

# Regres van de hoofdelijk aansprakelijke WAM-verzekeraar

Prof.mr. W.H. van Boom

HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:694 (hoofdelijkheid; regres WAM-verzekeraar op mede-aansprakelijke)

## Feiten en procesverloop

De Belgische vennootschap LAG Trailers NV produceert vrachtwagenopleggers. LAG verkoopt in 2006 een viertal opleggers aan de Oostenrijkse transportonderneming Poll Nussbaumer Transportgesellschaft mbH. Op die koopovereenkomst worden algemene voorwaarden van LAG van toepassing verklaard. In die voorwaarden staat onder meer dat de Belgische rechter bevoegd is om geschillen uit de overeenkomst te beslechten (hierna: het forumkeuzebeding).

Poll neemt de opleggers in gebruik, maar op 10 oktober 2008 gaat het mis met een van de opleggers. Op die dag doet zich op het in Nederland gelegen bedrijfsterrein van Cargill BV een ongeval voor. De oplegger van Poll kantelt en beschadigt eigendommen van Cargill. Poll is (risico-) aansprakelijk op grond van artikel 185 VVW of artikel 6:173 BW. Omdat de oplegger met de vrachtwagen valt onder de verplichte verzekeringsdekking tegen aansprakelijkheid voor ongevallen met motorrijtuigen (Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen, WAM), kan Cargill de WAM-verzekeraar van Poll rechtstreeks aanspreken (art. 6 WAM). Dat doet Cargill dan ook; de WAM-verzekeraar Zürich Versicherungs AG gaat over tot vergoeding van de schade (ruim € 700.000) aan Cargill.

Vervolgens spreekt Zürich de verkoper van de oplegger, LAG, aan. De redenering is kort gezegd dat het kantelen van de oplegger te wijten is aan een gebrek in de oplegger waarvoor LAG als verkoper/producent aansprakelijk is. Zürich dagvaardt LAG voor de Nederlandse rechter en stelt dat Zürich als WAM-verzekeraar hoofdelijk medever-

bonden was voor de schadevergoeding naast Poll en LAG. Daarom is Zürich na vergoeding regresgerechtigd (art. 6:10 BW) en bovendien gesubrogeerd in de vordering van Cargill op LAG (art. 6:12 BW).

Op basis hiervan vordert Zürich onder meer een verklaring voor recht dat LAG onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Cargill en dat LAG regresplichtig is tegenover Zürich. LAG beroept zich echter op het forumkeuzebeding tussen LAG en Poll, dat de Belgische rechter exclusief bevoegd maakt om te oordelen over geschillen over de kwaliteit van de geleverde oplegger en de eventuele aansprakelijkheid voor schade die daarmee verband zou houden.

Het betoog van Zürich is kort gezegd dat zij regres neemt op LAG op grond van de hoofdelijke verbondenheid tussen Zürich, Poll en LAG. Immers, Zürich is op grond van artikel 6 WAM hoofdelijk aansprakelijk naast Poll (die tegenover Cargill aansprakelijk is als bezitter van de gebrekkige oplegger) en LAG (die tegenover Cargill aansprakelijk is als producent van de gebrekkige oplegger). Het regres van Zürich is dus gebaseerd op artikel 6:10 BW (wettelijk regresrecht) en artikel 6:12 BW (subrogatie). Zürich hoeft zich niets aan te trekken van de contractuele afspraken tussen Poll en LAG, omdat Zürich een eigen, wettelijk regresrecht heeft op LAG. Bovendien kan Zürich, zo stelt zij, op grond van artikel 6:12 BW de rechten van Cargill op LAG uitoefenen. De schadevergoedingsvordering die Cargill op LAG had, is namelijk door de betaling die Zürich heeft gedaan, op grond van de wettelijke subrogatie ex artikel 6:12 BW van rechtswege overgegaan op Zürich.

Met deze argumentatie probeert Zürich dus als WAM-verzekeraar van Poll het forumkeuzebeding tussen Poll en LAG te ontwijken, om zodoende de Nederlandse rechter bevoegd te doen zijn om van de vordering kennis te nemen. Schematisch zien de verhoudingen eruit zoals in figuur 1:

Zowel het Hof als de Hoge Raad verwerpen het betoog van Zürich. De Hoge Raad oordeelt:

‘4.3.1 Het primaire standpunt van Zürich gaat uit van de volgende situatie. Cargill had een aanspraak op Poll tot vergoeding van schade. Cargill had op grond van art. 6 WAM ook de mogelijkheid om

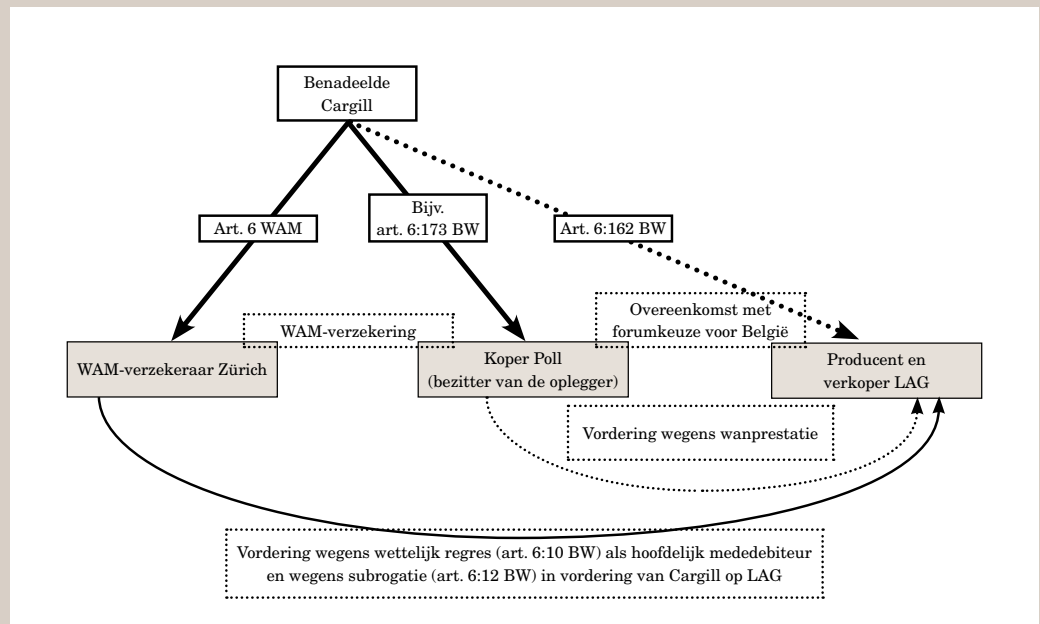
rechtstreeks Zürich aan te spreken en heeft dat gedaan. Indien ook LAG jegens Cargill aansprakelijk was, had Cargill ter zake van haar schade vorderingen op LAG, Poll en Zürich. Door betaling aan Cargill op grond van de rechtstreekse aanspraak, is Zürich getreden in de rechten van Cargill uit onrechtmatige daad jegens LAG voor zover Zürich meer heeft vergoed dan Poll/Zürich in de onderlinge verhouding met hoofdelijke medeschuldenaar LAG aangaat (art. 6:102 BW in verbinding met de art. 6:10 en 6:12 BW), aldus nog steeds Zürich.

4.3.2 Het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep betoogt 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 6:12 BW. Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, zal de Hoge Raad dit middel als eerste behandelen, omdat het de verste strekking heeft. Het middel slaagt. Daarvoor is het volgende redengevend.

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 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.

4.3.4 De gegrondheid van het middel in het incidentele beroep brengt mee dat het primaire standpunt van Zürich in het principale beroep – dat erop steunt dat zij op andere wijze dan hiervoor in de slotzin van 4.3.3 bedoeld, is gesubrogeerd in de rechten van Cargill – wegens gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden, aangezien dit standpunt van Zürich, ook indien haar klachten op zichzelf gegrond zouden zijn, niet tot een voor haar gunstige beslissing kan leiden.’

Ten slotte overweegt de Hoge Raad in r.o. 4.4 kernachtig dat dezelfde uitkomst zou volgen als men *wel* zou aannemen dat Zürich gesubrogeerd zou zijn in het regresrecht van artikel 6:12 BW:



Figuur 1 – De rechtsverhoudingen

‘Ook indien Poll krachtens art. 6:12 BW zou zijn getreden in de rechten van Cargill jegens LAG, zou LAG het forumkeuzebeding tegen haar hebben kunnen invoeren. LAG kan dit beding dan ook invoeren jegens Zürich als de in de rechten van Poll gesubrogeerde aansprakelijkheidsverzekeraar.’

## Noot<sup>1</sup>

In deze zaak spelen verschillende vormen van regres door elkaar: het subrogatieregres van de schadeverzekeraar van artikel 7:962 BW (1), het wettelijk regresrecht van de hoofdelijke debiteur van artikel 6:10 BW (2), het subrogatieregres van de hoofdelijke debiteur van artikel 6:12 BW (3) en de verhouding van deze drie regresgrondslagen tot het regres van de WAM-verzekeraar (4).

*Ad 1 – het subrogatieregres van de schadeverzekeraar*  
Subrogatie is heel eenvoudig de overgang van een vorderingsrecht op grond van de wet; de overgang vindt van rechtswege plaats en is dus niet onderworpen aan vereisten als titel, beschikkingsbevoegdheid en levering die bij de cessie gelden. In artikel 6:150 BW treft men een aantal gronden voor die wettelijke overgang op de nieuwe schuldeiser; daarnaast bestaat er een specifieke subrogatiegrond in titel 7.17 BW. Artikel 7:962 lid 1 BW bepaalt namelijk voor schadeverzekeringen:

‘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.’

Subrogatieregres van de schadeverzekeraar komt hierop neer. Als A het huis van C in brand steekt en C heeft een schadeverzekering die brandschade aan het huis dekt,

1 Met dank aan Siewert Lindenbergh voor commentaar op een eerdere versie.

dan zal de schadeverzekeraar tot vergoeding overgaan op grond van de verzekeringsovereenkomst. De vordering uit onrechtmatige daad die C heeft op A, gaat dan van rechtswege over op de schadeverzekeraar. De verzekeraar treedt daarmee in de positie van C en kan daardoor regres nemen op A zodat per saldo C schadeloos is gesteld door de verzekeraar en de schade daar terecht komt waar die thuishoort, bij de pleger van de onrechtmatige daad. De vorderingsrechten die op de verzekeraar overgaan, betreffen dus vooral schadevergoedingsrechten uit onrechtmatige daad of uit overeenkomst tussen de verzekerde en de schadeveroorzaker.<sup>2</sup>

Artikel 7:962 BW is ook van toepassing op subrogatie van de aansprakelijkheidsverzekeraar. De aansprakelijkheidsverzekering wordt namelijk voor de toepassing van artikel 7:962 BW gezien als een schadeverzekering. Dat is begrijpelijk omdat de aansprakelijkheidsverzekering (mede) als functie heeft de verzekerde schadeloos te stellen voor de 'schade' die aansprakelijkheid aan zijn vermogen toebrengt, te weten de vermogensvermindering die ontstaat als de aansprakelijke tot vergoeding van de schade aan de benadeelde overgaat. Hoe werkt artikel 7:962 BW uit bij de aansprakelijkheidsverzekering? Het moet gaan om 'schadevergoedingsrechten' als bedoeld in artikel 7:962 BW die de aansprakelijke heeft op derden. Op het eerste gezicht lijkt dat een vreemde gedachte: het is toch juist de benadeelde die een schadevergoedingsvordering op de aansprakelijke heeft? Dat is juist, maar het is denkbaar dat de aansprakelijke verzekerde niet de enige is die door de benadeelde had kunnen worden aangesproken. Stel bijvoorbeeld dat door de onrechtmatige daden van A en B schade wordt geleden door C. A en B zijn hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:102 BW) en, laten we zeggen, in hun onderlinge verhouding elk voor ½ draagplichtig (art. 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW). Stel vervolgens dat C veroorzaker A aanspreekt tot vergoeding van de gehele schade. A heeft een overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering met D. Deze D gaat over tot vergoeding van de schade aan C. Het gevolg is dat C schadeloos is gesteld, maar ook dat verzekeraar D meer heeft betaald dan in de onderlinge verhouding tussen A en B gedragen zou moeten worden door A. Dat zou betekenen dat B zonder rechtvaardiging uit zijn draagplicht zou zijn ontslagen; om die reden wordt geoordeeld dat de regresvordering die A op B zou hebben gehad als A zelf de schade had vergoed, bij wijze van subrogatie overgaat van A op D.<sup>3</sup> De vordering die overgaat van A op D is dus de wettelijke regresvordering die A als hoofdelijke debiteur heeft op B op grond van artikel 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW. Het is die regresvordering die wordt aangemerkt als een 'vordering tot schadevergoeding ter zake van door de verzekerde geleden schade' als bedoeld in artikel 7:962 BW.

### *Ad 2 en 3 – het regresrecht van hoofdelijke debiteuren*

Het wettelijke regres tussen hoofdelijk aansprakelijke personen is dus neergelegd in artikel 6:10 BW. Als Poll en LAG hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover Cargill en Poll gaat tot betaling over aan Cargill, dan kan Poll artikel 6:10 BW invoeren tegenover LAG om regres te nemen. Dat artikel is helaas niet erg informatief, want het bepaalt vooral dat hoofdelijke debiteuren in hun onderlinge verhouding moeten bijdragen voor het 'gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat'. Ervan uitgaande dat Poll en LAG elk op grond van de wet aansprakelijk zijn voor de schade van Cargill, dan is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid uit artikel 6:102 BW. Dat leidt op grond van het samenstel van artikel 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW tot een iets duidelijker maatstaf: de schade wordt over Poll en LAG verdeeld met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW, tenzij uit wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit.<sup>4</sup> Wil men weten hoe onder hoofdelijk aansprakelijke debiteuren de onderlinge draagplicht bij regres luidt, dan moet men toetsen (1) of de wet een bijzondere verdeling van draagplicht bepaalt die hier toepassing vindt en (2) of een rechtshandeling zoals een overeenkomst tussen die hoofdelijke debiteuren een bepaalde verdeling van draagplicht met zich brengt. Pas als die twee stappen geen bijzondere verdelingsuitkomst met zich brengen, komt men toe aan de analoge toepassing van de maatstaf van artikel 6:101 BW. Als de hoofdelijk aansprakelijke debiteuren een contractuele rechtsverhouding hebben, moet men dus eerst de overeenkomst uitleggen en toepassen op het regres van partijen. Zo bezien is het regresrecht van artikel 6:10 BW een lege huls die wordt gevuld door wet en rechtshandeling.

Naast het wettelijk regresrecht van artikel 6:10 BW is er de subrogatiebepaling van artikel 6:12 BW: de hoofdelijke debiteur die de verschuldigde prestatie voldoet, wordt ter versterking van zijn regres ex artikel 6:10 BW gesubrogeerd in de vorderingsrechten die de crediteur heeft tegenover de andere hoofdelijke debiteuren. De strekking van artikel 6:12 BW is beperkt. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat de regreszoekende A in de onderlinge verhouding tot B opeens 100% verhaal kan nemen; artikel 6:12 BW wil alleen maar het regresrecht van artikel 6:10 BW versterken, niet vergroten.<sup>5</sup> De strekking van artikel 6:12 BW is vooral om de betalende debiteur in de gelegenheid te stellen om eventuele nevenrechten uit te oefenen die verbonden zijn aan de vorderingsrechten van de crediteur tegenover de andere debiteuren. Artikel 6:12 BW is dus vooral interessant in gevallen als de volgende: A en B zijn hoofdelijk verbonden tegenover crediteur C, terwijl A en B in hun onderlinge verhouding elk voor ½ draagplichtig zijn; B heeft een hypotheekrecht gegeven aan C op een registergoed van B tot zekerheid van de betaling;

<sup>2</sup> Zie nader over art. 7:962 BW bijv. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2012/570.

<sup>3</sup> HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3952, NJ 2010/557 (RVS/Scheldebouw).

<sup>4</sup> De overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW op de onderlinge verhouding van hoofdelijk aan-

sprakelijke debiteuren komt erop neer dat de betaalde schadevergoeding onderling wordt verdeeld 'in evenredigheid met de mate waarin de aan [elke hoofdelijke aansprakelijke] toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt

of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

<sup>5</sup> W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: BJu 2016, p. 112-113.

A wordt tot betaling aangesproken en voldoet volledig de hoofdelijk verschuldigde prestatie; A heeft een wettelijk regresrecht ex artikel 6:10 BW op B voor de ½ die B draagplichtig is; bovendien is A gesubrogeerd ex artikel 6:12 BW in de vordering van C op B, in zoverre dat hij de verschuldigde ½ versterkt ziet met het hypotheekrecht dat als nevenrecht bij de vordering van C op B overgaat op A.<sup>6</sup>

Hoe werken artikel 6:10 en 6:12 BW uit in de verhouding tussen Poll en LAG? Als we aannemen dat Poll en LAG op grond van artikel 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover Cargill, dan moet voor de eventuele mogelijkheid van regres van Poll (zou die zelf tot vergoeding van de schade van Cargill zijn overgegaan en zich daarna tot LAG hebben gewend ex art. 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW) eerst worden gekeken naar de overeenkomst (en haar uitleg) tussen Poll en LAG om te bepalen hoe partijen hun regresverhouding hebben willen regelen. Heeft LAG bijvoorbeeld rechtsgeldig bedongen dat LAG niet aansprakelijk is voor schade van Poll en dat Poll LAG zal vrijwaren voor claims van derden, dan wordt daarmee het regresrecht van Poll op LAG tot nihil teruggebracht. Ook is denkbaar dat een contractuele vervaltermijn in afwijking van de wettelijke verjaringstermijn wordt afgesproken of dat een bepaalde rechter exclusief bevoegd wordt verklaard die zonder die afspraak niet bevoegd zou zijn geweest. De huls van artikel 6:10 BW wordt dus gevuld door de contractuele rechtsverhouding tussen de hoofdelijke debiteuren Poll en LAG.<sup>7</sup>

Dit alles zou als volgt doorwerken in de driehoeksverhouding tussen Poll, Zürich en LAG. De overeenkomst van aansprakelijkheidsverzekering tussen Zürich en Poll leidt ertoe dat als Zürich de schade van Cargill vergoedt en daarmee Poll bevrijdt van zijn verbintenis tot betaling van schadevergoeding aan Cargill, de eventuele regresvordering die Poll op grond van van artikel 6:102 jo. 6:101 jo. 6:10 BW mocht hebben op LAG, door subrogatie overgaat op aansprakelijkheidsverzekeraar Zürich. Zürich stapt op grond van artikel 7:962 BW in de schoenen van Poll en krijgt daarmee als gesubrogeerde niet meer of anders dan de vordering zoals Poll die had op LAG. Zie immers artikel 6:145 BW. Dat zou betekenen dat het forumkeuzebeding tussen Poll en LAG ook tegengeworpen kan worden aan Zürich.

Dat zou niet anders zijn als Zürich zich zou beroepen op artikel 6:12 BW. De wettelijke overgang van de schadevergoedingsvordering die Cargill heeft op LAG aan (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) Poll geeft Poll (of zijn gesubrogeerde schadeverzekeraar) hooguit een versterking van zijn regresrecht van artikel 6:10 BW, maar niet een rechtspositie die contrair is aan dat regresrecht. Kan Poll op grond van artikel 6:10 BW tegengeworpen krijgen

dat tussen Poll en LAG is afgesproken dat regresvorderingen worden berecht door de Belgische rechter, dan kan Poll niet aan dat verweer ontkomen door zich te beroepen op de stelling dat hij in de schoenen van Cargill is getreden (de subrogatie van art. 6:12 BW) en zich dus niets gelegen hoeft te laten liggen aan het forumkeuzebeding dat LAG had bedongen. Daarmee zou Poll namelijk zowel de eigen contractuele binding ontlopen als het regresversterkende karakter van artikel 6:12 BW miskennen. En wat voor Poll geldt, geldt ook voor de aansprakelijkheidsverzekeraar die ex artikel 7:962 BW is gesubrogeerd in de regresvordering van Poll (art. 6:10 BW) en de ‘annex’ van artikel 6:12 BW. De Hoge Raad oordeelt geheel in deze lijn in r.o. 4.4.

#### *Ad 4 – het regres van de WAM-verzekeraar*

Nu komen we toe aan de complicatie waar het in het arrest werkelijk om draait. Zürich is niet een ‘gewone’ aansprakelijkheidsverzekeraar en daarmee een schadeverzekeraar voor de toepassing van artikel 7:962 BW. De verzekering die zij met Poll heeft gesloten is een aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen die niet alleen onder het regime van de schadeverzekering van titel 7.17 BW valt en dus onder het regime van artikel 7:962 BW, maar ook onder het lex-specialis-regime van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM). De bezitter en kentekenhouder zijn wettelijk verplicht om een verzekeringsovereenkomst af te sluiten ter dekking van aansprakelijkheid die voortvloeit uit het gebruik van het motorrijtuig (art. 3 WAM; de zgn. WAM-dekking).

De WAM geeft een aantal bijzonderheden die afwijken van het gewone regime dat bij de aansprakelijkheidsverzekering geldt. Die afwijkingen staan allemaal in het teken van de bescherming van de benadeelde derde tegen ‘interne’ kwesties tussen WAM-verzekeraar en zijn verzekerde. Ik noem een aantal van die afwijkingen:

- De benadeelde heeft een ‘eigen recht op schadevergoeding’ tegenover de verzekeraar op grond van artikel 6 WAM.
- Het zelfstandige karakter van het eigen recht brengt met zich dat ‘geen uit de wettelijke bepalingen omtrent de verzekeringsovereenkomst of uit deze overeenkomst zelf voortvloeiende nietigheid, verweer of verval [...] door een verzekeraar aan een benadeelde [kan] worden tegengeworpen’ (art. 11 WAM).
- Het eigen recht heeft ook een eigen verjaringstermijn (art. 10 WAM).
- Als het verzekeringscontract een eigen risico kent, dan geldt dat alleen tussen de verzekeraar en de verzekerde: de benadeelde blijft recht houden jegens de WAM-

6 Nevenrechten gaan over als de vordering waar zij aan zijn verbonden overgaat (bijv. krachtens subrogatie). Zie art. 6:142 BW.

7 Als de ‘schadevergoedingsvordering’ van Poll op LAG niet is gegrond op art. 6:10 BW maar op de contractuele verhouding zelf (bijvoorbeeld in het

geval niet komt vast te staan dat naast Poll ook LAG hoofdelijk aansprakelijk is tegenover Cargill), dan geldt uiteraard ook dat Zürich als gesubrogeerde ex art. 7:962 BW geheel in de schoenen van Poll treedt. Of Poll regres kan nemen op LAG, hangt dan rechtstreeks van de overeenkomst van

verkoop van de opleggers (en de uitleg daarvan) af. De tussenstap van het wettelijke regresrecht van art. 6:10 BW is dan niet van toepassing. In alle gevallen geldt dat de contractuele verhouding *uitleg* behoeft voordat men kan zeggen of de overeenkomst een regresmaatstaf geeft.

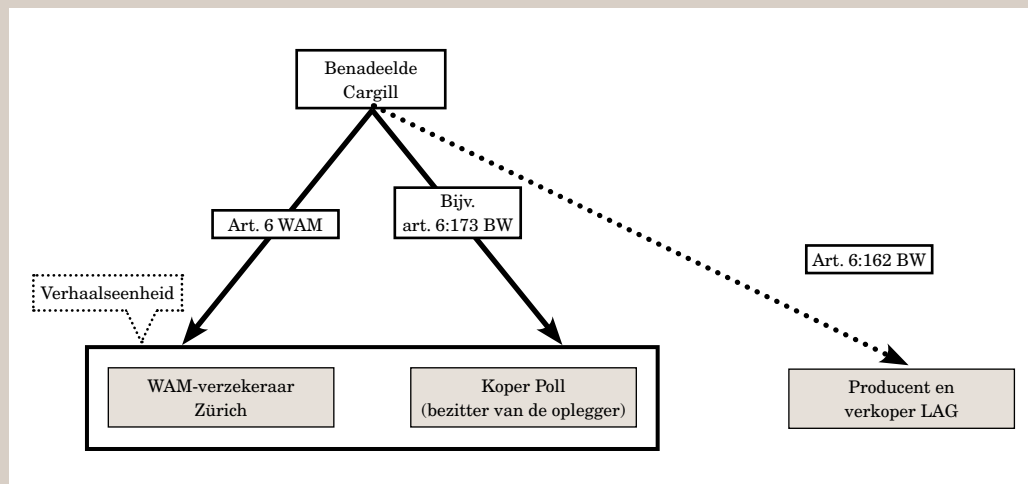
verzekeraar op vergoeding zonder aftrek; de verzekeraar moet het eigen risico-bedrag maar zelf proberen te incasseren van de verzekerde (art. 5 WAM).<sup>8</sup>

In de literatuur is de gehouwenheid van de WAM-verzekeraar om rechtstreeks te vergoeden aan de benadeelde, die deze vergoeding middels een 'eigen recht' kan afdwingen, gekwalificeerd als een hoofdelijke

verbintenis van de WAM-verzekeraar naast de aansprakelijke verzekerde.<sup>9</sup> Hoewel de Hoge Raad zich nooit heel scherp heeft uitgelaten over de vraag of het 'eigen recht' werkelijk een hoofdelijke verbintenis oplevert,<sup>10</sup> kan in elk geval worden gezegd dat de aanspraak van de benadeelde op de WAM-verzekeraar gezien het wettelijk stelsel van de WAM behoorlijk zelfstandig is. Ik meen dat inderdaad sprake is van hoofdelijke verbondenheid van de WAM-verzekeraar naast de aansprakelijke(n) voor het ongeval. Maar met die constatering is naar mijn mening nog geen antwoord gegeven op de vraag hoe de verhouding tussen deze hoofdelijke schuldenaren onderling ingericht moet worden.

Allereerst kunnen we vaststellen dat het eigen recht tegenover de WAM-verzekeraar alleen maar kan intreden als en in zoverre er aansprakelijkheid bestaat van (de bestuurder of houder van) het verzekerde voertuig. Eerst zal moeten worden bepaald of en in hoeverre Poll aansprakelijk is voor de schade van Cargill, en voor die schadevergoedingsplicht is er dan een 'eigen aanspraak op schadevergoeding' jegens de WAM-verzekeraar. Zürich staat als WAM-verzekeraar als het ware in voor de aansprakelijkheid van Poll; zij zijn in elk geval hoofdelijk aansprakelijke debiteuren. Het 'eigen recht' dat uit artikel 6 WAM volgt, houdt dus niet in dat de WAM-verzekeraar hoe dan ook moet betalen; het ontstaan van zijn schuld is afhankelijk van het bestaan van aansprakelijkheid.

Als naast Poll ook LAG aansprakelijk blijkt te zijn, dan wordt de kring van hoofdelijke debiteuren uitgebreid tot drie partijen. Welke gevolgen dit heeft voor de onderlinge verhouding tussen Zürich en LAG, wordt mijns inziens echter niet gedicteerd door het recht inzake hoofdelijke verbintenissen. De onderlinge verhoudingen van hoofdelijke debiteuren worden namelijk mede bepaald door de aard van de hoofdelijkheid. De aard van de hoofdelijkheid van de WAM-verzekeraar is dat deze optreedt *naast de*



Figuur 2 – De verhaalseenheid bij hoofdelijkheid

*aansprakelijke verzekerde*. Hij vormt in bepaalde opzichten een *eenheid* met die verzekerde, en niet met de andere aansprakelijke (zie figuur 2). Ik kom daar nog op terug.

#### Kritiek

Naar ik meen is *de uitkomst* van deze procedure de juiste: als er tussen Poll en LAG een contractuele rechtsverhouding bestaat die ook van toepassing is op hun onderlinge verhouding als bedoeld in artikel 6:10 BW, dan kan de WAM-verzekeraar die naast Poll staat die contractuele rechtsverhouding niet doorkruisen met een beroep op het bestaan van hoofdelijke aansprakelijkheid tussen alledrie. Daarom is de conclusie waar de Hoge Raad mee eindigt (r.o. 4.4) de juiste. De overwegingen die eraan voorafgaan, zijn naar mijn mening minder juist. Allereerst is er een problematische overweging in r.o. 4.3.3, te weten dat

'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'.

Die overweging lijkt mij feitelijk onjuist, juridisch onzwaar en argumentatief gezien overbodig. Ik acht de overweging feitelijk onjuist omdat een WAM-verzekeraar wel degelijk de schade van de benadeelde vergoedt. Die schade wordt begroot op de fundamenteën van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; bij de afwikkeling van WAM-schades is er werkelijk geen enkele schadeafwikkelaar, advocaat of rechter die bij de begroting de vermogensteruggang aan de zijde van de veroorzaker centraal stelt. Het idee dat het zou gaan om vergoeding van schade die de aansprakelijke lijdt in zijn vermogen, moge een aansprekend *beeld* oproepen – de verzekerde neemt immers 'dekking om zichzelf te beschermen' – maar staat ver verwijderd van wat WAM-dekking werkelijk inhoudt en zaait meer verwarring dan zij verklaart. Ze is juridisch

<sup>8</sup> Zie ook art. 13 lid 4 WAM (uitloopdekking ter bescherming van benadeelden) art. 15 WAM (dekking bij bijv. fraude of dronkenschap).

<sup>9</sup> B. Wachter, noot sub 2 onder HR 3 december 1982, NJ 1983/400 (NN/Timmermans); C.P. Robben, *De*

*action directe en de wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 1993, p. 207 e.v.; Van Boom 2016, p. 40; Asser/Sieburgh 6-I 2016/106.

<sup>10</sup> Ook in deze uitspraak doet de Hoge Raad strikt

genomen geen uitspraak over die vraag; de casatiemiddelen stellen de vraag niet uitdrukkelijk aan de orde, er wordt veeleer veronderstellenderwijs van uitgegaan dat art. 6:6 BW e.v. hier van toepassing zijn.

onzuiver omdat als aansprakelijkheid de facto geen enkele schade toebrengt aan de verzekerde, bijvoorbeeld omdat hij naast zijn WAM-dekking geen enkele vermogensbestanddelen van waarde heeft, de WAM-verzekeraar toch gehouden is tot vergoeding van de schade van de benadeelde; de verzekeraar is dus helemaal niet verbonden tot vergoeding van de schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt. Ook als hij geen ‘schade lijdt’, moet er worden vergoed.

Bovendien meen ik dat de overweging argumentatief gezien overbodig is omdat men haar niet nodig heeft om hetgeen de Hoge Raad laat volgen, te funderen. Wat namelijk volgt, is in de kern een eenvoudige regel: WAM-verzekeraar Zürich kan tegenover LAG niet meer of anders vorderen dan Poll zou hebben kunnen vorderen als deze zelf de schade zou hebben vergoed aan Cargill. Dat resultaat kan men, zoals de Hoge Raad doet, beargumenteren langs de lijnen van de ‘nemo plus’-gedachte bij subrogatie: de gesubrogeerde treedt in de schoenen van de rechtsvoorganger en kan niet meer of anders dan deze laatste had gekund (art. 6:145 BW). De Hoge Raad lijkt echter nog een stap verder te gaan en stelt resoluut 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 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.’

Ik heb bezwaar tegen deze formulering. Ik denk dat de eerste en de tweede zin elkaar uitsluiten. Welke rechten zou Poll hebben verkregen als zij zelf aan Cargill zou hebben betaald? Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat Poll en LAG op grond van artikel 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van Cargill, dan zou vergoeding door Poll leiden tot activering van artikel 6:10 BW én artikel 6:12 BW in haar verhouding tot LAG. Poll zou een wettelijk regresrecht verkrijgen en zou binnen de grenzen van artikel 6:12 BW worden gesubrogeerd in de rechten van benadeelde Cargill. Zou de verbintenis van Zürich geen hoofdelijkheid betreffen, en zou alleen het regime van artikel 7:962 BW van toepassing zijn, dan zou Zürich door te vergoeden aan Cargill in de schoenen stappen van de hoofdelijke debiteur Poll. En die schoenen omvatten óók de gesubrogeerde vordering van Cargill op LAG. Zürich subrogeert namelijk via Poll in de gesubrogeerde vordering van Cargill op LAG. Ik kan mij dus prima vinden in de tweede zin uit het citaat, maar die is onverenigbaar met de eerste zin. Immers: zelfs als men hoofdelijkheid van de WAM-verzekeraar uitsluit en zich concentreert op de subrogatie van artikel 7:962 BW, dan nog komt men op de uitkomst dat Zürich ook in de rechten

van de benadeelde jegens die derde treedt, omdat de ‘schadevergoedingsrechten’ als bedoeld in artikel 7:962 BW het regresrecht van Poll ex artikel 6:10 BW en dus ook de gesubrogeerde rechten van Cargill als bedoeld in artikel 6:12 BW betreffen.

Ik denk dat de uitkomst van het arrest heel wel verenigd kan worden met het uitgangspunt dat Zürich een zelfstandig regresrecht (art. 6:10 BW) en de gesubrogeerde vordering van Cargill (art. 6:12 BW) uitoefent. Immers, ook als een hoofdelijke debiteur regres neemt – of het nu op grond van artikel 6:10 of artikel 6:12 BW is – moet de *onderlinge* verhouding van regreszoekende en regresdebiteur centraal worden gesteld. Het is die onderlinge verhouding die de uitkomst dicteert en niet de hoofdelijkheidsband. In deze zaak wordt de onderlinge verhouding tussen Zürich en LAG hierdoor gekenmerkt dat Zürich niet meer is dan het ‘extra loket’ waar de schadevergoedingsvordering op Poll geïnd kan worden en dat Zürich als verzekeraar aan de zijde van Poll optreedt en zodoende diens aandeel in de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG zal dienen te dragen. Aanvaardt men die redenering, dan komt men in de buurt van de aan het Duitse recht ontleende leer van de ‘verhaalseenheden’.<sup>11</sup> Ik geef een tweetal voorbeelden om de werking van deze leer te illustreren.

- Door samenlopende fouten van A en B lijdt X schade. De interne draagplicht van A en B is 80 resp. 20%. Naast A is C risicoaansprakelijk voor de fout van A. C gaat over tot vergoeding van de gehele schade aan X. Wat kan C vergoed krijgen van B?
- A en B zijn hoofdelijk een bedrag verschuldigd aan X. De interne draagplicht van A en B is 80 resp. 20%. C stelt zich borg voor de schuld van A aan X (en niet voor die van B!). C gaat over tot betaling van de door A en B hoofdelijk verschuldigde prestatie aan X. Wat kan C vergoed krijgen van B?

De leer van de ‘verhaalseenheden’ leidt er in deze gevallen toe dat C steeds ‘instaat’ voor het aandeel van A en daarom tegenover B niet meer of anders kan dan A zou kunnen. Dat zou ook betekenen dat als tussen A en B een anterieure overeenkomst (of wetsbepaling) van toepassing is op grond waarvan A tegenover B verplicht is om een eventueel aandeel van B te dragen en B te vrijwaren tegen eventuele aanspraken van derden met betrekking tot dat aandeel, C niet meer of anders kan verhalen op B dan A zou hebben kunnen verhalen. En zo is het in wezen ook met Zürich en LAG: waar Zürich als ‘extra loket’ naast Poll staat, kan Zürich niet meer of anders dan Poll zou hebben kunnen vorderen in diens verhouding tot LAG. ■

<sup>11</sup> Van Boom 2016, p. 166 e.v.; W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 160 e.v.