

Het verhaalsrecht van verzekeraars en risicodragers

aard, omvang en uitoefening

1. Inleiding

Wanneer een werknemer letsel heeft voelen meerdere personen de financiële gevolgen daarvan: sociale verzekeraars (bijv. ziekenfondsen en bedrijfsverenigingen), particuliere verzekeraars (bijv. ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeraars), de werkgever die loon doorbetaalt of op andere wijze schade lijdt en natuurlijk de gelaedeerde zelf (of zijn naasten) die materiële en immateriële schade lijdt (lijden).

Het is geen vanzelfsprekendheid dat wanneer de schade teweeg is gebracht door een gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat, al deze groepen benadeelden hun schade kunnen verhalen op de aansprakelijke veroorzaker. Naast de beperkingen die de artikelen 6:106, 107 en 108 BW aanbrengen op ontstaan en hoogte van de verschillende schadevergoedingsvorderingen, wordt al enige tijd ook discussie ten gronde gevoerd over de wenselijkheid van verhaalsrechten van met name sociale verzekeraars. De bezwaren die tegen deze verhaalsrechten bestaan spitsen zich met name toe op de macro-economische uitwerking ervan.¹ De op dat punt gesignaleerde problemen zijn echter geenszins de enige; meer juridisch-technische problemen doen zich bij het verhaalsrecht ook in grote mate voor. In dit artikel geven wij een overzicht van een aantal van de belangrijkste juridisch-technische problemen. Zij zouden ons inziens in bovenbedoelde discussie dienen te worden meegewogen.

In hetgeen hierna volgt zullen wij aangeven of en in hoeverre een bestaand verhaalsrecht kan worden uitgeoefend door de sociale en particuliere verzekeraar, welke problemen zich voordoen bij het vaststellen van de bedragen die kunnen worden verhaald, en de kring van personen waarop verhaald kan worden. Wij zullen in dat kader niet alleen wijzen op de verschillen tussen wettelijke verhaalsrechten van sociale verzekeraars of risicodragers en het gesubrogeerde verhaalsrecht van de particuliere verzekeraar. Ook zal in voor-

komende gevallen worden ingegaan op verschillen in (de uitoefening van) de verhaalsrechten tussen de sociale verzekeraars onderling. Wij laten de positie van de particuliere werkgever en andere derden zoals nabestaanden hier buiten beschouwing; de discussie over de wenselijkheid van verhaalsrechten als zodanig laten wij ook voor wat deze is.

2. De aard van het verhaalsrecht

2.1. subrogatie

De gelaedeerde die een bepaald risico heeft verzekerd bij een particuliere verzekeraar, kan indien het verzekerd voorval zich voordoet de verzekeraar tot betaling aanspreken. Is het voorval een gebeurtenis waarvoor naar burgerlijk recht aansprakelijkheid jegens de gelaedeerde bestaat, dan kan de gelaedeerde kiezen wie hij aanspreekt: de verzekeraar of de aansprakelijke. Spreekt hij zijn verzekeraar aan, dan wordt deze na betaling van de verzekeringspremie gesubrogeerd in de rechten van de gelaedeerde tegen de aansprakelijke (art. 284 K). Dat wil zeggen dat de betreffende schadevergoedingsvorderingen onder bijzondere titel van rechtswege overgaan op de verzekeraar. De subrogatie kent een aantal bijzonderheden. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een contractuele verplichting van de verzekeraar om uitkeringen te doen aan de gelaedeerde. Ontbreekt deze, dan gaan de vorderingen niet over.² In de tweede plaats gaan de vorderingen over in de staat waarin zij zich be-

1. Zie recentelijk *Beekman*, PS 1995, p. 1224-1236; *Bloembergen VR* 1995, p. 1-4; *NJB* 1994, p. 117-123; *Hartlief en Van Maanen*, *NTBR* 1994, p. 75-78; *Van Maanen*, *A&V* 1994, p. 91 e.v. Vgl. *Hartlief en Van Maanen*, *SMA* 1991, p. 292-302. Voor oudere literatuur zie *Isblt*, *Schadevergoeding (Bolt)*, art. 108, aant. 61 en 89.

2. *Scheldtema-Mijnssen*, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, *Alphen aan de Rijn* 1991, p. 256-257; *Van der Burg*, *Schade- en sommenverzekering, geschilrechter*.

vonden in het vermogen van de gelaedeerde zelf. Alle verweren die de aansprakelijke kan ontlenen aan zijn rechtsbetrekking met de gelaedeerde, kunnen worden tegengeworpen aan de verzekeraar. Eigen schuld, limitering of exoneratie van aansprakelijkheid, verjaring, afstand of schikking voor de overgang van de vordering: het zijn allemaal verweren die de verzekeraar tegen zich moet laten gelden.³ Verwant hieraan is het congruentievereiste. Voor elke schadepost afzonderlijk die de verzekeraar heeft vergoed moet worden bekeken of de gelaedeerde deze ook had kunnen vorderen. Schadeposten die de gelaedeerde niet had kunnen vorderen, kan de verzekeraar evenmin vorderen.

2.2. het zelfstandige verhaalsrecht

De sociale verzekeraar die op grond van de Ziekwet (Zw), Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Militairen (WAMil) of Ziekenfondswet (Zfw) uitkeringen heeft gedaan, komt een zelfstandig verhaalsrecht toe.⁴ Hetzelfde geldt op grond van de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren (VOA)

1. 1990, p. 176; Mulder, VR 1985, p. 389; dezelfde, VA 1981,

p. 260. Vgl. voor België art. 41 Verzekeringwet 1992 waartoe Schuermans, RW 1993, p. 718. Het vereiste van verplichte betaling valt onder werking van art. 7.17.2.25 lid 2 Oudwv. NBW; zie Van Dam in: Verzekering naar komend recht, p. 103; Van der Burg, a.w., p. 178-179.

3. Schellema-Mijnssen, a.w., p. 259-260.

4. Art. 90 lid 1 WAO, art. 52a Zw, art. 83b lid 1 Zfw, art. 8 WAMil. Vgl. art. 2 VOA.

5. Deze uitsluiting van het vorderingsrecht wordt gelezen in de verplichte voordeelstoerekening van de artikelen 89 WAO, 52 Zw en 83a Zfw. Zie – evenszins onduidelijk geformuleerd – HR 16-9-1994, RvdW 1994, 176 (Nationale Nederlanden / Wondsend AO 1816), rov. 3.3. Vgl. p. 1225 Beckman, t.a.p. Van Maanen & Römers, De Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten, Nijmegen 1994, p. 42; Hartlief & Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid, Deventer 1994, p. 59; Asser-Hartkamp I, nr. 491.

6. Zo reeds voor de Ongevalwet 1921 HR 15-2-1935, NJ 1935 417 nt. EMM (Rijksverzekeringbank / Tolenaars), HR 5-5-1938, NJ 1938, 707 nt. EMM (Van Westerveld & Van Nieuw Amerongen / Centrale Werkgevers Risco Bank) en HR 8-12-1938, NJ 1939, 545 nt. EMM (Rijksverzekeringbank / Schönberger).

7. Knol, Vergoeding van letselschade, Zwolle 1986, p. 101, 108; Bolt, Voordeelstoerekening, Deventer 1989, p. 238-239; Hamer, WPNR 5935, p. 631-632; Mulder-Sietra, SMA 1993, p. 719; MacLean, VR 1986, p. 282; Van den Heuvel, WPNR 4614, p. 39; WPNR 4616, p. 61-62; Slagter, VR 1963, p. 3, 6, 25, 26; losbl. WAO (Sociale Verzekeringswetten), art. 90, aant. 2, losbl. Zw (Sociale Verzekeringswetten), art. 52a, aant. 2; A-G Ten Kate in zijn concl. voor HR 9-2-1979, NJ 1979, 401 nt. FHJM (Interpolis, Bedrijfsvereniging Metaalindustrie). Zie ook Kotz, Deliktrecht, Berlijn 1994, rdur. 604 alsmede Rutland, Jus 1984, p. 71.

8. Mulder VA 1981, p. 249.

ten aanzien van het publiekrechtelijk lichaam zoals de Staat of het ABP dat aan een ambtenaar uitkeringen doet.

In tegenstelling tot wat geldt bij particuliere verzekeringen, lijkt de gelaedeerde niet de vrije keuze te hebben om de door sociale verzekeringen gedekte risico's zelf te verhalen op de aansprakelijke. Uit de betreffende wetsbepalingen volgt ons inziens dat de gelaedeerde alleen de sociale verzekeraar kan aanspreken. In zijn verhouding tot de aansprakelijke persoon worden de uitkeringen en verstrekkingen 'verplicht' als voordeel toegerekend.⁵

Het verhaalsrecht is geen gesubrogeerd maar een zelfstandig recht dat nooit in het vermogen van de gelaedeerde heeft vertoefd.⁶ Dit is een structureel ander uitgangspunt dan in het privaatrechtelijke verzekeringsrecht geldt. Toch liggen aan beide soorten verhaalsrechten dezelfde twee beginselen ten grondslag. In de eerste plaats acht men het niet wenselijk dat de omstandigheid dat de veroorzaakte schade door een verzekering (deels) wordt vergoed, ten voordele strekt aan de aansprakelijke persoon. Teneinde hem niet te laten profiteren van deze verzekeringen bestaat het verhaalsrecht. In de tweede plaats mag het verhaal niet zo ver gaan dat de veroorzaker meer zou moeten vergoeden aan de verzekeraar dan hij naar burgerlijk recht verplicht zou zijn geweest te vergoeden aan de gelaedeerde.

De uitwerking van deze twee beginselen verschilt. De begrenzing van het verhaalsrecht van de particuliere verzekeraar is een natuurlijke: door subrogatie krijgt de verzekeraar de vordering(en) van de gelaedeerde en kan dus niet meer of anders vorderen dan de gelaedeerde zelf.⁸ De begrenzing van het recht van de sociale verzekeraar is gecompliceerder: het uitgangspunt bij berekening van de omvang van het verhaalsrecht is dat de sociale verzekeraar maximaal het bedrag kan vorderen dat de gelaedeerde zelf zou hebben kunnen vorderen wanneer de sociale verzekering zou hebben ontbroken (civiel plafond) minus het bedrag dat de gelaedeerde thans in werkelijkheid nog te vorderen heeft (restvordering), tenzij het geheel van verhaalbare kosten, uitkeringen en verstrekkingen lager is (het verhaalsmaximum).

Voor het gebruik van een zelfstandig verhaalsrecht in de verschillende sociale verzekeringswetten zijn vaak twee argumenten gehanteerd. In de eerste plaats zijn de eisen die aan de samenstelling van het maximaal te verhalen bedrag – een eventueel lager civiel plafond even buiten beschouwing gelaten – gesteld worden, zeer licht. Sinds 1946 geldt namelijk dat

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'.

De verhaalzoekende behoeft niet aan te tonen dat elke gevorderde schadepost congruent is aan een schadepost die de gelaedeerde zelf zou hebben kunnen vorderen.⁹ Het gesubrogeerde verhaal van de particuliere verzekeraar uit art. 284 K is wel onderworpen aan het congruentievereiste. In de tweede plaats kan de gelaedeerde het verhaalsrecht niet frustreren door een schikking aan te gaan met de aansprakelijke of door rechtstreeks van hem betaling te vorderen. Anders dan bij privaatrechtelijke verzekeringen is het recht van de gelaedeerde om van de aansprakelijke schadevergoeding te vorderen die tevens door de sociale verzekering is gedekt, wettelijk uitgesloten.¹⁰ En aangezien het sociale verhaalsrecht een eigen recht is, kan een schikking of een betaling aan de gelaedeerde de aansprakelijke niet bevrijden tegenover de sociale verzekeraar of risicodragers.¹¹ De wetgever had dit laatste bezwaar dat aan subrogatie kleefte, echter ook op andere wijze kunnen weggenomen. In plaats van een zelfstandig verhaalsrecht in het leven te roepen, had men er ook voor kunnen kiezen de bestaande en toekomstige rechten van de gelaedeerde op het moment van het ongeval van rechtswege over te laten gaan op de sociale verzekeraar of risicodragers. Aldus zou men de tegenwerpbaarheid van eventuele later getroffen schikkingen kunnen ecarteren.¹² Aan de werking van een aan het ongeval voorafgaande exoneration kan men met een dergelijke wettelijke overgang weliswaar niet ontkomen, maar het thans door de wetgever gehanteerde zelfstandige verhaalsrecht kan aan dat probleem ook niet helpen. Dat verhaalsrecht is immers gemaximeerd door het zogenaamde civiele plafond: de verhaalzoekende kan niet meer vorderen dan de gelaedeerde in totaal zelf zou hebben kunnen vorderen. De exoneration heeft tot gevolg dat de gelaedeerde zelf niet zou hebben kunnen vorderen, en de verhaalzoekende is daaraan gebonden.

Het enige voordeel van het zelfstandig verhaalsrecht ten opzichte van het 'gesubrogeerde' verhaalsrecht dat dan overblijft is het ontbreken van het congruentievereiste; de rechter hoeft niet per schadepost na te gaan of de gelaedeerde die zelf ook zou hebben kunnen vorderen. Zo blijft het verhaalsrecht soepel en hanteerbaar.¹³

De problemen die aldus zijn geëcarteerd, hebben echter plaatsgemaakt voor evenzovele andere complicaties. De belangrijkste daarvan is die van het civiel plafond. Begrip en vaststelling van de inhoud van het civiel plafond is namelijk ronduit moeilijk te noemen. Het verwondert dan ook niet dat veel rechtspraak toegespitst is op de problematiek van het civiel plafond (zie § 6). Daarnaast duiken bij het sociale verhaalsrecht dezelfde pro-

blemen op als bij het gesubrogeerde verhaalsrecht, te weten welke kosten onder het verhaalsrecht kunnen worden gebracht (zie § 3), tegen wie het verhaalsrecht wel en niet kan worden uitgeoefend (zie § 4) en of het aansprakelijkheidsrecht een andere inkleuring krijgt tegenover de verhaalzoekende (zie § 5).

3. Welke kosten kunnen onder het verhaalsrecht worden gebracht?

Hoewel de civiele rechter niet treedt in de beoordeling van de vraag of de risicodragers terecht tot de verstrekkingen en uitkeringen is overgegaan¹⁴, treedt hij – zo besliste de Hoge Raad op 18 febru-

9. HR 23-7-1946, NJ 1946, 545 nt. DJV (Centrale Werkgevers Risico Bank / Ferwerda); vgl. ook Slagter, VR 1963, p. 25; Asser-Hartkamp I nr. 491; losbl. Onrechtmatige Daad (oud) II, nr. 402.3; losbl. Schadevergoeding (Bolt) art. 108, aant. 68. In Duitsland geldt het congruentievereiste zowel voor particuliere als sociale verzekeraars aangezien beiden hun rechten krachtens subrogatie van de benadeelde verkrijgen. Zie § 67 VVG en § 116 SGB X, waarover Hasse, Der Regress im Sozial- und Privatversicherungsrecht als Regelungsgegenstand der Gesamtschuld, Berlin 1992, p. 46-47; Lange, Schadensersatz, Tübingen 1990, p. 689; Becker/Böhme, Kraftverkehrsbeitragspflichtenschäden, Heidelberg 1994, p. 278 e.o.; Kötz, a.w., rdnr. 606. Zie echter ook § 640 RVO, waarover Weber, Vers 1995, p. 875 e.v.

10. Zie de hofstuktekst bij nt. 5.

11. Dat dit stelsel niet waterdicht is, zoals blijkt uit HR 5-5-1938, NJ 1938, 707 nt. EMM (Van Westerveld & Van Nieuw Amerongen / Centrale Werkgevers Risico Bank), is niet zozeer een tekortkoming van het stelsel van verplichte voordeeltorekening als wel het getoel van onbekendheid onder burgers (en juristen?) met deze verplichte toerekening. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr. 491.

12. Deze oplossing banteert het Duitse § 116 SGB X, waarbij wordt aangenomen dat de overgang van rechtswege ook toekomstige rechten omvat. Zie over e.v.a. BGH 30-11-1955, BGHZ 19, 177; BGH 10-7-1967, BGHZ 48, 181; BGH 24-2-1983, NJW 1983, 1912; BGH 17-4-1990, NJW 1990, 2933; Schroeder-Printzen e.o., Sozialgesetzbuch, Verwaltungsverfahren - SGB X, München 1990, aant. 2 bij § 116; Theda, DAIK 1984, p. 202; Rutkand, t.a.p.; Marschall v. Bieberstein, VersR 1978, p. 491. Kritisch: Hasse, a.w., p. 18. Toegegeven moet worden dat de overgang van toekomstige vorderingen door subrogatie goederenrechtelijk niet zonder bedenkingen is.

13. De hanteerbaarheid van het verhaalsrecht is in de rechtspraak van de HR inzake de sociale verhaalsrechten een belangrijke rode draad. Zie HR 13-12-1985, NJ 1986, 246 nt. G (ABP / Wink); HR 26-6-1987, NJ 1988, 536 nt. JBMV (Assurantie Maatschappij 'Nieme Rotterdam' NV / Bedrijfsvereniging voor de Textielindustrie); vgl. Franken onder HR 3-11-1989, NJ 1990, 402 (Ziektefondsvaard / Waarborgfonds Motorverkeer) en Brunner onder HR 25-1-1991, NJ 1992, 706 (ABP / Elzenka).

14. Zie HR 4-6-1976, NJ 1977, 4 nt. ARB (Van Geffen / Staat) en recentelijk nog Rb Zuolle 31-3-1993, NJ 1993, 684 (ABP / Stichting Gereformeerde Hoger Beroepsopleiding). Vgl. losbl. Schadevergoeding, art. 108 (Bolt), aant. 80.

ari 1994 – wél in de beoordeling van de vraag of de gevorderde kosten wel zijn 'aan of ten behoeve van een ambtenaar krachtens diens rechtspositieregeling (gedane) uitkeringen of verstrekkingen' als bedoeld in art. 2 VOA.

Zo meent de Hoge Raad dat de door de risicodragers gemaakte buitengerechtelijke verhaalskosten niet onder het verhaalsrecht van art. 2 VOA vallen. 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.'¹⁵

De redenering van de Hoge Raad is dus als volgt. De VOA biedt de risicodragers soms een voordeeltje, te weten dat verhaal kan worden genomen zonder dat de verstrekkingen geld kosten (denk aan reeds opgebouwd pensioen).¹⁶ De risicodragers nemen het nadeeltje op de koop toe: geen vergoeding van buitengerechtelijke kosten.¹⁷ Een andersluidende beslissing zou overigens zeer wel verdedigbaar zijn geweest, nu het maximaal te verhalen bedrag door de beperking van het civiele plafond toch wordt gerelateerd aan de omvang

van de vordering naar civiel recht; in zoverre zou verhaal van buitengerechtelijke kosten de aansprakelijke niet in een slechtere positie brengen.¹⁸ De uitspraak van de Hoge Raad doet de vraag rijzen of de verhaalzoekende die uitkeringen heeft gedaan krachtens privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst of krachtens Zfw, WAO of Zw wél aanspraak kan maken op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. Het wordt wel aangenomen dat de particuliere verzekeraar de zelf gemaakte buitengerechtelijke incassokosten kan vorderen van de aansprakelijke persoon mits het maken van de kosten alsmede de hoogte van het gevorderde bedrag redelijk zijn te noemen.¹⁹

Voor verhaal krachtens Zfw, WAO en Zw wordt verschillend geoordeeld. Sommigen menen dat de uitspraak van de Hoge Raad inzake de VOA ook voor die verhaalsgronden geldt²⁰, anderen menen daarentegen dat verhaal van buitengerechtelijke incassokosten wel mogelijk is.²¹

De civiele rechter heeft zich in het kader van verhaalvorderingen ook uit te spreken over toekomstige kosten. Doordat art. 2 VOA dat niet met zoveel woorden aangeeft, ontstond twijfel omtrent de vraag of de contante waarde kan worden gevorderd van toekomstige kosten, dat wil zeggen uitkeringsbedragen die in de toekomst verschuldigd zijn door de risicodragers. De Hoge Raad sluit aan bij de in de praktijk vaak gevolgde gedragslijn en aanvaardt de mogelijkheid om toekomstige voorzieningen te verhalen.²² Ook hier wordt het argument aangevoerd dat de toepassing van de VOA in de praktijk zo eenvoudig mogelijk moet worden gehouden²³, omdat het alternatief – het telkens heropenen van een verhaalsprocedure – niet aantrekkelijk lijkt. Hetzelfde geldt voor verhaal krachtens WAO en Zfw, in welke wetten de mogelijkheid tot het vorderen van de contante waarde van toekomstige vorderingen uitdrukkelijk is vastgelegd.²⁴ Hoewel de Zw deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk geeft, zal – voorzover in de praktijk in het kader van de Zw al sprake zal zijn van toekomstige schade – naar het ons lijkt aangesloten mogen worden bij bovenomschreven regeling.

Een particuliere verzekeraar wordt ingevolge art. 284 K slechts gesubrogeerd tot het bedrag dat door hem is uitgekeerd, en slechts voorzover hij daartoe ingevolge de verzekeringsovereenkomst gehouden was.²⁵ Het zal om die reden van de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en de wijze van afhandeling afhangen of de particuliere verzekeraar wordt gesubrogeerd in vorderingen ter vergoeding van toekomstige schade. Daarnaast kan de gelaedeerde uiteraard aan zijn verzekeraar de vordering uit art. 6:105 BW cederen. Een ander lastig probleem dat speelt bij het bepalen van de kosten die verhaald kunnen worden, wordt meestal aangeduid als de 'bruto/netto-problematiek'.²⁶ Naar aanleiding van een tweetal arres-

15. IIR 18-2-1994, NJ 1995, 607 ut. CJHB (Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars / ABP & Van der Walt, kort verhaald in r.o. 5.5 van HR 29-4-1994, NJ 1995, 609 ut. CJHB (NN / ABP & Gemeente Amsterdam).

16. HR 15-2-1985, NJ 1986, 687 ut. FHJM (Stad Rotterdam / ABP).

17. Zie losbl. *Schadevergoeding*, art. 108 (Bolt), aant. 83; anders nog Van Leenwen en Bouma, VR 1993, p. 234, waarbij vermelding verdient dat in tegenstelling tot wat Van Leenwen en Bouma stellen, het zelfstandige verhaalsrecht geen verbintenis tot vergoeding van schade betreft in de zin van afd. 6.1.10 BW. Art. 6: 96 zou daarom slechts per analogie kunnen worden toegepast. Vgl. reeds IIR 8-12-1938, NJ 1939, 545 ut. EMM (Rijksverzekeringbank / Schönberger).

18. Vgl. Van Leenwen en Bouma, VR 1993, p. 234-235.

19. Hof Amsterdam 17-3-1994, A&V 1994, p. 83 en Kremer, A&V 1994, p. 59 e.v.

20. Kremer, l.c.p., p. 62.

21. Hof Amsterdam 9-12-1993, A&V 1994, p. 82; Hof 's-Gravenhage 18-4-1995, r.o. 94.07591 Van der Linden - Het Groene Landt.

22. HR 10-8-1994, NJ 1995, 581 *General Accident / Staat & ABP*.

23. Zie ook ut. 1.3.

24. Art. 90 lid 2 WAO resp. art. 8.3 b lid 2 Zfw.

25. Zie ut. 2.

26. Zie losbl. WAO (Sociale Verzekeringswetten), aant. 6 op art. 90; Adriaens A 93/38 'Regresrecht', Sociale Verzekeringsraad, Zoetermeer 1993, p. 9 e.v.; Adriaens 93/14 'Regresrechten in de sociale verzekering II', Sociaal-Economische Raad - Den Haag 1993, p. 31 en 39.

ten van de Hoge Raad²⁷ heeft een aantal aansprakelijkheidsverzekeraars zich op het standpunt gesteld dat sociale verzekeraars die verhaal nemen op grond van art. 52 ZW of art. 90 WAO, hun vordering slechts op nettobasis vergoed kunnen krijgen. Niet de bruto-uitkering met inbegrip van ingehouden en afgedragen loonbelasting en premies, maar slechts het netto aan de verzekerde uitgekeerde bedrag zou voor verhaal in aanmerking komen. De aansprakelijkheidsverzekeraars lijken met deze interpretatie twee zaken te verwarren: de desbetreffende arresten gaan over de vraag hoe het civiel plafond (het bedrag dat de gelaedeerde naar burgerlijk recht had kunnen vorderen) dient te worden berekend, en niet over de vraag welke kosten van de risicodragers voor verhaal in aanmerking komen. Hoewel er wel verband is tussen het civiel plafond en de omvang van de kosten die voor verhaal in aanmerking komen (de risicodragers kan in ieder geval niet meer verhalen dan het civiel plafond), zijn dit twee verschillende vragen.²⁸ Resteert de vraag of de risicodragers bruto-uitkeringen mogen verhalen. Uit de ministeriële beschikking inzake de vaststelling van de contante waarde van de periodieke verstrekkingen²⁹ blijkt dat de sociale lasten – voor zover in aanmerking komend voor verhaal ex art. 90, eerste lid, WAO – voor de vaststelling van de contante waarde dienen te worden meegeteld. Omtrent de vraag welke sociale lasten voor verhaal in aanmerking zouden komen, bestaat echter ook verschil van inzicht. Zo zouden volgens een uitspraak van de Rechtbank Zwolle³⁰ de premies ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en de Kinderbijslagwet voor loontrekkenden kunnen worden verhaald, doch in casusatie heeft de Hoge Raad deze uitspraak vernietigd.³¹ Wettelijk noch wetsgeschiedenis geven volgens de Hoge Raad grond om aan de woorden 'krachtens deze wet gemaakte kosten' in art. 52a ZW en art. 90 WAO een andere betekenis toe te kennen dan de daaraan naar het normale wettelijke spraakgebruik toekomende betekenis van kosten gemaakt uit kracht van de ZW of de WAO zelf dan wel uit kracht van enige op de ZW of WAO berustende uitvoeringsregeling. Bij de particuliere verzekeraar die verhaal neemt, speelt dit probleem niet. Hij wordt gesubrogeerd in de rechten van de gelaedeerde (die een netto- dan wel een bruto-schadevergoeding kan hebben ontvangen), doch hij hoeft zelf over de door hem gedane uitkering geen sociale lasten te dragen.³² Terecht lijkt de conclusie van de Sociale Verzekeringsraad in dit verband, dat de oplossing van deze problematiek, die wordt veroorzaakt door het verschil in fiscale status van de vergoeding (uitkering) die de gelaedeerde van de sociale verzekeraar ontvangt en die welke hij van de particuliere schadeverzekeraar ontvangt, primair een taak is van de wetgever en gezocht dient te worden in de fiscaalrechtelijke sfeer.³³

4. Wie zijn immuun voor het verhaalsrecht?

De strekking van een schadeverzekeringsovereenkomst is om indien de verzekerde gebeurtenis zich voordoet een vermogensvermindering bij de verzekerde weg te nemen en te verplaatsen naar de verzekeraar. Doet de gebeurtenis zich voor door de fout van een persoon die wat betreft financiële betrekkingen zeer nauw verbonden is met de verzekerde (bijv. gezinsleden), dan zou verhaal van de verzekeraar op deze persoon de strekking van de verzekeringsovereenkomst teniet doen. De verzekerde zou nog steeds een vermogensvermindering ervaren en de verzekeraar zou zich onttrekken aan het dragen van de financiële gevolgen van de verleende verstrekkingen of vergoedingen.³⁴ Het is daarom zeer in overeenstemming met genoemde strekking om verhaal op deze personen uit te sluiten.

De Hoge Raad heeft voor wat betreft het verhaalsrecht uit WAO, ZW en VOA deze lijn gevolgd, zonder daarvoor overigens een wettelijke grondslag te kunnen aanwijzen.³⁵ Verhaal op echtelieden – al of niet in gemeenschap gehuwd – en samenwonende partners acht de Hoge Raad niet mogelijk.³⁶ Op vergelijkbare gronden is in de Ziektenfondswet ver-

27. HR 13-12-1985, NJ 1986, 246 nt. G (ABP/Wink) en HR 27-11-1987, NJ 1989, 48 nt. CJHB (Staat/Piers).

28. Zie over de berekening van het civiel plafond en de betekenis van de genoemde arresten in dat kader bierna par. 6.

29. Beschikking staatssecretaris SZW van 29 december 1980, nr. 56453, Stcrt. 1980, 253, laatstelijk gewijzigd bij Beschikking van 10 juli 1990, nr. 90/1208, Stcrt. 1990, 135, opgenomen in losbl. WAO (Sociale Verzekeringswetten), aamt. op art. 90.

30. Rb. Zwolle 30-12-1970, VR 1971, 82.

31. HR 1-2-1974, NJ 1974, 391.

32. Dit is slechts anders indien de uitkering geschiedt door betaling van termijnen van lijfrenten. Zie art. 31 Wet op de loonbelasting en art. 11 Uitvoeringsbesluit, losbl. Cursus Belastingrecht, Mabbach/Silvers, loonbelasting I-36 e.v.

33. Advies A 9338 Regresrecht, Sociale Verzekeringsraad, Zoetermeer 1993, p. 13.

34. HR 6-5-1983, NJ 1983, 584 nt. FHJM (Delta Lloyd Schadeverzekering / Ziektenfonds Rijstreek); HR 19-4-1985, NJ 1985, 209 nt. FHJM (Ziektenfonds Rijstreek / Algemene Verzekering Maatschappij Atlantic).

35. Hammerstein, in: Begroting van schade, veranderingen verzekering, Lelystad 1994, p. 6, merkt daarover op dat de annotatoren zich hebben stukgebeten op de dogmatische inpassing van deze arresten. Men zou deze arresten – zonder dat daarmee werkelijk een verklaring is gegeven – kunnen beschouwen als een toepassing van het adagium 'nemo subrogat contra se'. Zie voor vindplaatsen nt. 48.

36. HR 2-2-1973, NJ 1973, 225 nt. ARB (Centrale Werkgevers Risico Bank / Millenaar); HR 26-6-1987, NJ 1988, 536 nt. JBMV (Assurantie Maatschappij 'Nieuw Rotterdam' NV / Bedrijfsvereniging voor de Textielindustrie); HR 25-1-1991, NJ 1992, 706 nt. CJHB (ABP / Elzenga).

haal jegens meeverzekerde gezinsleden uitgesloten. Is de schade echter veroorzaakt door een fout van een gezinslid dat niet is meeverzekerd, dan geldt de uitsluiting niet. Verhaal is in dat geval zonder meer mogelijk, zo besliste onlangs de Hoge Raad ten tweede male. De rechtsontwikkeling sinds het wijzen van het gelijkkluidende arrest uit 1985, geeft volgens de Raad geen aanleiding terug te komen op dat eerdere oordeel.³⁷ Gezinsbescherming op zich achtte de Hoge Raad onvoldoende grond voor een buitenwettelijke beperking van het verhaalsrecht. De hardnekkigheid waarmee de

37. HR 11-2-1994, NJ 1995, 494 nt. CJHB (NOVO & UNIVÉ / OWM Regionaal Ziekenfonds Groningen); zie eerder al HR 19-4-1985, NJ 1985, 209 nt. FHM (Ziekenfonds Rijnstreek / Algemene Verzekering Maatschappij Atlantic).

38. Noot onder HR 26-6-1987, NJ 1988, 536.

39. Zie uitgebreid de conclusie van A-G Ten Kate voor HR 7-11-1975, NJ 1976, 332 nt. AKB (Algemeen Ziekenfonds 's Hertogenbosch e.o. / Nationale Nederlanden) en die van A-G Frans voor HR 6-5-1983, NJ 1983, 584 nt. FHM (Delta Lloyd Schadetverzekering / Ziekenfonds Rijnstreek) alsmede HR 13-2-1987, NJ 1987, 602 nt. JBMV (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten / Delta Lloyd Autoverzekering) en HR 7-12-1990, NJ 1991, 596 (Regionaal Ziekenfonds Zwolle / De Vries BV). Vgl. over deze solidariteitsgedachte voor het Duitse recht reeds BG 11 23-11-1955, BGHZ 19, 114 en BGH 10-1-1967, VersR 1967, 250. Zie voor België Van Langendonck, *Handboek Sociaal Zekerheidsrecht*, Deurne 1994, p. 322-323. Het gezamenlijk dragen van de premielasten is niet een noodzakelijke voorwaarde; zie SER-advisie Regresrechten, p. 28 en Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 26 (Wetstoorstel Algemene Nabestaandenwet).

40. HR 10-12-1993, NJ 1995, 493 nt. CJHB (Gemeente Haarlem / ABP); HR 29-6-1979, NJ 1980, 33 (Zwitserse Algemene Verzekering Maatschappij / Staat).

41. De levenspartner is immers vrijgesteld van verhaal; zie het in nt. 36 genoemde arrest uit 1991.

42. Voorstel van Wet Privatisering van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds (Wet privatisering ABP), Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 205, nrs. 1-2 en 3.

43. Voor pensioenen die door de Stichting Pensioenfonds ABP na 1 januari 1995 worden toegekend, is gekozen voor continuïteit van de status quo tot 1 januari 2001. Tegen die datum zal opnieuw moeten worden bezien of het verhaalsrecht gehandhaafd behoort te blijven. Daarbij zal volgens de minister een belangrijke rol spelen of ook andere pensioenfonds verhaalsmogelijkheden hebben gekregen als uitkomst van de huidige discussies over uitbreiding van de bestaande wettelijke verhaalsmogelijkheden. Zie de MrT Wet privatisering ABP, Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 205, nr. 3, p. 70.

44. Mulder, *Subrogatie*, Zuivle 1988, p. 58-59.

45. Zie hierover Kortbals *Alles*, WPNR 5819, p. 117, *dezelfde*, *Kieker*, NBW 1987, p. 14 en Van Dam, *l.c.*, p. 1083 e.v. Vgl. Mijnsen onder HR 6-5-1983, NJ 1983, 584.

46. Zou men hier het beginsel 'nemo subrogat contra se' echter toepassen, dan zal blijken dat verhaal op gezinsleden niet mogelijk is vanwege de financiële nadelen die dit voor de verzekerde meebrengt. In het kader van dit artikel kunnen wij hier niet verder op ingaan.

Hoge Raad verhaal van het Ziekenfonds op niet-meeverzekerde gezinsleden mogelijk laat is verbaazingwekkend. Daar waar verhaal krachtens WAO, Zw en VOA op huisgenoten zonder wettelijke grondslag door de Hoge Raad voor onmogelijk wordt verklaard, blijft dat krachtens Ziekenfondswet tegen niet-meeverzekerden wel mogelijk. Men kan, om met Vranken te spreken, beter collega dan huisgenoot zijn als het gaat om verhaalsacties van het Ziekenfonds.⁴⁶

Naast de jurisprudentiële uitsluiting van verhaal op gezinsleden zijn er de belangrijke wettelijke uitsluitingen in WAO, Zw en Zfw van verhaal op werkgever en collega's van de verzekerde. Deze categorie is gebaseerd op de zogenaamde solidariteitsgedachte onder werknemers en werkgevers. Zij dragen gezamenlijk de premielasten; verhaal op een van hen zou deze solidariteit verbreken (en de werksfeer negatief beïnvloeden) en is daarom – behoudens opzet of bewuste roekeloosheid – niet mogelijk.³⁹ Minder goed te begrijpen is waarom deze uitsluiting niet doorgetrokken is naar het verhaal krachtens de VOA. In zijn arrest van 10 december 1993 besliste de Hoge Raad dat de aansprakelijkheidsontheffing van collega's en werkgevers zoals die voorkomt in de WAO, Zw en Zfw, niet uitdrukkelijk is neergelegd in de VOA en om die reden ook niet overeenkomstig kan worden toegepast. De Hoge Raad verwees naar zijn gelijkkluidende beslissing uit 1979; ook hier gaf de rechtsontwikkeling sinds het eerdere arrest blijkbaar geen aanleiding terug te komen op dat oordeel.⁴⁰ Voor wat betreft de VOA kan dus worden gezegd dat men beter de levenspartner dan de collega van de ambtenaar kan zijn.⁴¹ Dit wettelijk verschil in de kring van personen die immuun zijn voor verhaal krijgt curieuze consequenties na de privatisering van het ABP per 1 januari 1996. De arbeidsongeschiktheidsuitkering van de ambtenaar zal dan zijn opgebouwd uit een wettelijk deel (de WAO-conforme uitkering) en een bovenwettelijk deel. Voor het verhaal van de WAO-conforme uitkeringen geeft art. 73 van het wetsontwerp privatisering ABP⁴² de uitkerende instantie een verhaalsrecht waarop art. 90 en 91 WAO van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Ten aanzien van het verhaalsrecht van de bovenwettelijke uitkeringen (alsmede de op 31 december 1995 ingevolge de ABP-wet reeds ingegane pensioenen) zijn daarentegen de art. 2 en 3 van de VOA van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 72 Wetsontwerp Privatisering ABP).⁴³ In het particuliere verzekeringsrecht strekt de uitsluiting van het verhaalsrecht uit art. 284 K zich slechts uit over medeverzekerden.⁴⁴ Hoewel in art. 7.17.2.25 NBW een veel uitgebreidere uitsluiting zal gelden⁴⁵, lijkt voor het thans geldend recht te moeten worden aangenomen dat niet-meeverzekerde gezinsleden, collega's en werkgevers niet immuun zijn voor het verhaalsrecht van de particuliere verzekeraar.⁴⁶ De ontheffing van

werkgevers en collega's tegenover de sociale verzekeraar kan, zo besliste de Hoge Raad op 16 september 1994, niet analoog worden toegepast op het verhaalsrecht van de particuliere verzekeraar.⁴⁷ Zo lijkt subrogatie in de rechten tegen niet-meeverzekerde gezinsleden naar huidig recht ook mogelijk. Dat verhaalsrecht kan de verzekeraar dus normaal uitoefenen, ook al zou dat de facto betekenen dat hij zich onttrekt aan het dragen van de financiële gevolgen van de verleende verstrekkingen of vergoedingen en de schade weer teruglegt bij de verzekerde. Hier geldt dus dat men beter een collega, werknemer of huisgenoot kan hebben die verplicht verzekerd is op grond van de Ziekenfondswet dan een die particulier verzekerd is.

Al deze verschillen in de kringen van personen die wel en niet immuun zijn voor het verhaalsrecht zijn zeer onwenselijk. Het zou ons inziens verkieslijker zijn voor alle vormen van verhaal door een ander dan de gelaedeerde zelf dezelfde begrenzing te hanteren. De rechtspraak of wetgever zou bijvoorbeeld kunnen aansluiten bij art. 2 lid 1 VOA, dat luidt: 'Het verhaal kan niet ten nadele van de ambtenaar worden uitgeoefend'.⁴⁸ Het zou algemeen moeten gelden dat een verhaalsrecht niet kan worden uitgeoefend wanneer uitoefening feitelijk ertoe zou leiden dat de gelaedeerde zijn schade weer min of meer terugschoven krijgt. Als een gezinslid de schade moet dragen, is dat onmiskenbaar het geval. Verhaal zou dan uitgesloten moeten zijn, ook wanneer het aangesproken gezinslid verzekerd is tegen aansprakelijkheid. Indien immers in dat laatste geval wel verhaal zou worden toegestaan zou een verhoging van de verzekeringspremie of eigen risico het gevolg kunnen zijn, die ook ten laste van het gezinsinkomen zou komen.⁴⁹

5. Differentiatie in aard en omvang van aansprakelijkheid

Voor beantwoording van de vraag of de gedane uitkeringen en dergelijke kunnen worden verhaald op de aansprakelijke, vindt zowel ten aanzien van de particuliere verzekeraar als de sociale verzekeraar of risicodragers een 'terugkoppeling' plaats naar het recht dat de gelaedeerde op de aansprakelijke krachtens het civiele aansprakelijkheid heeft c.q. zou hebben gehad.⁵⁰ Indien en voor zover de veroorzaker tegenover de gelaedeerde aansprakelijk is voor de schade, komt een verhaalsrecht aan de orde. Niettemin wordt de vraag of en in hoeverre er civielrechtelijke aansprakelijkheid bestaat in verhaalszaken soms anders beantwoord dan tegenover de gelaedeerde het geval zou zijn geweest. Dat geldt in de eerste plaats ten aanzien van de gronden van aansprakelijkheid. De Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten

(art. 6:197 BW) onthoudt de verhaalzoekende de mogelijkheid om de nieuwe risico-aansprakelijkheden van het Nieuw BW in te roepen. Voor beantwoording van de vraag of jegens de gelaedeerde aansprakelijkheid bestaat (in het kader van vaststelling van het civiel plafond) dienen de betreffende risico-aansprakelijkheden buiten beschouwing gelaten te worden. Bovendien zijn de betreffende rechten van de gelaedeerde niet vatbaar voor subrogatie of cessie aan de (particuliere) verzekeraar.

In de tweede plaats is sinds het arrest IZA/Vreink eenzelfde differentiëring, maar dan ter zake van het leerstuk van *eigen schuld*, in het verkeersaansprakelijkheidsrecht te ontwaren. In dat arrest werd kort gezegd beslist dat wanneer een fietser of voetganger door een automobilist aangereden wordt, deze fietser of voetganger – behoudens overmacht aan de zijde van de automobilist en behoudens opzet of daaraan grenzende roekeloosheid van de gelaedeerde zelf – in ieder geval aanspraak kan maken op vergoeding van 50% van zijn schade. Deze correctie op basis van de in art. 6:101 BW bedoelde billijkheid kan echter niet geldend gemaakt worden door een gesubrogeerde schadeverzekeraar, zo besliste de Hoge Raad. Tussen deze en de aansprakelijke automobilist geldt de primaire maatstaf van art. 6:101 BW, te weten de mate van wederzijds toerekenbaar veroorzaking. De bijzondere bescherming die de gelaedeerde zelf geniet bij bepaling van de mate waarin hem eigen schuld aan het ongeval kan worden toegerekend, komt dus niet ten goede aan zijn gesubrogeerde (particuliere) ziektekos-

47. HR 16-9-1994, RvdW 1994, 176 (Nationale Nederlanden / Woudsend AO 1816).

48. Art. 2 VOA is wat dit betreft een letterlijke vertaling van § 87a Bundesbeamtengesetz (BfBG), dat is terug te voeren op § 67 lid 2 Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Deze bepaling wordt gezien als een verschijningsvorm van het beginsel 'nemo subrogat contra se' (waaronder Mulder, a.w., p. 150). Op grond van § 67 lid 2 VVG kan de privaatrechtelijke verzekeraar geen verhaal nemen op verwanten (waaronder reëmd genoeg niet is te verstaan de ongetrouwde levensgezel). Vergelijkbare uitgangspunten gelden bij het Duitse sociaal verhaalsrecht: zie BGH 9-11-1956, BGHZ 22, 136; BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256 en BGH 7-11-1978, NJW 1979, 271 (voor het oude recht) en het huidige § 116 lid 2, 4 en 6 SGB X. Vgl. over e.e.a. BGH 17-3-1954, BGHZ 13, 28; lange, a.w., p. 693-696; p. 739-740; Becker & Böhm, a.w., p. 284-285, p. 323-324; Marshall v. Bieberstein, VersR 1978, p. 488; Theda, DAR 1984, p. 206-207 en Armbrüster, VersR 1994, p. 897. Zie ook Hartliefje-Tjittes, p. 81.

49. Bovendien kan als dogmatisch argument worden genoemd de omstandigheid dat het recht op een uitkering door de aansprakelijke schadeverzekeraar het bestaan van aansprakelijkheid als noodzakelijke voorwaarde heeft. Vgl. Ruland, Jus 1984, p. 71.

50. Art. 284 K (verhaal krachtens subrogatie); art. 90 lid 1 WAO; art. 52a Zv; art. 83b Zfv; art. 2 VOA (zelfstandig verhaalsrecht).

tenverzekeraar.⁵¹ Het is zeer waarschijnlijk dat hetzelfde geldt voor andere verhaalsoekenden zoals sociale verzekeraars. In het verhaalsgeding zal daarom de primaire maatstaf van art. 6:101 BW (wederzijds toerekenbaar veroorzakingsaandeel in het ongeval) tot uitgangspunt moeten worden genomen. Onlangs nog besliste de Hoge Raad in het kader van art. 31 WvW (art. 185 WvW1995) dat de zogenaamde '100% regel' voor de schade van kinderen jonger dan 14 jaar in beginsel niet geldt in het voordeel van de verhaalsoekende verzekeraar.⁵²

In de derde plaats kan er op worden gewezen dat de Hoge Raad ten aanzien van het leerstuk *causaal verband* recentelijk heeft uitgemaakt dat voor beantwoording van de vraag of een bepaalde schade in causaal verband staat tot de gebeurtenis waar de aansprakelijkheid op berust, geen andere maatstaven mogen worden aangelegd ingeval het de verhaalsvordering van de verhaalsoekende betreft dan die welke tegenover de gelaedeerde zelf worden aangelegd.⁵³ Daaruit kan worden afgeleid dat het differentiëren slechts dan geschiedt wanneer dat zonder veel moeite mogelijk is. Het is immers gemakkelijker om bijvoorbeeld vast te stellen dat een verhaalsoekende krachtens art. 6:197 BW helemaal geen beroep kan doen op een bepaalde aansprakelijkheidsgrond dan om de vraag te beantwoorden of in het betreffende geval de schade zoals die door de verhaalsoekende van de gelaedeerde is 'overgenomen' – gegeven de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de voorzienbaarheid en dergelijke gezichtspunten meer – in meer of mindere mate aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend. De hanteerbaarheid van het systeem van verhaalsrechten dient voorop te staan: differentiëren kan slechts wanneer bepaling van aard en omvang van het verhaalsrecht er niet moeilijker op wordt.⁵⁴

51. HR 28-2-1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA / Vreink).

52. HR 2-6-1995, RvdW 1995, 118 A&V 1995, p. 119 nt. JS (Klaverblad / IZA); vgl. ook de onder RvdW 1995, nr. 119 en 120 afgedrukte arresten.

53. HR 13-01-1995, RvdW 1995, 31. A&V 1995, p. 47 nt. TH (uitslappatiënt).

54. Zie nt. 13.

55. Komt het tot een geschil, dan is de rechter niet gebonden aan de voorkeuren van partijen; zie art. 6: 97 en 105 BW. Zie losbl. Schadevergoeding (Bolt), art. 105, aant. 3.

56. Dit vormt echter geen belemmering voor de Hoge Raad om ook de vordering op basis van een uitkering door middel van de aankoop van een lijfrente toe te wijzen; zie HR 24 april 1959, NJ 1959, 603 (Booster-Valkenburg); Rensma, Schadevergoeding en afkoopsum, Deventer 1994, p. 54-55; losbl. Schadevergoeding (Bolt), art. 105, aant. 8.

57. Zie losbl. Schadevergoeding (Bolt), art. 107, aant. 13 en aldaar genoemde literatuur.

58. HR 13-12-1985, NJ 1986, 246 nt. G (ABP / Wink) en HR 27-11-1987, NJ 1989, 48 nt. CJHB (Staat / Piers).

6. Berekening civiel plafond

Zoals hiervoor al werd aangegeven, is het wettelijk verhaalsrecht van sociale verzekeraars en risicodragers begrensd door het zogenaamde civiel plafond. Het civiel plafond wordt bepaald door het bedrag waarvoor de gelaedeerde de aansprakelijke zou hebben kunnen aanspreken naar civiel recht, bij ontbreken van de sociale voorzieningen. Bij de gesubrogeerde particuliere verzekeraar kennen wij niet het gebruik van de term civiel plafond. Doch evenals bij het wettelijk verhaalsrecht zal ter vaststelling van de hoogte van het bedrag waarin is gesubrogeerd, dienen te worden vastgesteld hoeveel de gelaedeerde zelf aan schadevergoeding zou hebben gekregen. Dat laatste bedrag is echter op meerdere manieren vast te stellen, en niet altijd met hetzelfde resultaat. In het civiele recht kan de gelaedeerde ten eerste kiezen op welke manier zijn (eventueel in tijd voortdurende) schade wordt vergoed: door een som ineens, door een aankoop van een lijfrente, of door periodieke uitkering.⁵⁵ De keuze voor een bepaalde methode heeft consequenties voor de hoogte van het uiteindelijke totale bedrag dat de aansprakelijke dient te vergoeden. Dit komt doordat de kosten verbonden aan de verschillende uitkeringsmethoden verschillen. De uitkering op basis van de aankoop van een lijfrente – die evenals de uitkering van een som ineens wordt berekend door de contante waarde te bepalen van de totale, ook in de toekomst te lijden schade – is uiteindelijk voor de aansprakelijke duurder, doordat daaraan kosten zijn verbonden in de vorm van winststopslag van de levensverzekeraar.⁵⁶ Ook de fiscale consequenties verschillen per methode, hetgeen tot verschillende bedragen ter zake van zogenaamde belastingschade leidt. Doordat deze belastingschade vergoedbaar wordt geacht⁵⁷, heeft dit gevolgen voor de hoogte van de totale schadevergoedingssom waarop de gelaedeerde aanspraak kan maken.

De eerste vraag bij de vaststelling van het civiele plafond is dan ook van welke uitkeringsmethode moet worden uitgegaan. De Hoge Raad heeft in het verleden ter zake van overlidensschade en ter zake van blijvende letselschade reeds uitgemaakt dat voor berekening van het civiel plafond in het kader van art. 3 VOA dient uit te worden gegaan van een uitkering ineens, met als argument dat de VOA hanteerbaar moet zijn en dat de toepassing van de wet voor de praktijk zo eenvoudig mogelijk moet worden gehouden.⁵⁸ Daarbij weegt de Hoge Raad mee dat in de praktijk zowel de aansprakelijke partij (of diens verzekeraar) als de gelaedeerde een voorkeur blijken te hebben voor een uitkering ineens. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het civiel plafond een bruto of netto schadebedrag betreft. De vraag lijkt op het eerste gezicht niet ter zake

doende, omdat de uitkering in één som de reputatie heeft niet belastbaar te zijn. Dat is evenwel niet geheel correct. Een eenmalige uitkering bij overlijden of blijvend letsel is onbelast.⁵⁹ De situatie bij tijdelijke invaliditeit is evenwel minder duidelijk.⁶⁰ De fiscus kijkt voor de vraag of een schadevergoeding belastbaar is naar het karakter van de schadevergoeding. Maakt de vergoeding in concreto gedeelde inkomsten uit een bestaande *fiscale bron* (aanwezige dienstbetrekking of onderneming) goed, dan is zij belastbaar. Een schadevergoeding gegeven ter vergoeding van *verlies van arbeidsvermogen* is daarentegen niet belastbaar ingevolge de Wet IB.⁶¹ Anders dan bij blijvende invaliditeit is bij tijdelijke invaliditeit minder eenvoudig vol te houden dat sprake is van vergoeding van arbeidskracht los van de bron waarin het slachtoffer zijn arbeid aanwendde.⁶² De Hoge Raad heeft thans uitgemaakt dat in het kader van verhaal bij tijdelijk letsel dient te worden uitgegaan van een onbelaste uitkering.⁶³ Hierdoor kan een verschil ontstaan tussen het bedrag dat in de werkelijke situatie in het burgerlijk recht in totaal aan de verzekerde zou zijn uitgekeerd, en het civiel plafond, waarbij het laatste bedrag lager uitvalt. Lagere rechtspraak lijkt inmiddels een zelfde redenering te volgen ter zake van het verhaalsrecht van de sociale verzekeraars⁶⁴, en heeft bevestigd dat bij de bepaling van het civiel plafond bij tijdelijk letsel moet worden uitgegaan van een onbelaste eenmalige uitkering.

Bij de gesubrogeerde particuliere verzekeraar vinden wij deze benadering niet terug. Deze kan dezelfde rechten als de gelaedeerde uitoefenen, en om die reden zal van de werkelijke al dan niet belastbaarheid uit worden gegaan.

Een tweede onderwerp dat in het civiele recht voor discussie zorgt, is de verdiscontering van onzekere gebeurtenissen bij de berekening van de schadevergoedingsom ineens. Bij onzekere gebeurtenissen dient te worden gedacht aan de kans op sterfte van het slachtoffer, het gebruik maken van een VUT-regeling, arbeidsongeschiktheid wegens andere oorzaak, hertrouwkansen (bij overlijdensschade) of inflatie- en rente-ontwikkelingen. Deze gebeurtenissen kunnen invloed uitoefenen op de hoogte van de toekomstige schade. Bij de vaststelling van de hoogte van het civiel plafond dient derhalve rekening te worden gehouden met de kans dat deze gebeurtenissen zich zouden hebben voorgedaan, en welk effect dat zou hebben gehad op de totale schadesom. Een voorbeeld ter verduidelijking: bij de vaststelling van de toekomstige inkomensderving dient te worden bepaald hoeveel de gelaedeerde in de hypothetische situatie (het schadeveroorzakende feit weggedacht) zou hebben verdiend. Dat bedrag wordt beïnvloed door het tijdstip waarop de gelaedeerde zou zijn gestopt met de arbeid, bijvoorbeeld door vervroegde uittreding in verband

met VUT, arbeidsongeschiktheid of overlijden. Interessant is te bezien of de Hoge Raad bij de vaststelling van het civiele plafond andere richtlijnen hanteert dan in het civiele recht zelf, met als consequentie dat het civiele plafond verschilt met het bedrag dat de aansprakelijke bij wegdenken van de sociale voorzieningen werkelijk zou hebben moeten betalen. In diverse recente arresten kwam in het kader van verhaal de invloed van bovengenoemde gebeurtenissen aan de orde. Bij de vaststelling van het civiel plafond van art. 3 VOA bij overlijdensschade speelde de vraag of met de statistische eindleeftijd van het slachtoffer (de overledene) of met dat van de gelaedeerde (de weduwe) rekening dient te worden gehouden. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof dat de statistische eindleeftijd van de overledene, en niet dat van de nabestaande uitgangspunt is.⁶⁵ Dat lijkt ons niet geheel juist. Inderdaad is juist dat wat de duur van de uitkering betreft, de schadevergoeding zich niet verder uitstrekt dan tot het tijdstip waarop het slachtoffer, indien hij was blijven leven, overleden zou zijn. Anderzijds wordt de duur van de periode waarover schadevergoeding is verschuldigd tevens begrensd door het tijdstip van overlijden van de schadevergoedingsgerechtigde.⁶⁶ Ook met de sterftেকans van de nabestaande zou derhalve rekening moeten worden gehouden.

Het (in de hypothetische situatie) gebruik maken van een VUT-regeling door het slachtoffer wordt – in het kader van de vaststelling van het civiel plafond – niet snel aangenomen.⁶⁷ Dit strookt met de rechtspraak in het civiele recht, waarin het gebrui-

59. Zie o.a. Hof Arnhem 19-12-1959, BNB 1960, 236; Hof Arnhem 12-9-1961, BNB 1962, 95; Hof 's-Gravenhage 21-11-1966, BNB 1967, 94; Rensema, a.w., p. 59-61 en 63 e.v. Vgl. Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 25-26 (Wetsvoorstel Algemene Nabestaandenwet), alsmede 24 326 nr. 3, p. 48 (Wetsvoorstel Verhaalsrecht Werkgevers).

60. Zie Rensema, a.w., p. 72 e.v.

61. Zie HR 18-9-1963, BNB 1963, 303.

62. In elk voorkomend geval zal moeten worden onderzocht of een schadevergoeding bij tijdelijk verlies aan arbeidskracht strekt ter vermindering van gedeelde inkomsten (belast, dan wel het verlies van arbeidskracht als zodanig vergoedt (onbelast); vgl. Roelofs, *Arbidsrecht* 1994, p. 11.

63. HR 25-2-1994, NJ 1995, 608 m. C/JHB (Staat / Sterpolis).

64. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, te kennen uit HR 23-12-1994, *RedW* 1995, 14 (Donna / Bedrijfsvereniging).

65. Zie HR 18-2-1994, NJ 1995, 607 m. C/JHB (Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars / ABP & Van der Wal) en HR 29-4-1994, *RedW* 1994, 105 (NN / ABP & Gemeente Amsterdam).

66. Zie *lostd. Schadevergoeding (Bolt)*, art. 108, aant. 35 sub 1 en 2.

67. HR 29-4-1994, NJ 1995, 609 m. C/JHB (NN / ABP & Gemeente Amsterdam) en HR 10-8-1994, NJ 1995, 58 (General Accident / Staat & ABP).

kelijke einde van het arbeidsleven geacht wordt rond de leeftijd van 65 jaar te zijn gelegen, doch in individuele gevallen daarvan kan worden afgeweken indien de betreffende omstandigheden daartoe aanleiding geven.⁶⁸ Ook hertrouwkansen worden niet snel aannemelijk geacht, en van een omkering van de bewijslast bij het aantonen van deze kansen wil de Hoge Raad daarom niet weten.⁶⁹ Ook de arbeidsongeschiktheid door een andere oorzaak kwam recent in het kader van het VOA-verhaal aan de orde; daarbij werden dezelfde eisen als in het civiele recht gesteld aan de waarschijnlijkheid dat het causaal verband zou zijn doorbroken door omstandigheden in de sfeer van de gelaedeerde.⁷⁰ Tenslotte de ontwikkelingen van de inflatie en de rente. Meestal wordt de invloed daarvan bij de contant making van de toekomstige schade verdisconteerd door het hanteren van een kapitalisatierente die het verschil vormt tussen enerzijds de marktrente (het verwachte rendement van het uit te keren kapitaal) en anderzijds het inflatiepercentage. In de civiele rechtspraak wordt vaak een zogenaamde rekenrente van 3% gehanteerd.⁷¹ Een poging van de verzekeraar van de aansprakelijke persoon om daar in het kader van de VOA 7% van te maken, faalde.⁷² Het lijkt dan ook gerechtvaardigd te concluderen dat de Hoge Raad ten aanzien van de invloed van onzekere gebeurtenissen op het totale schadevergoedingsbedrag in het verhaalsrecht dezelfde lijn volgt als in het civiele recht. Een derde probleem dat speelt bij de vaststelling van het civiel plafond, betreft het zogenaamde

wegdenkprocédé. De rechter dient het totale door de aansprakelijke naar burgerlijk recht verschuldigde bedrag vast te stellen met wegdenking van de sociale voorzieningen. Een probleem ontstaat indien (in werkelijkheid) bij het wegvallen van de desbetreffende weggedachte voorziening, de gelaedeerde recht zou krijgen op een andere voorziening zoals de doorbetaling van loon van de werkgever, het recht op een WW-uitkering of een AAW-uitkering. Deze nieuwe voorziening zou immers de totale schadesom naar burgerlijk recht verkleinen, en daarmee het doel van het wegdenkprocédé deels frustreren. Oplossing is dan ook om het wegdenken van de sociale voorziening in het kader van de vaststelling van het verhaalsrecht zover door te voeren, dat ook de eventuele vervangende fictieve 'voorzieningen' die voor de weggedachte voorziening in de plaats zouden treden, worden weggedacht.⁷³

Ook bij de vaststelling van het verhaalsrecht van de gesubrogeerde particuliere verzekeraar moeten wij de verzekeringsuitkering wegdenken, doch hier speelt niet het probleem, dat bij wegdenking een andere uitkering daarvoor in de plaats zou treden. Probleem is nog wel dat het in de praktijk nog al eens zal voorkomen dat de verzekeraar tegenover de aansprakelijke niet kan bewijzen dat de werkelijke schade het bedrag belooft dat de verzekeraar aan de gelaedeerde heeft betaald, doordat hij niet over hetzelfde bewijsmateriaal beschikt.⁷⁴

7. Berekening van het bedrag dat verhaald kan worden; de kakofonie (oftewel samenkomst) van verhaalsplafond, civiel plafond en restvordering

Het voorgaande was eigenlijk niet meer dan het voorspel. Wij beschreven aard, omvang en uitoefening van het verhaalsrecht. De restvordering, waarover wij nog niet nader spraken, omvat het bedrag waarop de gelaedeerde (in werkelijkheid) recht heeft na aftrek van de door hem genoten en in de toekomst nog te genieten uitkeringen. Het bepalen van de bedragen die verhaald kunnen worden lijkt verder een eenvoudige invuloefening. Maar schijn bedriegt. Problemen doen zich voor bij voordeelsrekening, verdiscontering van eventuele eigen schuld en in het geval dat de aansprakelijke partij onvoldoende verhaal biedt voor gehele voldoening van de restvordering en verhaalsrecht(en) van verzekeraar(s).

Om bij de laatste situatie te beginnen: er wordt wel verdedigd dat het beschikbare bedrag pondsponds gewijs dient te worden verdeeld over de gelaedeerde en de verhaalnemende sociale verzekeraar, indien beiden een vordering hebben op de aansprakelijke partij.⁷⁵ Het standpunt dat de vordering van de gelaedeerde voorgaat en dat de sociale verzekeraar zich moet verhalen op het (eventuele)

68. *Losbl. Schadevergoeding (Boll)*, art. 108 aant. 20.

69. HR 29-4-1994, NJ 1995, 609 nt. CJIB (NV/ABP & Gemeente Amsterdam); zie voor het burgerlijk recht *losbl. Schadevergoeding (Boll)*, art. 108, aant. 25.

70. Zie HR 10-8-1994, NJ 1995, 58 (*General Accident - Staat & ABP*).

71. Zie *Rb. Utrecht* 23-3-1988, VR 1990, 71 (*Groot / Amer*); *Rb. Groningen* 8-3-1991, VR 1992, 27 (*Van Linschoten / LIC*); *Rb. Amsterdam* 15-12-1993, VR 1994, 206 (*Spek / Centraal Bebeer*).

72. *Illof Den Haag, te kennen uit HR 10-8-1994, NJ 1995, 58 (General Accident / Staat & ABP)*. Zie voor de formule waarmee de contante waarde in het kader van WAO wordt berekend de beschikking staatssecretaris SZW van 29 december 1980, nr. 50453, *Stcr.* 1980, 253, laatstelijk gewijzigd bij Beschikking van 10 juli 1990, nr. 90-1208, *Stcr.* 1990, 135, opgenomen in *losbl. WAO (Sociale Verzekeringswetten)*, aant. op art. 90.

73. Voor (reeds opgehoude) pensioenuitkeringen zie men HR 18-2-1994, NJ 1995, 607 nt. CJIB (*Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars / ABP & Van der Wal*), voor (fictieve) AAW-uitkering HR 25-2-1994, NJ 1995, 608 nt. CJIB (*Staat / Sterpolis*) en HR 10-08-1994, NJ 1995, 58 (*General Accident / Staat & ABP*); voor doorbetaling van loon door werkgever HR 23-12-1994, *RedW* 1995, 14 (*Doornia - Bedrijfsvereniging*).

74. *Scheffema-Mijnsen, a.w.*, p. 261.

75. Zie *losbl. Schadevergoeding (Boll)*, art. 108 aant. 69 en de daar genoemde literatuur.

restant, spreekt ons evenwel meer aan.⁷⁶ Doorslaggevend argument daarvoor is ons inziens dat indien de gelaedeerde en de verzekeraar bij het verhaal gelijk zouden delen, indirect toch een deel van de door de verzekering gedekte schade bij de gelaedeerde zou blijven rusten, hetgeen niet zou stroken met de verzekeringsgedachte.⁷⁷ In art. 2 lid 1 VOA kan een aanknopingspunt worden gevonden voor deze gedachte, daar het bepaalt: 'Het verhaal kan niet ten nadele van de ambtenaar worden uitgeoefend'. Bij subrogatie van een particuliere verzekeraar speelt hetzelfde probleem. Hoewel ook hier wel een evenredige verdeling wordt verdedigd, kunnen wij ons beter vinden in de opvatting dat het meer in overeenstemming met de aard van de verzekeringsovereenkomst is om aan te nemen dat de verzekeraar niet ten nadele van de verzekerde de rechten, waarin hij werd gesubrogeerd, mag uitoefenen.⁷⁸ In de praktijk blijken bedrijfsverenigingen en particuliere verzekeraars in veel gevallen al conform verdedigd stelsel te handelen bij de uitoefening van hun verhaalsrecht.⁷⁹

Een soortgelijk probleem doet zich voor bij de verdiscontering van eigen schuld van de gelaedeerde. De uitkeringen en verstrekkingen die de sociale of particuliere verzekeraar doet, zijn vrijwel nooit toereikend om de schade van de gelaedeerde geheel weg te nemen. In dergelijke gevallen zal de gelaedeerde zelf ook vorderingen op de aansprakelijke geldend willen maken. De vraag is dan wie de eigen schuld van de gelaedeerde dient te dragen: de gelaedeerde zelf of de verzekeraar. Stel dat de inkomensschade van de gelaedeerde f 10 000,- bedraagt, de uitkering van de sociale verzekeraar f 8000,- en de vordering van de gelaedeerde naar burgerlijk recht wegens 25% eigen schuld f 7500,-. Het is duidelijk dat van de aansprakelijke niet meer dan f 7500,- kan worden gevorderd. Maar binnen die marge zijn verschillende benaderingen mogelijk. Men kan zeggen dat de verzekeraar maximaal het civiele plafond kan vorderen (f 7500,-) en de gelaedeerde zelf niets omdat hij reeds meer vergoed heeft verkregen dan hij naar burgerlijk recht zou hebben kunnen eisen.⁸⁰ Men kan echter met evenveel recht zeggen dat de gelaedeerde zijn resterende schade van f 2000,- (f 10 000,- minus f 8000,-) van de aansprakelijke kan vorderen en dat de verhaalsvordering van de verzekeraar na aftrek van de restvordering van de gelaedeerde slechts f 5500,- is. Men kan de omvang van de vordering van de verzekeraar ook relateren aan de gedane uitkering en de vordering naar burgerlijk recht. De gelaedeerde heeft naar burgerlijk recht slechts recht op vergoeding van 75% van zijn schade wegens eigen schuld. In ons voorbeeld leidt dit ertoe dat de verzekeraar slechts 75% van f 8000,- op de aansprakelijke kan verhalen (f 6000,-), terwijl de gelaedeerde 75% van f 2000,- (f 1500,-) kan vorderen van de aansprakelijke.⁸¹ De gelaedeerde ontvangt in totaal

f 9500,- (f 8000,- van de verzekeraar en f 1500,- van de aansprakelijke). Vergelijkbare benaderingen zijn denkbaar bij verhaal krachtens subrogatie. De vraag is uiteindelijk of de verzekering het risico van eigen schuld van de gelaedeerde overneemt en de gelaedeerde in een duidelijk betere positie komt te verkeren als gevolg van het bestaan van de verzekering of dat de verzekering geen 'dekking' biedt tegen eigen schuld van de verzekerde persoon. Wanneer men wil aannemen dat de eigen schuld van de gelaedeerde wordt overgenomen door de verzekeraar, dan kan men nog verschillen in opvatting over de mate waarin dat dient te gebeuren. Neemt de verzekeraar de gehele eigen schuld over, dan is de restvordering van de gelaedeerde f 2000,- en kan de verzekeraar f 5500,- van de aansprakelijke vorderen. Neemt de verzekeraar de eigen schuld van de gelaedeerde in mindere mate over, dan zou de rest-

76. Dit standpunt is ordt ingenomen door Knol, a.w., p. 113 e.v. en Van Wassenaer van Catwijk en Jongeneel, Eigen schuld en medeschuld, Derenter 1995, p. 81 e.v. In het oorspronkelijke wetsontwerp NBW was een zodanige regeling ook opgenomen in art. 6:107 lid 2 waarin was bepaald dat aanspraken van derden ter zake van op grond van letsel geleden schade, daaronder begrepen vorderingen tot verhaal, die krachtens wet, subrogatie of overdracht aan de derde toekomen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de gekwetste konden worden uitgeoefend. Toen de kring van gerechtigde derden in het wetsontwerp sterk werd ingeperkt, werd tevens dit artikel lid geschrapt. Daaraan zou minder behoefte bestaan. Zie Parl. Gesch. Boek C, p. 1289. Inmiddels is de door ons verdedigde zin: Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 24 169, nr. 6, p. 32 (Wetsvoorstel Algemene Nabestaandenwet). Vgl. ook nog Van der Feltz VA 1975, p. 294. Zie ook het Duitse recht § 67 lid 1 VVG en § 116 lid 4 SGBX.

77. Hetzelfde geldt m.m. ingeval het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat door limitering of matiging is beperkt en aldus onvoldoende is om zowel de gelaedeerde als de verzekeraar volledig te voldoen.

78. Zie art. 7:17.2.25 lid 2 Ontwerp-NBW; vgl. Schellema-Mijnssen, a.w., p. 262-263; Mulder VA 1981, p. 254-260; dezelfde, VR 1985, p. 389-390 alsmede Van Dam, a.p., p. 106-108. Vgl. voor het Duitse recht § 67 lid 1 VVG en § 116 lid 4 SGBX, waarover o.a. Kötz, a.w., rdw. 612. Zie ook de literatuur genoemd in nr. 48. Vgl. voor het Belgische recht art. 41 Verzekeringwet 1992 jo. 1252 BW, waarover Schuermans, RW 1993, p. 718.

79. Aldus met betrekking tot de bedrijfsverenigingen Knol, a.w., p. 115, en voor wat betreft de (brand)assuradeuren Schellema-Mijnssen, a.w., p. 263; Van der Burg, a.w., p. 177.

80. Aldus Van Maanen & Römers, p. 43. Mogelijk eerder: Ingtenberg e.a., Het recht van de ziekenfonds- en de bijzondere ziektekostenverzekering, Derenter 1988, p. 145.

81. Zie § 116 lid 3 SGB X, waarover Schroeder-Prinzen e.a., Sozialgesetzbuch, Verwaltungsverfahren -SGBX, aant. 4, I bij § 116; Lange, a.w., p. 690; Becker & Böhm, a.w., p. 288-290; V. Maydell en Breuer, NJW 1984, p. 25-26; Rindland, JUS 1984, p. 73 en Müller, VersR 1989, p. 317-318. Vgl. Hinzink, VA 1990, p. 97 en Mulder, a.w. p. 149-151.

vordering niets respectievelijk f 1500,- bedragen. Welke benadering de juiste is, is onduidelijk. Ook wanneer men als beginsel van zowel particulier als sociaal verhaalsrecht zou nemen dat het verhaalsrecht niet ten nadele van de verzekerde kan worden uitgeoefend⁸², dan nog kunnen alle genoemde berekeningswijzen worden gehanteerd. Benadert men het probleem namelijk aldus dat eerst de omvang van de restvordering dient te worden vastgesteld, dan is geen sprake van uitoefening van het verhaalsrecht in het nadeel van de verzekerde. Wij zijn geneigd te kiezen voor een benadering die berekening van de omvang van het verhaalsrecht hanteerbaar houdt. De verzekeraar is naar onze mening slechts gerechtigd van de aansprakelijke te vorderen indien de gelaedeerde zelf zijn schade zoveel als mogelijk vergoed heeft gekregen. In het voorbeeld zou de gelaedeerde f 2000,- kunnen vorderen en de verzekeraar dus f 5500,-. De gelaedeerde geraakt door het bestaan van de verzekering weliswaar in een betere positie dan hij zonder verzekering zou zijn geweest, maar dit is niet bezwaarlijk nu sociale en particuliere verzekeringen risico's beogen over te nemen ongeacht of en in hoeverre hiervoor aansprakelijkheid van een ander bestaat. Het risico verbonden aan eigen schuld dient daarom ook volledig over te gaan op de verzekeraar. Tot slot het probleem van de verrekening van de voordelen. Ook hier zijn meerdere stelsels verdedigbaar. De keuze in de rechtspraak valt vooralsnog uit in het voordeel van de verzekeraar: voordelen dienen eerst op de schade van het slachtoffer, waaronder de immateriële schade, te worden toegerekend; toerekening op de vordering van de verzekeraar geschiedt pas indien deze schade niet toereikend is.⁸³ Resultaat hiervan is dat de restvordering van gelaedeerde vermindert of nihil wordt. Volgens de andere opvatting die wordt verdedigd, is een splitsing naar schadeposten gewenst, waarbij ook de verzekeraar voordeelstoerekening moet lijden ingeval dit voordeel naar burgerlijk recht slechts op het door de verzekeraar overgenomen deel zou mogen worden verrekend. Met name indien de restvordering uit geheel andere schadefactoren is samengesteld (denk aan immaterieel nadeel), zou toereke-

ning van dit voordeel op de restvordering van gelaedeerde niet redelijk zijn.⁸⁴ De laatste opvatting heeft onze voorkeur indien voordeelstoerekening ook in het civiele recht per schadepost geschiedt. Of dat thans het geval is, is nog onduidelijk.⁸⁵ Zou in het civiele recht per schadepost worden toegerekend en in het kader van de berekening van het verhaalsrecht niet, dan zou een nadeel voor de gelaedeerde kunnen ontstaan indien de schadepost waarmee verrekend zou moeten worden, een geringer bedrag betreft dan het te verrekenen voordeel. De schadevergoeding die hij bij gebreke van de verzekering zou hebben gekregen, zou dan meer bedragen dan in de werkelijke situatie, waarin hij een uitkering ontvangt en een gereduceerde restvordering. Wordt daarentegen ook in het civiele recht per saldo verrekend, dan werkt het huidige met betrekking tot het verhaalsrecht gehanteerde systeem niet onredelijk: het totale bedrag aan uitkeringen en het gereduceerde bedrag aan restvordering (bijvoorbeeld ter zake van immaterieel nadeel) resulteert dan in hetzelfde bedrag aan schadevergoeding als het bedrag dat de gelaedeerde naar civiel recht zou hebben gekregen.

8. Tenslotte: naar een uniform verhaalsrecht?

In het voorgaande is niet alleen een (neutrale) beschrijving gegeven van aard, omvang en uitoefening van het verhaalsrecht van particuliere en sociale verzekeraars en risicodragers. Waar mogelijk is aangegeven wat de verschillen zijn tussen de verhaalsstelsels. Het resultaat overziende, blijkt dat er weinig uniformiteit is. Het verhaalsrecht op grond van subrogatie is congruent aan de vordering van de gelaedeerde: het zelfstandig verhaalsrecht kan ook andere schadeposten bevatten dan die van gelaedeerde. Onderlinge regelingen tussen gelaedeerde en aansprakelijke kunnen de gesubrogeerde verhaalzoekende verzekeraar treffen; de risicodragers met een zelfstandig verhaalsrecht ondervindt in een dergelijke situatie geen nadeel. Onder het verhaalsrecht krachtens de VOA vallen niet de buitengerechtigde kosten: de particuliere verzekeraar kan deze – onder bepaalde voorwaarden – wel claimen, en de situatie met betrekking tot de andere sociale verzekeraars is niet duidelijk. Ook de regeling met betrekking tot verhaal van toekomstige uitkeringen en verstrekkings is niet eenduidig. De berekening van het bedrag waarvoor de gelaedeerde de aansprakelijke zou hebben kunnen aanspreken naar civiel recht bij ontbreken van de uitkeringen van de verzekeraar of risicodragers (in het sociaal zekerheidsrecht aangeduid met civiel plafond), gebeurt niet geheel volgens dezelfde maatstaven. Op het gebied van de uitoefening zijn er verschillen in de kring van immune personen, jegens wie

82. Zie (de hoofdleest bij) nt. 48.

83. HR 12-1-1973, NJ 1973, 177 nt. ARB (Nutsziekenfonds / Mabilen); Hof 's-Hertogenbosch 1-5-1980, NJ 1981, 671 (Herber / Algemene Ziekenfonds Midden Brabant).

84. Zie Kioel, a.w., p. 108; vgl. Rb. Almelo 21-10-1970, NJ 1971, 216 (Algemeen Ziekenfonds / Oosterwijk).

85. Bolt, a.w., p. 21. De mogelijkheid om te differentiëren naar de verschillende schadeposten lijkt te zijn opengelaten door HR 17-12-1976, NJ 1977, 351 nt. ARB, VR 1977, 34 nt. CJIB (Van den Endt / Bongaerts). Vgl. losbl. Schadevergoeding (Bolt), art. 100, aant. 7.

| Wetgeving |

geen verhaal mogelijk is. Die verschillen zijn niet alleen tussen het verhaalsrecht van particuliere verzekeraar en sociale verzekeraar te constateren, maar ook tussen de verhaalsrechten van de sociale verzekeraars en risicodragers onderling. En behalve bovengenoemde verschillen is ook een differentiatie te constateren (op het gebied van de aansprakelijkheidsgronden en de toepassing van 'eigen schuld') tussen de vordering van de gelaedeerde zelf en het verhaalsrecht van de verzekeraars.

Uiteraard zijn wij niet tegen het enkele feit dat er

in het recht verschil in behandeling bestaat. Dat verschil moet dan wel gerechtvaardigd zijn, en daar ontbreekt het ons inziens in een aantal gevallen aan. Wij hebben dat op de desbetreffende plaatsen aangegeven. Het geheel overziende menen wij dat alvorens wordt besloten tot uitbreiding van verhaalsrechten tot de ANW, AAW, AWBZ en de particuliere werkgever, ten gronde nagedacht dient te worden over de vorm waarin dergelijke verhaalsrechten worden gegoten. Wellicht biedt uniformering van de thans bestaande verhaalsrechten een mooie gelegenheid hiertoe.