

Het gevolg van een schikking in de hoofdzaak voor een vrijwaringsprocedure en regres door een gesubrogeerde verzekeraar

D.C. THEUNIS*

Zodra partijen in de hoofdprocedure een schikking treffen nadat gedaagde in de hoofdzaak een vrijwaringsprocedure heeft geëntameerd en gedaagde in vrijwaring niet bij de schikking betrokken is, rijst de vraag hoe gedaagde in de hoofdzaak het schikkingsbedrag in de vrijwaringsprocedure op gedaagde in vrijwaring kan verhalen. Meer gecompliceerd is het geval dat een (nog) niet in de procedure betrokken verzekeraar regres wil nemen op de gedaagde in de vrijwaring voor de betaling die hij verrichtte aan de gedaagde in de hoofdzaak.

1. Inleiding

Stel dat koper K verkoper V aanspreekt voor schade die hij heeft geleden door een gebrekkig product dat hij van V had gekocht. Verkoper V roept vervolgens zijn leverancier L in vrijwaring op. Intussen keert de verzekeraar van V een bedrag uit aan V op grond van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering die V bij hem had afgesloten. Wanneer K en V in de hoofdzaak een schikking treffen en de verzekeraar regres wil nemen op L, rijst de vraag of de verzekeraar daartoe de vrijwaringsprocedure van verzekerde V al dan niet kan overnemen, ook als de verzekeraar niet door A in vrijwaring was opgeroepen. Ik zal in dit artikel uiteenzetten dat dit inderdaad mogelijk is en op welke grondslagen dat mogelijk is. Daartoe begin ik met een korte inleiding over vrijwaring in het algemeen. Daarna bespreek ik achtereenvolgens wat de gevolgen zijn van een schikking in de hoofdzaak voor een vrijwaringsprocedure en zet ik uiteen op welke wijze de verzekeraar regres kan nemen op de waarborg. Ik sluit af met een korte conclusie.

2. Vrijwaring in het algemeen

Bij vrijwaring gaat het om het geval waarin een partij (de gewaarborgde) die in een juridische procedure is verikkeld (pretendeert dat hij) op grond van het materiële recht de nadelige gevolgen van het verlies van deze procedure (de hoofdprocedure) kan afwente-

len op een derde (de waarborg) en die waarborg daarom oproept in een parallelle procedure (de vrijwaringsprocedure). Veelal zal de gewaarborgde de gedaagde in de hoofdzaak zijn. Denk hierbij aan genoemd voorbeeld van verkoper V die door koper K wordt aangesproken. De gewaarborgde is dan naast gedaagde in de hoofdzaak tevens eiser in de vrijwaringsprocedure. Het kan echter ook voorkomen dat de eiser in de hoofdzaak een derde in vrijwaring wil oproepen.¹ De gewaarborgde is dan eiser in zowel de hoofdzaak als in de vrijwaringsprocedure. Ik zal hieronder uitgaan van de (standaard)situatie waarin de gewaarborgde gedaagde in de hoofdzaak is. Nu de waarborg zelf (ook) gedaagde is (in vrijwaring), kan hij op zijn beurt een andere partij in (onder)vrijwaring oproepen. In het voorbeeld kan leverancier L bijvoorbeeld zijn eigen bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraar in ondervrijwaring oproepen als hij verzekerd is tegen bedrijfsaansprakelijkheid. Ondervrijwaring laat ik hierna echter buiten beschouwing.

3. Het gevolg van een schikking in de hoofdzaak voor een vrijwaringsprocedure

Wanneer de rechtbank de (incidentele) vordering van de gewaarborgde tot oproeping in vrijwaring van de waarborg toewijst en de gewaarborgde de waarborg in vrijwaring dagvaardt, ontstaat er een nieuwe procedure naast de hoofdzaak: de vrijwaringsprocedure.

* Mr. D.C. Theunis is advocaat Litigation & Insurance bij CMS Derks Star Busmann.

1. Rueb noemt hierbij het voorbeeld van de cessionaris die de debiteur van de gecedeerde vordering aanspreekt en uit het verweer van deze debiteur verneemt dat hij de vordering al aan de cedent heeft voldaan voor de cessie en de cessionaris daarom de cedent in vrijwaring oproept (A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 198).

De hoofdzaak en de vrijwaringszaak vormen twee zelfstandige procedures en de hoofdzaak speelt tussen andere procespartijen dan de vrijwaringsprocedure. Hetgeen in de hoofdzaak vaststaat, kan derhalve niet zonder meer in de vrijwaringszaak als vaststaand worden aangenomen.² Dit roept de vraag op of de vrijwaringsprocedure zelfstandig kan bestaan zonder de hoofdprocedure, bijvoorbeeld als de hoofdzaak wordt doorgehaald wegens een schikking tussen eiser en gewaarborgde. Deze vraag is in de (lagere) rechtpraak bevestigend beantwoord.

Zo overwoog het Hof Arnhem:

‘Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat Lammertink [gewaarborgde, eiser in vrijwaring, toevoeging auteur] bij de beoordeling van zijn vordering in vrijwaring nog wel belang heeft, ook al is in de hoofdzaak de zaak op de rol doorgehaald.’³

De Rechtbank Utrecht motiveerde haar oordeel als volgt:

‘Het principe van vrijwaren (in materiële zin) is bedoeld (...) om één van de partijen in een procedure de mogelijkheid te bieden om de nadelige gevolgen van het verlies van de hoofdzaak af te wentelen op een ander, de waarborg. Gelet op deze bedoeling dient de bij conclusie van repliek gewijzigde vordering van TNT [gewaarborgde, gedaagde in hoofdzaak, toevoeging auteur], inhoudende dat zij thans de betaling van het schikkingsbedrag aan FCN [eiseres in hoofdzaak, toevoeging auteur], hetgeen voor TNT financieel nadelig is, op Euromail [waarborg, gedaagde in vrijwaring, toevoeging auteur] wenst af te wentelen, in het kader van de onderhavige vrijwaringsprocedure, inhoudelijk te worden beoordeeld. Het verweer van Euromail dat deze procedure hiervoor geen ruimte zou bieden, wordt gelet op dit principe, verworpen.’⁴

Ook de Rechtbank Almelo verwierp het verweer van de waarborg dat de eis in vrijwaring dient te worden afgewezen, vanwege de enkele reden dat in de hoofdzaak een schikking was bereikt en daardoor niet aan de voorwaarde was voldaan dat de gewaarborgde in de hoofdzaak zal worden veroordeeld:

‘Ingevolge artikel 215 Rv kan in de vrijwaringszaak afzonderlijk worden beslist, als de hoofdzaak en de vrijwaringszaak niet tegelijk in staat van wijzen zijn.

Deze situatie doet zich in dit geval voor, nu er in de hoofdzaak een minnelijke regeling tot stand is gekomen.’⁵

Uit deze jurisprudentie blijkt dat een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak geen vereiste is voor het bestaan van een vordering in de vrijwaring. Dit lijkt mij juist: de vordering in vrijwaring dient niet te worden afgewezen vanwege het enkele feit dat in de hoofdzaak geen veroordeling heeft plaatsgevonden omdat partijen de zaak hebben geschikt. Zou dat wel het geval zijn, dan zou de gewaarborgde (een deel van) het door hem te betalen schikkingsbedrag in een nieuwe, separate procedure op de waarborg moeten verhalen of de waarborg in de schikking te betrekken, wat het bereiken van een minnelijke regeling compliceert. Proceconomisch verdient het daarom de voorkeur om in vrijwaring voort te procederen.⁶ Eiswijziging is dan voldoende (en noodzakelijk wanneer de gewaarborgde zijn vordering formuleerde om de waarborg te veroordelen tot betaling van hetgeen waartoe de gewaarborgde in de hoofdprocedure mocht worden veroordeeld).⁷

4. Het regres van een verzekeraar op de waarborg in een vrijwaringsprocedure

Nu blijkt dat in een vrijwaringsprocedure voortgeprocedeerd kan worden nadat de hoofdzaak is geroyeerd wegens een schikking, rijst de vraag of – en zo ja, hoe – de verzekeraar in de vrijwaringsprocedure regres kan nemen op de waarborg.

Voeging en overneming ex artikel 212 en 214 Rv zijn middelen voor de waarborg (die immers geen partij is in de hoofdprocedure tussen eiser en gewaarborgde) om te interveniëren in de hoofdprocedure. Ervan uitgaande dat de verzekeraar in het voorbeeld deze mogelijkheden niet heeft – hij is immers niet in vrijwaring opgeroepen – dient de vraag te worden beantwoord hoe de verzekeraar dan regres kan nemen op de waarborg.

Een mogelijkheid is dat de vordering van de gewaarborgde (verzekerde) op de waarborg op grond van subrogatie (artikel 7:962 BW) overgaat op de verzekeraar en dat de verzekeraar de vrijwaringsprocedure voortzet. De schade die verzekerde heeft geleden, bestaat in het voorbeeld uit het schikkingsbedrag dat

2. Zie bijvoorbeeld HR 29 oktober 2004, *JOL* 2004, 560, r.o. 3.5, HR 13 december 2002, *NJ* 2005, 139 (*Hoummada/Winterthur*), r.o. 3.5 en HR 4 februari 2005, *NJ* 2006, 504, r.o. 3.5.

3. Hof Arnhem 7 september 2004, *JBPr* 2004, 74, r.o. 4.1.

4. Rb. Utrecht 6 oktober 2004, *NJF* 2005, 35, r.o. 4.5.

5. Rb. Almelo 22 augustus 2012, *LJN* BX6720, r.o. 5.1.

6. Het Hof Amsterdam oordeelde in 18 augustus 2005, *JBPr* 2006, 64, r.o. 5.10-5.15 dat op grond van doelmatigheid in een vrijwaringszaak plaats is voor een andere vordering dan de vordering tot vrijwaring, maar ook dat dit onverlet laat dat gedaagde in de vrijwaringszaak zich onder omstandigheden zal kunnen verzetten tegen een eis die meer dan een eis tot vrijwaring omvat, namelijk indien de eiser misbruik maakt van zijn processuele bevoegdheid, of anderszins in strijd met de eisen van een goede procesorde komt.

7. In dit verband is de overweging van het Hof Arnhem in het hierboven aangehaalde arrest interessant: ‘Naar het oordeel van het hof moet het mogelijk zijn aldus een vrijwaringseis te formuleren in verband met een inmiddels in de hoofdzaak bereikte schikking, omdat de bedoeling van de wetgever (zoals die bijvoorbeeld blijkt uit artikel 131 juncto artikel 87 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) om in procedures schikkingen te bereiken in het geval van een vrijwaring op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist indien tot aan een veroordeling in de hoofdzaak zou moeten worden voortgeprocedeerd, uitsluitend om te voorkomen dat niet-ontvankelijkheid in de vrijwaring volgt.’ (Hof Arnhem 7 september 2004, *JBPr* 2004, 74, r.o. 4.1.)

verzekerde aan eiser in de hoofdzaak heeft betaald.⁸ Het is deze vordering waarin de verzekeraar subrogeert.

Een andere mogelijkheid kwam aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2010, waarbij een verzekerde (gewaARBorgde) de vrijwaringsprocedure voerde namens een verzekeraar die niet formeel bij de procedure was betrokken.⁹ De casus was als volgt:

Delfland (eiseres in de hoofdzaak) sprak Van Kessel (gewaARBorgde) in de hoofdzaak aan wegens beschadiging van twee elektriciteitskabels van Delfland door Van Kessel. Van Kessel had daarbij gebruikgemaakt van een van Van Wijnen gehuurde graafmachine met machinist. Van Kessel was bij Allianz verzekerd tegen bedrijfsaansprakelijkheid (AVB). Van Wijnen had bij Nationale Nederlanden (NN) een werkmaterieelpolis afgesloten, die dekking bood voor schade door de verzekerde graafmachine aan goederen aangebracht. Van Kessel riep NN (waarborg) in vrijwaring op.¹⁰ Het ging in de vrijwaringsprocedure om de vraag of Van Kessel ter zake van de aan Delfland toegebrachte schade zelfstandig rechten kon ontfen aan de door Van Wijnen bij NN afgesloten werkmaterieelverzekering, hetgeen afhing van de vraag of Van Kessel kwalificeerde als verzekerde in de zin van deze polis.

Op het moment dat in de vrijwaring duidelijk werd dat Allianz Delfland op grond van de AVB van Van Kessel schadeloos had gesteld, verweerde NN zich met de stelling dat Allianz op grond van subrogatie in de rechten van Van Kessel was getreden en Van Kessel zelf geen belang meer had bij de procedure en daarom niet-ontvankelijk was. In reactie hierop legde Van Kessel aan haar vordering ten grondslag dat zij als lasthebber van Allianz optrad. NN stelde hier tegenover dat de vrijwaring zich naar haar aard niet leent voor het instellen van een vordering namens een derde, nu Van Kessel in de hoofdzaak op eigen naam was gedagvaard, zodat zij in de vrijwaring niet anders dan in die hoedanigheid (en dus niet als lasthebber van Allianz) kon ageren tegen NN.

De Hoge Raad verwierp het verweer van NN. Zij overwoog in dat kader:

‘Voorts geldt weliswaar in zijn algemeenheid dat de eiser in een vrijwaringsprocedure in dezelfde hoedanigheid moet optreden als in de hoofdzaak, zodat hij niet in de vrijwaringsprocedure een vordering namens of ten behoeve van een derde kan instellen indien hij in de hoofdzaak voor zichzelf optreedt, maar deze ljdt in een geval als het onderhavige uitzondering. Het gaat in deze vrijwaringsprocedure immers nog steeds om dezelfde (gestelde) vordering van Van Kessel jegens Nationale Nederlanden uit hoofde van de werkmate-

riaalverzekering. Ook na de overgang van die vordering op Allianz en de machtiging van Allianz aan Van Kessel om die vordering op eigen naam, doch ten behoeve van Allianz geldend te maken, blijft de rechtsstrijd gaan over hetgeen het hof in het tussenarrest als centrale vraag had aangemerkt: de vraag of Van Kessel dekking kan ontfen aan de werkmaterieelpolis. Met andere woorden: voor de behandeling en de beoordeling van de centrale vraag (...) maakt het geen verschil of Van Kessel de vordering jegens Nationale Nederlanden ten behoeve van zichzelf, dan wel (na overgang van de vordering op Allianz) ten behoeve van Allianz geldend maakt. Het voorgaande leidt tot het praktische resultaat dat de (vrijwarings)procedure van een verzekerde tegen de verzekeraar kan worden voorgezet ook nadat de verzekerde een uitkering heeft verkregen van een andere verzekeraar op wie de vordering overgaat, omdat de verzekerde de procedure dan als lasthebber kan voortzetten ten behoeve van die andere verzekeraar als materiële procespartij, ongeacht het tijdstip waarop die uitkering en overgang hebben plaatsgevonden.’¹¹

Op basis van dit arrest van de Hoge Raad kan een vrijwaringsprocedure mogelijk worden gevoerd namens een verzekeraar die zelf geen partij is bij de vrijwaring (noch bij de hoofdzaak). Wanneer de verzekeraar niet uit hoofde van subrogatie de procedure van de verzekerde (tevens gewaARBorgde) kan overnemen, zou een praktische oplossing kunnen zijn dat de verzekerde als lasthebber de procedure op eigen naam, maar namens de gesubrogeerde verzekeraar voortzet. Het is daarbij wel de vraag op welke grondslag de waarborg door gewaARBorgde werd aangesproken. Als die grondslag een andere is dan de grondslag die de gesubrogeerde verzekeraar aan zijn vordering ten grondslag legt, dan is de situatie anders dan in het arrest *Van Kessel/Nationale Nederlanden*. Daarbij ging het immers zowel bij Van Kessel als bij de gesubrogeerde verzekeraar (Allianz) om de (gestelde) vordering van Van Kessel jegens Nationale Nederlanden uit hoofde van de werkmateriaalverzekering.

Nu ging het in het *Van Kessel/Nationale Nederlanden*-arrest weliswaar om een atypisch geval waarin Van Kessel niet zijn eigen verzekeraar, maar die van een derde (Van Wijnen) in vrijwaring opriep. De grondslag zal echter niet verschillen, zolang de verzekeraar is gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde en uit dien hoofde regres neemt op de waarborg. De verzekeraar neemt in het geval van subrogatie immers op grond van artikel 7:962 lid 1 BW per definitie (onder meer) de vordering tot schadevergoeding van de verzekerde over.

8. Vergelijk het hierboven geciteerde vonnis van Rb. Utrecht 6 oktober 2004, waarin de rechtbank oordeelde dat de vrijwaring plaats bood voor de vordering van de gewaARBorgde tot betaling van het schikkingsbedrag door de waarborg.

9. HR 26 februari 2010, NJ 2011, 474 (*Van Kessel/Nationale Nederlanden*).

10. Het is op basis van dit arrest niet duidelijk op welke grondslag *Van Kessel/Nationale Nederlanden* in vrijwaring opriep.

11. HR 26 februari 2010, NJ 2011, 474 (*Van Kessel/Nationale Nederlanden*), r.o. 4.4.2.

5. Conclusie

Uit de (feiten)rechtspraak blijkt dat een schikking in de hoofdzaak niet per definitie het einde betekent van het bestaan van de vrijwaringsprocedure. Eiswijziging is dan echter wel noodzakelijk wanneer de gewaarborgde zijn vordering formuleerde om de waarborg te veroordelen tot betaling van hetgeen waartoe de gewaarborgde in de hoofdprocedure mocht worden veroordeeld, nu geen veroordeling zal plaatsvinden in de hoofdprocedure. Een mogelijkheid voor een verzekeraar die zelf geen partij is bij de vrijwaring (noch bij de hoofdzaak) om regres te nemen op de waarborg voor de betaling die hij verrichtte op grond van de verzekering, is de vrijwaringsprocedure op grond van subrogatie van de verzekerde (gewaarborgde) overnemen. Op grond van het *Van Kessel/Nationale Nederlanden*-arrest blijkt dat de verzekerde onder omstandigheden als lasthebber de vrijwaringsprocedure op eigen naam, maar namens de gesubrogeerde verzekeraar kan voortzetten. Op deze wijze wordt voorkomen dat de verzekeraar zelfstandig een procedure moet entameren omdat de route via de vrijwaringsprocedure geblokkeerd zou zijn wegens een schikking in de hoofdzaak en verzekerde geen belang meer heeft bij de vrijwaringsprocedure vanwege de uitkering door de verzekeraar. Deze proceseconomische oplossingen komen tevens ten goede aan de doelmatigheid van de reeds bestaande vrijwaringsprocedure, waarover in de rechtspraak in het kader van het zelfstandig voortzetten van de vrijwaringsprocedure ook al werd gesproken.