

van de derde-verzekerde die zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard, in plaats van niet-nakoming van een verbintenis liever wil spreken over het niet-nakomen van een Obliegenheit dat leidt tot een beperking van de rechten van degene op wie zij rust.

Niet-nakoming impliceert dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de bereddingsplicht in de zin van art. 6:74-75 BW. Dat betekent dat de niet-nakoming van de bereddingsplicht geen rechtsgevolgen heeft voor de verzekerde, respectievelijk de verzekeringnemer die niet bekend was en ook niet bekend behoorde te zijn met de verwezenlijking van het risico. Vgl. ook VAN DAM, preadvies 1995, p. 87 e.v.

Voorzover de verzekeraar een tegenvordering op de verzekerde heeft, is deze in beginsel verrekenbaar met de schuld van de verzekeraar aan de verzekerde uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst; dit ook indien de omvang van de door de verzekeraar geleden schade niet direct kan worden vastgesteld. Zulks vloeit voort uit het bepaalde in art. 6:127 BW dat niet de eis stelt dat de vorderingen voor dadelijke vereffening vatbaar zijn. Het zal in de praktijk veelal voor de verzekeraar niet eenvoudig zijn aan te tonen dat en zo ja, tot welk bedrag de schade had kunnen worden voorkomen indien de verzekerde/verzekeringnemer tijdig de in redelijkheid te verlangen maatregelen zou hebben getroffen. Zo hij daarin slaagt, brengen de redelijkheid en billijkheid mee dat van het aldus gevonden bedrag nog worden afgetrokken de kosten die de bereddingsmaatregelen zouden hebben meegebracht en die in feite zijn bespaard. Vgl. DORHOUT MEES III 1980, nr. 7.201.

SUBROGATIE

317. Ingevolge het bepaalde in art. 284 WvK gaan vorderingen tot schadevergoeding die de verzekerde ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering op derden heeft, bij wijze van subrogatie over op de verzekeraar voorzover deze die schade vergoedt. Voor het komende recht kent art. 7:17.2.25 lid 1 NBW 1986 een overeenkomstige bepaling, met dien verstande dat anders dan onder het huidige recht aan subrogatie niet de voorwaarde wordt verbonden dat de verzekeraar tot betaling van de schade krachtens de verzekeringsovereenkomst verplicht was. Daarnaast wordt in het tweede en derde lid een aanvullende regeling gegeven voor het begrip derden en voor het rangordeprobleem dat kan ontstaan indien naast de gesubrogeerde verzekeraar ook de verzekerde zelf nog een vordering ter zake van de door hem geleden schade behoudt.

Vaak is degene aan wie door een derde schade wordt berokkend waarvoor deze derde aansprakelijk kan worden gehouden, ook zelf tegen die schade verzekerd. De eigen verzekeraar kan alsdan, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen, de verzekerde niet een aanspraak op dekking ontzeggen en deze voor verhaal van de geleden schade verwijzen naar de aansprakelijke derde. Vgl. HR 10 januari 1924, NJ 1924, p. 304. Betaalt hij evenwel de door de verzekerde geleden schade, dan kan hij deze niet zonder nadere wetsbepaling zelf op de aansprakelijke derde verhalen (zie hieronder nader). Ook de verzekerde zelf heeft geen vordering tot schadevergoeding jegens de derde meer, zodra zijn schade door de eigen verzekeraar is vergoed. Vgl. DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 531; BONNEUR, De wettelijke subrogatie van art. 284 WvK, VA 1975, p. 100; WACHTER in zijn noot bij HR 5 november 1976, NJ 1978, 72 en MULDER, diss. 1988, p. 4 e.v. en 16. Anders gezegd, zonder aanvullende regeling blijft de schade voor rekening van de betalende verzekeraar en wordt deze niet uiteindelijk door de aansprakelijke derde gedragen. Deze - met recht als onbillijk ervaren - uitkomst nu beoogt het bepaalde in art. 284 WvK en - voor het komend recht - art. 7:17.2.25 NBW 1986 te voorkomen. Vgl. DORHOUT MEES-WACHTER, nr. 531; BONNEUR, t.a.p., p. 96; MULDER, diss. 1988, p. 4 e.v.; SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 256; WERY 1995, p. 100 en VAN DAM, preadvies 1995, p. 101. Zie ook Rb. Rotterdam 28 juni 1985, S&S 1986, 96.

De regeling in art. 284 WvK heeft zelfstandige betekenis naast de algemene regeling ter zake van subrogatie in boek 6 BW. Geen van de in art. 6:150 BW

beschreven gevallen ziet op de bij art. 284 WvK aan de orde zijnde verhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Vgl. ook WERY 1995, p. 100. De subrogatie ex art. 284 WvK staat ook los van het regres van de borg ex art. 7:866 BW. Een wezenlijk verschil is dat de borg de schuld van de hoofdschuldenaar betaalt, terwijl de verzekeraar uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst een eigen schuld voldoet. Vgl. DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 534 en NOLST TRENTÉ, Zeeverzekering 1928, p. 710.

Benadrukt zij voorts dat de verzekeraar in de regel geen eigen vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad jegens de derde die de verzekerde schade heeft berekend, toekomt. Daaraan staat in de weg het zgn. relativiteitsbeginsel (art. 6:162 lid 1 en 6:163 BW). Vgl. ook HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 m.nt. EMM (brandstichting). Zie verder ASSER-HARTKAMP 4-III, 1998, nr. 95, 102 en 105 alsmede DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 530; MULDER, diss. 1988, p. 29 e.v. en SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 258 e.v.

Ook aan art. 6:107 BW dat een regeling geeft voor vergoeding van kosten die een ander ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt, kan de uitkerende verzekeraar geen eigen recht jegens de aansprakelijke derde ontfangen (denk aan kosten vervoer naar het ziekenhuis of kosten van behandeling); dit artikel ziet uitlopend op kosten die zijn gemaakt anders dan krachtens een verzekering. Zie (MvT) Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1282 en VAN DAM, preadvies 1995, p. 101.

318. De heersende opvatting is dat bij sommenverzekering de verzekeraar niet wordt gesubrogeerd in de rechten van zijn verzekerde jegens een aansprakelijke derde. Daaraan ten grondslag liggen met name twee arresten van de Hoge Raad, te weten HR 31 december 1931, NJ 1932, 419 m.nt. EMM en HR 3 januari 1936, NJ 1936, p. 78 m.nt. EMM: 'Zowel de woorden van het wetsvoorschrift als zijn strekking verzetten zich tegen de toepassing op een verzekering krachtens welke de verzekeraar niet tot vergoeding van schade, maar tot uitkering van een vaste som onafhankelijk van geleden schade gehouden is.' Zie in deze zin voorts SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 266. Dat deze opvatting voor het komend recht is bestendigd, blijkt uit het enkele feit dat de wettelijke regeling ter zake van subrogatie is opgenomen in afdeling 7.17.2 NBW. Anderzijds zijn er – vooral in de literatuur – in mindere of meerdere mate kritische kanttekeningen geplaatst bij deze opvatting. Daarin staat centraal het gegeven dat ook in een uitkering uit hoofde van sommenverzekering veelal een element van schadevergoeding besloten ligt en dat het aldus niet aangaat om – voorzover er daadwerkelijk schade is veroorzaakt – de aansprakelijke derde te vrijwaren van verhaal door de betalende sommenverzekeraar niet te doen subrogeren in de rechten van de verzekerde. Vgl. onder meer MEIJERS in zijn noot bij HR 31 december 1931; DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 554; J. KIST, WPNR 5027 (1969), p. 67 e.v.; BONNEUR, t.a.p., p. 111; WERY 1995, p. 101 e.v. en VAN DAM, preadvies 1995, p. 105. Zie in deze zin ook Hof Leeuwarden 6 februari 1957, NJ 1957, 664 (ongevallenverzekering) en Rb. Maastricht 14 november 1963, NJ 1965, 292 (ziekengeldverzekering). An-

ders onder meer Hof 's-Gravenhage 31 maart 1960, NJ 1961, 10 (ongevallenverzekering) en Rb. Amsterdam 29 maart 1960, NJ 1960, 535 (ongevallenverzekering). Wij delen deze kritiek niet, althans voorzover deze zou leiden tot het ook voor de sommenverzekering aanvaarden van subrogatie. Wij sluiten ons aan bij MULDER, diss. 1988, p. 43 e.v. die er op wijst dat volgens de Hoge Raad beslissend voor subrogatie is dat de verzekering strekt tot vergoeding van schade en niet dat de ontvangst van de (sommen)verzekeringsgelden feitelijk tot verbetering van de positie van de verzekerde heeft geleid. Met dit laatste kan eventueel wel rekening worden gehouden, maar dan in het kader van voordeelstoerekening in de zin van art. 6:100 BW. Zie daaromtrent meer uitvoerig nr. 32-34. Zou subrogatie van de sommenverzekeraar worden toegestaan, dan zou daarmee bovendien de verzekeringsnemer de mogelijkheid worden ontnomen een extra vergoeding te verzekereren voor het geval dat een derde de verzekerde letsel toebrengt en daarvoor aansprakelijk is.

319. Onder het huidige recht overheerst – zeker in de jurisprudentie – de opvatting dat de verzekeraar slechts wordt gesubrogeerd indien en voorzover hij schade heeft vergoed waartoe hij krachtens de verzekeringsovereenkomst gehouden was. Aldus met zo veel woorden HR 10 januari 1941, NJ 1941, 824 m.nt. EMM: 'dat toch even vermeld wetsartikel, waar het de verzekeraar, die de schade aan het verzekerde voorwerp heeft betaald, doet treden in de rechten, welke de verzekerde terzake van die schade tegen derden mocht hebben, slechts ziet op een betaling, waartoe de verzekeraar krachtens de overeenkomst van verzekering verplicht is.' In zijn noot benadrukt MEIJERS dat de verzekeraar die meer uitkeert dan hij volgens de polis verplicht is, dit niet doet als verzekeraar. Zie voorts Rb. Amsterdam 12 januari 1971, VR 1972, 20 en Hof Amsterdam 21 april 1971, S&S 1971, 69, als ook SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 257 en VAN DAM, preadvies 1995, p. 102. De kritiek op deze strikte toepassing van art. 284 WvK spits zich – ons inziens met recht – toe op de daaraan verbonden consequentie dat de aansprakelijke derde er belang bij zou kunnen krijgen om de verschuldigdheid van de door de verzekeraar gedane uitkering te betwisten en dat daardoor de bereidheid van verzekeraars om in twijfelgevallen toch – zij het coulanche-halve – uit te keren zou kunnen afnemen. Vgl. onder meer TEN KATE, NJB 1948, p. 597 en DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 538. Anders BONNEUR, t.a.p., p. 136 e.v. die erop wijst dat de verzekeraar bij coulanche-uitkeringen zijn rechten tegenover een derde kan veilig stellen door zich de vordering van de verzekerde jegens die derde te laten cederen. Blijkens de MvT 1986 heeft de hierboven geuite kritiek in de literatuur voor het komend recht zijn uitwerking niet gemist. Voorgesteld wordt een verruiming in die zin dat de verzekeraar ook bij onverplichte uitkeringen aan de verzekerde in diens rechten jegens derden wordt gesubrogeerd. Zie voor een meer uitvoerige beschouwing MULDER, diss. 1988, p. 86 e.v.

320. De redactie van art. 284 WvK is ter gelegenheid van de invoering van de boeken 3, 5 en 6 BW per 1 januari 1992 gewijzigd. Zie Invoeringswet Boeken

3, 5 en 6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (zevende gedeelte), Kamerstukken II 1982/83, 17 896, nr. 2. Met vooral het bepaalde in art. 7.17.2.25 NBW 1986 vergelijkbare regelingen kent de wetgeving in de ons omringende landen. Zie voor België art. 41 Wet op de landverzekeringsovereenkomst 1992, voor Engeland § 79 MIA, voor Frankrijk art. L 121-12 C.ass. en voor Duitsland § 67 VVG, die alle uitsluitend voor de overeenkomst van schadeverzekering gelden.

321. Voorwaarde voor subrogatie is dat er daadwerkelijk door de verzekeraar wordt gepresteerd, maar het is niet noodzakelijk dat deze prestatie geschiedt in de vorm van het betalen van geld. Denk aan het verrichten van diensten in natura, zoals het vernieuwen van gebroken ruiten, het verlenen van rechtsbijstand of lijf- bezorging. Zie voor het laatste Hof Den Bosch 19 september 1979, NJ 1981, 48 en voor het verlenen van rechtsbijstand Hof Amsterdam 17 maart 1994, VR 1994, 229, besproken door VERSCHOOF, Vrb 1994, p. 79 e.v. Voorts staat aan subrogatie ex art. 284 WvK niet in de weg dat de verzekeraar rechtstreeks aan een derde uitkeert, bijvoorbeeld aan een ziekenhuis in geval van onder een ziektekostenverzekering gedekte ziektekosten. Vgl. HR 9 december 1960, NJ 1962, 339.

322. De verzekeraar wordt uitsluitend gesubrogeerd in de vorderingen tot schadevergoeding die de verzekerde ter zake van door hem geleden schade heeft. Hij kan tegenover de aansprakelijke derde niet meer rechten uitoefenen dan de verzekerde zelf had.

Zoals de MvT bij art. 7.17.2.25 NBW 1986 ook met zo veel woorden zegt, strekt de subrogatie in geval van verzekering tegen het risico van verlies door diefstal en/of verduistering zich niet uit tot de vordering tot revindicatie van de ontvreemde zaak als bedoeld in art. 5:2 BW. Deze vordering is en blijft onverbrekkelijk verbonden met de eigendom van de ontvreemde zaak. Aldus ook HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 m.nt. WMK onder NJ 1981, 140 en VAN DER GRINTEN in AA 1979, p. 498. 'Ingeval de verzekeraar van een roerende zaak de schade die door diefstal daarvan is ontstaan, aan de verzekerde heeft vergoed, behoren tot de rechten welke deze ter zake van de schade tegen derden mocht hebben, bedoeld in art. 284 WvK, noch de hem als eigenaar van de gestolen zaak toekomende revindicatie, noch de eigendom zelf van de zaak. Wat betreft de revindicatie is reeds beslistend dat zij niet van het eigendomsrecht tot welks bescherming zij dient, kan worden gescheiden. Wat betreft de eigendom zelf, deze kan niet worden aangemerkt als een recht "ter zake van de schade" die door de verzekerde als gevolg van diefstal werd geleden. Dit zou ook uit praktisch oogpunt niet wenselijk zijn. Of er behoefte bestaat aan eigendomsovergang van de gestolen zaak op de verzekeraar zal immers afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de gestolen zaak, de door de verzekerde al of niet reeds tot stand gebrachte vervanging daarvan en van het verhaal dat de verzekeraar krachtens art. 284 op anderen dan de bezitter van de gestolen zaak heeft

genomen of zal kunnen nemen.' Vgl. DORHOUT MEES 1967, nr. 544; SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 263 en WERY 1995, p. 102.

Iets anders is dat de verzekerde het eigendomsrecht op de ontvreemde zaak aan de verzekeraar kan overdragen zodat de laatste alsnog kan revindicieren. Daaraan staat niet in de weg dat de zaak op het tijdstip van de overdracht niet meer in het bezit van de eigenaar is. De levering kan geschieden bij een daartoe bestemde akte overeenkomstig het bepaalde in art. 3:95 BW. De praktijk leert dat motorrijtuigverzekeraars in de regel een flexibel beleid terzake voeren en de verzekerde bij het terugvinden van het motorrijtuig nadat ter zake van de diefstal een verzekeringsuitkering is gedaan, de keuze laten tussen het terugbetalen van deze uitkering en de overdracht van het motorrijtuig. Vgl. ook SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 263 en WERY 1995, p. 102-103.

323. De gesubrogeerde verzekeraar kan tegenover de aansprakelijke derde niet meer rechten uitoefenen dan de verzekerde zelf had. Anders gezegd: het verhaal door de verzekeraar kan nimmer tot een hogere uitkering leiden dan waarop de verzekerde zelf jegens de aansprakelijke derde aanspraak had kunnen maken. De laatste kan zich tegenover de gesubrogeerde verzekeraar op dezelfde verweermiddelen beroepen als tegenover de verzekerde zelf. Denk aan eigen schuld (art. 6:101 BW), het ontbreken van causaliteit (art. 6:98 BW), verjarings- en valtermijnen (titels 3:11 en 8:11 BW). Ook de rechterlijke competentie wordt bepaald door de rechtsverhouding tussen de verzekerde en de aansprakelijke derde. Zie ook DORHOUT MEES-WACHTER 1967, mrs. 539, 542 en 550; BONNEUR, t.a.p., p. 136; SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 259 e.v.; WERY 1995, p. 103 en VANDAM, preadvies 1995, p. 101. Het voorgaande impliceert dat een verzekeraar die uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst zijn verzekerde ter zake van geleden schade een uitkering heeft gedaan op basis van een voortaxatie ex art. 274-275 WvK dan wel herbouw- of nieuwwaarde, in de regel niet voor het geheel op de aansprakelijke derde verhaal zal kunnen nemen omdat de uitkering op deze grondslag veelal meer zal bedragen dan de werkelijk geleden schade die bepalend is voor de aanspraak van de verzekerde jegens de aansprakelijke derde.

In zijn arrest van 4 februari 1972, NJ 1972, 203 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verzekeraar aan art. 284 WvK niet een recht kan ontlenen op vergoeding van rente die hij zelf - en niet de verzekerde - heeft gederfd of zal derven over het door hem aan de verzekerde betaalde bedrag dat hij krachtens subrogatie van de derde vordert. Iets anders is - en de Hoge Raad heeft daarop in zijn arrest van 4 februari 1972 bij wijze van obiter dictum uitdrukkelijk opgewezen - dat de verzekeraar die de verzekerde diens schade heeft vergoed, door een eenvoudige schriftelijke aanmaning, als omschreven in art. 1286 BW (thans art. 6:119 jo. 6:82 BW, PC/JHW) zijn recht op wettelijke interesten over de door hem betaalde som kan laten ingaan. Zie in deze zin ook BONNEUR, t.a.p. p. 120-121 en MULDER, diss. 1988, p. 69: 'Na betaling zal de verzekeraar voor de periode na de betaling wel moratoire interesten kunnen vorderen, maar gebaseerd niet op subrogatie, doch op een hem - naar huidig recht na aanmaning - toekomend eigen recht.' Dat

eigen recht vormt ons inziens ook de rechtsgrond voor de aanspraak op vergoeding van buitengerechtigde kosten bij het door de verzekeraar te gelde maken van de gesubrogeerde vordering van de verzekerde jegens een aansprakelijke derde. Vgl. HR 5 december 1997, RvdW 1997, 245 ter zake van een regresvordering van een sociale verzekeraar jegens een WAM-verzekeraar, waarin de Hoge Raad ingevolge art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c BW aan iedere crediteur van een geldvordering welke niet wordt voldaan, een aanspraak op vergoeding van redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte toekent. Zie ook A-G HARTKAMP in zijn conclusie vóór dit arrest, die ingaat op de positie van de particuliere ziektekostenverzekeraar en aanneemt dat deze zonder meer (binnen de grenzen van art. 6:96 BW) een aanspraak op vergoeding van voormelde kosten heeft. Anders dan hij stelt, was dit niet onomstreden. Zie KNOOP PATHUIS, (Nieuw) BW en personenschade, LSA-congres 1992, Lelystad 1992, p. 60 e.v. en STADERMANN, Vrb 1992, p. 17 e.v.

Een aparte positie nemen de expertisekosten in die de verzekeraar voor zich zelf maakt in het kader van de vaststelling van zijn uitkeringsverplichting. Ten aanzien daarvan zou kunnen worden gesteld dat de verzekerde nimmer een vordering jegens de aansprakelijke derde heeft gehad en van subrogatie ex art. 284 WvK dus geen sprake kan zijn. Zie in deze zin DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 538; BONNEUR, t.a.p., p. 121 e.v. en SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 261. De praktijk laat evenwel thans zien dat expertisekosten doorgaans uitdrukkelijk boven de verzekerde som zijn medeverzekerd. Dat maakt de stelling verdedigbaar dat de verzekeraar wél wordt gesubrogeerd indien en voorzover hij expertisekosten voor zijn rekening neemt die de verzekerde bij gebreke van de betrokken verzekering ook zelf had moeten maken, en tot vergoeding waarvan hij alsdan een aanspraak jegens de aansprakelijke derde zou hebben gehad. In die zin KREMER, A&V 1994, p. 59 e.v. Vgl. ook GASILLE, NJB 1950, p. 358; CORNELIS, NJB 1957, p. 134 e.v.; BLOEMBERGEN, diss. 1965, nr. 267; P-G LANGEMEIJER in zijn conclusie vóór HR 28 april 1961, NJ 1961, 445; MULDER, diss. 1988, p. 70 e.v.; DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 538 en LUTTIK, VA 1985, p. 335 e.v. Ook de lagere rechtspraak is verdeeld. Zie Bijzondere Contracten XI.A. (VAN HUIZEN/VERSCHOOF) art. 284, aant. 8. Zie voorts Arb. vonnis 16 december 1996, VR 1998, 74. Verzekeraars hebben daaromtrent overigens onderling afspraken gemaakt. Zie Bedrijfsregeling nr. 4, op grond waarvan de motorrijtuigverzekeraars expertisekosten niet verhalen op andere bij het Verbond van Verzekeraars aangesloten motorrijtuigverzekeraars of algemene aansprakelijkheidsverzekeraars. Inmiddels heeft het Verbond van Verzekeraars aanbevolen deze regeling ook toe te passen met betrekking tot het verhaal van door brandverzekeraars gemaakte expertisekosten.

324. Het is mogelijk dat de verzekeraar, gesubrogeerd na betaling aan zijn verzekerde, desondanks niet met succes verhaal jegens de aansprakelijke derde kan nemen. Debet daaraan is art. 6:34 BW dat de derde te goeder trouw beschermt indien deze, aangesproken door de verzekerde en onbekend met diens

eigen verzekering en de inmiddels gedane uitkering door de verzekeraar, ook op zijn beurt de verzekerde schadeloos stelt. Deze bescherming geniet de derde uitsluitend na daadwerkelijke betaling aan de verzekerde en niet in geval van kwijtschelding door de verzekerde, nadat de verzekeraar de verzekerde heeft betaald, aldus ook HR 5 november 1976, NJ 1978, 72 m.nt. BW. Zie voorts DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nrs. 537 en 548, SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 261. De verzekeraar heeft in het hierbedoelde geval wel verhaal op de verzekerde zelf (art. 6:36 BW).

325. Subrogatie is beperkt tot vorderingen op derden. Daaronder zijn niet begrepen de medeverzekerden. Voor het komend recht is dit nader uitgewerkt in art. 7:17.2.25 lid 3 NBW 1986 in een omschrijving die zich in ruimere zin richt op personen die met de verzekeringnemer een relatie van duurzame aard hebben en van wie uit dien hoofde mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten. Voorts kent de wettelijke regeling voor zowel het huidige als komende recht de uitdrukkelijke beperking dat de verzekeraar niet wordt gesubrogeerd in een vordering die voor de verzekerde ter zake van de door hem geleden schade uit een andere verzekering voortvloeit.

De verzekeraar die de schade heeft vergoed, treedt alleen in de rechten die de verzekerde jegens derden heeft. Als derden zijn naar huidig en komend recht te beschouwen derden ten opzichte van de verzekeringsovereenkomst (vgl. MULDER, diss. 1988, p. 54 en SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 267 e.v.). Medeverzekerden zijn aldus niet als derden te beschouwen. Wie als medeverzekerden zijn te beschouwen zal uit de expliciete omschrijving van de kring van verzekerden in de polis blijken, dan wel uit de aard van de verzekering voortvloeien. Zie in die zin DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 550; BONNEUR, t.a.p., p. 137; SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 267 e.v.; HARTLIEF EN TJITTES, WPNR 6000 (1991), p. 226; A-G ASSER in zijn conclusie vóór HR 11 februari 1994, NJ 1995, 494, alsmede voor lagere rechtspraak Hof 's-Gravenhage 8 oktober 1958, NJ 1959, 481 en Hof Den Bosch 10 december 1974, NJ 1975, 141. Anders F.R. SALOMONS, diss. 1996, p. 407, naar wiens oordeel subrogatie in een vordering tegen een mede-verzekerde niet in het algemeen is uitgesloten, maar de polisvoorwaarden of de aard en strekking van de vordering mee kunnen brengen dat derde-verzekerden onder omstandigheden gevrijwaard zijn van verhaalsvorderingen van de verzekeraar.

Uitsluitend de kwaliteit van medeverzekerde onder dezelfde polis staat een verhaalsactie in de weg. Daarmee blijft ruimte voor verhaal door de gesubrogeerde verzekeraar op een mede-gezinslid dat niet onder dezelfde polis is mee-verzekerd. Vgl. voor de vergelijkbare situatie van verhaal door de ziekenfondsverzekeraar ex art. 83 sub b Zfw. HR 19 mei 1985, NJ 1986, 209 m.nt. FHM en opnieuw 11 februari 1994, NJ 1995, 494 m.nt. CJHB. Steun verdient de breed gedragen kritiek op deze uitspraken, dat regres op gezinsleden de persoonlijke verhoudingen tussen gezinsleden kan verstoren en de bedoeling van de verzeke-

ringnemer om zijn gezin voor schade te behouden frustrleert, en dat de uitkering die aan het ene gezinslid is gedaan, door regres op het andere gezinslid in mindering op het totale gezinsinkomen komt.

326. De in het vorige nummer vermelde kritiek is ook herkenbaar in de toelichting bij art. 7.17.2.25 lid 3 NBW 1986 dat voor het komende recht de kring van personen jegens wie de gesubrogeerde verzekeraar geen vordering toekomt, uitbreidt tot de verzekeringnemer, een medeverzekerde, de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van een verzekerde, de bloedverwanten in de rechte lijn van een verzekerde en hun niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten alsmede huisgenoten of werknemers van een verzekerde. De MvT 1986 zegt daaromtrent het volgende: 'Het betreft hier personen van wie mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten, voorzover zij al niet uitdrukkelijk zijn meeverzekerd. Hun relatie met verzekeringnemer is van duurzame aard, voortvloeiend uit het familierecht, een arbeidsverhouding of een woonsituatie. Het uitoefenen van verhaal zou deze relatie kunnen verstoren en de verzekeringnemer, bij echtgenoten, ook economisch kunnen treffen. Een dergelijk gevolg verdraagt zich niet met het doel waartoe de verzekeringnemer de verzekering sloot.' Zie hierover VAN DAM, preadvies 1995, p. 110-112, die - met recht - aan de uitsluiting van subrogatie in een vordering jegens de werknemer geen zelfstandige betekenis toekent in het licht van art. 7:661 BW (7A:1639da oud) en voorts de levensgezellen van de bloedverwanten in de rechte lijn van een verzekerde op één lijn wil stellen met de echtgenoten. Dat het moet gaan om een relatie van duurzame aard, betekent volgens de toelichting dat kamerbewoners die ieder afzonderlijk een kamer huren en verder geen relatie met elkaar hebben, buiten de regeling vallen. Wel onder de regeling vallen personen die een gemeenschappelijke huishouding voeren die niet alleen door economische motieven is bepaald; denk aan samenwonende broers en zussen en ongehuwde levenspartners. Steun verdient MULDER, diss. 1988, p. 130 in zijn pleidooi om - in navolging van het Duitse recht - als beslissend moment voor het bezitten van de in het derde lid bedoelde kwalificaties aan te houden het tijdstip waarop het risico zich verzezenlijkt.

De mogelijkheid om de in het derde lid genoemde personen aan te spreken herleeft voor de gesubrogeerde verzekeraar indien de laatsten jegens de verzekerde aansprakelijk zijn wegens een omstandigheid die, zo zij aan de verzekerde zelf was toe te rekenen, aan diens recht op verzekeringsuitkering afbreuk zou hebben gedaan. Maatstaf is dus of en zo ja, in hoeverre verzekerde zelf in die situatie zijn recht op uitkering zou hebben verspeeld. De toelichting noemt in dit verband opzet en grove schuld (art. 7.17.2.9 NBW 1986), alsmede de niet-nakoming van de bereddingsplicht (art. 7.17.2.18 NBW 1986). Vgl. MULDER, diss. 1988, p. 124 e.v. en VAN DAM, preadvies 1995, p. 113, die pleit de herleving van de subrogatie te beperken tot gevallen waarin de schade is ontstaan als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid van de derde.

327. Art. 284 WvK en art. 7.17.2.25 lid 1 NBW 1986 beperken de subrogatie tot vorderingen tot schadevergoeding anders dan uit verzekering. Daaraan ten grondslag ligt de gedachte subrogatie bij meervoudige verzekering uit te sluiten omdat de toepassing ervan tot een ongewenste uitkomst leidt. De verzekeraar die - als eerste aangesproken - uitkeert, zou de schade vervolgens voor het geheel kunnen afweten op de andere betrokken verzekeraar(s). Zie A-G ASSER in zijn conclusie vóór en MENDEL in zijn noot bij HR 8 juli 1991, NJ 1991, 778. Vgl. voorts SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 265 en Hof Arnhem 24 december 1991, S&S 1993, 10. De onderlinge draagplicht bij meervoudige verzekering heeft voor het komende recht een zelfstandige regeling gekregen in art. 7.17.2.24a NBW 1986.

328. De wettelijke regeling laat onverlet dat de uitoefening van het door subrogatie verkregen recht van verhaal nader wordt beperkt, hetzij in de polisvoorwaarden, hetzij op basis van een verklaring van afstand door een collectiviteit van verzekeraars. Illustratief voor het laatste is het Bindend Besluit Regres van de (voormalige) Vereniging van brandassuradeuren. Voorts zij gewezen op de Tijdelijke regeling verhaalsrechten, neergelegd in art. 6:197 BW.

Overeenkomstig de aard van de verzekering wordt soms in de polisvoorwaarden expliciet het recht van verhaal van de verzekeraar jegens bepaalde derden uitgesloten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de gemachtigd bestuurder bij de motorrijtuig-cascoverzekering (vgl. Hof Arnhem 3 december 1968, NJ 1969, 249), voor de derde-exploitant ingevolge art. 3 van de Nederlandse Beurscasco polis voor de Binnenvaart 1966 (vgl. Rb. Groningen 16 maart 1973, S&S 1974, 38 en Rb. Alkmaar 5 juni 1975, S&S 1976, 33, die betide in de bepaling een derdenbeding lezen waarop de huurder zich tegenover de verzekeraar kon beroepen) en voor de gebruiker te goeder trouw ingevolge art. 7 van clauseule B 10, behorende bij laatstgenoemde polis (vgl. Hof Amsterdam 14 januari 1988, S&S 1988, 100 en Rb. Rotterdam 19 februari 1982, S&S 1982, 76).

Van een geheel andere orde is de tussen de leden van de (voormalige) Vereniging van Brandassuradeuren in Nederland overeengekomen regeling onder de naam 'Bindend Besluit Regres' (BBR) van 1 januari 1984. Een regeling die spelregels geeft voor het nemen van regres door brandverzekeraars op (de aansprakelijkheidsverzekeraars van) de veroorzakers van onder een (uitgebreide) brandverzekering gedekte schade. Zij bindt uitsluitend de leden van het Verbond van Verzekeraars alsmede niet-leden die tot de regeling zijn toegetreden. Vgl. Hof 's-Gravenhage 19 maart 1987, S&S 1988, 132. Essentieel is een uitdrukkelijk onderscheid tussen particulieren en bedrijven. Regres op particulieren wordt uitsluitend behoudens in een aantal met name genoemde uitzonderingsgevallen (zie hieronder). Het begrip 'particulier' is nader verduidelijkt in de jurisprudentie. Vgl. ter zake van stagiare werkzaamheden Hof Amsterdam 2 januari 1992, te kennen uit DORHOUT MEES, Vrb 1992, p. 43 e.v.

Brandverzekeraars blijven gerechtigd tot verhaal op rechtspersonen en bedrijfs- en/of beroepsmatig handelende natuurlijke personen indien en voorzover de schade meer bedraagt dan f 5000 en tot een maximum van f 1 miljoen per gebeurtenis. Voorwaarde voor het regres is dat de schade is ontstaan door *onzorgvuldig handelen*. Algemeen is de opvatting dat onder een schadeveroorzaker in de zin van het BBR niet uitsluitend moet worden verstaan de fysieke veroorzaker, maar ook een (rechts)persoon die (mede) aansprakelijk wordt gehouden wegens eigen onzorgvuldig gedrag. Zie ook DORHOUT MEES, t.a.p.; STADERMANN, Vrb 1994, p. 22 en Rb. Den Haag 15 september 1993, A&V 1994, p. 52 e.v. Anders in die zin dat eigen onzorgvuldigheid van de mede aansprakelijke (rechts)persoon niet wordt vereist Hof 's-Gravenhage 15 juni 1993, A&V 1993, p. 19. Schade, die uitsluitend op grond van contractuele- of risicoaansprakelijkheid voor rekening van de veroorzaker komt, kan *niet* worden verhaaldd. Ook zal het regresrecht niet worden uitgeoefend tegen een huurder, pachter, bruiklener of bewaarner van de verzekerde zaak. Immers, de door de eigenaar afgesloten brandverzekering is een mede in belang van die categorieën personen/bedrijven afgesloten verzekering, waarvoor deze indi-rect (bijv. via huur of pacht) premie betalen.

In alle gevallen (particulier en bedrijfs- of beroepsmatig) blijft het wettelijke verhaalrecht ex art. 284 WvK onverminderd van kracht

- a. jegens degene door wiens opzet of met wiens goedvinden de schade is veroorzaakt;
- b. jegens degene tegen wie ter zake van de ontstane schade een gerechtelijke uitspraak wegens misdrijf in kracht van gewijsde is gegeven;
- c. bij aanrijdings- of aanvaringsschade of schade door luchtvaartuigen en
- d. bij schade waarvoor de Nederlandse Staat of buitenlandse overheden aansprakelijk zijn.

Daarbij worden onder 'staat' óók verstaan zelfstandige overheidsdiensten – zoals bijv. Rijkswaterstaat – en door de overheid gecontroleerde bedrijven p. 28 e.v. Art. 5 van het BBR bepaalt dat de rechten van de verzekerde of van andere direct getroffen jegens de aansprakelijke derde voor de rechten van de regresnemeende verzekeraars gaan. Deze bepaling lijkt op hetgeen in art. 7.17.2.25 lid 2 NBW 1986 – zie nr. 330 – is te lezen, maar gaat verder door ook belangen van anderen dan de verzekerde te laten prevaleren.

Zie voor de ontstaansgeschiedenis en de integrale tekst van het BBR STEEN-DAM, VA 1985, p. 243 e.v. Zie voorts SMIT, WPNR 5725 (1985) met reactie van Ver. van Brandverzekeraars WPNR 5767 (1986) en MULDER, diss. 1988, p. 109 e.v.

329. Ook de wet zelf kent een nadere beperking van het door subrogatie verkregen recht van verhaal voor verzekeraars. In art. 6:197 BW is de zgn. Tijdelijke regeling verhaalsrechten opgenomen, die ertoe strekt uitsluitend de direct getroffen benadeelden te laten profiteren van de aanvullende bescherming die het per 1 januari 1992 van kracht geworden aansprakelijkheidsrecht in boek 6 BW biedt.

De uit, in art. 6:197 lid 1 genoemde, artikelen voortvloeiende vorderingen zijn niet vatbaar voor subrogatie ex art. 284 WvK (lid 2) en de verzekeraar kan deze rechten evenmin krachtens overeenkomst (cessie) verkrijgen of te zijnen behoeve door de gerechtigde op diens naam doen uitoefenen (lid 3). Een uitzondering geldt voor de aansprakelijkheidsverzekeraar die wél wordt gesubrogeerd in de vordering van zijn verzekerde jegens een derde die krachtens de in art. 6:197 lid 1 BW genoemde artikelen mede aansprakelijk is. Zie over deze regeling meer uitvoerig BOUMA, De gevolgen van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten in: (Nieuw) BW en personenschade, Lelystad 1992, p.27 e.v.; HAFTLIEF EN TJITTES, Verzekering en aansprakelijkheid, Deventer 1994, p. 64–76; SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 268 e.v. en WERY 1995, p. 104 e.v.

330. Het is mogelijk dat een door de verzekerde geleden schade niet volledig door de verzekeraar wordt vergoed, bijvoorbeeld omdat er sprake is van onderverzekering of niet alle schadecomponenten onder de dekking vallen. In dat geval hebben zowel de verzekeraar als de verzekerde een vordering tegenover een aansprakelijke derde en kan een rangordeprobleem ontstaan. Met het oog daarop bepaalt art. 7.17.2.25 lid 2 NBW 1986 voor het komende recht dat de verzekeraar de vordering waarin hij is gesubrogeerd of die hij door overdracht heeft verkregen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde zelf kan uitoefenen.

Indien zowel de gesubrogeerde verzekeraar als de verzekerde een vordering jegens een aansprakelijke derde hebben, kan een rangordeprobleem ontstaan doordat de laatste onvoldoende verhaal biedt, diens aansprakelijkheid krachtens de wet of een overeenkomst is beperkt of de te vergoeden schadevergoeding door de rechter wordt gematigd op grond van art. 6:109 BW. Wie gaat er dan voor, de verzekeraar of de verzekerde, of wordt er naar evenredigheid verdeeld? Onder het huidige recht zijn de meningen verdeeld. DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 545 bepleit een verdeling naar evenredigheid, gelijk ook BONNEUR, VA 1975, p. 116 e.v. alsmede Rb. Groningen 5 mei 1962, NJ 1963, 107 (gevolgd door een brede discussie in NJB, jaargang 1963). SCHELTEMA-MIJNSSEN 1991, p. 263 daarentegen leidt uit de aard van de verzekeringsovereenkomst af dat de verzekeraar de rechten waarin hij wordt gesubrogeerd, niet ten nadele van de verzekerde mag uitoefenen. In dezelfde lijn oordeelt MULDER, diss. 1988, p. 142 e.v.: 'de verzekering biedt een soort garantie (tegen premiebetaling) dat in ieder geval de verzekerde op de verzekeringssom kan rekenen naast hetgeen de derde beschikbaar heeft. De vordering op de derde is in de eerste plaats zijn vordering, hij heeft op de inning van die vordering in eerste instantie recht en wel in die mate dat uiteindelijk zijn totale schade vergoed wordt. De overgang van de vordering op de verzekeraar strekt er toe de laedens de dans niet te laten ontspringen, doch dient geenszins tot gevolg te hebben dat daaruit een nadeel voor de verzekerde voortvloeit.' Voor deze laatste oplossing, die ook wij het meest billijk achten, kiest ook het komende recht in art. 7.17.2.25 lid 2 BW. MULDER, diss.

1988, p. 146 e.v. benadrukt met recht dat de voorrangregeling tussen de verzekeraar en zijn verzekerde in het NBW 1986 ook ziet op andere vormen van schade dan die onder de verzekering zijn gedekt. Dat is anders in het Duitse recht waarin het BGH deze zgn. 'inkongruente Schade' heeft uitgesloten van de voorrangregeling krachtens § 67 VVG. Vgl. PRÖLLS/MARTIN 1992, p. 521 e.v.

331. Krachtens art. 6:154 BW moet de verzekerde zich onthouden van elke gedraging die aan het recht van de gesubrogeerde verzekeraar tegenover derden afbreuk doet. Voor het komende recht geeft de tweede zin van art. 7:17.2.25 lid 1 NBW 1986 een op schadeverzekering toegesneden uitwerking hiervan.

De regeling ter zake van benadeling van de gesubrogeerde in art. 6:154 BW is een algemene regeling voor subrogatie in de zin van afd. 6.2.2 BW (vgl. ASSER-HARTKAMP 4-I 1996, nr. 596 e.v.). MULDER, diss. 1988, p. 94 e.v. en WERY 1995, p. 103 hebben er - ons inziens met recht - op gewezen dat de tekst van art. 6:154 BW uitgaat van één schuld, terwijl de verzekeraar en de aansprakelijke derde ieder een eigen schuld jegens de verzekerde hebben. Dat roept de vraag op of het doen vervallen per 1 januari 1992 van het tweede lid van art. 284 WvK (oud) dat een eigen regeling ter zake van benadeling bevatte, wel gerechtvaardigd was. Het lijkt in ieder geval goed de thans voorziene zelfstandige regeling in art. 7:17.2.25 lid 1 NBW 1986 te handhaven. Anders VAN DAM, preadvies 1995, p. 105.

Een inbreuk op art. 6:154 BW leidt tot schadeplichtigheid overeenkomstig het bepaalde in art. 6:74 BW: de benadeling moet de verzekerde zijn aan te rekenen. MULDER, diss. 1988, p. 103 wijst erop dat de benadeling meer kan omvatten dan alleen een geringere opbrengst. De verzekeraar kan bijvoorbeeld (meer)kosten moeten maken doordat de verzekerde bewijsstukken verloren doet gaan. Uit de tekst van art. 6:154 valt af te leiden dat de bepaling uitsluitend ziet op de situatie nadat de schade is voorgevallen. Vgl. SCHELTEMA-MINNSSEN 1991, p. 266; BONNEUR, t.a.p., p. 129 e.v.; MULDER, diss. 1988, p. 97 e.v. en VAN DAM, preadvies 1995, p. 106. De benadeling moet in die zin worden opgevat dat de verzekeraar door de handelwijze van de verzekerde minder rechten verkrijgt dan de laatste ter zake van de bewuste schade had. Daarvan is geen sprake indien een verzekerde *voordat* hij door toedoen van een derde schade heeft geleden, een door die derde gemaakte aansprakelijkheid beperkend of uitsluitend beding heeft aanvaard ('wij zijn voor schade aan zaken uitsluitend aansprakelijk, indien deze niet zijn verzekerd'). Ten aanzien van hierna vallende schaden heeft hij als benadeelde nimmer enig recht tegenover de schadetoebrengende partij gehad. Zie meer uitvoerig WANSINK 1994, p. 154 e.v. Wel een duidelijk voorbeeld van benadeling betreft de situatie dat de verzekerde zonder zijn verzekeraar daar in te kennen bij akte van dading finale kwijting verleent aan de aansprakelijke derde voor de door hem geleden en nog te lijden schade zonder een voorbehoud te maken ten aanzien van eventuele aanspraken van regresnemers. Zie echter Hof 's-Gravenhage 23 april 1970, NJ 1971, 45, dat het beroep van de aansprakelijke

derde op finale kwijting tegenover de gesubrogeerde verzekeraar van de benadeelde in strijd achtte met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, nu aannemelijk was dat de benadeelde onbekend was met art. 284 WvK en met de nadelige gevolgen die ingevolge dat artikel uit de finale kwijting voor hem konden voortvloeien en de (verzekeraar van de) aansprakelijke derde hem daarvan niet in kennis had gesteld. Voorts kan onder omstandigheden het verlenen van finale kwijting als benadelende handelwijze in redelijkheid niet aan de verzekerde worden toegerekend met name indien uit de polisvoorwaarden, noch uit de aard van de verzekering voor hem kenbaar is dat hij verplicht is alles na te laten dat de verhaalsmogelijkheden van de verzekeraar kan schaden. Zie ook DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 547. Ook een nalaten kan als een gedraging in de zin van art. 6:154 BW gelden, maar - naar algemeen wordt aanvaard - alleen indien het verzuim een schending van een wettelijke of contractuele verplichting inhoudt. Zie DORHOUT MEES-WACHTER 1967, nr. 546; MULDER, diss. 1988, p. 94 e.v. (in iets ruimere zin) en Hof 's-Gravenhage 25 mei 1955, S&S 1958, 32 ter zake van het niet-tijdig stuiten van de verjaaringstermijn.