

JIN 2017/101, Hoge Raad, 14-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:694, ECLI:NL:PHR:2016:1324, 16/00188 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2017/101

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

14 april 2017

Datum publicatie

8 juni 2017

Annotator

E.J.H. Zandbergen
Fermm Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2017:694](#)

Zaaknummer

16/00188

Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 6 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024\] art. 10](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 6 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024\] art. 12](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 6 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024\] art. 102](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024\] art. 962](#), [Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] art. 6](#)

Inhoudsindicatie

Rechtsmacht Nederlandse rechter, Art. 5 aanhef en onder 3, en art. 23 EEX-Vo, Subrogatie

Samenvatting

Op grond van art. 6 WAM rechtstreeks door benadeelde aangesproken verzekeraar van vervoerder spreekt Belgische leverancier van oplegger aan voor Nederlandse rechter. Beroep leverancier op forumkeuzebeding. Vraag of verzekeraar in rechten van benadeelde treedt op grond van art. 6:102 jo. 6:10 en 6:12 BW of alleen op grond van art. 7:962 BW. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter hangt in deze casus af van de vraag of de verzekeraar louter subrogeert in de rechten van verzekerde (en op grond daarvan bij een buitenlandse rechter contractuele schade kan vorderen van een leverancier van verzekerde) of, nu de verzekeraar rechtstreeks is aangesproken door de benadeelde en diens schade heeft vergoed, tevens subrogeert in de rechten van de benadeelde (die bij de Nederlandse rechter een onrechtmatige-daadvordering kan instellen tegen de leverancier). De Hoge Raad oordeelt dat enkel het eerste mogelijk is, zodat in casu de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft.

Een Oostenrijkse vervoerder koopt opleggers van een Belgische leverancier en met deze opleggers wordt schade veroorzaakt bij een klant in Nederland. De klant spreekt de Oostenrijkse verzekeraar aan op grond van art. 6 WAM en de verzekeraar wenst de door haar vergoede schade te verhalen op de leverancier. Zij stelt dat ze ter zake is gesubrogeerd in de rechten van de klant en dat de Nederlandse rechter bevoegd is, nu de schade van de klant zich in Nederland heeft voorgedaan. De leverancier beroept zich op de forumkeuze in de overeenkomst met de vervoerder en stelt dat de verzekeraarssubrogatie voorrang heeft op de algemene subrogatie, zodat de verzekeraar niet is gesubrogeerd in de rechten van de klant, maar in die van de vervoerder. Als gevolg daarvan is volgens de leverancier op grond van de forumkeuze de Belgische rechter exclusief bevoegd. De Hoge Raad oordeelt dat art. 6 WAM niet de strekking heeft de verhouding van de verzekeraar tot de verzekerde of tot derden te beïnvloeden, zodat de WAM-verzekeraar (net als schadeverzekeraars in het algemeen) niet in een betere positie behoort te komen staan dan de verzekerde. Dit brengt met zich dat louter de verzekeraarssubrogatie mogelijk is, zodat in casu rechtsmacht van de Nederlandse rechter ontbreekt.

Uitspraak

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak C/13/520904/HA ZA 12-814 van de rechtbank Amsterdam van 16 juli 2014;
- b. het arrest in de zaak 200.162.686/01 van het gerechtshof Amsterdam van 29 september 2015.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Zürich beroep in cassatie ingesteld. LAG heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing, en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van LAG hebben bij brief van 18 januari 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) LAG is een producent van opleggers.

(ii) Zürich is (motorrijtuigenaansprakelijkheids)- verzekeraar van Poll Nussbaumer Transportgesellschaft mbH (hierna: Poll), een Oostenrijkse transportonderneming.

(iii) LAG heeft bij overeenkomst van 16 maart 2006 vier opleggers verkocht aan Poll. Op die overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van LAG van toepassing. Art. 10 van die algemene voorwaarden bepaalt:

“10. GESCHILLEN:

Voor alle geschillen tussen partijen zijn alleen de rechtbanken van het arrondissement Tongeren bevoegd.”

(iv) Op 10 oktober 2008 heeft een medewerker van Poll met één van de van LAG gekochte opleggers een lading talkpoeder willen afleveren bij Cargill B.V. te Amsterdam (hierna: Cargill). Bij het lossen is de oplegger gekanteld, waardoor schade is ontstaan aan de oplegger en aan de opstallen van Cargill.

(v) Cargill heeft Zürich als verzekeraar van Poll rechtstreeks aangesproken in verband met de schade. Zürich heeft Cargill volledig schadeloos gesteld.

3.2.1 Kort weergegeven vordert Zürich in dit geding verklaringen voor recht dat LAG onrechtmatig heeft gehandeld jegens Cargill en aansprakelijk is voor haar schade alsmede veroordeling van LAG tot betaling van € 767.600,= in hoofdsom. LAG heeft een incident opgeworpen, waarin zij zich heeft beroepen op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. De rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard om van de vordering van Zürich kennis te nemen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Samengevat heeft het daartoe het volgende overwogen.

Het primaire standpunt van Zürich houdt het volgende in. Zürich, Poll en LAG waren hoofdelijk jegens Cargill verbonden. Zürich is op grond van art. 6:12 lid 1 BW gesubrogeerd in de rechten van Cargill op Poll en LAG. Zürich wil in deze procedure de rechten van Cargill jegens LAG geldend maken. Deze vordering heeft een buitencontractuele grondslag. Het schadetoebrengende feit heeft zich in Nederland voorgedaan, zodat de Nederlandse rechter bevoegd is van deze vordering kennis te nemen (rov. 3.6).

Volgens het hof kan Zürich aan de uitoefening van het eigen recht van art. 6 WAM door Cargill niet het door haar bepleite verhaalsrecht ontlennen. Hierdoor zou langs indirecte weg worden bereikt dat Zürich regres neemt op Poll als haar verzekerde, wat zij juist wil voorkomen. Zürich heeft erkend dat de verzekeringsrelatie aan dat regres in de weg staat. Aangenomen moet dus worden dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich méér heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Aangezien de Belgische rechter bevoegd is om aan de hand van Belgisch recht over de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG te beslissen, kan de Nederlandse rechter niet beslissen op de door Zürich primair ingestelde vorderingen. (rov. 3.8)

Het subsidiaire standpunt van Zürich houdt in dat zij is gesubrogeerd in de vorderingen tot schadevergoeding die haar verzekerde Poll op derden heeft. Zürich kan als gesubrogeerde verzekeraar de bijdragevordering van Poll jegens LAG instellen, maar is tevens op grond van art. 6:12 BW gesubrogeerd in de rechten die Cargill jegens LAG heeft. De Nederlandse rechter is bevoegd daarvan kennis te nemen. (rov. 3.6 en 3.9)

Volgens het hof is dit standpunt van Zürich in zoverre juist dat de rechten van Cargill alleen krachtens subrogatie op Zürich kunnen zijn overgegaan en door haar kunnen worden uitgeoefend, voor zover de schuld is gedeeld voor meer dan het gedeelte dat haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Of die situatie zich voordoet, is afhankelijk van de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG. (rov. 3.10)

Voor zover de beoordeling in dit bevoegdheidsincident strekt, is het hof van oordeel dat de rechtbank terecht heeft aangenomen dat de rechten van Poll jegens LAG waarin Zürich is gesubrogeerd, primair contractueel zijn bepaald. Een (bijdrage)vordering van Poll op LAG zal immers de vraag betreffen of LAG op grond van de koopovereenkomst tussen deze partijen al of niet een ondeugdelijke oplegger aan Poll heeft geleverd. Op deze contractuele vordering is Belgisch recht van toepassing en aangenomen moet worden dat het forumkeuzebeding van toepassing is. Dat Poll in plaats van een contractuele vordering of subsidiair een onrechtmatige daad of een bijdragevordering aan haar vorderingen ten grondslag zou kunnen leggen, kan daaraan niet afdoen. (rov. 3.11)

De Belgische rechter is bevoegd aan de hand van Belgisch recht vast te stellen in hoeverre LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen en in hoeverre Zürich verhaal kan nemen op LAG, namelijk voor zover zij meer heeft betaald dan Poll in de verhouding tot LAG aangaat. Zo lang niet is vastgesteld of LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen, kan niet worden aangenomen dat Zürich de gepretendeerde vordering op LAG heeft. Zürich kan immers op grond van art. 6:12 lid 1 BW alleen de rechten van Cargill jegens LAG uitoefenen voor het meerdere dan het gedeelte van de schuld dat Poll in de verhouding tot LAG aangaat. Dit alles brengt mee dat in dit geding niet van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter kan worden uitgegaan. (rov. 3.12)

4 Beoordeling van de middelen in het principale en het incidentele beroep

4.1.1 Onderdeel 1 van het middel voert aan dat het hof het primaire standpunt van Zürich ten onrechte heeft verworpen. Het onderdeel betoogt onder meer dat Zürich is gesubrogeerd in de rechten van Cargill en op die grond verhaal heeft op LAG als haar medeschuldenaar. Op grond daarvan is onjuist of onbegrijpelijk het oordeel van het hof (in rov. 3.8) dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich meer heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Het hof heeft hierbij ook de maatstaven van art. 6:101 en 6:102 BW ten aanzien van hoofdelijke schuldenaren miskend. Zürich hoefde in het kader van dit bevoegdheidsincident slechts te stellen dat zij op grond van art. 6:12 BW verhaal kan nemen op LAG als hoofdelijk medeschuldenaar. Van een onjuiste rechtsoptvatting getuigt daarom het oordeel van het hof dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is te beslissen op de door Zürich primair ingestelde vorderingen, aldus het onderdeel.

4.1.2 Onderdeel 2 klaagt over de verwerping van het subsidiaire standpunt van Zürich. Het onderdeel geeft dat standpunt als volgt weer. Zürich heeft als verzekeraar van Poll de schade van Cargill vergoed. Deze uitkering geldt (als geen sprake is van hoofdelijke verbondenheid van Zürich) als betaling namens of voor Poll aan Cargill. Poll is daardoor op grond van art. 6:12 BW gesubrogeerd in de vordering tot schadevergoeding van Cargill op Polls hoofdelijke medeschuldenaar LAG. Zürich wordt op grond van het Oostenrijkse recht gesubrogeerd in de aanspraken tot schadevergoeding van haar verzekerde Poll en dus ook in de aanspraak die Poll op grond van art. 6:12 BW van Cargill heeft verkregen. Volgens onderdeel 2.3 getuigt het oordeel van het hof in rov. 3.11 dat de rechten van Poll jegens LAG waarin Zürich is gesubrogeerd, primair contractueel zijn bepaald, van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof miskent dat Zürich verhaal zoekt op grond van subrogatie in Cargills vordering uit onrechtmatige daad en dat deze niet primair contractueel bepaald is.

Vooropstellingen

4.2.1 Bij de behandeling van de middelen wordt het volgende vooropgesteld.

4.2.2 Zürich heeft haar beroep op rechtsmacht van de Nederlandse rechter gebaseerd op art. 5, aanhef en onder 3, van de Verordening (EG) 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG 2001, L12/1 (hierna: de EEX-Vo). Zürich beroept zich erop dat haar vordering is gebaseerd op aansprakelijkheid van LAG uit onrechtmatige daad en dat de schade in Nederland is ontstaan. Hiertegenover heeft LAG zich beroepen op exclusieve bevoegdheid van de Belgische rechter in verband met het hiervoor in 3.1 onder (iii) bedoelde forumkeuzebeding in de overeenkomst tussen LAG en Poll (art. 23 EEX-Vo). In cassatie is terecht niet in geschil dat art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo niet kan worden ingeroepen tegen een verweerder die zich met succes kan beroepen op een forumkeuzebeding als bedoeld in art. 23 EEX-Vo waarin een andere rechter als bevoegd is aangewezen dan uit art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo zou volgen (vgl. HR 24 september 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2968](https://ecli.nl/hr:1999:zc2968), NJ 2000/552).

4.2.3 Het hof heeft in rov. 3.4 terecht tot uitgangspunt genomen dat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht van openbare orde zijn en derhalve ambtshalve moeten worden toegepast. Dit betekent in het hiervoor in 4.2.2 omschreven geval dat het hof diende te onderzoeken of rechtsmacht van de Nederlandse rechter voortvloeit uit de bepalingen van de EEX-Vo. Bij de beantwoording van de vraag of hij rechtsmacht heeft, dient de rechter zich niet te beperken tot de stellingen van de eiser, maar moet hij ook acht slaan op de beschikbare gegevens over de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding en op de stellingen van de gedaagde (zie HvJEU 28 januari 2015, [ECLI:EU:C:2015:37](https://ecli.eu:c:2015:37), NJ 2015/332 en HvJEU 16 juni 2016, [ECLI:EU:C:2016:449](https://ecli.eu:c:2016:449)). Hieruit volgt dat die rechtsmacht niet mag worden bepaald op basis van enkel de door de eiser gekozen grondslag van zijn vordering.

4.2.4 De aanspraak van Cargill op Zürich dient te worden beoordeeld naar Nederlands recht (art. 3 Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg). In cassatie is niet in geschil dat Cargill het eigen recht als bedoeld in art. 6 WAM heeft uitgeoefend jegens Zürich als aansprakelijkheidsverzekeraar van Poll. Ook staat in cassatie vast dat Nederlands recht van toepassing is op de vraag of Zürich is gesubrogeerd in de rechten van Cargill jegens LAG. Voorts gaan beide partijen ervan uit dat Zürich (ook) naar Oostenrijks recht wordt gesubrogeerd in de rechten van haar verzekerde Poll jegens LAG. Daarbij gaan partijen tevens ervan uit dat deze subrogatie dezelfde rechtsgevolgen heeft als een subrogatie in de zin van art. 7:962 BW. In cassatie staat derhalve niet ter discussie dat de Belgische rechter op grond van art. 23 EEX-Vo rechtsmacht heeft voor zover Zürich is getreden in de positie van Poll als contractspartij van LAG.

Het primaire standpunt van Zürich

4.3.1 Het primaire standpunt van Zürich gaat uit van de volgende situatie. Cargill had een aanspraak op Poll tot vergoeding van schade. Cargill had op grond van art. 6 WAM ook de mogelijkheid om rechtstreeks Zürich aan te spreken en heeft dat

gedaan. Indien ook LAG jegens Cargill aansprakelijk was, had Cargill ter zake van haar schade vorderingen op LAG, Poll en Zürich. Door betaling aan Cargill op grond van de rechtstreekse aanspraak, is Zürich getreden in de rechten van Cargill uit onrechtmatige daad jegens LAG voor zover Zürich meer heeft vergoed dan Poll/Zürich in de onderlinge verhouding met hoofdelijke medeschuldenaar LAG aangaat (art. 6:102 BW in verbinding met de art. 6:10 en 6:12 BW), aldus nog steeds Zürich.

4.3.2 Het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep betoogt dat in de verhouding van Zürich tot LAG de speciale verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW voorrang heeft op de algemene regels van art. 6:10 en 6:12 BW. Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, zal de Hoge Raad dit middel als eerste behandelen, omdat het de verste strekking heeft. Het middel slaagt. Daarvoor is het volgende redengevend.

4.3.3 Art. 6 WAM kent bij wijze van beschermingsmaatregel aan de benadeelde een bijzondere rechtspositie toe. Het in deze bepaling geregelde eigen recht van de benadeelde jegens de WAM-verzekeraar heeft tot strekking de benadeelde te begunstigen, maar heeft niet mede de strekking de verhouding van de verzekeraar tot de verzekerde of tot derden te beïnvloeden. Hiermee strookt het om WAM-verzekeraars ten opzichte van derden eenzelfde positie toe te kennen als die van schadeverzekeraars in het algemeen. Dit brengt mee dat de rechtstreeks door de benadeelde aangesproken verzekeraar niet door de werking van subrogatie in een betere positie tegenover de derde behoort te komen dan de verzekerde. Daarom moet worden aangenomen dat een WAM-verzekeraar, ook indien hij rechtstreeks door de benadeelde is aangesproken, niet de schade van de benadeelde vergoedt, maar de schade die de verzekerde in zijn vermogen lijdt door zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde. Voor zover het betreft schade waarvoor zowel de verzekerde als een derde jegens de benadeelde aansprakelijk is – waarop het standpunt van Zürich is gebaseerd –, brengt dit mee dat die verzekeraar bij wijze van subrogatie alleen treedt in de rechten van de verzekerde jegens die derde (art. 7:962 BW) en niet (tevens) door subrogatie treedt in de rechten van de benadeelde jegens die derde (art. 6:12 BW in verbinding met de art. 6:102 en 6:10 BW). Dit betekent dat Zürich slechts wordt gesubrogeerd in de rechten van Cargill tegen LAG voor zover Poll deze rechten zou hebben verkregen en zou hebben kunnen uitoefenen indien Poll zelf aan Cargill zou hebben betaald.

4.3.4 De gegrondheid van het middel in het incidentele beroep brengt mee dat het primaire standpunt van Zürich in het principale beroep – dat erop steunt dat zij op andere wijze dan hiervoor in de slotzin van 4.3.3 bedoeld, is gesubrogeerd in de rechten van Cargill – wegens gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden, aangezien dit standpunt van Zürich, ook indien haar klachten op zichzelf gegrond zouden zijn, niet tot een voor haar gunstige beslissing kan leiden.

Het subsidiaire standpunt van Zürich

4.4 De kernklacht van het subsidiaire standpunt van Zürich kan evenmin tot cassatie leiden. Ook indien Poll krachtens art. 6:12 BW zou zijn getreden in de rechten van Cargill jegens LAG, zou LAG het forumkeuzebeding tegen haar hebben kunnen invoeren. LAG kan dit beding dan ook invoeren jegens Zürich als de in de rechten van Poll gesubrogeerde aansprakelijkheidsverzekeraar.

Overige klachten en incidenteel beroep

4.5 Voor zover de klachten van het principale middel niet afstuiten op het voorgaande, kunnen zij evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten in zoverre niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.6 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft, hoewel gegrond, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder geen

behandeling.

5 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Zürich in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van LAG begroot op € 6524,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. LAG Trailers N.V. (hierna: LAG) is een producent van opleggers. Zürich Versicherungs A.G. (hierna: Zürich) is de verzekeraar van Poll Nussbaumer Transportgesellschaft mbH (hierna: Poll), een Oostenrijks transportbedrijf.

1.2 Bij overeenkomst van 16 maart 2006 heeft Poll van LAG vier opleggers gekocht. LAG heeft bij die overeenkomst haar algemene voorwaarden van toepassing verklaard. In art. 10 van die algemene voorwaarden is een forumkeuze opgenomen, waarin het volgende is bepaald: 'Voor alle geschillen tussen partijen zijn alleen de rechtbanken van het arrondissement Tongeren bevoegd'.

1.3 Op 10 oktober 2008 heeft een medewerker van Poll met één van de desbetreffende opleggers een lading talkpoeder willen afleveren bij Cargill B.V. te Amsterdam (hierna: Cargill). Bij het lossen is de oplegger gekanteld, waardoor schade is ontstaan aan de oplegger en aan de opstallen van Cargill.

1.4 Cargill heeft Zürich als verzekeraar van Poll rechtstreeks aangesproken in verband met de voor haar ontstane schade. Zürich heeft Cargill volledig schadeloos gesteld.

1.5 In april 2012 heeft Zürich bij de rechtbank Amsterdam een vordering tegen LAG aanhangig gemaakt om verhaal te nemen ter zake van de betaling die Zürich aan Cargill heeft gedaan. Zürich heeft zich op het standpunt gesteld dat het schadevooral is veroorzaakt doordat de oplegger ondeugdelijk was en dat LAG onrechtmatig heeft gehandeld door een ondeugdelijke oplegger op de markt te brengen. Zürich heeft gevorderd een verklaring voor recht dat LAG onrechtmatig heeft gehandeld jegens Cargill, een verklaring voor recht dat LAG aansprakelijk is voor de schade van Cargill en een veroordeling van LAG tot betaling aan Zürich van € 767.600,= te vermeerderen met rente en kosten.

1.6 Bij incident heeft LAG zich beroepen op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter en daartoe aangevoerd dat Zürich niet is gesubrogeerd in de rechten van Cargill, maar in de rechten van Poll en dat LAG zich jegens Poll, en dus jegens Zürich, kan beroepen op de forumkeuze ten gunste van de rechtbank te Tongeren (België) in haar overeenkomst met Poll.

1.7 Bij vonnis in het incident van 16 juli 2014 heeft de rechtbank zich onbevoegd verklaard van de vordering in de hoofdzak kennis te nemen. Daartoe heeft de rechtbank, kort weergegeven, het volgende overwogen. Nederlands recht als het recht van de staat waar het ongeval heeft plaatsgevonden, is van toepassing op de (eventuele) vorderingen van Cargill op LAG en derhalve ook op de vraag of die vorderingen op Poll of op Zürich zijn overgegaan (rov. 4.3-4.6). Ten aanzien van de vordering op grond van 'directe subrogatie' – of Zürich rechtstreeks in de rechten van Cargill jegens LAG is getreden – overweegt de rechtbank dat art. 6:150 BW daarvoor geen grond biedt (rov. 4.8) en evenmin art. 7:962 BW. Dat Cargill jegens Zürich een directe actie had, betekent niet dat Zürich in de rechten van Cargill is gesubrogeerd (rov. 4.9). De rechtbank verwerpt het betoog van Zürich dat zij ook regres kan nemen op LAG op basis van art. 6:12 BW (rov. 4.10). Ten aanzien van de vordering op grond van 'indirecte subrogatie' – of Zürich in de rechten van Poll is getreden, die op haar beurt in de rechten van Cargill jegens LAG is getreden – overweegt de rechtbank dat uit rov. 4.8 en 4.10 volgt dat er geen vorderingen die Cargill jegens LAG had op Poll zijn overgegaan, zodat Zürich evenmin indirect in de rechten van Cargill op LAG kan zijn getreden (rov. 4.11). De rechtbank is van oordeel dat Zürich slechts op basis van op haar overgegangene rechten van Poll een vordering op LAG heeft (rov. 4.12) en dat de tussen Poll en LAG overeengekomen forumkeuze ook werking heeft jegens Zürich als rechtsopvolgster van Poll (rov. 4.13-4.18), zodat de Nederlandse rechter zich onbevoegd dient te verklaren.

1.8 Zürich is in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank. Bij arrest van 29 september 2015 heeft het hof Amsterdam het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, kort weergegeven, het volgende overwogen. Uitgangspunt in dit bevoegdheidsincident is dat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht van openbare orde zijn (rov. 3.4). Primair heeft Zürich zich op het standpunt gesteld dat Cargill drie partijen (Zürich, Poll en LAG) kon aanspreken tot vergoeding van dezelfde schade en dat zij hoofdelijk jegens Cargill waren verbonden, zodat op grond van art. 6:12 lid 1 BW Zürich door vergoeding van de volledige schade aan Cargill is gesubrogeerd in de rechten van Cargill op Poll en LAG. Het hof volgt Zürich in dit primaire standpunt niet, omdat ook als veronderstellende wijs met Zürich wordt aangenomen dat zij vanwege een directe actie (op grond van art. 6 WAM) hoofdelijk medeschuldenaar is van LAG, zulks niet kan leiden tot het bestaan van de door Zürich gestelde verhaalsvordering (rov. 3.7). Zürich kan uitsluitend rechten jegens LAG geldend maken voor zover zij meer heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. De stellingen van Zürich bieden onvoldoende grond om te kunnen concluderen dat Zürich de door haar gestelde rechten van Cargill jegens LAG geldend kan maken. Aangezien de Belgische rechter bevoegd is om aan de hand van Belgisch recht over de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG te beslissen, kan de Nederlandse rechter niet beslissen over de primaire vordering van Zürich (rov. 3.8).

1.9 Over het subsidiaire standpunt van Zürich dat zij als WAM-verzekeraar is gesubrogeerd in de rechten die haar verzekerde Poll op derden heeft en dat zij derhalve nu de schade geheel door haar is vergoed, als gesubrogeerde verzekeraar de bijdragevordering van Poll jegens LAG kan instellen, heeft het hof als volgt overwogen. Tussen partijen is niet in geschil dat Zürich naar Oostenrijks recht is gesubrogeerd in de rechten van Poll jegens LAG (rov. 3.9). De rechten van Cargill kunnen alleen krachtens subrogatie op Zürich zijn overgegaan en door haar worden uitgeoefend, voor zover de schuld is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Of dat het geval is, hangt af van de onderlinge verhouding tussen Poll en LAG (rov. 3.10). Volgens het hof heeft de rechtbank terecht aangenomen dat de rechten van Poll jegens LAG contractueel zijn. Op deze verhouding is Belgisch recht van toepassing, alsmede de algemene voorwaarden van LAG. Het forumkeuzebeding is voldoende duidelijk en niet ontoelaatbaar ruim geformuleerd (rov. 3.11). De Belgische rechter is bevoegd vast te stellen of en in hoeverre LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen. Aan de hand daarvan kan worden vastgesteld of Zürich verhaal kan nemen op LAG, voor zover zij meer heeft gedelgd dan het gedeelte dat haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot Poll aangaat. Zürich heeft in het kader van dit bevoegdheidsincident onvoldoende onderbouwd dat en in hoeverre hieraan is voldaan. Zolang niet is vastgesteld of LAG in haar relatie tot Poll in de schuld jegens Cargill dient bij te dragen, kan niet worden aangenomen dat Zürich de door haar gepretendeerde vordering op LAG heeft (rov. 3.12).

1.10 Zürich heeft tegen het arrest van het hof tijdig cassatieberoep ingesteld. LAG heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk

toegelicht, waarna door LAG nog is gedupliceerd. Zürich heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

2 Bespreking van het principale cassatiemiddel

2.1 Het principale cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel is gericht tegen rov. 3.7 en 3.8 van het bestreden arrest en valt uiteen in acht subonderdelen (genummerd 1.1-1.8). Het onderdeel bestrijdt het oordeel van het hof dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich meer heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat en betoogt in de kern dat het hof heeft miskend dat Zürich in het kader van dit bevoegdheidsincident slechts behoefde te stellen dat LAG jegens Cargill hoofdelijk medeschuldenaar is en dat Zürich door de betaling aan Cargill op grond van art. 6:12 BW is getreden in de rechten van Cargill jegens LAG.

2.2 Bij de bespreking van het middel stel ik het volgende voorop. In dit bevoegdheidsincident is de vraag aan de orde of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid heeft om kennis te nemen van de vorderingen van de in Oostenrijk gevestigde Zürich tegen de in België gevestigde LAG. Zürich heeft met de eveneens in Oostenrijk gevestigde Poll een verzekeringsovereenkomst gesloten. Poll heeft van LAG vier opleggers (trailers) gekocht. Wanneer door een medewerker van Poll met één van die opleggers een lading talkpoeder bij Cargill in Amsterdam wordt afgeleverd, kantelt de oplegger, waardoor schade wordt veroorzaakt aan de oplegger en aan de opstallen van Cargill. Cargill heeft Zürich als verzekeraar van Poll rechtstreeks aangesproken tot vergoeding van de schade. Zürich heeft de schade aan Cargill vergoed. Zürich heeft vervolgens op LAG, de leverancier van de opleggers, verhaal gezocht. Is de Nederlandse rechter bevoegd om van deze vordering kennis te nemen?

2.3 Het hof heeft in rov. 3.4 bij de beoordeling van de bevoegdheidskwestie tot uitgangspunt genomen dat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht van openbare orde zijn en derhalve ambtshalve moeten worden toegepast. In de onderhavige zaak moet de rechter ambtshalve onderzoeken of zijn internationale bevoegdheid voortvloeit uit de bevoegdheidsbepalingen van de EEX-Verordening. **1** Bij de toetsing van zijn internationale bevoegdheid dient de aangezochte rechter zich niet te beperken tot de stellingen van de eiser, maar dient hij ook acht te slaan op de beschikbare gegevens over de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding en op de desbetreffende stellingen van de gedaagde. **2**

2.4 Voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om van de vordering van Zürich tegen LAG kennis te nemen, komt art. 5 sub 3 EEX-Verordening voor toepassing in aanmerking. Deze bepaling kent ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad bevoegdheid toe aan 'het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen'. De in België gevestigde LAG zou derhalve voor de Nederlandse rechter kunnen worden opgeroepen, nu vaststaat dat het schadebrengende feit (het ongeval) zich in Nederland heeft voorgedaan. LAG heeft zich beroepen op het forumkeuzebeding opgenomen in de tussen Poll en LAG gesloten koopovereenkomst van de opleggers. In dat beding is de Belgische rechter – de rechtbanken van het arrondissement Tongeren – bevoegd verklaard om kennis te nemen van 'alle geschillen tussen partijen'. De vraag is derhalve of Zürich als verzekeraar van Poll gebonden is aan deze forumkeuze.

2.5 De onderhavige forumkeuze wordt bestreken door art. 23 EEX-Verordening. In beginsel geldt dat een forumkeuze slechts de bij de totstandkoming daarvan betrokken partijen bindt en niet aan derden kan worden tegengeworpen. De aangezochte rechter dient na te gaan of ten aanzien van de overeenkomst van forumkeuze sprake is geweest van wilsovereenstemming die duidelijk en nauwkeurig tot uitdrukking komt. De vormvereisten van art. 23 lid 1 EEX-Verordening strekken in dat verband ertoe te waarborgen dat de wilsovereenstemming inderdaad vaststaat. **3** Een forumkeuze kan slechts rechtsgevolgen hebben in de betrekkingen tussen de partijen die met het sluiten van de forumkeuze hebben ingestemd. Om het beding aan een derde te kunnen tegenwerpen, moet deze derde in beginsel zijn instemming hebben verleend. **4** De vraag op welke wijze en onder welke voorwaarden de derde met het

forumkeuzebeding moet instemmen, kan uiteenlopen afhankelijk van de aard van de oorspronkelijke overeenkomst. ⁵ Zo wordt onder bepaalde voorwaarden een aandeelhouder die de statuten van een vennootschap aanvaardt gebonden aan een in de statuten opgenomen forumkeuzebeding ⁶ en een derde-cognossementhouder aan de forumkeuze in het cognossement. ⁷ Niet in alle gevallen kan derdenwerking worden aangenomen. Een forumkeuzebeding opgenomen in de overeenkomst tussen een fabrikant van een zaak en de verkrijger ervan kan niet worden tegengeworpen aan een derde die de zaak na een reeks opeenvolgende overeenkomsten tot eigendomsoverdracht tussen in verschillende lidstaten gevestigde partijen heeft verkregen en de fabrikant tot schadevergoeding wil aanspreken, tenzij wordt aangetoond dat deze derde daadwerkelijk met het beding heeft ingestemd. ⁸

2.6 In de onderhavige zaak is Zürich geen partij bij de koopovereenkomst tussen Poll en LAG, waarin het forumkeuzebeding is opgenomen. In rov. 3.9 van het bestreden arrest heeft het hof overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat Zürich naar Oostenrijks recht is gesubrogeerd in de rechten die haar verzekerde Poll jegens LAG geldend kan maken. Oostenrijks recht is van toepassing op de tussen Zürich en Poll gesloten verzekeringsovereenkomst, zodat dat recht bepaalt of en in hoeverre Zürich in de voor overgang vatbare rechten van Poll is getreden. Daartegen zijn in cassatie geen klachten gericht. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat zowel naar Oostenrijks als naar Nederlands recht bij subrogatie sprake is van een rechtsopvolging onder bijzondere titel, waarbij de gesubrogeerde de vordering verkrijgt met de daaraan verbonden voordelen en de daaraan klevende bezwaren. ⁹ Ten aanzien van het forumkeuzebeding geldt dat de rechtsopvolgers onder bijzondere titel ook gebonden zijn aan dat beding, voor zover dit betrekking heeft op de overgegangene rechten en verplichtingen. ¹⁰ Hieruit volgt dat het forumkeuzebeding zoals dit tussen de oorspronkelijke partijen – Poll en LAG – is overeengekomen óók geldt tussen Zürich als nieuwe schuldeiser en LAG als schuldenaar, voor zover de vordering betrekking heeft op de (overgegangene) rechten die Poll onder de koopovereenkomst jegens LAG geldend kan maken. De vraag is echter of hiervan sprake is.

2.7 Van belang is dat het hof in rov. 2.5 – onbestreden in cassatie – heeft vastgesteld dat Cargill Zürich rechtstreeks heeft aangesproken en dat Zürich Cargill volledig schadeloos heeft gesteld. Uit rov. 3.8 van het bestreden arrest volgt dat het hof ervan is uitgegaan dat Cargill een eigen recht onder art. 6 WAM heeft uitgeoefend, toen zij Zürich tot vergoeding van de schade heeft aangesproken. Bij het eigen recht van art. 6 WAM kan de verzekeraar zich tegenover de derde/benadeelde niet beroepen op de uit de wet of de overeenkomst voortvloeiende verweren die hij wel tegenover zijn verzekerde kan inroepen, tenzij sprake is van de door de WAM toegelaten beperkingen (bijvoorbeeld de beperking van de omvang van de dekking tot een bepaalde verzekerde som, vgl. art. 11 lid 1 jo art. 22 WAM). ¹¹ Cargill heeft ervoor gekozen Zürich als WAM-verzekeraar rechtstreeks aan te spreken voor de door haar geleden schade. Zij had er ook voor kunnen kiezen om Poll en LAG (als producent van de oplegger) aan te spreken. Nu Zürich Cargill heeft aangesproken, rijst de vraag of Zürich door de betaling van de volledige schade is gesubrogeerd in de rechten van Cargill jegens LAG. In cassatie wordt niet geklaagd over de toepassing van Nederlands recht op de vraag of Zürich is gesubrogeerd in de rechten van Cargill jegens LAG, zodat ik deze conflictenrechtelijke vraag buiten beschouwing laat. ¹²

2.8 Uitgaande van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht, is Zürich door de betaling aan Cargill op grond van art. 6:12 BW in de rechten van Cargill jegens LAG getreden. Nu de vordering is gebaseerd op de grondslag dat LAG onrechtmatig jegens Cargill heeft gehandeld door het op de markt brengen van een ondeugdelijke oplegger, kan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter worden gebaseerd op art. 5 sub 3 EEX-Verordening, omdat het ongeval met de oplegger zich in Nederland heeft voorgedaan. Ik wijs in dit verband op het arrest van 26 februari 2016, waarin Uw Raad het volgende heeft overwogen:

‘4.2.2 Indien de plaats waar zich het feit heeft voorgedaan dat tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden, en de plaats waar als gevolg van dat feit schade is ontstaan, niet samenvallen, moet de in art. 5, aanhef en onder 3, EEX-Vo bedoelde ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan’ aldus worden verstaan dat daaronder is begrepen zowel de in een lidstaat gelegen plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis (het ‘Handlungsort’) als de in een andere lidstaat gelegen plaats waar de schade is ingetreden (het ‘Erfolgsort’). Hieruit volgt dat de verweerder ter keuze van de

eiser kan worden opgeroepen voor de rechter hetzij van de plaats waar de schade is ingetreden, hetzij van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt. (Vgl. HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, ECLI:EU:C:1976:166, NJ 1977/494 (Bier/Mines de potasse d'Alsace))

4.2.3 Indien de vordering uit onrechtmatige daad berust op aansprakelijkheid voor een gebrekkig product, moet als de plaats waar de schade is ingetreden (het 'Erfolgsort') worden aangemerkt de plaats waar de initiële schade is ingetreden bij het normale gebruik van het product voor het doel waarvoor het is bestemd (vgl. HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, NJ 2011/349 (Zuid-Chemie/Philippo's)), en moet als de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis (het 'Handlungsort') worden aangemerkt de plaats waar het betrokken product is vervaardigd (vgl. HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, NJ 2014/365 (Kainz/Pantherwerke)). ¹³

2.9 Het forumkeuzebeding in de overeenkomst tussen Poll en LAG kan niet aan Zürich worden tegengeworpen, nu Zürich is gesubrogeerd in de rechten van Cargill jegens LAG en in die verhouding geen gebondenheid bestaat aan het forumkeuzebeding. Bij deze stand van zaken kan de vraag blijven rusten of de desbetreffende forumkeuze – waarin 'voor alle geschillen' de Belgische rechter te Tongeren is aangewezen – wel voldoet aan de door art. 23 EEX-Verordening gestelde eis dat de forumkeuze ziet op geschillen 'naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking'. ¹⁴

2.10 Na deze inleidende beschouwingen keer ik terug naar het middel. Zoals ik hierboven onder 2.7 heb aangegeven, heeft Cargill ervoor gekozen Zürich als verzekeraar van Poll aan te spreken. Het hof heeft in rov. 3.8 overwogen dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover haar medeschuldenaar LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich meer heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. In cassatie is uitgangspunt dat de vraag naar het regres tussen hoofdelijk schuldenaren wordt beheerst door het Nederlandse recht. ¹⁵ De onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke medeschuldenaren is bepalend voor de grootte van ieders aandeel in de schuld. Indien de hoofdelijke medeschuldenaren in een contractuele rechtsverhouding tot elkaar staan, wordt hun rechtsverhouding in beginsel door het contract beheerst. ¹⁶ Tussen de medeschuldenaren Poll en LAG bestaat een contractuele rechtsverhouding, te weten de koopovereenkomst van de opleggers. Aan de hand daarvan kan bijvoorbeeld worden bepaald of de oplegger conform de gemaakte afspraken aan Poll is geleverd, hetgeen een rol speelt bij het oordeel over de aansprakelijkheid van LAG voor het op de markt brengen van een mogelijk ondeugdelijk product. Dit laatste is van belang voor de positie van Zürich als verzekeraar van Poll, omdat zij instaat voor hetzelfde aandeel in de schuld als Poll in de verhouding tot LAG. ¹⁷ Laatstgenoemde verhouding is bepalend voor de vraag in hoeverre LAG door Zürich kan worden aangesproken tot het doen van een bijdrage in de schuld.

2.11 Dat de contractuele rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren (mede) bepalend is voor de interne draagplicht, betekent niet dat dit ook beslissend is voor het vaststellen van de internationale bevoegdheid van de aangezochte rechter. De mogelijkheid dat Zürich geen volledig (maar derhalve beperkt) verhaal op LAG kan nemen, staat aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van art. 5 sub 3 EEX-Verordening niet in de weg. De grondslag van de vordering is immers uitgangspunt voor het aannemen van de internationale bevoegdheid. Het is aan de rechter in het hoofdgeding om te beslissen of Zürich op LAG volledig of beperkt verhaal kan nemen. Het oordeel van het hof in rov. 3.8 dat Zürich aan de uitoefening van het eigen recht van Cargill om haar rechtstreeks aan te spreken niet het door haar bepleite verhaalsrecht kan ontlenen, omdat dit zou leiden tot regres op Poll voor het gedeelte dat LAG niet aangaat terwijl de verzekeringsrelatie hieraan in de weg staat, is derhalve onjuist.

2.12 De slotsom is dat ik van oordeel ben dat het eerste onderdeel van het middel terecht is voorgesteld en dat de Nederlandse rechter op grond van art. 5 sub 3 EEX-Verordening bevoegd is om kennis te nemen van de onderhavige vorderingen van Zürich tegen LAG. Bij deze stand van zaken behoeft het tweede onderdeel, dat erover klaagt dat het hof in rov. 3.9-3.12 het subsidiaire betoog van Zürich (zie hierboven onder 1.9) heeft verworpen, geen behandeling.

3 Bespreking van het voorwaardelijke incidentele cassatiemiddel

3.1 Nu de voorwaarde is vervuld waaronder LAG het incidentele cassatieberoep heeft ingesteld, kom ik toe aan de bespreking van het incidentele middel. Het middel bevat twee onderdelen.

3.2 Onderdeel 1 van het incidentele middel is gericht tegen rov. 3.8 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft overwogen dat het verhaalsrecht van Zürich tegenover de door haar gestelde medeschuldenaar LAG is beperkt tot het geval waarin Zürich méér heeft uitgekeerd dan haar verzekerde Poll in de onderlinge verhouding tot LAG aangaat. Het onderdeel valt in twee subonderdelen uiteen. Onderdeel 1.1 betoogt dat rechtens onjuist is het oordeel van het hof dat Zürich op grond van art. 6:12 BW rechtstreeks een verhaalsrecht jegens LAG toekomt voor het gedeelte dat LAG in de onderlinge verhouding tot Poll aangaat. Volgens het onderdeel geldt ook naar Nederlands recht dat in de verhouding van Zürich tot LAG de verzekeraarssubrogatie (krachtens Oostenrijks recht) voorrang neemt op de algemene regels van art. 6:10 en 6:12 BW. Zürich kan in dat geval aan art. 6:12 BW geen (enkel) verhaalsrecht ontlenen, aldus het onderdeel. Onderdeel 1.2 bouwt op het voorafgaande onderdeel voort en betoogt dat het Oostenrijkse recht, net als het Nederlandse en het Belgische recht, een speciale subrogatiebepaling (§ 67 Versicherungsvertragsgesetz) kent die prevaleert boven de algemene subrogatiebepalingen en dat het op grond van die bepaling geen verschil maakt of de schade aan de verzekerde of rechtstreeks aan de benadeelde wordt vergoed.

3.3 Bij de bespreking van dit onderdeel stel ik voorop dat hetgeen het middel aan de orde stelt in het kader van dit bevoegdheidsincident in zoverre van belang is, omdat wanneer Zürich uitsluitend krachtens de verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW in de rechten van Poll jegens LAG is getreden, de vraag naar de gebondenheid aan de forumkeuze in de tussen Poll en LAG gesloten koopovereenkomst moet worden beantwoord. Kan Zürich echter jegens LAG optreden uit hoofde van art. 6:12 BW, dan is geen sprake van gebondenheid aan de genoemde forumkeuze.

3.4 Het hof heeft slechts ten aanzien van het subsidiaire standpunt van Zürich overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat Zürich naar Oostenrijks recht is gesubrogeerd in de rechten die Poll jegens LAG geldend kan maken. De vraag of de vordering van Cargill jegens LAG is overgegaan op Zürich, wordt bepaald door het Nederlandse recht. Uitgaande van de toepassing van het Nederlandse recht rijst de vraag of de verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW verhindert dat Zürich als WAM-verzekeraar op grond van art. 6:12 BW subrogeert in de rechten van Cargill.

3.5 Krachtens art. 7:962 BW treedt de verzekeraar die de schade heeft vergoed in de rechten van de verzekerde jegens de aansprakelijke derde. De bepaling voorkomt dat de aansprakelijkheid van de aansprakelijke derde door vergoeding van de schade door de verzekeraar wordt opgeheven. ¹⁸ Zonder art. 7:962 BW zou de verzekeraar die de schade van zijn verzekerde heeft vergoed, deze schade niet zelf op de aansprakelijke derde kunnen verhalen. De bijzondere regeling van de verzekeraarssubrogatie kan derhalve niet worden gemist, omdat de schadevergoedingsvordering van de verzekerde niet krachtens de algemene subrogatieregels van art. 6:12 en 6:150 BW op de verzekeraar overgaat. Art. 7:962 BW bewerkstelligt dat de verzekeraar subrogeert in de rechten van zijn *verzekerde* en verhindert niet dat de verzekeraar op grond van art. 6:12 en 6:150 BW kan subrogeren in de rechten van de *benadeelde*. Dat laatstgenoemde subrogatie door art. 7:962 BW zou worden verhinderd, volgt niet uit het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014. ¹⁹ In dat arrest betrof het een verhaalsvordering van een WAM-verzekeraar op een andere WAM-verzekeraar op grond van de voorziening voor het geval van samenloop opgenomen in art. 7:961 BW. Uw Raad heeft geoordeeld dat in een dergelijk geval de verhaalzoekende WAM-verzekeraar zich niet in de bijzondere rechtspositie bevindt die door de WAM bij wijze van beschermingsmaatregel aan de benadeelde wordt toegekend, zodat aan de verhaalzoekende WAM-verzekeraar geen beroep toekomt op art. 6 lid 1 en art. 11 lid 1 WAM. Uit het arrest volgt niet dat de regeling inzake de verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW verhindert dat een WAM-verzekeraar op grond van art. 6:12 en 6:150 BW subrogeert in de rechten van de benadeelde. ²⁰

3.6 Uit rov. 3.8 van het in cassatie bestreden arrest volgt dat het hof ervan is uitgegaan dat Cargill een eigen recht onder art. 6 lid 1 WAM heeft uitgeoefend. Door het uitoefenen van dit eigen recht van de benadeelde is de WAM-verzekeraar hoofdelijk

verbonden naast de andere hoofdelijke medeschuldenaren (waaronder zijn verzekerde Poll), hetgeen tot gevolg heeft dat – bij toepassing van Nederlands recht – de bepalingen van afdeling 6.1.2 BW van toepassing zijn. In de onderhavige procedure heeft Zürich ervoor gekozen een beroep te doen op de algemene subrogatieregels van art. 6:12 BW. Het hof heeft derhalve niet miskend dat in de verhouding van Zürich tot LAG de subrogatieregeling van art. 7:962 BW geen voorrang heeft boven de algemene subrogatieregels van art. 6:10 en 6:12 BW. Onderdeel 1.1 faalt mitsdien.

3.7 Onderdeel 1.2 verdedigt in de kern de opvatting dat het hof heeft miskend dat ook onder het Oostenrijkse recht de in het verzekeringsrecht bestaande subrogatieregeling voorrang heeft boven de algemene subrogatieregels. Het onderdeel stuit af op het bepaalde in art. 79 lid 1 sub b RO.

3.8 Onderdeel 2 van het incidentele middel komt met een rechts- en motiveringsklacht op tegen rov. 3.10 en het slot van rov. 3.12, waarin het hof ten aanzien van het subsidiaire standpunt van Zürich heeft herhaald dat op grond van art. 6:12 BW de rechten van Cargill op Zürich zijn overgegaan en door Zürich kunnen worden uitgeoefend, voor zover de schuld is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat haar verzekerde Poll aangaat. Het onderdeel bouwt op het eerste onderdeel voort en moet het lot daarvan delen.

3.9 Het (voorwaardelijk) incidentele cassatieberoep faalt derhalve.

4 Conclusie

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing, en in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Noot

1. Cruciaal in deze casus is de wijze van subrogatie. Indien de verzekeraar subrogeert in de rechten van de benadeelde (de klant van de vervoerder), kan zij een onrechtmatige-daadvordering tegen de leverancier instellen en is, nu de schade zich in Nederland heeft voorgedaan, de Nederlandse rechter bevoegd op grond van art. 5 aanhef en onder 3 EEX-Vo. Indien echter de verzekeraar subrogeert in de rechten van de verzekerde (vervoerder), kan zij een vordering instellen tegen de leverancier op grond van (onder meer) tekortkoming in de nakoming van de verbintenis. Vanwege de in de overeenkomst tussen leverancier en vervoerder opgenomen forumkeuze, is in dat geval de Belgische rechtbank exclusief bevoegd op grond van art. 23 EEX-Vo.

2. De verzekeraar stelt dat zij is gesubrogeerd in de rechten van de benadeelde, omdat zij de schade van de benadeelde heeft vergoed. De benadeelde heeft op grond van art. 6 WAM (Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen) een eigen recht om de verzekeraar aan te spreken, hetgeen is gebeurd. De verzekeraar heeft vervolgens op grond van art. 6:12 BW het recht om het deel van de schade dat de leverancier aangaat van deze terug te vorderen. Dit is een buitencontractuele vordering, aldus de verzekeraar. De leverancier beroept zich daarentegen op de verzekeraarsubrogatie van art. 7:962 BW, op grond waarvan de verzekeraar na betaling van de schade subrogeert in de rechten van de verzekerde. De leverancier stelt dat deze verzekeraarsubrogatie voorrang heeft op de algemene subrogatie van art. 6:12 BW, zodat de verzekeraar enkel rechten verkrijgt uit hoofde van de overeenkomst tussen vervoerder en leverancier, zodat de tussen laatstgenoemden overeengekomen forumkeuze van toepassing is en de Nederlandse rechter derhalve geen rechtsmacht heeft.

3. Het hof oordeelt dat de subrogatie in de rechten van benadeelde niet mogelijk is, omdat de leverancier dan vervolgens voor een deel van de vordering regres zou kunnen nemen op verzekerde en verzekeraar derhalve indirect regres neemt op

verzekerde, hetgeen in strijd is met het principe van een verzekering. Het hof oordeelt dat de onderlinge verhouding tussen verzekerde en leverancier wel degelijk relevant is voor een mogelijke subrogatie in de rechten van benadeelde, maar dat die onderlinge verhouding vanwege de forumkeuze door de Belgische rechter dient te worden vastgesteld en dat aan de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt. Een eventuele subsidiaire buitencontractuele vordering van de vervoerder op de leverancier zou dit volgens het hof niet anders maken. Hier kunnen twee opmerkingen bij worden gemaakt. Allereerst lijkt de verzekeraar haar vordering op de leverancier niet subsidiair maar primair te hebben gebaseerd op een onrechtmatige daad (waarschijnlijk mede vanwege de contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen). Ten tweede dient de toerekening van de schade (nu de schade in Nederland is ontstaan) op grond van art. 6:10 jo. 6:102 jo. 6:101 BW te geschieden in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Dat kan een geheel andere verdeling zijn dan tussen leverancier en vervoerder is overeengekomen en mogelijk bevat die overeenkomst geen beding over vrijwaring inzake vorderingen van derden. Zeker indien de primaire vordering juist buitencontractueel van aard is, dient naar mijn mening aan deze overeenkomst minder gewicht te worden toegekend. De A-G concludeert dat de contractuele rechtsverhouding tussen leverancier en vervoerder in beginsel bepalend is voor de grootte van ieders aandeel in de schuld. Anders dan het hof concludeert hij dat de overeenkomst slechts 'in beginsel' bepalend is, zodat ook feiten en omstandigheden van het schadeveroorzakende feit een rol spelen. De A-G verwijst voor zijn conclusie naar een arrest uit 1981 ([ECLI:NL:HR:1981:AG4270](#), NJ 1982/174), waarin het door hem aangehaalde uitgangspunt (overigens zonder nadere toelichting) is vermeld. Daarbij was echter wel vermeld dat dit zag op medeaansprakelijkheid die voortvloeit uit handelingen gepleegd bij de uitvoering van bedoelde overeenkomst (in onderhavig geval dus de koopovereenkomst inzake de opleggers). Van een dergelijke medeaansprakelijkheid (handelingen van de vervoerder bij de uitvoering van de koopovereenkomst) is in onderhavige casus echter geen sprake. Feiten en omstandigheden van het schadeveroorzakende feit (en daarmee de mede onrechtmatige daad) blijven derhalve een relevante rol spelen. Complicerend daarbij is overigens wel dat voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter uit hoofde van verbintenis uit onrechtmatige daad, het op grond van het unierecht vereist is dat deze onrechtmatige daad geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst (HvJ 27 september 1988, nr. 189/27, NJ 1990/425, *Kalfelis/Schröder*). De schade aan de oplegger zelf houdt echter (ook al kan dit tevens het gevolg zijn van een onrechtmatige daad) wel verband met een verbintenis uit overeenkomst. Rechtsmacht op grond van art. 5 aanhef en sub 3 EEX-Vo lijkt dan ook voor de Nederlandse rechter uitgesloten (mede omdat de vervoerder die de schade lijdt, in Oostenrijk is gevestigd), al komt het hof niet aan deze redenering toe.

4. De Hoge Raad gooit het, terecht, over een andere boeg. Art. 6 WAM creëert voor een benadeelde een eigen recht om rechtstreeks de WAM-verzekeraar aan te spreken, zulks teneinde de benadeelde te begunstigen in zijn mogelijkheden tot verhaal. Dit artikel heeft niet mede de strekking de verhouding van de WAM-verzekeraar tot de verzekerde of tot derden te beïnvloeden. WAM-verzekeraars hebben ten opzichte van derden derhalve dezelfde rechtspositie als schadeverzekeraars in het algemeen. Dit betekent dat de WAM-verzekeraar door betaling aan benadeelde niet in een betere positie terecht kan komen dan de verzekerde. De betaling door de WAM-verzekeraar aan de benadeelde betreft dan ook niet een vergoeding van de schade van de benadeelde (op grond waarvan de WAM-verzekeraar zou subrogeren in de rechten van de benadeelde), maar betreft een vergoeding aan verzekerde van de schade die hij in zijn vermogen lijdt door zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde. Nu de WAM-verzekeraar aldus de schade van de verzekerde en niet die van de benadeelde vergoedt, subrogeert de WAM-verzekeraar (louter) in de rechten van de verzekerde, in casu de vervoerder. Deze redenering lijkt me gezien de strekking van art. 6 WAM juist, al pleit wel hiertegen dat in het (in casu niet van toepassing zijnde) art. 15 lid 1 WAM wordt gesproken over schade die door de verzekeraar aan de benadeelde wordt "vergoed" in plaats van schadevergoeding die wordt 'betaald'. Dit laatste zal waarschijnlijk een verschrijving zijn.

5. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat partijen ervan uitgaan dat de verzekeraar in ieder geval (naar Oostenrijks recht, met dezelfde rechtsgevolgen als art. 7:962 BW) is gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde en dat "derhalve" niet ter discussie staat dat de Belgische rechter op grond van de forumkeuze rechtsmacht heeft. Dit "derhalve" lijkt gebaseerd op het feit dat in cassatie niet geklaagd is over het oordeel van het hof dat de Belgische rechter rechtsmacht heeft over alle

vorderingen (uit welke hoofde dan ook) van verzekeraar op leverancier. Immers, de verzekerde kan naast een contractuele vordering tevens een onrechtmatige-daadvordering jegens de leverancier hebben, namelijk indien (geabstraheerd van de niet-nakoming van de verbintenis) de handeling tevens inbreuk maakt op een subjectief recht of een schending van een algemene rechtsplicht of zorgvuldigheidsnorm oplevert (HR 19 december 1995, 1957; HR 19 februari 1993, NJ 1994/290). Met het op de markt brengen van een mogelijk ondeugdelijke oplegger kan daar sprake van zijn. Tevens is de regresvordering van de verzekeraar op de leverancier een buitencontractuele vordering. De vraag is of de door vervoerder en leverancier gemaakte forumkeuze ook ziet op deze beide buitencontractuele vorderingen. Het hof heeft het oordeel van de rechtbank bekrachtigd (waarover in cassatie niet is geklaagd) dat op de overeenkomst tussen vervoerder en leverancier Belgisch recht van toepassing is, dat de forumkeuze rechtsgeldig is (onder meer dat de forumkeuze conform art. 23 EEX-Vo ziet op geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan) en dat deze forumkeuze ziet op, zoals in de overeenkomst verwoord, “alle geschillen tussen partijen”. Dit betekent dat de forumkeuze ook ziet op de onrechtmatige-daadvordering en de regresvordering van verzekeraar op leverancier en de Nederlandse rechter dus geen rechtsmacht heeft. Overigens zou een eventuele klacht over de interpretatie naar Belgisch recht dat de forumkeuze ook op deze buitencontractuele vorderingen ziet, nu dit oordeel is gemotiveerd, afstuiten op art. 79 lid 1 sub b RO (schending vreemd recht).

6. De A-G concludeert dat de verzekeraarssubrogatie van art. 7:962 BW de algemene subrogatie van art. 6:12 en 6:150 BW niet uitsluit, zulks onder verwijzing naar een arrest uit 2014. Dat arrest ziet echter op een zelfstandig recht van de ene verzekeraar op de andere en betreft geen subrogatie (noch verzekeraarssubrogatie, noch algemene subrogatie), zodat hieruit niet is af te leiden dat de verzekeraarssubrogatie de algemene subrogatie uitsluit. Anders dan art. 6:12 BW lijkt overigens art. 6:150 BW niet van toepassing, nu niet aan de daarin vermelde voorwaarden is voldaan.

7. Concluderend kan dus worden gesteld, dat een rechtstreekse betaling door een (WAM-) verzekeraar aan benadeelde niet leidt tot subrogatie in diens rechten, maar louter in die van de verzekerde. In deze casus heeft deze conclusie vanwege de breed geformuleerde forumkeuze tot gevolg dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft. Dit vraagstuk inzake rechtsmacht zou complexer zijn indien de forumkeuze enkel zou zien op ‘vorderingen uit hoofde van deze overeenkomst’, omdat de buitencontractuele vorderingen van verzekeraar daar niet onder lijken te vallen.

8. Voor de verzekeraar betekent dit dat zij zal moeten procederen in België. Of eventuele aansprakelijkheidsbeperkingen uit de overeenkomst ook van toepassing zijn op de buitencontractuele vorderingen, is een vraag naar Belgisch recht. De verzekeraar had een additionele rechtsgang in België kunnen vermijden door bij aanvang niet reeds de benadeelde volledig te vergoeden, maar aansprakelijkheid te betwisten (teneinde niet of slechts deels te worden veroordeeld op grond van art. 6:99 BW) dan wel de leverancier in vrijwaring op te roepen (welke alternatieve bevoegdheid mogelijk is op grond van art. 6 sub 2 EEX-Vo).

E.J.H. Zandbergen, Fermm Advocaten

Voetnoten

1. Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEG 2001, L 12/1 (hierna: EEX-Verordening). Deze verordening is op 10 januari 2015 vervangen door de Herschikking van de EEX-Verordening (nr. 1215/2012, PbEU 2012, L 351/1), doch deze ‘herschikte’ EEX-Verordening is in de onderhavige zaak niet van toepassing. De rechtsvordering van Zürich is in eerste aanleg immers ingesteld vóór 10 januari 2015 (zie art. 66 lid 1 van de ‘herschikte’ EEX-Verordening).
2. Zie HvJEU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, NJ 2015/332, m.nt. L. Strikwerda (Harald

- Kolassa/Barclays Bank), rov. 58-65, herhaald in HvJEU 16 juni 2016, zaak C-12/15, [ECLI:EU:C:2016:449](#), RvdW 2016/916 (Universal Music/Schilling), rov. 44-46.
- [3.](#) Zie laatstelijk HvJEU 7 juli 2016, zaak C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525, RvdW 2016/1091 (Höszig/Alstom Power Thermal Services), rov. 36 e.v., onder verwijzing naar eerdere rechtspraak van het Hof.
 - [4.](#) HvJEU 7 februari 2013, zaak C-543/10, [ECLI:EU:C:2013:62](#), NJ 2013/299, m.nt. L. Strikwerda (Refcomp/Axa), rov. 29.
 - [5.](#) Zie rov. 30 van het reeds aangehaalde Refcomp-arrest.
 - [6.](#) Zie HvJEG 10 maart 1992, zaak C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115, Jur. 1992, p. I-1745, NJ 1996/279 (Powell Duffryn).
 - [7.](#) Zie HvJEG 19 juni 1984, zaak 71/83, ECLI:EU:C:1984:217, Jur. 1984, p. 2417, NJ 1984/735, m.nt. J.C. Schultsz (Tilly Russ/Nova); HvJEG 16 maart 1999, zaak C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142, NJ 2001/116, m.nt. P. Vlas (Castelletti/Trumpy); HvJEG 9 november 2000, zaak C-387/98, ECLI:EU:C:2000:66, NJ 2001/599, m.nt. P. Vlas (Coreck/Handelsveem).
 - [8.](#) Aldus rov. 41 van het reeds aangehaalde Refcomp-arrest.
 - [9.](#) Zie o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/264.
 - [10.](#) Zie P.H.L.M. Kuypers, Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht, 2008, p. 213-214.
 - [11.](#) Zie hierover o.a. F.J. Blees, De weg naar schadevergoeding in het internationale gemotoriseerde verkeer, 2010, p. 103-104; F.M. Ruitenbeek-Bart, Verzekeringsrechtelijk(e) verhalen (2). De invloed van het nieuwe verzekeringsrecht op de verhaalsmogelijkheden van gesubrogeerde verzekeraars en wettelijke regresnemers, TvVP 2008, nr. 2, p. 68; C.P. Robben, De action directe en de wet aansprakelijkheid motorrijtuigen, 1993, p. 196.
 - [12.](#) Vgl. recentelijk HvJ EU 21 januari 2016, gevoegde zaken C-359/14 en 475/14, [ECLI:EU:C:2016:40](#), NJ 2016/353, m.nt. Th. M. de Boer (ERGO Insurance).
 - [13.](#) HR 26 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:346](#), NJ 2016/344, m.nt. L. Strikwerda (Reaal/Same Deutz-Fahr Deutschland).
 - [14.](#) Zie over deze eis o.a. Groene Serie, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 23 EEX-Vo, aant. 8 (P. Vlas).
 - [15.](#) Vgl. art. 20 Rome II, waarin is bepaald dat in het geval dat een schuldeiser een vordering heeft op verscheidene voor dezelfde vordering aansprakelijke schuldenaren, van wie er één de schuld reeds geheel of gedeeltelijk heeft voldaan, het recht van deze schuldenaar om van de andere schuldenaren vergoeding te eisen, beheerst wordt door het recht dat van toepassing is op de niet-contractuele verbintenis van deze schuldenaar jegens de schuldeiser. Overigens is de Verordening Rome II (nr. 864/2007; PbEU 2007, L 199/40) in de onderhavige zaak niet van toepassing, nu het ongeval met de oplegger heeft plaatsgevonden op 10 oktober 2008, derhalve vóór de inwerkingtreding van de Verordening Rome II op 11 januari 2009 (zie ook art. 31 Rome II). Vgl. voor het oude IPR: M.V. Polak, Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen, Praktijkreeks IPR, deel 15, 1993, nr. 59.
 - [16.](#) Zie HR 20 november 1981, [ECLI:NL:HR:1981:AG4270](#), NJ 1982/174, m.nt. W.H. Heemskerk.
 - [17.](#) Vgl. HR 10 juli 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1873](#), NJ 2016/26, m.nt. M.M. Mendel.

18. Zie over de ratio van de verzekeraarssubrogatie o.a. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/570.
19. [ECLI:NL:HR:2014:1678](#), NJ 2014/427, m.nt. M.M. Mendel (Goudse/Aegon); AV&S 2014/24, m.nt. A. van Duijn-Koopman.
20. Anders: H.J.J. de Bosch Kemper & R. Gruben, De WAM in werking: 50 jaar jurisprudentie, 2015, p. 101. Zie ook de s.t. zijdens LAG p. 7.