

6. Slot

In de beschreven periode is een aantal uitspraken geweest waarnaar met spanning is uitgezien. Toch lijkt de kern van ons aansprakelijkheidsrecht aan het begin van de 21^e eeuw een rustig bezit. Er wordt voortgebouwd op wat er al was, bijna geduldig worden ingezette lijnen doorgetrokken. Bo-

ven alles lijkt de Hoge Raad de consistentie van het systeem te bewaken. Hiermee worden de rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en – in mijn visie – dus ook het recht geënd. Voor een andere, misschien spannender koers is ook geen aanleiding: de bestaande instrumenten blijken goed bruikbaar om nieuwe grond te ontginnen.

Mr. F. Stadermann en mw. mr. M. Keijzer-de Korver¹

Kroniek samenloop van verzekeringen²

Nr. 30

Inleiding

Zoals de Hoge Raad in januari 2006 opmerkte, is de problematiek van de samenloop van verzekeringen – waarbij eenzelfde belang is gedekt onder meer dan één verzekering – vaak gecompliceerd.³ Het nieuwe verzekeringsrecht heeft met art. 7:961 BW op zichzelf een heldere en vereenvoudigde regeling van deze problematiek gebracht. De wetgever heeft er evenwel van afgezien deze wettelijke regeling van dwingend recht te maken,⁴ waardoor verzekeraars in relatie tot hun verzekerden toch gebruik zijn blijven maken van de mogelijkheid om in de polisvoorwaarden afwijkende regelingen te treffen. Zo komen in sommige polisvoorwaarden primaire dekkingsclausules voor, ook wel genoemd primary insurance clauses of voor-u-clausules. In dergelijke clausules verplicht de verzekeraar zich de schade te vergoeden ongeacht of deze geheel of gedeeltelijk eveneens verhaalbaar is onder een andere verzekering. Daar waar polisvoorwaarden afwijkende regelingen bevatten, is vaker sprake van zogenoemde na-u-clausules, ook wel genoemd non-contribution-clausules of mits-niet-elders-gedekt-clausules/tenzij-elders-gedekt-clausules. Dergelijke clausules strekken er alle toe de draagplicht van de betreffende verzekeraar (zo veel mogelijk) af te wentelen op een andere verzekeraar die dezelfde schade dekt.

Onze Zuiderburen hebben het anders geregeld: de Belgische wetgeving bepaalt in art. 45 par. 1 lid 2 Wet op de Landverzekeringsovereenkomst dwingendrechtelijk dat een

verzekeraar zich niet op het bestaan van een andere verzekeringsovereenkomst die hetzelfde risico dekt, mag beroepen om dekking te weigeren, tenzij sprake is van fraude. Zulks brengt met zich dat na-u-clausules naar Belgisch recht (nagenoeg) geen effect hebben.⁵

In de jurisprudentie van de Hoge Raad worden de lijnen waarlangs de verschillende na-u-clausules moeten worden uitgelegd steeds strakker getrokken. Beetje bij beetje worden de mogelijke discussiepunten tussen verzekeraars ingeperkt. Om de ontwikkelingen in de rechtspraak te kunnen begrijpen, moet men behalve van recente jurisprudentie ook van enkele oudere uitspraken kennismaken. Wij zullen beide categorieën bespreken.

Gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak bestaat de kans dat verzekeraars er in de toekomst vanaf zullen zien om nog langer na-u-clausules in hun polisvoorwaarden op te nemen. De 'harde' na-u-clausule lijkt terrein te winnen. Indien in geval van een samenloopgeschied de betrokken verzekeraars een 'harde' na-u-clausule hanteren, vallen die clausules tegen elkaar weg en herleeft het systeem van art. 7:961 BW.⁶ Als alle verzekeraars kiezen voor een 'harde' na-u-clausule verliest de clausule dus zijn betekenis. Denkbaar is dan ook dat het Verbond van Verzekeraars zijn leden op enig moment zal adviseren om branchebreed na-u-clausules uit de polisvoorwaarden te schrappen en te handelen conform het wettelijk systeem.⁷

Het wettelijk samenloopregime van art. 7:961 BW

Onder het per 1 januari 2006 in werking getreden nieuwe

1 Mr. F. Stadermann en mw. mr. M. Keijzer-de Korver zijn werkzaam bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam als advocaat respectievelijk juridisch medewerker.

2 Deze kroniek is mede gebaseerd op: F. Stadermann, 'Samenloop van verzekeringen', in: P.J.M. Drion, J.G.C. Kamphuisen, J.H. Wansink & K.M. Lauwerier (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 159-166.

3 HR 13 januari 2006, *Nf* 2006, 282, r.o. 5.2.2, laatste regel.

4 Dit blijkt uit art. 7:963 BW, dat een opsomming bevat van artikelen die van dwingend recht zijn. Art. 7:961 BW wordt hierin niet genoemd.

5 Zie L. Schuermans, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, p. 476-477.

6 De begrippen 'harde' en 'zachte' na-u-clausules zullen in het onderstaande nader worden toegelicht aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

7 Kamphuisen meent dat dergelijk overleg

binnen een markt niet is toegestaan, ook niet als dat alleen maar leidt tot verbetering van het product en de positie van de afnemer. Zie daartoe J.G.C. Kamphuisen, 'Samenloopsoep', *AV&S* 2006, 6, p. 39. Wij menen evenwel dat de soep niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend: welke 'waakhond' zou er problemen mee hebben als de branche afspraken maakt over het schrappen van na-u-clausules?

verzekeringsrecht geldt het volgende samenloopregime voor alle schadeverzekeringen:

1. Indien de schade wordt gedekt door meer dan één verzekering, kan de verzekerde (met inachtneming van het indemniteitsbeginsel) iedere verzekeraar voor zijn schade aanspreken. De verzekerde moet daarbij de andere betrokken verzekeraar(s) noemen, zodat de aangesproken verzekeraar op deze verhaal kan nemen. Als de verzekerde dat nalaat, is de verzekeraar bevoegd om de uitkering op te schorten.
2. De eerst aangesproken verzekeraar moet de schade vergoeden.
3. De verzekeraar die de schade heeft vergoed, kan vervolgens voor de gedane uitkering, alsmede voor de redelijke kosten tot het vaststellen van de schade (expertisekosten) en die van verweer in en buiten rechte, op de andere verzekeraar(s) verhaal nemen naar rato van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken.

Ingevolge art. 7:961 lid 2 BW wordt met de schade die door een verzekering wordt gedekt, gelijkgesteld de schade die door de verzekeraar onverplicht wordt vergoed. Een verzekeraar die een coulance-uitkering doet, kan ingevolge dit lid derhalve toch verhaal nemen op een andere verzekeraar die de schade wel dekt. Dit lid 2 ligt in het verlengde van art. 7:962 lid 1 BW, waarin onder andere is bepaald dat de verzekeraar ook wordt gesubrogeerd in geval van een onverplichte uitkering.

Art. 7:961 lid 3 BW regelt het onderling regres tussen de verzekeraars. Het betreft een zelfstandig verhaalsrecht; het komt dus niet tot stand door subrogatie.⁸ De omvang van het onderling regres wordt bepaald door de verhouding tussen de bedragen waarvoor iedere verzekeraar afzonderlijk had kunnen worden aangesproken. De verzekerde sommen zijn blijkens deze maatstaf niet maatgevend. Bij het vaststellen van de bedragen waarvoor iedere verzekeraar kan worden aangesproken, moet een eventueel eigen risico ook worden verdisconteerd.⁹

Volgens de slotzin van art. 7:961 lid 3 BW is de verzekerde jegens de verzekeraars afzonderlijk verplicht zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van deze verzekeraars afbreuk zou doen aan hun onderling verhaal. Voldoet de verzekerde niet aan deze verplichting, dan is hij ingevolge art. 6:74 BW schadeplichtig, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

8 Zie over de consequenties van deze vaststelling F. Stadermann, a.w., p. 161.

9 De theorie over de onderlinge verrekening is duidelijk, maar in de praktijk blijken er meningsverschillen te bestaan over de wijze waarop de verrekening dient te geschieden. Zie voor deze problematiek en diverse voorbeeldberekeningen D. van Velzen, 'Samenloop en onderlinge verrekening', *de Beursbengel* 2005, p. 8-11, alsmede P.C. Knijp, 'Samenloop van verzekeringen', *PfV-Bulletin* 2007, p. 8-10.

10 Zie HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 867 (*Holland/Korstanje I*), alsmede HR 13 december

1991, *NJ* 1992, 316 (*General Accident/Amey; Holland/Korstanje II*) en HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764 (*Europeesche/Ohra*). Onder het oude recht hing het derhalve van de aard van de verzekering af welk samenloopregime van toepassing was. Met het gebruik van diverse samenloopclausules in de polisvoorwaarden werd het leerstuk van de samenloop steeds complexer.

11 HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316.

12 Art. 252 WvK bevatte het verbod om een dubbele verzekering af te sluiten op straffe van nietigheid van de tweede ver-

zekering, waarvan veelal sprake is bij makelaars- en beurspolis. Het artikel bepaalt dat de bij eenzelfde verzekering betrokken verzekeraars niet verder aansprakelijk zijn dan voor hun evenredig deel van hetgeen in totaal ten laste van die verzekering komt. Voor alle duidelijkheid: een onder co-assurantie gesloten verzekering betreft één verzekering. Van samenloop van verzekeringen is geen sprake.

Onder het oude recht werd samenloop geregeld door art. 277 WvK: toen gold het zogenoemde anciënniteitsbeginsel of chronologisch beginsel; de oudste verzekering (ten aanzien van hetzelfde voorwerp en waarbij de volle waarde van het voorwerp was verzekerd) ging voor. Dit artikel was niet toepasselijk op aansprakelijkheidsverzekeringen en evenmin op ziektekostenverzekeringen.¹⁰ Bij die verzekeringen paste de Hoge Raad vanaf zijn arrest van 13 december 1991¹¹ het systeem toe dat thans in art. 7:961 lid 3 BW voor alle schadeverzekeringen is vastgelegd. De Hoge Raad achtte de onderlinge regresplicht een eis van redelijkheid en billijkheid.

Art. 252, 266 en 278 WvK¹² zagen eveneens op meervoudige verzekering, maar ook deze artikelen zijn met de invoering van Titel 7.17 BW vervallen.¹³

Meervoudige verzekering/dubbele verzekering/(eigenlijke) samenloop van verzekeringen

In het geval eenzelfde belang ten behoeve van één en dezelfde verzekerde onder meer dan één verzekering is gedekt voor dezelfde tijd, tegen hetzelfde gevaar en tegen dezelfde schade, is sprake van dubbele verzekering, ook wel aangeduid als (eigenlijke) samenloop. Voor de vraag of sprake is van samenloop is niet bepalend het moment van het sluiten van de verzekering, maar het moment waarop het risico zich verwezenlijkt.¹⁴ Als voorbeeld geldt een kostbaar beeld dat zowel onder een inboedelverzekering als onder een speciaal voor dit beeld afgesloten kostbaarhedenverzekering verzekerd is. Een ander voorbeeld vormt de aansprakelijkheid van een amateursporter die letsel heeft toegebracht aan een tegenstander, welke aansprakelijkheid (behoudens uitzonderingen) gedekt is onder zijn eigen particuliere aansprakelijkheidsverzekering, alsmede onder een door de vereniging afgesloten collectieve aansprakelijkheidsverzekering. Samenloop kan zich ook voordoen bij opvolgende verzekeringen, bijvoorbeeld ten aanzien van een asbestschade die

verzekering; art. 266 WvK bepaalde dat een zonder lastgeving en buiten medeweten van de verzekerde door een derde gesloten verzekering nietig was voor zover de verzekerde het belang ook zelf had verzekerd; art. 278 lid 2 WvK gaf een regeling voor samenloop van verzekeringen die alle op dezelfde dag waren gesloten.

13 In art. 221 lid 7 Overgangswet NBW is het overgangsrecht in geval van samenloop geregeld.

14 Asser/Clausing/Wansink 1998, nr. 279.

zowel gedekt is onder een loss-occurrence-polis, als onder een daaropvolgende claims-made-polis.

Indien sprake is van samenloop dient uiteraard te worden voorkomen dat de verzekerde uit hoofde van de gezamenlijke verzekeringen meer uitgekeerd krijgt dan het beloop van de schade, voor zover verzekerd. Art. 7:961 lid 1 BW verwijst in dit verband naar art. 7:960 BW, waarin het indemniteitsbeginsel is vastgelegd: de verzekerde mag krachtens de verzekering geen vergoeding ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou komen.

Oneigenlijke samenloop

Van eigenlijke samenloop moet worden onderscheiden het geval waarin weliswaar meerdere verzekeraars zijn betrokken bij eenzelfde schadeval, maar waarbij sprake is van verschillende verzekerde belangen. Dan is in feite helemaal geen sprake van samenloop. Als een gast een kostbaar kunstwerk omver stoot en de eigenaar hem aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad, zal de gast een beroep doen op zijn aansprakelijkheidsverzekering. Daarnaast kan de eigenaar een beroep doen op de door hem afgesloten kostbaarhedenverzekering. Het betreft hier verschillende verzekerde belangen: het aansprakelijkheidsbelang van de gast en het belang van de eigenaar bij zijn kunstwerk. Een ander voorbeeld is het geval dat meerdere personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade en hun aansprakelijkheid op verschillende polissen gedekt is. Aangezien in deze voorbeelden geen sprake is van samenloop, wordt de vraag wie van de betrokken verzekeraars uiteindelijk moet betalen, niet beantwoord aan de hand van art. 7:961 BW, maar louter op basis van de polisvoorwaarden.

Het komt geregeld voor dat sprake is van oneigenlijke samenloop tussen de rubriek I 'Het Werk' van een CAR-verzekering en een AVB-verzekering van bijvoorbeeld een aannemer. In een dergelijke situatie is geen sprake van meervoudige verzekering, maar van oneigenlijke samenloop van een objectverzekering met een aansprakelijkheidsverzekering in het geval dat het werk door de aannemer nog niet is opgeleverd. Een CAR-verzekering verzekert onder rubriek I in beginsel het 'cascobelang'¹⁵, terwijl een aansprakelijkheidsverzekering een aansprakelijkheidsbelang dekt.¹⁶ Het onderscheid in verzekerde belangen is volgens Dorhout Mees echter niet altijd even scherp te maken. Onder de rubriek 'Het Werk' van de CAR-verzekering kan na-

melijk naar zijn mening heel goed ook het aansprakelijkheidsbelang bij behoud van het werk van bijvoorbeeld een onderaannemer of adviseur zijn gedekt. Aldus wordt een aansprakelijkheidsbelang gevat onder de cascodekking van de CAR-polis.¹⁷ In een dergelijke situatie kan volgens Dorhout Mees wel degelijk sprake zijn van eigenlijke samenloop met een AVB-verzekering.¹⁸

Wij vragen ons af of de gedachte dat onder de cascodekking van een CAR-polis belangen van verschillende aard worden gedekt (naast een cascobelang tevens een aansprakelijkheidsbelang van bijvoorbeeld een onderaannemer, adviseur of constructeur), wel juist is.¹⁹ Feit is in elk geval dat de Hoge Raad zulks niet heeft aangenomen in zijn arrest van 8 juli 1991.²⁰ In de casus van dat arrest werd een bij het werk betrokken adviseur door een projectontwikkelaar aansprakelijk gehouden voor schade aan dat werk. De AVB-verzekeraar van de adviseur vergoedde de schade aan het werk en zocht verhaal op de CAR-verzekeraar, aangezien de adviseur was meeverzekerd onder de rubriek 'Het Werk' van de CAR-polis. De CAR-verzekeraar verweerde zich met een beroep op een na-u-clausule in zijn polisvoorwaarden. Het hof was van oordeel dat hier sprake was van een geval van oneigenlijke samenloop, welk oordeel in cassatie stand hield. De Hoge Raad achtte het een juist uitgangspunt:

'dat een CAR-verzekering het "cascobelang" verzekert en aldus dekking biedt tegen materiële schade aan het werk van alle bij de bouw betrokken partijen; dat deze partijen alle verzekerd zijn, waarbij niet van belang is wie van hen de schade heeft veroorzaakt en dus voor geschillen daarover geen plaats is, waarmede samenhangt dat regres op een medeverzekerde partij is uitgesloten (behoudens ingeval van opzet of grove schuld)'.

De Hoge Raad had erop kunnen wijzen dat de CAR-verzekering tevens dekking bood voor het belang van de adviseur bij het behoud van het werk, nu hij voor schade daaraan aansprakelijk werd gehouden. Indien de Hoge Raad van oordeel zou zijn geweest dat rubriek I van de CAR-polis (tevens) dekking bood voor een dergelijk zuiver aansprakelijkheidsbelang, dan had de Hoge Raad naar onze mening tot de conclusie moeten komen dat sprake was van eigenlijke samenloop tussen de CAR- en de AVB-verzekering, aangezien beide verzekeringen dan dekking zouden bieden voor

15 Dat is het belang dat een verzekerde heeft bij het behoud van een zaak. Zie P.A.J. Kamp, *CAR-verzekering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 63.

16 Dat is het belang van een verzekerde dat zijn vermogen niet belast wordt met een aansprakelijkheidsschuld tegenover een derde. Zie J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 216.

17 Rubriek II van de CAR-verzekering 'Wettelijke aansprakelijkheid' ziet niet op de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade aan het werk, maar op schade

die daarbuiten door een verzekerde in het kader van het werk is toegebracht aan een meeverzekerde of aan een derde (denk hierbij aan schade aan belendende percelen).

18 Zie T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 340 e.v., Asser/Clausing/Wansink 1998, nr. 279, A-G Asser in paragraaf 2.17 e.v. van zijn conclusie bij het arrest HR 8 juli 1991, Nj 1991, 778 (*Nationale Nederlanden/Gräffner*), alsmede Mendel in zijn noot onder dit arrest.

19 Vergelijk F. Stadermann, 'Hoge Raad 8 juli 1991: revolutie of rookgordijn?', *Vrb*

1992, p. 14. De aannemer, de onderaannemer, de constructeur en de adviseur hebben wel degelijk een rechtstreeks cascobelang: zij zijn belanghebbenden bij het werk zo lang dat niet is opgeleverd; brengt een van hen schade toe aan het werk zonder dat hij repareert, dan krijgt hij zijn rekening eenvoudigweg niet betaald. Er lijkt dan ook geen noodzaak een aansprakelijkheidsdekking onder de rubriek 'Het Werk' te veronderstellen.

20 HR 8 juli 1991, Nj 1991, 778 (*Nationale Nederlanden/Gräffner*).

dezelfde aansprakelijkheid van de adviseur. In plaats daarvan overweegt de Hoge Raad in r.o. 4.4:

'Onderdeel 2 klaagt mede over onbegrijpelijkheid van 's hofs uitleg van clause 23 (zijnde de na-u-clause), volgens welke uitleg de clause ook een regeling geeft voor het geval van "oneigenlijke" samenloop, dus voor het geval dat onder de ene polis sprake is van een schade aan het werk en onder de andere van een aansprakelijkheid voor het veroorzaken van die schade. Ook deze klacht faalt. Reeds gelet op de aanhef van de clause ("Voorzover nodig in afwijking van art. 277 K"), is het oordeel van het hof dat de clause niet alleen geldt ingeval van "eigenlijke" dubbele verzekering, niet onbegrijpelijk.'

Uit deze overweging blijkt dat de Hoge Raad het niet oneens is met het hof dat sprake is van oneigenlijke samenloop.

De discussie of een objectverzekering tevens dekking biedt voor een aansprakelijkheidsbelang van een medeverzekerde en de vraag of in het bevestigende geval sprake is van eigenlijke dan wel van oneigenlijke samenloop met een door die medeverzekerde zelf afgesloten aansprakelijkheidsverzekering, vormt in de praktijk overigens kennelijk geen zwaarwegend probleem. Jurisprudentie over dit onderwerp na het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1991 is ons niet bekend.

Spiegelbeelddekking

Met deze vorm van dekking beogen verzekeraars te bereiken dat de dekking ter zake van een bepaald risico op de ene polis het spiegelbeeld vormt van de uitsluiting van de dekking van dat risico op de andere polis. Verzekeraars streven aldus naar een strikte scheiding tussen de dekking op beide polissen.²¹ Een goed voorbeeld van een dergelijke spiegelbeelddekking biedt de dekking voor c.q. uitsluiting van de aansprakelijkheid voor schade die *door of met een motorrijtuig* is toegebracht. De aansprakelijkheidsverzekering enerzijds en de WAM-verzekering (of een werkmaterieelverzekering met WAM-dekking) anderzijds beogen veelal voor een dergelijke aansprakelijkheid een goed aansluitende dekking te bieden; wat de één wel dekt, dekt de ander niet en andersom. Helaas slagen zij daar niet altijd in, hetgeen aanleiding geeft tot discussies tussen de betrokken verzekeraars wie de schade uiteindelijk heeft te dragen.²² De wetgever heeft voor deze problemen geen regeling getroffen in Titel 7.17 BW.²³

Samenloop van verzekeringen met primaire dekkingsclausule

Een verzekeraar die in zijn polisvoorwaarden een voor-u-

clause (of primaire dekkingsclausule) opneemt, komt met zijn verzekeringnemer overeen dat hij wil uitkeren, ook als hetzelfde belang onder andere verzekeringen is gedekt.

Indien een zelfde belang onder twee verzekeringen is gedekt, waarbij in elk van de polissen een voor-u-clausule is opgenomen, dan kan de verzekerde onder beide polissen claimen, met dien verstande dat hij niet meer vergoeding kan ontvangen dan tot het beloop van de vastgestelde schade. Blijkens een uitspraak van het Hof Amsterdam van 4 juni 1987²⁴ heffen de primaire dekkingsclausules elkaar niet op, maar behouden al naar gelang de keuze van de verzekerde en met inachtneming van het indemniteitsbeginsel hun werking. Aangezien beide verzekeraars ieder voor de totale schade konden worden aangesproken, achtte het hof het juist en in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid dat beide verzekeraars de helft van de vastgestelde schade hadden uitgekeerd.

Misschien minder duidelijk is de situatie waarbij eenzelfde belang onder twee verzekeringen is gedekt en waarbij in de polis van de aangesproken verzekeraar geen samenloopclausule is opgenomen, terwijl in de polis van de andere verzekeraar een voor-u-clausule is opgenomen. De aangesproken verzekeraar, die zelf niets heeft geregeld voor het geval van samenloop, dient zich naar onze mening niet te kunnen verschuilen achter het feit dat de andere verzekeraar primaire dekking heeft toegezegd, nu hij het zelf niet nodig vond om subsidiaire dekking te bedingen. De aangesproken verzekeraar dient op grond van art. 7:961 lid 1 BW de schade te regelen met de verzekerde en kan vervolgens – naar ons oordeel op basis van de voor-u-clausule in samenhang met art. 7:961 lid 3 – voor het volledig uitgekeerde bedrag verhaal nemen op de verzekeraar met de voor-u-clausule. Indien immers laatstgenoemde verzekeraar door de verzekerde was aangesproken, zou deze verzekeraar ook de volledige schade voor zijn rekening hebben genomen.

Samenloop van verzekeringen met na-u-clausule. Jurisprudentie

HR 27 februari 1998, NJ 1998, 764 (Europeesche/Ohra; m.nt. M.M. Mendel)

Teneinde de lezer die wat minder thuis is in het verzekeringsrecht duidelijk te maken wat onder een 'harde', dan wel een 'zachte' na-u-clausule dient te worden verstaan, staan wij om te beginnen even stil bij dit al wat oudere arrest van de Hoge Raad.

In de casus van het arrest was sprake van samenloop tussen reis- en ziektekostenverzekeringen (afgesloten door Europeesche respectievelijk Ohra). Europeesche was telkens aangesproken tot het verlenen van dekking en zij vorderde

21 Zie hierover uitgebreid J.H. Wansink, a.w., p. 223 e.v.

22 De Geschillencommissie Schadeverzekeraars (voorheen de Verbondscommissie Samenloop) wordt regelmatig ingeschakeld om discussies tussen verzekeraars op dit punt te beslechten. De ruime omschrijving van het begrip samenloop in de

zin van de Samenloopregeling 2002 omvat ook de problematiek van de spiegelbeelddekking.

23 Verzekeraars hebben zelf voor een aantal spiegelbeeldgevallen niet-bindende bedrijfsregelingen opgesteld, zoals de 'Regeling inzake de samenloop van motorrijtuig- en algemene

aansprakelijkheidsverzekering' d.d. 22 september 1964, waarvan de tekst laatstelijk is gewijzigd bij circulaire van het Verbond van Verzekeraars d.d. 3 maart 1997.

24 Hof Amsterdam 4 juni 1987, S&S 1988, 36.

een verklaring voor recht dat Ohra gehouden was haar schadeloos te stellen voor de door haar uitgekeerde bedragen. Beide verzekeraars hanteerden in hun polisvoorwaarden een samenloopclausule. De clausule van de Europeesche bepaalde dat haar verzekering eerst in de laatste plaats geldig was, indien – zo de in haar voorwaarden bedoelde verzekering niet bestond – aanspraak zou kunnen worden gemaakt op vergoeding van schade en kosten op grond van enige andere verzekering, al dan niet van oudere datum.

De clausule van Ohra bepaalde dat geen aanspraak kon worden gemaakt op vergoeding van kosten indien en voor zover recht en/of aanspraak bestond op vergoeding van deze kosten krachtens een andere verzekering.

Europeesche betoogde dat haar samenloopclausule harder was dan die van Ohra, omdat in haar clausule de tussenzin voorkwam 'zo de in deze voorwaarden bedoelde verzekering niet bestond'.

In zijn arrest wijst de Hoge Raad erop dat het krachtens een richtlijn van het Verbond van Verzekeraars, waarbij de Europeesche en Ohra beide zijn aangesloten, de leden verboden is om in de relatie tot hun verzekerden een beroep te doen op een samenloopclausule en de verzekerden naar een ander lid van het Verbond te verwijzen. De eerst aangesproken verzekeraar moet de schade afwikkelen. Samenloopclausules spelen, aldus de Hoge Raad, dan ook uitsluitend tussen de leden van het Verbond in verband met de vraag of de verzekeraar die de schade heeft uitgekeerd, verhaal kan nemen op andere verzekeraars op wie eveneens een verplichting tot het vergoeden van deze schade rust. De verzekerden staan buiten dergelijke discussies.

De Hoge Raad stelt voorts voorop dat hij mede ter wille van de rechtszekerheid in zijn arrest van 10 maart 1995, NJ 1995, 580²⁵ heeft aanvaard 'dat bij samenloop van een verzekering met een "zachte" samenloopclausule en een verzekering met een "harde" samenloopclausule, slechts de eerstgenoemde dekking verleent.' Dit betekent dat wanneer 'de verzekeraar die de schade heeft afgewikkeld, een "harde" samenloopclausule hanteert, hij voor het volle door hem vergoede bedrag verhaal heeft op de verzekeraar die een "zachte" samenloopclausule hanteert'. Indien een samenloopclausule de tussenzin bevat: '(...) zo de in deze voorwaarden bedoelde verzekering niet bestond (...)', maakt deze zinsnede de desbetreffende clausule volgens de Hoge Raad 'zonder meer tot een "harde" samenloopclausule'. De Hoge Raad overweegt daartoe dat een dergelijke zinsnede immers in geval van samenloop niet alleen de dekking uitsluit door de verzekeringsovereenkomst waarin zij is opgenomen, maar tevens bepaalt dat die verzekering in het geval van samenloop geheel moet worden weggedacht. De vraag welke verzekering

dekking verleent, moet dan ook worden beoordeeld 'alsof zich in het geheel geen samenloop voordoet, zodat ook de in de voorwaarden van de andere verzekering opgenomen "zachte" samenloopclausule niet van toepassing is'.²⁶ De Hoge Raad tekent hierbij aan dat 'wanneer de verzekeringsvoorwaarden van samenlopende verzekeringen samenloopclausules bevatten die van gelijke strekking zijn (dus beide hard of beide zacht), deze clausules telkens uitwerking missen'.

HR 13 januari 2006, NJ 2006, 282 (London/Aegon; m.nt. M.M. Mendel)

In dit arrest, waarin sprake was van een aanrijding met een vervangend motorrijtuig gedurende een reparatie van het eigen motorrijtuig, was opnieuw de vraag aan de orde wanneer sprake is van een 'harde', dan wel van een 'zachte' samenloopclausule. B. had zijn auto ter reparatie naar een garagebedrijf gebracht en kreeg een leenauto ter beschikking gesteld voor de duur van de reparatie. B. veroorzaakte vervolgens een aanrijding met de leenauto, terwijl hij als bestuurder meer dan de wettelijk toegestane hoeveelheid alcoholhoudende drank had gedronken. Een derde leed daardoor schade en werd schadeloos gesteld door de verzekeraar van de leenauto (London) op basis van een garageverzekering. London zocht vervolgens verhaal op de WAM-verzekeraar van de ter reparatie gegeven auto (Aegon) en beriep zich daarbij op een samenloopclausule in haar garagepolis. Daarin was bepaald dat van dekking is uitgesloten schade 'waarvoor de aansprakelijkheid onder enig andere verzekering verzekerd is of daaronder verzekerd zou zijn indien onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan'.

In de WAM-verzekering was bepaald dat een vervangend motorrijtuig is meeverzekerd gedurende de reparatie van het verzekerde motorrijtuig, 'voor zover daarvoor geen andere verzekering van kracht is'. In deze polisvoorwaarden was van dekking uitgesloten schade veroorzaakt 'terwijl de feitelijke bestuurder niet wettelijk bevoegd is het motorrijtuig te besturen'. Aegon beriep zich op deze uitsluitingsclausule en betoogde dat er dus geen samenloop was.

Anders dan het hof oordeelt de Hoge Raad dat Aegon geen beroep toekomt op de uitsluitingsclausule. Degene die op grond van de Wegenverkeerswet (WVW) bevoegd is een motorrijtuig te besturen, verliest die bevoegdheid niet reeds van rechtswege doordat hij de auto bestuurt met teveel alcohol op en daarmee het verbod van art. 8 WVW overtreedt. De Hoge Raad neemt dan ook aan dat in beginsel sprake is van samenloop.

Zowel de rechtbank als het hof had geoordeeld dat de door London gehanteerde samenloopclausule in de garageverzekering een 'harde' na-u-clausule betrof en de door

25 In de casus van dat arrest was sprake van samenloop tussen twee aansprakelijkheidsverzekeringen, die beide de aansprakelijkheid van een onderaannemer dekten. De door de onderaannemer zelf afgesloten aansprakelijkheidsverzekering bij Nationale-Nederlanden bevatte een 'zachte' na-u-clausule. De door de hoofdaannemer bij Royal Nederland afgesloten aansprakelijkheidsverzekering, waaronder

de aansprakelijkheid van de onderaannemer mede was gedekt, bevatte daarentegen een 'harde' na-u-clausule. De vordering van Nationale-Nederlanden op Royal Nederland tot verhaal van het bedrag dat zij aan de door de fout van de onderaannemer gedupeerde partijen had uitgekeerd, werd door drie instanties afgewezen. Slechts de verzekering met de

'zachte' samenloopclausule moest dekking verlenen.

26 In de woorden van advocaat-generaal Bakels onder 3.1 onder f van zijn conclusie wordt door de fictie 'zo de onderhavige verzekering niet bestond' een op het eerste gezicht aanwezige samenloop gereduceerd tot een enkelvoudige aansprakelijkheid.

Aegon gehanteerde samenloopclausule in de WAM-verzekering een 'zachte' na-u-clausule. In cassatie vecht Aegon dit oordeel aan. Zij stelt dat het mogelijk is dat ook een samenloopclausule waarin niet is bepaald dat de verzekering in geval van samenloop met een andere verzekering geheel moet worden weggedacht (de zogenoemde 'wegdenktournure'), als 'hard' kan worden gekwalificeerd; een samenloopclausule met een 'wegdenktournure' zou slechts een voorbeeld zijn van een 'harde' samenloopclausule, terwijl een dergelijke tournure geen noodzakelijke voorwaarde zou zijn om een samenloopclausule als 'hard' te kwalificeren. Aegon betoogt voorts dat mogelijk is dat een samenloopclausule zonder 'wegdenktournure' zelfs als 'harder' dan of tenminste als even 'hard' als een clausule met 'wegdenktournure' moet worden gekwalificeerd.

De Hoge Raad maakt korte metten met dit standpunt van Aegon en beslist definitief de vraag wanneer sprake is van een 'harde' of 'zachte' clausule. De Hoge Raad overweegt:

(...) van een "harde" samenloopclausule (is) slechts sprake, indien de clausule in geval van samenloop niet alleen de dekking door de verzekeringsovereenkomst, waarin zij is opgenomen, uitsluit, maar tevens bepaalt dat die verzekering in het geval van samenloop geheel moet worden weggedacht. Dit heeft tot gevolg dat de vraag welke verzekering dekking verleent, moet worden beoordeeld alsof zich in het geheel geen samenloop voordoet, zodat ook de in de voorwaarden van de andere verzekering opgenomen "zachte" samenloopclausule niet van toepassing is (vgl. HR 27 februari 1998, NJ 1998, 764). Ter wille van de rechtszekerheid kan niet worden aanvaard dat (...) van een "harde" samenloopclausule ook sprake zou kunnen zijn indien zij niet tevens zou inhouden dat de verzekering in het geval van samenloop met een andere verzekering geheel moet worden weggedacht (de (...) "wegdenktournure"). Daarmee zou immers het meest kenmerkende element dat de "harde" samenloopclausule van de "zachte" onderscheidt, vervallen, hetgeen zou leiden tot onduidelijkheid die met het oog op de niet zelden gecompliceerde problematiek van de samenloop van verzekeringen, ongewenst is.'

A-G Strikwerda geeft onder punt 31 van zijn conclusie voorafgaand aan het arrest aan dat naar zijn mening – eveneens ter wille van de rechtszekerheid – samenloopclausules zonder 'wegdenktournure', ondanks verschillen in gekozen bewoordingen, steeds moeten worden aangemerkt als van 'gelijke strekking'. Het kan dus niet zo zijn dat de ene samenloopclausule zachter is dan de andere zachte clausule. Hard is hard en zacht is zacht; binnen dit onderscheid is een glijdende schaal niet aanvaardbaar.

De Hoge Raad heeft in dit arrest op basis van het rechtszekerheidsargument beslist dat de 'wegdenktournure' een noodzakelijke voorwaarde is voor de kwalificatie van een samenloopclausule als 'hard'. Dit was nog niet uitgemakt in het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 27 februari 1998. Daarin had de Hoge Raad geoordeeld

dat een samenloopclausule met een 'wegdenktournure' deze clausule 'zonder meer' tot een 'harde' samenloopclausule maakte. Dit oordeel liet de mogelijkheid open dat ook een samenloopclausule zonder 'wegdenktournure' als 'hard' kon worden gekwalificeerd. Over het onderscheid tussen 'harde' en 'zachte' clausules behoeven verzekeraars thans in elk geval niet meer te discussiëren. Het criterium is volstrekt duidelijk en niet langer voor tweeërlei uitleg vatbaar.²⁷

Bindend advies prof. mr. J.H. Wansink 24 augustus 2006²⁸

In de casus waarop dit bindend advies ziet, was eveneens sprake van een aanrijding met een vervangend motorrijtuig gedurende een reparatie van het eigen motorrijtuig, waarbij de garageverzekeraar en de autoverzekeraar een samenloopdebat voerden. Wansink komt op basis van de polisvoorwaarden tot een andere beslissing dan de Hoge Raad in het hiervoor besproken arrest van 13 januari 2006. Volgens Wansink was in deze situatie geen sprake van samenloop tussen de garageverzekering van de leenauto (die een 'harde' na-u-clausule bevatte) en de WAM-verzekering van de ter reparatie aangeboden auto. In dit geval viel – in tegenstelling tot de situatie waarop het arrest van de Hoge Raad zag – de vervangende auto niet onder de dekkingsomschrijving van het begrip 'motorrijtuig' in de polisvoorwaarden van de betreffende WAM-verzekering, zodat de beperking tot het niet elders verzekerd zijn geen samenloopregeling betrof. In dit geval luidde de 'vervangende-auto-clausule' aldus:

'Indien het motorrijtuig tijdelijk buiten gebruik is wegens reparatie en/of onderhoud is de verzekering op gelijke dekkingsvoorwaarden mede van kracht voor een vervangend, qua catalogusprijs en gewicht vergelijkbaar, motorrijtuig, mits dit APK is goedgekeurd en daarvoor geen andere verzekering van kracht is.'

Wansink achtte het standpunt van de WAM-verzekeraar alleszins verdedigbaar 'dat in de voor de polis gekozen constructie het aansprakelijkheidsrisico waartoe een vervangend motorrijtuig aanleiding geeft, eerst binnen het bereik van de verzekering komt indien aan de twee gestelde voorwaarden is voldaan, te weten het moet gaan om een qua catalogusprijs en gewicht vergelijkbaar motorrijtuig en voor het risico moet niet reeds een andere verzekering van kracht zijn'. Wansink oordeelde dat in elk geval niet aan de laatstgenoemde voorwaarde was voldaan. Van een gelijktijdig bestaan van meerdere verzekeringen voor hetzelfde belang was in dit geval geen sprake. De vervangende-auto-clausule kon daarmee dan ook niet gekarakteriseerd worden als een na-u-clausule.

Het bindend advies van Wansink luidde aldus dat uitsluitend de garageverzekeraar, die de aan de klant van de garage voor de duur van de reparatie ter beschikking ge-

27 De verzekeraar die een 'harde' na-u-clausule hanteert dient overigens wel dekking te verlenen indien en voor zover de ver-

zekerde som van de samenlopende verzekering waarin een 'zachte' na-u-clausule is opgenomen, ontoereikend is.

28 Besproken door C. Visser, 'Vervangende-auto-clausule geen samenloopregeling', *PIV-Bulletin* 2006, p. 7-9.

stelde vervangende auto had verzekerd met een zogenoemde WAM-strik,²⁹ gehouden was dekking te verlenen.

Het belang van een zeer nauwkeurige bestudering van de wijze waarop de polisvoorwaarden zijn geredigeerd, is met dit bindend advies maar weer eens aangetoond.

HR 17 november 2006, NJ 2007, 202 (Europeesche/Zorg en Zekerheid; m.nt. M.M. Mendel)

Europeesche had met haar verzekerden reisverzekeringen afgesloten die dekking verleenden tegen in het buitenland ontstane ziektekosten en repatriëringskosten. Een aantal van deze verzekerden had bij Zorg en Zekerheid tevens een ziektekostenverzekering afgesloten, welke eveneens dekking verleende tegen dergelijke kosten. De betrokken verzekerden hadden ziektekosten in het buitenland gemaakt en hadden ervoor gekozen om Zorg en Zekerheid aan te spreken ter voldoening van de desbetreffende kosten. Na daarvoor te hebben zorggedragen, dagvaarde Zorg en Zekerheid Europeesche en vorderde zij een verklaring voor recht dat Europeesche gehouden was om aan Zorg en Zekerheid 50% van deze kosten, voor zover deze eveneens onder genoemde reisverzekeringen waren gedekt, te vergoeden.

Europeesche verweerde zich tegen deze vordering. Zij beriep zich op een 'harde' na-u-clausule in haar polisvoorwaarden en stelde dat deze diende te prevaleren boven een innerlijk tegenstrijdige regeling in de polisvoorwaarden van Zorg en Zekerheid, die naast een 'harde' na-u-clausule volgens Europeesche tevens een 'zachte' na-u-clausule bevatte. Europeesche voerde verder aan dat de gevraagde verklaring voor recht onvoldoende bepaalbaar was, alsmede dat de desbetreffende verzekerden hadden nagelaten de schades tijdig en ook overigens in overeenstemming met de polisvoorwaarden bij haar te melden.

De rechtbank stelde vast dat sprake was van een situatie van samenloop, waarbij in de polisvoorwaarden van beide verzekeringen een 'harde' na-u-clausule was opgenomen. Deze vaststelling had tot gevolg dat beide verzekeraars de door één van hen verrichte uitkeringen voor gelijke delen dienden te dragen. Van de door Europeesche aangevoerde innerlijke tegenstrijdigheid in de polisvoorwaarden van Zorg en Zekerheid was volgens de rechtbank geen sprake. De rechtbank wees de gevorderde verklaring voor recht toe.

In hoger beroep bekrachtigde het hof de beslissing van de rechtbank. Het hof sloot zich aan bij de uitleg door de rechtbank van de polisvoorwaarden van Zorg en Zekerheid. De omstandigheid dat de gevorderde verklaring voor recht geen uitsluitel gaf in alle door Zorg en Zekerheid aan Europeesche voorgelegde individuele gevallen, nam voorts niet weg dat Zorg en Zekerheid een belang had bij de verklaring

voor recht, teneinde de grondslag voor haar aanspraken jegens Europeesche te doen vaststellen. Voor een onderzoek naar de vraag of een verzekerde tijdig en ook overigens in overeenstemming met de polisvoorwaarden een schade bij Europeesche had aangemeld, was geen plaats. Indien een verzekerde in geval van samenloop ervoor heeft gekozen de schade aan te melden bij en te doen vergoeden door Zorg en Zekerheid en deze verzekeraar geen gronden heeft die aanspraak af te wijzen, heeft die verzekerde er immers geen belang meer bij ook Europeesche aan te spreken. Europeesche kon zich dan ook niet tegenover Zorg en Zekerheid erop beroepen dat de betrokken verzekerde een schade niet tijdig of anderszins niet correct had gemeld.

Europeesche ging in cassatie, maar kreeg ook bij de Hoge Raad nul op het rekest. De Hoge Raad achtte de uitleg van de polisvoorwaarden van Zorg en Zekerheid door het hof niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd. De Hoge Raad overwoog verder dat met het sedert 1 januari 2006 in art. 7:961 BW neergelegde stelsel, dat, voor zover hier van belang, ook reeds gold in het voordien geldende recht, niet valt te rijmen dat een verzekeraar die de schade van een verzekerde heeft vergoed en verhaal wil nemen op de verzekeraar van een samenlopende verzekering, daarin wordt belemmerd door een verweer van de aard als een te late of anderszins niet volgens de voorschriften van de polisvoorwaarden verrichte schademelding. De situatie van dubbele verzekering bracht immers mee dat de verzekerde geen belang meer had bij melding van het verzekerde voorval bij Europeesche, nu hij de schade al vergoed kon krijgen van Zorg en Zekerheid. *'Het strookt niet met de regresmogelijkheid dat in zo'n situatie de aangesproken verzekeraar zich met succes op het ontbreken van een melding door de verzekerde zou kunnen beroepen.'*

¹ De Hoge Raad overwoog voorts dat het stelsel van art. 7:961 BW meebrengt dat de verzekeraar *'die niet door de verzekerde onder de samenlopende polis is aangesproken en daarom niet tot uitkering heeft behoeven over te gaan, de beslissing van de wel aangesproken verzekeraar omtrent hoogte en modaliteiten van de uitkering dient te volgen, zolang die schaderegeling toetsing aan de norm van een redelijk handelende verzekeraar kan doorstaan'*.³⁰ Deze norm kan onder omstandigheden meebrengen *'dat de andere verzekeraar op de hoogte wordt gehouden van het verloop van de schaderegeling of zelfs aanspraak heeft op overleg omtrent principiële beslissingen, dan wel beslissingen met aanzienlijke financiële implicaties'*.

De Hoge Raad liet voorts de door de rechtbank uitgesproken en door het hof bekrachtigde verklaring voor recht in stand. Gelet op de overwegingen van het hof, was volgens

29 Als voorbeeld van een 'WAM-strik' geldt de volgende polisbepaling: *'Met voorbijgaan aan hetgeen anders in deze voorwaarden mocht zijn bepaald, wordt de aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen geacht aan de door of krachtens de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM) gestelde eisen te voldoen.'* Blijkens HR 19 maart 2004, NJ 2004, 372 (Nationale-Nederlanden/Bovemij), r.o. 3.4.2

en 3.4.3, is een verzekering die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekt waartoe een vervangend motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, terwijl uitdrukkelijk is bepaald dat de verzekering geacht wordt te voldoen aan de door of krachtens de WAM gestelde eisen, een WAM-verzekering en als zodanig een verplichte verzekering. Hieraan doet niet af dat op grond van de WAM geen ver-

plichting bestaat tot het afsluiten van een verzekering met betrekking tot een vervangend motorrijtuig.

30 De Hoge Raad heeft met deze overweging de vraag van Wansink of de verzekeraar op wie regres wordt gezocht door de aangesproken verzekeraar die aan de verzekerde heeft uitgekeerd, een bijdrage in de onderlinge verrekening kan weigeren met een beroep op een →

de Hoge Raad duidelijk dat de verklaring voor recht slechts een uitspraak inhield over de gevolgen die moesten worden toegekend aan de in beide verzekeringsvoorwaarden voorkomende na-u-clausules, alsmede over de betekenis die toekwam aan de in de voorwaarden van Europeesche voorkomende meldingsverplichtingen. De Hoge Raad verwierp dan ook het cassatieberoep van Europeesche.

HR 12 januari 2007, LJN AZ4847 (Winterthur/VVAA)

In deze zaak betreffende de medische aansprakelijkheid van een oogarts rees de vraag of überhaupt wel sprake was van samenloop tussen twee aansprakelijkheidsverzekeringen. De Hoge Raad liet zich niet inhoudelijk over deze kwestie uit, aangezien de in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie konden leiden. Het oordeel van het hof was dan ook beslissend. Wat was het geval?

Een oogarts was toegelaten tot een ziekenhuis om aldaar zijn werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het ziekenhuis, waarbij hij zich had verplicht om continue zorg te bieden. Daarnaast had hij aan huis een privépraktijk, alwaar het hem ook was toegestaan patiënten van het ziekenhuis te behandelen. Het ziekenhuis had een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten bij Winterthur, de oogarts bij VVAA.

Op een avond had een patiënt zich tot de oogarts, die dienst had, gewend en zich op diens huispraktijkadres laten onderzoeken. Bij dit onderzoek had de oogarts een glasvochtbloeding in het rechter oog geconstateerd. Er werd een vervolgfafspraak gemaakt voor een consult, dat enkele weken later in het ziekenhuis plaatsvond. Kort daarna wendde de patiënt zich wederom tot de oogarts. Eerst tijdens dat consult, dat eveneens in het ziekenhuis plaatsvond, constateerde de oogarts een netvliesloslating en verwees hij de patiënt onmiddellijk door. De patiënt werd vervolgens enkele malen geopereerd, maar er resteerde een aanzienlijk oogletsel.

De patiënt stelde daarop de oogarts aansprakelijk voor een door hem begane beroepsfout. Na overleg tussen Winterthur en VVAA, wikkelde Winterthur de schade af met de patiënt. Alvorens een definitieve regeling met de patiënt te treffen vroeg Winterthur aan VVAA instemming met het onderhandelingsresultaat, welke instemming zij ook kreeg.

In deze procedure vordert Winterthur dat VVAA zal worden veroordeeld het volledige uitgekeerde schadebedrag aan haar te vergoeden, omdat de fout van de oogarts zou zijn gemaakt op de avond waarop hij de patiënt in zijn

privépraktijk had onderzocht. Dit onderzoek was volgens Winterthur niet geschied ten behoeve van het ziekenhuis, zodat alleen VVAA de schade moest dekken. VVAA betwist deze stelling en beroept zich onder andere op een 'harde' samenloopclausule in haar polisvoorwaarden.

Het hof oordeelt dat de bewijslast dat de schade op de polis van VVAA is gedekt, op Winterthur rust. Het hof belast Winterthur daartoe met het bewijs van haar stelling dat de behandeling van de patiënt, zoals de oogarts die op de eerste avond in zijn privépraktijk had uitgevoerd, niet *ten behoeve van het ziekenhuis* had plaatsgevonden als bedoeld in art. 2 van haar polisvoorwaarden. In dat artikel was bepaald dat de verzekering eveneens de aansprakelijkheid dekt van verzekerden (waartoe de oogarts moet worden gerekend), gedurende de tijd dat zij ten behoeve van verzekeringnemer (het ziekenhuis) hun werkzaamheden elders (dan in of op het terrein van het ziekenhuis) verrichten. Winterthur slaagt er niet in het opgedragen bewijs te leveren. De arts werd dus geacht in zijn privépraktijk de getroffen patiënt mede ten behoeve van het ziekenhuis te hebben behandeld.

Het hof concludeert vervolgens dat VVAA een beroep toekomt op de 'harde' samenloopclausule in haar polisvoorwaarden,³¹ zodat Winterthur niet van VVAA kan verlangen dat zij geheel of gedeeltelijk bijdraagt in de aan de patiënt uitgekeerde schadevergoeding. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, waarin de vordering van Winterthur werd afgewezen.

Spiegelbeelddekking. Jurisprudentie

Op het gebied van de spiegelbeelddekking is in het recente verleden geen rechtspraak gewezen door de civiele rechter. Om toch ook dit aspect van samenloopgeschillen te belichten, bespreken we (ook) hier enige al wat oudere rechtspraak. Hieruit komt naar voren dat bij de problematiek van de spiegelbeelddekking, evenals bij alle kwesties van samenloop, de uitleg van de polisvoorwaarden van de verschillende polissen in hun onderlinge verhouding telkens bepalend is voor de uitkomst van het geschil tussen de betrokken verzekeraars.

afwijkende visie op de aansprakelijkheidsvraag of een gebrek aan inspraak bij de beantwoording daarvan, ontkennend beantwoord op de door Wansink voorgestane wijze. De niet door de verzekerde aangesproken verzekeraar is in beginsel gebonden aan de schaderegeling door de aangesproken verzekeraar. Zie Asser/Clausing/Wansink 1998, nr. 286, alsmede J.H. Wansink, a.w., p. 218-219. De verzekeraar op wie regres wordt gezocht heeft overigens tegenover de regreszoekende

verzekeraar onverminderd het recht om te betwisten dat de schade (ook) onder zijn polis is gedekt. Als dat verweer juist is, is er immers geen samenloop.

31 Het hof neemt aan dat ook de aansprakelijkheidsverzekering van de oogarts bij VVAA dekking biedt, zodat sprake is van samenloop. In de uitspraak is de delkingsomschrijving van deze verzekering niet opgenomen. Wel is een bepaling opgenomen waaruit volgt dat de verzekering bij VVAA (slechts) een *excedent*verzeke-

ring is, in die zin dat deze alleen dekking biedt indien de verzekering van het ziekenhuis geen dekking biedt. Aangezien het hof van mening was dat de door het ziekenhuis afgesloten verzekering bij Winterthur wel dekking bood, had hij wellicht moeten oordelen dat dus de door de oogarts afgesloten verzekering bij VVAA geen dekking bood en dat derhalve geen sprake was van samenloop.

HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 22 (Nationale-Nederlanden/Dritty)³²

Een schilder was verongelukt doordat hij uit een door een zekere Dritty verhuurde en bediende hoogwerker, die gemonteerd was op een vrachtwagen, was gevallen. Ten tijde van het ongeval werd de vrachtwagen aldus gebruikt als werktuig. Dritty had een WAM-verzekering afgesloten voor de vrachtwagen, alsmede een AVB-verzekering bij Nationale-Nederlanden (NN). De weduwe van de schilder sprak met succes Dritty in rechte aan tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wegens onveiligheid van de hoogwerker. Dritty dagvaardde op haar beurt NN en stelde dat NN op grond van de AVB-verzekering gehouden was aan Dritty al datgene te voldoen wat zij aan de weduwe zou dienen te vergoeden. NN verweerde zich evenwel met de stelling dat niet zij gehouden was Dritty te vrijwaren, maar de WAM-verzekeraar.

In de op de AVB-verzekering toepasselijke polisvoorwaarden was bepaald dat 'niet gedekt is de aansprakelijkheid voor schade, toegebracht met of door een motorrijtuig (...)'. In de op de WAM-verzekering toepasselijke polisvoorwaarden was bepaald dat de verzekeraar de aansprakelijkheid van verzekerde dekt 'voor schade veroorzaakt met of door het motorrijtuig (...)'.
 De WAM-verzekeraar had zich buiten rechte op het standpunt gesteld dat de schade van dekking op de WAM-polis was uitgesloten, omdat de schade niet met of door het motorrijtuig was veroorzaakt, aangezien de schade niet was veroorzaakt op een wijze die karakteristiek was voor het verkeer. De Hoge Raad nam in cassatie de juistheid van dit standpunt van de WAM-verzekeraar tot uitgangspunt. Hoewel het in de praktijk voorkomt dat door Nederlandse motorrijtuigverzekeraars ook dekking wordt verleend indien geen sprake is van verwezenlijking van het verkeersrisico, was van een dergelijke dekking, die ruimer is dan waartoe de WAM verplicht, in onderhavige WAM-verzekering geen sprake.

Volgens het hof ontbrak strikt naar de tekst van de beide polisbepalingen genomen, een sluitende spiegelbeelddekking, aangezien de term 'toegebracht met of door een motorrijtuig' in de AVB-polis een ruimer causaal verband legt tussen de schade en het motorrijtuig dan 'schade veroorzaakt met of door het motorrijtuig' in de WAM-polis.³³ Het hof overweegt dan:

'Bedacht moet echter worden, dat de oorsprong van een uitsluiting als de onderhavige in AVB-polissen lijkt te zijn gelegen in het feit dat het motorrijtuigrisico voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering een relatief te hoog risico vormt en dientengevolge in een specifieke motorrijtuigpolis is ondergebracht. Vanuit deze achtergrond mocht Dritty er redelijkerwijs

vanuit gaan en mocht NN van hem redelijkerwijs niet anders verwachten dan dat de uitsluiting in de AVB-polis aansluit bij de dekking van de WAM-polis. Dritty heeft er dus redelijkerwijs vanuit mogen gaan – en NN mocht dat verwachten – dat de uitsluiting bij toepassing van het causaliteitscriterium niet verder reikt dan er ten aanzien van het motorrijtuigrisico dekking op de WAM-polis is.'

De Hoge Raad sluit zich aan bij het oordeel van het hof. Dritty mocht er redelijkerwijs van uitgaan dat 'de aansprakelijkheid ter zake van de door Dritty geëxploiteerde hoogwerker, voor zover deze niet was gedekt onder de – aan de WAM beantwoordende – WAM-verzekering (...), zou zijn gedekt onder de AVB-verzekering', terwijl 'NN van Dritty redelijkerwijs ook niet anders mocht verwachten'. De Hoge Raad overweegt voorts dat NN heeft moeten begrijpen 'dat het Dritty te doen was om een volledige verzekering van de aansprakelijkheid ter zake van de hoogwerker en dat het op de weg lag van NN, die als verzekeraar geacht moet worden met de verzekeringspraktijk en met het (nog) bestaan van beperkte WAM-verzekeringen (...) bekend te zijn, in de door haar opgestelde polisvoorwaarden met voldoende duidelijkheid tot uitdrukking te brengen dat de door haar aangeboden AVB-verzekering niet aansluit bij de verplichte WAM-dekking, maar bij een – volgens NN inmiddels gebruikelijk geworden – ruimere dan de verplichte WAM-dekking'.

Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2004, VR 2005, 122 (Zürich/Aegon)

In deze zaak was sprake van een bedrijfsongeval met een op een vrachtwagen gemonteerde hijsinstallatie. De vraag die speelde was of de AVB-verzekeraar van de aansprakelijke werkgever naast de WAM-verzekeraar van de vrachtwagen, dekking diende te verlenen voor de schade van de gewonde werknemer.

In de polisvoorwaarden van de WAM-verzekering was de werkrisicoclausule van toepassing verklaard, waarin was bepaald dat het werkrisico was gedekt tot een gelimiteerd bedrag, voor zover de WAM niet van toepassing was. Op basis van deze clausule diende de WAM-verzekeraar tot het overeengekomen bedrag dekking te verlenen. In de polisvoorwaarden van de AVB was van dekking uitgesloten de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt met of door een motorrijtuig.

De WAM-verzekeraar had de schade geregeld met de werknemer en had meer uitgekeerd dan waartoe hij ingevolge de werkrisicoclausule gehouden was. Hij sprak de AVB-verzekeraar aan tot vergoeding van diens deel van de schade, op de grond dat beide verzekeraars naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder van hen door de werkgever/eigenaar van de vrachtwagen kon worden aan-

³² Zie voor een bespreking van dit arrest J.H. Wansink en M.M.R. van Ardenne-Dick, 'De spiegelbeelddekking bij WAM-plichtige werktuigen: wie betaalt bij schade?', *Verkeersrecht* 2005, p. 33 e.v. Na het ter perse gaan van de onderhavige kroniek heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de spiegelbeelddekking van een AVB- en WAM-

polis in een geval waarin een door een uitzendbureau uitgeleende werknemer een ongeval was overkomen, waarbij een motorrijtuig was betrokken (HR 13 juli 2007, *LJN* BA 7217). Aan dit arrest kunnen wij, behoudens deze vermelding, geen aandacht meer besteden.

³³ Men kan zich afvragen wat het exacte

verschil is tussen het *toebrengen* en het *veroorzaken* van schade met of door een motorrijtuig. Naar ons idee was hier sprake van een zuivere spiegelbeelddekking.

gesproken, dienden bij te dragen aan de schade. De AVB-verzekeraar beriep zich op genoemde uitsluitingsclausule.

De rechtbank stelde vast dat de schade niet het gevolg was van de verwezenlijking van het verkeersrisico. De vrachtwagen nam immers niet deel aan het verkeer, maar werd uitsluitend gebruikt als een onderdeel van een hijsmechanisme voor het laden en lossen van in dit geval containers. De betreffende uitsluiting in de AVB had niet ook betrekking op deze situatie. Er was derhalve sprake van samenloop doordat de schade zowel op de polis van de WAM-verzekeraar (tot het gelimiteerde bedrag), als op de polis van de AVB-verzekeraar was gedekt. De rechtbank wees de vordering van de WAM-verzekeraar toe.

Afsluiting

Tot zover onze bespreking van recente (en minder recente) jurisprudentie op het gebied van de eigenlijke samenloop, de oneigenlijke samenloop en de spiegelbeelddekking. Ondanks de ogenschijnlijk heldere regeling in art. 7:961 BW blijft de in deze kroniek besproken problematiek een weerbarstige materie, waarbij de uitkomst van geschillen telkens afhankelijk blijft van de feitelijke uitleg van polisclausules. Daarover kan iedere beslissende instantie (civiele rechter of Geschillencommissie Schadeverzekeraars) verschillend denken. Het laatste woord over samenloop is dan ook zeker nog niet gezegd.