

# 160. Voorrang voor de 'speciale verzekeraarssubrogatie' van artikel 7:962 BW?

MR. W.E. VAN SPANJE

De vraag die centraal staat in het arrest van de Hoge Raad van 14 april 2017<sup>1</sup> is of de 'speciale verzekeraarssubrogatie' van artikel 7:962 BW voorrang heeft op de subrogatiebepaling in de algemene regels van artikel 6:10 en artikel 6:12 BW. Anders gezegd: als een WAM-verzekeraar rechtstreeks de verzekeringspenningen uitbetaalt aan de benadeelde, treedt de WAM-verzekeraar dan bij wijze van subrogatie slechts in de rechten van diens verzekerde of wordt hij mogelijk (ook) in de rechten van de benadeelde gesubrogeerd?

## Inleiding

De hierboven gestelde vraag is van belang wanneer sprake is van schade waarvoor zowel de verzekerde als een derde jegens de benadeelde aansprakelijk is en de verzekerde en de derde dus hoofdelijk aansprakelijk zijn ten opzichte van de benadeelde. Ingeval deze derde jegens de verzekerde (contractuele) verweermiddelen kan invoeren (zoals verjaring of een aansprakelijkheidsbeperking) die de derde niet kan invoeren tegenover de benadeelde, kan het aantrekkelijk zijn voor de WAM-verzekeraar om te betogen dat zij is gesubrogeerd in de rechten van de benadeelde in plaats van de rechten van de verzekerde, om daarmee niet die (contractuele) verweermiddelen tegengeworpen te krijgen van de derde.

Over het antwoord op deze vraag is slechts gespeculeerd in de literatuur.<sup>2</sup> Met zijn arrest van 14 april 2017 scheidt de Hoge Raad duidelijkheid.

## Casuspositie

Transportbedrijf Poll Nussbaumer Transportgeschellschaft MbH (Poll) heeft met een oplegger een lading talkpoeder willen afleveren bij Cargill B.V. (Cargill) in Amsterdam. Bij het lossen van de lading is de oplegger gekanteld. Hierdoor is schade ontstaan aan de oplegger van Poll en aan de opstallen van Cargill. Zürich Versicherungs AG (Zürich) heeft als WAM-verzekeraar van Poll de schade van Cargill rechtstreeks aan haar vergoed overeenkomstig artikel 6

WAM. Vervolgens heeft Zürich, LAG Trailers N.V. (LAG), de producent van de oplegger, aansprakelijk gesteld voor haar schade, omdat de oplegger gebrekkig zou zijn. LAG echter stelt dat Poll de oplegger niet op de juiste wijze heeft gebruikt als gevolg waarvan de schade is ontstaan. Daarop heeft Zürich een procedure aanhangig gemaakt bij Rechtbank Amsterdam.

Deze procedure gaat vervolgens niet over de materiële vraag of LAG aansprakelijk is jegens (de WAM-verzekeraar van) Poll. Voordat aan deze vraag wordt toegekomen, stelt LAG namelijk dat de Nederlandse rechter onbevoegd is, gelet op de forumkeuze die zij ten opzichte van Poll heeft bedongen in de algemene voorwaarden van de koopovereenkomst van de oplegger. Op grond daarvan is de rechtbank in Tongeren (België) bevoegd, aldus LAG. Zürich betoogt op haar beurt dat de rechter zijn bevoegdheid uitsluitend dient te beoordelen op basis van de grondslag van haar vordering. Aangezien zij haar vordering jegens LAG heeft gebaseerd op onrechtmatige daad en de schade die in Nederland is ontstaan, is de Nederlandse rechter bevoegd (art. 5 aanhef en onder 3 EEX-verordening). De forumkeuze kan bovendien niet aan haar worden tegengeworpen, omdat zij niet in de rechten van haar verzekerde Poll is getreden, aldus Zürich. Daarmee ontspint zich het debat dat uiteindelijk tot het arrest van de Hoge Raad leidt.

Van belang is in dit kader dat in de algemene voorwaarden die volgens LAG met Poll zijn overeengekomen, een exoneratiebeding is bedongen door LAG. Aannemelijk is dat Zürich, door een vordering jegens LAG op grond van onrechtmatige daad in te stellen en te betogen dat zij in de rechten van Cargill is getreden, probeert dit exoneratiebeding te omzeilen.

Zürich legt het volgende aan haar vordering ten grondslag:

- Poll, Zürich en LAG zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens Cargill voor de schade die zij heeft geleden (art. 6:2 en art.

<sup>1</sup> HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:694.

<sup>2</sup> Scheltema, H.J. en Mijnsen, F.H.J., *Algemeen deel van het Verzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, p. 263-264, Boom, W.H. van (1999), *Hoofdelijke verbintenissen*, Diss. UvT, Deventer: Tjeenk-Willink, p. 137 en Bosch Kemper, H.J.J. de en Gruben, R. (2015), *De WAM in werking*, 50 jaar jurisprudentie, Deventer: Kluwer, p. 101.

6:102 lid 1 BW).

- Cargill heeft als benadeelde een rechtstreeks vorderingsrecht jegens Zürich op grond van artikel 6 WAM.
- Zürich is dus een zelfstandig hoofdelijk schuldenaar jegens Cargill.
- Door rechtstreekse betaling aan Cargill is Zürich als hoofdelijk schuldenaar op grond van artikel 6:12 lid 1 BW in de rechten van Cargill uit onrechtmatige daad jegens LAG gesubrogeerd voor zover Zürich in de onderlinge verhouding met hoofdelijke medeschuldenaar LAG aangaat (art. 6:102 in verbinding met art. 6:10 en art. 6:12 BW);
- Zürich heeft door betaling aan Cargill, op grond van artikel 6:10 BW, een regresrecht jegens LAG op grond waarvan zij zijn kan aanspreken voor zijn aandeel in de schuld.

Subsidiar stelt Zürich dat zij op grond van artikel 7:962 BW is gesubrogeerd in de vorderingen tot schadevergoeding die zijn verzekerde Poll op derden heeft en dat de rechtstreekse betaling door Zürich aan Cargill als een betaling door Poll heeft te gelden. Daardoor is Poll gesubrogeerd in de rechten van Cargill jegens LAG. Zürich is, als gevolg van haar betaling namens Poll, haar beurt gesubrogeerd in deze vordering van Cargill jegens LAG (indirecte subrogatie).

LAG heeft hiertegen ingebracht dat artikel 7:962 BW voor gaat op de algemene subrogatie van artikel 6:12 BW en Zürich als WAM-verzekeraar dus altijd in de rechten van haar verzekerde wordt gesubrogeerd. Of sprake is van 'indirecte subrogatie' kan alleen door de Belgische rechter worden vastgesteld. De rechten van Cargill kunnen immers alleen door subrogatie op Zürich zijn overgegaan en door hem worden uitgeoefend, voor zover de schuld is gedeeld voor meer dan het gedeelte dat zijn verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Of dat het geval is, hangt af van de onderlinge – contractuele – verhouding tussen Poll en LAG. Op deze rechtsverhouding zijn Belgisch recht en de algemene voorwaarden van LAG van toepassing. Dat betekent dat de Belgische rechter bevoegd is om vast te stellen of, en in hoeverre LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen.

Alvorens het oordeel van het hof en de Hoge Raad te bespreken zal ik voor een goed begrip hiervan eerst kort stilstaan bij het eigen recht van artikel 6 WAM, het verschil tussen subrogatie op grond van artikel 7:962 en artikel 6:12 BW en de literatuur waarin de verhouding tussen artikel 7:962<sup>3</sup> en artikel 6:12 BW aan de orde komt.<sup>4</sup>

### Het eigen recht van artikel 6 WAM

De WAM beoogt de rechtspositie, waaronder de verhaalsmogelijkheden, van de benadeelde te verbeteren. Onderdeel daarvan is het eigen recht van artikel 6 WAM. Op grond daarvan heeft de benadeelde jegens de WAM-verzekeraar

van de schadeveroorzakende partij een eigen recht op schadevergoeding jegens de WAM-verzekeraar. Ter bescherming van de benadeelde mag de WAM-verzekeraar alleen uitsluitingen (art. 4) of beperkingen op de dekking (art. 3) tegenwerpen aan de benadeelde die onder de WAM zijn toegestaan (art. 11). De WAM-verzekeraar mag bijvoorbeeld geen beroep doen op zaken zoals de schending van de mededelingsplicht of op een premie-achterstand van haar verzekerde.

### Subrogatie ex artikel 7:962 BW en artikel 6:12 BW: het verschil?

Artikel 7:962 BW bepaalt dat als de verzekerde ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, deze vorderingen op grond van artikel 7:962 lid 1 BW bij wijze van subrogatie overgaan op de verzekeraar voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt.<sup>5</sup> Zonder dit artikel zou de vordering tot schadevergoeding op de aansprakelijke derde na betaling door de verzekeraar aan de benadeelde verloren gaan. Door subrogatie blijft het schaderisico liggen bij de schadeveroorzakende partij. Bovendien wordt voorkomen dat de schade door zowel de verzekeraar als de schadeveroorzakende partij aan de derde wordt vergoed.<sup>6</sup>

Van belang is dat de verzekeraar door subrogatie niet meer rechten verkrijgt dan de verzekerde ter zake van zijn schade heeft (de zogeheten nemo-plusregel). Verder kan de aansprakelijke derde dezelfde verweermiddelen tegen de gesubrogeerde verzekeraar inroepen als tegen de verzekerde, zoals (net als in de onderhavige zaak) een forumkeuzebeding, een exonatiebeding, of een schikking, verjaringstermijn of eigen schuld.<sup>7</sup> De schadeveroorzaker kan dus jegens de verhaalsgerechtigde verzekeraar nooit gehouden zijn meer te betalen dan waartoe hij jegens de verzekerde gehouden zou zijn geweest.

Anders dan bij de 'verzekeraarssubrogatie' van artikel 7:962 BW gaat de vordering bij subrogatie op grond van artikel 6:12 BW niet over op een derde partij die betaalde, maar op de partij die zelf medeschuldenaar was tegenover dezelfde schuldeiser. Artikel 6:12 BW bepaalt dat als de schuld ten laste van een hoofdelijk schuldenaar wordt gedeeld voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren en jegens derden krachtens subrogatie voor dit meerdere op die schuldenaar overgaan, tot ten hoogste het gedeelte dat

3 Althans art. 284 WvK, de voorganger van art. 7:962 BW. Voor het onderhavige onderwerp heeft de invoering van het huidige art. 7:962 BW geen materiële wijzigingen tot gevolg gehad.

4 Op de IPR-aspecten van de onderhavige zaak zal slechts beperkt ingegaan worden.

5 Het tweede lid geeft een aanvullende regeling voor het geval dat niet alleen de gesubrogeerde verzekeraar maar ook de verzekerde zelf een vordering ter zake van de door hem geleden schade behoudt. In het derde lid wordt tot uitdrukking gebracht wie er niet onder het begrip 'derden' als bedoeld in het eerste lid vallen.

6 Cieremans, T.L., in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, Subrogatie bij: Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 962, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 15 april 2008).

7 Cieremans, T.L., in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, Subrogatie bij: Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 962, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 15 april 2008).

de medeschuldenaar of de derde aangaat in zijn verhouding tot die schuldenaar. De regeling van verzekeraarssubrogatie bewerkstelligt dus dat de schadevergoedingsvordering van de verzekerde overgaat op de verzekeraar, terwijl dit niet (altijd) geval is bij de algemene subrogatieregels van artikel 6:12 BW (en art. 6:150 BW).

Wanneer het betoog van Zürich in de onderhavige casuspositie gevolgd wordt, betekent dit dus dat als wordt uitgegaan van de speciale verzekeraarssubrogatie de vordering op LAG overgaat van Poll als verzekerde, op Zürich als verzekeraar van Poll. Op grond van de algemene regels van artikel 6:10 en artikel 6:12 BW gaan na betaling van Zürich aan Cargill, de vorderingen van Cargill op Poll en LAG over op Zürich als hoofdelijk medeschuldenaar van Poll en LAG.

### Literatuur

Volgens Scheltema-Mijnssen kan de gesubrogeerde verzekeraar de rechten van zijn verzekerde tegen de aansprakelijke derde uitoefenen en verkrijgt deze niet een eigen vordering op de aansprakelijke derde.<sup>8</sup> Een eigen vordering zou van belang kunnen zijn in die gevallen waarin subrogatie in de rechten van de verzekerde door enige omstandigheid wordt verhinderd. Scheltema-Mijnssen verwijzen onder meer naar HR 24 januari 1930, NJ 1930/299 waarin de brandverzekeraar niet werd gesubrogeerd in de rechten jegens de brandstichtster en deze daarom betoogde een eigen vordering op grond van onrechtmatige daad jegens de brandstichtster te hebben. De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat de norm die brandstichting verbiedt alleen ter bescherming strekt van de eigenaar en niet van de verzekeraar.<sup>9</sup>

Volgens Van Boom is heersende leer dat de subrogatiebepaling van artikel 7:962 BW<sup>10</sup> exclusief is. Hij huldigt zelf de opvatting dat het regres van de schadeverzekeraar 'primair door artikel 6:10 BW [zou] moeten worden beheerst', omdat hij meent dat sprake is van hoofdelijkheid tussen de schadeverzekeraar en de schadeveroorzakende partij. Dit is inmiddels bevestigd door de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, m.nt. M.M. Mendel (*RVS/Scheldebouw*). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar, wiens aansprakelijkheidsverzekeraar de schade heeft vergoed, voor de toepassing van artikel 6:10 en artikel 6:12 BW gelijk staat met een schuldenaar die de schade uit zijn eigen vermogen heeft vergoed. Dat betekent dat de schuld ten laste van deze schuldenaar is gedelgd in de zin van die bepalingen, ongeacht bovendien of die assuradeur de schadepenningen aan de schuldenaar, als zijn verzekerde, of rechtstreeks aan de schuldeiser heeft uitgekeerd.

Van Boom wijst erop dat beide opvattingen doorgaans leiden tot dezelfde uitkomst, maar dat dit in concrete gevallen mogelijk niet zo is. Vaak zullen deze verschillende uitkomsten te maken hebben met het nemo-plusbeginsel van artikel 7:962 BW, aldus Van Boom.<sup>11</sup> Van Boom zal met deze laatste opmerking doelen op casusposities zoals de onderhavige. Als de speciale verzekeraarssubrogatie van artikel 7:962 BW voorrang heeft op de algemene subrogatie van artikel 6:12 BW, komt de verzekeraar (Zürich) niet in een betere rechtspositie ten opzichte van de schadeveroorzakende partij (LAG) te verkeren dan diens verzekerde (Poll). Het nemo-plusbeginsel wordt dus niet geschonden. Dit terwijl de verzekeraar (Zürich) bij subrogatie op grond van artikel 6:12 BW in de rechten van de benadeelde (Cargill) meer rechten verkrijgt ten opzichte van de schadeveroorzakende partij (LAG) dan diens verzekerde (Poll), aan wie de schadeveroorzakende partij (LAG) immers het exonerationbeding kan tegenwerpen.

De Bosch Kemper en Gruben zijn van mening dat de Hoge Raad met zijn arrest van 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1678, (*Goudse/Aegon*) (al) heeft geoordeeld dat ook de WAM-verzekeraar op grond van artikel 7:962 BW wordt gesubrogeerd in de rechten van zijn verzekerde en niet treedt in de rechten van de benadeelde.<sup>12</sup>

Dit arrest heeft betrekking op samenloop tussen twee WAM-verzekeringen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een WAM-verzekeraar zich jegens de benadeelde niet op een harde samenloopclausule kan beroepen. Dat brengt mee dat de schade van de benadeelde door meer dan één verzekeraar wordt vergoed terwijl er ten opzichte van de verzekerde geen dekking is onder twee verzekeringen voor zover de andere verzekeraar zich jegens de verzekerde met succes op verzwijging zou kunnen beroepen. Ingeval de WAM-verzekeraar tot uitkering zou zijn overgegaan aan de benadeelde, kan deze geen regres nemen op de andere verzekeraar. De Hoge Raad overweegt (onder meer):

"In het onderhavige geval is het niet de verzekerde, maar een benadeelde in de zin van art. 6 WAM, die Aegon heeft aangesproken en aan wie zij heeft uitgekeerd. Er is evenwel geen grond om te oordelen dat onder deze omstandigheden wel met succesverhaal door Aegon kan worden gezocht op de grond dat Goudse die benadeelde ingevolge art. 6 lid 1 en art. 11 lid 1 WAM de ingeroepen dekkingsuitsluiting niet had kunnen tegenwerpen. Die omstandigheid hangt immers niet samen met de in de polisvoorwaarden geformuleerde dekking, maar is een gevolg van de door de WAM bij wijze van beschermingsmaatregel aan een benadeelde toegekende bijzondere rechtspositie."

Volgens De Bosch Kemper en Gruben volgt hieruit dat de WAM-verzekeraar dus niet treedt in het recht op vergoeding op grond van artikel 6 WAM dat de benadeelde ook

8 Scheltema, H.J. en Mijnssen, F.H.J. (1998), *Algemeen deel van het Verkeersrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson, p. 263-264.

9 Scheltema-Mijnssen merkt op dat dat ook sprake kan zijn van een andere ongeschreven norm die is overtreden, die, anders dan in voornoemd arrest, wel het belang van de verzekeraar beschermt.

10 Althans de voorganger van artikel 7:962 BW, artikel 284 WvK.

11 Boom, W.H. van, (1999), *Hoofdelijke verbintenissen*, Diss. UvT, Deventer: Tjeenk-Willink.

12 Bosch Kemper, H.J.J. de, en Gruben, R. (2015), *De WAM in werking, 50 Jaar jurisprudentie*, Deventer: Kluwer, p. 101.

jegens de andere verzekeraar had (aan wie die verzekeraar in dat geval op grond van art. 11 lid 1 WAM de verzwijging van diens verzekerde niet had kunnen tegenwerpen).

Naar mijn mening is het echter de vraag of de Hoge Raad hiermee heeft geoordeeld dat de WAM-verzekeraar (altijd) op grond van artikel 7:962 BW wordt gesubrogeerd en niet treedt in de rechten van de benadeelde. Op artikel 6:12 BW was immers geen beroep gedaan door de regreszoekende WAM-verzekeraar. Wel heeft de Hoge Raad, net als in het onderhavige arrest, gewezen op de bijzondere positie van de benadeelde (zoals deze tot uitdrukking is gebracht in art. 6 en art. 11 WAM) en geoordeeld dat de regresnemende verzekeraar geen aanspraak kan maken op deze rechtspositie.

Verder merken De Bosch Kemper en Gruben op dat de WAM-verzekeraar weliswaar feitelijk de schade vergoedt van de benadeelde, maar tegelijkertijd de schade van zijn verzekerde vergoedt, 'wiens vermogen anders immers gehavend zou blijven door zijn schuld aan de benadeelde.'

### Het oordeel van het hof

Het hof, net als de rechtbank, heeft in onderhavige zaak geoordeeld dat het eigen recht van artikel 6 WAM van Cargill niet het verhaalsrecht meebrengt dat Zürich stelt te hebben en heeft Zürich in het ongelijk gesteld (rechtsoverweging 3.8):

"Indien Zürich na vergoeding van de schade aan de benadeelde (Cargill) deze volledig op LAG als de medeschuldenaar van haar verzekerde (Poll) zou kunnen verhalen, zou dat immers meebrengen dat LAG – op grond van artikel 6:102 lid 1 in verbinding met artikel 6:101 lid 1 BW – voor het deel van de schade dat LAG in haar verhouding jegens Poll niet aangaat, regres zou kunnen nemen op Poll. Hierdoor zou langs indirecte weg het resultaat worden bereikt dat Zürich zelf beoogt te voorkomen, namelijk dat zij regres neemt op Poll als haar verzekerde. In dit geding geldt namelijk als uitgangspunt dat Zürich geen recht van regres heeft op Poll. Zürich heeft erkend dat daaraan de verzekeringsrelatie in de weg staat (...). In het licht van dit alles moet worden aangenomen dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover de door haar gestelde medeschuldenaar LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich méér heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat (...) Aangezien de Belgisch rechter bevoegd is om aan de hand van Belgisch recht over de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG te beslissen (...), kan de Nederlandse rechter, anders dan Zürich ingang wil doen vinden, niet beslissen op de door Zürich primair ingestelde vorderingen."

Het hof heeft in het bijzonder betekenis toegekend aan het feit dat het betoog van Zürich ertoe zou leiden dat zij regres zou kunnen nemen op haar eigen verzekerde (Poll), wat op grond van artikel 7:962 BW niet is toegestaan. Dat zou vervolgens ertoe leiden dat Zürich alleen verhaal kan

nemen voor zover zij meer heeft uitgekeerd dan dat Poll in de verhouding tot LAG aangaat. Over deze onderlinge verhouding dient de Belgische rechter te beslissen. Over het subsidiaire standpunt van Zürich oordeelt het hof ook dat de Belgische rechter bevoegd is om aan de hand van Belgisch recht vast te stellen of, en in hoeverre, LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen. Op basis daarvan kan worden vastgesteld of Zürich verhaal kan nemen op LAG, dus of zij de schuld heeft gedelgd voor meer dan het gedeelte dat haar verzekerde Poll in de verhouding tot LAG aangaat. De vorderingen van Zürich houden met deze uitgangspunten geen rekening, aldus het hof (rechtsoverweging 3.11).

### Cassatie

Partijen leggen de zaak vervolgens voor aan de Hoge Raad. A-G Vlas concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof. In de kern overweegt de advocaat generaal (rechtsoverweging 2.11):<sup>13</sup>

"Dat de contractuele rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren (mede) bepalend is voor de interne draagplicht, betekent niet dat dit ook beslissend is voor het vaststellen van de internationale bevoegdheid van de aangezochte rechter. De mogelijkheid dat Zürich geen volledig (maar derhalve beperkt) verhaal op LAG kan nemen, staat aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van art. 5 sub 3 EEX-Verordening niet in de weg. De grondslag van de vordering is immers uitgangspunt voor het aannemen van de internationale bevoegdheid. Het is aan de rechter in het hoofdgeding om te beslissen of Zürich op LAG volledig of beperkt verhaal kan nemen. Het oordeel van het hof in rov. 3.8 dat Zürich aan de uitoefening van het eigen recht van Cargill om haar rechtstreeks aan te spreken niet het door haar bepleite verhaalsrecht kan ontnemen, omdat dit zou leiden tot regres op Poll voor het gedeelte dat LAG niet aangaat terwijl de verzekeringsrelatie hieraan in de weg staat, is derhalve onjuist."

A-G Vlas is dus, anders dan het hof, van oordeel dat de rechtbank haar bevoegdheid uitsluitend dient te beoordelen op de grondslag van de vordering van de eiser. Volgens Vlas staat de mogelijkheid dat Zürich geen volledig verhaal op LAG kan nemen, niet in de weg aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van artikel 5 sub 3 EEX-Verordening.

De Hoge Raad volgt A-G Vlas niet in zijn conclusie. De Hoge Raad stelt allereerst vast dat uit Europese recht-

13 In het incidentele cassatieberoep heeft LAG in de kern betoogd dat het hof heeft miskend dat in de verhouding van Zürich tot LAG de speciale verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW voorrang heeft op de algemene regels van art. 6:10 en art. 6:12 BW. Dit beroep faalt. A-G Vlas gaat hier niet uitvoerig op in, maar de betreffende overwegingen moeten vermoedelijk zo worden begrepen, dat aangezien Zürich ervoor heeft gekozen om een beroep te doen op de algemene subrogatieregels van art. 6:12 BW deze van toepassing zijn. Volgens de A-G staat art. 7:962 BW hieraan niet in de weg.

spraak<sup>14</sup> volgt dat de rechtsmacht niet uitsluitend mag worden bepaald op basis van de grondslag van de vordering van de eiser. De rechter moet ook acht slaan op 'de beschikbare gegevens over de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding en op de stellingen van de gedaagde'. Dat betekent dus dat het feit dat Zürich haar vordering op de grondslag van onrechtmatige daad heeft ingesteld, niet maatgevend is.

Vervolgens gaat hij in op het middel van LAG in het incidentele cassatieberoep. LAG heeft in het kader van dit beroep betoogd dat in de verhouding van Zürich tot LAG de speciale verzekeraarssubrogatie van artikel 7:962 BW voorrang heeft op de algemene regels van artikel 6:10 en artikel 6:12 BW. De Hoge Raad onderschrijft het standpunt van LAG en overweegt (rechtsoverweging 4.3.3):

“Art. 6 WAM kent bij wijze van beschermingsmaatregel aan de benadeelde een bijzondere rechtspositie toe. Het in deze bepaling geregelde eigen recht van de benadeelde jegens de WAM-verzekeraar heeft tot strekking de benadeelde te begunstigen, maar heeft niet mede de strekking de verhouding van de verzekeraar tot de verzekerde of tot derden te beïnvloeden. Hiermee strookt het om WAM-verzekeraars ten opzichte van derden eenzelfde positie toe te kennen als die van schadeverzekeraars in het algemeen. Dit brengt mee dat de rechtstreeks door de benadeelde aangesproken verzekeraar niet door de werking van subrogatie in een betere positie tegenover de derde behoort te komen dan de verzekerde. Daarom moet worden aangenomen dat een WAM-verzekeraar, ook indien hij rechtstreeks door de benadeelde is aangesproken, niet de schade van de benadeelde vergoedt, maar de schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt door zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde. Voor zover het betreft schade waarvoor zowel de verzekerde als een derde jegens de benadeelde aansprakelijk is – waarop het standpunt van Zürich is gebaseerd –, brengt dit mee dat die verzekeraar bij wijze van subrogatie alleen treedt in de rechten van de verzekerde jegens die derde (art. 7:962 BW) en niet (tevens) door subrogatie treedt in de rechten van de benadeelde jegens die derde (art. 6:12 BW in verbinding met de art. 6:102 en art. 6:10 BW). Dit betekent dat Zürich slechts wordt gesubrogeerd in de rechten van Cargill tegen LAG voor zover Poll deze rechten zou hebben verkregen en zou hebben kunnen uitoefenen indien Poll zelf aan Cargill zou hebben betaald.”

Het subsidiaire standpunt van Zürich leidt evenmin tot cassatie. De Hoge Raad is van oordeel dat ook als Poll op grond van artikel 6:12 BW in de rechten van Cargill jegens LAG zou zijn getreden, LAG het forumkeuzebeding tegen

hem zou hebben kunnen invoeren (rechtsoverweging 4.4). LAG zou dit beding dan kunnen invoeren tegen Zürich 'als de in de rechten van Poll gesubrogeerde aansprakelijkheidsverzekeraar'.

## Conclusie

De Hoge Raad benadert de zaak anders dan het hof, maar komt tot dezelfde uitkomst. Het hof legde in het bijzonder de nadruk op het feit dat de verzekeraar op grond van artikel 7:962 BW geen regres mag nemen op zijn eigen verzekerde. Net als in bovengenoemd arrest van de HR 11 juli 2014 (*Goudse/Aegon*) wijst de Hoge Raad echter op de beschermingsgedachte van artikel 6 WAM en de bijzondere rechtspositie van de benadeelde. Deze beschermingsmaatregel heeft geen invloed op de verhouding tussen de WAM-verzekeraar en de verzekerde of de derde. WAM-verzekeraars onderscheiden zich niet van (andere) schadeverzekeraars. Op grond van het nemo-plusbeginsel krijgt de WAM-verzekeraar dus geen eigen regresrecht jegens de derde om zo in een betere positie te komen dan de verzekerde. Dat betekent dat ook al heeft de benadeelde een eigen recht op schadevergoeding jegens de WAM-verzekeraar, zoals De Bosch Kemper en Gruben al schreven, de WAM-verzekeraar in juridische zin de schade van zijn verzekerde vergoedt en niet die van de benadeelde. Voor de onderhavige casus betekent dit dat de WAM-verzekeraar alleen wordt gesubrogeerd in de rechten van Poll en niet (ook) treedt in de rechten van Cargill jegens LAG, tenzij Poll deze rechten zou hebben verkregen en zou hebben kunnen uitoefenen ingeval Poll zelf aan Cargill zou hebben betaald. Dat heeft tot gevolg dat Zürich het risico loopt dat zij het exoneratiebeding tegengeworpen zal krijgen door LAG bij de bevoegde Belgische rechter.

Dit oordeel doet recht aan de bijzondere rechtspositie die onder de WAM aan de benadeelde is toegekend en onderstreept de beschermingsgedachte die schuilgaat achter de WAM. De rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde of de derde wordt hierdoor niet beïnvloed. Dat leidt er (ook) toe dat aan WAM-verzekeraars niet een andere (gunstigere) rechtspositie wordt toegekend dan aan andere schadeverzekeraars. Als aan de verzekerde bepaalde verweermiddelen kunnen worden tegengeworpen, zal diens verzekeraar deze in beginsel niet kunnen omzeilen.

Daarmee rijst tot slot de vraag of dit mogelijk anders zou zijn als de benadeelde de vordering jegens de derde aan de WAM-verzekeraar zou cederen. Als gevolg daarvan zou de WAM-verzekeraar de vordering van de benadeelde geldend kunnen maken en daarmee dus niet worden geconfronteerd met de verweermiddelen die door de derde aan de verzekerde zouden kunnen worden tegengeworpen. Recente rechtspraak, waarin deze vraag is beantwoord, lijkt er niet te zijn. Maar volgens Van Boom, die verwijst naar tamelijk gedateerde lagere rechtspraak en literatuur, moet worden aangenomen dat een cessieconstructie die tot doel heeft de regels met betrekking tot de interne rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren – in dit geval de verzekerde en

14 Zie HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13 (*Kolassa/Barclays Bank*), ECLI:EU:C:2015:37, NJ 2015/332, herhaald in HvJ EU 16 juni 2016, zaak C-12/15 (*Universal Music International Holding*), ECLI:EU:C:2016:449, RvdW 2016/916. Hieruit volgt dat het aangezochte gerecht zijn internationale bevoegdheid dient te toetsen aan 'alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder'.

de derde – te ontlopen, ongeldig is.<sup>15</sup> Volgens Van Boom worden 'dergelijke ontwijkende bewegingen bij hoofdelijkheid genegeerd: de inhoud van de regrespositie gaat boven de vorm waarin het wordt uitgeoefend.'<sup>16</sup>

Samengevat betekent dit dat wanneer sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid van de verzekerde en een derde jegens de benadeelde, de WAM-verzekeraar op grond van het arrest van HR 14 april 2017 niet met succes zal kunnen betogen dat hij door subrogatie in de rechten van de benadeelde (in plaats van in de rechten van diens verzekerde) is getreden om op die wijze te voorkomen dat de derde

(contractuele) verweermiddelen jegens diens verzekerde aan hem tegenwerpt. Evenmin ligt in de rede – het standpunt van Van Boom volgend – dat de WAM-verzekeraar deze (contractuele) verweermiddelen zal kunnen ontwijken door de vordering van de benadeelde aan hem te laten cederen.

Over de auteur

Mr. W.E. van Spanje

Willeke van Spanje is advocaat bij Van Traa Advocaten N.V.

15 Boom, W.H. van, (2016), *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch, p. 294, Boom, W.H. van, *Hoofdelijke verbintenissen*, Diss. UvT, Deventer: Tjeenk-Willink 1999, p. 80, waar hij in voetnoot 95 onder meer verwijst naar Kok, H.G.F.M. de, (1965), *Het regres*, Diss. RU Nijmegen, Deventer: Kluwer en uitspraken van de Rechtbank Rotterdam 10 mei 1977, VR 1978/20 en de kantonrechter Leiden 9 januari 1985, VR 1985/115 en Boom, W.H. van, 'Kringloopgedachten, Over de werking van contracten ten nadele van derden en het ontwijken van het eigen contract', *WPNR* 6235, p. 617. Anders: Banis, C. en Haan, L.K. de, 'Subrogatie en/of cessie; dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!', *PIV-Bulletin* 2016/4, p. 5.

16 Boom, W.H. van, 'Kringloopgedachten, Over de werking van contracten ten nadele van derden en het ontwijken van het eigen contract', *WPNR* 6235, p. 617.