

### 4.3 De belastbaarheid van een letselschade-uitkering bij box 3

Overigens zijn er ook op overig fiscaal vlak voor wat betreft de letselschade nog wat recente ontwikkelingen. Zo zijn onlangs over de belastbaarheid van een letselschade-uitkering in box 3 Kamervragen gesteld. Aan de orde is gesteld of het nog gerechtvaardigd is dat slachtoffers op verschillende manieren worden getroffen door al dan niet gewijzigde (belasting)wetgeving. Onder andere is de vraag gesteld of het terecht is dat ontvangers van een letselschade-uitkering het recht op huur- en zorgtoeslag kunnen verliezen. Met verwijzing naar de achterliggende gedachte van de vermogenstoetsen bij deze toeslagen en het systeem van box 3 legt de minister uit dat letselschade-uitkeringen vermogen vormen zolang ze niet zijn aangewend. Ze worden in de regel als een eenmalig bedrag uitgekeerd en vallen onder de box 3-grondslag van de Wet IB 2001. Het voor het recht op huur- en zorgtoeslag in aanmerking te nemen vermogen voor de toepassing van de vermogenstoetsen sluit hierop aan. De minister is verder duidelijk en geeft aan dat hij niet bereid is een regeling te maken waarbij de letselschade-uitkering wordt uitgezonderd van het vermogen. Mede met het oog op de eenvoud van het belastingstelsel is ervoor gekozen om hier zo weinig mogelijk uitzonderingen op te maken. De introductie van een nieuwe uitzondering zou ten koste gaan van de eenvoud van het systeem. Het zou er volgens de minister voorts toe leiden dat letselschade-uitkeringen in de toekomst lager zouden worden vastgesteld, waardoor dit voor de ontvangers van een letselschade-uitkering per saldo geen verschil uitmaakt. Ten slotte verdragen uitzonderingen voor vrij besteedbaar vermogen zich niet met het draagkrachtbegrip. In de verzekeringsbranche wordt al op meerdere fronten rekening gehouden met een eventueel belastingnadeel.

Ook in de rechtspraak is de tendens terug te zien dat er voor een letselschade-uitkering geen vrijstelling geldt voor de vermogensrendementsheffing zoals die geldt bij box 3. Onlangs oordeelde het Gerechtshof Amsterdam<sup>8</sup> over een dergelijke kwestie.

Box 3 komt dus bij een letselschade-uitkering sowieso in beeld als de letselschade-uitkering de door de fiscus gehanteerde vrijstelling overstijgt. In de letselschadepraktijk wordt hiermee doorgaans ook gerekend. Men noemt dat dan de berekening van de fiscale component.

*Mr. R.H.J. Wildenburg*

### De verhaalspositie van de WAM-verzekeraar bij hoofdelijke medeaansprakelijkheid van zijn verzekerde; zelfstandig of afhankelijk?

*HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:694*

#### 1. De feiten

Op 10 oktober 2008 heeft het Oostenrijkse transportbedrijf Poll Nussbaumer (hierna: Poll) een lading talkpoeder willen afleveren aan Cargill BV in Amsterdam. Die aflevering verliep echter niet zoals beoogd. Een van de opleggers kantelde en daardoor is schade ontstaan aan zowel de oplegger als de opstallen van Cargill. Cargill heeft zich op de voet van het rechtstreekse recht van artikel 6 van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) tot Zürich, WAM-verzekeraar van Poll en eiseres in deze cassatieprocedure, gewend voor schadevergoeding. Zürich heeft Cargills schade volledig voldaan en heeft vervolgens de producent van de oplegger, LAG Trailers BV (hierna: LAG), aangesproken tot verhaal van deze schade. Aan deze verhaalsvordering heeft Zürich ten grondslag gelegd dat LAG een ondeugdelijke oplegger heeft geleverd en dus (mede)aansprakelijk is voor Cargills schade.

Zürich heeft de zaak aangebracht bij de Rechtbank Amsterdam. LAG heeft een bevoegdheidsincident opgeworpen en zich beroepen op haar forumkeuze voor de Belgische rechter in de algemene voorwaarden die zij van toepassing had verklaard op haar koopovereenkomst met Poll. Volgens LAG kan zij zich in deze verhaalsprocedure op dit forumkeuzebeding beroepen, omdat Zürich haar aanspreekt als gesubrogeerde in de rechten van haar verzekerde Poll. Nu LAG zich jegens Poll zou hebben kunnen beroepen op dit forumkeuzebeding, moet ook Zürich dat beding tegen zich laten gelden. Zürich heeft daar – in de kern – tegenover gesteld dat zij LAG (tevens) aanspreekt als (ex art. 6:10 en 6:12 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) gesubrogeerde in de rechten van Cargill, de oorspronkelijk benadeelde partij. Omdat het tussen LAG en Poll geldende forumkeuzebeding Cargill niet regardeert, kan LAG het ook jegens Zürich niet inroepen, aldus Zürich.

#### 2. Het procedureverloop

Bij vonnis van 16 juli 2014 heeft de Rechtbank Amsterdam zich onbevoegd verklaard om van de vordering kennis te nemen. In hoger beroep heeft het hof de onbevoegdverklaring bevestigd.<sup>1</sup> Daartoe heeft het hof in r.o. 3.6 vooropgesteld dat Zürich krachtens subrogatie is getreden in de rechten die haar verzekerde Poll heeft op derden (hier dus: LAG als medeaansprakelijke) en dat Zürich tevens op grond van artikel 6:12 BW is gesubrogeerd in de rechten uit onrechtmatige daad die Cargill jegens LAG als medeschuldenaar heeft. Vervolgens heeft het hof het primaire standpunt van Zürich, dat gebaseerd was op de stelling dat zij vanwege de directe actie van

8. Hof Amsterdam 6 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1782.

1. Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4034.

artikel 6 WAM zelf (ook) – naast Poll en LAG – kwalificeert als hoofdelijk medeschuldenaar, verworpen:

‘3.8 (...) Aan de uitoefening van dit eigen recht onder de WAM door Cargill kan Zürich in het onderhavige geval echter niet het door haar bepleite verhaalsrecht ontlenuen. Indien Zürich na vergoeding van de schade aan de benadeelde (Cargill) deze volledig op LAG als de medeschuldenaar van haar verzekerde (Poll) zou kunnen verhalen, zou dat immers meebrengen dat LAG – op grond van artikel 6:102 lid 1 in verbinding met artikel 6:101 lid 1 BW – voor het deel van de schade dat LAG in haar verhouding jegens Poll niet aangaat, regres zou kunnen nemen op Poll. Hierdoor zou langs indirecte weg het resultaat worden bereikt dat Zürich zelf beoogt te voorkomen, namelijk dat zij regres neemt op Poll als haar verzekerde.’

Voortbouwend op zijn eerdere oordeel dat Zürich niet alleen is gesubrogeerd in de rechten van haar eigen verzekerde, maar óók – krachtens artikel 6:10 en 6:12 BW – in de rechten van Cargill jegens LAG, heeft het hof ten aanzien van het subsidiaire standpunt van Zürich overwogen dat deze laatste subrogatie aan beperkingen onderhevig is. De rechten van Cargill op LAG kunnen namelijk alleen op Zürich zijn overgegaan voor zover de schuld is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat Zürichs verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat (r.o. 3.9 en 3.10). Het hof vervolgde dat het afhangt van de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG of deze situatie zich inderdaad voordoet. Toegespitst op het bevoegdheidsincident oordeelde het hof vervolgens dat de rechtbank terecht heeft aangenomen dat de door subrogatie op Zürich overgegangene rechten van Poll jegens LAG primair contractueel zijn bepaald en dat op deze contractuele verhouding het forumkeuzebeding van toepassing is (r.o. 3.11). Na toetsing van het forumkeuzebeding aan de voorwaarden van artikel 23 van de EEX-Verordening (EEX-Vo) merkt het hof op dat het feit ‘[d]at Poll in plaats van een contractuele vordering of subsidiair een onrechtmatige daad of een bijdragevordering aan haar vorderingen ten grondslag zou kunnen leggen, daaraan niet [kan] afdoen’.

### 3. De Hoge Raad

Zürich heeft principaal cassatieberoep ingesteld. LAG heeft op haar beurt incidenteel cassatieberoep ingesteld. Omdat dit laatste cassatieberoep de verste strekking had, heeft de Hoge Raad dit eerst behandeld. Het incidentele cassatieberoep hield in de kern in dat in de verhouding tussen Zürich en LAG de speciale verzekeringsrechtelijke subrogatiebepaling van artikel 7:962 BW voorrang heeft boven de algemene regels van artikel 6:10 en 6:12 BW. De klacht is gegrond:

‘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 strek-

king 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.’

De primaire klacht van Zürichs principale cassatiemiddel strandt op deze gegrondbevinding van het incidentele middel. Ook het subsidiaire standpunt van Zürich leidt niet tot cassatie, want:

‘4.4 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 inroepen. LAG kan dit beding dan ook inroepen jegens Zürich als de in de rechten van Poll gesubrogeerde aansprakelijkheidsverzekeraar.’

## 4. Commentaar

### 4.1 Inleiding op de kernvraag

In deze zaak doet zich pluraliteit van schuldenaren voor. Benadeelde Cargill heeft immers voor de door de oplegger veroorzaakte schade een vordering op zowel Poll, als gebruiker van de oplegger bij de aflevering van de lading talkpoeder, als LAG, zijnde producent van de oplegger. Het recht biedt in een dergelijk geval bescherming aan de benadeelde door hem op beide hoofdelijk aansprakelijke partijen een vordering voor de gehele schade toe te kennen (art. 6:102 BW). De benadeelde is vrij in de keuze wie hij aanspreekt en hoeft zich ook niet te bekommeren om de onderlinge draagplicht van die twee partijen. In hun onderlinge rechtsverhouding heeft de betaald hebbende schuldenaar wel een verhaalsrecht (ook wel aangeduid als het interne verhaalsrecht) op de andere schuldenaar, voor zover de betaling door de eerste diens bijdrageplicht overschrijft (art. 6:10 BW). De positie van de verhaalzoekende schuldenaar

wordt versterkt door het bepaalde in artikel 6:12 BW: deze partij subrogeert in de rechten van de schuldeiser jegens de tot bijdrage gehouden schuldenaar. De onderlinge bijdrageplicht wordt bepaald door de rechtsverhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren, met dien verstande dat de aangesproken schuldenaar de verweermiddelen die hem in verhouding tot de schuldeiser ten dienste stonden, ook kan inroepen tegen de verhaalsoekende medeschuldenaar (art. 6:11 BW).

In casu is in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren – Poll en LAG – een forumkeuze voor de Belgische rechter van kracht. Zou Poll zelf de vordering aan Cargill hebben voldaan en zich vervolgens op LAG hebben willen verhalen, dan zou dit forumkeuzebeding in werking treden. Poll zou dan haar verhaalsvordering aan de Belgische rechter hebben moeten voorleggen.

De schade van Cargill is echter niet door Poll vergoed, maar rechtstreeks door haar WAM-verzekeraar Zürich. Polls aansprakelijkheid valt namelijk onder de werking van de WAM (zie r.o. 3.5 van het arrest van het hof) en deze wet geeft benadeelden een eigen, zelfstandig recht op de WAM-verzekeraar (art. 6 WAM). Cargill heeft dit recht ingeroepen en zich rechtstreeks tot Zürich gewend, die de schade inderdaad heeft vergoed. Zürich wenst de gedane betaling te verhalen op de medeaansprakelijke producent LAG.

En dan rijst ten overstaan van de Amsterdamse rechtbank de vraag of de Nederlandse rechter wel bevoegd is om van dit geding kennis te nemen, gelet op de forumkeuze tussen Poll en LAG. Het antwoord op deze vraag hangt af van het antwoord op de vraag in wiens rechten Zürich vanwege de schade-uitkering is gesubrogeerd: in de rechten van Poll jegens LAG (standpunt LAG) of in de rechten van Cargill jegens LAG (standpunt Zürich). In dat laatste geval komt immers, zo betoogt Zürich, aan het forumkeuzebeding geen gelding toe, aangezien dit beding benadeelde Cargill niet regardeert.

Het komt in deze zaak dus aan op de aard van de subrogatie die zich door de gedane uitkering heeft verwezenlijkt, en daarop spitst ook dit commentaar zich toe. Een van de ingeroepen verschijningsvormen van subrogatie – artikel 6:12 BW – werd in de eerste alinea van dit commentaar al vermeld. In paragraaf 4.2 bespreek ik de tweede opgeworpen verschijningsvorm, te weten de verzekeringsrechtelijke subrogatie van artikel 7:962 BW. Vervolgens ga ik in op de door Zürich opgeworpen stelling dat zij als WAM-verzekeraar geldt als hoofdelijk verbonden schuldenaar van Cargill. In het verlengde daarvan bespreek ik de stelling van Zürich dat een dergelijk hoofdelijk schuldenaarschap ook doorwerkt in de verhouding tot andere hoofdelijk verbonden schuldenaren dan de eigen verzekerde. Dit commentaar eindigt met de constatering dat (ook) de WAM-verzekeraar in de interne verhaalsverhouding tot andere aansprakelijke partijen geen zelfstandige positie inneemt, maar dat diens positie een afgeleide is van die van zijn verzekerde.

#### 4.2 Subrogatie van de aansprakelijkheidsverzekeraar (art. 7:962 BW)

Subrogatie is een leerstuk dat zich voordoet in gevallen waarin een schuldeiser zijn vordering door meerdere partijen vergoed kan krijgen. Als een van de schuldenaren deze vordering voldeed voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, dan bieden de rechtsgevolgen van subrogatie hem de mogelijkheid om het meerdere weer te verhalen op (een van) de andere schuldenaren ‘als ware hij de oorspronkelijke schuldeiser’.

Naast subrogatie in situaties van hoofdelijke verbondenheid (art. 6:12 BW) is in deze zaak een beroep gedaan op de specifieke regeling van subrogatie in het verzekeringsrecht. Ingevolge artikel 7:962 BW treedt de schadeverzekeraar die uitkering deed aan zijn verzekerde krachtens subrogatie in de rechten die deze verzekerde heeft tegenover de naar burgerlijk recht aansprakelijke partij. Deze bepaling geldt niet alleen voor *first party*-verzekeringen (zoals zorgverzekeringen), maar ook voor *third party*-schadeverzekeringen, de aansprakelijkheidsverzekering dus. In ‘enkelvoudige’ aansprakelijkheidszaken – met alleen de verzekerde als aansprakelijke partij – mist artikel 7:962 BW relevantie voor de aansprakelijkheidsverzekeraar. De aansprakelijke verzekerde heeft dan immers geen mogelijkheid om zijn schade, de aansprakelijkheidslast, op een derde partij af te wentelen en zijn verzekeraar dus ook niet. Deze mogelijkheid doet zich echter wél voor in geval van pluraliteit van schuldenaren. Als er naast de verzekerde één of meer andere partijen aansprakelijk zijn voor de schade van de oorspronkelijke benadeelde, dan kan, gelet op de regels van hoofdelijkheid, de situatie ontstaan dat de verzekerde een (verhaals)aanpraak heeft op (een van) de andere schuldenaren.

Met betrekking tot die situatie heeft de Hoge Raad zich eerder gebogen over de vraag of uit artikel 7:962 BW ook voortvloeit dat de aansprakelijkheidsverzekeraar subrogeert in de verhaalsrechten die zijn verzekerde krachtens artikel 6:10 en 6:12 BW heeft op dergelijke medeaansprakelijke partijen. Die vraag werd in HR 9 juli 2010, NJ 2010/557 m.nt. Mendel bevestigend beantwoord. Qua subrogatie doet zich dan dus een soort droste-effect voor: de verzekeraar subrogeert in de rechten van de verzekerde, die deze op zijn beurt verkreeg krachtens subrogatie in de rechten van de oorspronkelijk benadeelde.

In deze zaak gaan beide partijen ervan uit dat Zürich in ieder geval langs deze lijn van ‘indirecte subrogatie’ een intern verhaalsrecht op LAG kan instellen (nog los van de inhoudelijke beoordeling daarvan). Daarmee is Zürich echter nog niet waar zij wezen wil, want bij toepassing van deze indirecte subrogatie treedt zij immers op ‘als ware zij Poll’ en is zij onverkort gebonden aan het forumkeuzebeding dat Poll met LAG overeengekomen is (vergelijk r.o. 4.2.4, waarin de Hoge Raad de uitgangspunten in cassatie opsomt). Zürich gooit het daarom over een andere boeg en brengt daarbij haar bijzondere positie als WAM-verzekeraar in stelling.

Een belangrijke schakel in de redenering van Zürich is dat zijzelf – als spiegelbeeld van de zelfstandige aanspraak van Cargill op Zürich ex artikel 6 WAM – is te beschouwen als hoofdelijk medeschuldenaar van Cargill, naast Poll en naast LAG (zie de weergave van Zürichs primaire standpunt in r.o. 3.6 van het hofarrest). Op haar verhaalsvordering op deze medeschuldeneren zijn daarom de reguliere bepalingen van hoofdelijkheid (art. 6:6 e.v. BW) van toepassing. Dat betekent, zo betoogt Zürich, dat zij krachtens artikel 6:10 en 6:12 BW (in ieder geval mede) rechtstreeks is gesubrogeerd in de rechten van Cargill als oorspronkelijk benadeelde. Daarvan uitgaande heeft zij de verhaalsvordering dan ook (mede) ingesteld ‘als ware zij Cargill’. Nu het forumbeding in de verhouding Cargill-LAG niet geldt, werkt dit beding ook niet door in de verhaalsverhouding Zürich-LAG, aldus Zürich.

#### 4.3 De WAM-verzekeraar als hoofdelijk verbonden schuldenaar van de benadeelde?

Met dit standpunt stelt Zürich het karakter van haar rechtsverhouding tot de benadeelde aan de orde. Vanwege het zelfstandige karakter van het op artikel 6 WAM gebaseerde eigen recht wordt in de literatuur inderdaad aangenomen dat de WAM-verzekeraar ten opzichte van de benadeelde is te beschouwen als hoofdelijk medeschuldenaar naast de verzekerde. Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-I 2016/106, mede onder verwijzing naar Wachter in zijn annotatie onder HR 3 december 1982, NJ 1983/400. Wachter merkt daarin het volgende op:

‘Het eigen recht van de benadeelde heeft immers in feite tot gevolg dat de WAM-verzekeraar naast en met de aansprakelijke persoon hoofdelijk medeschuldenaar geworden is. Na inwerkingtreding van art. 6:1.2.1 lid 2 zal er geen twijfel meer bestaan over de hoofdelijke verbondenheid van WAM-verzekeraar en zijn verzekerde. Ook in het buitenland wordt de aansprakelijkheidsverzekeraar, die rechtstreeks door het slachtoffer aangesproken kan worden, als een – al dan niet echte – hoofdelijk medeschuldenaar aangemerkt (...).’

Deze vergelijking met de positie van hoofdelijk schuldenaren dringt zich op, want de WAM-regeling kent veel karakteristieken die ook in de regeling van de hoofdelijkheid te vinden zijn. Artikel 6:7 lid 2 BW voorziet de schuldeiser van een recht op nakoming voor het geheel door alle hoofdelijk verbonden schuldenaren afzonderlijk, zoals ook artikel 6:102 BW dat doet specifiek voor vorderingen tot vergoeding van schade. De WAM-variant daarvan is artikel 6 WAM, dat de WAM-verzekeraar – naast diens verzekerde – rechtstreeks tot schuldenaar van de benadeelde maakt. De kracht van dit eigen recht ligt in de verweermiddelenregel van artikel 11 WAM, inhoudende dat de WAM-verzekeraar zich niet kan beroepen op verweren uit diens rechtsverhouding met de verzekerde. Deze regel impliceert dat de WAM-verzekeraar – anders dan reguliere aansprakelijkheidsverzekeraars – gehouden kan zijn om aan de benadeelde méér te voldoen dan hem in de verhouding

tot zijn verzekerde (de andere hoofdelijk verbonden schuldenaar van de benadeelde) aangaat. Die situatie kan zich, vanwege de verschuldigde nakoming voor het geheel (art. 6:7 en 6:102 BW), ook bij reguliere regeling van hoofdelijkheid voordoen en net als in die regeling (zie art. 6:10 en 6:12 BW) voorziet de WAM in een correctiemechanisme. Artikel 15 WAM geeft de WAM-verzekeraar namelijk een verhaalsrecht op zijn verzekerde, in die gevallen waarin rechtstreeks aan de benadeelde is uitgekeerd, terwijl daarvoor verzekeringsdekking ontbrak.

Gelet op deze overeenkomsten tussen beide regelingen is het dan ook niet verwonderlijk dat de positie van de WAM-verzekeraar wordt vergeleken met de positie van een hoofdelijk verbonden schuldenaar. Vanuit het perspectief van de benadeelde doet zich immers inderdaad een daarmee te vergelijken situatie voor: de benadeelde is vrij om alle partijen voor het geheel aan te spreken en hoeft zich niet te bekommeren om hun onderlinge verhouding. Het is echter de vraag of die vergelijking met het leerstuk van de hoofdelijke verbondenheid volledig opgaat en dus óók zodra zich, zoals in casu, naast de aansprakelijke verzekerde en zijn WAM-verzekeraar nóg een hoofdelijk aansprakelijke partij aandient.

#### 4.4 De WAM-verzekeraar als hoofdelijk schuldenaar, ook in verhouding tot andere aansprakelijke partijen?

In het citaat van Wachter klinkt al enige nuance door, daar waar hij opmerkt (1) dat het eigen recht ‘in feite’ tot gevolg heeft dat de WAM-verzekeraar tot hoofdelijk medeschuldenaar geworden is, en (2) dat een rechtstreeks door het slachtoffer aan te spreken verzekerde ook in het buitenland als een ‘al dan niet echte’ hoofdelijk medeschuldenaar wordt aangemerkt. De onderhavige casus stelt de juistheid van die kwalificatie ter discussie. De aanwezigheid van een tweede hoofdelijk schuldenaar naast de WAM-verzekerde doet de vraag rijzen of de WAM-verzekeraar zich ook dan nog ‘gedraagt’ als een volwaardige hoofdelijk verbonden schuldenaar.

Dat is wel waar het betoog van Zürich op neerkomt. Zij stelt immers dat zij hoofdelijk schuldenaar is naast zowel Poll als LAG en dat zij – na voldoening van de gehele schuld van Cargill – zelf rechtstreeks in de rechten van Cargill is getreden. LAG stelt zich op het standpunt dat dit niet het geval is en betoogt dat de verzekeringsrechtelijke subrogatie van artikel 7:962 BW het primaat heeft boven de reguliere subrogatie ex artikel 6:12 BW. Volgens LAG kan Zürich zich uitsluitend krachtens ‘indirecte subrogatie’<sup>2</sup> tot haar wenden. Dat zou betekenen dat Zürich (ook) in dat geval niet optreedt ‘als ware zij Cargill’, maar ‘als ware zij Poll (die haar interne verhaalsrecht ex art. 6:10 en 6:12 BW uitoefent)’. In die laatste verhaalsverhouding geldt het tussen Poll en LAG overeengekomen forumkeuzebeding onverkort, aldus het standpunt van LAG.

2. HR 9 juli 2010, NJ 2010/557 m.nt. Mendel.

En dat is ook hoe de Hoge Raad erover denkt. In zijn motivering (r.o. 4.3.3) stelt de Hoge Raad voorop dat de WAM-regeling strekt tot bescherming en begunstiging van de rechtspositie van de benadeelde partij en niet tevens van de rechtspositie van de verzekeraar tegenover de eigen verzekerde of derden. Het is, anders gezegd, niet de bedoeling van de WAM-regeling dat een WAM-verzekeraar door de werking van subrogatie in een betere positie tegenover derden komt te verkeren dan de verzekerde. De Hoge Raad:

‘4.3.3 (...) 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).’

#### *4.5 De WAM-verzekeraar: hoofdelijk schuldenaar in de schaduw van zijn verzekerde*

Het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat de analogie met de reguliere regeling van hoofdelijkheid niet in alle opzichten opgaat voor de WAM-verzekeraar. Bezien binnen de driehoeksverhouding tussen de benadeelde, de aansprakelijke verzekerde en de WAM-verzekeraar liggen de rechtsverhoudingen weliswaar per saldo hetzelfde als in een hoofdelijkheidsverhouding met twee aansprakelijke partijen. Verschijnt echter naast de aansprakelijke verzekerde een andere aansprakelijke partij ten tonele, dan wordt zichtbaar dat de WAM-verzekeraar geen volwaardig of autonoom hoofdelijk schuldenaar is. De benadeelde heeft weliswaar een zelfstandig recht op schadevergoeding jegens de WAM-verzekeraar, maar de WAM-verzekeraar heeft geen zelfstandige schuld, maar een afgeleide schuld jegens de benadeelde.

Dit onderscheid wordt ook door de Hoge Raad benadrukt in de hiervoor geciteerde passage uit r.o. 4.3.3. De hoofdelijke schuld van de WAM-verzekeraar is niet vergoeding van de schade van de benadeelde, maar: vergoeding van de schuld van zijn verzekerde (zelfs als diens schuld door omstandigheden niet onder de verzekeringsdekking valt). Dat deze schuld van verzekerde bestaat uit vergoeding van de schade van de benadeelde maakt de WAM-verzekeraar nog niet (in elk opzicht) tot volwaardig hoofdelijk schuldenaar tegenover andere aansprakelijke partijen die hoofdelijk mede verbonden zijn aan de benadeelde. De WAM-verzekeraar kan zich tegenover deze partijen wel beroepen op hun bijdrageplicht (art. 6:10 BW) en op subrogatie in de rechten van de benadeelde (art. 6:12 BW), maar hij kan dit slechts doen via de band van de verzekerings-

rechtelijke subrogatie van artikel 7:962 BW, en dus met inachtneming van de beperkingen die uit de rechtspositie van zijn verzekerde voortvloeien. Net als reguliere aansprakelijkheidsverzekeraars opereert ook de verhaalzoekende WAM-verzekeraar dan in de schaduw van zijn verzekerde.

*Mr. F.M. Ruitenbeek-Bart*