De gesubrogeerde schadeverzekeraar onder het nieuwe verzekeringsrecht: een balans

Mr. Dr. P. van Zwieten

Universiteit van Amsterdam
Amsterdam Centre for Insurance Studies



Aanvliegroute behandeling

I. Oude issues, nieuwe oplossingen
II. Het belang van het verhaalsrecht

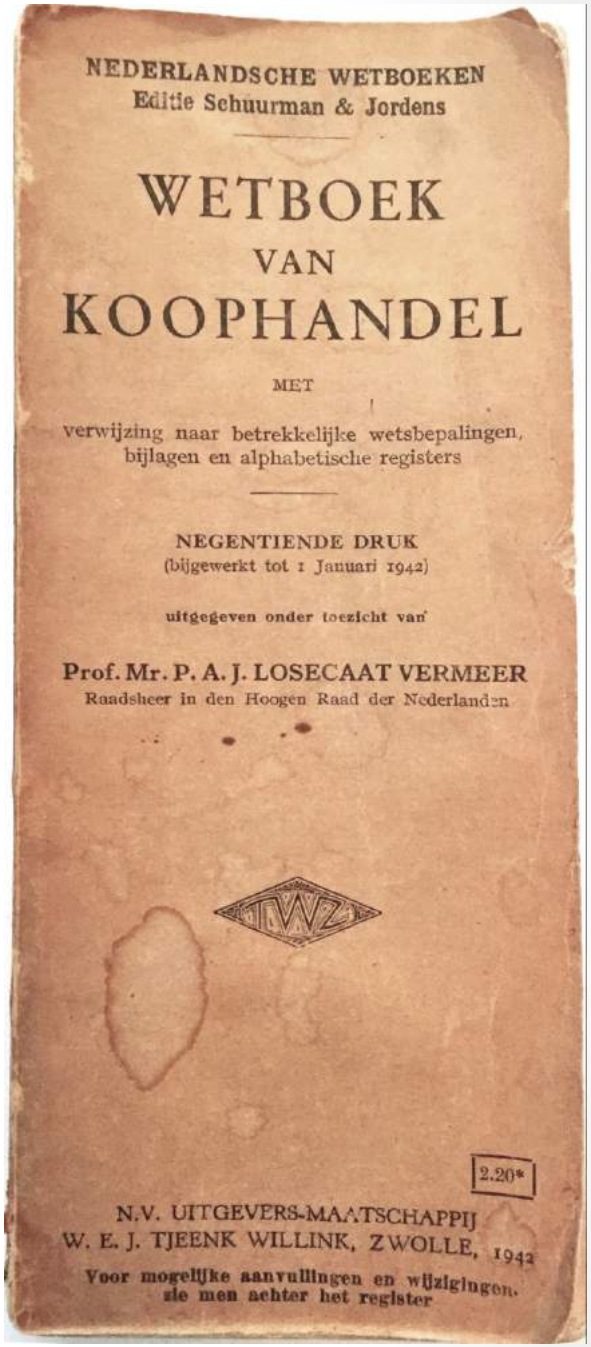
I. Oude issues, nieuwe oplossingen

- 1838-2006: art. 284 WvK
- 2006-2016: art. 7:962 BW

- Identieke ratio:
  - Voorkomen van voordeel bij de aansprakelijke derde;
- Gemoderniseerde bepaling:
  - Tegemoetkoming ‘issues’ onder oude recht;
  - blik(ken) over de grens.

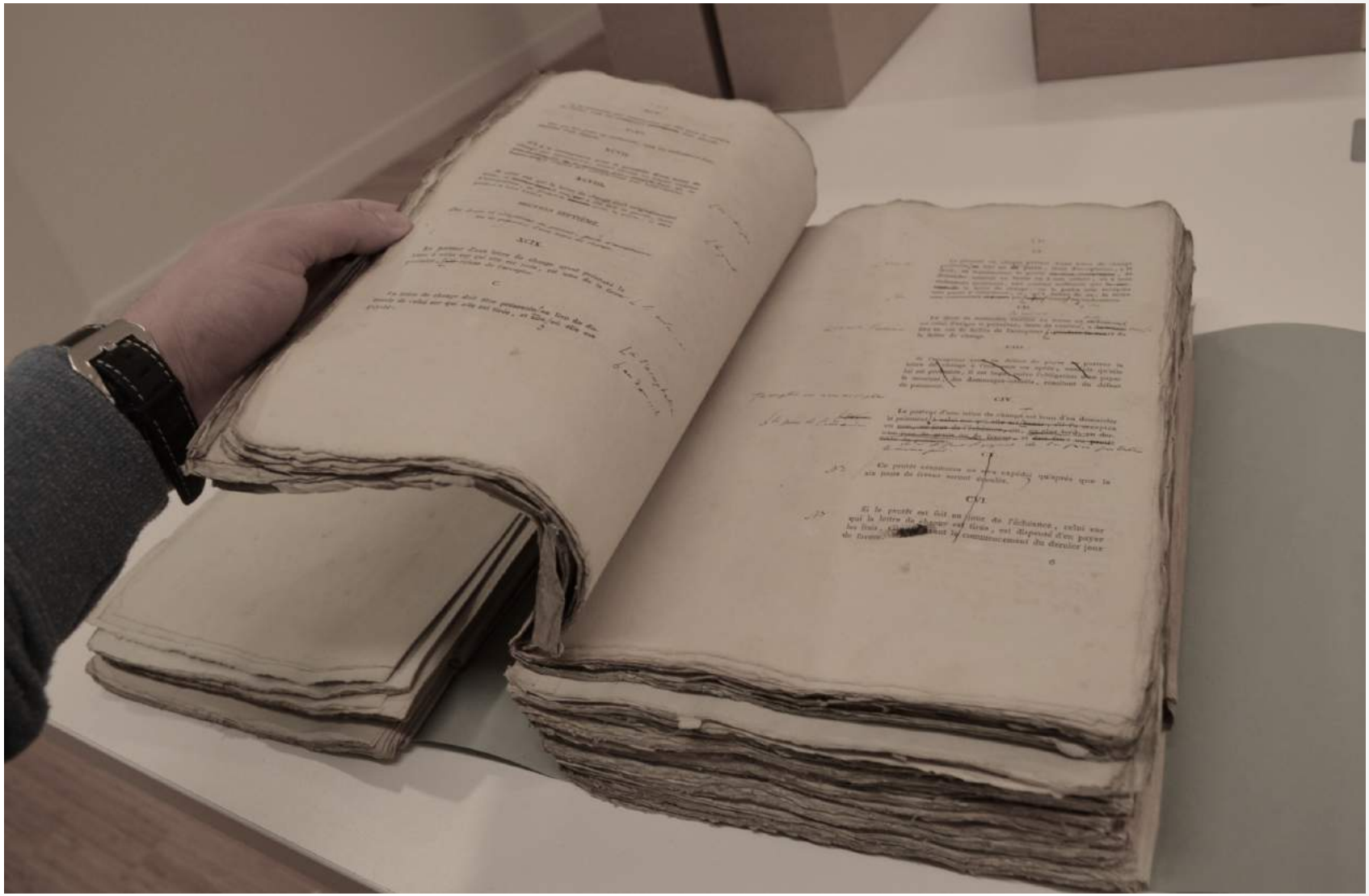
Art. 284 WvK

‘De verzekeraar, die de schade van een verzekerd voorwerp betaald heeft, treedt in alle de regten welke de verzekerde, ter zake van die schade, tegen derden mogt hebben; en de verzekerde is verantwoordelijk voor elke daad welke het regt van den verzekeraar tegen die derden mogt benadeelen.’

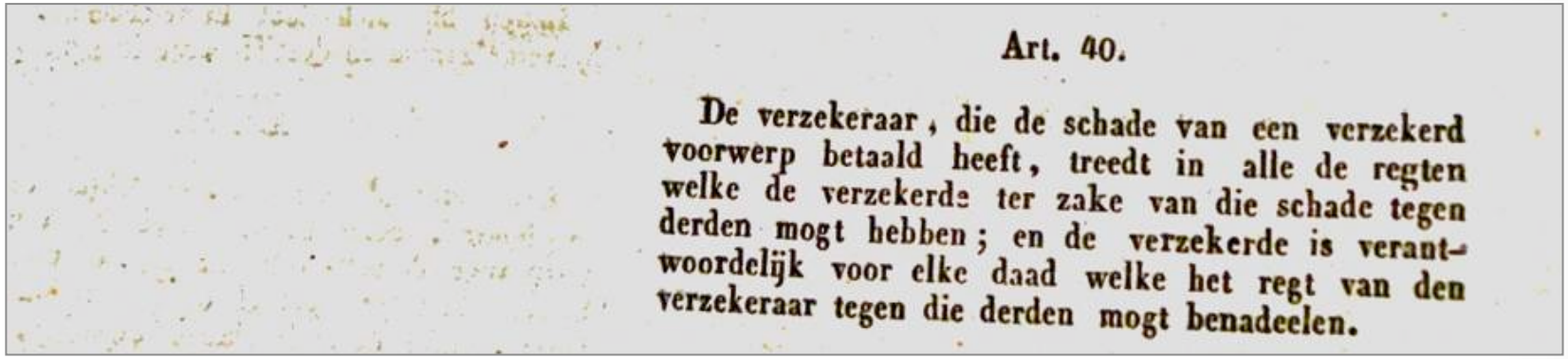




Bron: Nationaal Archief, Algemeen Rijksarchief depot, Ministerie van Justitie 1313-1876, Inv. Nr. 5218B



Bron: Nationaal Archief, Algemeen Rijksarchief depot, Ministerie van Justitie 1313-1876, Inv. Nr. 5218B



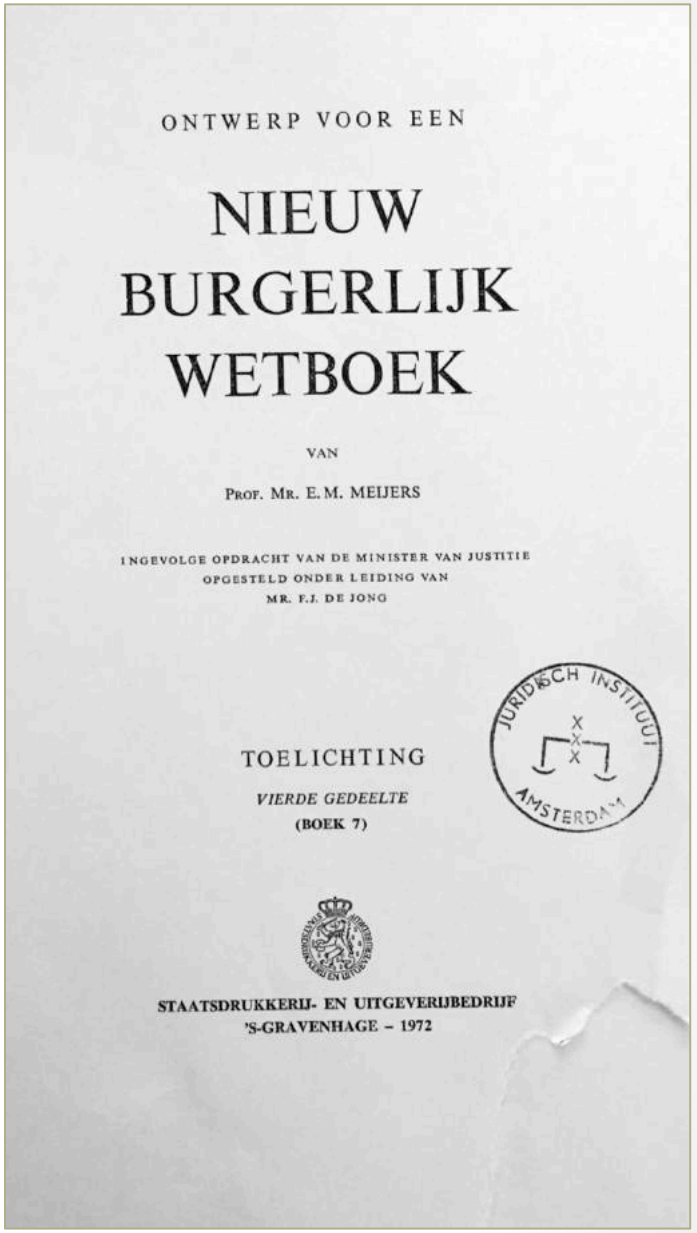
Art. 40.

De verzekeraar, die de schade van een verzekerd voorwerp betaald heeft, treedt in alle de regten welke de verzekerde ter zake van die schade tegen derden mogt hebben; en de verzekerde is verantwoordelijk voor elke daad welke het regt van den verzekeraar tegen die derden mogt benadeelen.

Bron: Nationaal Archief, Algemeen Rijksarchief depot, Ministerie van Justitie 1313-1876, Inv. Nr. 5218B (1835-1836)

Art. 7:962 BW

- De huidige subrogatiebepaling codificeert oplossingen voor problemen die zich voordeden onder het oude recht.
- Deze problemen deden zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van:
  - een coulancebetaling;
  - de verhouding tussen de gesubrogeerde verzekeraar en de verzekerde met restschade;
  - het verhaal op een mede-verzekerde.


ONTWERP VOOR EEN

NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

VAN

PROF. MR. E. M. MEIJERS

INGEVOLGE OPDRACHT VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE
OPGESTELD ONDER LEIDING VAN
MR. F.J. DE JONG

TOELICHTING

VIERDE GEDEELTE
(BOEK 7)

STAATSDRUKKERIJ- EN UITGEVERIJBEDRIJF
'S-GRAVENHAGE – 1972

Coulancebetaling (i)

- Discussies of er sprake is van subrogatie bij een coulancebetaling kwamen begin vorige eeuw al voor.
- HR 10 januari 1941, *NJ* 1941, 824 en HR 24 januari 1964, *NJ* 1964, 465: geen subrogatie bij coulancebetalingen.

O. omtrent het incidenteele middel:

dat, ook indien mag worden aangenomen, dat het Hof hier art. 284 van het Ned. Wetb. van Kooph. heeft toegepast, het middel niet tot cassatie kan leiden;

dat toch evenvermeld wetsartikel, waar het den verzekeraar, die de schade van een verzekerd voorwerp heeft betaald, doet treden in de rechten, welke de verzekerde ter zake van die schade tegen derden mocht hebben, slechts ziet op een betaling, waartoe de verzekeraar krachtens de overeenkomst van verzekering verplicht was;

Verwerpt zoowel het principale als het incidenteel beroep.

Compenseert de kosten van het geding in cassatie in dier voege, dat de principaal eischeres behalve haar eigen kosten f 350 in de kosten der wederpartij drage.

Conclusie van den Proc.-Gen. Berger.

rechtspraak van Uwen Raad, de wet der plaats van handeling (H. R. 1 Mei 1936 No. 956, H. R. 18 Maart 1938, 1939 No. 69). Ook bij aanvaringen in territoriale wateren wordt zulks, behoudens andere regeling bij tractaat, algemeen aangenomen (zie Kosters bl. 796), terwijl het Brusselsche Aanvaringstractaat, goedgekeurd bij de Wet van 11 Januari 1913 Stbl. No. 26, naar door den geëerden raadsman van Liverpool m. i. terecht is betoogd, ten dezen geene toepassing kon vinden. Het wil mij dan ook voorkomen, dat, ofschoon zulks uit de bestreden arresten niet uitdrukkelijk blijkt, moet worden aangenomen, dat het Hof bij het geven van zijne beslissing Nederlandsch-Indisch recht heeft toegepast, zoodat de principale middelen van cassatie, welke ervan uitgaan, dat Nederlandsch recht is toegepast, niet tot cassatie kunnen leiden, behalve het subsidiair voorgedragen derde onderdeel van middel I, waarin geklaagd wordt over schending van het voorschrift van

Bron: Nederlandsche Jurisprudentie 1941.

Coulancebetaling (ii)

- Ontwerp Meijers (1972): ‘Om te voorkomen dat een derde de verschuldigdheid van de door de verzekeraar gedane uitkering zou betwisten – een betwisting waarbij hij geen redelijk belang heeft doch die de verzekeraar van coulance zou kunnen afhouden –, zijn de woorden ‘al dan niet verplicht’ in het artikel opgenomen.’
- De voorgestelde toevoeging is uiteindelijk ook in de subrogatiebepaling opgenomen:

Art. 7:962 BW
Indien de verzekerde terzake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over voor zover deze, ***al dan niet verplicht****, die schade vergoedt.*

Coulancebetaling (iii)

- HR 7 januari 2000, *NJ* 2000, 212:
  - ‘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 vergoede 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.’

Coulancebetaling (iv)

- De bepaling lijkt effect te hebben gesorteerd. Er zijn de afgelopen jaren nauwelijks discussies geweest over de mogelijkheid van verhaal bij een coulance-uitkering.
- Zie wel: Rb. Roermond 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BW0302.
  - In deze casus overwoog de rechtbank dat art. 7:962 BW toepassing mist, nu er geen sprake is van verzekerde in de zin van art. 7:945 BW (de verzekerde is degene die 'krachtens de verzekering **recht heeft** op vergoeding').
  - Daar waar art. 7:962 BW niet van toepassing is, ziet verzekeraar zich ook niet belemmerd door art. 6:197 BW; Tijdelijke regeling verhaalsrechten.
  - Deze zienswijze is dogmatisch onjuist. Uit subrogatiebepaling en de toelichting daarbij volgt duidelijk wat wetgever voor ogen heeft gestaan.

Coulancebetaling (v)

- Het doel wat werd beoogd wordt echter niet geheel bereikt.
- Huidige redactie leidt in bepaalde gevallen tot ‘terughoudendheid’ verzekeraar.
- Terughoudendheid kan ontstaan indien de verzekeraar zelf geen verhaal kan zoeken op de derde vanwege de toepassing van:
  - Tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW);
  - De verhaalsimmuniteiten (art. 7:962 lid 3 BW).
- Bij TRV en verhaalsimmuniteiten geldt dat verzekerde zelf wel kan verhalen.
- Voorstel: uitzondering realiseren voor voornoemde gevallen.

Coulancebetaling (vi)

Voorbeeld:

- Er ontstaat schade aan een woonhuis door een productfout in de cv-ketel. Consument kan de schade in principe verhalen bij de producent. De producent wordt hier echter niet direct toe bereid gevonden.
- De schade wordt ingediend bij de opstalverzekeraar. Schade als gevolg van productfouten is echter uitgesloten.
- Een verzekeraar zal in dit geval terughoudend zijn in het doen van een onverplichte betaling. De verzekeraar verkrijgt immers niet de vorderingsrechten die de verzekerde had. De TRV blokkeert dit.
- Het doel van subrogatie bij een onverplichte uitkering ziet op het voorkomen van terughoudendheid bij de verzekeraar. Zoals uit voorgaande blijkt bestaat deze terughoudendheid in bepaalde gevallen nog steeds.

Coulancebetaling (vii)

Interessant:

- Voorafgaand aan het Regeringsontwerp was nog in de concept opgenomen dat enkel sprake zou zijn van subrogatie indien de coulant betaalde schade '**naar haar aard** door de verzekering is gedekt'.
- Op aandringen van Dorhout Mees is deze restrictie uiteindelijk niet in de subrogatiebepaling terechtgekomen.
- De subrogatiebepaling is nu in principe ook van toepassing als een inboedelverzekeraar een schade aan een auto betaalt. Naar zijn aard is dit geen schade die onder een inboedelverzekering is gedekt.
- Ook is de subrogatiebepaling van toepassing als er een betaling wordt gedaan als 'suikeroom'.

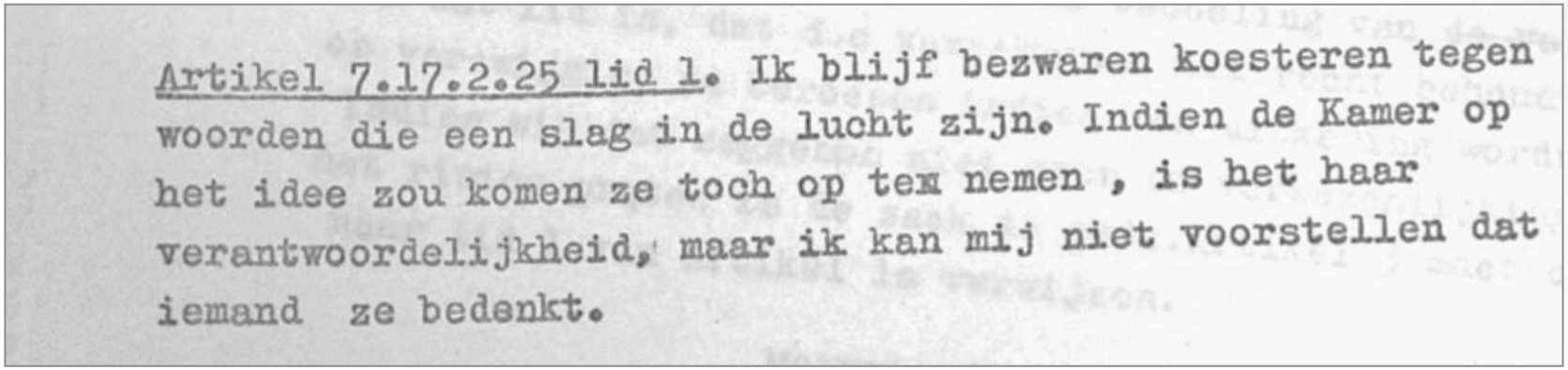
Artikel 7.17.2.25. Tot mijn spijt hecht ik nogal aan de gewraakte woorden, omdat zij - althans naar het uiterlijk - enige rem zetten op de grenzen waarbij verzekeraars ook bij onverplichte uitbetaling de vreugden van de subrogatie deelachtig worden.

Indien men meent dat deze rem praktisch niets voorstelt omdat verzekeraars tòch geen claim honoreren die met de verzekering niets te maken heeft, zoveel te beter: dan zijn de gewraakte woorden slechts een (politiek) doekje voor het bloeden, waarmee wij de kritiek op die subrogatie bij onverplichte uitbetaling enige wind uit de zeilen kunnen nemen. Men bedenke wèl, dat subrogatie óók bij onverplichte betaling voor verzekeraars prettig is, doch dat het bezien tegen de achtergrond van ons rechtssysteem nog al een anomalie is.

Met vriendelijke groet,

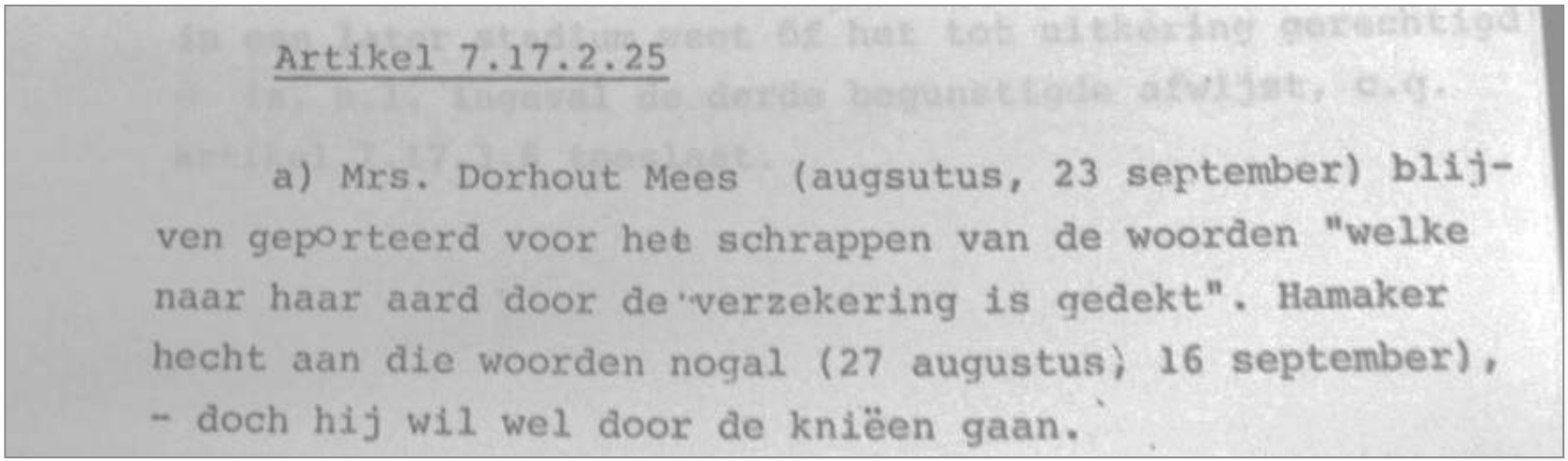
Gvaad

Bron: Hamaker d.d. 23 juli 1981, Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1484.



Artikel 7.17.2.25 lid 1. Ik blijf bezwaren koesteren tegen woorden die een slag in de lucht zijn. Indien de Kamer op het idee zou komen ze toch op tex nemen , is het haar verantwoordelijkheid, maar ik kan mij niet voorstellen dat iemand ze bedenkt.

Bron: Brief d.d. 23 september 1981 van Dorhout Mees aan Cats, Clausing, Salomons, Schorer, De Die en Hamaker, Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1484.



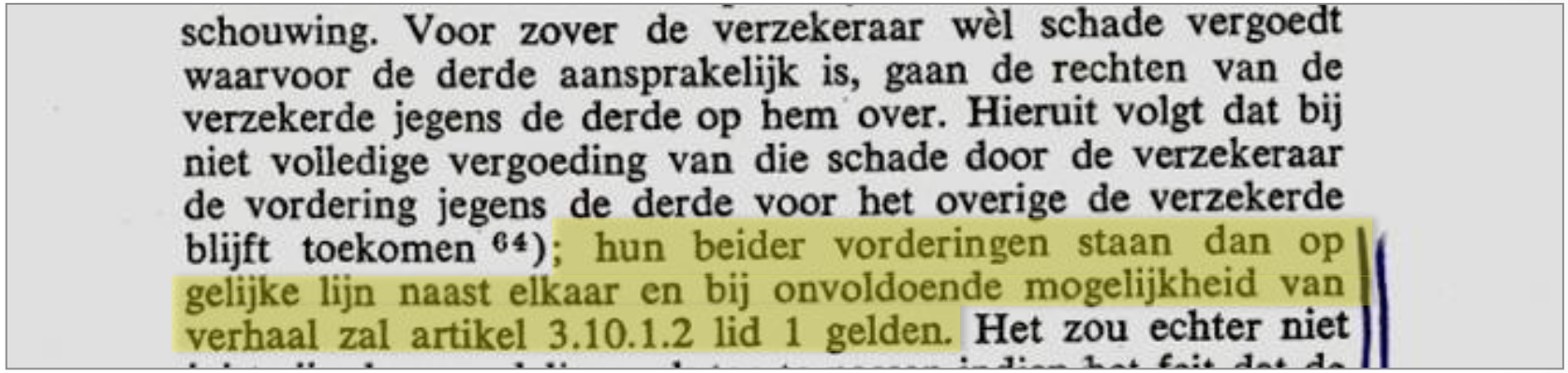
Artikel 7.17.2.25

a) Mrs. Dorhout Mees (augsutus, 23 september) blijven geporteerd voor het schrappen van de woorden "welke naar haar aard door de verzekering is gedekt". Hamaker hecht aan die woorden nogal (27 augustus; 16 september), - doch hij wil wel door de kniëen gaan.

Bron: Hamaker d.d. 30 september 1981, Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1484.

Verhaalsrangorde (i)

- Onder het oude recht was er veelvuldig discussie over de vraag wie er voorrang heeft als zowel de gesubrogeerde verzekeraar als de verzekerde (met restschade) een vordering heeft op de aansprakelijke derde.
- Er waren onder oude recht 4 smaken:
  - Wie het eerst komt, wie het eerst maalt;
  - Een verdeling naar rato van ieders vordering;
  - De verzekeraar gaat voor;
  - De verzekerde gaat voor.
- In de toelichting bij het Ontwerp Meijers (1972) wordt nog uitgegaan van een gelijkheid in rechten en bij onvoldoende verhaalsmogelijkheid een verdeling naar rato (*paritas creditorum*).
- Met dit voorstel werd *een* knoop doorgehakt.



schouwing. Voor zover de verzekeraar wèl schade vergoedt waarvoor de derde aansprakelijk is, gaan de rechten van de verzekerde jegens de derde op hem over. Hieruit volgt dat bij niet volledige vergoeding van die schade door de verzekeraar de vordering jegens de derde voor het overige de verzekerde blijft toekomen [64]); hun beider vorderingen staan dan op gelijke lijn naast elkaar en bij onvoldoende mogelijkheid van verhaal zal artikel 3.10.1.2 lid 1 gelden. Het zou echter niet

Bron: E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Toelichting, Vierde gedeelte, Boek 7, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1972, p. 1184.

Verhaalsrangorde (ii)

- Onder andere Mijnssen (1974) en Mulder (1981) ageerde tegen deze zienswijze uit Voorontwerp.
  - Mijnssen refereerde in zijn betoog aan het voorrangsrecht zoals dat destijds in het Duitse verzekeringsrecht voorkwam; art. 67 VVG (oud); het huidige art. 86 VVG.
- In het Regeringsontwerp (1986) werd mede naar aanleiding van deze zienswijzen expliciet bepaald dat de verzekerde voorrang geniet.
- Daar waar er onder het oude recht veelvuldig discussie was over deze bepaling, geldt dat deze discussie er onder het nieuwe recht niet (b)lijkt te zijn. Althans in de rechtspraak ben ik die niet tegengekomen.
- De verhaalsrangorde uit lid 2 (b)lijkt effectief.

Artikel 284 W.v.K. gaat ervan uit dat de schade die de verzekerde lijdt geheel door de verzekeraar wordt vergoed. Dit is niet steeds het geval. Men denke aan te lage verzekering en ongedekte schade, zoals stilligschade of eigen risico. Dan hebben zowel de verzekeraar als de verzekerde een vordering op de schuldige. Indien deze insolvent is, of indien zijn aansprakelijkheid beperkt is krachtens de wet of door toepassing van artikel 6.1.9.12a, bestaat een rangordeprobleem dat in lid 2 ten gunste van de verzekerde wordt opgelost.

Bron: *Kamerstukken II* 1985-86, 19 529, nr. 3, p. 34

Verhaalsrangorde (iii)

- Hoewel de verhaalsrangorde effectief (b)lijkt, heb ik in mijn dissertatie (p. 104 e.v.) wel een aantal wijzigingen voorgesteld.
- Daar waar gesproken wordt verzekeraar ‘kan’ zijn vorderingsrechten niet uitoefenen, opteer ik voor een regeling waarbij de verzekeraar de vorderingsrechten wel kan uitoefenen maar in de onderlinge verhouding de verzekerde (als er bij de aansprakelijke derde niets meer te halen valt) aanspraak kan maken op hetgeen de verzekeraar heeft verhaald.
- In een ander geval zou de aansprakelijke derde ook rechten kunnen ontlenen aan lid 2. Bijvoorbeeld door te stellen dat hij onverschuldigd betaald heeft aan de verzekeraar. Dat is niet wenselijk.

Art. 7:962 lid 2 BW

De verzekeraar **kan** de vordering waarin hij is gesubrogeerd, of die hij door overdracht heeft verkregen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen.

Art. 7:962 lid 2 BW (voorstel)

Voor zover zowel de verzekeraar, in verband met de vordering waarin hij is gesubrogeerd of die hij door overdracht heeft verkregen, als de verzekerde vorderingen hebben op de voor de schade aansprakelijke derde, **komt in hun onderlinge verhouding voorrang toe aan de verzekerde**. (…)

Verhaalsrangorde (iv)

- Ook meen ik dat er aan lid 2 een verplichting tot overleg tussen de verzekeraar en de verzekerde zou moeten worden toegevoegd. Dit om te voorkomen dat de verzekeraar zijn vordering verhaald, maar op later moment alsnog een bedrag moet afstaan aan de verzekerde.
- Er is onder huidige recht ook voor gepleit om de verhaalsrangorde te betrekken op **een** verzekerde in plaats van **de** verzekerde. Ook art. 5 van de BBr 2014 gaat uit van deze gedachte. In mijn optiek volgt uit de ratio van de verhaalsrangorde (risico-overdracht tegen premiebetaling) niet dat ook een ander dan de *eigen* verzekerde voorrang moet worden verleend.

Verhaalsimmuniteiten (i)

- Onder het oude recht is de wens ontstaan om enkele personen in het kader van verhaal te ontzien.
- De wens om bepaalde personen in kader van verhaal te ontzien zien we bijvoorbeeld reeds in de Afstandsverklaring Regres van 1953 en 1954, alsook in het Bindend Besluit Regres van 1984.
- In buitenlandse recht kwam een verhaalafstand ook veelvuldig voor.
  - Reikwijdte van de buitenlandse bepalingen is veelal beperkt tot personen die geacht worden meeverzekerd te zijn.

Verhaalsimmuniteiten (ii)

- Onder het oude recht was er ook discussie of er sprake is van subrogatie in het geval de schade veroorzaakt is door een medeverzekerde.
- Aangenomen werd dat de medeverzekerde geen derde betreft in de zin van de subrogatiebepaling.
- HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8319:
  - '3.5 De onderdelen I.1 en I.2 falen. Het oordeel van het hof is juist. [Verweerder] in zijn hoedanigheid van medeverzekerde onder dezelfde polis kan niet als derde in de zin van art. 284 (oud) K. worden aangemerkt. Deze opvatting is ook in de rechtskundige literatuur als de heersende aanvaard en door de wetgever gecodificeerd in het met ingang van 1 januari 2006 in werking getreden art. 7:962 lid 3 BW.

Verhaalsimmuniteiten (iii)

- De consequentie van arrest HR: strikt genomen geen subrogatie bij medeverzekerde; ook niet in de situatie als bedoeld in art. 7:962 lid 3 tweede zin.

Art. 7:962 BW

1. *Indien de verzekerde terzake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding* ***op derden*** *heeft, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt. De verzekerde moet zich, nadat het risico zich heeft verwezenlijkt, onthouden van elke gedraging welke aan het recht van de verzekeraar tegen die derden afbreuk doet.*

3. *De verzekeraar krijgt geen vordering op de verzekeringnemer, een mede-verzekerde, de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de geregistreerde partner van een verzekerde, de andere levensgezel van een verzekerde, noch op de bloedverwanten in de rechte lijn van een verzekerde, op een werknemer of de werkgever van de verzekerde, of op degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde.* ***Deze regel geldt niet*** *voor zover zulk een persoon jegens de verzekerde aansprakelijk is wegens een omstandigheid die afbreuk zou hebben gedaan aan de uitkering, indien die omstandigheid aan de verzekerde zou zijn toe te rekenen.*

Verhaalsimmuniteiten (iv)

- In de huidige subrogatiebepaling is in lid 3 een aantal categorieën personen opgenomen waarop geen verhaal kan worden gezocht.
  - Dit naar het voorbeeld van de Franse subrogatiebepaling art. 30 van de Franse Verzekeringswet, het huidige L. 121-12 Code des Assurances.

Kanttekening:

- Daar waar de ratio gelegen is in voorkomen een verstoring tussen de aansprakelijke derde en de verzekerde is het ‘vreemd’ dat er wel verhaal mogelijk is in de relatie (bijvoorbeeld) broer-zus.
- Hetzelfde geldt ter zake van aanverwanten.

Verhaalsimmuniteiten (v)

Kanttekeningen:

- Het verhaal op een werkgever zou m.i. niet geblokkeerd moeten zijn; een dergelijk verhaal heeft een preventieve werking, welke zou moeten prevaleren boven een eventuele verstoring in de arbeidsrelatie.
- Daar waar een aansprakelijkheidsverzekering beschikbaar is, zou het verhaal van de verzekeraar niet geblokkeerd moeten zijn.
  - Vgl. art. 95 lid 4 van de Wet betreffende de verzekeringen: 'De verzekeraar kan evenwel verhaal uitoefenen op de in het vorige lid genoemde personen, voor zover hun aansprakelijkheid daadwerkelijk door een verzekeringsovereenkomst is gedekt.'
  - Ook in Duitse en Franse recht wordt betekenis toegekend aan het bestaan van een aansprakelijkheidsverzekering.

2.1 Penetratiegraad particuliere verzekeringen naar leeftijd

2014, (%)

	Leeftijd hoofdkostwinner				
	tot 35 jaar	35-49 jaar	50-64 jaar	> 65 jaar	Totaal
Levensverzekering hypotheek*	35,0	55,1	29,0	4,7	30,5
Levensverzekering pensioen**	4,5	20,1	22,9	3,2	14,2
Natura-uitvaart***	31,7	41,4	40,1	38,0	38,6
Inboedel	91,1	98,0	97,2	97,9	96,7
Opstal	40,2	64,3	62,1	51,2	56,5
AVP	100,0	100,0	99,7	100,0	99,9
Rechtsbijstand****	41,9	60,7	57,6	49,4	54,0

Bron: GfK

* Alle gekoppelde verzekeringen aan de hypotheek, zowel risico- als kapitaalverzekeringen.
** Alle verzekeringen (kapitaal, lijfrente, beleggingsverzekeringen, etc.) ten behoeve van de oude dag.
*** Alle begrafenis-/crematie-/uitvaartverzekeringen met uitkering in natura.
**** Apart afgesloten polissen, dus exclusief onderdelen van auto-/motorverzekering.

Bron: *Verzekerd van Cijfers 2015,* Verbond van Verzekeraars (2015), p. 14.

Verhaalsimmuniteiten (vi)

- De rechtspraak omtrent subrogatie concentreert zich op de uitleg van de reikwijdte van deze groep personen.
- Een aantal uitspraken is interessant. Hierna passeren deze kort de revue.
  - Werkgeversbegrip: HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR: 2014:3461;
  - Hoofdelijkheid: HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880.

HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461 (i)

- **Wat is er gebeurd?**
  Een vaste medewerker lijdt schade als gevolg van een auto-ongeluk, voor wel ongeluk een collega-uitzendkracht verantwoordelijk is. De zorgverzekeraar van de benadeelde zoekt verhaal op (de verzekeraar van) de uitzendkracht.
- **Wat is de rechtsvraag?**
  Komt een uitzendkracht een beroep toe op art. 7:962 lid 3 BW? Wordt in lid 3, daar wordt gesproken over ‘dezelfde werkgever’, gedoeld op de formele of op de materiële werkgever van de aansprakelijke derde?
- **Wat is het oordeel?**
  De Hoge Raad is van oordeel dat lid 3 van de subrogatiebepaling beperkt moet worden uitgelegd. De Hoge Raad oordeelt dat de reikwijdte van de verhaalsimmuniteit ter zake collega’s zich beperkt tot collega’s die dezelfde formele werkgever hebben.

HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461 (ii)

- **Verhaalsmoment**
  In het arrest geeft de Hoge Raad ook aan dat als toetsmoment voor de immuniteiten heeft te gelden het moment van ontstaan van de schade.
  - In mijn optiek zou het verhaalsmoment leidend moeten zijn. Althans met betrekking tot die gevallen waarin de verstoringsgedachte de reden is voor de verhaalsimmuniteit. Op moment van verhaal geen relatie, dan ook geen verstoring, dan ook geen belemmering van verhaal.
  - Daar waar de verhaalsimmuniteit is ingegeven door het gegeven dat verzekering mede in belang van de aansprakelijke derde is afgesloten (en deze daar (in)direct aan meebetaald heeft), is het overigens *wel* juist om uit te gaan van het moment van het ontstaan van de schade. Vgl. S.D. Lindenbergh, 'Een regresverbod bij aansprakelijkheid voor schade van zzp'ers?', PIV-advies 2013, p. 8.

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880 (i)

- **Wat is er gebeurd?**
  Er ontstaat een auto-ongeluk tussen bestuurder 1 en bestuurder 2. Als gevolg van dit ongeluk lijden de vrouw en de zoon van bestuurder 2 schade. Bestuurder 2 is voor 45% aansprakelijk. Bestuurder 2 komt een beroep toe op art. 7:962 lid 3 BW. De zorgverzekeraar van de vrouw en de zoon, spreekt bestuurder 1 hoofdelijk aan voor het volledige door de verzekeraar betaalde bedrag.
- **Wat is de rechtsvraag?**
  Kan de verzekeraar volledig verhaal zoeken op bestuurder 1 of kan alleen verhaal worden gezocht voor het eigen aandeel van bestuurder 1?

HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880 (ii)

- **Wat is het oordeel?**
  De Hoge Raad is van oordeel dat enkel voor het aandeel van bestuurder 1 verhaal kan worden gezocht. Een ander oordeel (waardoor indirect verhaal op een in lid 3 genoemde persoon mogelijk zou zijn) strookt niet met de ratio van art. 7:962 lid 3 BW.

ii. Het belang van het verhaalsrecht

- Een van de ontwikkelingen van de afgelopen (10) jaren is dat er meer belang wordt gehecht aan en begrip ontstaat voor het verhaalsrecht van de schadeverzekeraar.
- Het verhaalsrecht wordt als belangrijk instrument gezien om schade te voorkomen.
  - Preventieve werking van het verhaalsrecht.
- Het verhaalsrecht wordt als belangrijk instrument gezien om de (zorg)kosten te drukken.
  - Invloed van verhaal op premiestelling.

Middel tot preventie

- Dat verhaal wordt gezien als middel om preventief handelen te bevorderen volgt uit de gedachtewisselingen omtrent de Bedrijfsregeling Brandregres.
- Deze regeling is per 2014 in zijn reikwijdte beperkt.
  - Volledige openstelling verhaal op onzorgvuldig handelende niet-particulieren.

Waarom komen verzekeraars (Verbond) met een nieuwe regeling?

Geen enkele ondernemer wil brand en wil al helemaal niet de veroorzaker zijn van brand bij de buren. Naast directe en indirecte schade (bedrijfsstilstand en zelfs faillissement), veroorzaakt brand veel overlast, milieuvervuiling, ellende en mogelijk zelfs slachtoffers. Dat moet zoveel mogelijk worden voorkomen en daar kunnen ondernemers zelf veel aan doen.

Ondernemers die door onzorgvuldig handelen (brand)schade veroorzaken bij anderen, dienen hierop aangesproken te kunnen worden. Hiermee willen verzekeraars stimuleren dat ondernemers brandveilig ondernemen en de nodige voorzorgsmaatregelen treffen om de kans op brand en brandschade te verkleinen.

Bron: Q&A's invoering Bedrijfsregeling Brandregres 2014, bijlage bij Circulaire MSS-2013-19, Verbond van Verzekeraars 2013, p. 1.

De heer Lindemans stelt voor om in plaats van het verhaalsrecht op niet-particulieren de eigenaar van een pand risicoaansprakelijk te maken, in combinatie met een verzekeringsplicht. Dat zou betekenen dat verzekeraars alle

brandschade moeten vergoeden zonder dat zij de mogelijkheid hebben die schade te verhalen op de derde die de schade heeft veroorzaakt. In dat geval gaat er geen enkele stimulans uit om brandschade te voorkomen. Dat zou niet alleen financiële gevolgen hebben voor verzekeraars en verzekeringnemers maar zou de maatschappij ook onveiliger maken. Ik steunt het voorstel van de heer Lindemans daarom niet en ben van oordeel dat het verhaalsrecht uit artikel 7:962 BW behouden moet blijven.

Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Datum
3 oktober 2013

Ons kenmerk
434495

De Minister van Veiligheid en Justitie,

I.W. Opstelten

Bron: Brief d.d. 3 oktober 2013 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.

Middel tot premiereductie

- Er is geen cijfermateriaal beschikbaar over de vraag of verhaal ook daadwerkelijk tot premiereductie leidt.
- Het feit is wel dat de premie afgestemd is op een veronderstelde schadelast. Daar waar verhaal deze schadelast 'drukt' zou dit m.i. dan ook tot een reductie van de premie moeten leiden. Of de omvang dusdanig is dat de verzekerde deze reductie ook daadwerkelijk ervaart is een tweede. Het effect van verhaal zou zich ook kunnen vertalen in een niet of minder hard stijgende premie.
- A-G Spier ziet subrogatie als middel een maatschappelijk probleem (stijgende zorgkosten) het hoofd te bieden.
  - Vgl. Conclusie bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873.

5.32 Behoudens situaties geregeerd door de 50 en 100% regel zou ik voor het overige de gesubrogeerde verzekeraar willen laten profiteren van toepassing van de billijkheidscorrectie, waarbij ik thans niet inga op de door het middel niet ontsloten kwestie van de beperkte omvang van de correctie. Na het voorafgaande moge duidelijk zijn wat deze keuze heeft bepaald: het maatschappelijke perspectief.[61]

5.33.1 Uit de hiervoor vermelde rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het maatschappelijke perspectief een belangrijke rol speelt. In de doctrine (ook in mijn eerdere uitlatingen over deze kwestie) komt dat aspect nauwelijks aan bod. Dat valt ook te begrijpen. De meeste literatuur stamt uit een periode van hoogconjunctuur waarin de bomen tot in de hemel leken te groeien. Die tijd ligt (definitief?) achter ons. Mede door de "vergrijzing" (die, als we naar het politieke debat kijken, kennelijk "ineens" is ontstaan), maar ook door de ras voortschrijdende medische ontwikkelingen lopen vooral de ziektekosten rap op. Mede als gevolg van de financiële crisis is een groot aantal personen in financieel kommervolle of ten minste precaire omstandigheden komen te verkeren,[62] terwijl vele anderen moeite hebben het hoofd boven water te houden. Tegen die achtergrond bezien, doet de hoogte van allerlei premies er toe, vooral van wezenlijke verzekeringen zoals die tegen ziektekosten.

5.33.2 Natuurlijk zie ik in dat de consequentie van mijn benadering *kan* zijn dat de premies van aansprakelijkheidsverzekeringen zullen stijgen (voor zover die premies ten minste door rationele overwegingen worden ingegeven en niet vooral door onderlinge concurrentie),[63] maar de relatief dure aansprakelijkheidsverzekeringen houden vooral verband met het autoverkeer. Dat is relatieve luxe en daarmee weegt een eventuele premiestijging maatschappelijk minder zwaar.

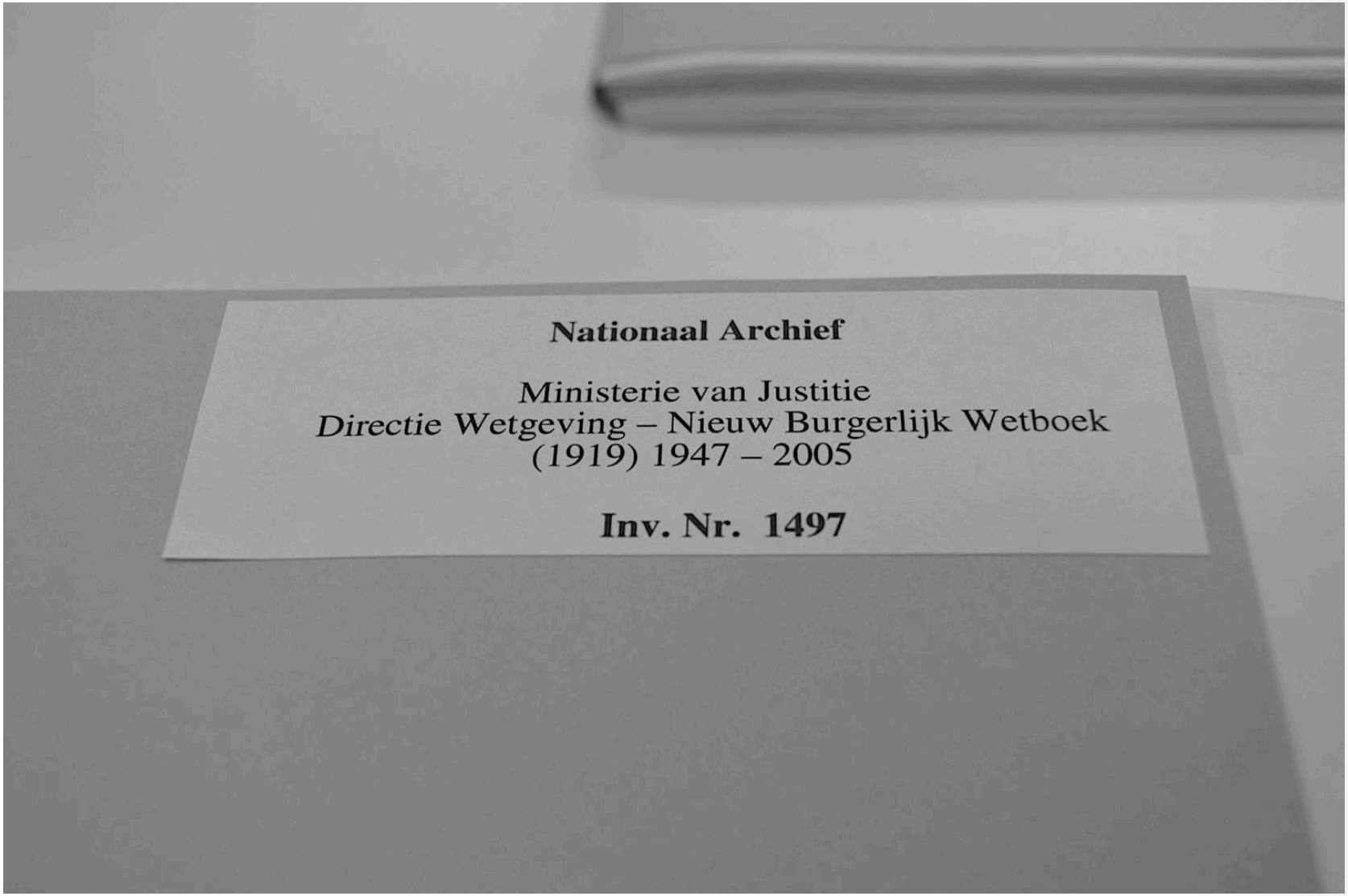
Bron: Conclusie A-G Spier bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873.

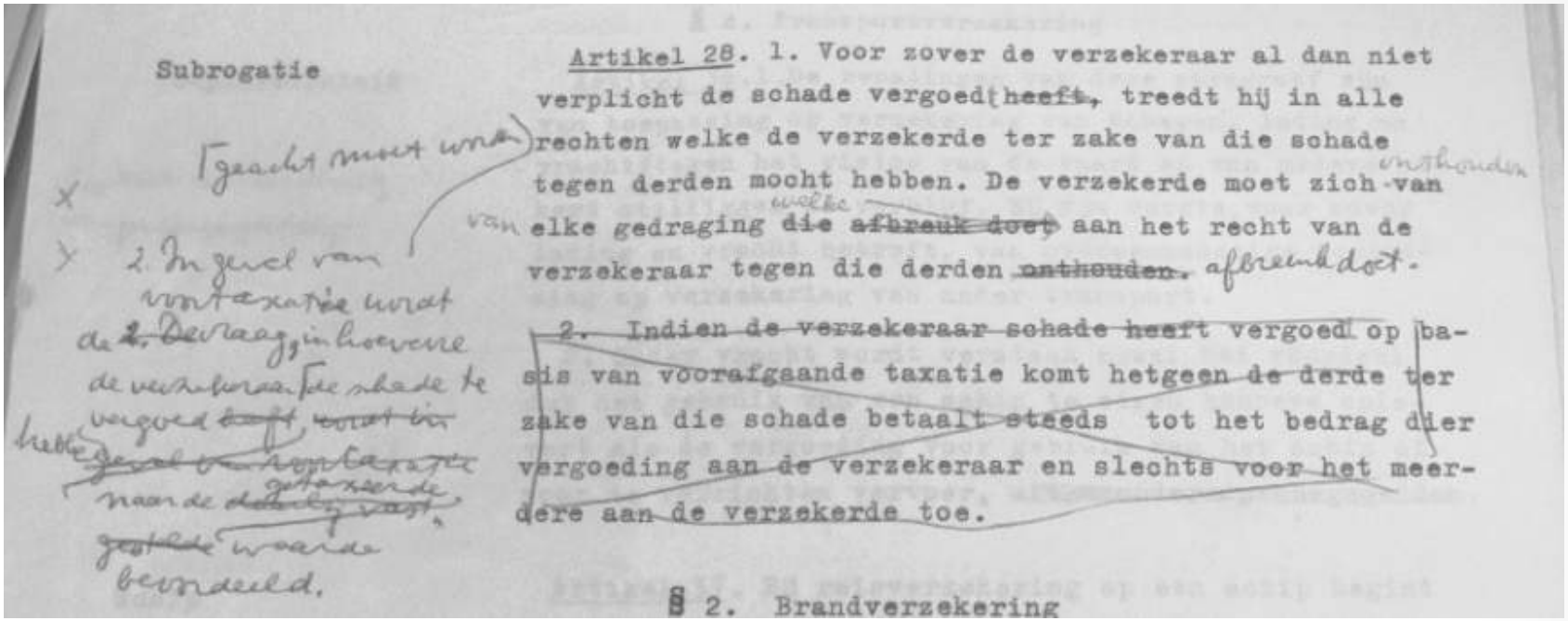
3.11.2 M.i. verliest Achmea ook uit het oog dat een aantal verzekeraars zich in het bijzonder richt op ziektekosten, arbeidsongeschiktheid en zo meer.[18] Als ik het goed zie – ik ontleen die "wijsheid" aan een excursie op internet – dan geldt dat ook voor Menzis. Als dat juist zou zijn, dan blijft overeind dat regres voor de verzekeringsindustrie als geheel vestzak-broekzak en in zoverre, als de wet van de grote getallen werkt, wellicht verspilling van geld is. Maar is, uitgaande van mijn aanname, wel juist om te kijken naar de hele verzekeringsindustrie? Ik vind dat allerminst vanzelfsprekend. Los van de kosten van regres zal een ziektekostenverzekeraar slechts beter worden van regres, terwijl een aansprakelijkheidsverzekeraar er alleen maar slechter van kan worden.[19] Daarom is mij niet goed duidelijk wat Achmea bedoelt met haar stelling aan het slot van de repliek dat 's Hofs opvatting "onjuist" is in het licht van "de maatschappelijke werkelijkheid op het gebied van de schaderegeling".

Bron: Conclusie A-G Spier bij HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873.

Transitie

- Het verhaalsrecht had in de jaren 80 nog een ‘kwade reuk’. Over het nut en de noodzaak daarvan werd uitgebreid gediscussieerd.
- Nu deze discussie niet uitgekristalliseerd was bij introductie NBW, werd in het NBW bijvoorbeeld de Tijdelijke regeling verhaalsrechten (TRV) opgenomen.
- Nadien is het beeld omtrent het verhaalsrecht gewijzigd. Vandaag de dag wordt – zoals we zagen – het verhaalsrecht als een vast gegeven gezien en wordt daaraan een aantal belangrijke functies toegekend.
- Zoals eerder bepleit geeft de gewijzigde beeldvorming m.i. ook aanleiding om de TRV te heroverwegen. Deze regeling zou m.i. geschrapt moeten worden. Tenminste zou de discussie die toen met de TRV geparkeerd werd *alsnog* gevoerd moeten worden.


Nationaal Archief
Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek
(1919) 1947 – 2005
Inv. Nr. 1497



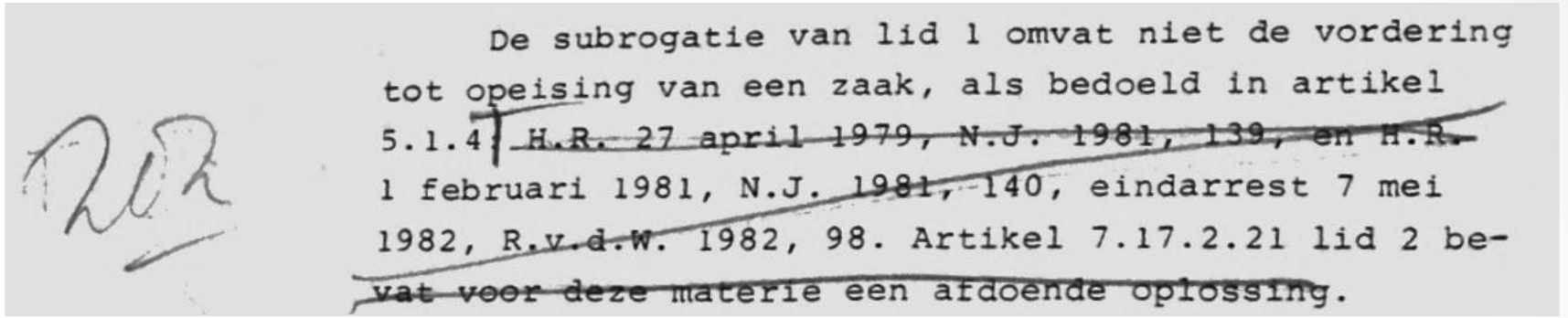
Subrogatie

Artikel 28. 1. Voor zover de verzekeraar al dan niet verplicht de schade vergoedt ~~heeft~~, treedt hij in alle rechten welke de verzekerde ter zake van die schade tegen derden mocht hebben. De verzekerde moet zich van elke gedraging ~~die afbreuk doet~~ aan het recht van de verzekeraar tegen die derden ~~onthouden~~.

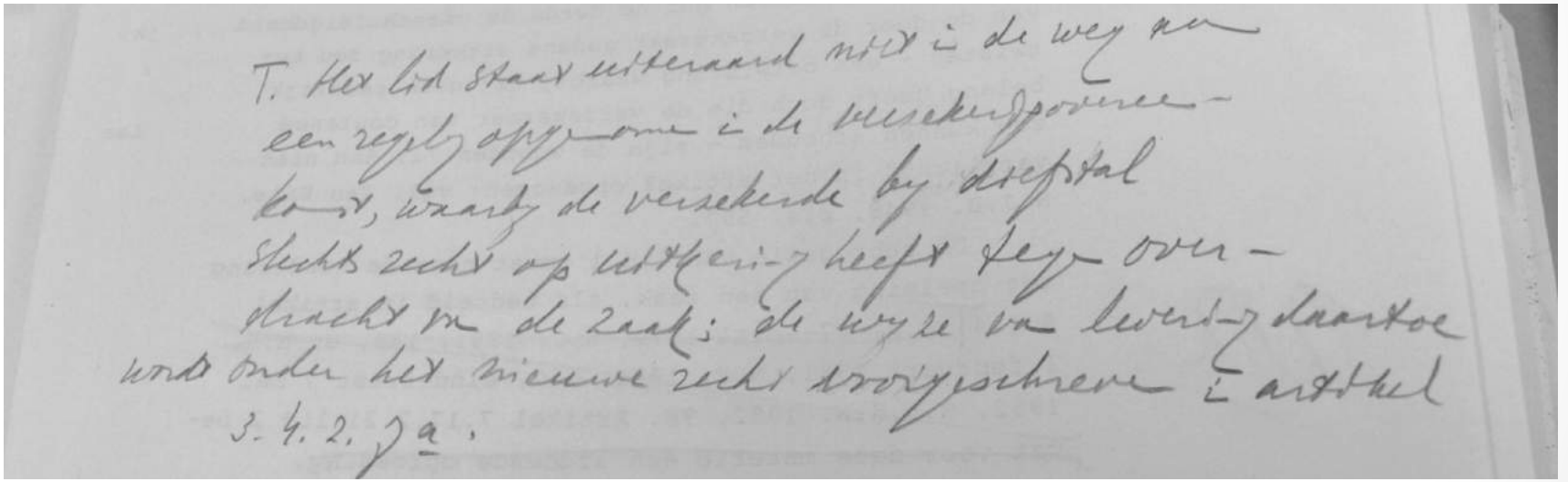
~~2. Indien de verzekeraar schade heeft~~ vergoed op basis van voorafgaande taxatie komt hetgeen de derde ter zake van die schade betaalt steeds tot het bedrag dier vergoeding aan de verzekeraar en slechts voor het meerdere aan de verzekerde toe.

§ 2. Brandverzekering

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 2365

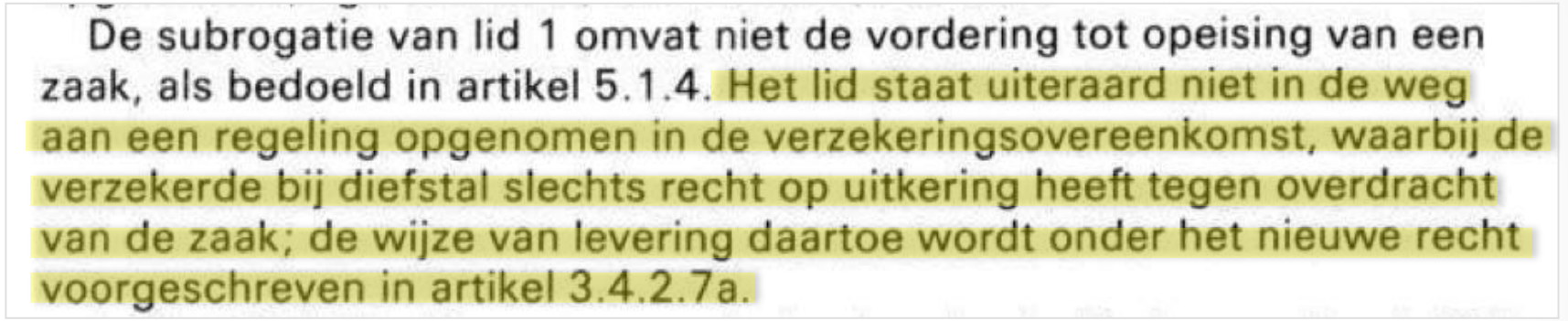


De subrogatie van lid 1 omvat niet de vordering tot opeising van een zaak, als bedoeld in artikel 5.1.4; ~~H.R. 27 april 1979, N.J. 1981, 139, en H.R.~~ 1 februari 1981, N.J. 1981, 140, eindarrest 7 mei 1982, R.v.d.W. 1982, 98. Artikel 7.17.2.21 lid 2 be~~vat voor deze materie een afdoende oplossing~~.



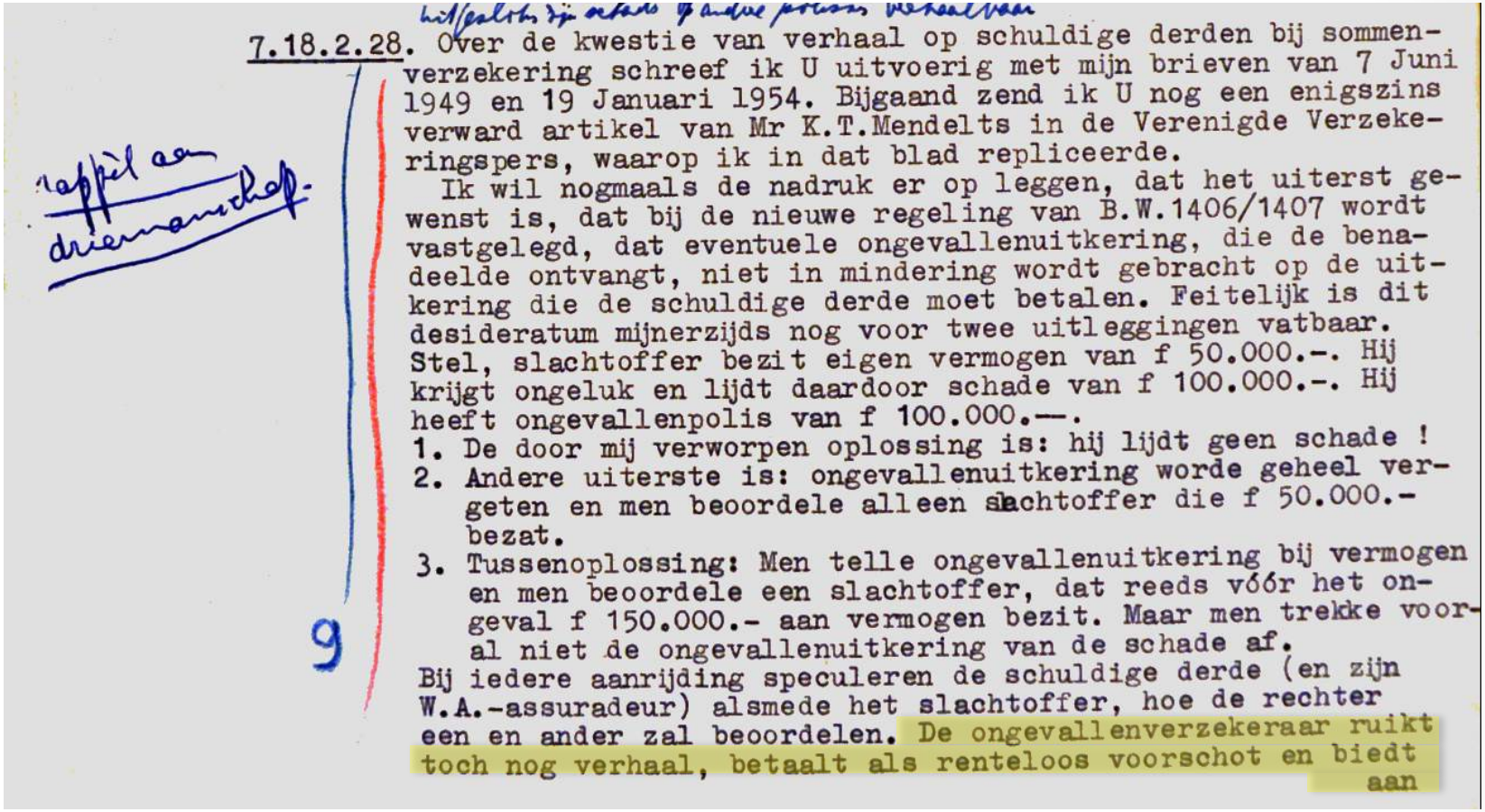
T. Het lid staat uiteraard niet in de weg aan een regeling opgenomen in de verzekeringsovereenkomst, waarbij de verzekerde bij dreigend verlies zicht op uitkering heeft prijsgegeven aan de zaak; de wijze van levering daartoe wordt onder het nieuwe recht voorgeschreven in artikel 3.4.2. Ja.

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1497 (1985).



De subrogatie van lid 1 omvat niet de vordering tot opeising van een zaak, als bedoeld in artikel 5.1.4. Het lid staat uiteraard niet in de weg aan een regeling opgenomen in de verzekeringsovereenkomst, waarbij de verzekerde bij diefstal slechts recht op uitkering heeft tegen overdracht van de zaak; de wijze van levering daartoe wordt onder het nieuwe recht voorgeschreven in artikel 3.4.2.7a.

Bron: *Kamerstukken II* 1985-86, 19 529, nr. 3, p. 34



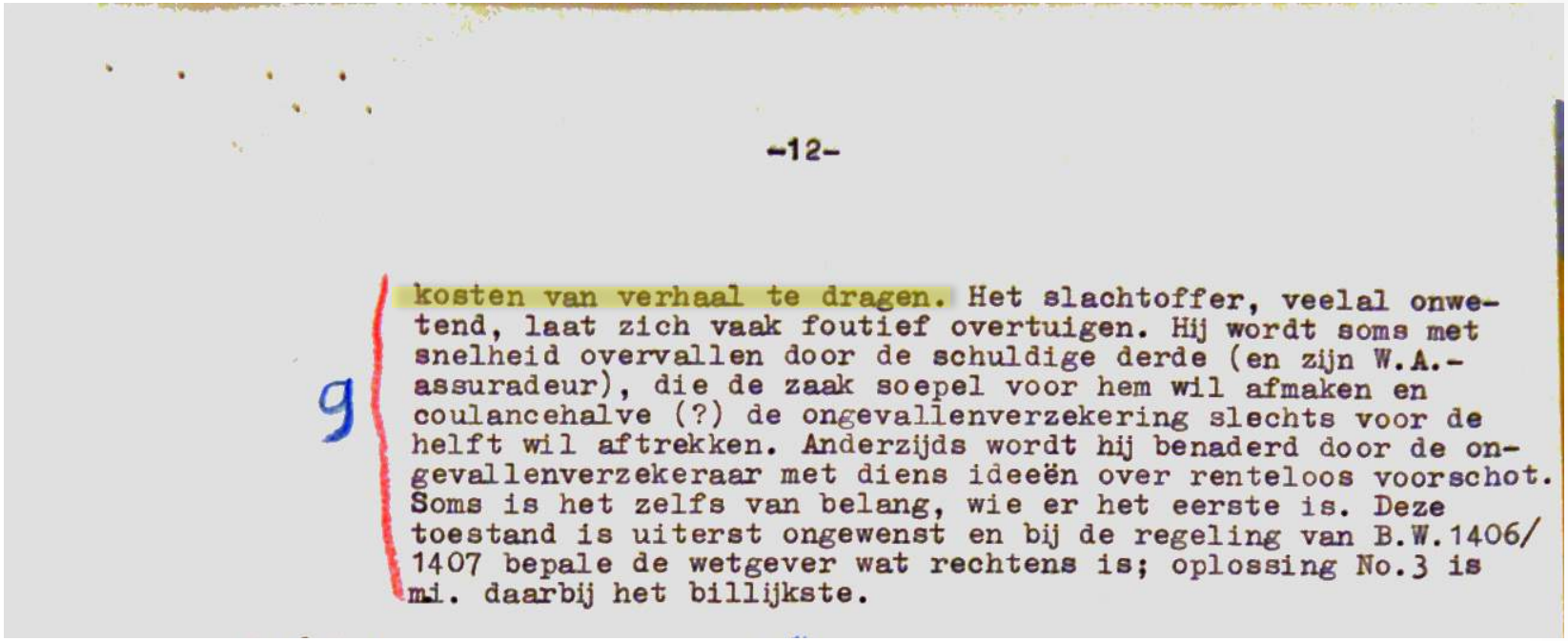
7.18.2.28. Over de kwestie van verhaal op schuldige derden bij sommenverzekering schreef ik U uitvoerig met mijn brieven van 7 Juni 1949 en 19 Januari 1954. Bijgaand zend ik U nog een enigszins verward artikel van Mr K.T.Mendelts in de Verenigde Verzekeringspers, waarop ik in dat blad repliceerde.

Ik wil nogmaals de nadruk er op leggen, dat het uiterst gewenst is, dat bij de nieuwe regeling van B.W.1406/1407 wordt vastgelegd, dat eventuele ongevallenuitkering, die de benadeelde ontvangt, niet in mindering wordt gebracht op de uitkering die de schuldige derde moet betalen. Feitelijk is dit desideratum mijnerzijds nog voor twee uitleggingen vatbaar. Stel, slachtoffer bezit eigen vermogen van f 50.000.-. Hij krijgt ongeluk en lijdt daardoor schade van f 100.000.-. Hij heeft ongevallenpolis van f 100.000.—.

1. De door mij verworpen oplossing is: hij lijdt geen schade !
2. Andere uiterste is: ongevallenuitkering worde geheel vergeten en men beoordele alleen slachtoffer die f 50.000.- bezat.
3. Tussenoplossing: Men telle ongevallenuitkering bij vermogen en men beoordele een slachtoffer, dat reeds vóór het ongeval f 150.000.- aan vermogen bezit. Maar men trekke vooral niet de ongevallenuitkering van de schade af.

Bij iedere aanrijding speculeren de schuldige derde (en zijn W.A.-assuradeur) alsmede het slachtoffer, hoe de rechter een en ander zal beoordelen. De ongevallenverzekeraar ruikt toch nog verhaal, betaalt als renteloos voorschot en biedt aan

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 2363 (1955).

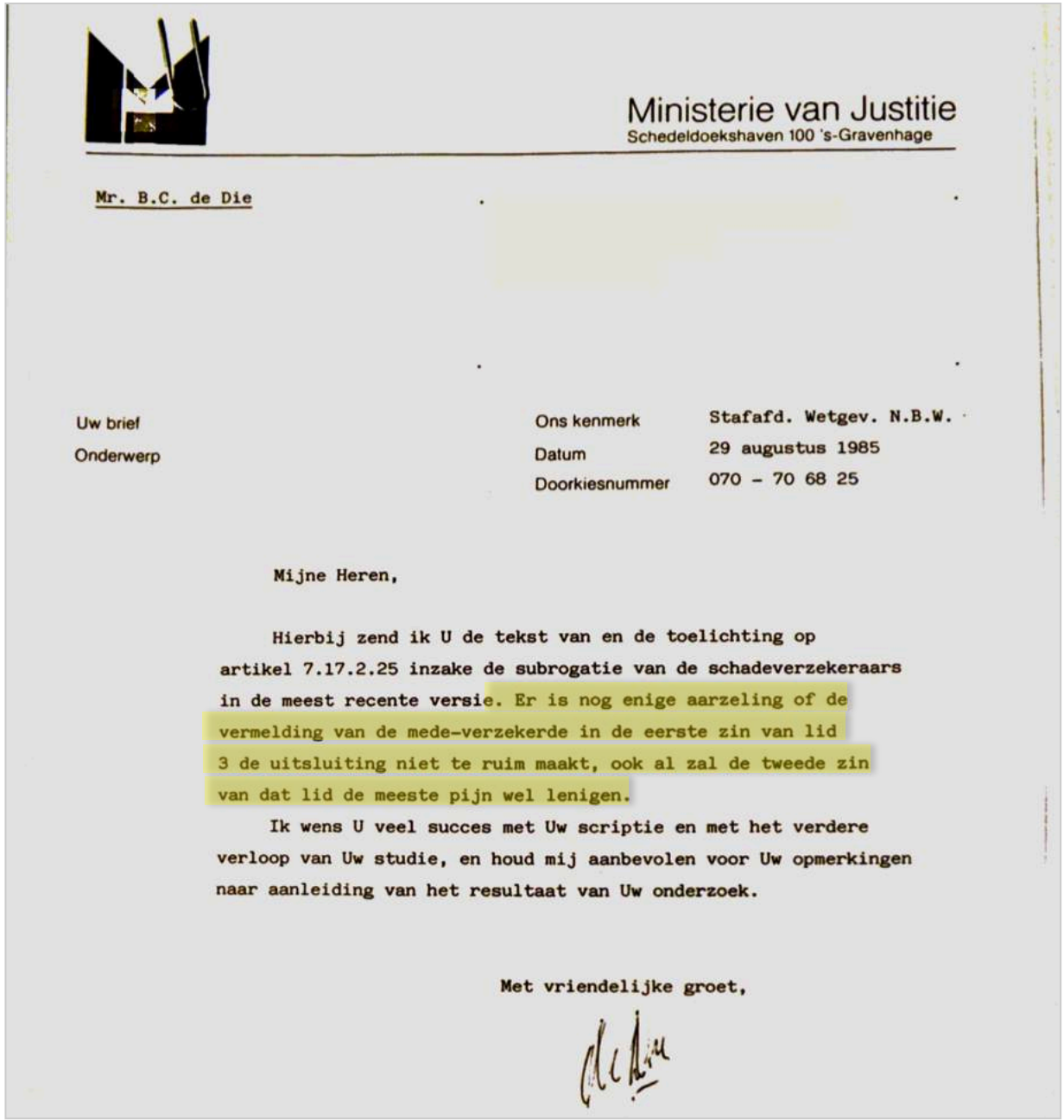


-12-

kosten van verhaal te dragen. Het slachtoffer, veelal onwetend, laat zich vaak foutief overtuigen. Hij wordt soms met snelheid overvallen door de schuldige derde (en zijn W.A.-assuradeur), die de zaak soepel voor hem wil afmaken en coulancehalve (?) de ongevallenverzekering slechts voor de helft wil aftrekken. Anderzijds wordt hij benaderd door de ongevallenverzekeraar met diens ideeën over renteloos voorschot. Soms is het zelfs van belang, wie er het eerste is. Deze toestand is uiterst ongewenst en bij de regeling van B.W.1406/1407 bepale de wetgever wat rechtens is; oplossing No.3 is mi. daarbij het billijkste.

g

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 2363 (1955).



Ministerie van Justitie
Schedeldoekshaven 100 's-Gravenhage

Mr. B.C. de Die

Uw brief
Onderwerp

Ons kenmerk Stafafd. Wetgev. N.B.W.
Datum 29 augustus 1985
Doorkiesnummer 070 - 70 68 25

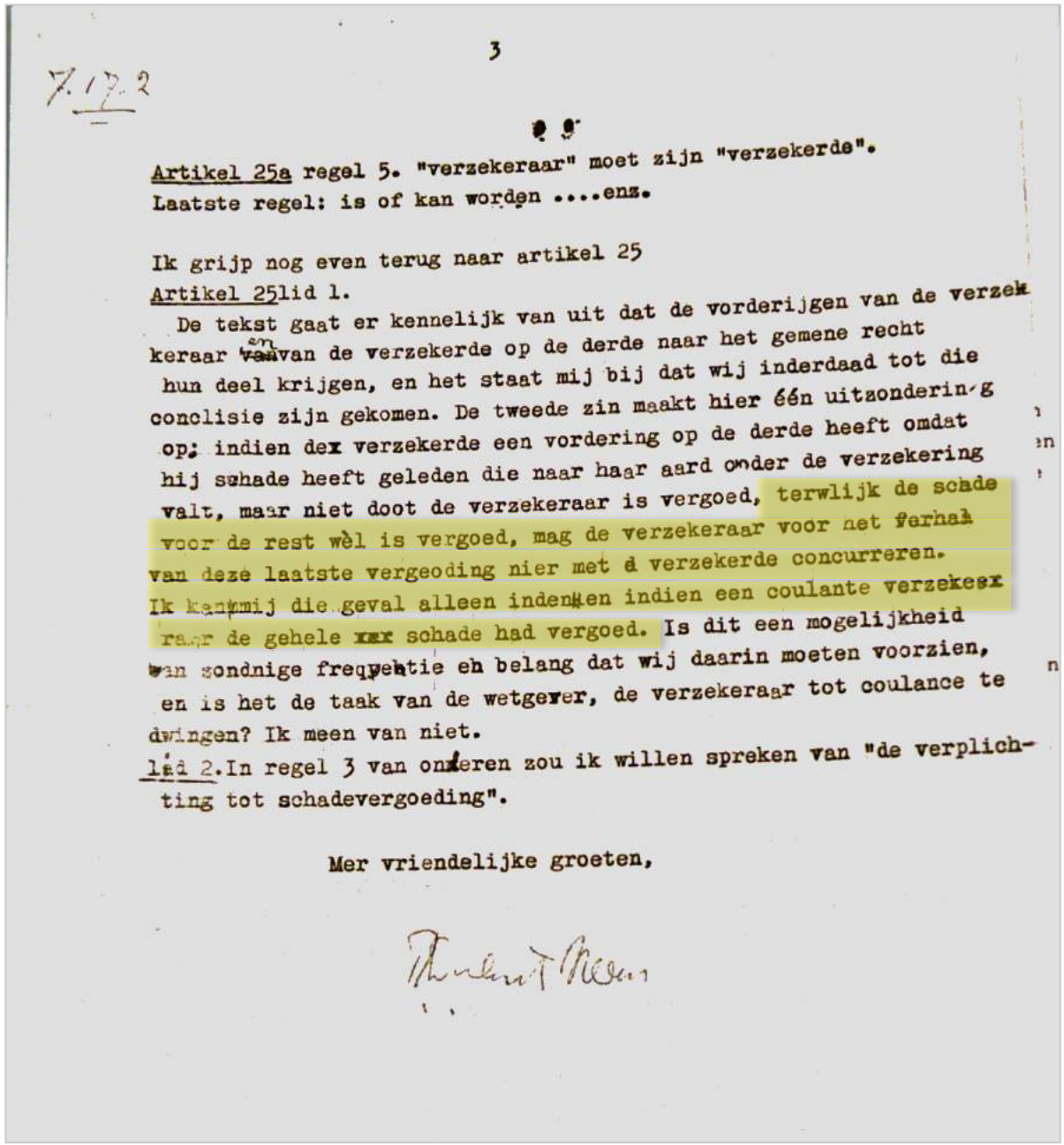
Mijne Heren,

Hierbij zend ik U de tekst van en de toelichting op artikel 7.17.2.25 inzake de subrogatie van de schadeverzekeraars in de meest recente versie. Er is nog enige aarzeling of de vermelding van de mede-verzekerde in de eerste zin van lid 3 de uitsluiting niet te ruim maakt, ook al zal de tweede zin van dat lid de meeste pijn wel lenigen.

Ik wens U veel succes met Uw scriptie en met het verdere verloop van Uw studie, en houd mij aanbevolen voor Uw opmerkingen naar aanleiding van het resultaat van Uw onderzoek.

Met vriendelijke groet,

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1496 (1985).



3

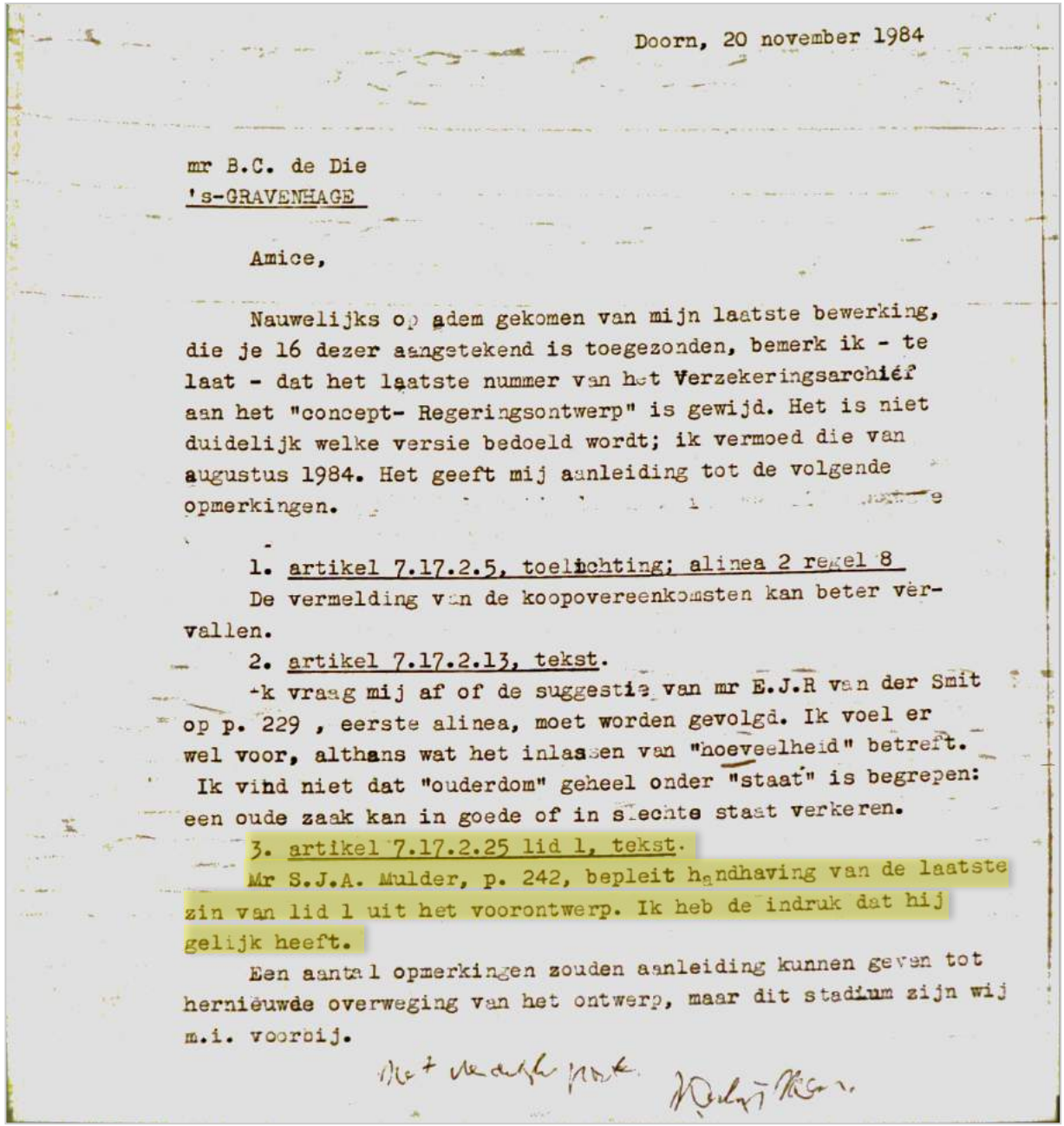
7.17.2

Artikel 25a regel 5. "verzekeraar" moet zijn "verzekerde".
Laatste regel: is of kan worden ....enz.

Ik grijp nog even terug naar artikel 25
Artikel 25lid 1.
De tekst gaat er kennelijk van uit dat de vorderijgen van de verzekeraar en van de verzekerde op de derde naar het gemene recht hun deel krijgen, en het staat mij bij dat wij inderdaad tot die conclisie zijn gekomen. De tweede zin maakt hier één uitzondering op: indien de verzekerde een vordering op de derde heeft omdat hij schade heeft geleden die naar haar aard onder de verzekering valt, maar niet doot de verzekeraar is vergoed, terwijlk de schade voor de rest wèl is vergoed, mag de verzekeraar voor het verhaal van deze laatste vergeoding nier met d verzekerde concurreren. Ik kan mij die geval alleen indenken indien een coulante verzekeraar de gehele schade had vergoed. Is dit een mogelijkheid van zondnige frequentie en belang dat wij daarin moeten voorzien, en is het de taak van de wetgever, de verzekeraar tot coulance te dwingen? Ik meen van niet.
lid 2. In regel 3 van onderen zou ik willen spreken van "de verplichting tot schadevergoeding".

Mer vriendelijke groeten,

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1484 (1981).



Doorn, 20 november 1984

mr B.C. de Die
's-GRAVENHAGE

Amice,

Nauwelijks op adem gekomen van mijn laatste bewerking, die je 16 dezer aangetekend is toegezonden, bemerk ik - te laat - dat het laatste nummer van het Verzekeringsarchief aan het "concept- Regeringsontwerp" is gewijd. Het is niet duidelijk welke versie bedoeld wordt; ik vermoed die van augustus 1984. Het geeft mij aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. artikel 7.17.2.5, toelichting; alinea 2 regel 8
De vermelding van de koopovereenkomsten kan beter vervallen.

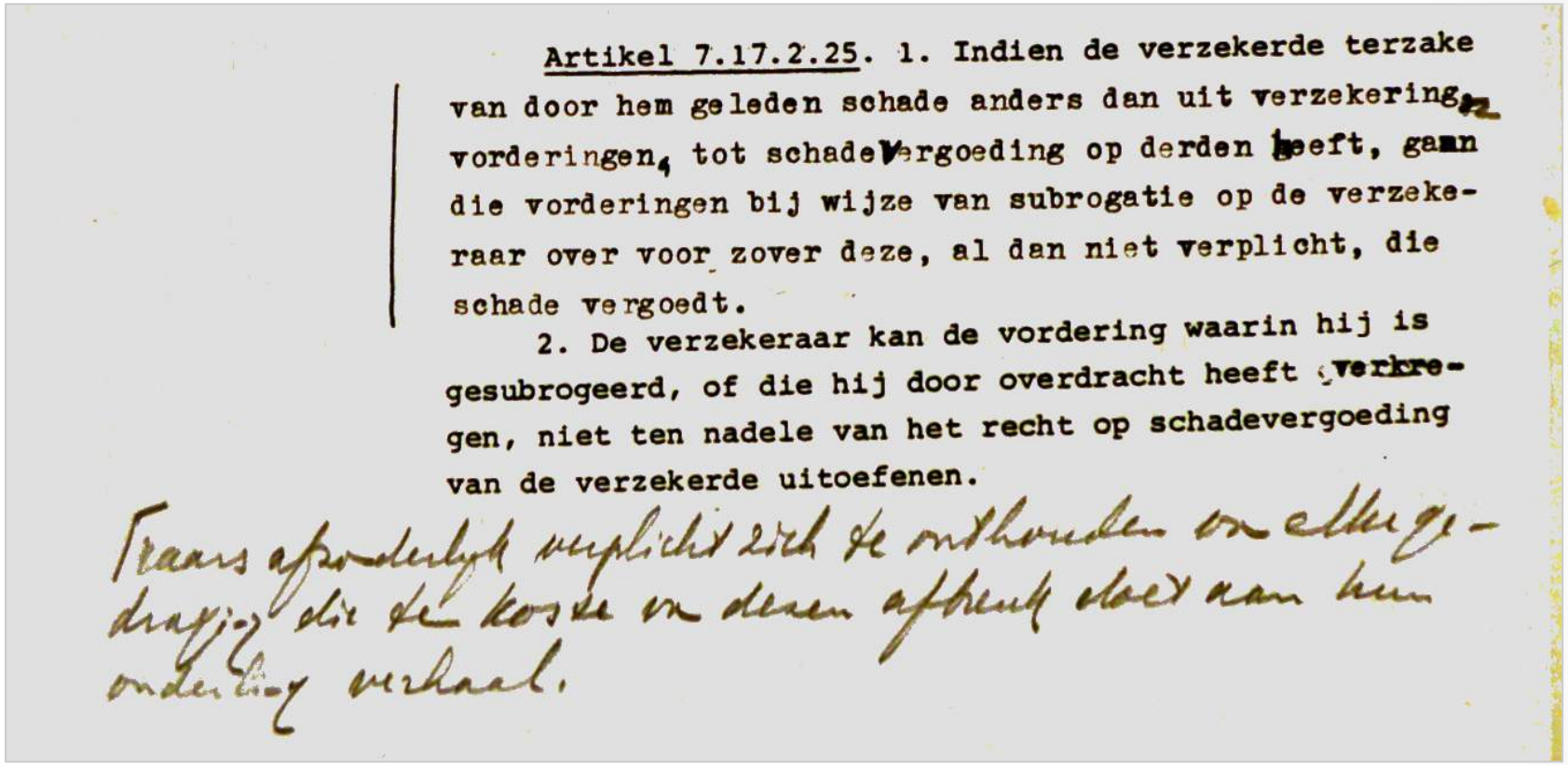
2. artikel 7.17.2.13, tekst.
Ik vraag mij af of de suggestie van mr E.J.R van der Smit op p. 229 , eerste alinea, moet worden gevolgd. Ik voel er wel voor, althans wat het inlassen van "hoeveelheid" betreft. Ik vind niet dat "ouderdom" geheel onder "staat" is begrepen: een oude zaak kan in goede of in slechte staat verkeren.

3. artikel 7.17.2.25 lid 1, tekst.
Mr S.J.A. Mulder, p. 242, bepleit handhaving van de laatste zin van lid 1 uit het voorontwerp. Ik heb de indruk dat hij gelijk heeft.

Een aantal opmerkingen zouden aanleiding kunnen geven tot hernieuwde overweging van het ontwerp, maar dit stadium zijn wij m.i. voorbij.

Met vriendelijke groet

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1496 (1985).



Artikel 7.17.2.25. 1. Indien de verzekerde terzake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt.

2. De verzekeraar kan de vordering waarin hij is gesubrogeerd, of die hij door overdracht heeft verkregen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen.

Traars aansprakelijk verplicht zich de onthouden en alle gedragingen die de kans op dezen afbreuk doet aan hun onderling verhaal.

Bron: Nationaal Archief, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving – Nieuw Burgerlijk Wetboek (1919) 1947 – 2005, Inv. Nr. 1494.

Meer weten?

Deze presentatie komt beschikbaar op: http://acis.uva.nl.

p.vanzwieten@live.nl

Zie ook:

‘P. van Zwieten, ‘De gesubrogeerde schadeverzekeraar en de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW’, *NTHR* 2016-1, p. 18-26.

