

Wie profiteert van het voorrecht op de vordering uit de WA-polis? Opties voor de wetgever

W.H. van Boom*

[verschenen in: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 6394 (2000), p. 195-197]

Op grond van art. 3:287 BW heeft de *benadeelde* een voorrecht op de vordering die de aansprakelijke heeft op zijn WA-verzekeraar. Er lijken echter ook andere personen te zijn die een beroep op dit voorrecht kunnen doen. Is dat wel terecht?

Een voorbeeld: vliegtuigproducent en toeleverancier

Uit de openbare verslagen van de curatoren in het Fokker-faillissement kan een casus worden afgeleid die in essentie vergelijkbaar is met de navolgende casus:¹ een producent van vliegtuigen wordt geconfronteerd met de gevolgen van een vliegcrash, waarbij een van zijn toestellen betrokken is. Bij de vliegcrash valt een aanzienlijk aantal slachtoffers. De nabestaanden van deze slachtoffers trachten hun schade te verhalen. Zij spreken verschillende personen aan: naast de luchtvaartmaatschappij worden zowel de producent van het vliegtuig als de producent van een onderdeel (hierna: toeleverancier) van het ramptoestel aansprakelijk gesteld voor de gehele schade.² Gesteld vervolgens dat komt vast te staan dat [196] de vliegcrash is veroorzaakt door een gebrekkig onderdeel, dan zijn – naar Nederlands recht althans – producent en toeleverancier in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de door de nabestaanden geleden schade. Dit op grond van de regeling van de productaansprakelijkheid.³

Laten we aannemen dat de producent van het vliegtuig tot schadevergoeding wordt aangesproken en dat deze de schade inderdaad vergoedt. Vervolgens wil hij regres nemen op

* Universitair hoofddocent Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. Met dank aan prof. mr. T. Hartlief, Afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden, voor zijn waardevolle opmerkingen en suggesties.

¹ Zie m.n. het 11e, 13e en 14e curatorenverslag, te raadplegen op www.fokkercom.nl. In de “echte” Fokker-casus is het overigens de toeleverancier die regres tracht te nemen op de failliete vliegtuigproducent en (nog) niet andersom.

² In dergelijke gevallen is de voornaamste complicatie dat aansprakelijkstelling in verschillende jurisdicties plaatsvindt en dat verschillende rechtsstelsels om toepassing strijden. Die internationale complicatie laat ik hier terzijde.

³ Zie art. 6:185 jjs. 187 lid 2 en 189 BW. De positie van de luchtvaartmaatschappij blijft hier buiten beschouwing.

de toeleverancier van het gebrekkige onderdeel. Op grond van art. 6:102 jo. 101 BW kan in beginsel regres worden genomen naar rato van de veroorzakingsbijdrage van elk van de aansprakelijken voor het ongeval.⁴ Vaststelling van die bijdrage kan in veel gevallen tot complicaties aanleiding geven, maar de producent in mijn voorbeeld ontmoet een heel andere complicatie: de toeleverancier verkeert inmiddels in staat van faillissement.

Voorrecht op de uitkering uit de WA-polis

Mede-aansprakelijkheid heeft voor de benadeelde het onmiskenbare voordeel dat insolventie van één van de debiteuren voor risico komt van de debiteuren die wél verhaal bieden. Zijn er meer dan twee debiteuren, dan kan het onverhaalbare deel intern worden omgeslagen. Maar in het gegeven voorbeeld is er alleen de producent. Hij zal de gevolgen van het faillissement van zijn mede-debiteur dus alleen moeten zien te dragen, tenzij er in de faillissementsprocedure nog een uitkering op de regresvordering plaatsvindt. Aan de regresvordering van de producent als zodanig komt evenwel geen preferentie toe, en deze zal in het gunstigste geval dus als concurrente vordering worden gerangschikt.

Deze weinig benijdenswaardige positie lijkt echter te veranderen wanneer de toeleverancier beschikt over een aansprakelijkheidsverzekering die dekking biedt voor de gevolgen van de vliegcrash. In dat geval komt namelijk art. 3:287 BW in beeld. In dat artikel is bepaald dat de vordering van de *benadeelde* bevoorrecht is op de eventuele vordering die de aansprakelijke heeft op zijn verzekeraar uit hoofde van een aansprakelijkheidsverzekering (hierna: WA-polis). Deze bepaling leidt ertoe dat de benadeelde in het faillissement van de aansprakelijke een superpreferente positie toekomt. Het voorrecht gaat namelijk boven *alle* andere rechten van derden.⁵ Simpel gezegd komt het erop neer dat de vordering op de verzekeraar uit de WA-polis, die in de failliete boedel valt, *de facto* wordt uitbetaald aan de benadeelde (zij het na aftrek van een bijdrage in de faillissementskosten). De ratio van dit voorrecht is dat hiermee de betalingen op de WA-polis zoveel als mogelijk ten goede komen aan degene voor wie zij bestemd zijn: de benadeelde.⁶

⁴ Zie losbl. Schadevergoeding, art. 102 (Boonekamp), aant. 16 e.v.

⁵ Zie art. 3:287 lid 2 BW en ook art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990.

⁶ De betaling gaat overigens via de boedel, en dat betekent dat er in veel gevallen een aanzienlijk deel van de uitkering op de polis blijft “hangen” bij de boedel (faillissementskosten, boedelcrediteuren). Daardoor komt de ratio van het voorrecht niet goed tot zijn recht. Zie daarover, en ook over de constructies die in de (curatoren-)praktijk wel worden gebruikt om de boedel te “ontlopen”, vooral: K.W. Brevet en C.W.M. Lieveerse, in: Verzekering en faillissement (preadviezen Vereniging voor verzeke-

Maar hoe komt men tot toepassing van art. 3:287 BW in een geheel andere verhouding dan tussen *benadeelde* en de verzekerde aansprakelijke, zoals in dit geval tussen mede-aansprakelijke producent en toeleverancier onderling? De volgende redenering zou denkbaar zijn: het voorrecht van art. 3:287 BW gaat over op de producent zodra deze als hoofdelijk aansprakelijke debiteur de schade vergoedt aan de benadeelde. Door de schade te vergoeden wordt de hoofdelijk aansprakelijke namelijk gesubrogeerd in de vordering die de benadeelde jegens de toeleverancier had (art. 6:12 BW). En dat betekent dat de nevenrechten die aan die vordering kleven, ook mee over gaan op de gesubrogeerde (art. 6:142 BW).⁷ Dit noemt men daarom ook wel de “regresversterkende” subrogatie, omdat de subrogatie aldus een “extraatje” geeft aan het regresrecht van art. 6:10 BW.⁸ Als deze redenering juist is, dan verkrijgt de betalende debiteur dus met een beroep op art. 6:12 BW jis. art. 6:142 en art. 3:287 BW een superpreferente regresvordering in het faillissement van de mede-aansprakelijke debiteur.

Maar: is het voorrecht van art. 3:287 BW voor overgang vatbaar?

De hiervoor weergegeven redenering is gebouwd op de veronderstelling dat het voorrecht van art. 3:287 BW voor overgang vatbaar is. Betwijfeld kan worden of dat werkelijk het geval is. Bij art. 3:287 BW denkt men natuurlijk in de eerste plaats aan de *benadeelde* zelf; die heeft de wetgever zoveel als mogelijk tegemoet willen komen.⁹ Dat blijkt ook uit het superpreferente karakter van het voorrecht: het gaat boven het fiscale voorrecht en rechten van derden (zoals cessie en verpanding van de vordering) zijn niet-tegenwerpbaar.¹⁰ Kan nu zondermeer worden aangenomen dat die relatief riante positie ook toekomt aan de verhaalzoekende mede-aansprakelijke? Voor mij staat dit niet vast.

Vanuit faillissementsrechtelijk perspectief kan worden vastgesteld dat voorrang van de mede-aansprakelijke tot doorbreking leidt van de *paritas creditorum*. Dat lijkt niet opzienbarend, want daar is het een voorrecht voor. Bij nadere beschouwing moet echter worden vastgesteld dat het voorrecht van art. 3:287 BW, net als het voorrecht van de “kleine aannemer” (art.

ringswetenschap), Zwolle 1996, p. 9 e.v. Vgl. C.J.M. Klaassen, in: Het moment van ontstaan van schade (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk recht), Lelystad 1999, p. 28 e.v.

⁷ Vgl. HR 19 juni 1998, NJ 1999, 533 (Hollandse Scheepshypotheekbank/LISV). Zie voor algemene uiteenzettingen over toepassing van art. 6:142 BW met betrekking tot voorrechten: Pillo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, 10e druk 1994, nr. 914, Asser/Mijnssen/Van Velten (Zekerheidsrechten), 12e druk 1994, nr. 377.

⁸ W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, diss. Tilburg 1999, Deventer 1999, p. 99 e.v.

⁹ De totstandkomingsgeschiedenis spreekt uitsluitend over de positie van de benadeelde zelf. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 877.

3:285 BW), een bepaald personeel beschermingsbereik toekomt. De persoon van de bevoorrechte crediteur is hierbij van zodanig belang dat verdedigbaar is dat deze voorrechten niet voor overgang vatbaar zijn. Weliswaar zou men kunnen stellen dat de wetgever die onmogelijkheid van rechtsovergang dan maar – met het oog op de rechtszekerheid – met zoveel woorden in het BW had moeten opnemen, maar daar kan tegenin worden gebracht dat de wetgever zich van deze kwestie blijkbaar niet bewust is geweest. Dit is voor het voorrecht van art. 3:287 BW te meer aannemelijk nu dit voorrecht superpreferent is; heeft de wetgever werkelijk beoogd het regresrecht van mede-aansprakelijken boven dat van bijvoorbeeld de fiscus te laten gaan? Uit niets blijkt dat de wetgever zich van deze gevolgtrekking van de subrogatie bewust is geweest. Zou de wetgever desgevraagd hetzelfde gewicht [197] toekennen aan de belangen van de regreszoekende producent als aan die van de benadeelden, wanneer het gaat om de afweging tegenover de belangen van de andere schuldeisers in het faillissement van van de toeleverancier? Ik betwijfel het.

Ook vanuit een andere invalshoek bezien leidt het voorrecht tot wellicht minder wenselijke gevolgen. Indien – zoals gebruikelijk zal zijn – de producent een aansprakelijkheidsverzekeraar aan zijn zijde heeft die de schade vergoedt aan de benadeelden, dan wordt deze verzekeraar op zijn beurt gesubrogeerd in de rechten die de verzekerde heeft (zoals hier: het regresrecht jegens mede-aansprakelijken).¹¹ Zo komt het voorrecht eventueel zelfs in handen van een aansprakelijkheidsverzekeraar. Uitoefening van het voorrecht geeft de aansprakelijkheidsverzekeraar superpreferentie; de andere crediteuren in het faillissement van de mede-aansprakelijke hebben het nakijken. Ik vraag mij af of dat wenselijk is. Behoeven aansprakelijkheidsverzekeraars werkelijk dezelfde voorrangspositie als *benadeelden*?

Het lijkt mij het juister om aansprakelijkheidsverzekeraars in dergelijke gevallen helemaal geen voorrang toe te kennen. Ook hun belangen verschillen van die van de benadeelde; aan die belangen komt een ander gewicht toe wanneer zij concurreren met de schuldeisers van de gefailleerde. De hier geopperde gedachte om de aansprakelijkheidsverzekeraar van de producent geen voorrang toe te kennen, zou in ieder geval niet misstaan in het huidige stelsel van aansprakelijkheidsrecht, dat aan gesubrogeerde verzekeraars een minder gunstige positie toekent dan aan individuele benadeelden die niet op een verzekering kunnen terugvallen.¹² Overi-

¹⁰ Zie W.H. van Boom, WPNR 6151 (1994), p. 635.

¹¹ Zie art. 284 WvK jo. art. 6:10 BW.

¹² Zie art. 6:197 BW (Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten) en de daarop geïnspireerde rechtspraak inzake verkeersaansprakelijkheid (HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA / Vrerink) en HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700-702 nt. CJHB (Marloes de Vos, resp. Quafa El Ayachi en Van Keulen/Trias). Zie over het verschijnsel dat gesubrogeerde verzekeraars een andere behandeling in het aansprakelijkheidsrecht ten deel valt dan onverzekerde benadeelden nader: Hartlief en Tjittes, Verzekering en aansprakelijkheid, 2e druk, Deventer: Kluwer 1999, p. 98 e.v. en p. 143 e.v.. Overigens moet worden ver-

gens is de hier geopperde gedachte van meer algemene betekenis, nu zij niet alleen aansprakelijkheidsverzekeraars, maar ook andere schadeverzekeraars zou treffen.

Opties voor de wetgever

Ik heb hiervoor aangegeven dat het minst genomen niet voor de hand ligt om gesubrogeerde mede-aansprakelijken en (aansprakelijkheids)verzekeraars te laten profiteren van het voorrecht van art. 3:287 BW. Naar mijn mening zou het beschermingsbereik van dit voorrecht beperkt moeten worden uitgelegd. Er dienen zich in dit verband een aantal opties aan: ófwel men acht het voorrecht in het geheel niet voor overgang vatbaar, of niet voor overgang vatbaar op (aansprakelijkheids)verzekeraars, en/of niet vatbaar voor overgang op grond van art. 6:12 BW. Vooral de laatste twee opties zijn wat mij betreft wenselijk.

In het midden kan worden gelaten of voor realisering van de genoemde opties wetswijziging vereist is, of dat rechterlijk ingrijpen volstaat. Inmiddels is namelijk wetsvoorstel 19 529 (titel 7.17 NBW; verzekeringsovereenkomstenrecht) weer vlot getrokken. Naar verluidt overweegt de Regering in dit wetsvoorstel een zogenaamde “directe actie” van benadeelden jegens aansprakelijkheidsverzekeraars op te nemen.¹³ Deze “directe actie” gaat nog een stap verder dan het voorrecht van art. 3:287 BW, aangezien bij de “directe actie” het recht uit de WA-polis *rechtstreeks* toekomt aan de benadeelde. Bij faillissement van de aansprakelijke hoeft de benadeelde zijn vordering dus niet ter verificatie in te dienen en hij hoeft evenmin in de faillissementskosten mee te delen. Aangenomen mag worden dat met invoering van deze “directe actie” artikel 3:287 BW wordt ingetrokken; het artikel voegt namelijk niets toe aan een verdergaande regeling in titel 7.17 NBW.

In titel 7.17 zal de benadeelde dus waarschijnlijk een rechtstreekse aanspraak hebben jegens de WA-verzekeraar van de aansprakelijke. Dat is een verdere verbetering voor de positie van de benadeelde. Maar komt die “directe actie” ook toe aan mede-aansprakelijken? Is zij

meld dat art. 6:197 BW de daarbedoelde wetsbepalingen niet van subrogatie uitsluit indien het een aansprakelijkheidsverzekering betreft en de verzekeraar regres wil nemen op een mede-aansprakelijke; het belang bij regres op grond een risico-aansprakelijkheid is echter andersoortig dan het belang om van een voorrangregeling te profiteren.

¹³ Persbericht Ministerraad 5 november 1999. In de literatuur werd hiervoor al langer gepleit; zie m.n. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, diss. Rotterdam 1987, Zwolle 1987, p. 354, dezelfde, in: (Nieuw) BW en peronenschade (LSA-bundel), Lelystad 1992, p. 87, dezelfde, in: *In volle verzekerdheid* (Van Wassenaer van Catwijck-bundel), Zwolle 1993, p. 392, W.H. van Boom, WPNR 6151 (1994), p. 635 e.v., J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 2e druk Zwolle 1994, p. 384 e.v. en C.C. van Dam, *Verzekering naar komend recht* (preadviezen Vereeniging ‘Handelsrecht’) 1995, p. 116 e.v.

voor subrogatie ex art. 6:12 BW vatbaar? En komt zij ook toe aan WA-verzekeraars (of algemener: schadeverzekeraars)? Voor het zogenaamde eigen recht van benadeelden (de “action directe”) jegens de motorrijtuigverzekeraar (art. 6 WAM) is door de Hoge Raad in het verleden inderdaad beslist dat deze ook kan worden ingeroepen door mede-aansprakelijken en door schadeverzekeraars.¹⁴ Zij kunnen dus het vermogen van de aansprakelijke laten voor wat het is en zich rechtstreeks verhalen op de WAM-verzekeraar. Maar de wetgever is niet verplicht om bij invoering van de algemene “directe actie” deze lijn te volgen.¹⁵ Het is dus mogelijk dat de wetgever aan *benadeelden* wél een “directe actie” toekent, maar niet aan diegenen die in hun schoenen stappen op grond van subrogatie – meerbepaald: mede-aansprakelijken, aansprakelijkheidsverzekeraars en andere schadeverzekeraars.¹⁶ De belangen van deze rechtsopvolgers zijn immers van ander gewicht,¹⁷ en ik zou menen dat deze belangen minder gewicht in de schaal leggen ten opzichte van andere crediteuren in het faillissement van de aansprakelijke. Ik bepleit daarom een stelsel waarin gesubrogeerde mede-aansprakelijken en/of verzekeraars geen “directe actie” buiten de failliete boedel toekomt, maar waarin zij integendeel gewoon dienen aan te sluiten in de rij van concurrente crediteuren. Een optie voor de wetgever?

¹⁴ Zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 506 nt. G (Delta Lloyd/Zwolsche Algemeene) resp. HR 10 augustus 1994, NJ 1995, 58 (GAFLIC/Staat & ABP). De omvang van de “action directe” van deze personen is overigens rechtstreeks gekoppeld aan de schadevergoedingsrechten van de benadeelde zélf. Zie HR 7 november 1975, NJ 1976, 332 nt. ARB (Algemeen Ziekenfonds “’s-Hertogenbosch en Omstreken”/Nationale Nederlanden). Vgl. H.J.J. de Bosch Kemper e.a., *De WAM in werking*, Deventer 1995, p. 42 e.v.

¹⁵ De directe actie van art. 6 WAM zal naar mag worden aangenomen ook in andere opzichten afwijken van de voorgestelde “directe actie” in titel 7.17 BW. In laatstgenoemde regeling van niet-verplichte WA-verzekeringen zal immers een andere regeling van de zgn. verweermiddelen gelden dan bij de verplichte WAM-verzekering. Zie over deze verweermiddelenproblematiek bij de WAM C.P. Robben, *De action directe en de wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen*, diss. Tilburg 1993, Apeldoorn 1993, p. 222 e.v.

¹⁶ Daaronder zij mede begrepen sociale verzekeraars die een wettelijk verhaalsrecht van eigen aard toekomt.

¹⁷ Vgl. HR 5 december 1997, NJ 1998, 400-402 nt. CJHB (“Sinterklaas-arresten”).