

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Algemeen

Iedere prudente burger heeft tegenwoordig in veel gevallen¹ een zogenoemde first-party-verzekering² afgesloten op grond waarvan de verzekeraar verplicht is om, indien en voor zover er dekking bestaat, de schade aan de verzekerde te vergoeden. In het geval de schade evenwel veroorzaakt blijkt te zijn door een derde, zal de betalende verzekeraar niet zelden zijn uitkering op deze derde wensen te verhalen. Wat is de rechtsgrond voor deze vordering, en op welke wijze kan deze met succes door de verzekeraar in rechte worden geëffectueerd? Deze vragen staan centraal in het onderhavige onderzoek.

De in titel 7.17 BW opgenomen subrogatiebepaling stelt de verzekeraar in staat om verhaal te zoeken. Deze subrogatiebepaling, welke oorspronkelijk dateert uit 1838, is inmiddels neergelegd in art. 7:962 BW en geldt in zijn huidige vorm sinds 1 januari 2006. Uit deze bepaling volgt – kort gezegd – dat de verzekeraar in de schadevergoedingsrechten treedt die de verzekerde op de aansprakelijke derde heeft indien en voor zover de verzekeraar een uitkering heeft gedaan aan de verzekerde. De verzekeraar kan vervolgens de aansprakelijke derde *op eigen naam* aanspreken op grond van de wettelijke bepaling.

Uit de subrogatiebepaling zelf (art. 7:962 lid 2 en lid 3 BW), maar ook uit de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW) en de Bedrijfsregeling Brandregres 2014, volgen beperkingen op deze wettelijke overdracht van schadevergoedingsrechten. Eveneens kunnen er beperkingen van de overgang krachtens subrogatie volgen uit de individuele verzekeringsvoorwaarden. De voornoemde regelingen en voorwaarden bepalen dan ook de rechtspositie van de (gesubrogeerde) verzekeraar.

In dit proefschrift staat de rechtspositie van de krachtens de wet gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht centraal. Het meest recente proefschrift dat verscheen over subrogatie in het schadeverzekeringsrecht, van de hand van S.J.A. Mulder,³ dateert uit mijn geboortejaar. In de periode sinds het verschijnen van het proefschrift van Mulder tot op heden, hebben zich verschillende en ingrijpende ontwikkelingen voorgedaan op dit gebied. Hierbij doel ik met name op de

1. De penetratiegraad van bijvoorbeeld een inboedelverzekering is 96,5% van het totaal aantal huishoudens (7 513 000) in 2012. Verbond van Verzekeraars, Verzekerd van Cijfers 2013, p. 14 en 23 (www.verzekeraars.nl).
2. Deze term is afkomstig uit het Engelse recht. Volgens Black's Law Dictionary (online) (<http://thelawdictionary.org>) moet hieronder worden verstaan: 'Insurance that pays the insured for an accident and damages that occur no matter who caused it.' Onder 'third-party-insurance' moet verder worden verstaan: 'Liability insurance bought by an insured from the insurer to protect against claims from another party.'
3. Mulder 1988, p. 1-181.

invoering van het nieuwe verzekeringsrecht (titel 7.17 BW), waaronder begrepen de nieuwe regeling inzake subrogatie van schadeverzekeraars krachtens de wet. In het onderhavige proefschrift onderwerp ik art. 7:962 BW aan een nauwgezet onderzoek, waarbij voor elk onderdeel van deze bepaling de ratio en de reikwijdte zal worden bepaald. De in dit onderzoek gesignaleerde knelpunten die optreden bij toepassing van de wettelijke subrogatiebepaling voor schadeverzekeraars zullen daarbij uitvoerig over het voetlicht worden gebracht. Ook zullen er oplossingen worden aangedragen voor het wegnemen van deze knelpunten.

1.2 Mijn route

In overleg met mijn promotoren, heb ik als buitenpromovendus de keuze gemaakt om te promoveren op artikelen. Het voordeel van deze route was dat telkens een afgebakend deelonderwerp werd onderzocht, werd uitgewerkt en in samenspraak met mijn promotoren werd omgezet in een definitieve publicatie in een juridisch-wetenschappelijk tijdschrift (peer-reviewed). Dit gaf niet alleen het gevoel dat er stappen werden gemaakt, maar deze route stelde mij ook in staat om de 'buitenwacht' in een vroeg stadium kennis te laten nemen van mijn onderzoeksresultaten. De respons die ik daarop ontving, was op haar beurt weer een goede stimulans om met frisse moed het vervolg van mijn onderzoek vorm te geven.

De diverse aspecten van de subrogatiebepaling werden door mij behandeld in de vorm van artikelen in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (RMThemis), *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* (NTHR), *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade* (AV&S) en in *Het Verzekerings-Archief* (VA). Elk van deze artikelen vormt een hoofdstuk in mijn proefschrift. De eerste drie tijdschriften betreffen als zodanig wetenschappelijk erkende A-tijdschriften.⁴ *Het Verzekerings-Archief* is een toonaangevend multidisciplinair wetenschappelijk tijdschrift in de verzekeringsbranche, welk tijdschrift op dit moment bezig is met zijn 91^{ste} jaargang.

De volgorde waarin de artikelen zijn gepubliceerd is, met uitzondering van het laatste artikel, min of meer willekeurig geweest. Dit kwam nu eenmaal zo uit. Het laatste artikel over het nut en de noodzaak van subrogatie is met opzet voor het laatst bewaard. In mijn beleving kon ik pas tot het schrijven van dit hoofdstuk overgaan op het moment dat ik alle ins en outs van de subrogatiebepaling had bestudeerd en uitgewerkt. Zo is het ook geschied.

In dit proefschrift worden deze artikelen in een meer logische volgorde gerangschikt. Allereerst komen aan bod de diverse leden van de wettelijke subrogatiebepaling, vervolgens de Tijdelijke regeling verhaalsrechten (TRV; art. 6:197 BW) en aansluitend de Bedrijfsregeling Brandregres. Ik sluit dit proefschrift af met het artikel over de verhaalbaarheid van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid.

De artikelen zijn – enkele tekstuele/redactionele wijzigingen daargelaten – één op één in dit proefschrift overgenomen. Tijdens het beoordelen van het manuscript zijn in de artikelen diverse tekstuele verbeteringen doorgevoerd. Verder is ook op enkele plekken, waar dit de duidelijkheid ten goede kwam, een tussenkopje inge-

4. Ik refereer daarbij aan de lijst van ongeveer 20 tijdschriften die als A-tijdschriften werden aangemerkt door de Raad van Decanen Rechtsgeleerdheid in het kader van de onderzoeksvisitatie 2010. Er lopen wel initiatieven om te komen tot een nieuwe lijst, maar een definitieve lijst is er nog niet.

voegd. Een enkele keer werd ook een verwijzing naar een inmiddels gewezen arrest in een noot toegevoegd.

Na publicatie van het artikel over de Bedrijfsregeling Brandregres – hoofdstuk 7 van dit boek – heeft zich nog een belangrijke ontwikkeling voorgedaan. Waar ik in mijn publicatie nog uit ben gegaan van een gefaseerde afschaffing van de verhaalsafstand voor de niet-particuliere schadeveroorzaker, is nadien door het Verbond van Verzekeraars gekozen voor een afschaffing ineens per 1 januari 2014. Deze ontwikkeling kan in dit proefschrift niet ontbreken en om die reden werk ik dit in een naschrift uit. In dit naschrift bespreek ik tevens een vergelijkbare regeling uit het Duitse verzekeringsrecht, welke regeling interessante inzichten kan bieden voor de discussie in de Nederlandse verzekeringspraktijk, die als gevolg van de hiervoor genoemde wijziging is ontstaan.

1.3 Centrale vraag

Dit proefschrift gaat over de rechtspositie van de gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht. De centrale vraag daarbij is in hoeverre deze rechtspositie van de schadeverzekeraar (na subrogatie) afwijkt van de rechtspositie van de verzekerde (voor subrogatie). Ter beantwoording van deze vraag, heb ik voor elk deelonderwerp onderzocht wat de ratio en de reikwijdte is van de bewuste bepaling en hoe de bewuste bepaling de rechtspositie van de verzekeraar beïnvloedt. Daarbij heb ik telkens de reikwijdte van de bepaling afgezet tegen de ratio van de bewuste bepaling, hetgeen in diverse gevallen geleid heeft tot concrete verbetervoorstellen.

1.4 Volgorde van behandeling

In dit proefschrift komt allereerst in hoofdstuk 2 aan bod wat als het nut en de noodzaak van een subrogatiebepaling het schadeverzekeringsrecht moet worden beschouwd. In hoofdstuk 3 onderzoek ik het uit art. 7:962 lid 1 tweede zin BW voortvloeiende tegenwerkingsverbod en de medewerkingsplicht. In hoofdstuk 4 staat de verhaalsrangorde tussen de verzekeraar en de verzekerde ex art. 7:962 lid 2 BW centraal. De verhaalsbeperkingen die volgen uit art. 7:962 lid 3 BW worden in hoofdstuk 5 kritisch belicht. In hoofdstuk 6 wordt de verhouding tussen de TRV en de subrogatiebepaling beschouwd. De ratio en de reikwijdte van de Bedrijfsregeling Brandregres worden behandeld in hoofdstuk 7. Tot slot wordt in hoofdstuk 8 aandacht besteed aan de verhaalsmogelijkheden van de gesubrogeerde verzekeraar in een aantal situaties waarin na het ontstaan van een schade expertisekosten worden gemaakt.

1.5 Afbakening

In dit proefschrift doe ik onderzoek naar de rechtspositie van de gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht, welke rechtspositie in de hoofdzaak wordt bepaald door art. 7:962 BW. In het Burgerlijk Wetboek wordt evenwel ook op diverse andere plaatsen over subrogatie gesproken. In hoofdstuk 2 van dit proefschrift werk ik uit waarom deze vormen van subrogatie voor wat betreft de schadeverzekeringsovereenkomst toepassing missen. Op basis daarvan stel ik tevens vast of en, zo ja, in hoeverre de subrogatiebepaling in het schadeverzekeringsrecht

zelfstandig betekenis heeft. Ook de vraag of de subrogatiebepaling betrekking heeft op een uitkering door een sommenverzekeraar, komt in hoofdstuk 2 aan bod.

1.6 Onderzoeksmethode

De door mij geformuleerde onderzoeksvragen heb ik beantwoord aan de hand van een analyse en beschrijving van het Nederlandse recht, voor en na de invoering op 1 januari 2006 van titel 7 van Boek 7 BW over de verzekeringsovereenkomst. In dit onderzoek heb ik onder andere gekozen voor een benadering vanuit historisch perspectief. Rechtshistorisch onderzoek kan bijdragen aan beter inzicht in het nut, in de noodzaak, alsook in de werking van de subrogatiebepaling.

Veelzeggend in dezen is het volgende citaat van Cleveringa: 'De juiste inhoud van de regel kan men soms leren kennen door uit zijn geschiedenis zijn strekking nader op te diepen. Om die reden is het nuttig enige kennis te dragen van de geschiedenis van een bepaald rechtstelsel, dat men nader wil beschouwen. Een tweede reden, waarom het nuttig is, is deze, dat men, door haar te bestuderen, steeds beter inzicht krijgt in de harmonische bouw van het stelsel, zodat men daar, waar een bepaalde wettelijke regeling voor een zeker geval niet aanwezig is, met juistheid de regel weet aan te geven, volgens welke dat geval tot een oplossing behoort te worden gebracht. Betere kennis van der geschiedenis van een rechtstelsel bevordert de vaardigheid, waarmee men het hanteert.'⁵

Daarnaast heb ik gekozen voor rechtsvergelijkend onderzoek. Mogelijk levert dergelijk rechtsvergelijkend onderzoek oplossingen of nieuwe inzichten op voor de subrogatiebepaling in het Nederlandse verzekeringsrecht. Het kan verhelderend werken om te zien hoe er in andere rechtstelsels met juridische vraagstukken wordt omgegaan.⁶

Illustratief voor de praktische betekenis van rechtsvergelijkend onderzoek, is het volgende citaat van Schnitzer: 'Auch das Recht ist eine Technik, und rein technisch kann ein Land eine theoretisch klarere oder praktisch glücklichere Formulierung gefunden haben als ein anderes.'⁷

Bij rechtsvergelijkend onderzoek is voorzichtigheid geboden. Een oplossing die in een ander rechtstelsel wordt gehanteerd, kan voor het Nederlandse recht niet zonder meer worden overgenomen of worden afgewezen. Van belang is om vast te stellen of de oplossing in het betreffende rechtstelsel al dan niet effect sorteert, alsook of deze oplossing in het Nederlandse recht kan worden ingepast.⁸

5. Cleveringa 1961, p. 10-11.

6. Zie in algemene zin Örtücü 2004, p. 38. De auteur geeft aldaar aan: 'Comparative law research can also provide a tool for judges by making them aware of foreign solutions to similar problems where there are none at home, that is, act as a gap filling device, de lege lata.' Zie ook Koopman 2013, p. 84-86, in welke publicatie Koopman betoogt dat rechtsvergelijking met name geschikt is voor het privaatrecht: 'In het privaatrecht is het gemakkelijker (...) nauwkeurig af te grenzen deelonderwerpen te vinden dan in het staatsrecht. Echtscheiding, huurwetgeving, ontslagrecht, aansprakelijkheid voor schade aangericht door huisdieren, de voorbeelden zullen de lezer gemakkelijk te binnen schieten. Dat komt waarschijnlijk doordat de grondslagen van het privaatrecht in onze hoek van de wereld wel ongeveer dezelfde zijn, terwijl op constitutioneel terrein juist de essentialia onderling sterk van elkaar verschillen.'

7. Schnitzer 1945, p. 43.

8. 'Of course one must proceed with intelligence and caution. If comparative analysis suggests the adoption of a particular solution to a problem arrived at in another system one cannot reject the proposal simply because the solution is foreign and *ipso facto* unacceptable. (...) Whenever it is proposed to adopt a foreign solution which is said to be superior, two questions must be asked: