

In kleine groepen maakten ze een ronde langs een aantal dienstverleners voor twintig minuten durende sessies rondom een casus. Het bleek voor veel deelnemers verrassend wat er allemaal 'te koop' was op dit gebied. Van een 'letselschadepsycholoog', bijvoorbeeld, hadden de meesten niet eerder gehoord. Elke casus eindigde met de vraag: "Wat heeft deze persoon nodig om weer toekomstperspectief te hebben?" De dienstverleners bleken autonomie van het slachtoffer hoog in het vaandel te hebben: liever een aangepaste auto dan gebruikmaken van buitengewoon personenvervoer. "Het draait er om dat de cliënt weer zo veel mogelijk de regie krijgt over zijn eigen leven", benadrukte een letselschadepsycholoog: "We trainen mensen ook om zelf direct bij de betreffende persoon of instantie hulp te vragen."

In de casus van een Turkse eigenaar van een wassalon, slachtoffer van een verkeersongeval, eiste de belangenhartiger 65 uur extra hulp in de zaak. De herstelgerichte dienstverlener, gespecialiseerd in fysiotherapeutische en psychologische begeleiding, had die behoefte inmiddels teruggebracht naar twintig uur. Door dóór te vragen had ze bijvoorbeeld vastgesteld dat de gerapporteerde 'pijnklachten' eigenlijk verwezen naar een onvermogen tot ontspannen. Door de gedupeerde te leren meer ontspanning in zijn leven in te bouwen – onder andere door saunabezoek – was veel winst geboekt. Ze vertelde dat de gedupeerde zelf ook blij was met de winst van arbeidsvermogen: "Het is beter voor zijn trots, bovendien speelt zijn sociaal leven zich voor een belangrijk gedeelte af in die salon." ■■■



ECLI:NL:HR:2015:1873

## Hoge Raad scheidt duidelijkheid over 'subrogatie in zieligheid'

In deze bijdrage bespreken wij de uitspraak van de Hoge Raad van 10 juli 2015, waarin de vraag centraal stond of en in hoeverre de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW doorwerkt in de regresverhouding tussen verzekeraars. Dit naar aanleiding van de verhaalsactie van zorgverzekeraar Menzis op Achmea (als WAM-verzekeraar).

### Casus

In 2006 vond een verkeersongeval plaats tussen een taxibusje en een bromfietser. Zonder verkeersnoodzaak remde de bestuurder van het taxibusje plotseling en abrupt af, waardoor de daarachter rijdende bromfietser tegen het taxibusje botste. De bromfietser liep ten gevolge van dit ongeval een hoge dwarslaesie op, waardoor hij voor de rest van zijn leven rolstoelafhankelijk zal zijn. Zijn zorgverzekeraar, Menzis, heeft alle daarmee gepaard gaande medische behandelingen vergoed. De bromfietser alsook Menzis hielden de WAM-verzekeraar van het taxibusje, Achmea, aansprakelijk voor alle geleden schade. Achmea betwistte de toedracht van het ongeval en stelde dat bovendien sprake was van eigen schuld van de bromfietser, ex art. 6:101 BW, omdat hij onder meer onvoldoende afstand had gehouden.

Mevrouw mr. M.A. Gregoor & mr. A.N.L. de Hoogh  
KBS Advocaten N.V.



### Procedure

In eerste aanleg<sup>1</sup> werd Achmea aansprakelijk gehouden. Het beroep op eigen schuld van Achmea werd daarbij wel gehonoreerd. Dit leidde tot de volgende causaliteitsverde-

> ling: de aanrijding was voor 75% veroorzaakt door de gedragingen van de bromfietser en voor 25% door die van de bestuurder van het taxibusje. De rechtbank had echter wel oog voor de ernst van het letsel ten gevolge waarvan de bromfietser zijn hele leven rolstoelafhankelijk is en voor het feit de bromfietser gezien zijn jeugdige leeftijd zwaar is getroffen. Gelet hierop was de rechtbank van oordeel dat op grond van de billijkheid een correctie moest worden toegepast. Achmea werd gehouden om 50% (in plaats van 25%) van de schade van de bromfietser te vergoeden. Dat gold echter niet voor de regresvordering van Menzis. De rechtbank oordeelde over deze vordering: “(...) dat de billijkheidscorrectie slechts tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causaliteitsafweging kan leiden. De hiervoor genoemde omstandigheden brengen de rechtbank niet tot die correctie. Door [eisers] zijn ook geen gronden aangevoerd waarom ook ten aanzien van deze vordering de billijkheid met zich brengt dat een correctie op de verdeling zoals die onder 4.7 is vastgesteld, dient te worden toegepast. Voor de vordering van Menzis geldt derhalve dat 75% van de schade voor rekening van Menzis dient te blijven en 25% vergoed dient te worden door [bestuurder taxibusje] (en dus Achmea).”

Tegen de uitspraak ging (alleen) Menzis in hoger beroep. In navolging van de rechtbank oordeelde het hof<sup>2</sup> dat de bestuurder van het taxibusje onrechtmatig had gehandeld door zonder verkeersnoodzaak plots te stoppen. Het hof kwam in het kader van de eigen schuld evenwel tot een andere causaliteitsverdeling, te weten dat de bromfietser voor 60% aan het ongeval had bijgedragen en de bestuurder van het taxibusje voor 40%. Vervolgens ging het hof in op de vraag of de regresvordering van Menzis ook op grond van de billijkheid kon worden gecorrigeerd. Het hof oordeelde onder meer: “Op grond van het arrest van de Hoge Raad van 5 december 1997, NJ 1998/400, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de billijkheidscorrectie ook bij een regresvordering mogelijk is en niet is beperkt tot bijzondere omstandigheden, is er naar het oordeel van het hof gelet op de omstandigheden aan de kant van getuige 1 hier geen aanleiding om de billijkheidscorrectie ten aanzien van Menzis niet toe te passen. Anders dan Achmea stelt, kan uit HR 24 september 2004, NJ 2005/466 niet worden afgeleid dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het slachtoffer zelf en zijn ziektekostenverzekeraar. In die zaak was in cassatie namelijk niet geklaagd over het niet toepassen door het hof van de billijkheidscorrectie ten opzichte van de ziektekostenverzekeraar. De Hoge Raad heeft zich daarover in dat arrest dan ook niet uitgelaten.

Menzis heeft derhalve terecht een beroep gedaan op de subjectieve omstandigheden aan de zijde van getuige 1, te weten de ernst van het letsel ten gevolge waarvan hij zijn hele leven rolstoelafhankelijk zal zijn, waardoor getuige 1 gelet op zijn jeugdige leeftijd zwaar is getroffen. Het hof past ten aanzien van Menzis dezelfde correctie toe als de rechtbank ten aanzien van getuige 1 heeft toegepast, dus 25%. Dit betekent dat 65% (40% + 25%) van de schade voor rekening van de chauffeur van het taxibusje, dus Achmea, komt en 35% ten laste van Menzis”

Tegen deze toepassing van de billijkheidscorrectie stelde Achmea cassatieberoep in. Naar de opvatting van Achmea ging het hof bij de toepassing van de billijkheidscorrectie ten onrechte uit van de subjectieve omstandigheden aan de zijde van de bromfietser, te weten de ernst van het letsel en zijn jeugdige leeftijd. Achmea stelde kortweg dat voor ‘subrogatie in zieligheid’ in regreszaken tussen verzekeraars geen goede grond bestaat. Het hof had naar de opvatting van Achmea een beroep op genoemde subjectieve omstandigheden in het kader van de billijkheidscorrectie dienen te ontzeggen.

Deze klachten van Achmea faalden. De Hoge Raad overwoog dat in art. 7:926 lid 1 BW is bepaald dat vorderingen tot vergoeding van schade van de verzekerde overgaan op de verzekeraar voor zover deze laatste die schade vergoedt. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad: “Uitgangspunt moet dan zijn dat de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW doorwerkt in de (regres)verhouding tussen verzekeraars, op gelijke wijze als deze zou gelden in de verhoudingen tussen de verzekerden.” Verwezen werd naar het arrest Terminus/ZAO<sup>3</sup>, waarin de Hoge Raad reeds had geoordeeld dat er voor regresvorderingen onvoldoende reden was om aan de toepassing van de maatstaven van art. 6:101 BW bijzondere voorwaarden te stellen en dat bij de billijkheidscorrectie rekening dient te worden gehouden met alle relevante omstandigheden.

Voorts heeft de Hoge Raad in het arrest van 10 juli 2015 over de vraag of de billijkheidscorrectie ook doorwerkt bij subjectieve omstandigheden aan de zijde van de verzekerde uitdrukkelijk geoordeeld: “Dat geldt ook indien de billijkheidscorrectie verband houdt met subjectieve omstandigheden aan de zijde van de verzekerde.”

Ten slotte overwoog de Hoge Raad: “Dat de regrespraktijk tussen verzekeraars gebaseerd zou zijn op objectieve modellen en geen rekening zou houden met genoemde subjectieve omstandigheden, zoals het middel onder 1.12 aanvoert, kan, zo al juist, aan het hiervoor overwogene niet afdoen.” Met dit arrest volgt de Hoge Raad de conclusie van A-G Spier slechts gedeeltelijk. Spier was het namelijk met Achmea eens dat er geen grond bestaat voor subrogatie in ‘echte’ zieligheid. Voor het overige zou Spier de gesubrogeerde verzekeraar wel willen laten profiteren van de billijkheidscorrectie. Spier doelt met ‘echte’ zieligheid op “subjectieve factoren die zich niet mede vertalen in objectieve”. De Hoge Raad volgt Spier hierin – met het oordeel dat de billijkheidscorrectie ook in de (regres)verhouding tussen verzekeraars doorwerkt indien de billijkheidscorrectie verband houdt met subjectieve omstandigheden aan de zijde van de verzekerde – echter niet.

### Betekenis van dit arrest

De Hoge Raad blijft bij zijn eerdere oordeel dat de billijkheidscorrectie doorwerkt in de regresverhouding tussen verzekeraars. Tot zover eigenlijk niets nieuws. De Hoge Raad heeft in het arrest van 10 juli 2015 echter wel zijn visie over de concrete toepassing daarvan verduidelijkt. Daarmee wordt in een behoefte voorzien, nu de eerder gewezen arresten op dit punt tot onduidelijkheid leidden in de rechtspraktijk en lagere rechtspraak, waarover het

volgende. In zijn arresten van 2 juni 1995 (ECLI:NL:1995:ZC1745, r.o. 3.5 en ECLI:NL:1995:ZC1740, r.o. 3.7) oordeelde de Hoge Raad over een vordering van een regresnemende verzekeraar: *“Beoordeling van de mate van verwijtbaarheid komt eerst aan de orde bij toepassing van de billijkheidscorrectie. Niet uitgesloten is dat ook in gevallen als het onderhavige voor zodanige toepassing grond bestaat.”*

Later volgde het arrest van 5 december 1997 (ECLI:NL:HR:1997:ZC2517): *“Zoals in de arresten van 2 juni 1995 is overwogen, leidt dit ertoe dat na de door dit artikel primair geëiste causaliteitsafweging ook de daarin opgenomen billijkheidscorrectie nog aan de orde kan komen en dat zulks – anders dan het middel voorstaat – niet beperkt is tot ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Rekening moet hier derhalve worden gehouden met alle relevante omstandigheden zowel aan de zijde van de bestuurder als aan de zijde van het verkeersslachtoffer, waaronder zowel de ernst van ieders fout als de mate waarin zijn gedragingen hem kunnen worden verweten.”*

Uit deze twee arresten volgde genoegzaam dat de billijkheidscorrectie doorwerkt in de regresverhouding. Voorts overwoog de Hoge Raad in het arrest van 5 december 1997: *“Het gewicht dat in dit verband aan dergelijke omstandigheden aan de zijde van het slachtoffer toekomt, is evenwel van geheel andere orde dan het zeer zware, onderscheidenlijk zware gewicht dat voor vorderingen van het slachtoffer zelf tot de 100%-regel, onderscheidenlijk de 50%-regel heeft geleid. De billijkheidscorrectie zal in de onderhavige gevallen doorgaans slechts tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causaliteitsafweging kunnen leiden.”*

Naar onze mening heeft met name deze laatste overweging in de praktijk tot onduidelijkheid geleid over de vraag of de billijkheidscorrectie in de regresverhouding terughoudend moest worden toegepast. Zo zag de Rechtbank Alkmaar<sup>4</sup> geen aanleiding om tot enige correctie over te gaan, omdat bij een regresnemende verzekeraar, de billijkheidscorrectie terughoudend dient te worden toegepast. Ook het Hof Amsterdam<sup>5</sup> oordeelde dat – gegeven het persoonlijk karakter van de factoren die tot de correctie aanleiding geven – geen reden bestaat een gesubrogeerde verzekeraar daarin te laten delen.

Met het arrest van 10 juli 2015 biedt de Hoge Raad dus de (gewenste) duidelijkheid. Terecht wordt de subrogatieregeling van art. 7:962 lid 1 BW vooropgesteld, nu als uitgangspunt geldt dat de gesubrogeerde verzekeraar daadwerkelijk treedt in de rechten van het verzekerde slachtoffer en op gelijke wijze profiteert van de billijkheidscorrectie van het slachtoffer<sup>6,7</sup>.

Wel is nieuw dat de Hoge Raad thans een expliciet oordeel geeft over de vraag of bij doorwerking van de billijkheidscorrectie een onderscheid moet worden gemaakt tussen subjectieve en objectieve omstandigheden. Met het ontkenkende antwoord op deze vraag gaat de Hoge Raad niet mee in de gedachte van onder meer A-G Spier dat er geen grond bestaat voor subrogatie in ‘echte’ zieligheid: *“factoren die betrekking hebben op, of zijn ingegeven door, de wens*

*om een mouw aan te passen aan de ernstige gevolgen van het slachtoffer die niet of onvoldoende kunnen worden ondervangen door het – naar gangbare inzichten – beperkte smartengeld of de mogelijkheid om na de schadegebeurtenis toch nog een enigszins aanvaardbaar leven te leiden”<sup>8</sup>.*

Deze keuze van de Hoge Raad komt ons niet onlogisch voor. Hoewel vanuit maatschappelijk (de regresnemende verzekeraar dient niet te profiteren van werkelijk persoonlijke omstandigheden van een slachtoffer) en theoretisch oogpunt de redenering van Spier, en anderen in de literatuur, is te volgen, zal de uitvoerbaarheid in de praktijk verre van eenvoudig zijn. Het zou immers naar onze inschatting leiden tot zeer lastige discussies. De ‘subjectieve’ billijkheidsfactoren zouden moeten worden gescheiden van de ‘objectieve’ billijkheidsfactoren en er zou gedebatteerd moeten worden over de vraag of het slachtoffer als gevolg van de specifieke omstandigheden door het ernstige letsel harder zou zijn getroffen dan een, zoals Spier noemt, ‘doorsnee’ slachtoffer<sup>9</sup>. Dergelijke vragen zijn naar onze mening niet, althans bijna niet, te beantwoorden. Voorts zal het voeren van deze discussies gepaard gaan met (hoge) kosten, tijd en energie. En bovendien, is het nu vanuit het perspectief van de benadeelde wel zo kies als verzekeraars (ellen)lang (door)debatteren over de zeer persoonlijke omstandigheden van een benadeelde? Te meer als de benadeelde door een der partijen (ongewild) bij deze discussie wordt betrokken. Mede gelet op deze laatste gedachte en de tijd- en kostenbesparing zijn wij van mening dat de Hoge Raad vanuit praktisch oogpunt een juiste beslissing heeft genomen. Bovendien kunnen wij ons voorstellen dat de verzekeringsbranche nu ook juist is gebaat bij deze duidelijkheid<sup>10</sup>.

Al komt deze duidelijkheid in beginsel wel ten laste van de aansprakelijkheidsverzekeraar, nu de billijkheidscorrectie de vergoedingsplicht in de praktijk doorgaans corrigeert ten gunste van de benadeelde en daarmee de regresnemende verzekeraar.

<sup>1</sup> Rb. Middelburg 3 maart 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BM3355.

<sup>2</sup> Hof Den Bosch 4 februari 2014, RAV 2014/42.

<sup>3</sup> HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2517, NJ 1998/400, r.o. 3.7.

<sup>4</sup> Rb. Alkmaar 6 april 2005 ECLI:NL:RBALK:2005:AT8837.

<sup>5</sup> Hof Amsterdam 18 januari 2007, VR 2008, 49.

<sup>6</sup> Let wel, de Hoge Raad bezigt het woord ‘uitgangspunt’, hetgeen doet vermoeden dat ruimte wordt gelaten voor een uitzonderings-situatie.

<sup>7</sup> Hoewel de Hoge Raad hier oordeelt over de concrete doorwerking van de billijkheidscorrectie in de regresverhouding op basis van artikel 7:962 BW, zal deze doorwerking naar onze opvatting ook gelden voor de werkgever en het UWV die regres nemen op basis van respectievelijk art. 6:107a dan wel art. 99 WIA of 52a Ziektewet, gelet op het geldende ‘civiel plafond’.

<sup>8</sup> Zie A-G Spier in zijn conclusie 5.31.1.

<sup>9</sup> Zie A-G Spier in zijn conclusie 3.6.3.

<sup>10</sup> Met de kanttekening dat de Hoge Raad mogelijk ruimte heeft gelaten voor een uitzonderingssituatie (zie ook eindnoot 6).