

UIT DE GESCHIEDENIS VAN HET HANDELSRECHT

*

ART. 284 K.

1. Inleiding

De "eigenaardige omstandigheden" waaronder H.J. Scheltema zijn *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht* schreef, maakten het hem, naar zijn eigen zeggen¹, onmogelijk een uitgebreide bibliotheek te raadplegen, waardoor hij zich gedwongen zag zich soms te beperken, waar hij graag iets uitvoeriger ware geweest. Die beperkingen liggen vooral in de rechtshistorische onderbouwing van een aantal leerstukken. Niet dat Scheltema daaraan op zichzelf genomen grote waarde hechtte in een boek dat toch vooral voor de beoefenaren van het geldende recht was bedoeld (hij verwachtte niet door rechtshistorici te worden gelezen), maar zijn persoonlijke omstandigheden moeten toch zijn rechtshistorische nieuwsgierigheid danig hebben gefrustreerd. Een goed voorbeeld daarvan betreft de regeling van art. 284 K, behelzende de subrogatie van de betaald hebbende schadeverzekeraar in alle de rechten, welke de verzekerde ter zake van de schade tegen derden mocht hebben en waarvan Scheltema betoogt dat zij "een zelfstandige schepping van onze wetgever" zou zijn².

2. De gemeenrechtelijke assurantieliteratuur

De verzekeringsovereenkomst, *assecuratio*³, werd door de gemeenrechtelijke literatuur behandeld in aansluiting aan het uit de Justiniaanse codificatie bekende *fenus nauticum*, het contract van bodemerij, dat is een geldlening aan een scheepseigenaar ter zake van een zeereis, in het bijzonder teneinde lading in te kopen, onder het beding dat het geleende bedrag slechts zal behoeven te worden terugbetaald wanneer het schip behouden terugkeert⁴. Het *fenus nauticum* is

1. Zie het voorwoord bij de eerste druk uit 1945.

2. Scheltema/Mijnssen, *Het algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen a.d. Rijn 1991, p. 255.

3. Zie over de geschiedenis van het verzekeringsrecht Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, p. 354 e.v.

4. Zie voor het *fenus nauticum* de Digestentitel 22,2, waaraan de schadeverzekeringsovereenkomst placht te worden gekoppeld.

daarom geen zuivere schadeverzekeringsovereenkomst, een contract dat het Romeinse recht niet kende. De schadeverzekeringsovereenkomst is veeleer een creatie van het middeleeuwse *jus commune* en vindt, voorzover mijn informatie reikt⁵, haar eerste wetenschappelijke behandeling in het geschrift *De assecurationibus et sponsionibus mercatorum* van de Portugese jurist Petrus Santerna (Pedro de Santarém), waarvan de eerste druk in 1552 te Venetië verscheen. Samen met het tractaat *De navibus et naulo, item de assecurationibus notabilia* van de Italiaanse handelsrechtgeleerde Francesco Rocco (1605-1676)⁶, alsmede het boek *De mercatura seu mercatore* van de eveneens uit Italië afkomstige Benvenuto Stracca (1509-1578) vormde het de harde kern van de gemeenrechtelijke assurantieliteratuur⁷. Van Rocco stamt de tot op heden, ook door Scheltema gehanteerde definitie van de schadeverzekeringsovereenkomst als een *contractus quo quis alienae rei periculum in se suscepit, obligando se sub certo pretio ad eam compensandam, si illa perierit*⁸, dwz. "een contract waarbij iemand het risico van een andermans zaak op zich neemt, door zich te verplichten tegen betaling van een bepaalde prijs de waarde daarvan uit te keren indien zij is tenietgegaan".

3. Het regres van de verzekeraar

a. De oude handelsrechtelijke theorie

Bij de schadeverzekering werd aanvankelijk vrijwel uitsluitend gedacht aan door natuurgeweld veroorzaakte schade, zoals de ondergang van een schip ten gevolge van een storm. *Casus*, dat wil zeggen een schadeveroorzakende gebeurtenis die niet valt terug te voeren tot de schuld van een derde, vormde het uitgangspunt van de schadeverzekering. Dit lijkt, vanuit een abstract theoretisch standpunt,

5. Zie Scherner, "Die wissenschaft des Handelsrechts" in Coing's *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II/1, München 1977, p. 848 e.v.

6. Het geschrift was mij slechts toegankelijk in de vertaling van Joh. Feitama, *Merkwaardige aanmerkingen, vervat in twee tractaten waarvan het eene is handelende over Schepen en Vrachtgelderden en het andere over Assurantien ofte Verzekeringen*, Amsterdam 1737.

7. Zie de literatuurverwijzing bij Voet, *Commentarius ad Pandectas* 22,2,3 i.f.. Zie over Santerna en Stracca: Goldschmidt, "Benvenuto Stracca Anconitanus und Petrus Santerna Lusitanus" in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 38 (1891) p.1 e.v.

8. A.w. (zie noot 6) Art.1 (p.14).

voor de hand te liggen, daar in het geval van een schadeveroorzakende handeling van een natuurlijke of rechtspersoon tegen deze persoon hetzij uit onrechtmatige daad, hetzij uit wanprestatie kan worden opgetreden, terwijl *casus a nullo praestantur*⁹. Bij een dergelijke zienswijze is, met andere woorden, in het geheel geen sprake van een werkelijke vermogensschade, omdat in plaats van de tenietgegane of in waarde verminderde zaak een vordering tegen de veroorzaker van die schade is getreden die dezelfde vermogenswaarde vertegenwoordigt. Daarom vatte eerst betrekkelijk laat - ongetwijfeld nadat het inzicht veld had gewonnen dat men niet veel had aan een vorderingsrecht tegen een zeerover - de gedachte post dat ook schade die viel te herleiden tot culpoos gedrag van een derde moest kunnen worden verzekerd. Het is opmerkelijk dat in het oudste geschrift over de schadeverzekering, dat van Santerna, deze mogelijkheid nog als een tamelijk hypothetische noviteit wordt overwogen. Hij schrijft het volgende:

Maar wat, wanneer een schadeveroorzakende gebeurtenis wordt veroorzaakt door schuld, niet van de verzekerde, dat is de eigenaar van de koopwaar, maar van een derde? (...) Zal dit de verzekeraar ontslaan van zijn aansprakelijkheid?

Ik denk het niet, omdat de daad van een derde niet verhindert dat de verbintenis (tot uitkering van de verzekerde som) ontstaat¹⁰.

Ter verdediging van deze stelling, die, kennelijk, nog door weinigen voor hem was verdedigd, zoekt Santerna steun bij een aantal plaatsen uit het Corpus Iuris, teksten die, omdat zij de grondslag vormen van één der belangrijkste aspecten van het moderne schadeverzekeringsrecht, onze aandacht verdienen. Zij zijn bovendien ook illustratief voor de wijze van werken der gemeenrechtelijke auteurs, die gedwongen waren het Corpus Iuris op een uiterst creatieve wijze te interpreteren.

De eerste Digestenplaats die Santerna noemt is D.35,1,40. De tekst heeft, uiteraard, in het geheel niets uitstaande met schadeverzekeringen, laat staan met de vraag die Santerna zich stelde. In het *principium* van deze tekst wordt evenwel een gedachte verwoord die tegen de achtergrond van een aantal andere

9. D. 50,17,23.

10. Petrus Santerna, *De assecurationibus* (in: Benvenuto Stracca e.a., *De Mercatura*, Amsterdam 1669 (een convoluut waarin een groot aantal handelsrechtelijke geschriften bijeen zijn gebracht)), quarta pars, no.18: Quid autem si per culpam casus contingat, non ex persona assecurati, hoc est domini mercium, sed ex persona tertii (...) an excuset assecuratorem? Credo quod non, quia factum tertii non impedit obligationem committi.

Digestenplaatsen met een sterk ontwikkeld gymnastisch gevoel voor analogie en inductie op die vraag kan worden toegepast:

De dagen gedurende dewelke je buurman je heeft verhinderd van de openbare weg gebruik te maken, toen jij daarover wilde gaan ter vervulling van de voorwaarde, zullen, indien het niet aan jou lag dat jij hem daarvan niet hebt verwijderd door op grond van deze chicane tegen hem te procederen, niet worden betrokken bij de vaststelling van de vraag of aan de voorwaarde is voldaan¹¹.

Het enige dat deze tekst vaststelt is dat wanneer niet op tijd kan worden voldaan aan de vervulling van een voorwaarde door toedoen van een *factum tertii*, de verbintenis toch kan ontstaan, omdat de dagen gedurende dewelke men was verhinderd aan de vervulling van de voorwaarde te voldoen bij de daarvoor gestelde termijn mogen worden opgeteld. Op het eerste gezicht lijkt deze plaats daarom inderdaad totaal onbruikbaar voor de vraag die ons bezighoudt. In de glosse, in het licht waarvan iedere Digestenplaats dient te worden begrepen, wordt evenwel bij deze plaats een belangrijke vraag opgeworpen¹². Immers: over het algemeen wordt een voorwaarde voor niet vervuld gehouden, indien men door toedoen van een derde wordt verhinderd daaraan te voldoen. De schade die men daaruit lijdt, kan men immers verhalen op de derde die heeft verhinderd dat op tijd aan de voorwaarde werd voldaan. De lezer wordt voor deze laatste vaststelling verwezen naar D.9,2,23,2:

Hier wordt een geval behandeld, waarin iemand is ingesteld tot erfgenaam onder de voorwaarde dat hij zijn slaaf vrijlaat. Indien nu de slaaf door een derde wordt gedood voordat de eigenaar hem heeft kunnen vrijlaten, kan aan de voorwaarde niet meer worden voldaan, maar beschikt de eigenaar over een vordering uit onrechtmatige daad waarin niet alleen schadevergoeding kan worden geëist voor de waarde van de slaaf, maar ook voor het verlies van de nalatenschap¹³.

11. Quibus diebus vicinus tuus te via publica, cum ad parendum condicioni ire velles, ire prohibuerit nec per te staret, quo minus agendo ob calumnias eum summoveas, hi dies condicioni non imputantur.

12. Gl. *Conditioni* ad D.35,1,40.

13. "Dezelfde Iulianus schrijft dat ik, wanneer ik tot erfgenaam ben ingesteld onder de voorwaarde "indien ik Stichus zal hebben vrijgelaten" en Stichus is gedood na de dood van de testator, bij de schadevergoeding ook de waarde van de nalatenschap mag betrekken. Want door de moord wordt de vervulling van de voorwaarde onmogelijk" (Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione "si Stichum manumisero" et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio).

Deze Digestenplaats is in zoverre opmerkelijk, omdat daarin een vordering uit onrechtmatige daad wordt toegekend tot vergoeding van schade die bestaat uit ten gevolge van de onrechtmatige daad niet gerealiseerde vermogenswinst. Gegeven deze mogelijkheid wordt de vraag van de glosse begrijpelijk; het ligt immers voor de hand aan te nemen dat de vordering uit onrechtmatige daad die een belanghebbende heeft tegen iedere derde die hem verhindert een voorwaarde te vervullen het verlies van het aan die voorwaarde verbonden recht compenseert. De glosse lost het probleem op door vast te stellen dat dit laatste inderdaad het geval is indien de vervulling van de voorwaarde door het *factum tertii* geheel onmogelijk is geworden en dat de oplossing van D.35,1,40 slechts dan geldt, wanneer dit niet het geval is.

Wat nu heeft dit alles uit te staan met de schadeverzekeringsovereenkomst?

De uitkeringsverplichting van de verzekeraar is een voorwaardelijke: hij is slechts verplicht te betalen, indien er schade ontstaat. Het probleem nu waarmee Santerna worstelde, is dat in het geval van door een *factum tertii* toegebrachte schade de gedachte voor de hand ligt dat de verzekeraar geen betalingsverplichting heeft, omdat de verzekerde zich op de veroorzaker van die schade kan verhalen. Bezien vanuit dit probleem, krijgen de hierboven behandelderomeinsrechtelijke vraagstukken enig modern perspectief. Immers: in het geval van D.35,1,40 beschikt degene die is verhinderd aan een bepaalde voorwaarde te voldoen over *twee* vorderingen! Enerzijds bepaalt de tekst dat hij, ondanks het *factum tertii*, in staat wordt gesteld alsnog aan de voorwaarde te voldoen, zodat de verbintenis tussen hem en zijn (voorwaardelijke) debiteur alsnog onvoorwaardelijk en opeisbaar wordt, anderzijds beschikt hij over een vordering uit onrechtmatige daad tegen degene die hem aan de vervulling van de voorwaarde heeft verhinderd. De debiteur van de voorwaardelijke vordering vermag zich dus, ter vermijding van zijn aansprakelijkheid, niet te beroepen op het feit dat zijn crediteur een vordering uit onrechtmatige daad heeft tegen degene die hem heeft verhinderd de voorwaarde tijdig te vervullen. Zo mag zich ook de verzekeraar, ter vermijding van zijn aansprakelijkheid, niet beroepen op het feit dat de verzekerde ter zake van de schade een vordering uit onrechtmatige daad heeft tegen een derde. De verzekerde kan dus de verzekeraar aanspreken. Wat echter te denken van de vordering uit onrechtmatige daad tegen de veroorzaker van de schade? Gaat zij teniet doordat de verzekeraar een uitkering heeft gedaan? En - zo neen - wie kan tegen de schadeveroorzaker in rechte optreden? Santerna vervolgt zijn betoog als volgt:

Toch moet er worden toegegeven dat tegen die derde in rechte kan worden opgetreden, vooral vanwege de door zijn schuld toegebrachte schade (D.9,2,23,2). Maar wie treedt er in rechte op tegen die derde, door wiens toedoen de schade is ontstaan? Ik denk de verzekeraar, die degene is die het risico draagt¹⁴.

Santerna beroept zich, ter verdediging van deze stelling op zijn eigen definitie van het risico dat een verzekeraar draagt; dit namelijk zou ook bestaan uit de vergoeding van door schuld toegebrachte schade¹⁵. Naast deze *petitio principii* wordt Santerna's lezer verwezen naar een aantal opmerkingen van Bartolus de Sassoferrato, waarin de grote meester een nauw verwant probleem aan de orde stelt.

In zijn commentaar op D. 35,1,40 bespreekt Bartolus het hierboven reeds aan de orde gestelde probleem: in beginsel zou men aan de (voorwaardelijke) crediteur niet de mogelijkheid behoeven te geven binnen een extra termijn aan de gestelde voorwaarde te voldoen, omdat hij reeds uit hoofde van de onrechtmatige daad van de buurman, het *factum tertii*, over de vermogenswaarde van de (voorwaardelijke) vordering beschikt. Bezien vanuit het licht van de in D.9,2,23,2 vervatte hoofdregel lijkt de oplossing van D.35,1,40 overbodig. Bartolus¹⁶ bespreekt dan de oplossing van deze tegenstrijdigheid die door de glossatoren werd aangevoerd en voegt daaraan toe dat die hem onbevredigend voorkomt. Zeker, wanneer men daarbij een andere, met die van D.35,1,40 nagenoeg overeenkomende casus betreft. Het gaat om D.2,10,3,4:

14. Santerna, t.a.p.: "(...) fatendum tamen est, quod agi poterit contra illum tertium, maxime ratione damni sua culpa illati (leg. inde Neratius § 1 Dig. ad leg. Aquil.). Sed quis agit contra illum tertium, cuius occasione periculum contingit? Credo quod assecurator qui damnum periculi patitur". Santerna's opvatting omtrent het regresrecht van de verzekeraar werd gedeeld door het hooggerechtshof van Genua: zie *Decisiones Rotae Genuensis de mercatura* (opgenomen in het hierboven, noot 10, aangehaalde geschrift *De Mercatura*), decisio III n° 15. Het Hof gaf als zijn mening dat het regres uiteraard was uitgesloten, wanneer de verzekeraar zijn aansprakelijkheid voor schade die door de schuld van derden was toegebracht uitdrukkelijk in de polis had uitgesloten. De Genuese verzameling met handelsrechtelijke uitspraken is talloze malen herdrukt en genoot een groot gezag. De Genuese Rota namelijk was, anders dan onze toenmalige gerechtshoven, verplicht haar uitspraken te motiveren zodra het procesbelang een bepaald bedrag oversteeg.

15. T.a.p, quarta pars, no.1: (periculum) comprehendit equidem casum improvisum scilicet ex culpa proveniente.

16. *Commentarius in secundam Digesti Infortiati partem*, Lyon 1552, ad D.35,1,40, a.w. f.135 verso.

Een crediteur is met een borg overeengekomen dat deze hem 50 zal betalen, indien de debiteur, van wie de crediteur 100 te vorderen heeft, niet in rechte verschijnt. De debiteur verschijnt inderdaad niet in rechte, maar niet door eigen schuld, doch omdat hij door boos opzet van een derde werd verhinderd in rechte te verschijnen. De tekst stelt vast dat in dit geval de crediteur een vordering uit onrechtmatige daad ten belope van 100 tegen de derde heeft, omdat hij een vermogensrechtelijk belang van die grote had bij het verschijnen van de debiteur, alhoewel de borg hem voor deze eventualiteit slechts 50 had toegezegd¹⁷.

Bartolus veronderstelt bij dit geval, terecht, dat de vordering van de crediteur is gebonden aan een vervaltermijn, zodat zij teniet gaat wanneer hij zijn debiteur niet tijdig in rechte betreft. Dan is een situatie ontstaan die niet ongelijk is aan die, welke in D.35,1,40 wordt besproken. Immers: de crediteur heeft vermogensverlies geleden doordat een derde zijn debiteur heeft verhinderd tijdig in rechte te verschijnen. Hij heeft daarom in beginsel een vordering uit onrechtmatige daad tegen die derde. Daarnaast echter beschikt hij, juist voor het geval waarin zijn debiteur niet tijdig in rechte verschijnt, over een vordering uit borgtocht tegen de borg. Hoe verhouden zich deze beide vorderingen tot elkander? Kan de crediteur de derde, die heeft verhinderd dat zijn debiteur in rechte is verschenen, voor 100 aanspreken en zich vervolgens op de borg verhalen?

De glosse beantwoordde deze vraag bevestigend¹⁸ en wel omdat de borg en de derde op grond van verschillende oorzaken tot betaling gehouden waren: de derde tot een *poena* op grond van zijn onrechtmatige daad, de borg op grond van een overeenkomst. Bartolus verwerpt deze gedachte en wel op grond van de volgende overweging¹⁹: een borg heeft voor alles wat hij heeft betaald regres op de debiteur en deze kan op grond van de bijzondere onrechtmatige daad welke in de Digestentitel 2,10 wordt besproken tegen de derde optreden die hem heeft verhinderd in recht te verschijnen zodat deze zou kunnen worden gedwongen twee keer te betalen, één keer 100 aan de crediteur en één keer 50 aan de debiteur, *quod esse non debet*, vindt Bartolus. Het verdient te worden benadrukt dat Bartolus' opinie dat de borg bevrijd is wanneer de derde heeft betaald, is gebaseerd op het feit dat deze zowel door de crediteur als door de debiteur op

17. D.2,10,3,4: Si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non venerit, petiturus a reo centum, et dolo malo Sempronii factum fuerit ne in iudicium reus veniat; centum a Sempronio consequar. Tanti enim mea interfuisse videtur, quia, si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum vel adversus heredem eius competeat, licet fideiussor minorem summam mihi promiserit.

18. Gl. *Consequar* ad D.2,10,3,4 (Azo).

19. *Commentarius in primam Digesti Veteris partem*, Lyon 1552, ad D.2,10,3,4, a.w. f. 81 recto.

grond van één en dezelfde onrechtmatige daad kan worden aangesproken. Inderdaad is de aansprakelijkheid van de borg gegrond op een andere oorzaak dan die van de derde, maar het feit dat de borg zich voor zijn schade kan verhalen op de debiteur en deze zich op grond van onrechtmatige daad kan verhalen op de *impediens*, de derde, voert hem tot de gevolgtrekking dat men uit één en hetzelfde rechtsfeit (de onrechtmatige daad van de derde) slechts één maal schadevergoeding kan vorderen, zodat betaling door de één (de derde *impediens*), de ander (de borg) bevrijdt. De crediteur kan dus kiezen: ofwel hij spreekt de *impediens* aan, ofwel hij spreekt de borg aan. Spreekt hij eerst de borg aan, dan kan deze zich voor de door hem betaalde 50 verhalen op de debiteur, die zich, op zijn beurt, voor dit bedrag kan verhalen op de *impediens*. Voor de resterende 50 kan dan de crediteur zich nog verhalen op de *impediens*. Spreekt hij de *impediens* voor de volle 100 aan, dan is de borg bevrijd.

Het bovenstaande betoog van de grote Bartolus werd door Santerna toegepast op de schadeverzekeringsovereenkomst, hetgeen temeer voor de hand lag daar menige geleerde een nauw verband legde tussen de schadeverzekeringsovereenkomst en de borgtocht²⁰. Indien men dus door toedoen van een derde schade heeft geleden waarvoor men zich heeft verzekerd, dan heeft de gelaedeerde de keus: ofwel hij spreekt de laedens aan, ofwel hij spreekt de verzekeraar aan. Beiden zijn in beginsel aansprakelijk. Indien de verzekeraar betaalt, is de laedens bevrijd ten opzichte van de gelaedeerde, doch niet ten opzichte van de verzekeraar. Deze namelijk heeft regres op de laedens en wel op grond van diens onrechtmatige daad. Deze onrechtmatige daad bestaat uit het feit dat door de onrechtmatige daad van de laedens jegens de gelaedeerde een betalingsverplichting voor de verzekeraar in het leven wordt geroepen. Door te betalen, lijdt de verzekeraar vermogensschade en het is deze schade die hij, op grond dus van *een zelfstandige onrechtmatige daad* van de laedens vordert. Santerna illustreert dit aan de hand van een tweetal, naar alle waarschijnlijkheid door hemzelf hiermede in verband gebrachte Digestenplaatsen. Het betreft D. 19,2,13,1&2:

Indien een reder zich heeft verplicht een lading naar Minturno te varen en, aangezien de rivier daar (de Liris) niet voor het schip bevaarbaar was, de lading op een ander schip heeft overgeladen en dat schip is in de monding van de rivier ten onder gegaan, is dan de eerste reder aansprakelijk? Labeo zegt, dat hij niet aansprakelijk is indien hij geen schuld heeft, maar indien hij dit heeft gedaan

20. Zie daarover aanstonds nader in de tekst.

tegen de wil van de inlader, of op een tijdstip waarop hij dit niet had moeten doen, of op een ongeschikt schip, dan is hij aansprakelijk. (2) Indien de kapitein zijn schip zonder een loods de rivier op heeft gevaren en, nadat er een storm is uitgebroken, de controle over het roer heeft verloren en zijn schip heeft verloren, dan hebben de inladers een actie tegen hem²¹

Santerna voegt de casus van §1 bij die van §2 en stelt vast dat in een dergelijk geval zowel de reder, als de schipper aansprakelijk zijn jegens de inlader. Kennelijk verbindt hij hieraan de problematiek die hierboven werd besproken: indien de inladers de schipper aanspreken, is de reder bevrijd, doch indien de inladers de reder aanspreken, kan de laatste zich verhalen op de schipper.

De oudere gemeenrechtelijke literatuur, zo mag samenvattend worden gesteld, baseerde het verhaalsrecht van de verzekeraar op de delinquent op de onrechtmatige daad van de delinquent waardoor vermogensschade werd toegebracht aan de verzekeraar. Van een eventuele verplichting van de verzekerde om zijn vorderingen tegen de delinquent na uitkering van de verzekering te cederen aan de verzekeraar, laat staan van een subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de verzekerde is geen sprake: de gedachte dat uit onrechtmatige daad ook kan worden opgetreden door de verzekeraar, maakte deze constructie overbodig²². De verzekeraar lijdt evenwel slechts schade indien hij een uitkering aan de verzekerde heeft gedaan. Voordien is de delinquent slechts gehouden aan de door zijn onrechtmatige daad onmiddellijk gelaedeerde persoon (de verzekerde) te betalen. Heeft er een uitkering plaats gevonden, dan vervalt de schadevergoedingsverplichting van de delinquent jegens de verzekerde en ontstaat zijn schadevergoedingsplicht jegens de verzekeraar. De delinquent

21. Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non tenetur ait: ceterum si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum (2) Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdidit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

22. Vergelijk ook Joh. Marquard, *Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari*, Frankfurt 1662, Lib.2, cap.13, § 54. Terzijde zij er hier op gewezen dat in zijn verhandeling over het verzekeringsrecht (in cap.13) uitvoerig gebruik wordt gemaakt van Hugo de Groot's *Inleidinge* (Inl. 3, 24 (Van verzeeking), die door de schrijver in het Nederlands wordt geciteerd!), alsmede van de Amsterdamse Ordonnantie op de Assurantie. Het siert Marquard verder dat hij anders dan vrijwel al zijn tijdgenoten, inclusief de Nederlandse, ook oog heeft voor de verzekeringsaspecten van het vervoer over land in plaats van dat over zee.

kan, naar deze zienswijze, niet meer na een gedane uitkering door de verzekerde worden aangesproken *omdat deze schadeloos is gesteld*! Hij kan na een gedane uitkering slechts door de verzekeraar worden aangesproken *omdat deze schade heeft geleden*²³! De grondslag voor het zelfstandige vorderingsrecht van de verzekeraar is, derhalve, *niet* gelegen in cessie of subrogatie, maar in een onrechtmatige daad door een derde *jegens hem* gepleegd.

De oude klassieke leer beleefde in de 19^e eeuw een curieuze renaissance in Frankrijk. Noch in de oude Code de commerce, noch in de Code civil was namelijk een bepaling opgenomen omtrent het regres van de (schade)verzekeraar op de derde die de schade had veroorzaakt. De vraag nu of de verzekeraar een dergelijk regresrecht had en - zo ja - waarop dit was gebaseerd, werd zelden ter sprake gebracht omdat de Franse assurantiepraktijk zich bediende van polissen, waarin de verzekerde zich verplichtte zijn rechten tegen eventuele schadeveroorzakende derden aan de verzekeraar over te dragen. Er is in de Franse literatuur van voor 1930 veel geschreven over de vraag of in dit geval sprake was van een gewone cessie of van een conventionele subrogatie, een vraag die, gezien de verschillen in vormvereisten en rechtsgevolgen, niet van belang ontbloot was. Wij kunnen haar echter laten rusten omdat hier slechts de vraag aan de orde is of de verzekeraar *van rechtswege* een regres op de schadeveroorzaker toekomt, een vraag die slechts aan de orde was indien het zojuist genoemde beding *niet* in de polis was opgenomen. In 1829 werd de Cour de Cassation met deze vraag geconfronteerd. Een verzekeraar die het meergenoemde cessie/subrogatie-beding *niet* in zijn polis had opgenomen, beriep zich er op dat hij ook zonder dit beding op grond van art 1251 Cc (= 1438 OBW) *van rechtswege* in de rechten van de verzekerde was gesubrogeerd. Deze gedachte was zo vreemd nog niet omdat in Pothier's tractaat over de verzekeringsovereenkomst inderdaad iets dergelijks wordt opgemerkt²⁴. Er was hier echter sprake van een zeeverzekering die in Frankrijk zorgvuldig werd onderscheiden van andere verzekeringen ("assurances terrestres") en bovendien was elders in hetzelfde tractaat van Pothier een mededeling te vinden die inhield dat

23. Hetzelfde betoog vindt men bij Franc. Rocco (Roccus) in zijn hierboven genoemde tractaat. Zie daar (zie noot 6) Art. 27, § 86 e.v.

24. *Traité du contrat d' Assurance* n° 65 (*Oeuvres de Pothier* VII, Parijs 1818): "L' assureur qui s'est chargé envers les marchands de ces pertes et dommages, et qui en conséquence les en a indemnisés, *est de plein droit subrogé* aux actions desdits marchands, tant contre le maître que contre l'armateur".

de verzekerde slechts *verplicht* was zijn rechten tegen derden aan de verzekeraar te cederen²⁵. Wat dies ook zij, de Cour de Cassation verwierp de gedachte dat de verzekeraar door het doen van een uitkering van rechtswege was gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde²⁶. Deze uitspraak verbijsterde de Franse rechtsgeleerde gemeenschap omdat zij scheen te impliceren dat de verzekerde zijn rechten tegen de schadeveroorzaker behield en dat deze zich niet op de schadeuitkering door de verzekeraar aan de verzekerde kon beroepen omdat de overeenkomst tussen verzekeraar en gelaedeerde voor hem een *res inter alios acta* was, waaraan hij geen rechten kon ontlenen (art. 1119 Cc (= art. 1351 OBW)). Deze consequentie van de uitspraak van 1829 werd veelal verworpen op grond van een wel zeer extensieve toepassing van het indemniteitsbeginsel. Er werd evenwel van velerlei zijde (terecht) op gewezen dat het indemniteitsbeginsel slechts van toepassing was in de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde, niet ook op de verhouding tussen de gelaedeerde en de laedens²⁷. Uiteindelijk scheen de billijkheid te gebieden dat de verzekeraar een vorderingsrecht tegen de schadeveroorzaker werd toegekend en wel teneinde aan tweeeërlei consequenties van de uitspraak van 1829 het hoofd te bieden. Enerzijds diende te worden voorkomen dat de verzekerde tweemaal werd schadeloos gesteld, anderzijds diende te worden verhinderd dat de schadeveroorzaker de voordelen plukte van de verzekering die was gesloten door degene aan wie hij schade had toegebracht. Maar waar de grondslag voor een dergelijk vorderingsrecht te zoeken nu de Cour de Cassation de weg van art. 1251 Cc had afgesneden? Zo werd dan in Frankrijk het juridische wiel ten tweede male uitgevonden door aan de verzekeraar, evenals onder de oude, klassieke handelsrechtelijke doctrine was geschied, een zelfstandig vorderingsrecht uit onrechtmatige daad (art 1382 Cc) toe te kennen.

In de zaak *Compagnie d' assurances "La Prudence" C. Berlot*²⁸ was door de schadeverzekeraar een uitkering gedaan aan Berger, de verzekerde, ter zake van een hooimijt die was verbrand. De verzekeraar sprak daarop ex art. 1382 j° 1383 Cc (1401 j° 1403 OBW) de moeder en voogd van de minderjarige Auguste Lindet aan, die de hooimijt in brand had gestoken. De eiser werd in eerste instantie niet ontvankelijk verklaard in zijn eis omdat zijn verbintenis tot betaling van de schadevergoeding, gebaseerd op de verzekeringsovereenkomst, geen enkel verband hield met het vorderingsrecht van Berger tegen de moeder van Auguste,

25. A.w. n° 50: "je dois lui céder mes actions".

26. Civ. 2 mars 1829, *D.* 1829, 1, 163.

27. Zie hierover H. Gauthier, *Du recours de l' assureur contre le tiers responsable du dommage*, Parijs 1939, p. 13 e.v.

28. Civ. 22 décembre 1852, *D.* 1853, 1, 93.

dat was gebaseerd op onrechtmatige daad en dat hij, omdat hij niet krachtens overeenkomst gesubrogeerd was in de rechten van Berger, de rechten van de laatste niet kon laten gelden tegen de pleger van de onrechtmatige daad. De Cour de Cassation vernietigde deze uitspraak, overwegende dat "le demandeur en cassation fondait son recours (...) non sur une subrogation légale ou conventionnelle, mais uniquement sur l' art. 1382 précité" en dat "l'action, ainsi formulée, était entièrement indépendante de l'action qui aurait pu résulter des règles sur la subrogation; et qu'une telle action compète personnellement, et en l'absence même de toute subrogation, à tous ceux qui ont souffert un préjudice par le fait d'autrui".

De Cour de Cassation heeft geruime tijd aan deze constructie vastgehouden²⁹. Zij vond evenwel geen onverdeelde steun³⁰, zeker niet nadat de rechtspraak haar was gaan toepassen op de levensverzekering³¹!

In 1902 wees het gerechtshof te Amiens een beroemd geworden arrest in de zaak *Société sucrière de Toulon C. Compagnie d'assurances sur la vie "La Foncière"*³². Ene Lebas had op 5 juli 1900 een levensverzekering gesloten bij "La Foncière" krachtens dewelke de laatste hem het bedrag van 5000 Fr. zou uitkeren indien hij op 20 juli 1920 nog in leven was of aan zijn vrouw indien hij voor die datum mocht zijn overleden, zulks tegen betaling van een jaarlijkse premie van 237 Fr, 60 centimes per jaar. Lebas stierf reeds op 6 oktober 1901 aan de gevolgen van een arbeidsongeval in het bedrijf van zijn werkgever, de "Société sucrière", dat was veroorzaakt door de grove onachtzaamheid van één der andere personeelsleden van de "Société" en waarvoor de laatste dus aansprakelijk was. "La Foncière" keerde de verzekeringssom uit aan de weduwe Lebas en eiste vervolgens schadevergoeding van diens werknemer op grond van de door diens onrechtmatige daad jegens de verzekeraar ontstane schade. Aangezien de schuld van "La Foncière" jegens Lebas niet, zoals bij de normale schadeverzekering, *ontstond* door de onrechtmatige daad van de "Société", maar slechts op een eerder dan naar de regels der kansberekening te verwachten tijdstip opeisbaar was geworden, werd de schade van de verzekeraar begroot op het bedrag dat hij naar diezelfde regels van iemand zoals Lebas aan premies zou hebben mogen verwachten, te weten 2947 Fr. De rechtbank van Laon toonde zich gevoelig voor dit betoog en wees de vordering toe, onder meer overwegende dat "les dispositions de l'art. 1382 Cc sont générales et absolues; qu'elles ne réservent pas exclusivement l'action en indemnité à celui qui a été directement victime du dommage ou à ses héritiers; qu'elles l'attribuent à quiconque a souffert un dommage dérivant d'une faute; qu'il en est ainsi du dommage que la

29. Zie bijv. Civ. 12 août 1872, *D.* 1872,1,293 en vergelijk Chambéry 5 février 1881, *D.* 1882,2,238.

30. Zie Gauthier, a.w. p. 42 e.v., alsmede H. Furtuna, *Du recours de l'assureur contre les tiers responsables de la réalisation du risque dans le contrat d'assurance*, Parijs 1915, p. 39 e.v.

31. Zie de rechtspraak, geciteerd bij Gauthier, a.w. p. 43,n.1.

32. Amiens 4 décembre 1902, *D.* 1903,2,313.

demanderesse aurait pu ressentir de la faute de ceux qui auraient causé la mort". Het Gerechtshof van Amiens vernietigde deze uitspraak, onder meer overwegende dat "les contrats d'assurance sur la vie souscrits par les compagnies dans le but et avec l'espoir, fort légitime d'ailleurs, de réaliser des bénéfices, ne peuvent aggraver la responsabilité des personnes dont l'imprudance ou la négligence a occasionné la mort de l'assuré; que ces contrats sont à leur égard "res inter alios acta" et ne sauraient servir de fondement contre elles à une action quelconque".

Deze laatste rechtsoverweging van het Hof markeerde het begin van een nieuwe fase in het Franse denken omtrent de grondslagen van het regresrecht van de verzekeraar tegen de schadetoebrengende derde. Weliswaar had de zaak zelf slechts betrekking op het regres van de sommenverzekeraar, maar de zeer algemeen gestelde rechtsoverweging kon ook worden toegepast op de schadeverzekering. Immers: was ook hier niet sprake van een *res inter alios acta*? Zo geraakte de oude leer, die het regres van de verzekeraar baseerde op de gedachte van de onrechtmatige daad door de schadetoebrengende derde *jegens hem* gepleegd in discrediet reeds geruime tijd voor zij uiteindelijk in 1930 definitief werd verlaten door de wet van dat jaar, waarin, aansluitende aan de praktijk van de conventionele subrogatie, een wettelijke subrogatie van de schadeverzekeraar werd geïntroduceerd (zie nu C.assur. L.121-12). Na 1930 is nog een enkele keer geprobeerd om het regres van de schadeverzekeraar op onrechtmatige daad, niet op de wettelijke subrogatie, te baseren, maar pogingen daartoe werden onder meer afgewezen met het argument dat "la faute commise par le tiers auteur de l'accident ne modifie en rien les prévisions et les conditions du contrat d'assurance qui est à l'égard de ce dernier *res inter alios acta*"³³!

b. De nieuwere romeinsrechtelijke theorie.

Het is buitengewoon opmerkelijk dat de dogmatische hoogtepunten van de gemeenrechtelijke assurantieliteratuur betrekkelijk vroeg zijn verschenen³⁴.

33. Uitspraak van de (voormalige) Chambre des Requêtes van de Cour de Cassation d.d. 18 april 1932, geciteerd bij Gauthier, a.w. p.45, n.1. Vergelijk hiermede het beroemde Nederlandse arrest van 24 jan. 1930, NJ 1930, 299, waarin de Hoge Raad de "Schutznormtheorie" op deze vraag loslaat.

34. Het hier geconstateerde verschijnsel hangt, naar mijn stellige indruk, samen met de opkomst van het juridisch humanisme, de *schola Cuiaciana*, dat zich ver verheven voelde boven het commerciële recht en de traditionele neiging van in het bijzonder de op de rechtspraktijk gerichte Italiaanse school om de bepalingen uit het Corpus Iuris aan de eisen van de tijd aan te passen als on-wetenschappelijk, want a-historisch, veroordeelde. Illustratief voor deze attitude is het oordeel van Van Bijkershoek over Stracca en

Principiële beschouwingen omtrent de grondslag van het verhaalsrecht van de verzekeraar op de derde die culpoos schade heeft toegebracht aan de verzekerde, heb ik noch bij Pothier³⁵, noch bij De Groot³⁶, noch bij Van Bijnkershoeck³⁷ kunnen vinden³⁸! Bijzonder teleurstellend ook is de geringe oogst die men aantreft in de *Commentarius ad Pandectas* van Johannes Voet, voor wat het commune privaatrecht betreft toch de belangrijkste "Restatement" van het oude *jus commune*: veel verder dan een verwijzing naar de in zijn tijd gangbare literatuur, komt hij niet³⁹. Nagenoeg zonder uitzondering wordt de verzeke-

Santerna, die door hem (*Quaestiones Juris Publici*, Leiden 1752, I,21) als "semibarbari" worden gekenschetst. Deze elitaire houding verhinderde de creatieve ontwikkeling van een modern handelsrecht op basis van het Corpus Juris in onze gebieden.

35. *Traité du contrat d'assurance* in *Oeuvres de Pothier* VII, ed. Parijs 1818, p. 140 e.v.

36. *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, III, 24; vergelijk daarbij ook het zeer goede commentaar van Van der Keessel, *Praelectiones juris hodierni etc.*, Amsterdam/Kaapstad 1967, p. 122 e.v.. Zie over de kwaliteit en de betekenis van De Groots beschouwingen over het verzekeringsrecht: W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de Wetenschap van het Handelsrecht in Nederland tot 1809*, Amsterdam 1956, p. 102.

37. *Quaestiones Juris Privati*, Lib. 4. Zie over het belang van Van Bijnkershoecks uiteenzettingen over het verzekeringsrecht, Lichtenauer, o.c. 109-110: "Het is tekenend voor de armoede van de handelsrechtelijke publicaties in Nederland uit dien tijd, dat zulk een verhandeling, welke dan nog uitsluitend de zeeverzekering bestreek, hoe verdienstelijk op zichzelf ook, zulk een groten indruk maakte en op slag een standaardwerk werd". Buitengewoon illustratief ook voor de armoede van onze achttiende-eeuwse handelsrechtelijke literatuur is het verschijnen, nog in 1737, van een vertaling van Rocco's tractaat over verzekeringsrecht (zie hierboven, noot 6) dat op dat tijdstip al honderd jaar oud was. Ik wijs er bovendien nog op dat noch van de originele Latijnse versie, noch van de Nederlandse vertaling van dit boek een exemplaar aanwezig was in de Groninger en Franeker universiteitsbibliotheken; Feitama's vertaling die ik gebruikte bevond zich in de bibliotheek van het voormalige Hof van Friesland!

38. Een verklaring hiervoor is wellicht gelegen in het feit dat de nadruk in het oude verzekeringsrecht lag op het zeeverzekeringsrecht en dat zich daarbij, even afgezien van zeerovers, een door schuld van derden toegebrachte schade slechts laat voorstellen ten gevolge van culpoos gedrag van de zeelui welke in dienst zijn van de vervoerder. In verband hiermede werd een door schade en schande ingegeven distinctie aangebracht die niet onvermeld mag blijven. Indien de verzekeraar een verzekeringsovereenkomst had gesloten met de reder, was een verzekering tegen schuld van de kapitein veelal uitgesloten (soms zelfs bij (locale) wet), zulks teneinde een samenspanning tussen reder en kapitein uit te sluiten. Indien echter de eigenaren van de lading zich hadden verzekerd, was een verzekering tegen schade veroorzaakt door schuld van zowel de kapitein als ook de bemanning wel mogelijk. Zie hierover Van Bijnkershoeck, *Quaestiones Juris Privati*, Leiden 1744, Lib.4, cap.4. Over het verhaal van de verzekeraar op de schadetoebrengende derde rept hij echter, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet. Wellicht achtte de geleerde president dit overbodig daar het antwoord op deze vraag, gezien zijn analogie van de verzekeringsovereenkomst met de borgtocht, van zelf sprak.

39. Zie hierboven, noot 7.

ringsovereenkomst daarenboven behandeld in verband met de zeeverzekering en dan ook nog vrijwel uitsluitend met het oog op de door *casus* ontstane schade. Over het algemeen, zo schijnt het, was men in "wetenschappelijke" kringen niet al te zeer in het handelsrecht geïnteresseerd, naar alle waarschijnlijkheid omdat de daartoe behorende stof zich moeilijker dan die van het commune privaatrecht liet "vertalen" in romeinsrechtelijke begrippen. Toch hebben wij, indien ik mij niet vergis, de regel van art. 284 K te danken aan de civilisten en niet aan de specialisten van de oude *lex mercatoria*, die, naar zojuist werd vastgesteld, in dit verband in het geheel niet dachten aan cessie of subrogatie. Men dient namelijk te bedenken dat men oudtijds, dit wil zeggen vóór de codificaties, gewend was allerlei juridische constructies van niet-romeinsrechtelijke herkomst, zoals de gemeenschap van goederen tussen echtgenoten en dergelijke, te "vertalen" in romeinsrechtelijke begrippen teneinde zo een constructie voor het juridische (en dus primair romeinsrechtelijk gevormde) publiek begrijpelijk te maken. Zo werd, om bij dat voorbeeld te blijven, de Hollandse gemeenschap van goederen tussen echtgenoten, een rechtsfiguur die het Romeinse recht niet kende, gedwongen in het dogmatische keurslijf van de maatschap en wel dat van de *societas omnium bonorum*. Deze methode had grote voordelen: zij maakte het bijzondere en particuliere recht gemakkelijk toegankelijk en begrijpelijk en bevorderde bovendien de neiging bijzondere leerstukken, bijvoorbeeld die van het handelsrecht, te plaatsen binnen het bredere verband van het commune privaatrecht. Zo beschouwd, is de veel geroemde methode van Molengraaff, F.G. en H.J. Scheltema zelfs bij uitstek "romeinsrechtelijk" te noemen en wel in de zin dat de door hen voorgestane werkwijze, bestaande uit het incorporeren van handelsrechtelijke leerstukken binnen de algemene dogmatiek van het commune privaatrecht, typisch is voor de werkwijze van de gemeenrechtelijke auteurs die alle privaatrecht, ook de onderdelen daarvan die geen romeinsrechtelijke origine hadden, vanuit dat recht wensten te begrijpen. Deze gezindheid nu noopte hen ook de verzekeringsovereenkomst een plaats te geven binnen het romeinsrechtelijke stelsel van verbintenisscheppende overeenkomsten. Het valt daarbij op dat de dogmatische subsumptie steeds specieuzer wordt naarmate de auteur verder van de handelsrechtelijke praktijk afstaat. Bij de echte mercantiele juristen wordt daartoe nauwelijks een serieuze poging ondernomen. Zo namelijk dient men een begripsbepaling als die van Stracca te verstaan, die de verzekeringsovereenkomst

als "innominaatcontract" qualificeert⁴⁰. De categorie der innominaatcontracten nu was de rechtsgeleerde mestvaalt waarop reeds de Romeinen allerlei overeenkomsten - uiteenlopende van de ruilovereenkomst tot de dading - plachten te dumpen die zij elders niet konden onderbrengen. Een andere benadering, die van De Groot, benadrukt de overeenkomst tussen de verzekeringsovereenkomst en het contract van maatschap⁴¹. Anderen benadrukken de overeenkomst tussen het verzekeringscontract en de overeenkomst van koop en verkoop, of zelfs die van aanneming van werk⁴². Nog weer een andere beschouwingwijze is, denk ik, van buitengewoon groot gewicht voor een goed verstaan van de achtergrond van art. 284 K. Het betreft de vergelijking tussen de schadeverzekeringsovereenkomst en de borgtocht, waarop reeds eerder is gewezen. Dit was de begripsbepaling van Van Bijkershoek⁴³, wiens beschouwingen over de verzekeringsovereenkomst een buitengewoon groot gezag genoten in het tijdvak waarin onze codificatoren aan de academie werden gevormd.

De vergelijking tussen de schadeverzekeringsovereenkomst en de borgtocht is een zeer voor de hand liggende, zeker wanneer men daarbij denkt aan schade die is veroorzaakt door culpoos gedrag van een derde; gaat het dan immers niet in beide gevallen om een overeenkomst waarbij iemand (de borg, de verzekeraar) zich ten behoeve van de schuldeiser (de verzekerde) verbindt de schuld te zullen voldoen die een derde (de delinquent) jegens de schuldeiser (de verzekerde) heeft? Men bedenke daarbij dat het Romeinse recht een borgstelling voor *toekomstige schulden* als iets vanzelfsprekends beschouwde⁴⁴, terwijl ook een borgstelling voor (toekomstige) verbintenissen *uit onrechtmatige daad* als volkomen normaal werd gezien⁴⁵ en het daarenboven nog niet ongebruikelijk was dat de borg zich voor zijn borgstelling liet betalen⁴⁶. De betaald hebbende borg nu had naar Justiniaans recht een zelfstandig verhaalsrecht op de schuldenaar wanneer hij zich borg had gesteld op diens verzoek (de zgn. *actio mandati*). Wanneer de schuldenaar eerst achteraf instemde met de borgstelling, kon de betaald hebbende borg zich met een vordering uit zaakwaarneming (*actio*

40. *Tractatus de assecurationibus*, Introductio n° 47; in het hierboven (noot 10) aangehaalde geschrift *De Mercatura*.

41. Zie *Hollandse Consultatiën* III, Rotterdam 1662, no. 175.

42. Zie voor deze begripsbepalingen Rocco, a.w. (noot 6) Art.3.

43. *Quaestiones Juris Publici*, Leiden 1752, I,21.

44. D. 46,1,6,2.

45. D. 46,1,8,5.

46. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 46,1,32

negotiorum gestorum) verhalen op de schuldenaar. Er bestond dus slechts behoefte aan een *wettelijk* verhaalsrecht, indien de borg zich tegen de uitdrukkelijke wens van de schuldenaar had borg gesteld. In deze behoefte werd voorzien door het zogenaamde *beneficium cedendarum actionum*⁴⁷, krachtens hetwelk de borg slechts gehouden was tot betaling *nadat* de schuldeiser hem zijn vordering op de schuldenaar had gecedeerd. Uit dit *beneficium cedendarum actionum* heeft zich onze subrogatie van art. 1438,3° en 1877 OBW ontwikkeld⁴⁸. Voet stelde zelfs dat de rechten van de schuldeiser in bepaalde gevallen *van rechtswege* overgingen op de betaald hebbende borg⁴⁹. Wat nu betekent dit voor onze vraag met betrekking tot het schadeverzekeringsrecht?

47. Nov. 4,1 i.f.

48. Het oude BW gooid, in slaafse navolging van de Code civil, in art. 1876 OBW alle oude middelen van regres op de schuldenaar (*actio mandati* (uit overeenkomst), *actio negotiorum gestorum* (uit zaakwaarneming) en *beneficium cedendarum actionum*) op één hoop en nam, naar blijkt uit art. 1877 OBW, het *beneficium* tot uitgangspunt, daarbij benadrukkende dat het plaatsgreep ongeacht de vraag of de borgtocht met of zonder medeweten van de schuldenaar is gesteld. Het gemene recht is nog te vinden in de artt. 2945 - 2947 Ontwerp 1820, waarin in art. 2947 uitdrukkelijk wordt gesteld dat indien de borg zijn verbintenis heeft aangegaan zonder instemming van de principale schuldenaar, hij tegen deze uit eigen hoofde geen actie heeft. Alleen indien de actie van de schuldeiser hem is gecedeerd, kan hij een vordering tegen de schuldenaar instellen en dan ook alleen nog maar voor zover het recht van de schuldeiser strekte, dus niet de door hem zelf gemaakte kosten e.d. In verband met het een en ander rees bij mij de vraag of het wel juist is, zoals de HR in zijn arrest van 9 november 1917, NJ 1917 p.1186 in navolging van het OBW heeft gedaan, bij de borgtocht een streng onderscheid te maken tussen een *wettelijk* regresrecht ener- en subrogatie krachtens de wet anderzijds. Juist is dat art. 1876 OBW het regresrecht van de borg bevat en dat art. 1877 OBW de subrogatie behelst, terwijl er eveneens verschillen in rechtsgevolg zijn verbonden aan het regres van 1876 OBW ener- en de subrogatie van art. 1877 OBW anderzijds (zo kan de gesubrogeerde zijn eigen onkosten niet op de debiteur verhalen). Dit is echter niet de plaats om nader op deze vraag (die voor het nieuwe recht betrekking heeft op de relatie tussen de artt. 6:10 en 6:12 BW) in te gaan. Er zij echter wel op gewezen dat een dergelijk onderscheid tussen regres en subrogatie niet in het Wetboek van Koophandel wordt gemaakt: het regres van art. 284 K is een verhaalsrecht dat wordt verkregen *door middel van* subrogatie!

49. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 46,1,30: "morum nostrorum simplicitati nunc magis convenire ut fideiussori etiam sine ulla actionum cessione adversus reliquos confideiussores experiundi potestas asseratur" (Het komt meer overeen met de eenvoud van onze gebruiken dat de borg ook zonder enige cessie kan optreden tegen de overige medeborgen). Weliswaar spreekt Voet slechts over de subrogatie in de rechten van de crediteur tegen de overige borgen, maar hetzelfde dient te worden aangenomen ten aanzien van de schuldenaar; vergelijk overigens ook dezelfde in 46,1,31.

De vergelijking tussen de schadeverzekering en de borgtocht is niet alleen voor de hand liggend; zij werd ook zeer veel gemaakt⁵⁰, niet alleen ten onzent door Van Bijnkershoeck⁵¹. Wanneer men nu het verhaalsrecht van de verzekeraar op de derde die schade heeft toegebracht aan het verzekerde object ontwikkelt naar analogie van het verhaalsrecht van de betaald hebbende borg en daarbij het *jus commune* tot uitgangspunt neemt, dan is het duidelijk dat slechts een verhaal op grond van het *beneficium cedendarum actionum* ("subrogatie") in aanmerking komt. De beide andere oude rechtsmiddelen - *actio mandati & negotiorum gestorum* - berusten immers op een onderlinge verstandhouding tussen de betaald hebbende borg en de schuldenaar, die niet aanwezig is in de verhouding tussen de verzekeraar en de delinquent. Dit is, dunkt mij, de reden dat in ons Oude BW in de artt. 1876 en 1877 voor de normale borgtocht een onderscheid wordt gemaakt tussen regres (art.1876) enerzijds en subrogatie (art.1877) anderzijds, terwijl in het Wetboek van Koophandel in art. 284 K slechts sprake is van subrogatie! Dat de subrogatie van art. 284 K inderdaad is gebaseerd op de hier ontwikkelde analogie met de borgtocht kan ik, het zij toegegeven, niet bewijzen aan de hand van een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever⁵², maar ik acht het op de hierboven geschetste grond buitengewoon waarschijnlijk: de generatie onzer codificatoren was met die analogie groot gebracht!

Het moge ondertussen duidelijk zijn dat de analogie met de borgtocht en de wettelijke neerslag daarvan in art. 284 K tot verschillen in rechtsgevolg leidt met de oudere, typisch handelsrechtelijke leer zoals verwoord door Santerna en Rocco. Naar de oudere leer immers is de aansprakelijkheid van de

50. Zeer belangrijk voor het grote gezag van deze analogie is het feit dat de middeleeuwse moraaltheologen, die mede aan de wieg hebben gestaan van het handelsrecht (in het bijzonder het wissel- & chequerecht), de verzekeringsovereenkomst duldden, *omdat* ook een borg zich voor zijn borgstelling mocht laten betalen! Ik vond deze interessante wetenswaardigheid in het hierboven (noot 22) geciteerde boek van Marquard (t.a.p. § 3). Rocco, a.w. (noot 6) Art. 3 (p.16), verwijst voor de analogie met de borgtocht ook naar de zeer gezaghebbende *Institutiones Morales* van de Spaanse jezuïet Juan Azor (1536-1603), waarin ook de verzekeringsovereenkomst werd behandeld en waarin die analogie werd benadrukt.

51. Van der Keessel, *Praelectiones juris hodierni* V, Amsterdam/Kaapstad 1967, p.128, wijst op de tekortkoming in deze gedachtengang; zij gaat immers slechts op voor de schuldenverzekering.

52. De uitspraak van het dwaze (Groninger) kamerlid Sykens, waarnaar door Scheltema (a.w. p.255) wordt verwezen, spreekt in al haar onzinnigheid voor zich en kan niet de enige de regering moverende reden voor opname van het artikel zijn geweest. Van Nievelt, *Bronnen van de Nederlandse Codificatie van het Zee- en Assurantierecht 1798-1822*, Leiden 1978, is onbruikbaar.

schadeveroorzaker jegens de verzekeraar gebaseerd op onrechtmatige daad en kan de schadeveroorzaker niet meer door de verzekerde worden aangesproken omdat deze schadeloos was gesteld en wel door de verzekeraar omdat deze degene was die de schade van zijn onrechtmatige daad had geleden. Naar de "moderne" leer is de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker jegens de verzekeraar niet meer gebaseerd op de onrechtmatige daad die hij jegens de verzekeraar heeft gepleegd, maar op het *beneficium cedendarum actionum*. Hij kan daarom niet meer door de verzekerde worden aangesproken omdat deze niet meer zijn schuldeiser is en wel door de verzekeraar omdat deze zijn nieuwe schuldeiser is. Zo worden ook de verschillen verklaard tussen het Nederlandse verzekeringsrecht en het Franse verzekeringsrecht van vóór de belangrijke Franse wetswijziging van 1930. In Frankrijk namelijk werd, zoals hier boven reeds werd uiteengezet, voor 1930 ten aanzien van de schadeverzekering veelal een beroep gedaan op de oude klassieke leer, krachtens dewelke het verhaalsrecht van de schadeverzekeraar jegens de schadeveroorzaker was gebaseerd op onrechtmatige daad (art. 1382 Cc) en niet op subrogatie die eerst bij de wet van dat jaar werd geïntroduceerd (C.assur. L.121-12). Zo voltrok zich dus in Frankrijk eerst in 1930 een ontwikkeling die ten onzent, onder de invloed van het Romeinse recht, of - beter gezegd - naar analogie van het commune privaatrecht (de borgtocht), al een eeuw eerder had plaats gegrepen.

4. Een opmerking naar aanleiding van het bovenstaande

Enige tijd geleden werd te Groningen een proefschrift verdedigd over voordeelstoerekening bij de begroting van schadevergoeding uit onrechtmatige daad en wanprestatie⁵³. Daarin nu wordt betoogd dat uitkeringen uit schadeverzekering die aan bijvoorbeeld een door een onrechtmatige daad benadeelde zijn toegevallen géén problemen van voordeelstoerekening doen rijzen: "een uitkering uit een schadeverzekering kan niet worden aangemerkt als een voordeel dat al dan niet in mindering kan worden gebracht op de schadevergoeding. Zij is niets anders dan een schadevergoeding en voor zover ze de geleden schade dekt, heeft de benadeelde geen vordering meer op de civielrechtelijk schadeplichtige"⁵⁴. De

53. A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij de begroting van schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie*, Deventer 1989.

54. O.c. p. 35.

schrijver richt zich hier tegen een andere opvatting, die problemen van voordeelstoerekening wel degelijk een rol laat spelen bij de uitkering uit schadeverzekering. Hartkamp, bijvoorbeeld, betoogt⁵⁵ dat het probleem van de voordeelstoerekening *gedeeltelijk* wordt opgelost door de subrogatie van art. 284 K. *Doordat* immers de verzekeraar in de rechten van de verzekerde treedt, wordt het voordeel van de schadeverzekering de verzekerde van rechtswege toegerekend: hij verliest zijn vorderingsrecht aan de verzekeraar. Er dient evenwel, steeds volgens Hartkamp, te worden vastgesteld dat die subrogatie alleen plaats vindt indien en voor zover de verzekeraar schade heeft uitgekeerd, zodat het probleem van de voordeelstoerekening *wel* speelt in de gevallen waarin nog geen schadeuitkering door de verzekeraar is geschied. Hij verwijst⁵⁶ naar een vordering tot vergoeding van toekomstige schade ex art. 6:105 BW. In zulke gevallen, zo is hij van mening, zou het eventueel te verwachten voordeel uit de door de gelaedeerde gesloten schadeverzekering *wel* in mindering mogen worden gebracht op de schadevergoeding die de (toekomstig) gelaedeerde van de laedens vordert. Het verschil tussen deze laatstgenoemde zienswijze en die van Bolt komt er, kort samengevat, dunkt mij op neer dat naar de opvatting van Hartkamp de delinquent na uitkering door de schadeverzekeraar niet meer door de verzekerde kan worden aangesproken *omdat deze niet meer zijn schuldeiser is*, terwijl hij naar de visie van Bolt niet meer kan worden aangesproken *omdat de verzekerde schadeloos is gesteld*. Het zal de lezer die de hierbovenstaande historische uiteenzetting heeft gevolgd aanstonds duidelijk zijn geworden dat achter dit (overigens tamelijk subtiel) meningsverschil een oeroud verschil in benadering ter verklaring van het regres van de verzekeraar op de delinquent verscholen gaat. Art. 284 K immers, zo weet hij, is gebaseerd op de gedachte van schuldeisersvervanging door middel van subrogatie naar analogie van de borgtocht. Daarnaast heeft evenwel eeuwenlang (in Frankrijk tot 1930) een andere benadering bestaan die het regres van de schadeverzekeraar baseerde op de (zelfstandige) onrechtmatige daad door de schadetoebrengende delinquent jegens de verzekeraar gepleegd. Het wil mij voorkomen dat de zienswijze van mevr. Bolt beter past in deze laatstgenoemde, klassiek handelsrechtelijke benaderingswijze dan in de eerstgenoemde, gemeen privaatrechtelijke. Zij ziet zich immers gedwongen aan te geven wat in haar visie dan wel de aard ("het wezen") mag zijn van de *subrogatie* van art. 284

55. Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht* I, Zwolle 1992, n° 446, blz. 396.

56. T.a.p.

K. Art. 284 K voorkomt, zo stelt zij⁵⁷, dat "de voor de schade aansprakelijke persoon aan zijn vergoedingsplicht ontkomt, doordat de benadeelde een uitkering uit een schadeverzekering ontvangt". Inderdaad lag oorspronkelijk aan het *regres* van de verzekeraar op de schadetoebrengende derde de gedachte ten grondslag dat, zoals Santerna het uitdrukte, "vanwege de door zijn schuld toegebrachte schade" tegen die derde in rechte zou moeten kunnen worden opgetreden. Dit was de reden waarom de klassieke handelsrechtelijke leer de verzekeraar een zelfstandige vordering uit onrechtmatige daad tegen de schadetoebrengende derde toekende, terwijl de verzekerde, na gedane uitkering door de verzekeraar, niet meer tegen de delinquent kon optreden *omdat hij schadeloos was gesteld*. De vorm evenwel waarin dit regres door de Nederlandse wetgever is gegoten is die van de subrogatie, welke constructie inderdaad voorkomt dat de verzekerde een dubbele uitkering ontvangt en wel omdat hij, na gedane uitkering door de verzekeraar, *niet meer schuldeiser is*. Maar, zo zij daar onmiddellijk aan toegevoegd, ook alleen maar *indien en voorzover* de verzekeraar een uitkering heeft gedaan. Nu het Nederlandse en moderne Franse recht het regres van de verzekeraar niet meer baseert op de zelfstandige verplichting van de laedens de door zijn schuld veroorzaakte schade te vergoeden aan degene die daarvan in laatste instantie schade ondervindt, maar afleidt van het recht van de verzekerde (de gedachte van de subrogatie), is er, zo is althans mijn gevoelen, geen ruimte meer voor een betoog dat zich baseert op, wat wordt genoemd, de "draagplicht" van de laedens. Die "draagplicht" vloeit, voor zover zij voortkomt uit een onrechtmatige daad (en ik beperk mij daartoe), voort uit een *jegens de verzekerde* gepleegde onrechtmatige daad. Men kan haar niet voorstellen als een draagplicht die in absolute zin bestaat. Dit was de grondslag die in Frankrijk voor 1930 werd gegeven aan het regres van de verzekeraar, maar zij is daar nu verlaten en wordt ten onzent verhinderd door de toepassing van de "Schutznormtheorie"⁵⁸. Of daar nu, zoals Hartkamp met enige stelligheid suggereert, uit voortvloeit dat in het door hem gebruikte voorbeeld de te verwachten verzekeringsuitkeringen wel degelijk in mindering kunnen worden gebracht op de schadevergoeding die de verzekerde van de laedens vordert, waag ik overigens te betwijfelen. "Het is", zoals een eertijds aanzienlijk Nederlands politicus placht te zeggen, "één van tweeën": ofwel de laedens betaalt de (toekomstige) schade die het gevolg is van *zijn* onrechtmatige daad, ofwel de verzekeraar vergoedt de schade, een ver-

57. P. 36.

58. Zie hierboven n. 33.

plichting die is gebaseerd op overeenkomst! De beide betalingsverplichtingen zijn, met andere woorden, gebaseerd op verschillende oorzaken⁵⁹. Ik kan daarom niet inzien, waarom de zaken niet eenvoudig gehouden kunnen worden. De door de (eventueel toekomstig) gelaedeerde gesloten verzekeringsovereenkomst is, zoals in Frankrijk overigens ook terecht wordt betoogd, voor zover het de laedens betreft, een *res inter alios acta* en hij kan daaraan in beginsel geen rechten ontleen. Dit is overigens ook de enige juiste grond die pleit voor cumulatie van vorderingen bij een eventuele uitkering uit een *sommenverzekering*, zeker nu wij (eindelijk) bevrijd zijn van de vloek van het "behoefteigheids-criterium" uit de art. 1406 en 1407 OBW.

W.J. ZWALVE

LEIDEN

59. De vraag kwam bij mij op of Hartkamp óók van mening is dat de *verzekeraar* in het door hem bedoelde geval de inmiddels reeds door de verzekerde van de laedens ontvangen schadevergoeding in mindering mag brengen op zijn betalingsverplichting. Zijn zienswijze leidt immers tot de (mijns inziens paradoxale) gevolgtrekking dat de schade van een verzekerde gelaedeerde een andere is dan die van een onverzekerde. De eerste moet zijn schade, steeds volgens de zienswijze van Hartkamp, over twee schijven verhalen. Of wil hij eigenlijk betogen dat iemand die een schadeverzekering heeft gesloten (en niet is onderverzekerd) uitsluitend is aangewezen op de verzekeraar, zonder zich te kunnen wenden tot de laedens zelf? Een dergelijke gedachte is niet nieuw. Zij werd reeds verworpen in het allereerste verzekeringsrechtelijke handboek, dat van Santerna: zie daar (a.w. (noot 10)) quarta pars, no 20 & 21.