

Een kritische beschouwing bij het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2010 (*LJN BK4995/RvdW 2010, 361*)

De Hoge Raad op de verkeerde weg

Inleiding

Begin dit jaar heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de Hoge Raad de eerder door hem geformuleerde regel dat een lasthebber die in rechte optreedt ten behoeve van een ander (de lastgever) niet gehouden is te vermelden dat hij ter behartiging van de belangen van een ander optreedt (*NJ 2005, 41*), ook van toepassing acht in de situatie dat een verzekerde/lasthebber optreedt ten behoeve van een verzekeraar/lastgever. Wij menen dat de Hoge Raad met dit arrest niet op de juiste weg is.

Feiten en gevoerde procedures

Een aannemer voert graafwerkzaamheden uit en maakt daarbij gebruik van een gehuurde graafmachine met machinist. Bij de uitvoering van die werkzaamheden wordt schade toegebracht aan elektriciteitskabels van het Hoogheemraadschap. Het Hoogheemraadschap besluit daarop de aannemer in rechte te betrekken, teneinde de betreffende schade op hem te verhalen. De aannemer begint vervolgens een vrijwaringsprocedure tegen Nationale-Nederlanden, bij welke maatschappij de verhuurder een zogeheten werkmaterieelverzekering heeft afgesloten voor de graafmachine.

In de vrijwaringsprocedure – en op die procedure ziet het arrest van de Hoge Raad voornamelijk – is de vraag aan de orde of de aannemer wel of niet dekking geniet onder de werkmaterieelverzekering bij Nationale-Nederlanden.

Rechtbank en Hof Arnhem wijzen de vordering van de aannemer jegens Nationale-Nederlanden af. Het Hof Arnhem honoreert het verweer van Nationale-Nederlanden dat sprake is van een aan dekking in de weg staande regiefout aan de zijde van de aannemer. De aannemer kan zich hiermee niet verenigen en stelt cassatieberoep in. De Hoge Raad vernietigt vervolgens het arrest van Hof Arnhem en verwijst de zaak ter verdere behandeling naar het Hof 's-Hertogenbosch.

Na verwijzing voegt Nationale-Nederlanden aan haar verweer toe dat de aannemer inmiddels schadeloos is gesteld door zijn eigen AVB-verzekeraar Allianz. Daardoor is Allianz gesubrogeerd in de rechten van de aannemer, zodat de aannemer geen belang en geen vorderingsrecht meer heeft onder de werkmaterieelverzekering.

Het Hof 's-Hertogenbosch wijst de vordering van de aannemer af. Daartoe overweegt het Hof – onder andere – dat het feit dat de AVB-verzekeraar aan de aannemer heeft uitgekeerd, impliceert dat de aannemer onder die

verzekering was gedekt voor de aansprakelijkheid waar het hier om gaat. Dit brengt met zich dat de werkmaterieelverzekeraar (Nationale Nederlanden) zich tegenover de aannemer kan beroepen op het bepaalde in art. 8:2 onder c, tweede gedachtestreepje, van de werkmaterieelverzekering, zodat de aannemer geen verzekerde is in de zin van dit artikel. (Dit artikel luidt aldus: *'Verzekerden bij overige aansprakelijkheid zijn:*

(...)

c. de houder, indien hij:

– (...)

– niet onder een andere verzekering voor deze aansprakelijkheid is gedekt.')

De aannemer stelt tegen dit arrest cassatieberoep in. De stellingen van de aannemer in cassatie komen – kort samengevat en voor zover in dit kader relevant – erop neer:

- dat de rechten die de aannemer jegens de werkmaterieelverzekeraar aan de werkmaterieelverzekering kan ontlenen, door de (onverplichte) betaling van de AVB-verzekeraar zijn overgegaan op deze verzekeraar;
- dat de aannemer door de AVB-verzekeraar is gemachtigd die rechten jegens de werkmaterieelverzekeraar in rechte geldend te maken, zodat de aannemer als formele procespartij optreedt ten behoeve van de AVB-verzekeraar als de materiële procespartij.

Nationale-Nederlanden betoogt als werkmaterieelverzekeraar dat de aannemer geen belang heeft bij zijn cassatieberoep en derhalve niet ontvankelijk is in dat beroep. Daartoe voert zij aan dat de aannemer niet tijdig in de procedure heeft aangevoerd dat hij in feite als lasthebber van de AVB-verzekeraar optreedt. In de tweede plaats stelt Nationale-Nederlanden dat een vrijwaringsprocedure zich naar haar aard niet leent voor het instellen van een vordering namens een derde.

De Hoge Raad overweegt dat het betoog van Nationale-Nederlanden miskent dat een lasthebber die in rechte optreedt ten behoeve van een ander (de lastgever), niet gehouden is in de dagvaarding of anderszins te vermelden dat hij ter behartiging van de belangen van een ander optreedt; eerst indien het verweer van de wederpartij daartoe aanleiding geeft, zal de lasthebber moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar zijn arrest van 26 november 2004, *NJ 2005, 41*, waarin hij dit eerder bepaalde. De Hoge Raad overweegt verder dat weliswaar in zijn algemeenheid geldt dat de eiser in een vrijwaringsprocedure in dezelfde hoedanigheid moet optreden als in de hoofdzaak, zodat hij niet in de vrijwaringsprocedure een vordering namens of ten behoeve van een derde kan instellen indien hij in de hoofdzaak voor zichzelf optreedt, maar dat deze regel in

dit geval uitzondering lijdt. Het gaat in deze vrijwarings-procedure volgens de Hoge Raad immers nog steeds om dezelfde (gestelde) vordering van de aannemer jegens de werkmaterieelverzekeraar uit hoofde van de werkmaterieelverzekering. Het voorgaande leidt tot het praktische resultaat dat de (vrijwarings)procedure van een verzekerde tegen de verzekeraar kan worden voortgezet ook nadat de verzekerde een uitkering heeft verkregen van een andere verzekeraar op wie de vordering overgaat, omdat de verzekerde de procedure dan als lasthebber kan voortzetten ten behoeve van die andere verzekeraar als materiële procespartij, ongeacht het tijdstip waarop die uitkering en overgang hebben plaatsgevonden. Volgens de Hoge Raad strookt dit ook met de door het Verbond van Verzekeraars vastgestelde 'Schaderegeling Schuldloze Derde'.

Meer inhoudelijk overweegt de Hoge Raad nog dat de door de AVB-verzekeraar verleende dekking voor de aansprakelijkheid van de aannemer niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de aannemer geen verzekerde is in de zin van art. 8.2 onder c van de werkmaterieelpolis. Dat hangt ervan af welke van die polissen de 'hardste' na-U-clausule kent.

De Hoge Raad vernietigt dan ook het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het Hof 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

Commentaar

De overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de mogelijkheid voor een lasthebber om op eigen naam maar ten behoeve van een lastgever op te treden en dit niet uit eigen beweging kenbaar te maken, zijn niet nieuw. Wat ons verbaast, is het oordeel van de Hoge Raad dat er op neerkomt dat ook een lasthebber die in rechte optreedt ten behoeve van een verzekeraar, niet gehouden is aanstonds uit eigen beweging aan zijn wederpartij kenbaar te maken dat hij niet voor zichzelf optreedt, maar ten behoeve van een verzekeraar. Verzekeraars zijn onder omstandigheden namelijk aan regels gebonden die voor niet-verzekeraars niet gelden. Daarom dient in een procedure duidelijk te zijn of een verzekeraar partij is of niet. In het navolgende zullen wij onze gedachten omtrent dit aspect van het arrest van de Hoge Raad nader uiteenzetten.

Opmerking vooraf

Vooraf willen wij echter het volgende opmerken. Uit het arrest maken wij op dat partijen ervan uit gaan dat Allianz door de uitkering aan haar verzekerde (de aannemer) is gesubrogeerd in de rechten van de aannemer. Dit laatste is evenwel niet het geval, nu art. 7:962 lid 1 BW bepaalt dat vorderingen van de verzekerde op derden ter zake van door hem geleden schade alleen door subrogatie overgaan op de verzekeraar die de schade vergoedt, indien het vorderingen betreft *anders dan uit verzekering*. Vorderingen van de verzekerde op een andere verzekeraar zijn derhalve niet vatbaar voor subrogatie. Het is derhalve

maar helemaal de vraag of Allianz wel een vordering heeft, die zij kan laten incasseren door de aannemer. Door subrogatie kan zij deze vordering in ieder geval niet hebben verkregen.

Naar onze mening is er in dit geval hooguit sprake van meervoudige verzekering (ook wel 'samenloop'), op welke situatie art. 7:961 BW betrekking heeft. Of te dezen sprake is van samenloop en op welke wijze in dat geval moet worden afgewikkeld, hangt dan af van de waardering van de te dezen toepasselijke na-U-clausules.¹

Hoewel ook de Hoge Raad in zijn arrest de zaak – ons inziens terecht – heeft teruggebracht tot een samenloopkwestie, vragen wij ons af of dit de aannemer/Allianz na verwijzing zal baten. Immers, de grondslag van de vordering van de aannemer/Allianz is een geheel andere (namelijk 'subrogatie'). Na verwijzing kan de aannemer/Allianz deze grondslag niet meer wijzigen.

Omdat dit buiten de reikwijdte valt van dit commentaar, gaan wij hier niet verder op in. Wij wilden dit echter niet onvermeld laten.

De overeenkomst van lastgeving, met en zonder volmacht

Toen Nationale-Nederlanden naar voren bracht dat aansprakelijkheidsverzekeraar Allianz de aannemer al schadeloos had gesteld, heeft de aannemer zich blijkens het arrest van de Hoge Raad verweerd met de stelling (a) dat zijn rechten door de door Allianz verrichte (onverplichte) uitkering waren overgegaan op Allianz en (b) dat hij door Allianz was gemachtigd. In navolging van Nationale-Nederlanden heeft de Hoge Raad deze laatste stelling van de aannemer aldus begrepen dat de aannemer zich op het standpunt stelde dat hij van Allianz de opdracht had gekregen om haar vordering jegens Nationale-Nederlanden te gelde te maken en wel op eigen naam. Een dergelijke opdracht wordt aangemerkt als lastgeving. Het gaat daarbij om een overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten (art. 7:414 lid 1 BW).

Lastgeving bestaat in twee vormen. In dat verband bepaalt lid 2 van art. 7:414 BW:

'De overeenkomst kan de lasthebber verplichten te handelen in eigen naam; zij kan ook verplichten te handelen in naam van de lastgever'.

De eerste vorm is lastgeving zonder volmacht, ook wel middellijke vertegenwoordiging genoemd.

De tweede vorm is lastgeving met volmacht, ook wel directe of onmiddellijke vertegenwoordiging genoemd.

1. Deze clausules worden ook wel aangeduid als non-contibution-clausules of mits-niet-elders-gedekt-clausules/tenzij-elders-gedekt-clausules. Deze clausules in polissen bevatten regels voor het geval sprake is van (samenloop van) meerdere verzekeringen, die hetzelfde belang dekken. Zie o.a. HR 13 januari 2006, NJ 2006, 282 met betrekking tot het onderscheid tussen 'harde' en 'zachte' na-U-clausules.

Wanneer sprake is van lastgeving met volmacht en de partij die procedeert dat derhalve doet in naam van een ander, geldt dat de volmachtgever – de materiële procespartij – als zodanig in het geding bekendgemaakt moet worden. De gevolmachtigde moet dus duidelijk maken dat hij (ook) namens een ander optreedt. Doet de gevolmachtigde dat niet, dan *'kan niet later bij wege van wijziging van eis de vertegenwoordigde als materiële partij de procedure binnengeloodst worden'*.² Om een voorbeeld te geven: een stichting vordert namens gedupeerden schadevergoeding van de jegens de gedupeerden aansprakelijke partij. Die stichting moet dan van meet af aan duidelijk maken dat zij vordert namens de gedupeerden. Doet de stichting dat niet, dan wordt zijzelf als eisende partij beschouwd en zullen haar vorderingen, die immers de gedupeerden toekomen en niet de stichting, worden afgewezen. De stichting kan dan niet door middel van een eiswijziging alsnog bewerkstelligen dat zij geacht wordt niet namens zichzelf op te treden, maar (mede) namens de gedupeerden. Zodoende geldt bij volmacht het uitgangspunt dat de gevolmachtigde, indien deze niet meteen duidelijk maakt dat hij optreedt namens een ander (de volmachtgever), geacht wordt voor zichzelf op te treden.³

In dit geval is – als gezegd – sprake van lastgeving zonder volmacht: de aannemer heeft de last om op eigen naam de vordering van Allianz te incasseren. In de literatuur wordt deze vorm van lastgeving ook wel aangeduid als *'cessie ter incasso'*. In zijn arrest van 28 oktober 1988⁴ heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar een eerder arrest van 21 oktober 1983⁵ – geoordeeld dat deze vorm van lastgeving mogelijk is: *'Een schuldeiser kan [...] - al dan niet met gebruik van de term cessie ter incasso - aan een derde de last geven een vordering op eigen naam te innen; een dergelijke last brengt in beginsel mede dat de derde ook op eigen naam in rechte kan optreden'*.⁶

De Hoge Raad over lastgeving zonder volmacht

In zijn arrest van 26 november 2004⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld (in rechtsoverweging 3.3): *'[...] dat een rechthebbende een derde last kan geven een vordering op eigen naam in te stellen en dat een dergelijke last in beginsel meebrengt dat de derde ook op eigen naam in rechte kan optreden (vgl. HR 21 oktober 1988, nr. 13358,*

*NJ 1989/83*⁸), in welk geval de lasthebber niet gehouden is in de dagvaarding of anderszins te vermelden dat hij ter behartiging van de belangen van een ander optreedt. Eerst indien het verweer van de wederpartij daartoe aanleiding geeft, zal de lasthebber dienen te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden.'

In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad deze laatste overweging herhaald, zulks onder uitdrukkelijke verwijzing naar dat eerdere arrest van 26 november 2004.

Onze tussenconclusie

Wij constateren aan de hand van het vorenstaande, het volgende.

Indien wél sprake is van volmacht, geldt als uitgangspunt dat degene die niet van meet af aan duidelijk maakt dat hij (mede) namens een ander ageert, geacht wordt (louter) voor zichzelf op te treden. Een latere mededeling dat dit toch anders is, sorteert geen effect; de vertegenwoordigde kan niet alsnog de procedure 'binnengeloodst' worden.

Indien géén sprake is van volmacht, wordt degene die ageert eveneens geacht voor zichzelf op te treden. Een latere mededeling dat in feite sprake is van lastgeving, sorteert dan echter wél effect; de lasthebber kan op eigen naam de vordering van de lastgever in rechte geldend maken.

De visie van A-G Spier

Advocaat-Generaal Spier besteedt in zijn conclusie voor het onderhavige arrest geen aandacht aan het arrest van Hoge Raad 26 november 2004. Spier benadrukt daarentegen de waarheidsplicht zoals deze is vervat in art. 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁹ Spier tilt er zwaar aan dat de aannemer een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven en merkt op:

*'Van – uit de openbare middelen betaalde – rechters kan niet worden gevraagd dat zij zich bezighouden met spiegelgevechten. Zij hebben er recht op en belang bij juist en eerlijk te worden voorgelicht, al was het maar om ambtshalve te kunnen beoordelen of partijen een belang hebben.'*¹⁰

De visie van Frenk

Frenk heeft in 1994, derhalve voordat het onderhavige arrest werd gewezen, in zijn dissertatie getiteld *'Kollektieve akties in het privaatrecht'* opgetekend dat, wanneer een belangenorganisatie de last op zich neemt ten behoeve van gedupeerden een procedure te voeren, zon-

2. W.D.H. Asser, *Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces* (Serie Onderneming & Recht deel 17), Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 494 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

3. Dit laat onverlet dat de gedupeerden zich eventueel kunnen voegen in de procedure.

4. *NJ* 1989, 83.

5. *NJ* 1984, 254.

6. Overigens wordt in de literatuur – ons inziens terecht – aangegeven dat het moeilijk is om de bevoegdheid tot het innen van een vordering van een ander op eigen naam dogmatisch te verklaren (W.D.H. Asser, *Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces* (Serie Onderneming & Recht deel 17), Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, nr. 5.2, p. 496).

7. *NJ* 2005, 41.

8. Bedoeld zal zijn: HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 83.

9. Dit artikel bepaalt, voor zover thans van belang: *'Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.'*

10. Zie het gestelde sub 2.4.1 in de conclusie van A-G Spier.

der dat een volmacht wordt verstrekt door die gedupeerden aan de belangenorganisatie, de organisatie als eisende partij in de dagvaarding moet worden vermeld, maar dat, omdat een gedaagde wel moet weten tegen welke vordering van welke rechthebbende hij verweer moet voeren, de organisatie wel duidelijk dient te stellen voor wie zij optreedt. Onder verwijzing naar een citaat uit een (al wat ouder) arrest van het Hof Amsterdam (namelijk van 21 juni 1951) merkt Frenk op dat dit overigens niet inhoudt dat de namen van de lastgevers per se in de dagvaarding worden genoemd, maar dat *'voor den gedaagde voldoende duidelijk wordt aangegeven, namens wie de procedure wordt ingesteld'*.¹¹ Over het incasseren door de belangenorganisatie op last van de gedupeerden, in de naam van de belangenorganisatie, merkt Frenk op: *'Ook al treedt [...] de lasthebber in de procedure als schuldeiser op, wel zal hij van zijn hoedanigheid als lasthebber moeten laten blijken, en ook de namen van de lastgevers kenbaar moeten maken. De gedaagde moet weten tegen welke vorderingen hij verweer moet voeren. Zoals boven is aangegeven houdt dit echter niet in dat de namen van de lastgevers in de dagvaarding moeten worden genoemd. Een aanduiding in kwaliteit is voldoende.'*¹²

Frenk heeft hier weliswaar het oog op de collectieve actie, maar wij zien niet waarom dit daarbuiten anders zou moeten zijn. Met name waar het procedures betreft waar verzekeraars bij betrokken zijn, hebben wij – als reeds aangekondigd – bezwaren tegen de visie van de Hoge Raad.

Nogmaals: de Hoge Raad over lastgeving zonder volmacht

De Hoge Raad heeft klaarblijkelijk een andere mening dan Frenk en wij en acht bij lastgeving zonder volmacht niet van belang dat de gedaagde partij weet tegen wiens vordering hij zich dient te verweren. Naar het oordeel van de Hoge Raad hoeft immers de lasthebber niet uit zichzelf duidelijk te maken dat hij niet voor zichzelf optreedt.

Wellicht is dit oordeel van de Hoge Raad ingegeven door de – in de literatuur wel omschreven – behoefte in de praktijk aan middellijke vertegenwoordiging en de mogelijkheid om de achterliggende partij daarbij niet te noemen. Wij verwijzen naar Asser/Tjong Tjin Tai,¹³ waarin staat vermeld:

'Een voordeel voor de lastgever is dat hij [...] niet is gebonden indien de lasthebber zijn bevoegdheden overschrijdt; bij directe vertegenwoordiging kan de wederpartij sneller een beroep doen op bescherming tegen onbevoegde vertegenwoordiging. Verder kan

de wederpartij in geval van directe vertegenwoordiging eisen dat hij bewijs van de volmacht ontvangt wat totstandkoming van transacties kan bemoeilijken. In bepaalde gevallen wil de lastgever ook niet dat bekend wordt dat hij achter de transactie zit, denk aan de miljonair die een kunstveiling niet in persoon bijwoont om aldus te voorkomen dat de prijzen worden opgedreven. Tot slot is middellijke vertegenwoordiging bij veel transacties gebruikelijk omdat de directe vertegenwoordiging het handelsverkeer nodeloos zou compliceren. Men denke aan de commissionair die ten behoeve van zijn opdrachtgever een vaas koopt in een winkel: de antiquair zal het niet interesseren of de commissionair voor zichzelf handelt of voor een ander, zo lang hij maar betaling ontvangt.'

Wij merken op voorhand op dat wij deze argumenten – zeker in verzekeringszaken – onvoldoende zwaarwegend vinden.

Ons bezwaar tegen de visie van de Hoge Raad

Waar wij tegenaan lopen is het volgende: indien een verzekerde onder een aansprakelijkheidsverzekering op eigen naam maar in opdracht en voor rekening van zijn verzekeraar een vordering geldend maakt, is het voor de gedaagde juist wél relevant te weten dat hij feitelijk wordt geconfronteerd met een regresvordering van een verzekeraar.

Indien de gedaagde een verzekeraar is, kunnen – zoals in deze uitspraak het geval is – door deze handelwijze samenloopbepalingen worden omzeild op grond waarvan de achterliggende (lastgevende) verzekeraar wellicht gehouden was zelf dekking te verlenen.

Indien de gedaagde geen verzekeraar maar bijvoorbeeld een bedrijf of een particulier is, kan het zo zijn dat deze wél aansprakelijk is jegens zijn wederpartij, de verzekerde, maar niet jegens de gesubrogeerde verzekeraar van die verzekerde. Het regresrecht voor verzekeraars is namelijk in sommige gevallen beperkt.

Op dit laatste aspect van de zaak gaan wij nu nader in.

Het beperkte verhaalsrecht van verzekeraars

De verhaalsmogelijkheden van de verzekerde en van de gesubrogeerde verzekeraar kunnen van elkaar verschillen. Verzekeraars kunnen, wanneer zij aan hun verzekerde een uitkering hebben gedaan, op verscheidene manieren beperkt zijn in hun mogelijkheden tot het nemen van regres. Wij noemen twee voorbeelden. Zo zijn brandverzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars, gebonden aan de Bedrijfsregeling Brandregres 2000 ('de BBr'). Daarnaast noemen wij de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten, welke is opgenomen in art. 6:197 BW.

De BBr

In de BBr is bepaald (a) dat in beginsel geen regres wordt genomen op particulieren en (b) dat het regres op niet-

11. N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (dis.), Deventer: Kluwer 1994, p. 181.

12. N. Frenk, a.w., p. 185.

13. Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV (*Bijzondere overeenkomsten*) 2009, nr. 244.

particulieren in beginsel wordt beperkt tot € 500 000, waarbij geldt dat het aan de regresnemende verzekeraar is om aan te tonen dat de aansprakelijkheid verband houdt met onzorgvuldig handelen. De BBr beperkt de verzekeraars die zich aan de regeling hebben gecommitteerd,¹⁴ derhalve in hun verhaalsrechten. De bepalingen uit de BBr gelden alleen voor die verzekeraars. Voor alle andere partijen, waaronder bijvoorbeeld (het) 'eigenlijke' slachtoffer(s) van een evenement waarop de BBr ziet (zoals een brand of waterlekkage), gelden de beperkingen uit de BBr niet. Indien nu echter de aangesproken partij niet weet dat hij feitelijk wordt geconfronteerd met een vordering van een regresnemende brandverzekeraar – simpelweg omdat de partij die in de procedure tegenover hem staat (en die geen brandverzekeraar is), dat niet zegt – dan is het natuurlijk maar zeer de vraag of de beperkingen uit de BBr hun beoogde werking zullen hebben. De consequenties kunnen verstrekkend zijn. Zo kan het gebeuren dat, als de BBr niet wordt toegepast, een partij in rechte aansprakelijk wordt geoordeeld, terwijl dat niet zou zijn gebeurd indien in de procedure duidelijk was geworden dat de eisende partij een aan de BBr gebonden, regresnemende brandverzekeraar is. Dit is onder meer voorstelbaar indien de gedaagde partij geen onzorgvuldig handelen kan worden verweten, maar hij wel risico-aansprakelijk is. In zo'n geval kan de (gesubrogeerde) brandverzekeraar – anders dan de verzekerde zelf – geen (regres-)recht jegens die partij uitoefenen.

In de toelichting op de BBr is uitdrukkelijk opgenomen dat het omzeilen door brandverzekeraars van de BBr, niet gewenst is. In de toelichting staat vermeld:

'Omzeilen brandverzekeraar'

Als een benadeelde rechtstreeks de aansprakelijke partij of diens aansprakelijkheidsverzekeraar aanspreekt voor een schade die op grond van de BBr voor rekening van de brandverzekeraar zou zijn gebleven als die schade direct bij de brandverzekeraar zou zijn gemeld, zal de aansprakelijkheidsverzekeraar de benadeelde de schade vergoeden. De brandverzekeraar vergoedt vervolgens het betaalde aan de aansprakelijkheidsverzekeraar.'

Stel bijvoorbeeld dat A op eigen naam in rechte vergoeding vordert van de schade die hij heeft geleden als gevolg een brand waarvoor B aansprakelijk is. Stel voorts dat die schade een bedrag behelst van € 1 000 000 en dat A niet zegt dat hij in de procedure tegen B feitelijk optreedt voor zijn brandverzekeraar C. Stel tot slot dat de vordering van A op B wordt toegewezen en (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) B dit bedrag betaalt aan A. Dan zal A het toegewezen bedrag van € 1 000 000, als het goed is, doorbetalen aan C, voor wie hij dat bedrag immers heeft geïncasseerd. C ontvangt dan € 500 000 méér dan

hij zelf had kunnen incasseren indien hij een procedure tegen B was gestart. C zal op zijn beurt het meerdere dan echter weer moeten afdragen aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van B.

Echter, dit alles biedt natuurlijk alleen maar soelaas indien bekend is dat er een brandverzekeraar is. En dat is nu juist hetgeen naar het oordeel van de Hoge Raad niet aanstonds behoeft te worden gemeld.

Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten

In art. 6:197 BW is de zogenaamde Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten opgenomen. Dit artikel verklaart een aantal risicoaansprakelijkheden ('tijdelijk') buiten toepassing voor wat betreft de vaststelling van het te verhalen bedrag (lid 1) en de subrogatie (lid 2). Op grond van lid 2 van dit artikel is een aantal rechten niet vatbaar voor subrogatie. Het gaat dan om de aansprakelijkheden van art. 165, 166, 169, 171, 173 tot en met 177 en 185 van Boek 6 BW, alsmede de afdelingen 4 van Titel 6, 4 van Titel 11, 1 van Titel 14 en 4 van Titel 19 van Boek 8. Een gesubrogeerd verzekeraar kan – anders dan de verzekerde – een aansprakelijke partij derhalve niet aanspreken op grond van één (of meerdere) van de genoemde risicoaansprakelijkheden. Op grond van lid 3 van art. 6:197 BW kan een verzekeraar de bedoelde rechten ook niet krachtens een overeenkomst verkrijgen (denk bijvoorbeeld aan een overeenkomst van cessie met de verzekerde) of te zijnen behoeve door de verzekerde op diens naam doen uitoefenen.

Naar onze mening valt de overeenkomst van lastgeving zonder volmacht onder deze laatstgenoemde categorie en is aldus sprake van een niet-toegestane (nietige)¹⁵ constructie. In aanmerking nemende dat de afdeling waarin de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten is opgenomen, van dwingend recht is, geldt dat, indien een dergelijke lastgevingsconstructie aan het licht komt, de verzekerde (naar onze mening zelfs ambtshalve) niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn vordering dan wel zijn vordering dient te worden afgewezen (voor zover deze althans gegrond is op één of meerdere van de genoemde risico-aansprakelijkheden). Daar wreekt zich dan ook de jurisprudentie van de Hoge Raad. Immers, wat gebeurt er indien de verzekerde niet uit eigen beweging hoeft te melden dat hij uit hoofde van lastgeving op eigen naam optreedt? Dan is de kans reëel dat dit nooit aan het licht komt. De consequentie daarvan is dat een verzekeraar alsnog de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten kan omzeilen. Dit kan naar onze mening nooit de bedoeling zijn geweest van de wetgever.

Risico van dubbele betaling?

Wij hebben ons tot slot afgevraagd of het mogelijk is dat in de door de Hoge Raad aanvaarde constructie een aan-

14. Dit zijn alle verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars.

15. Lankhorst 2009 (T&C BW), art. 197 lid 3 Boek 6, aant. 5.

gesproken partij tweemaal moet betalen; eenmaal aan de lasthebber en eenmaal aan de lastgever. Een last tot uitoefening in eigen naam van andermans recht berooft de lastgever immers in beginsel niet van zijn bevoegdheid het recht zelf uit te oefenen (vergelijk HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/254).

Wij komen echter tot de slotsom dat dit gevaar niet bestaat, nu een debiteur zowel bevrijdend kan betalen aan de lasthebber als aan de lastgever (zie art. 7:423 BW). Dit is slechts anders, indien sprake is van een 'privatieve last', dat wil zeggen een aan de lasthebber toegekende exclusieve bevoegdheid tot inning op eigen naam. De privatieve werking van de last heeft dan tot gevolg dat de schuldenaar in beginsel niet langer bevoegd is tot betaling van de schuld aan de lastgever. Deze uitsluiting kan echter niet worden tegengeworpen aan derden die deze kenden noch behoorden te kennen (art. 7:423 lid 1 BW).

Hoewel de leer van de Hoge Raad op dit punt derhalve geen problemen oplevert, doet dit niet af aan onze eerder genoemde bezwaren tegen deze leer.

Conclusie

Gelet op het vorenstaande menen wij dat het aan een lasthebber die op eigen naam een vordering voor een

verzekeraar incasseert, is om uit eigen beweging en van meet af aan open kaart te spelen waar het zijn hoedanigheid betreft. De gedaagde partij heeft er recht op en belang bij te weten tegen wiens vordering hij zich dient te verweren. Dit laatste geldt ook voor de rechters die zich een oordeel over de zaak dienen te vormen; ook zij dienen te weten wie vergoeding vordert en waarvan. Het gaat niet aan, zo menen wij, dat een zodanig belangwekkend gegeven als in het onderhavige geval aan de orde is – het gegeven dat een partij niet voor zichzelf claimt, maar regres neemt voor zijn verzekeraar – verborgen zou kunnen blijven en dat daarover pas duidelijkheid zou hoeven te worden verschaft indien het verweer van de gedaagde daartoe aanleiding geeft. Met *Spier* vinden wij dat het bepaalde in art. 21 Rv aan een dergelijke proceshouding aan de zijde van eiser in de weg staat. Door zijn eerder geformuleerde leer toe te passen (ook) in verzekeringszaken is de Hoge Raad naar onze mening dan ook op de verkeerde weg.

Mr. J.T. Suijtdorp

Mr. L.K. de Haan

Verbonden aan Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.