

Mr. J.D. van de Meent*

Regres: de onmiddellijke werking van art. 7:962 lid 2 BW

INLEIDING

Een verzekerde kan als gevolg van een gebeurtenis schade lijden die slechts gedeeltelijk door een verzekering wordt gedekt. Dat kan het gevolg zijn van het feit dat voor een gedeelte van de schade geen verzekering is afgesloten (bijvoorbeeld wél voor de schade aan de verzekerde zaak, maar niet voor de bedrijfsschade), maar ook door onderverzekering of door een van toepassing zijnde eigen risico kan de verzekerde gedeeltelijk met ongedekte schade worden geconfronteerd. Doordat de verzekeraar de gedekte schade vergoedt, wordt de pijn van de verzekerde weliswaar verminderd, maar in veel gevallen blijft hij met twee problemen zitten: hij zal zelf zijn ongedekte schade op de laedens moeten verhalen en hij heeft daarbij te maken met een concurrent: de gesubrogeerde verzekeraar die in de startblokken staat om regres te nemen op de laedens voorzover het de aan zijn verzekerde uitgekeerde schade betreft. Dit laatste is vooral een probleem als de laedens onvoldoende verhaal biedt of indien zijn aansprakelijkheid beperkt is.

Op grond van het op 1 januari 2006 in werking getreden nieuw verzekeringsrecht (artikel 7:962 lid 2 BW) kan 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 uitoefenen. Op grond van artikel 7:963 BW is dat dwingend recht. De regeling heeft op grond van het overgangsrecht onmiddellijke werking per 1 januari 2006. Maar wat nu indien verzekeraar en verzekerde in het verleden afwijkende afspraken hebben gemaakt? Worden die afspraken dan doorkruist door de nieuwe regeling?

OVERGANGSRECHT

Het oude recht kende geen wettelijke regeling die bepaalde wie voorrang had bij het verhaal indien de laedens voor een beperkt bedrag verhaal bood. In de literatuur werd zowel de opvatting dat de verzekerde voorrang zou moeten hebben, als de opvatting dat het beschikbare bedrag naar verhouding van de vorderingen van verzekeraar en verzekerde zou moeten worden verdeeld, verdedigd.¹ Mijnsen heeft het standpunt verdedigd dat de verzekeraar de verzekerde voorrang zou moeten verlenen, aangezien het redelijk zou zijn dat de verzekeraar, die premie voor het door hem verzekerde risico ontving, ook het risico moest dragen dat de schade niet geheel op de aansprakelijke derde verhaald

kon worden.² De praktijk was echter anders. Zowel regres ten nadele van de verzekerde als een – al dan niet overeengekomen – evenredige verdeling van de verhaalopbrengst kwamen vaak voor. Onder het nieuwe recht is dat niet meer mogelijk. De verzekerde heeft voorrang bij het verhaal en daarvan kan – met onmiddellijke werking per 1 januari 2006 – op grond van artikel 7:963 BW niet worden afgeweken. De wetgever is er kennelijk van uitgegaan dat daarmee kon worden volstaan. Ter toelichting is nog gewezen op artikel 69, onder a, Ow, op grond waarvan iemand niet door inwerkingtreding van de wet een vermogensrecht kan verliezen³, maar wat is rechtens indien verzekeraar en verzekerde vóór 1 januari 2006, al dan niet in de polisvoorwaarden, een afwijkende rangregeling zijn overeengekomen, hetgeen hen tot die datum geheel vrijstond? Ik wijs op het volgende voorbeeld:

Een verzekeraar vergoedt in 1992 op grond van de verzekeringsovereenkomst een schade van € 200 000 aan zijn beursgenoteerde verzekerde. De laedens heeft naast de door de verzekeraar vergoede schadepost, voor € 100 000 aan onverzekerde schade veroorzaakt. Verzekeraar en verzekerde zijn overeengekomen dat de verzekeraar voorgaat bij het verhaal op de laedens. Met het regres wil het niet erg vlotten. De laedens biedt jarenlang onvoldoende verhaal. In 1999 erft de laedens plotseling € 100 000. De verzekeraar ontdekt dit, legt beslag en gaat (nadat vervangende zekerheid is gesteld) in 2000 alsnog tot dagvaarden over.⁴ De verzekerde heeft geen noemenswaardige pogingen gedaan om de ongedekte schade te verhalen. Hij heeft nog geen kosten gemaakt. De verzekeraar heeft jaren niets van zijn verzekerde vernomen. In de door de verzekeraar ahangig gemaakte procedure wordt op 23 december 2005 vonnis gewezen, waarbij het bedrag van € 200 000 (excl. kosten en rente) aan de verzekeraar wordt toegevoegd. Op 4 januari 2006 zendt de raadsman van de verzekeraar een sommatiebrief aan de raadsman van de

* Mr. J.D. van de Meent is advocaat bij Van Traa Advocaten te Rotterdam.

1. Onder meer S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle 1988, p. 142 en F.H.J. Mijnsen in *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 268, gaven de voorkeur aan voorrang voor de verzekerde. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle 1967, nr. 545 pleitte voor een evenredige verdeling.
2. Scheltema-Mijnsen, 1998, p. 268.
3. Zie daarover N. Frenk, 'Subrogatie in het nieuwe verzekeringsrecht (art. 7:962 BW)', *VR* 2005, p. 268.
4. Verjaringsaspecten laat ik hier buiten beschouwing.

laedens, waaraan twee weken later gevolg wordt gegeven. Op 18 januari 2006 betaalt hij aan de verzekeraar. Op 1 februari 2006 meldt de verzekerde zich bij de verzekeraar en spreekt hem op grond van art. 6:212 BW aan tot betaling van hetgeen de verzekeraar ten nadele van hemzelf heeft verhaald. Is dat mogelijk op grond van art. 7:962 lid 2 en het overgangsrecht?

De verzekeraar heeft in 1992 krachtens subrogatie een vermogensrecht, de vordering van de verzekerde op de laedens tot een bedrag van € 200 000, verkregen. Op grond van artikel 69, onder a, Ow, kan de verzekeraar dat vermogensrecht niet verliezen door de inwerkingtreding van artikel 7:962 lid 2. Het gaat in dit laatstgenoemde artikel echter niet om de verkrijging of het verlies van het vermogensrecht als zodanig, maar om de mate waarin dat vermogensrecht door de verzekeraar kan worden *uitgeoefend*. Door de inwerkingtreding van artikel 7:962 lid 2 heeft de verzekeraar uit het voorbeeld geen vermogensrecht verloren, maar door verzending van de sommatiebrief heeft de verzekeraar strikt genomen de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7:962 lid 2 overtreden door zijn regresrecht ten nadele van de verzekerde uit te oefenen, ook al betreft het slechts de laatste fase van die uitoefening. Kan de verzekeraar desondanks rechten ontleen aan de overeengekomen rangregeling? Een strikte uitleg van de tekst van het wetsartikel en de onmiddellijke werking daarvan kunnen aanleiding geven tot een ontkennend antwoord. De consequenties daarvan en de verwijzing naar artikel 69, onder a, Ow geven echter aanleiding tot twijfel. Door de inwerkingtreding van artikel 7:962 lid 2 kan een verzekeraar immers geen vermogensrecht verliezen. In het ergste geval wijzigt slechts de rangorde van de verhaalsrechten die de verzekeraar en verzekerde jegens de laedens hebben.

Heeft de wetgever met de verwijzing naar artikel 69, onder a, Ow wellicht bedoeld dat een vóór 1 januari 2006 geldende rangregeling niet door het nieuwe recht wordt aangetast? Ook daarop kan niet stellig 'ja' worden geantwoord, maar een verzekerde die vóór 1 januari 2006 met de verzekeraar is overeengekomen dat de verzekeraar voorrang heeft bij het verhaal (of dat een evenredige verdeling zal plaatsvinden) moet zich niet aan die overeenkomst kunnen onttrekken middels een beroep op artikel 7:962 lid 2. Alles wijst erop dat de wetgever aan het hierboven geschetste probleem niet heeft gedacht. De tijd zal leren hoe er in de rechtspraak mee zal worden omgegaan. Ik zou er echter voor willen pleiten de verzekeraar voorrang te verlenen indien hij vóór 1 januari 2006 met zijn verzekerde is overeengekomen dat hij voorrang heeft bij de uitoefening van zijn verhaalsrecht en indien die uitoefening vóór diezelfde datum reeds een aanvang heeft genomen.