstbedoeld tijdstip. Voorts acht de rechtbank terecht van belang dat voor het 65ste jaar een verandering in de invaliditeitsgraad kan leiden tot een wijziging van een pensioen, terwijl na het 65ste jaar het pensioen niet meer door (veranderingen in) de invaliditeitsgraad wordt beïnvloed.’

De Hoge Raad concludeert tenslotte dat het pensioen na het 65ste levensjaar, al blijft dit in de terminologie van de ABPW invaliditeitspensioen heten, de functie heeft van een ouderdomspensioen. Dat brengt met zich, aldus de Hoge Raad, ‘dat tussen uitkeringen ten titel van (...) invaliditeitspensioen en het ongeval dat destijds tot invaliditeit heeft geleid, niet een zodanig verband bestaat dat die uitkeringen kunnen worden aangemerkt als uitkeringen krachtens de voor de ambtenaar geldende rechtspositieregeling aan deze verleend ‘ter zake van het ongeval’ in de zin van art. 2 lid 3 VOA’.

Bedacht dient overigens te worden dat met de recente wijzigingen in het sociale zekerheidsrecht voor ambtenaren in toenemende mate aansluiting wordt gezocht bij het ‘gewone’ sociale zekerheidsrecht; daar speelt het hierbedoelde probleem in mindere mate omdat WAO-uitkeringen eindigen met het bereiken van de 65-jarige leeftijd en dus niet ook nadien onder dezelfde noemer worden voortgezet.

Hoe moet in dit licht het verhaal voor nabestaandenuitkeringen worden beoordeeld? Voor zover de aard van deze uitkeringen is het wegnemen van inkomensschade door voortijdig overlijden, dat wil zeggen overlijden voor de gebruikelijke pensioneringsdatum, kunnen zij onder het verhaalsrecht worden gebracht. Lastiger wordt het wanneer het nabestaandenpensioen wordt voortgezet tot (of pas aan-

vangt) na de datum waarop de overledene 65 zou zijn geworden. Daarover kan men van mening verschillen.

De Hoge Raad heeft voor het VOA-verhaal beslist dat ook na die datum verhaal mogelijk is voor het nabestaandenpensioen. Zie HR 18 februari 1994, NJ 1995, 607 m.nt. CJHB (Nederlands Bureau der Motorrijtuig-verzekeraars/ABP & Van der Wal): 'Voor de door het middel voorgestane beperking in het verhaalsrecht na het 65e levensjaar van Bakker is in het systeem van de VOA (...) geen plaats: ook ná dat tijdstip blijft sprake van door het ABP aan de weduwe gedane uitkeringen ter zake van het aan Bakker overkomen ongeval op grond van diens rechtspositieregeling, waarvoor aan het ABP een verhaalsrecht toekomt, zonder dat de eis wordt gesteld dat het door het doen van die uitkeringen schade lijdt, terwijl de omvang van dit verhaalsrecht alleen wordt beperkt door de in art. 3 VOA gestelde grens.'

Blijkbaar is de Hoge Raad van mening dat het verhaal als zodanig mogelijk is. Dat moet – denk ik – wederom worden teruggevoerd op de *aard* van de uitkering; indien het nabestaandenpensioen niet van karakter verandert op de datum waarop de overledene 65 jaar zou zijn geworden, dan blijft het – zo versta ik de opvatting van de Hoge Raad – een uitkering ter zake van schade door het wegvallen van het levensonderhoud. Maar het venijn schuilt in de staart: de Hoge Raad eindigt met de overweging dat de omvang van het verhaal slechts wordt beperkt door het 'civiele plafond'. Het verhaalsrecht knoopt altijd aan bij hetgeen de benadeelde, dat is hier de nabestaande, zelf zou hebben kunnen vorderen. Uit oudere rechtspraak volgt dat het recht op vergoeding van gederfd levensonderhoud (thans: art. 6:108 BW) berekend moet worden met als 'einddatum' de datum waarop de overledene statistisch gezien zonder tussenkomst van het ongeval zou zijn overleden (de zgn. statistische eindleeftijd). Zie HR 27 maart 1953, NJ 1953, 617. Voor bepaling van het 'civiel plafond' dienen opgebouwde pensioenrechten in dit verband blijkbaar buiten beschouwing te worden gelaten.

Dat verklaart waarom bij overlijden van een 35-jarige kostwinner het civiel plafond kan worden berekend met als hypothese dat de kostwinner tot zijn 65ste jaar zou hebben gewerkt en de betaling van ouderdomspensioenpremies zou hebben bekostigd. Dat bedrag komt dus in het civiel plafond terug. Deze hypothese is echter niet mogelijk wanneer een 75-jarige 'kostwinner' komt te overlijden. Zijn ouderdomspensioen wordt omgezet in een nabestaandenpensioen. Is daarvoor verhaal mogelijk?

Nee, zegt het Hof Den Haag 19 november 1996, VR 1997, 74, NJkort

1997, 9 (Zürich/ABP). Het Hof wijst de verhaalsvordering af omdat het pensioen, ook het nabestaandenpensioen voorzover dit openvalt na pensionering, is opgebouwd uit spaarpremies die zijn afgedragen gedurende het arbeidzame leven van de gekwetste. Daarmee is het geen ongevalsuitkering maar een ‘inverdiend ouderdomspensioen’, aldus het Hof. Het nabestaandenpensioen, voorzover dat na pensionering tot uitkering komt, blijft de functie van ouderdomspensioen behouden.

Betwijfeld kan worden of ook de Hoge Raad hier in gelooft. De Hoge Raad is als gezegd van mening dat verhaal van reeds ingetreden nabestaandenpensioen ook mogelijk is voor de periode na de hypothetische pensioneringsdatum. Maar hoe ziet de Hoge Raad dan de berekening van het ‘civiel plafond’? Blijkbaar moet geheel worden geabstraheerd van reeds opgebouwde pensioenvoorzieningen en moet bij de berekening van dit plafond van de onwaarschijnlijke fictie worden uitgegaan dat de overledene (door arbeid?) nog in het onderhoud van de nabestaande voorzag. Daar lijkt de Hoge Raad in het arrest *Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars/ABP & Van der Wal* inderdaad op aan te sturen (zie rechtsoverweging 4.2). Dit leidt ertoe, zo begrijp ik Brunner (zie zijn noot onder het arrest), dat het ‘civiel plafond’ moet worden afgesteld op de statistische eindleeftijd van de overledene. Hoe ouder de overledene, des te lager zal dit plafond zijn.

3.5.3 (On)verplichte en (on)terechte uitkeringen

Bij subrogatie van schadeverzekeraars werd tot voor kort geleerd dat zij slechts ziet op *verplicht* gedane uitkeringen. Een verweer tegen het verhaal van de gesubrogeerde schadeverzekeraar kon dus zijn dat in werkelijkheid geen subrogatie plaatsvond omdat de verzekeraar niet tot uitkering verplicht was (bijv. omdat een vervalbeding uit de polis in werking was getreden). Doet een schadeverzekeraar uitkering ‘om van het gezeur af te zijn’, of om de goede naam van de verzekeraar hoog te houden, alhoewel geen dekking bestond, dan was tot voor kort geen verhaal mogelijk voor deze ‘coulance-uitkering’.

Zie het arrest *Koninklijke Pakketvaart Maatschappij/The Liverpool and London and Globe Insurance Company* (HR 10 januari 1941, NJ 1941, 824 m.nt. EMM), waarin werd bepaald dat een uitkering boven het verzekerde belang niet ‘krachtens verzekering’ is gedaan en daarom aan subrogatie in de weg staat. Vgl. ook HR 24 januari 1964, NJ 1964, 465 m.nt. GJS (Bedrijfsvereniging voor de Textielindustrie/Hendriksen).

De ‘verplichtheidseis’ is recentelijk door de Hoge Raad vervallen verklaard. In *Nationale Nederlanden/Woudsend II* heeft de Hoge Raad namelijk beslist dat de subrogatie van art. 284 WvK ook plaatsheeft indien een onverplichte uitkering heeft plaatsgevonden.

Zie HR 7 januari 2000, RvdW 2000, 14 (*Nationale Nederlanden/Woudsend II*), rechtsoverweging 3.3: ‘Zou de verzekeraar niet worden gesubrogeerd indien en voor zover hij schade aan de verzekerde vergoedt zonder daartoe verplicht te zijn, dan zou in dit geval een situatie blijven bestaan die art. 284 beoogt te voorkomen: de aansprakelijke zou in feite van zijn verplichting tot vergoeding van de schade tot het door de verzekeraar vergoed bedrag worden ontslagen. Dit zou voor de aansprakelijke aanleiding kunnen zijn de verschuldigdheid van de door de verzekeraar gedane uitkering te betwisten, hetgeen tot gevolg zou kunnen hebben dat de verzekeraar ervan wordt weerhouden tot uitkering over te gaan in de niet denkbeeldige gevallen waarin onzekerheid erover bestaat of hij krachtens de verzekeringsovereenkomst tot vergoeding van de schade is verplicht.’ De Hoge Raad komt in dit arrest uitdrukkelijk terug op de rechtsopvatting uit de arresten van 1941 en 1964. De Raad verwijst niet naar art. 7.17.2.25 NBW, dat ook subrogatie verbindt aan een *al dan niet verplichte* uitkering door een schadeverzekeraar. A-G De Vries Lentsch-Kostense achtte overigens anticipatie op deze bepaling prematuur; zij concludeerde mede daarom tot handhaving van de ‘verplichtheidseis’.

Het is goed dat de Hoge Raad is omgegaan. In de literatuur werden al langer bezwaren geuit tegen de opvatting van de Hoge Raad; zie de schrijvers genoemd bij Scheltema/Mijnssen 1998, p. 262. Bovendien gold de ‘verplichtheidseis’ in beginsel niet bij de zelfstandige verhaalsrechten. Dat werd althans beslist door de Hoge Raad in een VOA-verhaalszaak.

Zie HR 4 juni 1976, NJ 1977, 4 m.nt. ARB (Van Geffen/Staat). In deze VOA-zaak verweert de aansprakelijke zich met de stelling dat de Staat niet verplicht was tot het doen van uitkeringen aan de benadeelde, nu er een andere wettelijke vergoedingsregeling bestond. De HR acht dit niet van belang: ‘ (...) omdat art. 2 Verhaalswet ongevallen ambtenaren (VOA) aan het in dat artikel bedoelde lichaam een recht van verhaal voor de kosten van de aldaar bedoelde voorzieningen toekent op grond van het enkele feit dat het lichaam aan de ambtenaar krachtens diens rechtspositieregeling uitkeringen of verstrekkingen heeft verleend; dat het

Hof daarom terecht heeft beslist dat de rechter bij de beoordeling of het verhaalsrecht bestaat niet mag nagaan of voor het lichaam een plicht tot uitkering bestond; dat deze regeling ook niet (...) bij het huldigen van een voor de slachtoffers royale interpretatie der wettelijke begrippen door de in art. 2 VOA bedoelde lichamen tot een voor de aansprakelijke persoon onaanvaardbaar resultaat leidt, omdat degene die volgens art. 2 VOA wordt aangesproken krachtens art. 3 VOA niet gehouden is tot betaling van een hoger bedrag dan hij zou hebben moeten betalen, wanneer hij, bij het ontbreken der in art. 2 bedoelde voorzieningen, door de getroffen of door diens nagelaten betrekkingen tot schadevergoeding was aangesproken (...)'.

Het is een aansprekende gedachte dat de aansprakelijke zich niet kan mengen in de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar of risicodragers. In de eerste plaats appelleert het niet aan het rechtvaardigheidsgevoel om de aansprakelijke aan zijn draagplicht te laten ontkomen door een beroep op onvolkomenheden in de rechtsverhouding tussen benadeelde en verzekeraar of risicodragers. De Hoge Raad hecht terecht veel waarde aan dit argument in *Nationale Nederlanden/Woudsend II*. Het zou naar mijn mening niet alleen moeten gelden bij schadeverzekeraars en sociale verzekeraars, maar bijvoorbeeld ook bij loondoorbetalingsplichtige werkgevers. In de tweede plaats is de aansprakelijke er niet slechter aan toe in vergelijking met de situatie waarin de benadeelde zelf schadevergoeding had geëist. Er is immers altijd het congruentievereiste of het civiele plafond. Daar komt nog bij verhaal op grond van sociale verzekeringswetgeving nog bij dat de civiele rechter – terecht – weinig voelt voor toetsing van de juistheid van uitkeringsbeslissingen.

Zie Rb. Zwolle 31 maart 1993, NJ 1993, 684 (ABP/Stichting Gereformeerd Hoger Beroepsonderwijs). In deze zaak verweert de aansprakelijke zich tegen het VOA-verhaal met de stelling dat de benadeelde geen ambtenaar is in de zin van de ABPW en VOA. De Rechtbank is echter van mening dat de leer van de formele rechtskracht in de weg staat aan beoordeling van de juistheid van de uitkeringsbeslissing. De formele rechtskracht van de beschikking tot toekenning door het ABP aan de benadeelde van een uitkering strekt zich, aldus de Rechtbank, mede uit over het verhaalsgeding van het ABP tegen de Stichting.

Men zou de stelling kunnen betrekken dat het strijdt met fundamentele beginselen van (administratiefrechtelijke) rechtsbescherming om de aan-

sprakelijke gebonden te achten aan een besluit waartegen hij niet (en de benadeelde wel!) bezwaar of beroep heeft kunnen instellen. Vgl. bijv. CRvB 15 februari 1995, AB 1995, 426 en CRvB 28 november 1996, TAR 1997, 23 (malus). Maar aangezien in dit soort gevallen de rechtsbescherming van de aansprakelijke in handen is van de civiele rechter, is van strijd geen sprake. De civiele rechter past immers de regels van het civiele aansprakelijkheidsrecht toe, hetgeen ook zou zijn gebeurd wanneer niet de sociale verzekeraar of risicodragers, maar de benadeelde zelf zou hebben geageerd.

Opmerkelijk in dit verband is dat ook in ABW-verhaalszaken geldt dat de alimentatieplichtige zich niet kan verweren met een beroep op de onjuistheid van de beslissing van de gemeente om tot bijstandverlening over te gaan. Zie HR 23 februari 1996, NJ 1996, 396. De vergelijking met ABW-verhaal is treffend: in de verhaalsprocedure mag niet de juistheid van de beslissing tot bijstandverlening in twijfel worden getrokken, maar kan wél worden gediscussieerd over (de hoogte van) de onderhoudsplicht; het bijstandsverhaal mag namelijk de grens van de onderhoudsplicht niet te boven gaan (art. 93 ABW). Zo is het waarschijnlijk ook bij verhaal van sociale verzekeraars en risicodragers: de uitkeringsbeslissing kan in de verhaalsprocedure niet ter discussie worden gesteld, maar er kan wél worden getwist over de hoogte van het 'civiel plafond'.

Overigens wordt, anders dan bij het verhaalsrecht van sociale verzekeraars en risicodragers, bij het ABW-verhaal aangenomen dat het gezag van gewijsde tussen alimentatieplichtige en -gerechtigde zich mede uitstrekt over het verhaalsrecht van de gemeente. Zie HR 10 mei 1974, NJ 1975, 3 m.nt. ARB en HR 30 november 1979, NJ 1980, 134 m.nt. WHH.

De argumenten tegen de 'verplichtheidseis' zijn kortom overtuigend. Als tegenargument kan nog worden genoemd dat inzet van de betwisting van de juistheid van de uitkeringsbeslissing natuurlijk kan zijn dat in werkelijkheid een andere uitkeringsinstantie (op grond van een andere verzekeringsregeling) tot uitkering had moeten komen, en dat voor die uitkering geen (wettelijk) verhaalsrecht bestaat. De aansprakelijke meent bijv. dat het LISV geen WAO-, maar een WW-uitkering had moeten geven. In vergelijking met die situatie gaat de aansprakelijke er inderdaad op achteruit; gegeven de lijn van de rechtspraak moet men de aansprakelijke in die gevallen echter toevoegen dat hij niet wordt benadeeld, doch dat hem slechts een voordeel ontgaat.

§ 3.5.4 *Betaling van de contante of geschatte waarde*

In de WAO is het al lang toegestaan en gebruikelijk om, zodra een ‘geconsolideerde toestand’ is ingetreden, een ‘som ineens’ van de aansprakelijke te vorderen voor de in de toekomst uit te keren bedragen. Op grond van art. 90 lid 2 WAO is het LISV namelijk bevoegd de contante waarde van de periodieke verstrekkingen te vorderen.

Consolidatie van de toestand van de arbeidsongeschikte betekent in dit verband dat ongeveer vaststaat welk arbeidsongeschiktheidspercentage de benadeelde heeft en zal behouden. Het intreden van de geconsolideerde toestand maakt berekening van de gekapitaliseerde, contante waarde van de (toekomstige) uitkeringen gemakkelijk.

In de nieuwere wetgeving staat de hierbedoelde mogelijkheid anders verwoord. De strekking is waarschijnlijk dezelfde, zij het dat de ‘afkoop’ volgens de nieuwere wetgeving slechts de (komende) periode van één jaar betreft. Zie bijv. art. 49 lid 2 Wet REA: ‘Het Landelijk instituut sociale verzekeringen kan indien een aanspraak als bedoeld in het eerste lid, wordt toegekend in de vorm van periodieke verstrekkingen, de contante waarde daarvan vorderen in de vorm van een jaarlijks vast te stellen afkoopsom die aan het Landelijk instituut sociale verzekeringen wordt vergoed voor de totale schadelast ten gevolge van het veroorzaken van de arbeidshandicap.’ In art. 61 WAZ en art. 69 WAZ zijn de woorden ‘de arbeidshandicap’ vervangen door ‘arbeidsongeschiktheid’.

Weliswaar worden de genoemde bepalingen stevast aangeduid als wetsbepalingen die de ‘afkoop’ van de *gehele* verhaalslast (dat wil zeggen: het totaal van alle ingediende en naar verwachting in te dienen verhaalsvorderingen) mogelijk maken, maar daartoe beperkt het werkingsbereik van deze bepalingen zich naar mijn mening niet. Getuige de bewoordingen kunnen deze bepalingen ook de ‘afkoop’ van *afzonderlijke* verhaalsdossiers betreffen. Zie De Haas en Hartlief 1996, p. 6.

Aangenomen mag worden dat het verhaalzoekende verzekeraars en risicodragers is toegestaan om, ook als de wet dat niet uitdrukkelijk bepaalt, een ‘som ineens’ te vorderen waarin *alle* toekomstige aanspraken zijn verdisconteerd.

Vgl. voor de VOA HR 10 augustus 1994, NJ 1995, 58 (Gaflic/Staat en ABP). Zie voorts Van Boom en Storm 1995, p. 152. Dit volgt mijns inziens (ook) uit (analoge) toepassing van art. 6:105 BW.

Voor de verzekeraar die ex art. 284 WvK ageert, ligt de zaak gecompliceerder. Voor deze verzekeraar geldt dat hij, wanneer hij periodieke uitkeringen verstrekt, striktgenomen telkenmale in evenzovele vorderingen gesubrogeerd wordt. Verdedigbaar is dat hij in plaats daarvan het recht op een ‘som ineens’ geldend kan maken, nu dit in economisch opzicht – althans op voorhand beschouwd – eenzelfde waarde heeft. Anderzijds kan het in het belang zijn van de aansprakelijke om slechts tot vergoeding van de periodieke verhaalsvordering over te willen gaan, bijv. wanneer geen verantwoorde voorspelling over de ontwikkeling van de toekomstige schade kan worden gedaan. De rechter zal dan met toepassing van art. 6:105 BW een afweging van deze conflicterende belangen moeten maken.

Een andere kwestie is dat bij bepaalde ‘uitkeringen’, gedaan door de verzekeraar of risicodrager, geen sprake is van een uitkering in geld. Dat speelt bijv. bij verstrekkingen in natura. De verstrekking zal in dat geval op waarde moeten worden geschat. De geschatte waarde kan vervolgens onder het verhaalsrecht worden gebracht.

Een voorbeeld hiervan treft men aan in art. 65b lid 2 AWBZ en art. 83b lid 2 ZfW: ‘Voorzover de geldswaarde van de in het eerste lid bedoelde verstrekkingen niet kan worden vastgesteld, wordt deze bepaald op een geschat bedrag.’ Deze bepalingen bieden de mogelijkheid om bij ministeriële regeling nadere regels stellen.

Overigens zou een schatting van verstrekkingen in natura met analoge toepassing van art. 6:97 BW ook mogelijk zijn.

§ 3.5.5 Belastingen en sociale premies

Kan een verzekeraar of risicodrager verhaal nemen voor afgedragen belastingen en sociale premies? Het antwoord kan worden gezocht in de vraag: zou de benadeelde zélf deze uitgaven hebben kunnen verhalen? In § 3.4.2 werd duidelijk dat de Hoge Raad in letselschadegevallen reeds bij de berekening van het bedrag dat de benadeelde zélf zou hebben kunnen vorderen, ervan uit gaat dat de benadeelde een som ineens zou hebben gevorderd voor in de toekomst te lijden inkomensschade. Het vervolg van de redenering is dat een dergelijke

‘som ineens’ onbelast is en dat om die reden de (sociale) verzekeraar geen belastingen en premies kan vorderen. In § 3.4.2 gaf ik reeds aan dat deze oplossing voor lang niet alle gevallen voor de hand ligt. In de gevallen daar genoemd is naar mijn mening wél plaats voor verhaal van belastingen en sociale premies.

In die gevallen waarin de benadeelde zelf wel vergoeding had kunnen vorderen van een bepaalde belasting- of premiepost, kan de gesubrogeerde verzekeraar of de verhaalsinstantie met een zelfstandig verhaalsrecht deze post ook onder het verhaalsrecht brengen. Daarvoor is uiteraard noodzakelijk dat deze belasting- of premiepost ten laste is gebracht van de betreffende instantie. Volgens een uitspraak van de Hoge Raad uit 1974 is daarvoor voorts nodig dat de gedane belasting- of premieuitgave is terug te voeren op de desbetreffende wet waar het verhaalsrecht naar verwijst.

Vgl. ook HR 1 februari 1974, NJ 1974, 391 (Bedrijfsvereniging voor detailhandel en ambachten/Visscher); daar betrof het niet het probleem van het ‘civiel plafond’, maar de vraag of een bedrijfsvereniging met een beroep op het verhaalsrecht van art. 52a Zw ook verhaal kon nemen voor afgedragen premies AKW en AWBZ. De Hoge Raad wees dit af, nu afdracht van dergelijke premies niet ‘krachtens deze wet gemaakte kosten’ als bedoeld in art. 52a Zw betrof. Betaling van dergelijke premies door de uitkeringsinstantie is namelijk gebaseerd op (thans:) art. 6 en 8 Wet op de loonbelasting 1964 (jo. art. 11 Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965) en art. 3a CSV.

§ 3.6 Bijkomende rechten jegens de aansprakelijke

§ 3.6.1 De schoenen van de benadeelde (II): neven- en voorrechten

Betreft de aansprakelijkheid schade die onder de verplichte verzekeringsdekking van de WAM valt, dan heeft de verzekeraar of risicodrager naast de aansprakelijke persoon nog de WAM-verzekeraar als debiteur. De verzekeraar of risicodrager die een gesubrogeerd of zelfstandig verhaalsrecht toekomt, is ‘benadeelde’ in de zin van art. 1 WAM. Daarom komt hem de ‘action directe’ van art. 6 WAM toe, uiteraard indien en voor zover de verzekerde aansprakelijk is. De

‘action directe’ is in die zin namelijk een ‘nevenrecht’ van de verhaalsvordering jegens de aansprakelijke.

Zie Rb. Rotterdam 19 april 1974, NJ 1975, 515 (Provinciale Verzekering Maatschappij/Haasnoot/Bedrijfsvereniging voor de Haven), HR 7 november 1975, NJ 1976, 332 m.nt. ARB (Algemeen Ziekenfonds 's-Hertogenbosch e.o./Nationale Nederlanden) en HR 10 augustus 1994, NJ 1995, 58 (Gaflic/Staat en ABP). Zie ook De Bosch Kemper 1995, § 28. Het omgekeerde standpunt dat (wettelijk) uitgesloten aansprakelijkheid herleeft indien de veroorzaker een WAM-verzekering aan zijn zijde heeft, kan naar geldend recht niet als juist worden aanvaard. Aldus HR 6 mei 1983, NJ 1983, 584 m.nt. FHJM (Delta Lloyd Schadeverzekering/Ziekenfonds Rijnstreek).

Als sequel van de ‘action directe’ kan het verhaalsrecht in voorkomende gevallen ook worden uitgeoefend jegens het Waarborgfonds motorverkeer.

De inhoud en omvang van de aanspraak van de verhaalzoekende verzekeraar of risicodragers jegens de WAM-verzekeraar (of het Waarborgfonds) kan overigens – dat werd hiervoor in § 3.4.4 al duidelijk – anders zijn dan de vordering zoals de benadeelde die geldend zou hebben kunnen maken.

Van de voorrechten die mogelijk relevant kunnen zijn, neemt art. 3:287 BW een centrale plaats in. Dit artikel luidt als volgt: ‘De vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.’ Uit lid 2 volgt dat het voorrecht gaat boven alle andere rechten van derden op de vordering jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar. Art. 3:287 BW heeft vooral betekenis voor die gevallen waarin geen WAM-dekking bestaat, dus met name in aansprakelijkheidskwesties waarbij geen gemotoriseerde aansprakelijke betrokken is.

Een voorbeeld van de werking van art. 3:287 BW. De fietsende werknemer A moet op weg naar zijn werk uitwijken voor de hond van B, die plotseling de weg overrent. A botst tegen een boom en heeft ernstig hoofdletsel. Hij kan een half jaar lang zijn werkzaamheden voor werkgever C niet verrichten. C betaalt gedurende die periode op grond van

art. 7:629 BW 70% van het loon aan A door. B, die tegen wettelijke aansprakelijkheid is verzekerd bij verzekeringsmaatschappij X, faillieert daags na het ongeval. Werkgever C wil de kosten van loondoorbetaling op B verhalen, en wel op grond van art. 6:107a lid 2 BW jo. art. 6:179 BW (bezittersaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door dieren). Het faillissement van B deert C niet, in hier voege dat hij met een beroep op art. 3:287 BW een voorrecht kan uitoefenen op de vordering die B naar aanleiding van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis heeft gekregen jegens X. B moet (hoogstwaarschijnlijk) wel delen in de faillissementskosten.

Zie nader over werking en werkingsbereik van art. 3:287 BW K.W. Brevet en C.W.M. Lieverse, in: Verzekering en faillissement, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (preadviezen Vereniging voor verzekeringswetenschap), p. 9 e.v.

Dat art. 3:287 BW kan worden ingeroepen door de gesubrogeerde verzekeraar, volgt uit art. 6:142 BW. Het voorrecht gaat met subrogatie mee over op de verzekeraar. Vgl. HR 19 juni 1998, NJ 1999, 533 (Hollandse Scheepshypotheekbank/LISV). Naar geldend recht kan voorts worden aangenomen dat het voorrecht ook kleefte aan het zelfstandig verhaalsrecht. Weliswaar kunnen sociale verzekeraars en risicodragers strikt genomen geen beroep doen op de rechtsovergang van art. 6:142 BW, maar nu zij ook gelden als 'benadeelden' in de zin van de WAM is er veel voor te zeggen hier eenzelfde ruime benadering te kiezen.

Een andere opvatting zou bovendien tot het vreemde resultaat leiden dat het recht op de verzekeringspenningen niet ten goede zou komen aan de gezamenlijke crediteuren wanneer de benadeelde een particuliere ziektekostenverzekering zou hebben en wél wanneer hij verplicht ziekenfondsverzekerde was. Dat zijn, zo lijkt mij, toch toevallige omstandigheden waar de crediteuren van de aansprakelijke helemaal niets mee te maken hebben.

Het voorgaande neemt overigens niet weg dat betwijfeld kan worden of het *wenselijk* is dat verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers een beroep toekomt op het voorrecht van art. 3:287 BW. Het ligt namelijk niet zonder meer voor de hand om de slachtofferbeschermende functie van dit voorrecht ook te doen uitstrekken tot anderen

dan de benadeelde zelf. Zie daarover meer uitgebreid Van Boom 2000, p. 195-197.

§ 3.6.2 *Recht op wettelijke rente*

Wettelijke rente over een geldsom is slechts verschuldigd over de periode dat de debiteur in verzuim is geweest (art. 6:119 BW). Hoofregel is dat verzuim slechts intreedt indien de crediteur een schriftelijke ingebrekestelling heeft verzonden aan de debiteur waarin een redelijke termijn voor nakoming is genoemd en deze termijn ongebruikt is verstreken (art. 6:82 BW). Maar de benadeelde met een wettelijke schadevergoedingsvordering komt in de regel een beroep toe op art. 6:83 sub b BW, zodat het verzuim van rechtswege intreedt en de wettelijke rente over de schadevergoeding ‘terstond’ begint ‘te lopen’.

Dat lijkt een handzame regel, maar hij noodzaakt wel tot beantwoording van de vraag wanneer de schadevergoedingsverbintenis opeisbaar wordt. Dat hangt in grote mate af van de wijze van schadeberekening. Bij abstracte schadeberekening van zaakschade wordt de schade bijv. geacht te zijn geleden op het moment waarop de gebeurtenis zich voordoet die tot aansprakelijkheid aanleiding geeft. Zie Parl. Gesch. Boek 6, blz. 475. Wordt inkomensschade per maand berekend, dan zal steeds per maand opeisbaarheid ontstaan. Doet men de (toekomstige) inkomensschade echter af met een ‘som ineens’, dan moet een opeisbaarheidsmoment worden ‘geprikt’. Onzeker is welk moment hier beslissend is. Zie nader C.J.M. Klaassen, in: Het moment van ontstaan van schade, preadviezen VBR 1998, Lelystad: Vermande 1998, p. 14 e.v.

Hoe is het nu gesteld met het verhaalsrecht van verzekeraars en risicodragers? Valt het verhaalsrecht ook binnen het werkingsbereik van art. 6:83 sub b BW, of moeten verzekeraars en risicodragers eerst ingebrekestellingen aan de aansprakelijke sturen voordat enig recht op wettelijke rente ontstaat? De weinige (lagere) rechtspraak is verdeeld. Soms wordt geoordeeld dat een zelfstandig verhaalsrecht van een sociale verzekeraar niet kan worden geacht voort te vloeien uit de onrechtmatige daad. Zie Hof Arnhem 26 maart 1996, VR 1997, 133. Dit zou betekenen dat de sociale verzekeraar de aansprakelijke eerst ingebreke dient te stellen alvorens recht op vergoeding van renteschade ontstaat. Ik ben er aan de ene kant niet van overtuigd dat dit in overeenstemming is met de ratio van art. 6:83 sub b BW. De aan-

sprakelijke wordt bovendien niet slechter van het verzuim van rechtswege, omdat de benadeelde zelf daar ook recht op zou kunnen doen gelden.

Vgl. Van Boom 1999b, p. 112. Zie ook Hof Den Haag 18 april 1995, VR 1996, 23 (inhoudende dat art. 6:83 sub b BW rechtstreeks toepasselijk is op het verhaalsrecht van art. 83b ZfW).

Maar aan de andere kant kan ook worden gezegd dat, nu het verhaalsrecht van sociale verzekeraars en risicodragers strikt genomen geen recht op *schadevergoeding* is, maar integendeel een recht op verhaal van *gemaakte kosten* (zie nader § 3.5.2), er geen grond bestaat voor toepassing van art. 6:83 sub b BW. Zie over deze tegenstrijdige uitgangspunten ook de verjaringsperikelen beschreven in § 3.8.3.

Wat betreft de particuliere schadeverzekeraar: deze wordt gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde en hem komt dus niet meer of anders toe dan de verzekerde. Als die een delictuele of contractuele schadevergoedingsvordering heeft, dan geldt art. 6:83 sub b BW ook ten behoeve van de verzekeraar, mits deze de renteschade ook werkelijk aan de verzekerde heeft vergoed. Vanaf het moment van subrogatie valt de aldus samengestelde vordering echter in het vermogen van de verzekeraar, en vanaf dat moment kan slechts wettelijke rente lopen over deze vordering als in de verhouding tussen verzekeraar en aansprakelijke voldaan is aan de vereisten van het verzuim. Zie Mon. Nieuw BW B-44 (Van Marwijk Kooy), blz. 8. Vgl. Asser/Clausing/Wansink, nr. 323. De vraag rijst of de gesubrogeerde vordering voor wat betreft de rentederving ná rechtsovergang voortvloeit uit onrechtmatige daad of wanprestatie als bedoeld in art. 6:83 sub b BW. Dat is alleen zo als men wil aannemen dat de positie van de gesubrogeerde verzekeraar werkelijk dezelfde is als die van de benadeelde verzekerde. Dat lijkt niet het geval te zijn, nu de betreffende renteschade niet van oorsprong door de verzekerde zelf is geleden. Anderzijds is het zo dat, als men de wettelijke rente berekent over de oorspronkelijk aan de verzekerde verschuldigde hoofdvordering (in te gaan op de dag waarop de verzekeringspenningen worden uitgekeerd), de aansprakelijke persoon er niet op achteruit gaat: zijn positie verslechtert niet door de rechtsovergang van de hoofdvordering op de verzekeraar. Dat zou ervoor kunnen pleiten om de (gesubrogeerde) vordering van de schadeverzekeraar ook te beschouwen als

een ‘verbintenis (die) voortvloeit uit onrechtmatige daad’ als bedoeld in art. 6:83 sub b BW.

§ 3.6.3 Vergoeding van incassokosten

Een verhaalsrecht verplicht de aansprakelijke tot betaling van een geldsom. Aan elke geldvordering kleefte het ‘nevenrecht’ van art. 6:96 lid 2 onder c BW: het recht om mede vergoeding te vorderen van redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest – terecht – dat elke crediteur van een vordering die niet wordt voldaan, het recht uit art. 6:96 lid 2 sub c BW heeft. Dat geldt dus ook voor verhaalsrechten, ongeacht of ze zelfstandig zijn of op subrogatie berusten.

Anders nog (voor het verhaal van art. 6:107a BW): Kamerstukken I 1995/96, 24 326, nr. 119b, p. 3 (memorie van antwoord Eerste Kamer terzake invoering art. 6:107a BW), Jansen 1997, p. 158 en Kremer 1996, p. 95. De discussie hierover moet – denk ik – als gesloten worden beschouwd. Wel heeft Kremer er terecht op gewezen dat verhaalbaarheid van kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub c BW per saldo leidt tot een grotere aansprakelijkheidslast, wanneer men bijv. bij letselschade de huidige situatie vergelijkt met die waarin slechts één persoon (de benadeelde) schadevergoeding van zijn gehele schade vordert. In werkelijkheid wordt zijn schade namelijk (gedeeltelijk) verplaatst naar allerlei (sociale) verzekeraars, die bij de uitoefening van hun verhaalsrechten *elk afzonderlijk* een beroep doen op art. 6:96 lid 2 sub c BW. En daar kunnen we inmiddels de kosten van administratieve afhandeling van betaling aan toevoegen. Zie HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 m.nt. ARB (*Amev/Staat*). Al deze kosten zullen in verhouding hoger zijn dan wanneer alle schadevergoedingsvorderingen in één hand bij de benadeelde zouden zijn gebleven. Hartlief en Tjittes 1999, p. 84, en S.D. Lindenberg, A&V 1999, p. 108, onderschrijven het pleidooi van Kremer om tot begrenzing te komen.

De uitspraak in de zaak *Terminus/ZAO* lijkt haaks te staan op het arrest *Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars/ABP & Van der Wal* (HR 18 februari 1994, NJ 1995, 607 m.nt. CJHB) waarin de Hoge Raad besliste dat buitengerechtelijke kosten niet als kosten van

de voorzieningen in de zin van art. 2 lid 1 VOA kunnen worden beschouwd.

Het Hof had in deze zaak geoordeeld dat buitengerechtelijke kosten krachtens art. 2 VOA voor vergoeding in aanmerking komen. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad onjuist, aangezien het niet betreft 'de kosten (...) van de verleende uitkeringen of verstrekkingen. (...) Nu de kosten van bedoelde uitkeringen of verstrekkingen kunnen worden verhaald zonder dat vereist is dat het verhalend lichaam schade of nadeel heeft geleden, brengt daartegenover de redelijkheid niet mee dat het verhaalsrecht zou behoren te worden uitgebreid tot de met het uitoefenen van dat recht gepaard gaande buitengerechtelijke kosten'.

Hoe kunnen deze twee uitersten met elkaar worden verenigd? Men kan het arrest zo begrijpen dat bij verhaal krachtens de VOA nooit grond is voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Zou de Hoge Raad dat hebben bedoeld (en daar heeft het veel van weg), dan is het arrest niet te verenigen met het hiervoor geschetste stelsel van art. 6:96 BW. Een andere, maar minder waarschijnlijke interpretatie is dat de Hoge Raad heeft willen beslissen dat ook bij het VOA-verhaal de mogelijkheid bestaat om op grond van art. 6:96 lid 2 sub *c* BW vergoeding van buitengerechtelijke kosten te vorderen, maar niet met een beroep op art. 2 VOA. Gezien de bewoordingen van het arrest lijkt mij dit uiterst onwaarschijnlijk. Zie over een en ander, met nadere verwijzingen: Van Boom en Storm 1995, p. 152. Ik houd het er voorlopig op dat het arrest *Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars/ABP & Van der Wal* geen navolging verdient en zo eng mogelijk moet worden geïnterpreteerd (dat wil zeggen dat het alleen van toepassing is op het VOA-verhaalsrecht). Vgl. hierover S.D. Lindenbergh, A&V 1999, p. 107.

Tegen vergoedbaarheid van de kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder *b* BW (kosten van vaststelling van schade en aansprakelijkheid) zou nog kunnen worden ingebracht dat een sociale verzekeraar of risicodragers geen recht op schadevergoeding als bedoeld in art. 6:1.10 geldend maakt, maar juist zijn eigen verhaalsrecht. Zie aldus Kremer 1996, p. 94. Gezien de arresten *Terminus/ZAO* (HR 5 december 1997, NJ 1998, 400), waarin aan elke crediteur het recht uit art. 6:96 lid 2 sub *c* BW werd toegekend, en *Amev/Staat* (HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 m.nt. ARB), waarin de Hoge Raad ook interne kosten van o.m. boeking van de verschuldigde betaling verhaalbaar

achte, zou het mij niet verbazen wanneer de Hoge Raad art. 6:96 BW volledig van toepassing zou achten op zelfstandige verhaalsrechten. Dat zou naar mijn mening ook geheel stroken met het verhaal krachtens subrogatie: de gesubrogeerde verzekeraar komt naar mijn overtuiging als rechtsopvolger van de benadeelde een beroep toe op alle in art. 6:96 BW genoemde verhaalsgronden. Vgl. Hof Amsterdam 17 maart 1994, A&V 1994/3, p. 83. In de verzekeringsrechtelijke literatuur ziet men niettemin nog met enige regelmaat de stelling verkondigd dat het verhaal van taxatie- en expertisekosten door verzekeraars niet mogelijk zou zijn. Zie daarover Kremer 1994, p. 62-63. Die stelling lijkt mij in het licht van art. 6:96 BW, het leerstuk van de subrogatie en de rechtspraak van de Hoge Raad onjuist.

§ 3.7 Immuniteit voor verhaal

§ 3.7.1 Inleiding

Een verzekeraar of risicodrager die schade heeft vergoed aan de benadeelde en vervolgens zijn verhaalsrecht wil uitoefenen tegen de aansprakelijke, kan stuiten op een bijzondere (rechts)verhouding tussen aansprakelijke en benadeelde. Die bijzondere verhouding kan ertoe leiden dat de benadeelde zelf ‘het niet in zijn hoofd zou hebben gehaald’ om de aansprakelijke tot schadevergoeding aan te spreken. Gedacht kan worden aan familie-, vriendschaps- en arbeidsverhoudingen; het verhaal van de verzekeraar of risicodrager kan daar ongewenste druk op uitoefenen.

Dit levert een affectie-, vriendschaps- of ‘arbeidsrust’-argument op tegen verhaal. Er kan ook (of tegelijkertijd) sprake zijn van meer financieel getinte argumenten tegen verhaal. Verhaal op een persoon die tevens (gedeeltelijk) de premies betaalt voor de desbetreffende verzekering, of die deel uitmaakt van de kring van meebetalende personen (bijv. ‘de onderneming’), lijkt in beginsel – en met uitzondering van die gevallen waarin de schade door opzet of bewuste roekeloosheid is toegebracht – niet wenselijk. Dit argument heeft bijv. een rol gespeeld bij de onmogelijkheid van verhaal op de werkgever en collega’s bij bepaalde sociale verzekeringswetgeving. Ik kom daar nog op terug.

Een ander financieel getint argument tegen verhaal speelt een rol in die gevallen waarin de (rechts)verhouding tussen benadeelde zo-

danig is dat de financiële gevolgen van het verhaal op de aansprakelijke direct of indirect (mede) worden gedragen door de benadeelde. Gedacht kan bijv. worden aan gezinsverhoudingen, en in bepaalde opzichten ook aan verhoudingen binnen en rondom rechtspersonen en personenvennootschappen. Is een eenmans-BV verzekerd tegen brandschade, dan kan het in strijd komen met de *strekking* van de verzekeringsovereenkomst om verhaal te nemen op de bestuurder/enig aandeelhouder aan wiens schuld het uitbreken van brand is te wijten. Per saldo kan hij immers in economisch opzicht volledig worden geïdentificeerd met de verzekerde rechtspersoon.

Zie voor een toepassing van dit argument (bij verhaal in gezinsverband) bijv. HR 6 mei 1983, NJ 1983, 584 m.nt. FHJM (Delta Lloyd Schadeverzekering/Ziekenfonds Rijnstreek). Zie nader Van Boom en Storm 1995, p. 153-155, met nadere verwijzingen.

De bijzondere (rechts)verhouding kan als gezegd een argument tegen verhaal vormen. Maar dat betekent niet dat alle genoemde personen naar geldend recht om die enkele reden reeds ‘immuun’ voor verhaal van verzekeraars en risicodragers zijn. Het beeld is integendeel diffuus; bij de ene regeling is wel aan ‘immunititeit’ gedacht, bij de andere niet of lag zij gezien de aard van de betreffende verzekering niet voor de hand.

Voor wat betreft art. 284 WvK lijkt het aan te komen op het onderscheid tussen de begrippen ‘verzekerde’ en ‘derde’; slechts op derden is verhaal mogelijk. Het komt dus veelal aan op de kring van verzekerden zoals die in de polis omschreven is of uit de aard van de verzekering voortvloeit. Betwist is of ook medeverzekerden voor verhaal veilig zijn. Het enkele feit dat de aansprakelijke bijv. (inwonend) familielid van de benadeelde is, staat niet aan verhaal ex art. 284 WvK in de weg.

Zie Rb. Zwolle 19 juni 1985, NJ 1988, 88 (Nieuwleusen/Hengeveld).

Naar komend recht is een uitbreiding te verwachten van de kring van personen die ‘immuun’ zijn voor verhaal. Art. 7:17.2.25 lid 3 NBW sluit – behoudens kort gezegd: opzet en grove schuld – van verhaal uit: de verzekeringnemer, medeverzekerden, gezinsleden, en werknemers.

Zie nader over een en ander F.R. Salomons, Verzekering ten behoeve van een derde, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 407 e.v., Scheltema/Mijnssen 1998, p. 273, Asser/Clausing/Wansink, nr. 325 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 86-87.

Bij de sociale verzekeringswetten is 'immunititeit' gedeeltelijk geregeld. Ook in de rechtspraak zijn zonder wettelijke grondslag 'immuniteiten' aanvaard. Hoewel het voor de hand ligt om wettelijke uniformiteit op dit punt aan te brengen, is daarvan tot op heden geen sprake.

In het hiernavolgende komen 'immunititeit' van achtereenvolgens werkgevers, collega's en gezinsleden aan de orde. Dit zijn de voornaamste categorieën personen die voor bescherming tegen verhaal in aanmerking komen. Andere beschermenswaardige personen blijven buiten bespreking.

Vermelding verdient nog dat 'immunititeit' geen puur Nederlands verschijnsel is. Ook in Duitsland en Frankrijk is men bijv. bekend met de bescherming van met name gezinsleden, werkgevers en collega's tegen verhaalsrechten. Zie Kötz 1998, nr. 608 e.v. resp. H. Groutel, *Le recours des organismes sociaux contre le responsable d'un accident*, Parijs: Litec 1988, p. 19 e.v.

§ 3.7.2 *Werkgevers en collega's*

Aansprakelijkheid van de werkgever of van collega's zal zich met name kunnen voordoen bij letsel- en zaakschade. Gedacht kan worden aan aansprakelijkheid van een collega (art. 6:162 BW) wegens verwijtbare beschadiging van een zaak van de werknemer bij uitvoering van de arbeidswerkzaamheden; de werkgever zal in die gevallen veelal mede-aansprakelijk zijn (art. 6:170 BW). Een belangrijke bepaling is uiteraard ook art. 7:658 BW, dat voornamelijk betekenis heeft bij letselschade van de werknemer tengevolge van een arbeidsongeval of -ziekte. De werkgever is in voorkomende gevallen aansprakelijk voor het letsel van de benadeelde.

Onder de Ongevallenwet 1921 bestond in beginsel geen aansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade van de werknemer. 'In ruil' voor het recht op een uitkering op grond van de Ongevallenwet, was in art. 93 namelijk bepaald dat de aansprakelijkheid van de werkgever verviel. De

werkgever was *in het geheel* 'immuun', niet alleen voor het verhaal van de sociale verzekeraar, maar ook voor 'rest'-aansprakelijkheid jegens zijn werknemer. Wat betreft letselschade was het oude art. 7A:1638x BW tot 1967 dus een dode letter. Zie over een en ander P. Clausing, SMA 1964, p. 406 e.v.

Dit stelsel is met invoering van de WAO in 1967 vervallen. In 1967 werd de volledige 'immunitet' verwisseld voor een beperktere immunitet, namelijk alleen voor verhaalsaanpakken. Terzake van bedrijfsongevallen die zich sindsdien hebben voorgedaan, kunnen werknemers dus met een beroep op art. (7A:)1638x BW (oud) resp. art. 7:658 BW trachten schadeposten als immateriële schade en niet-gedekte inkomensschade te verhalen op hun werkgever. Zie over een en ander HR 8 januari 1960, NJ 1960, 127 m.nt. LEHR (Daalder's Aannemersbedrijf/Zandbergen), HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374 m.nt. GJS (Zitman/De Nieuwe Eerste Nederlandsche) en HR 19 februari 1999, NJ 1999, 428 m.nt. ARB (Lahjaji/MMB).

Vergoedt een (sociale) verzekeraar de betreffende (zaak- of letsel)schade, dan rijst de vraag of deze verhaal kan nemen op werkgever of collega. In art. 284 WvK is hiervoor geen bijzondere regeling getroffen; het komt daarom aan op de vraag of de werkgever of collega als 'verzekerde' onder de polis heeft te gelden. Zie Hartlief en Tjittes 1999, p. 95-96. In verschillende wetsbepalingen die zelfstandige verhaalsrechten in het leven roepen, is wel een regeling getroffen: verhaal op de werkgever van de benadeelde en verhaal op zijn collega's is daar uitdrukkelijk uitgesloten.

Zie bijv. art. 91 lid 1 WAO, dat luidt: 'Het bepaalde in het vorige artikel (het verhaalsrecht van het LISV op de aansprakelijke, WvB) geldt ten aanzien van de naar burgerlijk recht tot schadevergoeding verplichte werkgever van de verzekerde, onderscheidenlijk ten aanzien van de naar burgerlijk recht tot schadevergoeding verplichte verzekerde, die in dienstbetrekking staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde jegens wie naar burgerlijk recht verplichting tot schadevergoeding bestaat, slechts indien de arbeidsongeschiktheid is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van die werkgever onderscheidenlijk verzekerde'. Vergelijkbare bewoordingen treft men aan in art. 52b lid 1 Zw, art. 83c lid 1 ZfW, art. 62 lid 1 ANW en art. 49 lid 3 Wet REA. Zie ook art. 6:107a lid 3 BW (vergelijkbaar met art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 lid 1 BW), dat verhaal van de werkgever op collega's van de benadeelde uitsluit.

De uitsluiting van aansprakelijkheid van werkgever en collega's vervalt wanneer de schade van de benadeelde is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever of collega.

Aan het bewijs van opzet of bewuste roekeloosheid zullen, gezien het uitzonderingskarakter van aansprakelijkheid van de werkgever en collega's, hoge eisen moeten worden gesteld. Zie HR 7 december 1990, NJ 1991, 596 (Regionaal Ziekenfonds Zwolle/De Vries BV). Vgl. Rb. Zutphen 26 maart 1987, NJ 1988, 719 (OWM Ziekenfonds Apeldoorn e.o./Breustedt Chemie BV).

In het arrest *Bedrijfsvereniging Koopvaardij & Ziekenfonds voor Zeelieden/Anthony Veder Gas Carriers BV* (HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 410 m.nt. MMM) besliste de Hoge Raad overigens dat de 'immunititeit' van de werkgever niet wordt doorbroken wanneer het ongeval is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van een collega. Dat is in overeenstemming met (de strekking van) art. 3:170 lid 3 en art. 7:661 BW: ook in die bepalingen rust de draagplicht op de werknemer wanneer die opzettelijk of bewust roekeloos schade veroorzaakt. De werkgever is in essentie dus alleen voor *eigen* opzet of bewuste roekeloosheid aansprakelijk. Aldus ook Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 11, p. 2.

De ratio van 'immunititeit' van de werkgever en collega's is meervoudig. In de eerste plaats betalen werkgevers (en collega's) als het ware mee aan dezelfde fondsen als waaruit de verzekeringsuitkering wordt gedaan. In de tweede plaats voorkomt 'immunititeit' verstoring van de 'arbeidsrust'.

Wat betreft het eerste argument: werkgevers betalen veelal (direct of indirect) mee aan de premies voor bepaalde sociale verzekeringen. Collega's die meeverzekerd zijn, betalen 'solidair' mee aan de arbeidsongeschiktheidspremies van de betreffende onderneming. Daarmee vallen werkgever en collega's binnen het beschermingsbereik van de desbetreffende verzekeringswet en lijkt het niet juist om deze personen aan verhaal bloot te stellen in gevallen van 'gewone' onzorgvuldigheid.

De signaleerde solidariteit wordt in de rechtspraak ruim uitgelegd. De WAO bijv. biedt een sociale voorziening voor arbeidsongeschiktheid door welke oorzaak dan ook. Deze wet dekt dus zowel het zogenaamde *risque professionnel* als het *risque social*. De door werkgevers en werknemers betaalde premie betreft beide risico's en daarom wordt voor de 'immunititeit' van werkgever en collega's geen on-

derscheid gemaakt tussen schade toegebracht tijdens diensttijd of daarbuiten. In beide gevallen is verhaal uitgesloten.

In HR 7 november 1975, NJ 1976, 332 m.nt. ARB (Algemeen Ziekenfonds 's-Hertogenbosch e.o./Nationale Nederlanden) werd beslist dat de 'immunitet' ook dan geldt wanneer het ongeval niet verband houdt met de dienstbetrekking. Dus ook wanneer collega's buiten de werksfeer met elkaar omgaan, kan toegebracht letsel in beginsel niet tot een verhaalsvordering aanleiding geven. Dit is volgens de Hoge Raad zo omdat de totstandkomingsgeschiedenis van ZfW en WAO er op duidt dat er een zekere *solidariteit* bestaat tussen al degenen die binnen een en dezelfde onderneming premie moeten betalen in hun verhouding tot de uitvoeringsorganen van de sociale verzekeringswetgeving.

De 'solidariteits'ratio geldt dus niet wanneer een door een individuele werknemer afgesloten verzekering niet tot de door werkgever en werknemer 'gedeelde risico's van de arbeid' behoren. Ik denk bijv. aan beschadiging van de geparkeerde (privé)auto van een werknemer door een onhandige parkeermanoeuvre van een collega in een bestelbusje van de werkgever. De collega en werkgever zijn voor deze schade aansprakelijk (art. 6:162 en 170 BW). Vergoedt de cascoverzekeraar van de werknemer de reparatiekosten, dan is verhaal op grond van art. 284 WvK gewoon mogelijk. Vgl. in deze zin Faure en Hartlief 1995, p. 65. Mogelijk zou dit minder voor de hand liggen wanneer de betreffende cascoverzekering (mede) bekostigd wordt door de werkgever, maar twijfelachtig is of dit in de weg staat aan verhaal. Daarvoor is – zo wordt aangenomen – nodig dat de werkgever in juridisch-technisch opzicht als verzekeringnemer of verzekerde kan worden beschouwd. Zie hiervoor § 3.7.1.

Heeft bijv. een werknemer een particuliere ziektekostenverzekering afgesloten, dan is bij aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW verhaal door de verzekeraar op de werkgever gewoon mogelijk (art. 284 WvK). Dit lijkt te volgen uit HR 16 september 1994, NJ 1996, 329 m.nt. CJHB (Nationale Nederlanden/Woudsend AO 1816). Verhaal is ook mogelijk wanneer deze werkgever de facto meebetaalt aan de verzekering van zijn werknemer, tenzij de polis of de eventuele rechtsverhouding tussen verzekeraar en werkgever anders bepaalt. Betreft het daarentegen een ziekenfondsverzekering (waar de werkgever op grond van de ZfW verplicht aan meebetaalt), dan is verhaal op de werkgever

op grond van art. 83c lid 1 ZfW behoudens diens opzet of bewuste roekeloosheid (of dat van een collega) uitgesloten.

Het tweede argument is dat van de ‘arbeidsrust’: verhaal verstoort de ‘arbeidsrust’. Zeker wanneer werkgever en werknemer ook in de toekomst nog met elkaar moeten samenwerken is uitoefening van het verhaal belastend. Dat kan een argument zijn voor ‘immunititeit’.

Dat argument geldt overigens minder sterk voor die gevallen waarin het arbeidsverband (al dan niet naar aanleiding van het ongeval) is beëindigd. Toch is bijv. verhaal op de (gewezen) werkgever bij overlijden van de werknemer ten gevolge van een arbeidsongeval in art. 62 lid 1 ANW uitgesloten. Het argument van de ‘arbeidsrust’ gaat ook niet (althans niet geheel) op wanneer de werkgever tegen aansprakelijkheid is verzekerd. Toch doet het bestaan van een aansprakelijkheidsverzekering of de verzekeraarbaarheid van werkgevers- of collega-aansprakelijkheid niet de ‘immunititeit’ van werkgever of collega’s vervallen. Zie HR 7 november 1975, NJ 1976, 332 m.nt. ARB (Algemeen Ziekenfonds ‘s Hertogenbosch e.o./Nationale Nederlanden). Anders voor Duits recht: BGH 7 juli 1996, VersR 1996, p. 1258, waarin werd beslist dat de verplichte WAM-dekking de immunititeit doorbreekt.

Naar aanleiding en met behulp van de genoemde argumenten voor ‘immunititeit’ kan zonodig een afbakening plaatsvinden van de begrippen ‘werkgever’ en ‘collega’. De Hoge Raad is bereid gebleken om deze begrippen ruim uit te leggen, in overeenstemming met – wat de Hoge Raad noemt – ‘de in de rechtspraak (...) te onderkennen lijn dat de sociale verzekeraar geen regres moet kunnen nemen op hen die tot de kring der onderneming behoren’.

Zie HR 20 mei 1988, NJ 1988, 1032 m.nt. JMBV (Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Fiber Recycling Company Fireco BV & Jackel), waar ‘werkgeversimmunititeit’ werd aangenomen van de natuurlijke persoon die indirect bestuurder van de werkgever-BV was. Vgl. HR 13 februari 1987, NJ 1987, 602 m.nt. JBMV (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Delta Lloyd Autoverzekering).

Een vraag die hiermee samenhangt, is of sinds de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Stb. 1998, 300) onder het begrip ‘werknemer’ tevens begrepen dient te worden niet-ondergeschikte arbeidskrachten (zoals free-lancers en andere zelfstandige opdrachtnemers; vgl. art. 7:658

lid 4 BW). Daar lijkt veel voor te zeggen, mits men – in het licht van art. 7:610 lid 2 BW – wil aannemen dat ook deze personen tot de ‘kring van de onderneming’ behoren.

In deze sleutel moet waarschijnlijk ook de wettelijke uitbreiding van het begrip ‘werkgever’ worden gezet. Art. 91 lid 2 WAO luidt namelijk: ‘Voor de toepassing van het vorige lid wordt mede als werkgever beschouwd degene, die krachtens het bepaalde bij het eerste lid van artikel 16a der Coördinatiewet Sociale Verzekering mede als werkgever wordt beschouwd, ongeacht de bij het tweede lid van dat artikel bedoelde uitzonderingen.’ Eenzelfde uitbreiding treft men aan in art. 52b lid 2 Zw, art. 83c lid 2 ZfW, art. 62 lid 2 ANW, art. 49 lid 4 Wet REA.

Art. 16a CSV betreft aansprakelijkheid van inlenende werkgevers. Deze inleners zijn dus ook ‘immuun’ voor het verhaal. Mijns inziens moet dan logischerwijs worden aangenomen dat ook werknemers van inleners ‘immuun’ zijn (in ieder geval voor wat betreft arbeidsongevallen, en uiteraard behoudens opzet of bewuste roekeloosheid). Zou dit namelijk anders zijn, dan zou via de ‘achterdeur’ van art. 6:170 lid 3 BW c.q. art. 7:629 BW de schade toch weer bij de werkgever belanden. Anders (voor de Ongevallenwet) en onjuist: Hof Arnhem 20 oktober 1969, NJ 1970, 72 en HR 6 november 1970, NJ 1971, 76 m.nt. GJS (Geerlings/Centrale Werkgevers Risico Bank). Vgl. over deze materie (naar Belgisch recht) D. Simoens, TvP 1984, p. 431 e.v. en (naar Duits recht) Inge Stern-Krieger en Karl Arnau, VersR 1997, p. 410-411.

Voor toepassing van art. 6:107a BW is dit alles anders. Art. 6:107a BW kent wel immuniteit van collega’s, maar er is geen bepaling vergelijkbaar met art. 92 lid 2 WAO toegevoegd. En dat is juist. Risicodragers is niet een sociale verzekeraar, maar de werkgever zelf. Is de schade (mede) veroorzaakt door de fout van een inlener, dan staat niets (behalve een contractuele risicoverdeling) in de weg aan verhaal van de loondoorbetalende werkgever op de inlener, of op diens aansprakelijke personeel. De ratio van ‘arbeidsrust’ of ‘solidariteit’ gaat hier niet (geheel) op; vanuit het perspectief van de verhaalzoekende werkgever behoort de inlener en zijn personeel niet tot de kring van de onderneming. Vgl. Vranken in zijn noot onder HR 13 februari 1987, NJ 1987, 602 (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Delta Lloyd Autoverzekering). Mocht er een bijzondere concern-verhouding bestaan tussen uitlener en inlener, dan kan dit anders zijn; verstandige (concern-)ondernemers maken hierover overigens afspraken.

Het is veelal de combinatie van de argumenten ‘arbeidsrust’ en ‘so-

lidariteit' oftewel medefinanciering, waar de 'immuniteit' van werkgever en collega's op steunt. Maar wanneer die combinatie ontbreekt, zoals bij volksverzekeringen die uit algemene middelen worden bekostigd (en waar de werkgever dus als zodanig niet aan 'meebetaalt'), kan toch het 'arbeidsrust' argument doorslaggevend zijn. Zie bijv. de 'immuniteit' van werkgever en collega in art. 65c AWBZ.

'Het risico van normale bedrijfsongevallen komt daarmee voor rekening van de AWBZ', aldus de memorie van toelichting bij art. 65c AWBZ. Zie Kamerstukken 1998/99, 26 238, nr. 3, p. 8.

De bedoelde 'immuniteit' van werkgever en collega treft men bijv. niet aan in de Wajong, waarschijnlijk omdat deze wet een regeling geeft voor arbeidsongeschiktheidsuitkeringen aan jonggehandicapten, die vanwege hun leeftijd in de regel niet of nauwelijks aan het arbeidsproces hebben meegedaan; bovendien wordt de Wajong gefinancierd uit algemene middelen en betreft het dus geen voorziening waaraan werkgevers als zodanig bijdragen. Om vergelijkbare redenen ontbreekt 'immuniteit' in de WAZ, nu zelfstandigen in zoverre niet in dienstbetrekking tot een werkgever staan.

Het lijkt aannemelijk dat de wetgeving die geen 'immuniteit' van werkgever en collega's kent, verhaal toestaat. Dat geldt in elk geval voor het verhaal op grond van de VOA. In het arrest *Zwolsche Algemeene Verzekering Maatschappij/Staat* (HR 29 juni 1979, NJ 1980, 33; vgl. ook Hof Den Haag 23 januari 1986, VR 1987, 112 (Staat/Levob)) constateert de Hoge Raad namelijk dat, aangezien noch de tekst, noch de totstandkomingsgeschiedenis, noch de strekking van de VOA steun geeft voor de opvatting dat werkgever en collega's 'immuun' zijn voor het VOA-verhaalsrecht, er gewoon verhaal mogelijk is op de schuldige werkgever of collega van de benadeelde. Die uitspraak kan – zo lijkt mij – rechtstreeks worden toegepast op het verhaalsrecht uit de Wajong, WAZ en AWBZ.

Overigens valt de VOA in dit rijtje wel op, aangezien toch aangenomen mag worden de (lagere) overheidswerkgever meebetaalt aan de (premies voor) arbeidsongeschiktheids- en nabestaandenvoorzieningen van de overheidswerknemer; het solidariteitsargument zou hier dus ook moeten opgaan. Vgl. Faure en Hartlief 1995, p. 66. Terecht constateert Brunner in zijn noot onder het hierna te noemen arrest dat de motivering van de beslissing in *Zwolsche Algemeene Verzekering Maatschappij/Staat* te

wensen over laat; analoge toepassing van de werkgevers 'immunitet' op het VOA-verhaal ligt zonder meer voor de hand. Niettemin volhardt de Hoge Raad. Zie HR 10 december 1993, NJ 1995, 493 m.nt. CJHB (Gemeente Haarlem/ABP). Volgens de Hoge Raad geeft de rechtsontwikkeling sedert het wijzen van *Zwolsche Algemeene Verzekering Maatschappij/Staat* geen aanleiding thans anders te oordelen. Als (schrake) troost kan dienen dat inmiddels het werkingsbereik van de VOA met privatisering van het ABP in 1996 en de invoering van de de Wet OOW in 1998 sterk is afgenomen. Zie nader § 1.2.

§ 3.7.3 *Gezinsleden*

Ook gezinsleden kunnen aansprakelijk zijn voor de schade van de benadeelde. Het gegeven dat verhaal op het gezinslid per saldo mede ten nadele strekt van de benadeelde, of in ieder geval een onwenselijke juridisering van de verhouding tussen gezinsleden teweegbrengt, pleit voor 'immunitet' van gezinsleden. Gezinsleden plegen elkaar niet aan te spreken, ook al zijn zij daartoe gerechtigd.

Zie HR 11 april 1975, NJ 1975, 373 m.nt. GJS (Zopp en Stad Rotterdam/Mijnwerkersfonds).

In twee gevallen is denkbaar dat gezinsleden elkaar daadwerkelijk aansprakelijk stellen voor onderling toegebrachte schade: wanneer het aansprakelijke gezinslid tegen aansprakelijkheid is verzekerd en wanneer de verhoudingen binnen het (voormalige) gezin zodanig zijn verslechterd dat aansprakelijkstelling geen druk op de gezinsverhoudingen legt. Het ligt naar mijn mening niet voor de hand voor uitoefening van verhaalsrechten aan te knopen bij deze twee omstandigheden. Om verhaal toe te wijzen wanneer het aansprakelijke gezinslid tegen aansprakelijkheid is verzekerd, zou het paard achter de wagen spannen. Verzekering ondersteunt aansprakelijkheid, maar behoort haar niet in het leven te roepen.

Vgl. HR 11 juni 1982, NJ 1983, 583 (OWM Regionaal Ziekenfonds Rijnstreek/Zwolsche Algemeene Verzekering Maatschappij). Blijkbaar anders: Brunner in zijn noot onder HR 25 januari 1991, NJ 1992, 706 (ABP/Elzenga). Hij vraagt zich af of niet als regel verhaal moet kunnen worden genomen op gezinsleden, omdat een WA-verzekering onder particulieren gemeengoed is.

En om verhaal toe te wijzen wanneer de gezinsverhoudingen zijn verstoord, lijkt minst genomen onkies. Verhaal is geen instrument voor ruziënde echtelieden om elkaar het leven zuur mee te maken.

Het verhaal moet naar mijn mening ofwel geheel uitgesloten zijn, ofwel geheel toegestaan. Een sterk aanknopingspunt voor uitsluiting van verhaal op gezinsleden bieden enkele uitspraken van de Hoge Raad. Helaas is er ook rechtspraak die de andere kant uitwijst. In de meeste gevallen wordt verhaal op gezinsleden uitgesloten, maar soms is het toegestaan. Om te beginnen is er het arrest *Centrale Werkgevers Risico Bank/Millenaar* (HR 2 februari 1973, NJ 1973, 225 m.nt. ARB). In dat arrest werd verhaal op de aansprakelijke echtgenoot van de benadeelde uitgesloten met argumenten ontleend aan het huwelijksvermogensrecht.

De Hoge Raad overweegt dat ‘uit het vaststaande feit, dat Millenaar ten tijde van het ongeval met het ingevalge de destijds nog geldende Ongevallenwet 1921 verzekerde slachtoffer in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd, volgt, dat enerzijds de krachtens die wet aan de verzekerde verleende en door de Bank als risicodraagster betaalde schadeloosstelling in die gemeenschap is gevloeid; dat anderzijds door middel van het door de Bank voor het bedrag dier schadevergoeding overeenkomstig art. 95 van die wet op Millenaar – als volgens de Bank gehouden tot vergoeding van de door de verzekerde ten gevolge van het ongeval geleden schade – uitgeoefende verhaal dit in de gemeenschap gevloeide bedrag krachtens diezelfde wet door betaling door Millenaar van een in de gemeenschap gevallen schuld aan de gemeenschap zou worden onttrokken;

dat deze gang van zaken, waardoor de verzekerde ten gevolge van het enkele feit, dat zij in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd met de schuldige aan het ongeval, in feite zou worden verstoken van het haar krachtens de Ongevallenwet 1921 toekomende recht op schadeloosstelling (waarvoor huwelijk noch schuld aan het ongeval een rol speelt), zozeer in strijd is met de strekking van de wettelijke ongevallenverzekering, dat een redelijke uitlegging van art. 95 van die wet medebrengt de toepassing van deze bepaling in een geval als het onderhavige achterwege te laten (...)’.

De argumentatielijn is krachtig: het is in strijd met de aard van de uitkering om deze met de ene hand te geven en haar vervolgens met de andere terug te nemen. Dat daarvoor striktgenomen geen beroep

nodig is op het tussen benadeelde en aansprakelijke geldende huwelijksvermogensregime – sterker nog: dat daarvoor niet nodig is dat zij zijn gehuwd – werd in latere rechtspraak bevestigd.

In HR 26 juni 1987, NJ 1988, 536 m.nt. JBMV (Assurantie Maatschappij ‘Nieuw Rotterdam’ NV/Bedrijfsvereniging voor de Textielindustrie) besliste de Hoge Raad daarom bevestigend op de vraag of het arrest van 1973 ook gold voor buiten gemeenschap gehuwden:

‘In de regel zullen dan immers de uitkeringen aan het slachtoffer in feite worden aangewend ter bestrijding van de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, terwijl anderzijds hetgeen de aansprakelijke echtgenoot schuldig zou worden aan de bedrijfsvereniging als regel in feite zou worden betaald uit de gezamenlijke inkomsten, waaronder de uitkeringen, zodat het slachtoffer in feite zou worden verstoken van zijn uitkeringen. Ook indien dit onder bijzondere omstandigheden anders zou zijn, is het met het oog op de hanteerbaarheid van het verhaal onwenselijk voor die gevallen een uitzondering te maken.

Bij al het vorenstaande is niet van belang of de aansprakelijkheid van de echtgenoot (...) is gedekt door een aansprakelijkheidsverzekering, aangezien bij de beantwoording van de vraag of de bedrijfsvereniging in een gegeven geval een verhaalsrecht heeft, aan een eventuele aansprakelijkheidsverzekering geen invloed kan worden toegekend. (...)

De slotsom moet zijn dat een bedrijfsvereniging niet op de voet van art. 90 WAO een verhaalsrecht heeft op een echtgenoot ter zake van uitkeringen en voorzieningen waarop de andere echtgenoot tijdens het huwelijk recht heeft gekregen. Verhaalsrechten ter zake van uitkeringen en voorzieningen waarop de andere echtgenoot voor het huwelijk recht heeft gekregen, blijven na het huwelijk in stand.’

Wat opvalt is dat ‘immuniteit’ voor aansprakelijkheid weliswaar ook voor in (koude) uitsluiting gehuwden geldt, maar dat dit niet afdoet aan verhaal voor uitkeringen e.d. gedaan in de voorhuwelijkse periode. Enerzijds lijkt dit logisch omdat hiermee een oneigenlijke prikkel tot huwelijksluiting zou worden weggenomen, maar het risico hiervan moet niet worden overschat en bovendien kan de benadering van de Hoge Raad een prikkel zijn om juist zo snel mogelijk in het huwelijk te treden. Er is kortom geen goede grond voor het onderscheid tussen verhaal vóór en ná huwelijksluiting.

Dat onderscheid lijkt inmiddels dan ook te zijn vervallen. Zie HR 25 januari 1991, NJ 1992, 706 m.nt. CJHB (ABP/Elzenga). De Hoge Raad formuleert: ‘In een geval als het onderhavige, waarin de aansprakelijke

persoon en de ambtenaar, bedoeld in art. 2 VOA, samenwonen en een gemeenschappelijke huishouding voeren ‘in het kader van een ongehuwd samenwonen’, gelden de overwegingen waarvan de Hoge Raad is uitgegaan ten aanzien van echtgenoten (HR 26 juni 1987, NJ 1988, 536) in gelijke mate, aangezien ook hier de uitkeringen aan het slachtoffer in feite zullen worden aangewend ter bestrijding van de kosten van de gemeenschappelijke huishouding, terwijl anderzijds hetgeen de aansprakelijke partner schuldig zou worden aan het ABP als regel in feite zou worden betaald uit de gezamenlijke inkomsten, waaronder de uitkeringen, zodat het slachtoffer in feite zou worden verstoken van zijn uitkeringen. In het midden kan blijven in hoeverre bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat zulks niet het geval is, nu niet blijkt dat zodanige omstandigheden zijn aangevoerd.’ Uit de laatste zin lijkt te volgen dat ‘immuniteit’ van ongehuwd samenwonenden niet geldt wanneer geen sprake is van gemeenschappelijke financiën.

Conclusie moet naar mijn mening zijn dat echtelieden, geregistreerde partners en ongehuwd samenwonenden ‘immuun’ zijn voor het verhaal op grond van Zw, WAO, ANW, WAZ, WAJong, Wet REA en VOA. Aannemelijk is dat deze ‘immuniteit’ ook geldt voor het verhaal van de werkgever op grond van art. 6:107a BW en voor het verhaal op grond van de AWBZ.

Vgl. T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, WPNR 6000 (1991), p. 228 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 89. Zie ook nog hierna. Voorts acht ik aannemelijk dat deze ‘immuniteit’ ook geldt voor inwonende kinderen, zowel in hun onderlinge verhouding als in hun verhouding tot hun ouders. Anders: Hof Arnhem 20 januari 1976, NJ 1978, 408 (Bedrijfsvereniging voor de Hout- en meubelindustrie/Van de Logt). Het Hof overweegt dat ook bij lichte verkeersfouten aansprakelijkheid ontstaat jegens meerjiddende ouders; aan het verhaal van de bedrijfsvereniging doet zonder meer niet af – aldus het Hof – dat de kosteloze meerijder de vader van de bestuurder is en deze wellicht zelf zijn zoon niet in rechte zou hebben willen betrekken. Gezien de latere rechtspraak van de Hoge Raad acht ik deze uitspraak achterhaald.

Er blijven twee dissonanten over: het verhaal op grond van art. 284 WvK en het verhaal op grond van de ZfW. Om met die laatste te beginnen: in een consequente reeks uitspraken heeft de Hoge Raad geweigerd gezinsleden van verhaal te vrijwaren op de enkele grond

dat zij gezinslid zijn. Slechts indien zij als ‘medeverzekerde’ in de zin van de ZfW gelden, zijn zij ‘immuun’ voor verhaal. Is het aansprakelijke gezinslid niet Ziekenfonds-verzekerd, of juist zelfstandig verzekerd onder de ZfW, dan is verhaal gewoon mogelijk.

HR 11 juni 1982, NJ 1983, 583 (OWM Regionaal Ziekenfonds Rijnstreek/Zwolsche Algemeene Verzekering Maatschappij), knoopt aan bij het duo ‘verzekerde’ en ‘mede-verzekerde’. Zie ook HR 6 mei 1983, NJ 1983, 584 m.nt. FHJM (Delta Lloyd Schadeverzekering/Ziekenfonds Rijnstreek).

In HR 19 april 1985, NJ 1985, 209 m.nt. FHJM (Ziekenfonds Rijnstreek/Algemene Verzekering Maatschappij Atlantic) tenslotte wordt verhaal toegestaan op een gezinslid dat in plaats van medeverzekerd zelfstandig verzekerd onder de ZfW is. De Hoge Raad overweegt: ‘Uit het karakter van de ziekenfondsverzekering als gezinsverzekering volgt dat wel aansprakelijkheid van een van de mede-verzekerden aan het feit dat tot het verlenen aan een andere mede-verzekerde van verstrekkingen of vergoedingen aanleiding geeft, voor het ziekenfonds geen grond kan opleveren om zich door middel van verhaal op de aansprakelijke medeverzekerde te onttrekken aan het dragen van de financiële gevolgen van de verleende verstrekkingen of vergoedingen. Maar Johannes, op wiens aansprakelijkheid Rijnstreek de onderhavige verhaalsvordering heeft gegrond, is niet een mede-verzekerde, maar een zelfstandig verzekerde in de zin van de art. 2 en 3 Ziekenfondswet. Het karakter van de ziekenfondsverzekering als gezinsverzekering levert dan geen grond op om aan het ziekenfonds het verhaalsrecht te onthouden. Ook de omstandigheid dat Johannes en Theo ten tijde van het ongeval als inwonende kinderen tot hetzelfde gezin behoorden, staat niet aan het verhaalsrecht van Rijnstreek in de weg. Voor uitsluiting van het verhaalsrecht enkel op grond van deze omstandigheid is noch in de tekst van de wet noch in haar strekking steun te vinden.’

Zie over een en ander Hartlief en Tjittes 1999, p. 87-88.

Deze rechtspraak wijkt zonder goede reden af van de eerdergenoemde rechtspraak. Blijkbaar is zij geïnspireerd door art. 284 WvK, dat – het kwam in § 3.7.1 reeds ter sprake – verhaal slechts blokkeert wanneer het mede-verzekerden betreft. Maar art. 284 WvK zal naar alle waarschijnlijkheid worden vervangen door art. 7.17.2.25 lid 3 NBW, en dat bepaalt dat verhaal op – kort gezegd – gezinsleden niet mogelijk is (behoudens opzet of grove schuld). De argumenten daar-

voor, die reeds hiervoor werden genoemd, zijn overtuigend. De rechtspraak inzake het verhaal uit de ZfW behoeft daarom heroverweging.

In dezelfde zin: Mijnsen in zijn noot onder het arrest *Ziekenfonds Rijnstreek/Algemene Verzekering Maatschappij Atlantic*. Zie ook Hartlief en Tjittes 1999, p. 90 e.v., met verdere verwijzingen; vgl. Hammerstein 1994, p. 6. Anders: HR 11 februari 1994, NJ 1995, 494 m.nt. CJHB (Schadeverzekeringsmaatschappijen NOVO en UNIVÉ/Ziekenfonds Groningen). In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat de rechtsontwikkeling sedert het wijzen van het arrest uit 1985 geen aanleiding geeft om op dat oordeel terug te komen.

Ik geloof dat de rechtsontwikkeling daar inmiddels wel degelijk aanleiding toe geeft. In de eerste plaats is er art. 7.17.2.25 NBW, dat verhaal op gezinsleden kortsluit. Het artikel is in de literatuur wat dit betreft gunstig ontvangen. In de tweede plaats is er de AWBZ, dat sinds kort een verhaalsrecht kent. Aannemelijk is dat de in de rechtspraak ontwikkelde 'immunititeit' van gezinsleden (voor wat betreft Zw, WAO, ANW, WAZ, Wajong, Wet REA en VOA) ook op de AWBZ van toepassing is. Aangezien de AWBZ materie regelt die nauw verweven is met die van de ZfW, en er zelfs geregeld voorzieningen 'overgeheveld' worden van ZfW naar AWBZ (en weer terug), is er des te meer reden bij de 'immunititeit' van de AWBZ aan te knopen.

Nu het onwaarschijnlijk is dat de Hoge Raad op korte termijn terugkomt van de ZfW-rechtspraak, dient naar mijn overtuiging de wetgever de 'immunititeit' van gezinsleden veilig te stellen. Uniformering van de 'immunititeit' van gezinsleden zou bijv. door de wetgever kunnen plaatsvinden ter gelegenheid van de invoering van titel 7.17 NBW. Het regime van art. 7.17.2.25 NBW zou als voorbeeld kunnen dienen voor de ZfW.

§ 3.7.4 *Gevolgen voor medeaansprakelijkheid*

De 'immunititeit' van een gezinslid, werkgever of collega roept een bijzonder probleem op wanneer voor de toegebrachte schade een derde mede-aansprakelijk is. Stel bijv. dat een werknemer meerijdt in een bedrijfsauto, die wordt bestuurd door zijn werkgever. Er doet zich een verkeersongeval voor door de samenlopende fouten van de werkgever en een andere automobilist. De fouten van werkgever en de andere automobilist hebben gelijkelijk aan de veroorzaking van

het ongeval meegewerkt. De werknemer raakt door het ongeval arbeidsongeschikt en komt voor een WAO-uitkering in aanmerking. Het LISV wil deze uitkering geheel verhalen op de andere automobilist. Gesteld dat dit mogelijk is, dan zal hij vervolgens voor 50% verhaal willen nemen (art. 6:102 jo. 101 BW) op de werkgever. Staat men dit verhaal toe, dan is via een omweg de werkgever zijn 'immunititeit' verloren. Dat zou strijden met de strekking van de 'immunititeit'. Acht men het verhaal van de andere automobilist daarom uitgesloten, dan zou deze per saldo meer dragen dan waartoe hij volgens de regels van het aansprakelijkheidsrecht gehouden zou zijn. En dat kan ook niet de bedoeling zijn; uit niets blijkt althans dat de wetgever bij invoering van het verhaalsrecht in de WAO een dergelijk resultaat wenselijk achtte.

Daarom is een derde mogelijkheid juister: de verhaalsvordering van het LISV op de andere automobilist wordt verminderd met het aandeel van de 'immune' werkgever in de veroorzaking. In het gegeven voorbeeld zal het LISV dus slechts 50% kunnen verhalen op de automobilist. Het aandeel van de werkgever wordt – in overeenstemming met de strekking van de 'immunititeit' – gedragen door het LISV.

Dit lijdt uitzondering als de werkgever geen beroep toekomt op 'immunititeit', dus in gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid. Dan kan naar mijn mening de gehele vordering bij elk van beide aansprakelijken worden ingediend.

De hierbedoelde vermindering vindt steun in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zie bijv. HR 20 mei 1983, NJ 1984, 649 m.nt. FHJM (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf).

De bedrijfsvereniging BVO spreekt Brok aan tot betaling van de schade zoals die vergoed is door de bedrijfsvereniging aan Van de Broek. Van de Broek, militair, reed mee met Van de Graaf in diens auto. Van de Graaf was net als Van de Broek, de benadeelde, in militaire dienst ten tijde van het ongeval. De auto kwam in botsing met de door Brok bestuurde auto. In een door de bedrijfsvereniging tegen Brok ingestelde procedure is komen vast te staan dat de schade voor 80% aan Brok, en voor 20% aan Van de Graaf te wijten is. Van de Graaf is als 'collega' 'immuun' voor het verhaal van de bedrijfsvereniging.

Dit heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat Brok slechts kan worden aangesproken tot vergoeding van dat deel van de schade dat aan zijn

schuld kan worden toegerekend. De Hoge Raad overweegt: 'Het hier door B.V.O. op Brok genomen verhaal is gegrond op overeenkomstige toepassing van de art. 52a ZW en 90 WAO. Deze artikelen beperken dit verhaal tot ten hoogste het bedrag waarvoor de naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon 'bij het ontbreken van de aanspraken krachtens deze wet naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde naar burgerlijk recht is gehouden'. Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat een naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon als gevolg van voormelde verhaalsrechten in totaal tot een hoger bedrag dan naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn. Het strookt met deze strekking dat de aangesprokene jegens het verhaal nemend orgaan een beroep kan doen op het ontbreken van verhaal zijnerzijds op een mede-schuldige als Van de Graaf, omdat deze jegens hem het voormelde verweer uit de boven genoemde art. 52b en 91 kan voeren. Dit leidt ertoe dat ook 's Hofs oordeel dat Brok jegens B.V.O. slechts overeenkomstig zijn schuldaandeel van 80% aansprakelijk is, juist is (...).'

Zie in gelijke zin Hof Arnhem 8 januari 1964, NJ 1964, 333 (Mucami/Centrale Werkgevers Risico Bank), HR 13 januari 1967, NJ 1967, 60 (Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul) en ook Ktg. Den Bosch 9 augustus 1984, VR 1986, 96 (Ziekenfonds Midden-Brabant/Interpolis).

§ 3.8 Bijzondere verweren tegen verhaal

§ 3.8.1 Onbehoorlijke verhaalsuitoefening

Uitoefening van verhaalsrechten is onderworpen, zoals alle vorderingsrechten dat zijn, aan de beperkingen gesteld in bepalingen als art. 3:13 BW en art. 6:2 lid 2 BW. Eerstgenoemde bepaling verbiedt misbruik van het vorderingsrecht, terwijl in laatstgenoemde bepaling uiting geeft aan de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid tussen verhaalsgerechtigde en aansprakelijke. Uitoefening van een verhaalsrecht mag niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of tot onaanvaardbare gevolgen leiden. Toepasselijkheid van art. 6:2 lid 2 BW betekent voorts dat een verhaalsrecht voor rechtsverwerking vatbaar kan zijn.

Naast deze algemene beperkingen geldt voor sociale verzekeraars en risicodragers (en naar mijn mening dus niet voor 'particuliere'

verzekeraars en risicodragers) nog de regel dat zij bij uitoefening van het hun toekomende verhaalsrecht rekening moeten houden met de draagkracht van de aansprakelijke.

Men zou hier van een algemeen beginsel van behoorlijke verhaalsuitoefening kunnen spreken. Een besluit om tot verhaal over te gaan zal is namelijk ook aan de beginselen van behoorlijk bestuur onderworpen. Vgl. HR 18 mei 1990, NJ 1990, 565 (Van Schaick/Deventer) en HR 26 oktober 1990, NJ 1991, 231 m.nt. JBMV (Huisman/Vries).

Het is niet toegestaan om de aansprakelijke in financiële zin onevenredig zwaar te treffen. Overigens zal dat niet snel voorkomen.

In de memorie van toelichting bij de WAO (1964) werd aangegeven dat verhaal op aansprakelijken met beperkte vermogensmiddelen niet opportuun was. De schuldige veroorzaker mocht niet te zwaar worden getroffen, en dus moest zijn financiële draagkracht bij de verhaalsbeslissing worden meegewogen. Zie Kamerstukken II 1964/65, 7171, nr. 15, p. 10-11. Bij de parlementaire behandeling van de invoering verhaalsrecht AWBZ (1998) wordt minder met het hart, en meer met het hoofd gerekeneerd. Daar heet het namelijk dat het al dan niet uitoefenen van verhaal op on- en minvermogenden in de sleutel van de afweging van kosten/baten moet worden geplaatst: 'Daarbij speelt uiteraard mee dat – hoewel het principe geldt dat degene die verantwoordelijk is voor de toegebrachte schade, deze schade zal moeten vergoeden – uiteindelijk de vraag zal moeten worden beantwoord in hoeverre van een kale kip (nog) veren geplukt kunnen worden.' Dat klinkt streng: in beginsel gewoon 'doorplukken'. In werkelijkheid sneuvelen in de afweging van kosten en baten al de nodige verhaalsvoornemens om de simpele reden dat er geen uitwinbare vermogensbestanddelen voorhanden zijn. Dat geldt a fortiori voor particuliere schadeverzekeraars, maar in toenemende mate gaat het ook op voor verhaalsgerechtigde overheidslichamen. In de wet van de grote getallen is maar beperkt plaats voor hoogdravende allocatieprincipes; verhaal moet toch vooral geld opleveren. Gelukkig dan ook maar dat sociale verzekeraars en risicodragers (nog) geen verhaals*plicht* hebben. Zie HR 10 maart 1995, NJ 1997, 525 (Tiel Utrecht Schadeverzekering NV/Ipenburg).

§ 3.8.2 ‘medeschuld’ van de verhaalsgerechtigde

Het zal niet vaak gebeuren, maar het *kan* voorkomen dat de schade van de benadeelde mede is veroorzaakt, of de omvang ervan wordt vergroot door een doen of nalaten van de verzekeraar of risicodrager zelf. De vraag is of dit tot een blokkering of vermindering van de omvang van het verhaalsrecht kan leiden. Voor het zelfstandige verhaalsrecht achtte de Hoge Raad dit niet mogelijk.

Zie HR 9 februari 1979 NJ 1979, 400 m.nt. FHJM (Interpolis/Bedrijfsvereniging Metaalindustrie). Deze zaak betrof de vraag of eventuele nalatigheid van (de GMD als vertegenwoordiger van) de bedrijfsvereniging bij het ondernemen van revalidatie-initiatieven ten behoeve van de benadeelde tot vermindering van de omvang van het verhaalsrecht van de bedrijfsvereniging kon leiden. De Hoge Raad overwoog: ‘Terecht heeft het Hof aangenomen dat het karakter van het verhaal door de bedrijfsvereniging, zoals dit door art. 90 WAO is geregeld, zich verzet tegen het aannemen van een niet in de wettelijke regeling voorziene beperking van dat verhaal op de grond dat de GMD zou zijn tekort geschoten als door het middel bedoeld, en dat dit tekort schieten aan de verhaalzoekende bedrijfsvereniging zou kunnen worden toegerekend. Ook zonder een zodanige beperking wordt de voor de veroorzaking van de arbeidsongeschiktheid aansprakelijke partij wettelijk niet met een zwaardere aansprakelijkheid belast dan zij zou hebben gedragen bij het ontbreken voor het slachtoffer van aanspraken krachtens de WAO. Voor zover het stelsel van de WAO er in de praktijk toe zou leiden, dat arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ongevallen waarvoor anderen aansprakelijk zijn, langer zou duren dan zonder het bestaan van deze wettelijke regeling het geval zou zijn, is het aan de wetgever daartegen de door hem gewenst geachte voorzieningen te treffen’.

Duidelijke taal: de Hoge Raad vindt dit een zaak van de wetgever. Ik teken aan dat het gebruikte argument niet juist is; de aansprakelijke wordt wél slechter van het stelsel dat de Hoge Raad voorstaat omdat het aandeel van de bedrijfsvereniging in de veroorzaking van de schade op het bordje van de aansprakelijke blijft liggen, terwijl het volgens de regels van het burgerlijk recht bij de medeveroorzaker zou kunnen worden gelegd. Als de benadeelde namelijk voor langer arbeidsongeschikt zou raken door de nalatigheid van een zorgverlenende instelling (zoals destijds de GMD), en de benadeelde zou in verband hiermee een vordering jegens deze instelling hebben, dan zou-

den schadeveroorzaker en de medeveroorzakende instelling hoofdelijk aansprakelijk zijn en dus verplicht tot *verdeling* van de draagplicht. Zie immers art. 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW.

Bovendien is met invoering van art. 6:107a BW deze uitspraak in een ander licht komen te staan. Betekent deze uitspraak dat de aansprakelijke, die door de loondoorbetalingsplichtige werkgever wordt aangesproken, zich niet mag verweren met een beroep op de omstandigheid dat de duur, omvang of aard van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer niet alleen is veroorzaakt door zijn onrechtmatige daad, maar (mede) ook door de aantoonbare nalatigheid van de werkgever bij reïntegratie-inspanningen, of – waarschijnlijker – door diens tekortschieten in de zorgplicht voor een veilige werkplek? Dat lijkt mij onwaarschijnlijk. Vgl. Van Boom 1995, p. 864. Zouden werkgever en derde namelijk hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover de benadeelde werknemer (denk aan art. 7:658 lid 4 jo. 6:102 BW), dan zouden de genoemde omstandigheden beslissend zijn voor de onderlinge verdeling van de veroorzaakte schade op grond van art. 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW. Het kan niet zo zijn dat een dergelijke verdeling uitblijft ten laste van de aansprakelijke derde wanneer de werkgever niet ageert op grond van art. 6:102 BW maar op grond van art. 6:107a BW. Uit niets blijkt dat met invoering van art. 6:107a BW een dergelijke wijziging van de interne draagplicht van mede-aansprakelijken zou zijn beoogd. De verdeling moet naar mijn mening dan ook gewoon kunnen plaatsvinden. En dat geldt dan bijv. ook wanneer de werkgever als zogenaamde ‘eigenrisicodragers’ ex art. 75 e.v. WAO verhaal neemt op grond van art. 90 lid 3 WAO. En ligt het dan vervolgens niet voor de hand om de verdelingsmogelijkheid door te trekken naar andere verhaalsrechten? Er valt kortom wel het nodige af te dingen op de uitspraak van de Hoge Raad.

3.8.3 Het verhaalsrecht is verjaard

Er bestaan geen bijzondere temporele beperkingen voor verhaalsrechten. Het verhaal wordt in algemene zin beperkt door enerzijds het aansprakelijkheidsrecht – hoe lang zou de benadeelde zélf schadevergoeding hebben kunnen vorderen – en anderzijds in de duur van de uitkering op grond van de betreffende verzekeringsovereenkomst of verzekeringwet.

Vgl. de in § 3.4 beschreven figuren ‘civiel plafond’ en ‘verhaalsplafond’.

Wat betreft temporele beperkingen is het interessant om te vermelden dat in Engeland het verhaal voor sociale verzekeringen beperkt is tot de uitkeringen gedaan in de *vijf jaar* na het ongeval c.q. na het moment waarop de benadeelde het eerst aanspraak maakte op de betreffende uitkering. Zie Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997, S. 1 (3). Een dergelijke beperking kennen wij in Nederland niet.

Een specifieke tijdskwestie is de verjaring. De verjaringsvraag bij verhaalsrechten is gecompliceerd. Bij subrogatie is men geneigd de verjaring te benaderen vanuit de 'nemo plus'-leer: de gesubrogeerde verzekeraar wordt rechthebbende van een reeds bestaand schadevergoedingsrecht, inclusief de daaraan verbonden tikkende verjaringsklok. Zie Akkermans 1998, p. 35.

Voor het zelfstandig verhaalsrecht van sociale verzekeraars en risicodragers ligt het verjaringsvraagstuk gecompliceerder. Men kan namelijk enerzijds stellen dat het gaat om een zelfstandige vordering, die aan eigen verjaringsregels is onderworpen. Anderzijds moet worden toegegeven dat de vordering qua bestaan, omvang en inhoud, aanknoopt bij de schadevergoedingsvordering die de benadeelde zelf zou hebben kunnen indienen. Dit is kort gezegd de systematiek van het 'civiel plafond' (zie § 3.4). Er zijn dus twee benaderingen denkbaar.

Wat betreft de eerste benadering kan worden gewezen op de rechtspraak van de Hoge Raad waarin het zelfstandige karakter steeds benadrukt. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat het niet een vordering tot vergoeding van geleden schade betreft, maar een eigen vordering tot betaling van gemaakte kosten (uitkeringen, verstrekkingen etc.).

Zie bijv. HR 8 december 1938, NJ 1939, 545 m.nt. EMM (Rijksverzekeringsbank/Schönberger), waarin werd bepaald dat de schadestaatprocedure niet van toepassing is op het verhaalsrecht uit de Ongevallenwet 1921. Vgl. ook HR 18 februari 1994, NJ 1995, 607 m.nt. CJHB (Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars/ABP & Van der Wal). Zie meer uitgebreid § 3.5.2 en 3.6.2. Anders: Akkermans 1998, p. 35-36.

Daarom kent het zelfstandige verhaalsrecht zeer waarschijnlijk een eigen verjaring. Steun voor deze opvatting is te vinden in HR 7 november 1997, NJ 1998, 384 (Younis/Waarborgfonds Motorverkeer).

Het Waarborgfonds had schade vergoed aan de benadeelde en trachtte vervolgens verhaal te nemen op de aansprakelijke (onverzekerde) motorrijtuighouder. Die wierp de driejarige verjaringstermijn van art. 31 lid 8 WW (oud) tegen: het Waarborgfonds stelde de vordering immers pas na drie jaar (gerekend vanaf datum ongeval) in en ingevolge de WW was de vordering van de benadeelde verjaard. Kan deze verjaring ook aan het Waarborgfonds worden tegengeworpen? De Hoge Raad meent van niet: 'Het in art. 27 lid 1 WAM aan het Waarborgfonds toegekende recht van verhaal, is een eigen recht van het Waarborgfonds, niet een recht dat bij wijze van subrogatie of anderszins op het Waarborgfonds is overgegaan. De verhaalsvordering van het Waarborgfonds ontstaat doordat dit fonds de schade aan de benadeelde vergoedt. Hieruit vloeit voort dat de verjaringstermijnen van de art. 31 lid 8 (oud) WW en art. 10 WAM niet van toepassing zijn.' (rechtsoverweging 3.3).

De vraag die vervolgens rijst is welke verjaringstermijn geldt voor zelfstandige verhaalsrechten. Nu geen sprake is van een recht tot vergoeding van schade, maar tot vergoeding van uitkeringen, verstrekkingen etc., is verdedigbaar dat de verjaringstermijn twintig jaar is (art. 3:306 BW), te rekenen van het moment waarop het verhaalsrecht opeisbaar is. Daar staat tegenover dat er – vanuit de systematiek van het 'civiel plafond' – iets voor te zeggen is om aan te haken bij de vijf- respectievelijk twintigjarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW.

Er zijn in deze variant wederom twee alternatieven denkbaar. Chr.H. van Dijk, Bb 1998, blz. 12, in zijn bespreking van HR 7 november 1997, NJ 1998, 384 (Younis/Waarborgfonds Motorverkeer), meent dat op de regresvordering van het Waarborgfonds de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW van toepassing is, en wel te rekenen van de dag dat het Fonds betaling doet. Aldus ook Hof Den Bosch 22 maart 1999, VR 1999, p. 316 (Stichting Waarborgfonds Motorverkeer/Hardenbol). Dat lijkt er op te wijzen dat in die benadering de verhaalsgerechtigde overgaat tot uitoefening van een vordering tot vergoeding van zijn eigen schade (geden op het moment dat hij uitkeringen of verstrekkingen aan de benadeelde doet). Dat lijkt mij minder juist.

Legt men daarentegen de nadruk op het 'civiele plafond'-aspect van de verjaring, dan zou juist verdedigbaar zijn dat de verjaring van het verhaalsrecht 'accessoir' is aan de verjaring van die schadevergoedingsvordering: de aansprakelijke komt aldus niet in een nadeliger positie te ver-

keren door het bestaan van een verhaalsrecht. Geheel in de ‘nemo plus’-idee zou dan als tijdstip waarop de verjaringstermijn aanvangt, het moment moeten worden gekozen waarop de benadeelde zélf tot het instellen van de schadevergoedingsvordering had kunnen overgaan.

Deze laatste, meest vérgaande benadering sluit aan bij hetgeen voor de subrogatie ex art. 284 WvK geldt; vanuit een uniformiteitsstreven is dit te billijken, maar ik denk niet dat het geldend recht is. Aannemelijker lijkt mij dat, gegeven de zelfstandigheid van de verhaalsrechten, de twintigjarige verjaringstermijn van art. 3:306 BW geldt. Vgl. in andere zin Akkermans 1998, p. 35 e.v.

§ 3.9 Onderwerpen die bleven liggen

§ 3.9.1 *Afstand van verhaal*

Als een verhaalsgerechtigde afstand doet van toekomstige verhaalsrechten, dan is dat meestal om bedrijfseconomische redenen. De ‘knock-for-knock’ overeenkomsten tussen verzekeraars die zowel casco- als WAM-polissen verzorgen, waren daar een voorbeeld van. Ze zijn thans minder in zwang. Zie Scheltema/Mijnssen 1998, p. 272; vgl. Lewis 1999, nr. 4.07.

Ook het aanzien van de verzekeraar c.q. de verzekeringsbranche kan doorslaggevend zijn. De BBR 2000 van het Verbond van Verzekeraars is daar een voorbeeld van. Deze Bedrijfsregeling Brandregres is een openbare verklaring waarin bepaalde verzekeraars tegenover bepaalde personen afstand doen van het verhaalsrecht van art. 284 WvK.

De BBR 2000 is de opvolger van het Bindend Besluit Regres 1984; vgl. daarover Scheltema/Mijnssen 1998, p. 272.

Openbare en algemeen geldende afstandsverklaringen kunnen onbezwaarlijk als een gericht aanbod tot afstand van (toekomstige) vorderingsrechten worden gezien (art. 6:160 lid 2 BW). Deze afstandsverklaringen tegenover de ene aansprakelijke persoon moeten – of zij nu openbaar, bij voorbaat of na een concrete aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis zijn gedaan – uiteindelijk ook enig effect hebben tegenover een eventuele *andere* medeaansprakelijke. Denkbaar is bijv. dat een dergelijke verklaring aldus moet worden uitgelegd dat

het mede een beding ten behoeve van derden inhoudt (voor zover deze derde niet al uitdrukkelijk onder het beschermingsbereik van de verklaring valt).

Voor deze derdenbeding-benadering bij 'knock-for-knock' overeenkomsten, zie men Rb. Alkmaar 19 december 1974, VR 1977, 88 m.nt. Bouman. Zie in algemene zin over de gevolgen van afstand bij mede-aansprakelijkheid Van Boom 1999, p. 55 e.v. en p. 187 e.v.

§ 3.9.2 *Verhaal en restvordering van de benadeelde*

Keert een schadeverzekeraar *f* 1500 uit terzake van beschadiging van de verzekerde zaak, terwijl het herstel *f* 2500 kost, dan kan de benadeelde een restvordering van *f* 1000 geldend maken. Evenzo, wanneer een (sociale) arbeidsongeschiktheidsverzekering 70 % van de geleden inkomstenschade vergoedt, dan rest de benadeelde een vordering voor de niet-verzekerde 30 %.

Wanneer de aansprakelijke persoon onvoldoende vermogensbestanddelen heeft om alle crediteuren te voldoen, dan kunnen verhaalsrecht en restvordering samenlopen. Volgens de hoofdregels van het insolventierecht zou een 'ponds-ponds'-gewijze verdeling van het aanwezige vermogen moeten plaatsvinden.

Vgl. Mendel in zijn noot onder B-GH 26 juni 1996, NJ 1997, 526 (Tiel Utrecht/Ipenburg). H.B. Krans, Schadevergoeding bij wanprestatie, Deventer: Kluwer 1999 (diss. Leiden), p. 282, p. 286, meent overigens uit de bewoordingen van art. 6:107a BW reeds de voorrang van de benadeelde boven de werkgever af te kunnen leiden. Dit lijkt mij onjuist; de bewoordingen van art. 107a duiden niet op enige voorrangsregel (net zomin als die van art. 284 WvK, art. 65b AWBZ, art. 52a Zw, art. 90 WAO, art. 83b ZfW, art. 61 ANW, art. 69 WAZ, art. 61 Wajong of art. 49 Wet REA).

In de praktijk wordt de benadeelden veelal voorrang gegeven door de verhaalsgerechtigde, al dan niet op grond van een overeenkomst met de benadeelde.

Zie Kamerstukken II 1989/90, 21 528, nr. 1, p. 17 en Hartlief en Tjittes 1999, p. 107. Vgl. HR 10 maart 1995, NJ 1997, 525 (Tiel Utrecht Schadeverzekering NV/Ipenburg).

Het zou ook in overeenstemming met de strekking van de desbetreffende verzekeringsovereenkomst of sociale verzekeringswet zijn om bij wijze van rechtsregel aan te nemen dat uitoefening van het verhaalsrecht *nimmer* ten nadele van de benadeelde mag strekken. Te recht wordt daarom in de literatuur verdedigd dat hier sprake is van een beginsel dat algemene gelding verdient.

W.J. Slagter, VR 1963, p. 5, A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, 2e druk Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 81 e.v., Van Boom en Storm 1995, p. 158-159, D. Beekman, PS 1995, p. 1231, Asser/Clausing/Wansink, nr. 330, Hartlief en Tjittes 1999, p. 107. Anders: N.J.P. Giltay Veth, VR 1969, p. 236. Vgl. C. Persyn, RW 1990/91, p. 284-285.

Steun voor deze opvatting is te vinden in art. 2 VOA, dat bepaalt dat het verhaal niet ten nadele van de ambtenaar kan worden uitgeoefend. Uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling kan worden opgemaakt dat het doel hiervan is ‘(...) te voorkomen, dat bij beperkte draagkracht van degene op wie wordt verhaald, de ambtenaar ten gevolge van het gecreëerde verhaalsrecht – dat overigens een met andere vorderingen concurrerend recht is – zou worden benadeeld door een evenredige vermindering van een hemzelf wellicht nog toekomende vordering (b.v. wegens schade aan kleding en uitrusting of wegens door het ongeval geleden immateriële schade)’.

Zie Kamerstukken II 1964/65, 7812, nr. 3, p. 3-4. Zie in dezelfde zin art. 7.17.2.25 lid 2 NBW, dat een dergelijke voorrangsregel bij subrogatie introduceert. Vgl. ook het (op onduidelijke gronden *nimmer* ingevoerde) art. 6.1.9.11a lid 2 NBW, dat een soortgelijke voorrang toekende aan de benadeelde ten opzichte van ‘afgeleide’ schadevergoedingsgerechtigden. Vgl. ook recentelijk de opmerking van de regering bij de parlementaire behandeling van de ANW: ‘Bij, soms voorkomende, conflicterende belangen tussen verzekeraar en slachtoffer gaat op basis van het wetsstelsel en de jurisprudentie (welke?, *WvB*) het schadevergoedingsrecht van het slachtoffer voor.’ (Kamerstukken II 1994/95, 24 169, nr. 6, p. 32). Het is dus ook de opvatting van de regering dat de benadeelde voor gaat. En nu dat geldt voor de AWBZ, kan het beginsel onbezwaarlijk op alle sociale verzekeraars en risicodragers worden toegepast.

Het beginsel dat de benadeelde voorrang heeft, is ook in andere landen bekend. In Duitsland bijv. geldt het beginsel bij (sociale) verzekeringen;

zie Kötz 1998, nr. 612. In Engeland is het echter verworpen (voor een geval van onderverzekering): *Napier and Ettrick v. Hunter* [1993] 1 AC 713, waarover Mitchell 1994, p. 84.

§ 3.9.3 Mededelings- en medewerkingsplichten van de benadeelde

In tegenstelling tot ons omringende landen kent ons recht nauwelijks bijzondere wetsbepalingen voor medewerkings- en mededelingsplichten van de benadeelde.

Zie voor een voorbeeld van een ongekend uitgebreid medewerkings- en mededelingssysteem de Engelse Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997, S. 23. Op grond hiervan is niet alleen de benadeelde verplicht om aan – kort gezegd – de sociale verzekeraar de gevraagde informatie te geven over het ongeval, maar ook de aansprakelijke, eventuele vertegenwoordigers en zaakgelastigden, schade- en aansprakelijkheidsverzekeraars en werkgever. Deze informatieplicht is gedetailleerd uitgewerkt in de Social Security (Recovery of Benefits) Regulations 1997, Statutory Instruments 1997 no. 2205, regulation 3-6. Een vergelijkbaar medewerkings- en mededelingssysteem kent de Engelse Road Traffic (NHS Charges) Act 1999, S. 11. Ook in België bestaan verschillende specifieke mededelings- en medewerkingsplichten van zowel benadeelde als de aansprakelijke; zie J.-P. Janssens, N. Malmendier, RDS 1994, p. 124 e.v. In het Duitse recht geldt een algemene informatieplicht van de benadeelde jegens de gesubrogeerde (sociale) verzekeraar op § 402 BGB (jo. § 412 BGB), dat de rechtsvoorganger bij subrogatie verplicht aan de rechtsopvolger mededelingen te doen en bewijsstukken te overhandigen teneinde deze in staat te stellen de gesubrogeerde vordering uit te oefenen. In ons recht is van deze bepaling alleen de algemene plicht tot afgifte van bewijsstukken overgenomen (art. 6:143 BW). Zie ook de nadere regelgeving genoemd bij Van Boom 1995, p. 864 noot 7.

Toch kan medewerking door de benadeelde aan het verhaal en informatie over eventuele verhaalsmogelijkheden cruciaal zijn voor de verhaalsgerechtigde. Verzekeraars kunnen in hun polisvoorwaarden daartoe een clausule opnemen die de verzekerde verplicht (desgevraagd) informatie te verstrekken over de toedracht van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Opmerkelijk is dat in geen van de sociale verzekeringswetten een dergelijke informatieplicht (met het oog op

uitoefening van het verhaalsrecht) is opgenomen. Blijkbaar wordt geen noodzaak daartoe ervaren.

Dit kan deels worden verklaard – althans voor wat betreft verkeersongevallen – door het bestaan van een geïnstitutionaliseerde vorm van informatievoorziening, die buiten de benadeelde om gaat. Het betreft de Stichting Processen Verbaal, in samenwerking met de politie. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 5, p. 8. Anderzijds hebben verhaalsgerechtigden als zodanig bijv. geen toegang tot de medische dossiers van de benadeelde (tenzij op andere gronden).

Voor de loondoorbetalingsplichtige werkgever in het bijzonder ligt hier een probleem op de loer. Nergens is met zoveel woorden de verplichting van de werknemer neergelegd om mede te werken aan de uitoefening van het verhaalsrecht van art. 6:107a BW. Dat kan voor de werkgever uiteraard problemen opleveren.

Zie Van Boom 1995, p. 864. Een mededelingsplicht kan wellicht worden gebaseerd op art. 7:629 lid 5 BW: de werknemer is jegens de werkgever verplicht inlichtingen te verstrekken om het recht op loon vast te stellen. Bij niet-nakoming van die verplichting kan de werkgever de loondoorbetaling opschorten.

Opmerkelijk is nog dat art. 8 WAM wél mededelingsplichten formuleert van de aansprakelijke jegens zijn WAM-verzekeraar.

4. Rechtspolitieke aspecten en privaatrechtelijke gevolgen

§ 4.1 Achtergronden en cijfers

§ 4.1.1 *Verhaal met hoofd en hart*

In hoofdstuk 2 werden de theoretische grondslagen van verhaalsrechten verkend. Zie § 2.2 en 2.3. Het bleek dat de ratio van verhaalsrechten veelal terug te voeren is op de fundamentele notie dat een aansprakelijke niet behoort te profiteren van de omstandigheid dat een verzekeraar, sociale verzekeraar of risicodrager een prestatie verrichtte waarvoor hij, de aansprakelijke, de primair draagplichtige is. Het verhaalsrecht maakt het mogelijk de lasten daar neer te leggen waar zij thuishoren, namelijk bij de persoon die ze (verwijtbaar) heeft veroorzaakt.

De fundamentele notie die ik zo-even noemde zal in de praktijk echter een zeer bescheiden rol spelen. In de regel zal de verhaalsgerechtigde namelijk vooral dan van zijn verhaalsrecht gebruik maken wanneer dit voldoende geld oplevert, mede in verhouding tot de kosten die ermee gepaard gaan.

Aangenomen kan worden dat verhaalsgerechtigden bij uitoefening van hun verhaalsrechten een aantal factoren wegen: de grootte van de kans dat het verhaal *juridisch* gezien kans van slagen heeft, de grootte van de kans dat de aansprakelijke *vindbaar* is en daadwerkelijk *verhaal biedt*, de omvang van de *kosten* van administratieve en juridische bijstand, en – niet onbelangrijk – ‘het gezicht’ dat de verzekeraar naar buiten toe wil laten zien. Daarover hierna.

Maar men kan de uitoefening van verhaalsrechten ook benaderen vanuit een meer maatschappelijke, of vanuit een ‘morele’ invalshoek. Wat betreft de maatschappelijke invalshoek valt bijv. te wijzen op de

neiging van schadeverzekeraars en sociale verzekeraars om *particulieren* te ontzien waar het uitoefening van verhaalsrechten betreft.

De Bedrijfsregeling Brandregres (BBR) 2000 is in dit verband een aardig voorbeeld. Op grond van deze regeling verplichten veel schadeverzekeraars (voornamelijk ingeval van brandschade) zich om hun rechten uit art. 284 WvK niet uit te oefenen jegens particulieren, tenzij er opzettelijke schadeveroorzaking in het spel is. De reden hiervoor is – zo volgt uit de toelichting op de BBR 2000 – dat deze verzekeraars het niet kies vinden om particulieren die in een moment van nalatigheid aanzienlijke (brand)schade aanrichten, met de financiële gevolgen daarvan op te zadelen.

Voor verhaal op niet-particulieren bepaalt de BBR 2000 dat in beginsel maximaal 1 miljoen gulden per schadegebeurtenis (per veroorzaker) verhaald zal worden. Verhaal blijft achterwege als de schade kleiner is dan f 5000. Deze drempel is ingevoegd teneinde te voorkomen dat onevenredige verhaalsinspanningen worden verricht voor ‘bagatelschades’.

Terzijde merk ik op dat de BBR 2000 geen bindende regeling is (dat zou mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar zijn); verzekeraars zijn vrij om deze regeling al dan niet na te volgen.

Het komt niet vaak voor dat een schadeverzekeraar verhaal neemt op een licht nalatige (onverzekerde) particulier. Dat zou namelijk niet alleen onevenredig veel verhaalsinspanningen met zich brengen, maar het strookt ook niet met het ‘gezicht’ dat verzekeraars willen tonen. Maar het ‘gezicht’ van een verzekeraar komt naar mijn mening wél goed in beeld wanneer bijv. inspanningen worden verricht om verhaal (te trachten) te nemen op relschoppers die tijdens voetbalrellen opzettelijk schade toebrengen aan winkelruiten, of op een geweldpleger die een slachtoffer arbeidsongeschikt heeft gemaakt. De verzekeraar die dát verhaal op zich neemt, betreft blijkbaar niet alleen de directe financiële kosten en baten in zijn afweging, maar ook de meer *morele* notie dat schade daar moet worden neergelegd waar ze (zeer) verwijtbaar veroorzaakt is. Actief verhaalsbeleid bij opzettelijke schadetoebrenging zal, zo schijnt mij toe, op brede maatschappelijke steun kunnen rekenen.

Deze ‘lik-op-stuk’functie van het aansprakelijkheidsrecht wint aan populariteit. Denk aan het recentelijk aangekondigde beleid van de politie om maximale inspanningen te verrichten schadeveroorzakers de aanspra-

kelijkheid voor letsel toegebracht aan een politiefunctionaris 'te laten voelen'. Uitoefening van verhaalsrechten kan ook toepassing zijn van 'lik-op-stuk'beleid.

De kosten van een dergelijk beleid zijn overigens relatief hoog: betreft het opzettelijke schadetoebrenging, dan zal de aansprakelijke moeilijker te traceren zijn, een eventuele aansprakelijkheidsverzekeraar zal geen dekking verlenen (mits de polis op dit punt goed 'dichtgetimmerd' is; vgl. HR 6 november 1998, NJ 1999, 220 m.nt. MMM (Aegon/Van der Linden)) en de aansprakelijke zal in persoon vaak ook geen verhaal bieden. Dan moeten afbetalingsregelingen worden getroffen, op de nakoming waarvan vervolgens gedurende langere tijd intensief toezicht moet worden gehouden. Hieraan heeft bijv. de Stichting Waarborgfonds Motorverkeer de handen vol bij het verhaal van schade veroorzaakt door onverzekerde automobilisten. Zie over dergelijke verhaalsinspanningen ook nog het jaarverslag Schadefonds Geweldsmisdrijven 1998, p. 10, p. 18.

Soms is verhaal dus een principekwestie, maar in het overgrote deel van de gevallen is verhaal een geldkwestie. Om dat zichtbaar te maken, zal ik hierna in § 4.1.2 enige cijfers over verhaalsrechten presenteren.

§ 4.1.2 Enige cijfers en inzichten over verhaalsrechten

Om een goed beeld te geven van de werkelijke relevantie van verhaalsrechten, zal ik hier enige cijfers over aansprakelijkheid en verhaal aan de orde stellen. Overigens blijken de cijfers die voorhanden zijn, niet compleet. Het hierna geschetste beeld is dat dus ook niet.

Schadeverzekeraars verhalen gedane uitkeringen slechts voor een uiterst klein deel op aansprakelijke personen. Hetzelfde geldt voor sociale verzekeraars en risicodragers.

Zie Cane 1996, p. 437, R. Hasson, 50 OJLS (1985) 416, p. 421, 422, LCR 262, § 10.76 (noot 153) en Lewis 1999, nr. 4.07. Dat verwondert niet: van alle schadegevallen is slechts een deel veroorzaakt door menselijk handelen; daarvan is slechts weer een deel aan menselijk falen (dat wil zeggen: toerekenbaar onrechtmatig handelen) te wijten, daarvan is vervolgens slechts een deel traceerbaar, en van die gevallen is slechts weer een deel qua schadeomvang groot genoeg om verhaal rendabel te doen zijn. Kleine schadebedragen zijn de verhaalsinspanningen immers niet

waard. Bovendien wordt bij voorkeur van verhaal afgezien wanneer de aansprakelijke niet (binnen afzienbare tijd) voldoende uitwinbaar vermogen heeft.

Ook de opbrengsten van verhaalsrechten van sociale verzekeraars en risicodragers zijn slechts druppels op een gloeiende plaat. Bij invoering van het verhaalsrecht in de AWBZ schatte de regering bijv. dat de verhaalsopbrengsten 0,27% van de totale jaarlijkse AWBZ-uitgaven zou kunnen dekken (geschatte bruto-opbrengst: 15 à 25 miljoen gulden per jaar tegenover aan de uitgavenkant bijna 30 miljard gulden per jaar). Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 5, p. 5. Berekeningen laten voorts zien dat de opbrengsten van het ZfW-verhaal ongeveer 0,4% van de jaarlijkse uitgaven dekken. Zie Janssen 1997, p. 161.

Aangenomen mag dus worden dat in het (onwaarschijnlijke) geval van afschaffing van deze verhaalsrechten de premieafdracht navenant zal moeten stijgen.

Het is goed te beseffen dat het verhaal van *sociale* verzekeraars – gegeven de aard van de sociale zekerheidswetgeving – zonder uitzondering letselschadegevallen betreft. In de praktijk wordt bovendien vrijwel alleen bij verkeersongevallen verhaal genomen: in 90 à 95 % van de verhaalszaken gaat het om een verkeersongeval.

Zie Kamerstukken II 1996/97, 24 776, nr. 5, p. 14, Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 5, p. 8. De schatting lijkt overigens terug te gaan op het Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid (Deel I – verkenning van schade door dood en letsel), Den Haag 1978, p. 106-107. Zie SER 1993, p. 12-13, alwaar wordt geconstateerd dat geen recentere gegevens voorhanden zijn. Vgl. voor Engeland Atiyah 1997, p. 101-102, waar de percentages vergelijkbaar zijn. De Road Traffic (NHS Charges) Act 1999 gaat overigens zelfs zover dat verhaal voor NHS-kosten *alleen* is toegestaan in geval van een verkeersongeval!

Dit hoge percentage is toe te schrijven aan enerzijds het gegeven dat de aansprakelijkheid van motorrijtuighouders verplicht verzekerd is ingevolge de WAM, en dus bij elke aansprakelijke *draagkracht* aanwezig is, en anderzijds het gegeven dat het verhaalspad in die gevallen geëffend is door praktische voordelen zoals rechtstreekse afwikkeling met de WAM-verzekeraar (zie § 3.6.1) en (daardoor) de aanwezigheid van een administratief redelijk goed ‘geoliede’ schade-afwikkeling.

Zo is bij de vaststelling van de feiten veelal rapportage van de politie voorhanden, die door de betrokken schadecorrespondenten via de Stichting Processen-Verbaal kunnen worden ingezien. Zie Kamerstukken II 1996/97, 24 776, nr. 5, p. 14 en Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. A, p. 2-3, en nr. 5, p. 8.

De afwikkeling van verkeersongevallen is in deze opzichten ‘makkelijker’ dan bijv. incidenteel verhaal voor letsel toegebracht bij een caféruzie of door een medische fout. In de gevallen ‘buiten de WAM’ zijn er namelijk niet alleen obstakels in de administratieve sfeer, maar ook in de vermogenssfeer: er is geen verplichte aansprakelijkheidsverzekering en dus ook geen garantie dat een aansprakelijke ruziemaker betalen kan.

De voornaamste bron van verhaalsinkomsten van sociale verzekeraars betreft dus verkeersongevallen. Maar het is niet uitgesloten dat in de toekomst ‘nieuwe’ bronnen worden aangeboord; er zou heel wel een toename in het verschiet kunnen liggen van verhaalsacties tegen ‘diep pocket defendants’ zoals wegbeheerders (op grond van gebrekkig onderhoud), ziekenhuizen en artsen (op grond van medische fouten).

Het verhaal op WAM-verzekeraars levert jaarlijks naar schatting ongeveer 3 miljard gulden op. Ongeveer de helft daarvan is blikshade en die wordt dus (op grond van art. 284 WvK) verhaald door schadeverzekeraars. Dat betekent dat de andere helft uit letselschade bestaat: 1,5 miljard gulden, waarvan verhaalsgerechtigde sociale verzekeraars en risicodragers naar schatting 600 miljoen gulden incasseren. Verhaal is dus een economische activiteit van betekenis.

Zie voor deze cijfers: Kamerstukken 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 14, en vooral ook F.Th. Kremer, NJB 1998, p. 609-610. Mogelijk is het verhaalsvolume na invoering van de Wet PEMBA, welke wet de omvang van het verhaal krachtens de WAO heeft vergroot, nog verder toegenomen. Sinds 1997 zijn er bovendien nieuwe verhaalsrechten bijgekomen (WAZ, Wajong, AWBZ), zodat het verhaalsvolume ook om die reden waarschijnlijk zal zijn toegenomen.

Uitoefening van verhaalsrechten is daarmee een economische activiteit die zich voornamelijk afspeelt tussen sociale verzekeraars, cascoschadeverzekeraars, ziektekostenverzekeraars en inkomensverze-

keraars enerzijds en WAM-verzekeraars anderzijds. Bekijkt men de uitoefening van verhaalsrechten op dit niveau, dan kan men stellen dat de WAM-verzekeraars de verhaalslasten door middel van verzekeringspremies ‘spreiden’ over het collectief van hun verzekeringnemers. De aansprakelijke betaalt in persoon niet extra mee; de terugval in no-claim korting staat – zo mag worden aangenomen – niet in verband met de omvang van het verhaalsrecht. De verhaalsopbrengsten komen ten goede aan het collectief van de verzekerden aan de zijde van de verhaalsgerechtigde (dus: degenen die een schadeverzekeringsovereenkomst hebben gesloten bij de desbetreffende schadeverzekeraar, of degenen die wettelijk verzekerd zijn bij de desbetreffende sociale verzekeraar c.q. daarvoor premies afdragen).

Uitoefening van verhaalsrechten op WAM-verzekeraars is kortom het overhevelen van gelden van het ene naar het andere collectief. Gaat het bijvoorbeeld om verhaal op grond van de WAO, dan kan men gesimplificeerd stellen dat de gelden van het collectief van autorijders overgaat naar het collectief van WAO-premieplichtige werknemers en werkgevers. De notie van ‘collectief’ zal hierna in § 4.2.3 nog een belangrijke rol spelen.

§ 4.2 (Rechts)politieke overwegingen

§ 4.2.1 *Prikkelende verhaalsrechten*

Uitoefening van verhaalsrechten is, zo bleek in de voorgaande paragraaf, een economische activiteit. Maar in de afgelopen vijfendertig jaar is er ook veel gediscussieerd over de vraag of uitoefening van verhaalsrechten van (met name) sociale verzekeraars en risicodragers daadwerkelijk een *zinnvolle* (economische) activiteit is. Die discussie heeft een aantal ‘rechtspolitieke’ argumenten voor en tegen verhaalsrechten opgeleverd. Die komen thans aan de orde. De politieke keuze is in de afgelopen tien jaar door de wetgever steeds gemaakt in het voordeel van verhaalrechten.

Een van de vaak gebruikte argumenten pro verhaalsrechten is dat van *preventie*: de dreiging van verhaal zou – net als de dreiging van aansprakelijkheid, die er aan voorafgaat – een preventieve werking hebben. Het zou individuen aanzetten tot voorzichtiger gedrag en het

zou aldus bijdragen aan uitbanning van onwenselijke schadeveroorzaking.

Zie recentelijk de Minister van Justitie in de lijst van vragen en antwoorden naar aanleiding van zijn brief inzake claimcultuur (Kamerstukken II 1999/2000, 26 630, nr. 2, p. 3): 'Met de invoering en uitbreiding van de regresrechten wordt beoogd de kosten van maatschappelijk handelen zoveel mogelijk zichtbaar te maken en voor rekening te brengen van degenen die daarvoor verantwoordelijk zijn. Deze kosten zijn in het verleden teveel verborgen gebleven waardoor een prikkel tot kostenbeheersing ontbrak. Voorts wordt daarmee bereikt dat potentiële veroorzakers worden gestimuleerd de nadelige gevolgen van hun handelen voor anderen volop in de afweging te betrekken, wat een belangrijke preventieve werking tot gevolg kan hebben.'

Maar het betreft hier goeddeels veronderstellingen. Over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht op individuele beslissingen om al dan niet zorgvuldigheid te betrachten ten aanzien van eens anders persoon of goed, wordt meer beweerd dan bewezen.

Over (de afwezigheid van empirisch onderzoek naar) de preventieve werking van aansprakelijkheid zie men bijv. Bloembergen 1965, nr. 251, A.R. Bloembergen, *Naar een nieuw ongevalrecht*, Deventer: Kluwer 1965 (oratie Leiden), p. 11-12, dezelfde, *Handelingen NJV 1967-I*, p. 47 e.v., A. Nentjes en J. Dijkstra, *NJB 1993*, p. 951 e.v., Faure 1996, p. 50, Don Dewees, David Duff, Michael Trebilcock, *Exploring the domain of accident law – taking the facts seriously*, Oxford: Oxford University Press 1996, m.n. p. 25 e.v., p. 414 e.v., P. Cane, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 1997, p. 218 en Atiyah/Cane 1999, p. 362 e.v.

Er zal vast wel sprake zijn van enige preventieve werking. Maar voor zover het betreft individuele beslissingen van bijv. automobilisten om een grote mate van zorgvuldigheid in acht te nemen, lijken andere instrumenten – zoals strafrechtelijke handhaving in combinatie met een hoge pakkans – effectiever. De 'pakkans' die het aansprakelijkheidsrecht bij onrechtmatige gedragingen te bieden heeft is nu eenmaal klein: voor aansprakelijkheid is namelijk steeds nodig dat de gedraging daadwerkelijk tot schade heeft geleid.

Zie SER 1999, p. 18-19, p. 31 e.v. Vgl. Donald Harris, Evaluating the goals of personal injury: some empirical evidence, in: P. Cane, J. Stapleton (eds.), *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford: Clarendon Press 1991, p. 301, en A. Burrows, In Defence of Tort, in: dezelfde, *Understanding the law of obligations*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 122 e.v, en Lewis 1999, nrs. 5.07-5.09.

Als van de aansprakelijkheidsdreiging (in het verkeer) inderdaad weinig preventieve werking uitgaat, dan geldt dat ook – en misschien in versterkte mate – voor de verhaalsdreiging. Niettemin wordt met invoering en uitbreiding van verhaalsrechten, zo overweegt de wetgever meermalen, beoogd prikkels te geven aan bijv. automobilisten, medici en plegers van geweldsmisdrijven, om hun schadelijke gedragingen achterwege te laten.

Zie, naast de reeds genoemde opmerking van de Minister van Justitie in de lijst van vragen en antwoorden naar aanleiding van zijn brief inzake claimcultuur (Kamerstukken II 1999/2000, 26 630, nr. 2, p. 3), bijv. ook Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 3, p. 4 (memorie van toelichting verhaalsrecht AWBZ).

Maar als die prikkel al aanwezig is, dan is ze niet altijd even sterk. De dreiging van verhaal kan *als zodanig* mogelijk wel een (kleine en indirecte) bijdrage tot zorgvuldig verkeersgedrag zijn, maar deze bijdrage lijkt goeddeels teniet te worden gedaan door de omstandigheid dat een automobilist zich met een WAM-verzekering tegen de gevolgen van aansprakelijkheid heeft ingedekt. Vgl. Lewis 1999, nr. 5.05. De dreiging van de financiële gevolgen van aansprakelijkheid en verhaal is voor hem niet aanwezig, behalve voor zover deze doorwerkt in het gevaar de no-claim korting te verliezen. Aangenomen mag dus worden dat de gemiddelde automobilist sterker geprikkeld wordt door de strafrechtelijke pakkans bij overtredingen, angst voor eigen letsel, door het moreel besef dat hij zijn medeweggebruikers niet in gevaar mag brengen, en door het vooruitzicht van terugval in de no-claim korting. Alleen die laatste dreiging houdt mogelijk indirect verband met verhaalsrechten.

Zie over dergelijke prikkels en de effectiviteit ervan SER 1999, p. 36 e.v. Overigens is in dit verband opmerkelijk dat de SER adviseert tot uitbreiding van de kring van gerechtigden bij verkeersongevallen (werkgevers

voor onverzekerd productieverlies, filekosten voor werkgevers, afhandelingskosten voor de politie) en tot uitbreiding van de zorgplicht c.q. aansprakelijkstelling van wegbeheerders. Zie SER 1999, p. 47-48. In hetzelfde rapport wordt namelijk vooropgesteld dat het aansprakelijkheidsrecht (en daarop zijn de voorgestelde uitbreidingen gebaseerd) te veel toevalsfactoren kent (zie daarover ook hiervoor) en daarom niet of nauwelijks effectieve prikkels voor correct weggedrag kan geven. Zie SER 1999, p. 19 e.v. Het ligt dan toch veeleer voor de hand de oplossing te zoeken in alternatieve prikkels en alternatieve vergoedingssystemen (al dan niet gekoppeld aan elkaar)?

§ 4.2.2 *Kosten op de juiste plaats*

Het bestaan en uitoefenen van verhaalsrechten in de sociale verzekeringswetgeving leidt tot een *zuivere kostenallocatie*, zo wordt vaak gesteld. Het argument is de afgelopen jaren veelvuldig door de wetgever gebruikt, namelijk ter ondersteuning van wetsvoorstellen tot invoering van het verhaalsrechten in ANW, WAZ, WAjong, Wet REA en AWBZ.

De gedachte is dat *zonder* verhaalsrecht de kosten van bepaalde maatschappelijke activiteiten (zoals deelname aan het verkeer) ten onrechte voor rekening blijven van het collectief. Een verhaalsrecht zou deze kosten kunnen verplaatsen naar het collectief van (bijv.) autobezitters, zodat – in theorie – de premies van sociale verzekeringen kunnen zakken en de premies van WAM-verzekeringen navenant dient te stijgen. Dit is in de ogen van de wetgever wenselijk omdat aldus een zuivere kostenallocatie plaatsvindt. Zie in deze zin bijv. Kamerstukken II 1995/96, 24 758, nr. 3, p. 47 (memorie van toelichting WAZ).

Het door de wetgever gebruikte argument van kostenallocatie lijkt sterk, maar het argument pleit waarschijnlijk nog veel sterker voor alternatieve regelingen die de wetgever *niet* heeft getroffen.

Om een simpel voorbeeld te noemen: vele sociale verzekeringswetten sluiten verhaal op de werkgever of collega van de benadeelde uit (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid). Dat is nog begrijpelijk wanneer werkgever en collega's behoren tot dezelfde groep van premiebetalers. Maar wanneer het gaat om volksverzekeringen (zoals ANW en AWBZ), is deze 'immunitet' vanuit de gedachte van zuivere kostenallocatie opmerkelijk. Deze personen betalen als zodanig niet mee aan bekostiging

van de ANW of AWBZ. Zou het richtsnoer van een zuivere kostenallocatie zijn gevolgd, dan zou verhaal op aansprakelijke werkgever en collega's dus niet zijn uitgesloten. Blijkbaar prevaleert hier het 'arbeidsrust' argument boven het kostenallocatie-argument.

Vermeldenswaard is dat bij invoering van de ANW de regering heeft aangekondigd de bedoelde 'immuniteit' voorlopig te willen handhaven om andere wetgevingsprojecten op het gebied van arbeidsomstandigheden niet voor de voeten te lopen. Niet uitgesloten is, zo overweegt de regering, dat in de toekomst de immuniteit van werkgever (en collega) komt te vervallen teneinde werkgevers te prikkelen tot betere bedrijfsvoering. Zie Kamerstukken II 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 26.

Vanuit de kostenallocatie-gedachte zou de opheffing van de 'immuniteit' van werkgever en collega's een logische stap zijn (met name in de volksverzekeringen). Maar er zijn ook andere, mogelijk effectievere manieren van kostenallocatie: premiedifferentiatie in de WAO bijvoorbeeld.

Bovendien is het aansprakelijkheidsrecht – waar verhaalsrechten op gebaseerd zijn – een gebrekkig instrument voor *zuivere* kostenallocatie. Door menig auteur (in binnen- en buitenland) is er terecht op gewezen dat het aansprakelijkheidsrecht een weinig effectief middel is om de rekening te presenteren aan een bepaalde groep van personen die geacht worden naast de lusten ook de lasten van een bepaalde activiteit te dragen. Belastingheffing is bijv. doeltreffender omdat zij geen gebruik maakt van toevalsfactoren zoals toerekenbaarheid, onrechtmatigheid, schade, en causaal verband. Zou de wetgever aan werkelijk effectieve kostenallocatie willen doen, dan zou het bijv. voor de hand liggen om een fonds te vormen uit opbrengsten van wegenbelasting waaruit betalingen worden gedaan aan bijv. uitvoerders van sociale zekerheidswetgeving. De bijdragen aan dit fonds zouden dan veeleer worden gebaseerd op het totaal aantal verkeersslachtoffers en niet zozeer op het aantal slachtoffers van toerekenbare onrechtmatige daden in het verkeer.

Zie over een en ander bijv. A.R. Bloembergen, *Handelingen NJV 1967-I*, p. 54, dezelfde, *NJB 1994*, p. 123, Atiyah/Cane 1999, p. 321. Zie ook SER 1999, p. 18-19, p. 31, en vooral p. 35-36, waarin de SER aangeeft dat de mate waarin verhaalsrechten in de sociale verzekeringswetgeving kunnen bijdragen aan zuivere kostenallocatie niet mag worden overschat.

Sinds enige jaren worden verhaalsrechten van sociale verzekeraars in toenemende mate afgekocht door WAM-verzekeraars door betaling van een jaarlijkse 'lump sum'. In essentie wordt met deze collectieve afkoop van verhaalsaanspraken op private grondslag een dergelijk fonds gesimuleerd: de gezamenlijke WAM-verzekeraars storten op basis van convenanten een 'lump sum' in de kassen van de verschillende sociale verzekeringsfondsen. Het grote verschil is echter gelegen in de grootte van de bedragen; aangenomen mag namelijk worden dat bij de huidige collectiveringsafspraken deze stortingen verband houden met het (geschatte) totale aantal aan *aansprakelijke* schadeveroorzakers, terwijl bij eventuele belastingwetgeving deze grondslag geheel zou worden verlaten. De wetgever zal deze route niet hebben gekozen vanwege de ongewisse politieke haalbaarheid ervan.

§ 4.2.3 *Vestzak uit, broekzak in ?*

A.R. Bloembergen heeft bij de invoering van de AWBZ (1966) met succes bepleit dat de wetgever af zou zien van invoering van een verhaalsrecht voor de AWBZ. Het betoog van Bloembergen kwam er kort gezegd op neer dat verhaal voor een uit algemene middelen gefinancierde sociale voorziening als de AWBZ een 'vestzak/broekzak' operatie oplevert. De personen die de middelen opbrengen voor dergelijke algemene sociale verzekeringswetgeving zijn namelijk goeddeels dezelfde personen die de WAM-premies opbrengen: de inwoners van Nederland. Het zou hier dus gaan om het overhevelen van gelden van en naar hetzelfde 'collectief'.

Zie Bloembergen 1965, nr. 254 en A.R. Bloembergen, SMA 1966, p. 329-330. Vgl. voor het 'vestzak/broekzak' argument ook Hartlief en Tjittes 1999, p. 71. Zie voor Engeland Cane 1996, p. 438 en LCR 262, § 3.26 e.v. Bloembergen beperkte zijn betoog niet ten onrechte tot WAM-premies, omdat de meeste verhaalsacties verkeersongevallen betreffen. Zie hiervoor § 4.1.

Overtuigd door het betoog van Bloembergen zag de wetgever niet alleen af van invoering van een verhaalsrecht in de AWBZ, maar ook in de AAW (1976). Zie Kamerstukken II 1974/75, 13 231, nrs 1-4, p. 95-96.

Het betoog van Bloembergen had onmiskenbaar retorische kracht, maar of het ook feitelijke grondslag had, is minder zeker.

Zeker ten tijde van invoering van de AWBZ (1966) kon toch niet worden volgehouden – ook niet op macro-economisch niveau – dat de kring van verzekerden voor de volksverzekeringen, dat wil zeggen alle Nederlandse ingezetenen, overeenkwam met de kring van potentiële benadeelden (en die van potentiële daders) in bijv. de sfeer van verkeersongevallen? Deelname aan het gemotoriseerd verkeer was en is een activiteit waar slechts een bepaalde groep binnen de kring van ingezetenen zich mee inlaat.

Maar ook wanneer het ‘vestzak/broekzak’ argument feitelijk geheel juist zou zijn, is er toch het nodige voor te zeggen om de kosten die samenhangen met een bepaalde maatschappelijke activiteit, zichtbaar te maken door verhaal mogelijk te maken. Door deze kosten ten laste te brengen van het collectief (dat wil zeggen: te bekostigen uit algemene middelen), blijven deze kosten ‘onzichtbaar’. Door de kosten van algemene sociale voorzieningen niet door te berekenen aan autorijdend Nederland, blijft het autorijden als het ware te goedkoop. In die optiek is het aansprakelijkheidsrecht (gepaard met wettelijke verhaalsrechten) een manier om een maatschappelijke activiteit een juiste prijs te geven, net zoals heffing van benzineaccijnzen, wegenbelasting en tolgelden dat kan zijn.

Zie voor dit argument Kamerstukken II 1994/95, 24 169, nr. 3, p. 21 (memorie van toelichting ANW). Dezelfde argumenten bleken doorslaggevend bij invoering van verhaalsrechten in de WAJong en AWBZ. Zie bijv. Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 3, p. 4 (memorie van toelichting verhaalsrecht AWBZ). De vervanging van de AAW door onder meer de WAZ was in dit opzicht eenvoudig. De WAZ is geen (zuivere) volksverzekering die (geheel) uit de algemene premiemiddelen wordt bekostigd, maar een premieplichtige verzekeringsvorm voor een specifieke groep van ingezetenen, de zelfstandigen. En zolang men wil aannemen dat het collectief van WAZ-premieplichtigen niet identiek is aan het collectief van WAM-verzekerden, is geen sprake van een zinloze ‘vestzak/broekzak’ situatie. Het door Bloembergen destijds met succes naar voren gebrachte betoog dat verhaal voor AAW-uitkeringen een ‘vestzak/broekzak’ operatie zou zijn, is dus met invoering van de WAZ – zo constateert de memorie van toelichting, Kamerstukken II 1995/96, 24 758, nr. 3, p. 47 – niet langer relevant. Vgl. Kamerstukken II 1998/99, 26 239, nr. 7, p. 25.

Het streven om maatschappelijke kosten van bepaalde activiteiten – mits dat met weinig afwikkelingskosten gepaard gaat – zichtbaar te maken, is aantrekkelijk. Maar dat uitoefening van verhaalsrechten de meest efficiënte wijze is om die kosten zichtbaar te maken, dat kan ernstig worden betwijfeld. De kosten die daarmee gepaard gaan, zijn hoog. Zie daarover ook hierna, § 4.3.1. Maar verwacht mag worden dat het aansprakelijkheidsrecht voorlopig het kader blijft waarbinnen de kosten ‘zichtbaar’ gemaakt moeten worden; de politieke prioriteit voor heroverweging van het verhaalsstelsel ontbreekt namelijk. Het stelsel van aansprakelijkheid en verhaal is dus een ‘gegeven’. Dat verklaart waarom reeds geruime tijd wordt gezocht naar methoden van vereenvoudigde afwikkeling van verhaalsdossiers. Daarover gaat § 4.3.

§ 4.3 Vereenvoudigde afdoening van verhaalsdossiers

§ 4.3.1 Reductie van terugkerende kosten: ‘doe-het-zelf’ voor verzekeraars

Het afwikkelen van verhaalsaanspraken kost geld. Verhaalsrechten zijn gekoppeld aan het aansprakelijkheidsrecht, en de vaststelling van aansprakelijkheid kost nu eenmaal geld: de feiten moeten worden vastgesteld, de omvang van de schade, het causaal verband, en de aansprakelijkheidsvraag. Daarmee zijn wat men wel noemt afwikkelingskosten (ook wel: transactiekosten) gemoeid: kosten van deskundigen, (rechts)bijstandverleners, administratieve afwikkeling aan beide zijden, etcetera. Die kosten worden veelal gemaakt door de WA-verzekeraar van de aansprakelijke aan de ene zijde en door de verhaalsgerechtigde aan de andere zijde.

Wat betreft de kosten van de verhaalsgerechtigde: deze kunnen – wanneer er daadwerkelijk aansprakelijkheid bestaat – worden verhaald op de aansprakelijke. Zie art. 6:96 lid 2 sub b BW, dat in § 3.6.3 uitgebreid aan de orde kwam. De laatste jaren is de omvang van de geclaimde afwikkelingskosten door verschillende oorzaken zeer sterk gestegen: in toenemende mate wordt getracht allerlei afwikkelingskosten die voordien door benadeelde en verhaalsgerechtigden zelf werden gedragen, te verhalen op de aansprakelijke. Zie over een en ander § 3.6.3. De aansprakelijke

c.q. diens verzekeraar draagt logischerwijs zelf de door hemzélf gemaakte kosten.

De kosten gemoeid met de afwikkeling van een verhaalsdossier zijn, zoals bij elke afwikkeling van aansprakelijkheid op individueel niveau, aanzienlijk. Er wordt wel geschat dat van de bruto-opbrengst van het verhaal 5 à 15% aan behandelingskosten opgaat (administratie, schadecorrespondentie en onderhandelingen, inning, gerechtelijke kosten). Daar komt een vergelijkbaar (maar iets minder groot) percentage aan afwikkelingskosten bij aan de zijde van de aansprakelijkheidsverzekeraar. De totale directe afwikkelingskosten voor de betrokken verzekeraars en risicodragers worden al met al geschat op 15 à 25%.

Zie Kamerstukken II 1989/90, 21 528, nr. 1, p. 15, Kamerstukken II 1998/99, 26 238, nr. 3, p. 6 en Faure 1996, p. 55-56.

Alle betrokken partijen maken kosten, en zij hebben er dus veel bij te winnen om tot werkbare afspraken te komen die deze kosten reduceren. Maar dergelijke afspraken zijn niet in elk opzicht gemakkelijk te maken. Wil bijv. de afspraak dat een vast percentage wordt afgetrokken als sprake is van eigen schuld van de benadeelde, levensvatbaar zijn, dan moeten partijen over voldoende gegevens beschikken die de berekening van dat bedrag mogelijk maakt. Statistieken en actuariële berekeningen kunnen nodig zijn. Dergelijke afspraken (van enige betekenis) kunnen bovendien alleen worden gemaakt als aan de onderhandelingstafel 'repeat players' aanwezig zijn: verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers die deze afspraken op grote schaal kunnen toepassen. Zij kunnen de gevolgen van de afspraken op grotere schaal beoordelen, en daarin schuilt hun voordeel.

Een zogenaamde 'one shooter', zoals bijv. de loondoorbetalingsplichtige werkgever, is niet geïnteresseerd in de schaalvoordelen van vaste bedragen of vaste percentages: hij wil in het uitzonderlijke geval waarin hij zijn verhaalsrecht uitoefent, het onderste uit de kan. Vgl. Faure 1996, p. 65 e.v.

De rechter en de wetgever zijn niet behulpzaam bij vereenvoudiging van afwikkeling, of het moest zijn door het benadrukken van de nood-

zaak van zelfwerkzaamheid van de 'repeat players'. In het arrest *Van Keulen/Trias II* verdedigt de Hoge Raad zelfs dat de 50% en 100%-regel mede om die reden niet ook door verhaalsgerechtigden ingeroepen kunnen worden.

De 50% en 100% regels die de Hoge Raad heeft ontwikkeld voor de omvang van aansprakelijkheid jegens ongemotoriseerde verkeersslachtoffers, kunnen niet worden ingeroepen door verhaalzoekende verzekeraars en risicodragers. Zie uitgebreid § 3.4.4. De Hoge Raad laat het met zoveel woorden aan de 'repeat players' zelf over om onderling tot afspraken te komen over snellere afhandeling van verhaalsdossiers. Zie HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 m.nt. JH (Van Keulen/Trias II), waar de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt dat aan standaardisering ten behoeve van verzekeraars geen behoefte is: 'In gevallen als het onderhavige staan doorgaans, zoals ook hier, twee verzekeraars tegenover elkaar, zulks in verband met de wettelijke verplichting aan de zijde van het motorrijtuig om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, door verzekering te dekken. Verzekeraars moeten in beginsel in staat worden geacht om zelf door collectief overleg tot de door hen nodig geachte mate van standaardisering te komen.'

De beslissing van de Hoge Raad is begrijpelijk, maar zij leidt er wel toe dat afwikkeling van verhaalsdossiers aanleiding geeft tot meer juridisch gesteggel (vergeleken met de afwikkeling van de aanspraken van de benadeelde zelf), hetgeen aan snelle afhandeling en besparing van maatschappelijke kosten in de weg staat. Aldus terecht Hartlief 1998, p. 3.

De betrokken partijen (verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers) lijken inderdaad in staat om zelf vereenvoudigde schadeafwikkeling op uiteenlopende terreinen tot stand te brengen. Die vormen van 'standaardisering' en 'collectivering' van verhaalsrechten staan centraal in § 4.3.2.

§ 4.3.2 Standaardisering en collectivering

Aan de voorwaarden voor zelfregulerend vermogen is blijkbaar voldaan, want er zijn tal van afspraken op dit terrein. Zo zijn er simpele afspraken tussen verzekeraars om per aansprakelijkheidsdossier een vast bedrag te betalen voor buitengerechtelijke incassokosten. En zo

is er ook een overeenkomst tussen verschillende verzekeraars voor de vereenvoudigde afwikkeling van cascoschades.

De genoemde voorbeelden betreffen de OVS (Overeenkomst Vereenvoudigde Schaderegeling), de Regeling Buitengerechtelijke kosten materiële schade, gangbaar onder casco- en WAM-verzekeraars. Er is ook een Regeling Buitengerechtelijke kosten letsel, gangbaar onder WA(M)-verzekeraars en rechtsbijstandverzekeraars.

Het voordeel van dergelijke afspraken is dat over die geschilpunten niet langer discussie kan ontstaan. Hoe meer geschilpunten hierover in een vaste afspraak worden beslecht, hoe lager de afwikkelingskosten zijn. Het streven is dus gericht op afspraken (ook wel: convenanten) over vereenvoudigde afwikkeling van verhaalsdossiers.

Ook met sociale verzekeraars en risicodragers blijken dergelijke afspraken te kunnen worden gemaakt. In de afgelopen jaren is van die mogelijkheid in toenemende mate gebruik gemaakt. Twee soorten afspraken zijn gangbaar: afspraken die afdoening per *individueel* verhaalsdossier vereenvoudigen en dus bespoedigen (ook wel: 'standaardisering' of 'institutionalisering') en afspraken tot 'collectivering' van het verhaal.

Standaardisering en collectivering zijn overigens geen Nederlandse vondst. In Duitsland zijn sinds jaar en dag zogenaamde 'Teilungsabkommen' bekend; in Frankrijk kent men het 'Protocole d'Accord'. Zie De Haas en Hartlief 1996, p. 7 e.v. Een fraai voorbeeld van een *wettelijke* standaardisering biedt de Engelse Road Traffic (NHS Charges) Act 1999, op grond waarvan verhaal kan worden genomen voor ziekenhuisbehandeling van verkeersslachtoffers. Deze wet maakt verhaal mogelijk (tot een maximum van £ 10.000) van £ 435 per dag ziekenhuisopname. Zie Road Traffic (NHS Charges) Regulations 1999, Statutory Instruments 1999 no. 785, regulation 4. Zie nader Lewis 1999, nr. 18.20. De centraal geïncasseerde bedragen komen ten goede aan het behandelende NHS-ziekenhuis.

Standaardisering houdt in het vergemakkelijken van de afhandeling van concrete verhaalsdossier, bijv. de afspraak dat per verhaalsdossier zonder meer x-% van de gemaakte kosten worden vergoed. Voorbeelden van standaardisering zijn het Zw-convenant en het WAO-convenant.

In 1996 werd het convenant inzake afwikkeling van (oude) Zw-verhaalsaanspraken gesloten. Met het convenant werd een slepend conflict beslecht tussen WAM-verzekeraars en (toen: het TICA, nu:) het LISV over de afwikkeling van verhaalsdossiers. Het convenant – dat door het Verbond van Verzekeraars werd getekend en waar WAM-verzekeraars zich massaal bij hebben aangesloten – bepaalt onder meer dat wanneer ‘aan de vordering geen geschilpunten over schuld en causaliteit (meer) in de weg staan’, de verhaalsaanspraak van de sociale verzekeraar zonder meer wordt gehonoreerd voor 76% van het bedrag van de uitgekeerde Zw-bedragen. De aftrek van 24% beslecht het twistpunt of verhaal bruto- danwel nettobedragen betreft. Zie daarover ook uitgebreid § 3.4.2 en § 3.5.5.

In 1998 werd een vergelijkbaar convenant voor de WAO-verhaalsaanspraken van het LISV gesloten. De aangesloten WAM-verzekeraars zullen, wanneer partijen het eens zijn over de aansprakelijkheidsvraag, per individueel dossier een vast percentage (weer 76%) betalen behoudens – kort gezegd – gevallen waarin in redelijkheid kan worden getwijfeld over causaal verband tussen het ziektebeeld en de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis.

Collectivering treft men aan in het ANW-convenant (1996) tussen de SVB en Verbond van Verzekeraars en het AWBZ-convenant (1999) tussen het CZV en het Verbond van Verzekeraars. Tegen betaling van een jaarlijkse ‘lump sum’ zien de sociale verzekeraars en risicodragers af van uitoefening van álle verhaalsaanspraken jegens de aangesloten WA(M)-verzekeraars. Het doel van collectivering is dus dat helemaal geen verhaalsdossiers geopend worden. Voor effectieve collectivering komt het aan op de berekening van de ‘lump sum’.

Het ANW-convenant knoopt wat betreft de gehanteerde berekeningsmethode voor de afkoopsom bijvoorbeeld rechtstreeks aan bij verkeersongevallen. Toch geeft de SVB met het convenant álle verhaalsaanspraken tegen de aangesloten verzekeraars (en hun verzekerden) op, dus ook de aanspraken die niet uit verkeersongevallen voortvloeien. Zie voor de tekst van het convenant Sinninghe Damsté 1999, p. 87 e.v.

Ook het AWBZ-convenant heeft betrekking op zowel verkeersongevallen als andere aansprakelijkheidskwesties. Zie P.L.M. Janssen, TVP 1999/4, p. 80. Aangekondigd is dat voor de evaluatie van het AWBZ-convenant een ‘signaleringssysteem’ door het CZV wordt opgezet, dat adequate berekening van de ‘lump sum’ moet mogelijk maken. Ondui-

delijk is vooralsnog wat dit systeem inhoudt, maar het zal ongetwijfeld een methode inhouden voor schatting van het aantal verhaalbare schadegevallen en van de omvang van de verhaalbare schadelast.

De wetgever heeft de bevoegdheid tot collectivering opgenomen in de ANW, Wet REA, WAZ, Wajong, AWBZ, ZfW. Aangenomen mag echter worden dat ook zonder wettelijke grondslag het toegestaan is om te contracteren over de uitoefening van verhaalsrechten.

Zie art. 61 ANW, art. 49 Wet REA, art. 69 WAZ, art. 61 Wajong, art. 65b AWBZ en art. 83b ZfW. Voor de AWBZ en ZfW treedt het CZV bij collectivering op als wettelijk vertegenwoordiger voor de AWBZ-instansies respectievelijk de Ziekenfondsen.

De betrokkene partijen zijn naar verluidt zeer tevreden over collectivering: de meeste betrokkenen hebben zich bij de convenanten aangesloten. Dat neemt niet weg dat collectivering uitoefening van verhaalsrechten op dossierniveau nooit geheel zal kunnen uitbannen. In de eerste plaats omdat er verhaalsgerechtigde partijen zijn – zoals kleine werkgevers die zelf het loondoorbetalingsrisico dragen – die niet ‘repeat player’ zijn, die niet georganiseerd zijn, en die uiteindelijk als groep onvoldoende homogeniteit vertonen voor succesvol standaardiseren of collectivieren.

Zie over dit aspect De Haas en Hartlief 1996, p. 3 en Faure 1996, p. 65-66, alsmede Kamerstukken II 1995/96, 24 326, nr. 7, p. 8. Niet ondenkbaar is overigens dat werkgeversorganisaties voor hun leden collectivieringsafspraken met aansprakelijkheidsverzekeraars maken, aldus De Haas en Hartlief 1996, p.7.

In de tweede plaats omdat niet alle ‘repeat players’ tot afspraken bereid zijn (bijv. zij die menen meer baat te hebben bij afhandeling op concreet dossierniveau) of *in staat* zijn (bijv. buitenlandse verzekeraars die incidenteel met Nederlandse verhaalsdossiers worden geconfronteerd).

§ 4.3.3 Enige privaatrechtelijke aspecten van verhaalsconvenanten

Standaardisering en collectivering zijn in privaatrechtelijke zin over-

eenkomsten tussen (sociale) verzekeraars onderling waarin om baat afstand van verhaalsrechten plaatsvindt. Zie art. 6:160 BW. Derden kunnen behoudens derdenbeding geen rechten of plichten aan dergelijke afspraken ontleen. Bij de thans gangbare verhaalsconvenanten zijn enerzijds de verhaalsgerechtigde partij(en) en anderzijds het Verbond van Verzekeraars, als vertegenwoordiger voor de WAM-verzekeraars, partij. Deze verzekeraars kunnen intekenen op en aldus partij worden bij de overeenkomst. Maar de benadeelde zelf is geen partij. Hij wordt dan ook niet beknot in zijn schadevergoedingsrechten.

Vgl. Hof Amsterdam 9-1-1997, Vrb 1997, blz. 39 m.nt. B.J. van Wijngaarden, waarin werd bepaald dat de benadeelde niet gebonden was aan een afspraak tussen zijn rechtsbijstandverzekeraar en de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke dat een vast bedrag voor kosten van rechtsbijstand zou worden uitgekeerd.

De aansprakelijke is evenmin partij, maar de vraag dringt zich op of hij niettemin meeprofiteert van de convenanten. Dat zal in de regel het geval zijn, nu de aansprakelijkheidsverzekeraar de aansprakelijkheidslast en dus ook de verhaalslast als het ware overneemt. In die gevallen waarin het de verzekeraar is toegestaan om de verhaalslast vervolgens toch door te schuiven naar de aansprakelijke, wordt de vraag belangrijk.

Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een WAM-verzekeraar jegens de benadeelde wel tot vergoeding verplicht is, maar hij zich vervolgens mag omdraaien naar de aansprakelijke (bijv. bij dronkenschap van de bestuurder). Zie art. 6 jo. 11 jo. 15 WAM en daarover Robben 1993, p. 247 e.v.

Er is in die gevallen geen concrete schadelast die de verzekeraar kán doorschuiven naar de aansprakelijke; er is immers een convenant dat ófwel een rond bedrag per dossier, ófwel helemaal geen bedrag per dossier oplevert. Kan de (WAM-)verzekeraar niettemin enig bedrag van de verzekerde vorderen? Of kan in dit soort gevallen de sociale verzekeraar tóch tot verhaal overgaan? Enige verhaalsmogelijkheid zou aanspreken, zeker wanneer sprake is van opzettelijke schadetoebrenging. Mij lijkt het pleitbaar dat ingeval van standaardisering verhaal van het ronde bedrag kan plaatsvinden, en ingeval van collectie-

vering verhaal van een forfaitair bedrag (dat bijv. overeenkomt met het collectiveringsbedrag dat de desbetreffende WAM-verzekeraar jaarlijks voldoet, gedeeld door het geschatte aantal aansprakelijkheidsdossiers op jaarbasis).

Een andere vraag die bij standaardisering en collectivering kan rijzen, is wat het effect van dergelijke afspraken is op niet-aangesloten aansprakelijkheidsverzekeraars. Dat kan aan de orde zijn wanneer een verkeersongeval door twee motorrijtuigen is veroorzaakt, en slechts één van de twee motorrijtuigen is verzekerd bij een 'aangesloten' WAM-verzekeraar. Het andere motorrijtuig is verzekerd bij een WAM-verzekeraar die niet heeft ingetekend op het desbetreffende convenant. Kan de verhaalsgerechtigde nu toch verhaal nemen (en zo ja, voor welk deel?) op deze laatste verzekeraar? Welke gevolgen heeft dat voor de verzekeraars onderling?

Verdedigbaar is dat de oplossing moet worden gezocht in dezelfde richting als voor samenloop van aansprakelijkheid met 'immunitet'; zie daarover nader § 3.7.4.

Een laatste vraag betreft de gevolgen van collectivering voor de berekening van het polismaximum. WAM-verzekeraars zijn verplicht om een bepaalde polisdekking aan te bieden (wettelijk minimum: 2 miljoen gulden, gebruikelijk is echter 5 miljoen gulden).

Zie art. 3 WAM jo. art. 2 Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (Stb. 1987, 584 en Stb.1996, 572).

Boven het betreffende polismaximum hoeft de WAM-verzekeraar bij een verkeersongeval niet uit te keren. Als dus het bedrag aan vorderingen van de benadeelde zelf, van diens cascoverzekeraar, werkgever, LISV, ziektekostenverzekeraar etc. bij elkaar genomen het maximum overtreft, dan hoeft de verzekeraar het meerdere niet te betalen. Overschrijding van het maximum schijnt overigens zelden voor te komen. Mocht het zich niettemin voordoen, dan dient het polisbedrag te worden verdeeld onder degenen die er aanspraak op maken (art. 6 lid 2 WAM; zie over voorrang van de benadeelde hiervoor § 3.9.2). Maar door de collectivering van bepaalde verhaalsanspraken, vallen in individuele dossiers bepaalde vorderingen structureel weg (vooralsnog zijn dit alleen de ANW en AWBZ aanspraken, maar in de toekomst wellicht ook andere verhaalsanspraken). Betekent dit nu

dat er voor de overblijvende claims meer geld per polis beschikbaar komt? Dat lijkt het geval te zijn, en daarom leidt collectivering in sommige (en thans nog uitzonderlijke) gevallen tot een verhoogde schadelast van WAM-verzekeraars. Of mogen WAM-verzekeraars een forfaitair bedrag (als bijdrage aan de collectivierungs‘pot’) als het ware ‘aan zichzelf in rekening brengen’?

§ 4.4 Tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht

§ 4.4.1 Inleiding

In § 3.4.4 werd reeds een uiteenzetting gegeven over de ontwikkelingen in de rechtspraak die tot een ‘tweedeling’ in het aansprakelijkheidsrecht hebben geleid. Benadeelden die hun schade willen verhalen, hebben een ander belang bij schadevergoeding dan de instanties die verhaal trachten te nemen voor uitkeringen en verstrekkingen gedaan aan de benadeelde. Dat verschil in belang heeft ertoe geleid dat deze verhaalsgerechtigden niet worden ‘gesubrogeerd in zieligheid’, zoals de uitdrukking luidt. Die ontwikkeling is door de Hoge Raad ingezet in het arrest *IZA/Vrerink* (HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB). Zie daarover uitgebreid § 3.4.4. De inspiratie voor de tweedeling in het verkeersaansprakelijkheidsrecht, zoals die door de Hoge Raad in *IZA/Vrerink* is ingevoerd, putte de Hoge Raad uit de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (TRV). In deze slotparagraaf wordt de TRV daarom aan een nader onderzoek onderworpen (§ 4.4.1) en wordt tenslotte ook gekeken naar mogelijke ontwijkingsmanoeuvres in verband met het dwingende karakter van de TRV (§ 4.4.2).

§ 4.4.2 Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten

Met de invoering van het nieuwe BW in 1992 werd een aantal risico-aansprakelijkheden geïntroduceerd die voordien onbekend waren in ons recht. Deze introductie ging gepaard met een zekere vrees bij de wetgever dat hierdoor het aantal aansprakelijkheidsprocedures zou toenemen, en meer bepaald dat deze procedures niet zozeer zouden worden geëntameerd door de benadeelden zelf – voor wie de risico-aansprakelijkheden juist waren bedoeld – maar door hun schadeverzekeraars en door sociale verzekeraars en risicodragers. De ge-

dachte van de wetgever was dat de rechterlijke macht hierdoor wel eens overbelast(er) zou kunnen raken. Dat leek onwenselijk, nu de rechterlijke macht bij invoering van het nieuwe BW wel iets beters te doen had dan het bedienen van lustig procederende verzekeraars die snel de grenzen van de nieuwe risicoaansprakelijkheden zouden willen verkennen.

Gepaard met deze vrees ging een zekere *voorzichtigheid* van de wetgever met betrekking tot de discussie over de wenselijkheid van verhaalsrechten voor sociale verzekeraars en risicodragers. Op het moment dat deze kwestie speelde (eind jaren tachtig) was immers het lot van verhaalsrechten van sociale verzekeraars en risicodragers nog ongewis. Een van de opties die destijds nog open werden gehouden, was *afschaffing* van verhaalsrechten. Inmiddels is duidelijk dat verhaalsrechten *gehandhaafd* en in de jaren negentig – na invoering van de TRV – ook *uitgebreid* werden.

Vanwege de angst voor overbelasting van de rechterlijke macht en het (toen nog) ongewisse lot van sociale verhaalsrechten besloot de wetgever tot invoering van de TRV (Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten; art. 6:197 BW). Met invoering van de TRV werden verhaalsrechten van verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers ‘bevroren’ op het niveau zoals dat vóór invoering van het nieuwe BW bestond, in afwachting van een definitieve politieke beslissing inzake de wenselijkheid van verhaalsrechten van sociale verzekeraars en risicodragers. Bovendien werd zo de rechterlijke macht voorlopig buiten schot gelaten.

Zie nader Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1404, en daarover Van Maanen en Römers 1994, p. 14 e.v. In ander verband zijn als argument voor de TRV nog genoemd de verwachting dat een ongelimiteerd beroep door verzekeraars en risicodragers op de nieuwe aansprakelijkheden tot aanzienlijke premiestijging bij aansprakelijkheidsverzekeringen zou leiden, hetgeen een lagere WA-verzekeringsgraad met zich zou brengen. Zie bijv. Kamerstukken II 1995/96, 24 326, nr. 7, p. 9.

Er zijn geen bewijzen voor de gegrondheid van de vrees voor rechterlijke overbelasting. Er zijn namelijk geen ervaringsregels die de opvatting staven dat nieuwe aansprakelijkheden tot merkbare toename van het aantal civiele procedures leiden. Ook de invoering van het nieuwe BW heeft ook niet tot rechterlijke overbelasting geleid. Het lijkt daarom aannemelijk dat afschaffing van de TRV geen grote

toeloop van proceslustige verzekeraars zal veroorzaken. De andere argumenten voor invoering (en handhaving) van de TRV zijn – zo lijkt het inmiddels – achterhaald. Achterhaald omdat de wetgever de discussie over wenselijkheid van verhaalsrechten na invoering van het nieuwe BW nooit meer integraal heeft gevoerd. Integendeel, bij gelegenheid van de geleidelijke uitbreiding van het aantal verhaalsrechten voor sociale verzekeraars en risicodragers werd verhaal als zodanig steeds wenselijk geacht: het zou collectieve kosten drukken en de schade juist daar neerleggen waar ze behoort te liggen. Zie uitgebreid § 4.1 en 4.2.

Bij invoering van de verhaalsrechten in ANW, WAZ, WAJong, Wet REA en AWBZ in de jaren negentig werden de grenzen die de TRV aan verhaal stellen, vreemd genoeg door de wetgever stevast als vaststaand gegeven aanvaard. Het had veeleer voor de hand gelegen dat de TRV met verdere uitbreiding van het arsenaal aan verhaalsrechten in de sociale zekerheid zou worden afgeschaft. Dat had temeer voor de hand gelegen nu in de literatuur meermalen gewezen is op de inconsistenties in het wetgeversstandpunt dienaangaande.

Met name Van Maanen pleit voor afschaffing van de TRV. Zie Van Maanen en Römers 1994, m.n. p. 57 e.v., G.E. van Maanen en E. Nelissen, De positie van regresnemers in het wetsvoorstel verkeersongevallen, in: M. Faure, T. Hartlief (red.), Verkeersaansprakelijkheid in België en Nederland, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 197 e.v. en G.E. van Maanen, NJB 1998, p. 116 e.v. De argumenten die door o.a. Van Maanen tégen handhaving van de TRV zijn aangevoerd – zoals het argument dat de TRV aan zuivere kostenallocatie in de weg staat, dat de TRV het ‘mee-liften’ door de benadeelde met de verhaalsactie van zijn verzekeraar bemoeilijken kan, dat opheffing van de TRV aan de bespoediging van de afwikkeling van verhaalsdossiers kan bijdragen – overtuigen. De argumenten die destijds van regeringszijde zijn aangevoerd vóór de TRV zijn als gezegd achterhaald. Conclusie moet dus zijn dat de TRV afgeschaft dient te worden. Wellicht dat het aangekondigde nieuwe wetsvoorstel verkeersaansprakelijkheid (zie Kamerstukken II 1998/99, 25 759, nr. 5) de juiste gelegenheid is om de discussie hierover te heropenen.

4.4.3 Cessie van zieligheid en andere ontwijkingsmanoeuvres

Volgens Van Maanen en Römers 1994, p. 46 volgt uit het verbod van

art. 6:197 lid 3 BW dat de vordering van de benadeelde *onoverdraagbaar* (en dus niet verpandbaar) is. Dit betekent volgens Hartlief en Van Maanen 1996, p. 128 dat ook ontwijkende voorschot- en cessieconstructies nietig zijn. Brunner, in zijn noot onder HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (Van Keulen/Trias), lijkt een iets andere benadering te kiezen, die tot dezelfde conclusie leidt. Wanneer hij in het kader van de 50 en 100%-regel schrijft over de vordering van de benadeelde jegens de verzekerde automobilist, lijkt hij te menen dat een dergelijke vordering alleen aan de benadeelde toekomt *voorzover hij niet tegen de betreffende schade verzekerd is*. In deze benadering is de vordering dus niet zozeer onoverdraagbaar, maar *bestaat* hij veeleer simpelweg niet wanneer de benadeelde verzekerd is. Een (voorschot en) cessie is (zijn) in deze optiek dus niet nietig wegens strijd met de wet maar wegens het ontbreken van een vordering. Per saldo zullen beide benaderingen elkaar niet veel ontlopen.

In de literatuur is in dit verband ook ampel aandacht besteed aan de vraag hoe de rechter in het civiele geding tussen de benadeelde en de aansprakelijke erachter kan komen of de benadeelde verzekerd is. Zie Van Maanen en Römers 1994, p. 46 en vooral ook Hartlief en Tjittes 1999, p. 105-106. Dat impliceert dat de rechter enige actie zou moeten kunnen ondernemen naar aanleiding deze informatie. Maar kan hij dat wel? Kan hij de vordering tot vergoeding van 50 of 100% in verkeerszaken ontzeggen op de grond dat het niet om onverzekerde schade gaat? Kan de rechter bijv. een schadevergoedingsvordering uit art. 6:175 BW afwijzen omdat vaststaat dat de benadeelde een schadeverzekering heeft die de schade dekt? Ik heb hier mijn twijfels bij.

De mogelijkheid van de rechter om de ‘persoonlijke vordering’ van de benadeelde af te wijzen staat nergens met zoveel woorden in wet of rechtspraak vermeld. Het zou – het zij toegegeven – in overeenstemming zijn met de ratio van de verkeersrechtspraak van de Hoge Raad en tot op zekere hoogte ook met de ratio van de TRV.

De Hoge Raad overweegt immers in het arrest IZA/Vrerink dat de omstandigheid dat de billijkheid vordert dat de ongemotoriseerde – behoudens overmacht aan de zijde van de automobilist en behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid – tenminste 50% van zijn schade vergoed krijgt, niet wil zeggen dat ook ziektekostenverzekeraars van die slachtofferbescherming behoren profiteren. Het billijkheidsargument gaat dan niet op, zo beslist de Hoge Raad, omdat het risico aan de zijde

van het slachtoffer, zij het tegen betaling van premie, reeds door middel van een verzekering was gespreid. Dit strookt, aldus nog steeds de Hoge Raad, '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 regres-rechten van hun verzekeraars behoren te gelden.' Zie HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB (IZA/Vrerink).

Het gevolg hiervan kan zijn dat de verzekerde benadeelde rechtens *verplicht* is zich eerst tot zijn schadeverzekeraar te wenden. Als namelijk de 'persoonlijke vordering' van de benadeelde non-existent is indien hij verzekerd is tegen de betreffende schade, dan kan niet langer worden volgehouden dat de benadeelde het keuzerecht heeft tussen aansprakelijkheid en verzekering. Zie over dat keuzerecht bij particuliere schadeverzekeringsovereenkomsten hiervoor § 3.2. De benadeelde is integendeel min of meer gedwongen om zijn schadeverzekeraar tot vergoeding van zijn schade aan te spreken; kiest hij er namelijk – om wat voor reden dan ook – voor om de aansprakelijke tot vergoeding aan te spreken, dan kan die zich verweren met de stelling dat – wanneer het een verkeersongeval betreft – geen recht op vergoeding van 50 c.q. 100% bestaat omdat de betreffende schade verzekerd is! Bij de risicoaansprakelijkheden genoemd in art. 6:197 BW zou elk recht op schadevergoeding vervallen.

Nergens in wet of rechtspraak zijn concrete aanknopingspunten te vinden voor de juistheid van de stelling dat een verzekerde benadeelde in verkeersaansprakelijkheidszaken (en bij de risicoaansprakelijkheden bestreken door de TRV) geen keuzerecht meer heeft. Overigens ook niet voor de onjuistheid ervan. Mocht men willen aannemen dat de benadeelde primair zijn schadeverzekeraar moet aanspreken, dan zal de benadeelde dus moeten stellen en bewijzen dat hij zijn verzekeraar tevergeefs tot vergoeding heeft aangesproken. Maar dat bewijs is er natuurlijk zeker niet als er (beweerdelijk) geen verzekeraar is; van een dergelijke bewijsplicht wordt dus men niet veel wijzer. En welke andere gevolgen kan dit hebben: moet in het aansprakelijkheidsgeding wel in extenso worden ingegaan op kwesties als de uitleg van de dekkingsomvang van de schadeverzekeringsspolis van de benadeelde? Dat zijn niet alleen zaken waar de aansprakelijke buiten staat, maar het kan tot een rechterlijke beslissing leiden waar de verzekeraar zélf niet bij betrokken is (en waar hij dus ook niet aan gebonden is).

En wat te denken van het geval waarin de benadeelde zijn rechten jegens de schadeverzekeraar heeft verloren doordat hij een meldings termijn uit de polis ongebruikt heeft laten verstrijken? In dat geval heeft de benadeelde weinig te kiezen; hij zal de aansprakelijke tot schadevergoeding aanspreken. Het spreekt dan weinig aan om de benadeelde het schadevergoedingsrecht te ontzeggen met de mededeling dat hij maar tijdig bij zijn schadeverzekeraar had behoren te claimen. Dat is toch niet de strekking van art. 6:197 BW? Zeker in dat soort gevallen behoort het de benadeelde te worden toegestaan om vergoeding van zijn schade te vorderen van de aansprakelijke.

Rechtspraakregister

Nederland

Kantongerecht

Den Bosch 9 augustus 1986	VR 1986, 96	3.7.4
---------------------------	-------------	-------

Rechtbank

Rotterdam 19 april 1974	NJ 1975, 515	3.6.1
Alkmaar 19 december 1974	VR 1977, 88	3.9.1
Zwolle 19 juni 1985	NJ 1988, 88	3.7.1
Zutphen 26 maart 1987	NJ 1988, 719	3.7.2
Zwolle 31 maart 1993	NJ 1993, 684	3.5.3
Breda 5 maart 1996	NJ 1997, 433	3.4.1

Gerechtshof

Arnhem 8 januari 1964	NJ 1964, 333	3.7.4
Arnhem 20 oktober 1969	NJ 1970, 72	3.7.2
Arnhem 20 januari 1976	NJ 1978, 408	3.7.3
Den Haag 23 januari 1986	VR 1987, 112	3.7.2
Den Haag 18 april 1995	VR 1996, 23	3.6.2
Arnhem 26 maart 1996	VR 1997, 133	3.6.2
Den Haag 19 november 1996	VR 1997, 74, NJkort 1997, 9	3.5.2
Den Bosch 22 maart 1999	VR 1999, p. 316	3.8.3

Hoge Raad

28 februari 1913	NJ 1913, p. 587	3.1
5 december 1929	NJ 1930, p. 1055	3.4.1
24 januari 1930	NJ 1930, p. 299	3.2.3, 3.4.5

3 april 1930	NJ 1930, p. 1407	3.2.2
31 december 1931	NJ 1932, 419	2.2, 3.5.1
15 februari 1935	NJ 1935, 417	3.3.1, 3.3.3
3 januari 1936	NJ 1936, 78	3.1
5 mei 1938	NJ 1938, 707	3.3.1, 3.3.2,
8 december 1938	NJ 1939, 545	3.5.2, 3.8.3
10 januari 1941	NJ 1941, 824	3.5.3
23 juli 1946	NJ 1946, 545	3.5.1
27 maart 1953	NJ 1953, 617	3.5.2
17 januari 1958	NJ 1958, 80	3.5.1
13 maart 1959	NJ 1962, 338	3.1
8 januari 1960	NJ 1960, 127	3.7.2
24 januari 1964	NJ 1964, 465	3.1, 3.5.3
13 januari 1967	NJ 1967, 60	3.7.4
20 juni 1969	NJ 1969, 374	2.2, 3.4.1,
		3.7.2
6 november 1970	NJ 1971, 76	3.7.2
9 juni 1972	NJ 1972, 360, VR 1973, 5	3.4.4
12 januari 1973	NJ 1973, 177	3.4.1
2 februari 1973	NJ 1973, 225	3.7.3
1 februari 1974	NJ 1974, 391	3.4.2, 3.5.5
10 mei 1974	NJ 1975, 3	3.5.3
11 april 1975	NJ 1975, 373, VR 1976, 58	3.7.3
10 oktober 1975	NJ 1976, 175, VR 1976, 24	2.4
7 november 1975	NJ 1976, 332, VR 1976, 25	3.6.1, 3.7.2
4 juni 1976	NJ 1977, 4, VR 1978, 21	3.5.3
5 november 1976	NJ 1978, 72, VR 1978, 66	3.2.3
30 juni 1978	NJ 1978, 685, VR 1979, 61	3.4.4
9 februari 1979	NJ 1979, 400	3.8.2
29 juni 1979	NJ 1980, 33, VR 1979, 93	3.7.2
30 november 1979	NJ 1980, 134	3.5.3
11 juni 1982	NJ 1983, 583, VR 1982, 62	3.7.3
3 december 1982	NJ 1983, 400, VR 1983, 26	3.4.4
6 mei 1983	NJ 1983, 584, VR 1983, 53	3.6.1, 3.7.1,
		3.7.3
20 mei 1983	NJ 1984, 649, VR 1984, 7	3.7.4
19 april 1985	NJ 1985, 209, VR 1985, 109	3.7.3
24 mei 1985	NJ 1985, 732, VR 1986, 16	3.4.1
13 december 1985	NJ 1986, 246, VR 1987, 15	3.4.1, 3.4.2
17 oktober 1986	NJ 1987, 317, VR 1988, 48	3.4.5

9 januari 1987	NJ 1987, 506, VR 1987, 107	2.5
13 februari 1987	NJ 1987, 602, VR 1988, 75	3.7.2
12 juni 1987	NJ 1988, 39, VR 1987, 130	3.4.4
26 juni 1987	NJ 1988, 536, VR 1987, 131	3.7.3
17 november 1987	NJ 1989, 48, VR 1988, 45	3.4.2
20 mei 1988	NJ 1988, 1032	3.7.2
4 november 1988	NJ 1989, 751, VR 1989, 97	3.4.4
2 juni 1989	NJ 1990, 726, VR 1989, 144	3.4.1
18 mei 1990	NJ 1990, 565	3.8.1
1 juni 1990	NJ 1991, 720, VR 1990, 174	3.4.4
22 juni 1990	NJ 1991, 760, VR 1991, 48	3.5.2
26 oktober 1990	NJ 1991, 231	3.8.1
7 december 1990	NJ 1991, 596, VR 1991, 116	3.7.2
25 januari 1991	NJ 1992, 706, VR 1994, 36	3.7.3
31 mei 1991	NJ 1991, 721, VR 1991, 119	3.4.4
4 oktober 1991	NJ 1992, 410, VR 1992, 49	3.7.2
13 december 1991	NJ 1992, 316, VR 1992, 147	2.4
28 februari 1992	NJ 1993, 566, VR 1992, 93	3.4.4, 4.4.1
10 december 1993	NJ 1995, 493, VR 1994, 99	3.7.3
11 februari 1994	NJ 1995, 494, VR 1994, 100	3.7.3
18 februari 1994	NJ 1995, 607, VR 1994, 148	3.5.2, 3.6.3, 3.8.3
25 februari 1994	NJ 1995, 608, VR 1994, 149	3.4.1
10 augustus 1994	NJ 1995, 58, VR 1995, 116	3.5.4, 3.6.1
16 september 1994	NJ 1996, 329, VR 1994, 242	3.3.1, 3.7.2
30 september 1994	NJ 1996, 196	3.4.5
23 december 1994	NJ 1996, 349, VR 1995, 185	3.4.1
13 januari 1995	NJ 1997, 175, VR 1995, 96	3.4.4
10 maart 1995	NJ 1997, 525, VR 1995, 183	3.8.1, 3.9.2
2 juni 1995	NJ 1997, 700-702, VR 1995, 145-147	3.4.4
2 juni 1995	NJ 1997, 702, VR 1995, 147	4.4.3
28 juni 1996	NJ 1997, 102	2.4
7 november 1997	NJ 1998, 384, VR 1998, 106	3.8.3
25 december 1997	NJ 1998, 400, VR 1998, 28	3.4.4, 3.6.3
23 januari 1998	NJ 1998, 707	3.4.5
24 april 1998	NJ 1998, 603	3.4.5
19 juni 1998	NJ 1999, 533	3.4.2, 3.6.1
16 oktober 1998	NJ 1999, 196, VR 1999, 61	3.6.3
6 november 1998	NJ 1999, 220, VR 1999, 62	4.1.1

19 februari 1999	NJ 1999, 428	3.7.2
7 januari 2000	RvdW 2000, 14	2.3, 3.5.3

Centrale Raad van Beroep

15 februari 1995	AB 1995, 426	3.5.3
28 november 1996	TAR 1997, 23	3.5.3

Overig

Benelux-Gerechtshof		
26 juni 1996	NJ 1997, 526, VR 1996, 220	3.9.2

Verenigd Koninkrijk

Metropolitan Police District Receiver v. Croydon Corp.	[1957] 2 QB 154 (C.A.)	2.3, 2.4
Berriello v. Felixstowe		
Dock & Railway Co	[1989] 1 WLR 695 (C.A.)	2.2
Napier and Ettrick v. Hunter	[1993] 1 AC 713	3.9.2
Hassal v. Secretary of State for social security/Pether v. same	[1995] 2 WLR 812 (C.A.)	3.5.2
Neal v. Bingle	[1998] 2 WLR 57 (C.A.)	2.3

Oostenrijk

OGH 22 november 1995	VersR 1997, p. 91	3.4.5
----------------------	-------------------	-------

Duitsland

BGH 7 juli 1996	VersR 1996, p. 1258	3.7.2
-----------------	---------------------	-------

Trefwoordenregister

Aansprakelijkheidsdrempel	3.4.1
Aansprakelijkheidsuitsluiting	3.4.5
Aansprakelijkheidsverzekeraar; zie: verhaalsrecht	
AAW	4.2.3
Abstracte schadeberekening	3.6.2
Action directe	3.4.4, 3.6.1
Administratiekosten	3.6.3, 4.3.1
Afkoopsom	3.5.4
Afschaffing van verhaalsrechten	4.4.2
Afstand van verhaal	3.9.1
Afwikkelingskosten	4.3.1
Arbeidskrachten, flexibele	3.7.2
Arbeidsongeschiktheidsuitkering	3.5.2
Arbeidsrust	3.7.1, 3.7.2, 4.2.2
Arbeidsverhouding	3.7.1
Artsen	4.1.2, 4.2.1
BBR 1984	3.9.1
BBR 2000	3.9.1, 4.1.1
Bedrijfsongevallen	3.7.2
Bedrijfsvereniging	1.2
Beginselen van behoorlijk bestuur	3.8.1
Behoorlijke verhaalsuitoefening	3.8.1
Belastingheffing (zie ook: bruto-/nettoverhaal)	3.4.2, 3.5.4, 4.2.2, 4.2.3
Benadelingsverbod; zie: subrogatie	
Betaling aan een onbevoegde	3.2.2
Betaling te goeder trouw	3.2.2, 3.2.3, 3.3.2
Betaling, bevrijdende	3.2.2, 3.3.2
Betaling, opschorting van	3.2.2
Bewijsstukken	3.9.3
Billijkheidscorrectie	3.4.4

Boedelmenging	3.4.4
Bonus/malus korting; zie: no-claim korting	
Borgtocht	2.1, 2.4
Bruto-/nettoverhaal	3.4.2, 4.3.2
Bruto-opbrengst verhaal	4.3.1
Budgettaire motieven; zie: financiële motieven	
Buitengerechtelijke incassokosten	3.6.3
Causaal verband tussen uitkering en schadeveroorzaken- de gebeurtenis	3.5.2
Causaal verband, ruim	3.4.4
Causale verdeling	3.4.4
Cessie	2.5, 4.4.3
Cijfermateriaal	4.1.2
Civiel plafond	3.2.1, 3.4.1, 3.4.5, 3.5.1, 3.8.3
Civiele drempel	3.4.1
Collectief van autobezitters	4.2.2, 4.2.3
Collectief van verzekerden	4.1.2
Collectivering	4.3.2
Collega (zie ook: werknemer)	3.7.2
Concernverhoudingen	3.7.2
Congruentie	3.5.1
Constructies; zie: cessie	
Contante waarde (zie ook: som ineens)	3.5.4
Convenant	
– ANW-convenant	4.3.2
– AWBZ-convenant	4.3.2
– derdenbeding	4.3.3
– derdenwerking	4.3.3
– effect van – op verhaalsdossier	4.3.3
– verhaal op de aansprakelijke	4.3.3
– WAO-convenant	4.3.2
– Zw-convenant	4.3.2
Coulance-uitkering	3.5.3
Derdenbeding	3.9.1, 4.3.3
Directe actie	3.4.4
Draagkracht	3.8.1, 3.9.2
Dubbele dekking	2.4

Eigen schuld	3.4.4, 3.8.2
Eigen schuld verhaalsgerechtigde	3.8.2
Einddatum ,statistische	3.5.3
Exoneratie	3.4.5
Expertisekosten	3.6.3
Familieband	3.6.3
Familieleden	3.7.3
Financiële motieven	1.4, 2.1
Flexibele arbeidskrachten	3.7.2
Fondsvorming	4.2.2
Formele rechtskracht	3.5.3
Fruitmand	3.5.1
Gemeenschap van goederen	3.7.3
Geweldsmisdrijven	4.2.1
Gezag van gewijsde	3.3.1
Gezinsleden	3.7.3
Grove schuld	3.7.1
Hanteerbaarheid van verhaalsrechten	3.4.2
Honder procentsregel	3.4.4, 4.3.1, 4.4.3
Hoofdelijkheid	1.3, 2.6
Immunitet	3.7.1
Immunitet van werkgever en werknemer	3.7.2, 4.2.2
Incassokosten	3.6.3
Indemniteitsbeginsel	3.2.2
Informatieplicht	3.9.3
Ingebrekestelling	3.6.2
Inhoudingsplicht	3.5.4
Inkomensschade	3.6.2
Inkomstenderving	3.4.2, 3.5.1
Inlener	3.7.2
Institutionalisering; zie: standaardisering	
Invaliditeitspensioen	3.5.2
Kanalisisatie van aanspraken	3.3.1
Kapitalisatie	3.4.2, 3.5.4
Keuzerecht	3.2.1, 3.3.1, 4.4.3

Knock-for-knock overeenkomsten	3.9.1
Kosten van verhaal	4.1.2
Kosten, spreiding van –	4.1.2
Kosten/baten afweging	3.8.1
Kostenallocatie	4.2.2, 4.2.3
Kostenbeheersing; zie: prikkel tot kostenbeheersing	
Kostwinner	3.5.3
Kring van gerechtigden	3.5.1
Kring van gerechtigden bij letselschade	2.4, 2.5
Letselschade	3.7.2, 4.1.2
Letselschade, kring van gerechtigden bij –; zie: kring van gerechtigden bij letselschade	
Levensonderhoud	3.4.5
Limitering	3.4.5
Loondoorbetaling in termijnen	3.4.2
Loondoorbetaling(splicht)	1.1, 1.2, 2.4, 2.5
Lump sum	4.2.2, 4.3.2
Maatschappelijke rol van verzekeraars; zie: verzeke- raars, maatschappelijke rol van	
Matiging	3.4.5
Mede-aansprakelijkheid	3.7.3
Mededelingsplicht	3.9.3
Medeschuld verhaalsgerechtigde	3.8.2
Medeverzekerde	3.7.1, 3.7.3
Medewerkingsplicht	3.9.3
Misbruik van recht	3.8.1
Nabestaandenuitkering	3.5.2
Na-risico	2.4
Nemo plus-regel (zie ook: verweermiddelen)	2.1, 3.4.1, 3.4.5, 3.8.3
Nevenrechten	3.6.1
NHS Charges	4.3.2
Nihilbeding	3.4.5
No-claim korting	4.2.1

Ongerechtvaardigde verrijking; zie: verrijking, voorkoming van	
Ongevallenwet 1901	3.3.3
Ongevallenwet 1921	3.3.3, 3.7.2
Onmogelijkheid van verhaal	4.1.2
Ontoereikende verzekeringssom, verdeling van	4.3.3
Onverplichte uitkering	3.5.3
Onverzekerde schade	4.4.3
Opbrengsten van verhaal	4.1.2
Opzet	3.7.1, 3.7.2
Opzettelijke schadetoebrenging	4.1.1, 4.3.3
Ouderdomspensioen	3.5.2
Overbelasting rechterlijke macht	4.4.1
Overmacht	3.4.4
Particulieren, verhaal op; zie: verhaal op particulieren	
Partnerschap, geregistreerd	3.7.3
PEMBA	4.1.2
Percentage, vast	4.3.2
Polismaximum	4.3.3
Ponds-ponds verdeling	3.9.2
Premie	1.2
Premieafdracht	3.5.4
Premiedifferentiatie	4.2.2
Premies, verhaal voor (zie ook: bruto-/nettoverhaal)	3.5.4
Premiestijging	4.4.2
Preventieve werking	4.2.1
Prikkel tot kostenbeheersing	4.2.1
Primaire maatstaf	3.4.4
Proceslust	4.4.2
Processuele complicaties	3.3.1
Protocolle d'Accord	4.3.2
Rechterlijke macht, overbelasting van de –	4.4.1
Rechtsverwerking	3.4.5, 3.8.1
Redelijkheid en billijkheid	2.4, 3.8.1
Rente, wettelijke	3.6.2
Repeat players	4.3.1, 4.3.2
Restvordering van de benadeelde	3.9.2
Risico-aansprakelijkheid	4.4.3

Risicodrager	1.2, 1.3
Risque professionel/social	3.7.2
Roekeloosheid, bewuste	3.7.2
Samenwonenden	3.7.3
Schaalvoordelen	4.3.1
Schade van de verzekeraar	3.5.2
Schadeafwikkeling	4.1.2
Schadeberekening	3.4.2
Schadefonds Geweldsmisdrijven	3.1, 4.1.1
Schadestaatprocedure	3.5.2
Schatting	3.5.4
Schikking	3.2.2, 3.3.3
Schikking te goeder trouw	3.2.3
Signaliseringssysteem	4.3.2
Slachtofferbescherming	3.4.4, 3.6.1, 4.4.3
Som ineens (zie ook: bruto/netto-verhaal)	3.4.2
Sommenverzekeraar; zie: verhaalsrecht	
Spreiding van kosten	4.1.2
Standaardisering	3.4.4, 4.3.1, 4.3.2
Statistische einddatum	3.5.3
Subrogatie	
– benadelingsverbod	3.2.2, 3.2.3, 3.4.5
– de ratio van –	2.1, 2.2
– historische achtergronden	2.1
– moment van –	3.2.2
– nevenrechten, overgang van	3.6.1
– Schadefonds geweldsmisdrijven	3.1
– ‘subrogatie in zieligheid’	4.4.1
Taxatiekosten	3.6.3
Teilungsabkommen	4.3.2
Terugbetalingsplicht	3.2.2
Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten	3.4.4, 4.4.1, 4.4.3
Toekomstige schade	3.4.2, 3.5.4
Transactiekosten; zie: afwikkelingskosten	
Tweedeling in het aansprakelijkheidsrecht	3.4.4
Uitbreiding van verhaalsrechten	4.4.2
Uitkering, aard van de	3.5.2

Uitkeringsbesluit, toetsing van	3.5.3
Uitlener	3.7.2
Uitsluiting, wettelijke – van aansprakelijkheid	3.7.2
Vaststellingskosten	3.6.3
Vaststellingsovereenkomst; zie: schikking	
Veiligheidsnormen	3.4.4
Vereenvoudigde afdoening	4.3.1
Verhaal op particulieren	4.1.1
Verhaal, budgettaire motieven voor; zie: financiële motieven	
Verhaal, kosten van; zie: kosten van verhaal	
Verhaal, onmogelijkheid van ; zie: onmogelijkheid van verhaal	
Verhaal, opbrengsten van; zie: opbrengsten van verhaal	
Verhaalsmaximum	3.4.1
Verhaalsplicht	3.8.1
Verhaalsrecht	
– van de aansprakelijkheidsverzekeraar	2.4
– van de WAM-verzekeraar; zie: WAM-verzekeraar, het verhaalsrecht van de –	
– van de werkgever (zie ook: loondoorbetalingsplicht)	2.4, 3.5.1, 3.7.2
– van gemeenten op grond van de ABW	3.4.5
– van sommenverzekeraars	3.5.1
– zelfstandig wettelijk verhaalsrecht	2.6
Verhaalsrecht Waarborgfonds Motorverkeer	3.8.3
Verhaalsrechten	
– afschaffing van; zie: afschaffing van verhaalsrechten	
Verhaalsrechten	
– uitbreiding van; zie: uitbreiding van verhaalsrechten	
Verhaalsvolume	4.1.2
Verjaring	2.6, 3.8.3
Verkeersaansprakelijkheid	3.4.4, 4.1.2
Verplichte verzekering	4.1.2
Verplichtheidsvereiste	3.5.1, 3.5.3
Verrijking, voorkoming van	2.2, 2.3, 2.4
Verweermiddelen	2.5, 3.2.2, 3.4.1, 3.4.5
Verzekeraar	1.2

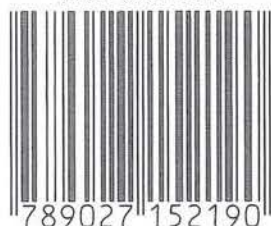
Verzekeraars, maatschappelijke rol van	4.1.1
Verzekerde	3.7.1, 3.7.2
Verzekeringnemer	3.7.1
Verzekeringsovereenkomst	3.1
Verzekeringssom, overschrijding van de; zie: ontoereikende verzekeringssom, verdeling van	
Verzuim	3.6.2
Vestzak/broekzak-argument	4.2.3
Vijftig procent-regel	3.4.4, 4.3.1, 4.4.3
Volksverzekering	3.7.2
Voordeeltorekening	2.2
Voorrang benadeelde	3.9.2
Voorrecht op de verzekeringspenningen	3.4.4, 3.6.1
Voorschot- en cessieconstructie; zie: cessie	
Vordeeltorekening, verplichte	3.1, 3.3.1
Vriendschapsband	3.6.3
Vrijwillige verzekering	3.1
Waarborgfonds Motorverkeer	3.6.1, 3.8.3, 4.1.1
WAM-verzekeraar, het verhaalsrecht van de –	2.4
WAM-verzekering	4.1.2
Wegbeheerder	4.1.2
Wegdenkprocedé	3.4.1
Wegenbelasting	4.2.2
Werkgever	1.1, 3.7.2
Werkgever, verhaal op de –	3.7.2
Werknemer	3.7.1
Wettelijke rente	3.6.2
Ziekenfonds	1.2
Ziekenhuiskosten	3.4.2
Ziekenhuizen	4.1.2
Zorgvuldigheidsnorm	3.4.5

Deze studiepocket gaat over verhaalsrechten van verzekeraars, sociale verzekeraars en risicodragers. Deze rechten - ook wel regresrechten genoemd - maken het mogelijk om verzekeringsuitkeringen, vergoedingen en verstrekkingen aan de benadeelde van een onrechtmatige daad te verhalen op degene die aansprakelijk is voor de toegebrachte schade.

Verhaalsrechten vormen dus een kruispunt van het aansprakelijkheidsrecht, verzekeringsrecht en vaak ook het socialeverzekeringsrecht. Het verhaalsrecht betreft bovendien altijd meer dan twee betrokkenen: benadeelde, aansprakelijke, aansprakelijkheidsverzekeraar, schadeverzekeraar en sociale verzekeraar hebben elk hun rol in het geheel. Dit alles maakt het lastige materie, die niet tot de dagelijkse kost behoort van privaatrechtelijk georiënteerde juristen. Daar komt nog bij dat het onderwerp enerzijds een hoog 'juridisch-technisch' gehalte heeft en anderzijds 'grotere' vraagstukken herbergt van sociaal-economische aard. Bovendien bestaan er verschillende wettelijke regelingen, met een op detailniveau uiteenlopende vormgeving. Kortom: genoeg bomen om het bos kwijt te raken. In deze pocket wordt daarom een schets gegeven van de verschillende verhaalsrechten en van hun aard en herkomst. In vier hoofdstukken wordt vanuit overwegend privaatrechtelijke optiek gekeken naar de achtergronden, fundamenten, techniek en de rechtspolitiek van verhaalsrechten.

W.H. van Boom (1969) is sinds 1999 als universitair hoofddocent verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. Hij promoveerde aldaar in 1999 op het proefschrift 'Hoofdelijke verbintenissen'.

ISBN 90-271-5219-5
NUGI 692/206.



9 789027 152190 >