

Rechtbank Amsterdam 20 maart 2019, JA 2019, 79**Inhoudsindicatie**

Samenloop, Verhaalsrecht, CAR-verzekering

Samenvatting

Bedrijf 1 heeft opdracht gekregen voor verbouwing van een voormalig verzorgingstehuis. Bedrijf 1 heeft bedrijf 3 in onderaanneming ingeschakeld voor het aanbrengen van nieuwe CAI- en databekabeling. Bedrijf 1 heeft een doorlopende bouw- en montageverzekering (ook wel CAR-verzekering genoemd) afgesloten bij ASR. Bedrijf 3 heeft een doorlopende CAR-verzekering afgesloten bij Canopus. Onder de CAR-verzekering van ASR gelden bedrijf 1 en bedrijf 3 als verzekerden. Onder de CAR-verzekering van Canopus geldt alleen bedrijf 3 als verzekerde. De CAI- en databekabeling is als gevolg van vandalisme beschadigd geraakt. Bedrijf 1 heeft de schade gemeld onder de CAR-verzekering van ASR. Bedrijf 3 heeft de schade gemeld onder de CAR-verzekering van Canopus. De herstelkosten zijn door een door ASR benoemde expert vastgesteld op € 66.234,94 en ASR heeft – rekening houdend met eigen risico van € 5.000,= – een bedrag van € 61.234,94 uitgekeerd aan bedrijf 1. ASR vordert wegens samenloop van verzekering betaling van Canopus van de helft van het uitgekeerde bedrag, alsook de helft van de gemaakte expertisecosten. ASR stelt dat sprake is van samenloop omdat het werk van bedrijf 3 bij verschillende polissen voor dezelfde omvang is gedekt. Volgens ASR is daarbij niet relevant welke verzekerde melding doet van de schade, dan wel aan welke verzekerde de schade is uitgekeerd. Canopus voert ten verweere aan dat de omstandigheid dat het werk van bedrijf 3 is verzekerd onder meerdere verzekeringen niet automatisch maakt dat sprake is van samenloop zoals bepaald in art. 7:961 BW. Van belang is dat is uitgekeerd aan bedrijf 1 en niet bedrijf 3. Nu bedrijf 1 geen verzekerde is onder de CAR-verzekering van Canopus, komt haar geen keuzevrijheid toe en is er geen sprake van samenloop. Het voorgaande zou tot gevolg hebben dat ASR geen wettelijke grondslag heeft voor verhaal op Canopus.

De rechtbank oordeelt dat uit de Memorie van Toelichting bij art. 7:961 BW volgt dat de samenloopregeling ervan uitgaat dat de verzekeraar door betaling een regresrecht krijgt, omdat de verzekerde aan wie betaald is een aanspraak had op een andere verzekeraar welke aanspraak niet (deels) ten goede komt aan de betalende verzekeraar bij gebreke van hoofdelijkheid en subrogatie. De rechtbank neemt op grond hiervan aan dat het voor toepassing van de samenloopregeling noodzakelijk is dat betaald wordt aan de verzekerde die de aanspraak op de andere verzekeraar had. Het feit dat bedrijf 3 kwalificeert als verzekerde onder beide verzekeringen is dus niet voldoende. Nu niet is betaald aan bedrijf 3 is de samenloopregeling niet van toepassing en heeft ASR geen recht van verhaal op Canopus.

Link naar uitspraak: [ECLI:NL:RBAMS:2019:1940](https://uitspraken.rechtspraak.nl?ident=AS-2019-01940)

Noot

1. Deze zaak gaat over toepassing van de wettelijke samenloopregeling zoals neergelegd in art. 7:961 BW. In het eerste lid is bepaald dat indien dezelfde schade door meer dan één verzekering wordt

gedekt, de verzekerde met in achtneming van art. 7:960 BW elke verzekeraar kan aanspreken. Ingevolge het derde lid hebben verzekeraars onderling verhaal opdat ieder zijn eigen deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. De verzekeraars hebben op gelijke voet onderling verhaal voor hun redelijke kosten tot het vaststellen van de schade alsmede voor hun redelijke kosten van verweer in en buiten rechte (zie r.o. 4.4).

2. In de literatuur wordt gesteld dat sprake is van samenloop in de zin van de wet indien eenzelfde belang, voor dezelfde periode, tegen hetzelfde gevaar en ten behoeve van dezelfde verzekerde onder meer dan één verzekering is gedekt.¹ Deze norm wordt in de rechtspraak over toepassing van art. 7:961 BW voor zover ik heb kunnen nagaan niet gehanteerd dan wel aangehaald. Mijns inziens niet zonder reden, omdat deze norm inhoudelijk afwijkt van de norm die is neergelegd in art. 7:961 lid 1 BW.

3. Van der Moolen geeft de voorkeur aan het begrip “belang” in plaats van “schade” omdat daarmee (beter) tot uiting zou komen dat een verzekerde als gevolg van een verzekerde gebeurtenis nadeel in zijn vermogen kan lijden.² Een voorbeeld dat hierbij wordt gebruikt, is dat van een eigenaar van een auto die de schade aan zijn auto bij zijn cascoverzekeraar kan claimen, maar ook bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de derde die voor deze schade aansprakelijk is.³ In een dergelijk geval kan onderscheid worden gemaakt tussen het cascobelang en het aansprakelijkheidsbelang en zou daarom geen sprake zijn van samenloop van verzekeringen. Door Wansink en Van Tiggele wordt terecht opgemerkt dat bij verschillende belangen de schaden die verzekerden lijden evenmin dezelfde zijn.⁴ Onderscheid kan worden gemaakt in gevallen dat een rechtssubject vermogensschade lijdt als gevolg van (i) een waardevermindering van een subjectief recht (bijvoorbeeld cascoschade), (ii) het uitblijven van een verwachte vermogensvermeerdering of (iii) het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Langs deze lijnen kan ook onderscheid worden gemaakt tussen verschillende rubrieken van verzekerbare belangen.⁵ De begrippen belang en schade zijn in zoverre synoniemen van elkaar.⁶ Het gebruik van het begrip schade heeft wel als voordeel dat dit (meteen ook) impliceert dat sprake moet zijn van dezelfde verzekerde, dezelfde periode en hetzelfde (deel van het) gevaarsobject.⁷

4. Het verschil tussen voornoemde in de literatuur gehanteerde norm en de norm zoals die is neergelegd in art. 7:961 lid 1 BW, is dat laatstgenoemde norm niet vereist dat dekking moet zijn geboden tegen hetzelfde gevaar. Voor toepassing van de wettelijke samenloopregeling is voldoende dat dezelfde schade door meer dan één verzekering wordt gedekt. Dit verschil is van betekenis omdat de voorwaarde van “hetzelfde gevaar” ertoe zou kunnen leiden dat in gevallen dat dezelfde schade is gedekt door meer dan één verzekering toch geen sprake zou zijn van samenloop omdat de betreffende verzekeringen geen dekking bieden voor het hetzelfde gevaar.

5. Dat het voorgaande niet slechts een theoretische mogelijkheid betreft, blijkt uit een arbitraal vonnis van 1 januari 1982 (S&S 1983, 43).⁸ Hoewel verzekerde vergoeding van zijn schade – bestaande uit

¹ Conclusie A-G Valk, nr. 2.5, ECLI:NL:PHR:2017:416 bij HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1156; J.S. Overes & W.C.T. Weterings, *Schaderegeling Motorrijtuigen*, 551.1; T.L. Cieremans, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:961 BW, aant. 1; H.P.A.J. Martius, ‘Samenloop van schadeverzekeringen: een vergelijking tussen huidig en toekomstig recht’, *NTHR* 2005/6, p. 273; H.J.G. van Huizen e.a., *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 99; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, *7-IX* 2019/481; Conclusie A-G Wesseling-van Gent, nr. 2.3 bij HR 17 november 2006, *NJ* 2007/202; F.H.E. van der Moolen, ‘Verzekeringsrecht’ (*R&P* nr. VR2) 2019, 19.1; H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn 1998: Samson, nr. 4.24.

² F.H.E. van der Moolen, ‘Verzekeringsrecht’ (*R&P* nr. VR2) 2019, 19.1.

³ F.H.E. van der Moolen, ‘Verzekeringsrecht’ (*R&P* nr. VR2) 2019, 19.2.

⁴ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons *7-IX* 2019/483.

⁵ V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, serie recht en praktijk, Kluwer: Deventer 1990, p. 25.

⁶ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons *7-IX* 2019/352.

⁷ J.S. Overes & W.C.T. Weterings, *Schaderegeling Motorrijtuigen*, 551.1.

⁸ Het arbitraal vonnis van 1 augustus 1982 (S&S 1983, 43) wordt door Wansink en Van Tiggele aangehaald als voorbeeld van het ontbreken van samenloop, Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons *7-IX* 2019/483.

het niet ontvangen van de koopsom – kon vorderen onder zowel zijn goederentransportverzekering met clausule “sellers interest only” (Sio-verzekering) als zijn kredietverzekering, was er volgens de arbiters geen sprake van samenloop omdat de verzekeringen niet hetzelfde belang dekken. De arbiters achtten van belang dat de Sio-verzekering dekking biedt tegen de gevaren waaraan de goederen tijdens het vervoer zijn blootgesteld en de kredietverzekering de vordering op de koper als gevaarsobject heeft. Het arbitraal vonnis illustreert daarmee overigens ook dat aan het begrip belang een ruimere betekenis kan worden toegekend in die zin dat in dat kader (reeds) acht wordt geslagen op het gevaar waartegen dekking wordt geboden.

6. Een oordeel als het voorgaande acht ik in strijd met het stelsel van de wettelijke samenloopregeling. Niet alleen omdat niet uit de wettekst volgt dat sprake zou moeten zijn van dekking tegen hetzelfde gevaar, maar vooral ook omdat als gevolg van het bestaan van dekking voor dezelfde schade onder meer dan één verzekering zich (dan al) de situatie voordoet waarvoor art. 7:961 BW beoogt een regeling te geven. Art. 7:961 BW geeft in dergelijke gevallen aan verzekerde het recht om elke verzekeraar aan te spreken. Zodoende wordt voorkomen dat verzekerde van het kastje naar de muur kan worden gestuurd. Tevens legt art. 7:961 BW vast – door middel van de verwijzing naar art. 7:960 BW – dat de verzekerde dan geen aanspraak zou kunnen maken op dubbele uitkering in die zin dat verzekerde meer vergoed zou kunnen krijgen dan de door hem geleden en/of nog te lijden schade.

7. Ook de grondslag van het in art. 7:961 lid 3 BW opgenomen verhaalsrecht dient in aanmerking te worden genomen. Dit verhaalsrecht vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid.⁹ De wetgever heeft beoogd te voorkomen dat in geval van samenloop van verzekeringen alleen de eerst aangesproken verzekeraar zou hebben op te komen voor de gedekte schade. Tegen deze achtergrond valt niet in te zien waarom betekenis zou moeten worden toegekend aan de eventuele omstandigheid dat de betreffende verzekeringen geen dekking zouden bieden tegen hetzelfde gevaar. Het verschil in dekking heeft immers niet ertoe geleid dat verzekeraars niet afzonderlijk konden worden aangesproken voor de schade.

8. Dat dekking voor hetzelfde gevaar een voorwaarde zou zijn voor samenloop laat zich ook niet rijmen met de in art. 7:961 lid 2 BW opgenomen regeling dat de schade die door een verzekeraar onverplicht wordt vergoed, gelijk wordt gesteld met de schade die door een verzekering wordt gedekt. Bij een dergelijke coulance-uitkering is geen sprake van meer dan één verzekering die de schade dekt met als gevolg dat de verzekeraar die een coulance-uitkering verstrekt geen verhaal kan nemen op de verzekeraar die wel dekking biedt voor de betreffende schade. De wetgever achtte het voorgaande onwenselijk omdat dit het doen van coulance-uitkeringen zou ontmoedigen.¹⁰ Het valt niet met elkaar te verenigen dat het ontbreken van dekking niet aan verhaal tussen verzekeraars in de weg zou staan maar dat in dat verband wél betekenis zou toekomen aan het feit dat geen dekking wordt geboden tegen hetzelfde gevaar.

9. Het voorgaande pleit ervoor om de in art. 7:961 lid 1 BW neergelegde norm tot uitgangspunt te nemen en daarnaast niet ook de voorwaarde te stellen dat dekking zou moeten bestaan tegen hetzelfde gevaar. In het geval niet zou zijn beoogd om een norm te hanteren met een andere inhoud, maar slechts om handvatten aan te reiken voor de praktijk, zou mijns inziens volstaan kunnen worden met een eenvoudiger toetsingskader. Aangenomen kan worden dat sprake is van samenloop in de zin van de wet indien als gevolg van het bepaalde in art. 7:960 BW uitkering van de eerst aangesproken verzekeraar leidt tot een vermindering van de uitkeringsplicht van de andere bij samenloop betrokken verzekeraar (en vice versa). In die gevallen en in zoverre is dan sprake van dekking van dezelfde schade onder meer dan één verzekering en zou een onverkorte uitkeringsplicht ertoe leiden dat verzekerde een bepaalde schade dubbel vergoed krijgt.

⁹ HR 13 december 1991, *NJ* 1992/316; H.P.A.J. Martius, ‘Samenloop van schadeverzekeringen: een vergelijking tussen huidig en toekomstig recht’, *NTHR* 2005/6, p. 275; Asser/Clausing & Wansink 1998/287.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, 5.

10. Voor de vraag die centraal staat in de onderhavige zaak, biedt voornoemd toetsingskader evenwel geen soelaas, althans niet direct. Door ASR is uitgekeerd aan bedrijf 1 (de hoofdaannemer) die alleen als verzekerde geldt onder de CAR-verzekering van ASR en niet ook onder de CAR-verzekering van Canopus. De rechtbank zag zich daarom geconfronteerd met de vraag of de omstandigheid dat bedrijf 3 (de onderaannemer) wel als verzekerde geldt onder beide CAR-verzekeringen, voldoende was voor toepassing van de samenloopregeling van art. 7:961 BW. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend en beroept zich daarbij op de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat het onderlinge verhaal van verzekeraars afzonderlijk is geregeld in art. 7:961 lid 3 BW omdat de regelingen van hoofdelijkheid en subrogatie niet van toepassing zijn bij samenloop van verzekeringen. Volgens de rechtbank volgt hieruit dat de samenloopregeling ervan uitgaat dat de verzekeraar door betaling een regresrecht krijgt omdat de verzekerde aan wie betaald is een aanspraak had op een andere verzekeraar, welke aanspraak niet ten goede komt aan de betalende verzekeraars bij gebreke van hoofdelijkheid en subrogatie. De rechtbank oordeelt dan ook dat voor verhaal van uitkering het noodzakelijk is dat wordt betaald aan de verzekerde die de aanspraak had op de andere verzekeraar.

11. De door de rechtbank gehanteerde redenering is zonder meer een logische. Ervan uitgaande dat het verhaalsrecht zijn bestaan ontleent aan het feit dat geen beroep kan worden gedaan op hoofdelijkheid en subrogatie, valt er zeker wat voor te zeggen dat de wetgever een regeling zou hebben beoogd die inhoudelijk overeenstemt met de regelingen van hoofdelijkheid en subrogatie.

12. De door de rechtbank gevolgde redenering acht ik evenwel niet dwingend. Van belang hierbij is allereerst dat het verhaalsrecht een eigenstandige regeling betreft die inhoudelijk van de regelingen van hoofdelijkheid en subrogatie afwijkt. Het verhaalsrecht hanteert de verdeelsleutel dat ieder zijn eigen deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. Deze verdeelsleutel wijkt af van de verdeelsleutel die wordt gehanteerd in geval van hoofdelijkheid (art. 6:6 BW en 6:102 BW) en subrogatie (art. 6:150 BW en 7:962 BW). In art. 7:962 lid 3 BW is ook niet bepaald dat de mogelijkheid van verhaal bestaat voor zover de schade wordt vergoed, noch zijn anderszins bewoordingen gebruikt met die strekking.

13. Ook de grondslag van het verhaalsrecht dient in aanmerking te worden genomen. Zoals opgemerkt, vloeit deze voort uit de redelijkheid en billijkheid. Indien dezelfde schade is gedekt door meer dan één verzekering, wordt het onredelijk geacht dat alleen de eerst aangesproken verzekeraar hiervoor zou hebben op te komen. Het lijkt mij evenmin redelijk dat een verzekeraar volledig voor de schade zou hebben op te komen vanwege de omstandigheid dat de afwikkeling van de schade niet heeft plaatsgevonden met degene die onder beide verzekeringen is verzekerd, terwijl dat evengoed had gekund. De verzekeraar kan anders slachtoffer worden van zijn (pro)actieve houding bij de schadeafwikkeling. Het lijkt mij niet dat de wetgever een dergelijke houding zou hebben willen ontmoedigen. De regeling in art. 7:961 lid 2 BW ten aanzien van de coulance-uitkering wijst op het tegendeel.

14. Vanuit praktisch oogpunt heeft de door de rechtbank gegeven toepassing van art. 7:961 BW zeker voordelen. Door aan te knopen bij de betalingen, valt eenvoudig vast te stellen wat de inzet is van het onderlinge verhaal tussen de verzekeraars. Daar staat tegenover dat ook los hiervan vastgesteld kan worden of en zo ja, in hoeverre dekking bestaat voor dezelfde schade onder meer dan één verzekering, en in het verlengde hiervan in welke mate uitkering van de verhaal nemende verzekeraar leidt tot vermindering van de uitkeringsplicht van de verzekeraar op wie verhaal wordt genomen.

15. Van belang hierbij zijn de aard en strekking van de CAR-verzekering. De CAR-verzekering dekt – in beginsel – de belangen van alle bij de bouw betrokken partijen.¹¹ De gedachte hierachter is dat deze

¹¹ T.J. Dorout Mees, *De CAR-verzekering*, Deventer: Kluwer 1996, p. 3.

partijen bij een beschadiging zich niet hoeven te storten op de schuldvraag en dat de bouw en/of het herstel geen vertraging ondervindt. Uitkering onder een CAR-verzekering dient derhalve niet alleen het cascobelang bij het werk, maar tegelijk ook de hiermee gemoeide aansprakelijkheidsbelangen.¹² Vanuit efficiencyoverwegingen kennen de polisvoorwaarden regelingen met betrekking tot de wijze waarop de schade afgewikkeld dient te worden. De verzekeringnemer is op grond van de polisvoorwaarden veelal gemachtigd om namens de andere verzekerden op te treden. Het feit dat de verzekeringnemer – zoals in het onderhavige geval – de schade meldt en aan hem de verzekeringspenningen zijn verstrekt, doet er dan niet aan af – althans niet zonder meer – dat de uitkering ook de belangen van de andere verzekerden dient. Voor de vraag of de betalende verzekeraar een verhaalsrecht toekomt op de andere verzekeraar acht ik verder van belang dat de betreffende uitkeringsplichten communicerende vaten zijn.

16. Wat rechtens is in een geval als het onderhavige is gelet op voornoemde argumenten voor en tegen geen uitgemaakte zaak. Deze uitspraak dwingt verzekeraars evenwel om ter waarborging van hun verhaalsrecht uit hoofde van art. 7:961 lid 3 BW stil te staan bij de wijze waarop de schade met verzekerden wordt afgewikkeld.

mr. A. Hedeman, advocaat bij Lauxtermann Advocaten

¹² T.J. Dorout Mees, *De CAR-verzekering*, Deventer: Kluwer 1996, p. 131 e.v.