

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37909>

Please be advised that this information was generated on 2019-09-22 and may be subject to change.

Mw. mr. F.H.E. van der Moolen*

Enige opmerkingen over het verhaalsrecht bij samenloop van verzekeringen (art. 7:961 lid 3 BW)

1. INLEIDING

In de verzekeringspraktijk komt het veelvuldig voor dat eenzelfde belang onder meerdere schadeverzekeringen verzekerd is.¹ Indien hetzelfde belang – het huidige art. 7:961 BW spreekt over ‘dezelfde schade’ – onder meer dan één verzekering is gedekt, wordt gesproken van

* Mw. mr. F.H.E. van der Moolen is docent verzekeringsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en medewerker van dit tijdschrift. Zij bereidt een proefschrift voor over het onderwerp samenloop van verzekeringen.

1. Samenloop van verzekeringen moet worden onderscheiden van de situatie waarin sprake is van co-assurantie en van het verschijnsel van oneigenlijke samenloop. In het eerste geval is er sprake is van één verzekering met meerdere verzekeraars. Van oneigenlijke samenloop is sprake indien de verzekerde ter zake van een verzekerd voorval een beroep kan doen op dekking door meerdere verzekeringen maar deze verzekeringen niet alle hetzelfde belang dekken. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een verzekerde met een ‘all risk’-verzekerde auto op een andere auto botst en deze laatste partij schuldig is aan het ongeval. In een dergelijk geval kan men zowel een beroep doen op de WAM-verzekering van de schuldige partij als op de cascodekking van de eigen ‘all risk’-verzekering. Zie ook over deze kwestie H.P.A.J. Martius, ‘Samenloop van verzekeringen: een vergelijking tussen huidig en toekomstig recht’, *NTHR* 2005-6, p. 273 en Asser-Clausing-Wansink, Deventer: Kluwer 1998, p. 257.
2. Zie ook H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 154: ‘Van meervoudige verzekering is sprake wanneer ten behoeve van één verzekerde hetzelfde voorwerp meer malen is verzekerd tegen hetzelfde gevaar, gedurende hetzelfde tijdvak en tegen dezelfde schade’. Zie in ongeveer gelijke zin F. Stadermann & M. Keijzer-de Korver, ‘Kroniek samenloop van verzekeringen’, *AV&S* 2007-4, p. 192.
3. Voor de goede orde: premieruggave is daarbij niet aan de orde. Premieruggave op grond van art. 7:938 BW is slechts mogelijk indien zowel de verzekeraar als de tot uitkering gerechtigde in het geheel geen risico heeft gelopen waartegen verzekerd werd. Door de tot uitkering gerechtigde is in het onderhavige geval wel degelijk risico gelopen. Zie over art. 7:938 BW *Kamerstukken II*, 19 529, nr. 3, p. 18 en M.L. Hendrikse, ‘Premierestorno’, in: *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 176.
4. Vóór 1 januari 2006 gold als hoofdregel het bepaalde in art. 277 oud WvK; bij meervoudige verzekering gaat de oudste verzekering voor. In geval van samenloop diende een verzekerde in beginsel de verzekeraar van de eerstgesloten verzekering aan te spreken. Het tweede lid van art. 277 bepaalde vervolgens dat, indien bij de eerste verzekering niet de volle waarde is verzekerd, de volgende verzekeraar aangesproken kan worden voor de meerdere waarde. Zie over deze bepaling Asser-Clausing-Wansink, Deventer: Kluwer 1998, p. 258-260.
5. In HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 867 werd overwogen dat het beginsel dat de oudste verzekering voorgaat alleen van toepassing is op verzekeringen die zich naar hun aard ertoe lenen de volle waarde van het verzekerde belang te dekken. Dit arrest had betrekking op samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen.

meervoudige verzekering of samenloop van verzekeringen.² Meervoudige verzekering of samenloop van verzekeringen is naar algemeen wordt aangenomen ongewenst. Het uitvoeringsaspect van het zogenoemde indenniteitsbeginsel brengt immers mee dat de verzekerde door een verzekeringsuitkering niet in een duidelijk voordeligere positie mag raken (art. 7:960 BW). In geval van meervoudige uitkering overstijgt de waarde van het verzekerde belang niet zelden de som van de betrokken verzekerde sommen. Dit betekent dat bij meervoudige dekking de verzekerde in geval van schade doorgaans maar op één van de betrokken verzekeringen met succes een beroep kan doen, terwijl hij wel premie verschuldigd is ten aanzien van alle betrokken verzekeringsovereenkomsten.³

Welke verzekeraar moet de verzekerde in geval van samenloop van verzekeringen aanspreken? Art. 7:961 lid 1 BW geeft als hoofdregel dat de verzekerde naar keuze iedere verzekeraar kan aanspreken. Deze (nieuwe) regeling maakt een einde aan het chronologie- of anciënniteitsbeginsel zoals dit onder het oude verzekeringsrecht gold in het geval van samenloop.⁴ De op grond van de rechtspraak onder het oude recht geldende regel dat het chronologiebeginsel niet gold voor de aansprakelijkheidsverzekering⁵ en de ziektekostenverzekering⁶ geldt onder het huidige verzekeringsrecht in het algemeen voor samenloop van verzekeringen.

Art. 7:961 BW luidt:

- ‘1. Indien dezelfde schade door meer dan een verzekering wordt gedekt, kan de verzekerde met inachtneming van artikel 960 elke verzekeraar aanspreken. De verzekeraar is daarbij bevoegd de nakoming van zijn verplichting tot schadevergoeding op te schorten totdat de verzekerde de andere verzekeringen heeft genoemd.
2. Voor toepassing van lid 1 wordt met de schade die door een verzekering wordt gedekt gelijkgesteld schade die door de verzekeraar onverplicht wordt vergoed.
3. De verzekeraars hebben onderling verhaal opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. 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. De verzekerde is jegens de verzekeraars afzonderlijk verplicht zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van dezen afbreuk doet aan hun onderling verhaal.

4. De bij eenzelfde verzekering betrokken verzekeraars zijn niet verder aansprakelijk dan voor hun evenredig deel van hetgeen in totaal ten laste van die verzekering komt.’

Vanaf 1 januari 2006 kan de verzekerde op grond van art. 7:961 lid 1 BW dus kiezen welke verzekeraar hij aanspreekt in geval van samenloop van verzekeringen, ongeacht de volgorde waarin de samenlopende verzekeringen zijn afgesloten. De verzekeraar die wordt aangesproken zal de schade in principe uitkeren en vervolgens op grond van art. 7:961 lid 3 BW verhaal kunnen nemen voor (een gedeelte) van de uitkering op de andere bij de samenloop betrokken verzekeraar(s). De verzekeraar is wel bevoegd om op grond van art. 7:961 lid 1 laatste zin BW de nakoming van zijn verplichting tot schadevergoeding op te schorten totdat de verzekerde hem heeft medegedeeld onder welke andere verzekering(en) de schade gedekt is.⁷ Art. 7:961 lid 3 BW regelt de verhaalsmogelijkheid van de verzekeraar die betaald heeft aan de verzekerde op de andere betrokken verzekeraar(s). In het vervolg van deze bijdrage zal worden ingegaan op de aard van dit verhaalsrecht en zal verder worden onderzocht welke consequenties de aard van dit verhaalsrecht meebrengt.

2. AARD VAN DE VERHAALS-VORDERING: EEN REGRESRECHT

Art. 7:961 lid 3 BW geeft een eigen verhaalsregeling voor de als eerste aangesproken en betalende verzekeraar. Wat is het karakter van deze verhaalsvordering? In de jurisprudentie is deze vraag zowel onder het oude als het huidige recht gelijklopend beantwoord.

Onder het oude recht was het onderhavige verhaalsrecht gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.⁸ Het Hof Den Haag overwoog in r.o. 11 van zijn arrest van 9 september 2003 ten aanzien van de aard van de verhaalsvordering: ‘De grondslag van de zelfstandige (niet op subrogatie gebaseerde) regresvordering van Postbank is gelegen in de eisen van de redelijkheid en billijkheid.’ Het hof overwoog verder in de genoemde overweging ten aanzien van de consequenties van het feit dat het onderhavige verhaalsrecht een regresrecht is: ‘Uitgangspunt is dat contractuele bedingen in beginsel alleen van kracht zijn tussen de contractspartijen. Postbank is geen partij bij de tussen Zilveren Kruis en J. gesloten verzekeringsovereenkomst, waarop het Verzekeringsreglement waarop Zilveren Kruis zich beroept van toepassing is. (...). Deze eisen van redelijkheid en billijkheid brengen niet mee dat op de regresvordering van Postbank het in artikel 21 van het Verzekeringsreglement opgenomen vervalbeding van toepassing is.’⁹

Uit r.o. 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad van 17 november 2006 blijkt dat onder het huidige recht hetzelfde geldt voor de aard van het verhaalsrecht ex art. 7:961 lid 3 BW.¹⁰ De Hoge Raad overwoog onder andere:

‘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, valt niet te rijmen dat een verzekeraar die, in een geval van samenloop, de schade van een verzekerde heeft vergoed en verhaal wil nemen op de verzekeraar van de samenlopende verzekering, daarin belemmerd wordt door een verweer van de aard als door het onderdeel bedoeld. De situatie van dubbele verzekering bracht immers, naar het hof terecht signaleert, mee dat de verzekerde geen belang meer had bij melding van het verzekerde voorval bij Europeesche, nu zij 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. Het bepaalde in art. 6:145 BW en de verspreide wettelijke voorschriften over het “civiele plafond” doen daaraan niet af, wat het eerste betreft alleen al omdat art. 7:961 geen geval van subrogatie betreft, maar van regres, en voor het overige omdat art. 7:961 voor dit regres een eigen regeling geeft die in zoverre afwijkt van regelingen omtrent het civiele plafond. Dit stelsel brengt mee 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, welke norm onder omstandigheden kan 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.’

Het uitgangspunt van de verhaalsregeling ex art. 7:961 lid 3 BW is dus dat sprake is van een regresrecht met als consequentie dat de in het kader van het regres aangesproken ‘andere verzekeraar’ in beginsel geen verweermiddelen kan inbrengen tegen de regresnemende verzekeraar met het oogmerk om geheel dan wel gedeeltelijk ‘onder de betaling uit te komen’.

Op grond van de rechtspraak zijn er evenwel twee bijzondere situaties te onderscheiden die uitzonderingen inhouden op deze regel. Deze uitzonderingen zullen achtereenvolgens besproken worden in de volgende twee paragrafen.

6. In HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764 werd overwogen dat art. 277 oud WvK evenmin geldt voor een verzekering die dekking verleent tegen het nadeel door het ontstaan van een of meer schulden ter zake van medische hulp, behandeling en/of verzorging; de ziektekostenverzekeringen.

7. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 33. Zolang de verzekerde niet aan de onderhavige mededelingsplicht heeft voldaan kan de verzekeraar niet in verzuim zijn. Zie Asser-Clausing-Wansink 1998, p. 262.

8. HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 316 (*General Accident/Amev*).

9. Hof Den Haag 9 september 2003, *Prg.* 2004, 6279.

10. HR 17 november 2006, *NJ* 2007, 202.

3. DE NA-U-CLAUSULE NADER BEZIEN¹¹

De regeling van art. 7:961 BW is van regelend recht. Het is voor verzekeraars onder het regime van titel 7.17 BW – zoals dat ook onder het oude recht kon – dus mogelijk in hun polisvoorwaarden van de wettelijke regeling aangaande samenloop van schadeverzekeringen af te wijken. Onder het oude recht gebeurde dit doorgaans in een groot aantal gevallen door in de polisvoorwaarden een zogenoemde na-u-clausule¹² op te nemen.¹³ Onder het regime van titel 7.17 BW is dit niet anders.¹⁴

In geval van een dergelijke na-u-clausule geeft de verzekeraar aan dat hij de schade niet voor zijn rekening neemt,

- a. indien en voorzover de schade wordt gedekt door een andere verzekering ('zachte' na-u-clausule); of
- b. indien en voorzover de schade door een andere verzekering wordt gedekt of gedekt zou zijn indien de onderhavige verzekering niet bestond ('harde' na-u-clausule): men moet de verzekering waarin de onderhavige clausule staat dus 'wegdenken' in geval van samenloop met een andere verzekering.¹⁵

Indien een verzekering met een harde na-u-clausule botst met een verzekering met een zachte na-u-clausule,

is er strikt genomen geen sprake van samenloop: de verzekering met de harde na-u-clausule moet immers worden weggedacht.

In geval van twee verzekeringen met een gelijksoortige na-u-clausule (beide zacht of beide hard) is er wel sprake van samenloop in de strikte zin maar vallen beide clausules tegen elkaar weg¹⁶ en herleeft de wettelijke samenloopregeling van art. 7:961 BW.

In de praktijk zullen verzekerden weinig merken van de na-u-problematiek.¹⁷ Op grond van een richtlijn van het Verbond van Verzekeraars beroepen verzekeraars zich tegenover hun verzekerden in de regel niet op samenloopclausules zoals de na-u-clausule. De na-u-clausule speelt in het algemeen dan ook alleen een rol bij het verhaal tussen verzekeraars onderling. Voorzover verzekeraars er onderling niet uitkomen, leggen zij in de meeste gevallen hun geschil voor aan de Geschillencommissie Schadeverzekeraars (voorheen Verbondscommissie Samenloop).

In zijn arrest *Europeesche/OHRA* overweegt de Hoge Raad in r.o. 5.1.2 dat ingeval de aan de verzekerde betalende verzekeraar een harde samenloopclausule hanteert, deze verzekeraar voor het volle door hem uitgekeerde bedrag verhaal heeft op zijn betrokken collega-verzekeraar die een zachte clausule hanteert.¹⁸

Wat betekent dit nu dogmatisch en praktisch gezien? Stel dat verzekerde A hetzelfde belang voor dezelfde periode zowel bij verzekeraar B als verzekeraar C heeft verzekerd. Ingeval verzekerde A verzekeraar B tot betaling aanspreekt en deze vervolgens aan verzekerde A uitkeert waarna verzekeraar B regres neemt op verzekeraar C kan verzekeraar C zich in beginsel niet op een harde na-u-clausule beroepen die deel uitmaakt van de contractuele relatie A-C omdat er sprake is van regres en niet van subrogatie. Zou dit anders zijn dan zou er sprake zijn van derdenwerking van de genoemde clausule. In het arrest *Europeesche/OHRA* heeft de Hoge Raad echter uitdrukkelijk derdenwerking aangenomen in geval van een na-u-clausule. Verzekeraar C kan dus een na-u-clausule die deel uitmaakt van de contractuele relatie A-C tegenwerpen jegens verzekeraar B.

Een belangrijke vraag is vervolgens wat de grondslag van deze derdenwerking is.¹⁹ In het onderhavige arrest van de Hoge Raad wordt hiervoor de grondslag gelegd – onder verwijzing naar de verzekeringsrechtelijke literatuur en de praktijk – in de (maatstaven van de) redelijkheid en billijkheid. Gezien de verstreckende gevolgen van deze derdenwerking kan worden opgemerkt dat deze rechtvaardiging voor de inbreuk op het regresrecht van de verzekeraar die verhaal neemt ex art. 7:961 lid 3 BW naar mijn mening te mager is: er is méér. Naast de genoemde maatstaven kan ter rechtvaardiging van de derdenwerking worden opgemerkt dat deze voor de hand ligt: zonder de hierboven genoemde aanbeveling van het Verbond van Verzekeraars zou de verzekeraar met de harde clausule, indien daartoe aangesproken door de verzekerde, in het geheel niet hebben uitgekeerd.²⁰ Indirect krijgt de aanbeveling hiermee de wind in de rug: niet enkel kan jegens verzekerden geen beroep worden gedaan op volgclausules, maar

11. Zie uitgebreid over na-u-clausules M.L. Hendrikse, 'Algemene voorwaarden en verzekering', in: *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 595-597.
12. Men spreekt ook wel van 'non-contributionclausules' of 'mits-niet-elders-gedektclausules'. Zie Asser-Clausing-Wansink, Deventer: Kluwer 1998, p. 265.
13. Zie bijvoorbeeld de CAR-verzekeringspraktijk.
14. Stadermann voorspelde al in 2005 vlak voor de invoering van titel 7.17 BW dat een dergelijke continuering zeer waarschijnlijk zou zijn. Zie F. Stadermann, 'Samenloop van verzekeringen', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 165.
15. Zie G. Klink, 'Samenloop van verzekeringen', in: *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 286-287. In zijn arrest van 13 januari 2006, NJ 2006, 282 overweegt de Hoge Raad dat van een 'harde' na-u-clausule slechts sprake kan zijn indien deze mede bepaalt dat in geval van samenloop de verzekeringsovereenkomst waarin die clausule is opgenomen geheel moet worden weggedacht ('wegdenktournure'). Zie ook over deze uitspraak F. Stadermann & M. Keijzer-de Korver, 'Kroniek samenloop van verzekeringen', *AV&S* 2007-4, p. 195-196; J.G.C. Kamphuisen, 'Samenloopsoep', *AV&S* 2006-2, p. 39 en C.L.M.J. Bergsma, 'Samenloop, afbakening van na-u-clausules en "wegdenktournure"; bevoegdheid tot het besturen van een motorrijtuig in het licht van art. 8 WVV (HR 13 januari 2006, *RvdW* 2006, 81)', *Bb* 2006, p. 180-184.
16. Zie onder andere F.G. Scheltema in zijn bindend advies van 7 november 1935, *AR* 1936, 207 en F. Meeter, *Dubbele verzekering*, Deventer: Kluwer 1977, p. 23-24 en HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 580.
17. Zie ook HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764 en F. Stadermann & M. Keijzer-de Korver, 'Kroniek samenloop van verzekeringen', *AV&S* 2007-4, p. 195.
18. HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764. In Hoge Raad 10 maart 1995, *NJ* 1995, 580 ziet men hetzelfde uitgangspunt.
19. Zie ook over deze kwestie M.L. Hendrikse, 'Algemene voorwaarden en verzekering', in: *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 596.
20. In het arrest van Hof Den Haag van 9 september 2003, *Prg.* 2004, 6279 overwoog het hof evenwel dat een vervalbeting niet tegen de regresnemeende verzekeraar kon worden ingeroepen omdat volgens het hof de redelijkheid en de billijkheid een dergelijke doorwerking niet meebrachten. Dit ligt dus kennelijk anders bij na-u-clausules.

tevens staat vast dat onderling geldt hetgeen de aangesproken verzekeraar in de polisvoorwaarden en bij schaderegeling heeft vastgelegd. Verzekeraars dienen elkaar – ingelicht door de verzekerde – op de hoogte te houden en kunnen er vervolgens niet mee volstaan ‘achterover te leunen’. In het schaderegelingsbeleid zal een nieuwe loot ontstaan: het volgen en toetsen (‘best practices’ bij schaderegeling tekenen zich af!) van elkaars handelen in voorkomende gevallen van samenloop, waarbij de norm vast ligt (redelijk handelend verzekeraar, als overwogen door de Hoge Raad in voornoemd arrest). Bij het beslissen omtrent samenloopgevallen zal men zich strikt hierdoor moeten laten leiden; en niet ondenkbaar is dat in voorkomende gevallen verzekeraars onderling zullen procederen indien de regels voor schaderegeling bij samenloop worden geschonden. Deze nieuwe regeling verdient nadere aandacht.

4. DE POSITIE VAN DE ‘ANDERE VERZEKERAAR’²¹

In r.o. 3.4.2 van het arrest van 17 november 2006 komt een tweede uitzondering naar voren op het uitgangspunt dat de in het kader van het regres aangesproken ‘andere verzekeraar’ in beginsel geen verweermiddelen kan inbrengen tegen de regresnemende verzekeraar om geheel dan wel gedeeltelijk onder de betaling uit te komen. De Hoge Raad overwoog (zoals reeds weergegeven):

‘Dit stelsel brengt mee 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, welke norm onder omstandigheden kan 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.’

Wanneer is er nu sprake van een situatie dat de regresnemende verzekeraar niet optreedt als redelijk handelend verzekeraar in het kader van de schaderegeling met de verzekerde?

Allereerst kan natuurlijk sprake zijn van schending van de informatieplicht onder verzekeraars. De ‘ander’ dient nauwgezet op de hoogte te worden gehouden van de schaderegeling (‘hoogte en modaliteiten’) en de afwikkeling daarvan. Dit is voor de verzekeringsrechtelijke wetenschap tevens interessant: het schaderegelingsbeleid van verzekeraars is niet zelden moeilijk te doorgronden, en al te vaak onvoldoende transparant. Maar ook voor verzekeraars onderling (concurrenten) is het ten minste pikant dat inzage moet worden gegeven in de schaderegeling bij een dergelijk geval van samenloop.

Naast deze algemene verzwaaring van de regels bij samenlopende verzekering is ook interessant de materiële norm (maatstaf) die door de Hoge Raad wordt aangelegd bij de beoordeling van het handelen over en weer tussen schaderegelende verzekeraars. Naar mijn mening zou de aangesproken verzekeraar – bijvoorbeeld – kunnen aanvoeren dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om de claim van verzekerde af te wijzen terwijl daar gezien het dossier reden toe was. Door (te) snel uit te keren bindt de door de verzekerde aangesproken verzekeraar indirect zijn collega-verzekeraar waarop hij later regres neemt en voldoet de eerstgenoemde verzekeraar niet aan het criterium van een redelijk handelend verzekeraar.

Onjuist is naar mijn mening echter de volgende overweging van A-G Wesseling-van Gent onder punt 2.27 van haar conclusie voor dit arrest. Zij overweegt: ‘Genoemde bepalingen maken duidelijk dat het volledig in strijd met dit stelsel zou zijn indien een verzekeraar, aangesproken op zijn onderlinge verhaalsplicht, een beroep zou kunnen doen op een in de polisvoorwaarden van een andere maatschappij voorkomende dekkingsuitsluiting, dan wel *een eigen uitsluitingsgrond* (kurs. FHEvdM) afgezien van de vraag of het beroep op een dergelijke grond in deze zaak wel voldoende is gesubstantieerd.’

Indien de opvatting van A-G Wesseling-van Gent zou worden gevolgd zou een verzekeraar Z die een bepaald evenement, bijvoorbeeld stormschade, uitdrukkelijk in de verzekeringsovereenkomst heeft uitgesloten, toch dienen mee te delen in de stormschade-uitkering die collega cascoverzekeraar Y – die stormschade wel heeft meegedekt – aan verzekerde X heeft uitgekeerd. Verzekeraar Z krijgt op die manier dekking van een evenement opgedrongen die deze uitdrukkelijk had uitgesloten. Dit laatste zal mijns inziens nooit realiteit worden nu er in een dergelijk geval geen sprake is van samenloop als bedoeld in art. 7:961 BW: in het voorbeeld is hetzelfde belang voor dezelfde periode niet meerdere malen verzekerd. De stormschade is alleen verzekerd bij verzekeraar Y en niet bij verzekeraar Z. Aan de regresregeling van art. 7:961 lid 3 BW komt men dan ook niet toe.

Heeft de zojuist genoemde overweging van de Hoge Raad ook gevolgen voor de verhaalbaarheid van de coulance-uitkeringen die gedaan zijn door de eerstaangesproken verzekeraar? Op grond van art. 7:961 lid 2 BW geldt als gedekte schade in de zin van lid 1 ook schade die door de verzekeraar onverplicht wordt uitgekeerd. Dit laat evenwel onverlet dat de in het kader van lid 3 aangesproken verzekeraar de verzekeraar die de coulance-uitkering heeft gedaan wel mag tegenwerpen dat er onder zijn polis geen dekking is voor de schade waarop de coulance-uitkering betrekking heeft.

21. HR 17 november 2006, NJ 2007, 202. Zie over deze uitspraak onder andere F. Stadermann & M. Keijzer-de Korver, ‘Kroniek samenloop van verzekeringen’, *AV&S* 2007-4, p. 197-198 en F. Leopold, ‘Volgplicht bij samenloop van reisverzekering en ziektekostenverzekering’, *Bb* 2007-9, p. 87-91.

Het gaat er in het kader van art. 7:961 lid 2 BW alleen om dat de verzekeraar die op grond van *coulance* uitkeert een grondslag heeft voor verhaal van deze uitkering op de andere betrokken verzekeraars. Het is dus niet per definitie zo dat een zodanige onverplichte uitkering altijd verhaald kan worden op de andere bij de samenloop betrokken verzekeraars.²² Indien men *coulance*-uitkering tevens ziet als een onlosmakelijk deel van het schaderegelingsbeleid van verzekeraars (aangezien een verzekeraar eerst aan *coulance* toekomt na zorgvuldig onderzoek van dossier en dekkingsomvang), is verdedigbaar dat ook het onderlinge *coulance*beleid bij samenlopende verzekeringen transparanter moet worden.

5. CONCLUSIE

Op grond van art. 7:961 lid 1 BW kan de verzekerde kiezen welke verzekeraar hij aanspreekt in geval van samenloop van verzekeringen, ongeacht de volgorde waarin de samenlopende verzekeringen zijn afgesloten. De verzekeraar die wordt aangesproken zal de schade in principe uitkeren en vervolgens op grond van art. 7:961 lid 3 BW verhaal kunnen nemen voor (een gedeelte) van de uitkering op de andere bij de samenloop betrokken verzekeraar(s).

Het uitgangspunt van deze verhaalsregeling is dat er sprake is van een regresrecht met als consequentie dat de in het kader van het regres aangesproken 'andere verzekeraar' in beginsel geen verweermiddelen kan inbrengen tegen de regresnemende verzekeraar om geheel dan wel gedeeltelijk onder de betaling uit te komen.

Op grond van de rechtspraak zijn er evenwel twee belangrijke uitzonderingen te formuleren op deze regel. Allereerst heeft de Hoge Raad in het arrest *Europese/OHRA* derdenwerking aangenomen ingeval van een na-u-clausule. Een in het kader van verhaal aangesproken verzekeraar C kan dus een na-u-clausule die deel uitmaakt van de contractuele relatie A-C tegenwerpen jegens een regresnemende verzekeraar B die eerder aan verzekerde A heeft uitgekeerd.

In de tweede plaats is er op grond van dit arrest van de Hoge Raad van 17 november 2006 nog een ander mogelijk verweer van verzekeraar C tegen verzekeraar B mogelijk. C zou kunnen aanvoeren dat B zich bij afhandeling van de claim niet heeft opgesteld als een redelijk handelend verzekeraar bijvoorbeeld omdat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om de claim van verzekerde A af te wijzen terwijl daar gezien het dossier reden toe was. Door (te) snel uit te keren bindt verzekeraar B indirect verzekeraar C en voldoet B niet aan het criterium van een redelijk handelend verzekeraar. Transparantie van de schaderegeling bij samenlopende verzekeringen kan daarom bijdragen aan een beter beeld van het handelen van verzekeraars bij gevallen van samenloop.

22. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 43.