

*bestaande verzekering of op een andere aansprakelijke persoon.”*

5. Hieruit volgt dat wanneer ten overstaan van een verzekerde geen afstand van verhaal geldt omdat zijn aansprakelijkheid gedekt is door zijn eigen aansprakelijkheidsverzekering, de verzekeraar een subrogatoir verhaal kan uitoefenen tegen deze verzekerde die een derde is.

6. De appelrechters die oordelen dat de verzekerde van de eiseres een derde is ten aanzien van de verzekeringsprestatie van de verweerster en deze slechts beschermd zou zijn geweest door de afstand van verhaal voor zover de schade

niet kan afgewenteld worden op de eiseres, verantwoord hun beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

*Dictum*

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 600,43 euro.

## Noot

### ***Het subrogatoir verhaalsrecht van een (ABR-)verzekeraar tegen “aansprakelijke derden-verzekerden”: een toepassing van de regels inzake subrogatie***

*Wannes Buelens<sup>1</sup>*

## I. FEITEN EN VOORGAANDEN

1. De voor deze annotatie relevante feiten, zoals weergegeven in het bestreden arrest van het hof van beroep te Brussel van 27 januari 2014<sup>2</sup>, die aan de orde waren in het arrest van het Hof van Cassatie van 24 februari 2017<sup>3</sup>, zijn de volgende.

Een bouwheer sloot voor een verbouwing een ABR-verzekering af, waarin onder meer de architect werd opgenomen als verzekerde. Naar aanleiding van een schadegeval werd tussen de ABR-verzekeraar en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van een architect een “schatting in der minne” opgemaakt, “onder voorbehoud van aansprakelijkheid en toepassing polis” en ondertekend door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de architect “voor akkoord op cijfers zonder erkenning van fout of aansprakelijkheid”. Nadat de ABR-verzekeraar de aldus begrote schade had vergoed aan de bouwheer op basis van het luik zaakverzekering, sprak hij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de architect aan tot terugbetaling van deze schade op grond van diens subrogatoir verhaalsrecht.<sup>4</sup> De ABR-verzekering bevatte dan wel een clause afstand van verhaal ten voordele van wie als verzekerde wordt genoemd, doch deze afstand zou slechts uitwerking hebben “in de mate waarin de aansprakelijke persoon de schade niet kan afwentelen op een bestaande verzekering of op een andere aansprakelijke persoon”.

2. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt geoordeeld dat artikel 95 wet 4 april 2014 betreffende de verzekeringen<sup>5</sup> (hierna: W.Verz.) er niet noodzakelijk aan in de weg staat dat een verzekeraar een subrogatoir verhaalsrecht uitoefent tegen een aansprakelijke persoon die tevens de hoedanigheid van verzekerde heeft. Het komt er volgens het hof van beroep op aan nauwkeurig te bepalen wie de verzekerde is in de zin van artikel 95 W.Verz. Dit is volgens het hof de persoon aan wie de verzekeraar de verzekeringsprestatie heeft toegekend waarvoor de verzekeraar verhaal zoekt. De derden waarvan sprake in artikel 95 W.Verz. zijn dan alle andere personen dan de verzekeraar en de verzekerde-subrogant. Voorts vloeit uit de hoedanigheid van verzekerde niet noodzakelijk voort dat de partijen de bedoeling hadden dat de verzekeraar definitief het risico zou dragen van de schade die werd veroorzaakt door een persoon met de hoedanigheid van verzekerde. Dit houdt slechts in dat de betrokkene het recht heeft op verzekeringsrechtelijke bescherming indien hij voldoet aan alle wettelijke en contractuele voorwaarden, aldus het hof van beroep.

Het Hof van Cassatie bevestigt de zienswijze van het hof van beroep. In de eerste plaats oordeelt het Hof dat de verzekerde een derde is in de zin van artikel 95 W.Verz. indien de verzekeraar hem geen dekking verleent voor het schadegeval.

<sup>1</sup> Advocaat, praktijkassistent UGent, vrijwillig wetenschappelijk medewerker UA Antwerpen.

<sup>2</sup> Brussel 27 januari 2014, *TBO* 2015, 99, noot C. HENSKENS, *TBO* 2019, 416, noot S. BUSSCHER.

<sup>3</sup> Cass. 24 februari 2017, *RW* 2018-19, 348, noot, *TBO* 2017, 500, *TBO* 2019, 404, noot S. BUSSCHER, *T.Verz.* 2017, 432, noot L. VANHOEFF.

<sup>4</sup> Art. 41 WLVO, nu art. 95 Verzekeringwet 2014.

<sup>5</sup> BS 30 april 2014.

Het onderdeel dat ervan uitgaat dat een verzekerde zijn hoedanigheid behoudt ingeval de verzekeraar dekking verleent aan een andere verzekerde en de verzekeraar in voorkomend geval geen subrogatoir verhaal tegen hem kan uitoefenen, faalt dan ook naar recht. Het Hof vervolgt door te stellen dat uit artikel 22 van de polis volgt dat wanneer ten overstaan van een verzekerde geen afstand van verhaal geldt omdat zijn aansprakelijkheid gedekt is door zijn eigen aansprake-

lijkheidsverzekering, de verzekeraar subrogatoir verhaal kan uitoefenen tegen deze verzekerde die een derde is. Het hof van beroep had dan ook juist geoordeeld dat de architect een derde is ten aanzien van de verzekeringsprestatie van de ABR-verzekeraar en deze slechts beschermd zou zijn geweest door het afstand van verhaal voor zover hij zijn aansprakelijkheid niet zelf verzekerd had.

## II. DE ABR-VERZEKERING EN HET VERHAAL OP GROND VAN ARTIKEL 95 W.VERZ.

3. De ABR-verzekering is een vaak voorkomende verzekering in de aannemingswereld, en heeft tot doel de bouwheer, en allen die meewerken aan de totstandkoming van het bouwwerk, te beschermen tegen technische en juridische risico's. Sinds de opstelling door Assuralia van de niet-bindende standaardvoorwaarden alle bouwplaatsrisico's, waarvan de laatste versie dateert van januari 2012 (hierna: voorwaarden 2012)<sup>6</sup>, worden de algemene voorwaarden van de ABR-verzekering op de Belgische markt gekenmerkt door een vrij grote, inhoudelijke eenvormigheid. Zij wordt afgesloten door één van de betrokken actoren – doorgaans de bouwheer of de (hoofd)aannemer – en voor rekening van de overige betrokken actoren-verzekerden.<sup>7</sup>

4. De ABR-verzekering is in de eerste plaats een *zaakverzekering*. Zij dekt de schade aan het bouwwerk in oprichting alsook eventueel de schade aan de tijdelijke uitrusting, voorlopige bouwwerken en de reeds bestaande goederen.<sup>8</sup> Daarnaast kan ook een luik *aansprakelijkheidsverzekering* worden opgenomen. De ABR-verzekering dekt dan eveneens de *buitencontractuele* aansprakelijkheid van de verzekerden, alsook de aansprakelijkheid van de bouwheer op grond van artikel 544 BW. Dit maakt dat de ABR-verzekering een combinatiepolis is.<sup>9</sup> Tot slot is er ook een algemeen luik voorzien dat van toepassing is op de twee voornoemde luiken. Dit laatste luik bevat doorgaans een afstand van verhaal ten voordele van onder meer<sup>10</sup> alle verzekerden.<sup>11</sup> Ook de standaardbestekken 250 en 270 AUR bepalen dat de ABR-

polis een clause moet bevatten die bepaalt dat de verzekeraar zich niet tot de aanbestedende overheid mag wenden om de verzekeringsprestatie te verhalen.<sup>12</sup> Toch is voorzichtigheid geboden, zoals bijvoorbeeld in de zaak die werd voorgelegd in het geannoteerde arrest. Daar gold de verhaalsafstand immers niet voor zover een aansprakelijke verzekerde zijn aansprakelijkheid kon afwentelen op een andere verzekeraar of andere aansprakelijke derde, zoals bijvoorbeeld een leverancier.

5. In het voorliggende geval, kwam de ABR-verzekeraar tussen ten voordele van de bouwheer op basis van het luik zaakverzekering. Vervolgens trad de ABR-verzekeraar in de rechten van de bouwheer, en stelde een subrogatoire (aansprakelijkheids)vordering in tegen (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de architect, die tevens als verzekerde werd opgenomen in de ABR-verzekering. Dergelijke subrogatoire vordering wordt gesteund op artikel 95 W.Verz. Op grond van dit artikel treedt de verzekeraar die de schadevergoeding betaald heeft, ten belope van het bedrag van die vergoeding, in de rechten en rechtsoverdrachten van de verzekerde of de begunstigde tegen de "*aansprakelijke derden*". Een subrogatoir verhaal tegen "*de verzekerde*" is echter niet mogelijk op grond van dit artikel.<sup>13</sup> Dit subrogatoir verhaalsrecht speelt bij alle verzekeringen tot vergoeding van de schade, zoals bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsverzekering en een zaakverzekering. De relevantie van het geannoteerde arrest

6. Deze voorwaarden kunnen geraadpleegd worden via de volgende link: [www.assuralia.be/images/docs/werking-verzekering\\_fonctionnement-assurance/Niet-bindende-standaardverzekeringvoorwaarden\\_Conditions-standards-dassurance-non-contraignantes/ABR\\_NL\\_jan2012.pdf](http://www.assuralia.be/images/docs/werking-verzekering_fonctionnement-assurance/Niet-bindende-standaardverzekeringvoorwaarden_Conditions-standards-dassurance-non-contraignantes/ABR_NL_jan2012.pdf). Voor een bespreking van de uniforme algemene polisvoorwaarden van 1995, zie D. DE MAESENEIRE, "L'assurance Tous Risques Chantier", *T.Verz.* 1997-98, 95-130.

7. L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, "Alle Bouwplaats Risico's in a nutshell", *T.Verz.* 2007, 166-167; J. WILDEMEERSCH, "L'importance de l'assurance 'Tous risques chantiers' dans le secteur de la construction", *For. ass.* 2011, 17; P.-H. DELVAUX, "Quelques observations sur les garanties accordées par les contrats d'assurance 'tous risques chantier'", *T.Aann.* 2013, 139; H. DE RODE, "Les contrats d'assurance particuliers" in *Rép.not.*, XII, Le droit commercial et économique, 10/2, Brussel, Larcier 2016, 114.

8. L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, "Alle Bouwplaats Risico's in a nutshell", *T.Verz.* 2007, 161.

9. Art. 66 verzekeringswet 2014.

10. Daarnaast wordt doorgaans ook afstand van verhaal gedaan ten opzichte van: de descendente, ascendente, de echtgenoot, de verwanten van de verzekerde in rechtstreekse lijn, de bij hem inwonende en zijn personeelsleden, de vennoten, bestuurders, zaakvoerders en mandatarissen van een verzekerde, wanneer zij hun functie uitoefenen, de leveranciers van elektrische stroom, gas, water, stoom via leidingen jegens wie en in zoverre de verzekerde afstand van verhaal heeft moeten doen.

11. Art. 14B voorwaarden 2012.

12. Art. 24, § 1.1 SB 250 versie 4.1 en art. 24, § 1.1 SB 270 versie 4.0; K. LEMMENS, S. BUSSCHER, E. WILLAERT, "Verzekeringen bij de uitvoering van overheidsopdrachten van de verschillende bouwactoren" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2014-15*, Brussel, EBP Consulting, 2015, 494.

van het Hof van Cassatie is dus ruimer dan enkel de ABR-verzekering.<sup>14</sup>

6. Artikel 95 verzekeringswet is van dwingend recht<sup>15</sup>, volgens sommigen<sup>16</sup> zelfs van openbare orde. Dit betekent dat het recht op subrogatie niet kan worden uitgesloten. Het is evenwel mogelijk voor de verzekeraar om te verzaken aan zijn subrogatoir verhaalsrecht, omdat dit enkel betrekking heeft op (het uitoefenen van) de vordering ten aanzien van de derde, doch niet op de subrogatie op zich.<sup>17</sup> De verhaalsafstand ten voordele van de verzekerden, die doorgaans in een ABR-verzekering wordt opgenomen<sup>18</sup>, is dus geldig.<sup>19</sup>

Een andere vraag is te weten of een beding op grond waarvan een subrogatoir verhaalsrecht tegen een persoon die in een polis als verzekerde wordt genoemd, doch in wiens voordeel

in het concrete geval niet wordt tussengekomen, uitwerking kan hebben. Het antwoord op deze vraag hangt – gelet op het dwingende karakter van de regeling – af van wie als “aansprakelijke derde”, en wie als “verzekerde” in de zin van artikel 95 W.Verz., kan worden beschouwd. Is het voldoende dat men als verzekerde wordt vernoemd in de desbetreffende polis om ook steeds als dusdanig te worden beschouwd? Zo ja, dan kan voormeld beding geen uitwerking hebben. Indien niet, dan kan het beding wel uitwerking hebben voor zover dit tot gevolg heeft dat verhaal wordt uitgeoefend tegen een aansprakelijke derde die in het concrete geval niet als verzekerde in de zin van artikel 95 W.Verz. wordt beschouwd. De hoedanigheid van verzekerde wordt dan beoordeeld op het niveau van de verzekeringsprestatie.

### III. DE “VERZEKERDE” EN DE “AANSPRAKELIJKE DERDE” IN DE ZIN VAN ARTIKEL 95 W.VERZ.

7. In een arrest van 11 januari 2010 oordeelde het Hof van Cassatie dat een bij zijn ouders inwonende minderjarige die opzettelijk een schadegeval had veroorzaakt – en een verzekerde is onder de door zijn ouders gesloten gezinsaansprakelijkheidsverzekering – een verzekerde is en blijft in de zin van artikel 95 W.Verz.<sup>20</sup> Bijgevolg kon de aansprakelijkheidsverzekeraar, die tussenkwam voor de aansprakelijkheid van de ouders op grond van artikel 1384, tweede lid BW,

geen subrogatoir verhaal uitoefenen tegen de minderjarige die het schadegeval opzettelijk had veroorzaakt, ook al kon het kind omwille van diens opzet geen beroep doen op de tussenkomst van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het Hof bevestigde deze uitspraak in een arrest van 4 juni 2012.<sup>21</sup>

De meerderheid van de bodemrechters<sup>22</sup> en rechtsleer<sup>23</sup> oordeelt in dezelfde lijn, en is dus van mening dat men de hoedanigheid van verzekerde in de zin van artikel 95 W.Verz.

<sup>13</sup> Cass. 26 mei 2014, *Arr.Cass.* 2014, 1318, *JTT* 2014, 362, *Pas.* 2014, I, p. 1291, *RGAR* 2016, nr. 15.276; Cass. 4 december 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2816, *JLMB* 2015, 1992, noot T. MALENGREAU, *Pas.* 2014, I, p. 2766, *RFRL* 2014, 15179, noot, *RW* 2016-17, 660, noot; Brussel 4 maart 2013, *RGAR* 2013, nr. 15.040; Brussel 27 januari 2014, *TBO* 2015, noot C. HENSKENS, *TBO* 2019, 416, noot S. BUSSCHER; Corr. Brugge 13 april 2007, *RW* 2009-10, 1136; Rb. Brugge 12 mei 2012, *RW* 2012-13, 1423; KI Antwerpen 22 juni 2012, *RGAR* 2013, nr. 15.014.

<sup>14</sup> Cf. L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOU BROECK, “Alle Bouwplaats Risico’s in a coconut shell”, *T.Verz.* 2020, 359 die menen dat het arrest verklaarbaar is in de specifieke context van de ABR-verzekering.

<sup>15</sup> Art. 56 verzekeringswet 2014.

<sup>16</sup> D. WUYTS, “Specifieke regels toepasselijk op alle schadeverzekeringen” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 650. *Contra* V. CALLEWAERT en B. DUBUISSON, “Les recours subrogatoires de l’assureur” in *La loi sur le contrat d’assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 2012, 143.

<sup>17</sup> L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOU BROECK, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 809.

<sup>18</sup> Art. 14B voorwaarden 2012.

<sup>19</sup> *Contra* D. DE MAESENEIRE, “L’assurance Tous Risques Chantier”, *T.Verz.* 1997-98, 128-129.

<sup>20</sup> Cass. 11 januari 2010, *Arr.Cass.* 2010, Concl. J. GENICOT, *J.dr.jeun.* 2013, 44, noot, *Pas.* 2010, Concl. J. GENICOT, *RABG* 2010, 1325, noot S. VEREECKEN, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 920, *RW* 2012-13, 772, noot P. VAN DE WEYER, *TBH* 2010, 441, *TJK* 2010, 294, noot P. DE TAVERNIER, *TJK* 2011, 149, *T.Verz.* 2010, 410.

<sup>21</sup> Cass. 4 juni 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1527, *J.dr.jeun.*, 44, *Pas.* 2012, 1271, *RGAR* 2013, nr. 15.030, noot, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 261, *RW* 2014-15, 59, *TBH* 2012, 944, *TGR-TWVR* 2013, 127.

<sup>22</sup> Brussel 4 juni 1991, *T.Verz.* 1991, 872; Brussel 12 juni 2006, *RGAR* 2007, nr. 14.277; Luik 28 juni 2007, *RGAR* 2009, nr. 14.536, noot; Antwerpen 11 december 2013, *TBH* 2015, 999; Gent 12 februari 2015, *NJW* 2016, 875, noot C. HENSKENS. *Contra* Luik 17 oktober 2003, *JLMB* 2004, 1240, noot J. TINANT, *RGAR* 2004, nr. 13.932, *RRD* 2003, 453; Luik 15 oktober 2001, *RGAR* 2003, nr. 13.698 en Brussel 27 januari 2014, *TBO* 2015, 99, noot C. HENSKENS, *TBO* 2019, 416, noot S. BUSSCHER.

<sup>23</sup> L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOU BROECK, “Alle Bouwplaats Risico’s in a nutshell”, *T.Verz.* 2007, 167; V. CALLEWAERT, B. DUBUISSON, “Les recours subrogatoires de l’assureur” in *La loi sur le contrat d’assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 2012, 143; A. CALVAER, “Le souscripteur de l’assurance ‘TRC’ responsable de sa gestion”, *T.Verz.* 2012, 107; T. MEURS, “Art. 41 Wet Landverzekeringsovereenkomst: omvang van het subrogatierecht van de verzekeraar en mogelijkheid van subrogatoire vordering tegen de eigen verzekerde”, *DAOR* 2013, 247-248; P.-H. DELVAUX, “Quelques observations sur les garanties accordées par les contrats d’assurance ‘tous risques chantier’”, *T.Aann.* 2013, 139; Y. THIERY en T. MEURS, “Aansprakelijkheidsverzekering: een risicovolle onderneming?” in I. SAMOY en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht, Themis Vormingsonderdeel 93*, 2015, 85; C. HENSKENS, “Opzettelijke schade veroorzaakt door minderjarige. Contractueel verhaalsrecht van de gezinsaansprakelijkheidsverzekeraar”, *NJW* 2016, 848; H. DE RODE, *Les contrats d’assurance particuliers*, Brussel, Larcier, 2017, 187. *Contra* I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 555-557; S. VEREECKEN, “Het verhaalsrecht van de familiale verzekeraar bij opzettelijke schade veroorzaakt door minderjarigen”, *RABG* 2010, 1135 en P.-J. VAN DE WEYER, “Subrogatie of regres: confrontatie tussen verzekeraar en minderjarige dader bij opzettelijke schadegeval”, *RW* 2012-13, 776.

moet beoordelen op het niveau van de verzekeringsovereenkomst. Aldus is het voldoende om als verzekerde in de verzekeringsovereenkomst te worden genoemd om te ontsnappen aan het subrogatoir verhaalsrecht van de verzekeraar op grond van artikel 95 W.Verz. De hoedanigheid van verzekerde en aansprakelijke derde sluiten elkaar immers uit.<sup>24</sup>

8. In het geannoteerde arrest, dat niet handelt over een aansprakelijkheids- maar over een zaakverzekering, gaat het Hof m.i. in tegen deze meerderheidsopvatting. In navolging van het bestreden arrest van het hof van beroep, oordeelt het Hof immers dat een verzekerde – i.c. een architect – een derde is in de zin van artikel 95 W.Verz. wanneer de verzekeraar hem geen dekking verleent voor het concrete schadegeval. Het onderdeel dat er van uitgaat dat een verzekerde zijn hoedanigheid van verzekerde behoudt ingeval de verzekeraar dekking verleent aan een andere verzekerde, en de verzekeraar in voorkomend geval geen subrogatoir verhaal tegen hem kan uitoefenen, faalt naar recht, aldus het Hof.<sup>25</sup> Dit betekent met andere woorden dat het Hof van Cassatie in dit arrest van oordeel is dat men de hoedanigheid van verzekerde in de zin van artikel 95 W.Verz. niet moet beoordelen op het niveau van de verzekeringspolis, doch wel op het niveau van de concrete verzekeringsprestatie.<sup>26</sup> Men kan de hoedanigheid van verzekerde dus “verliezen” in het kader van een subrogatoir verhaal van een verzekeraar. Enkel de persoon ten behoeve van wie in het concrete geval werd tussengekomen, heeft de hoedanigheid van verzekerde. Alle andere personen zijn als derden ten opzichte van deze verze-

keringsprestatie te beschouwen, waardoor de verzekeraar – als in de plaats gestelde – tegen hen een subrogatoir verhaalsrecht kan uitoefenen op grond van artikel 95 W.Verz.<sup>27</sup> Uiteraard op voorwaarde dat deze “verzekerde” aansprakelijk is voor het gedekte schadegeval, en voor zover de verzekeraar geen afstand heeft gedaan van zijn subrogatoir verhaalsrecht tegen deze verzekerde. Een beding op grond waarvan een subrogatoir verhaalsrecht wordt uitgeoefend tegen een persoon die in een polis als verzekerde wordt genoemd, doch in wiens voordeel in het concrete geval niet wordt tussengekomen, doet bijgevolg geen afbreuk aan het dwingende karakter van artikel 95 W.Verz. en kan uitwerking hebben.<sup>28</sup> Het beding is in deze opvatting immers een loutere bevestiging van artikel 95 W.Verz.

9. Ook met betrekking tot een brandverzekering, eveneens een zaakverzekering, had het Hof al eens een gelijkaardig standpunt ingenomen. In dit geval ging het om mede-eigenaars van eenzelfde bouwwerk dat werd beschadigd door een brandend voertuig van één van hen, en waarbij de brandverzekeraar een subrogatoir verhaalsrecht had uitgeoefend tegen de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke mede-eigenaar van het voertuig ten belope van de vergoeding die werd uitbetaald aan de andere mede-eigenaar.<sup>29</sup> De meerderheid van de rechtsleer meent – m.i. onterecht<sup>30</sup> – dat in geval van mede-eigendom elke mede-eigenaar slechts een verzekerbaar belang heeft ten belope van de waarde van zijn aandeel hierin.<sup>31</sup> Welnu, sommigen menen dat het (gebrek aan) verzekerbaar belang in het onverdeelde aandeel van de

<sup>24</sup> Cass. 23 november 1967, *Pas.* 1968, I, p. 423.

<sup>25</sup> Cass. 24 februari 2017, *RW* 2018-19, 348, noot, *TBO* 2017, 500, *T.Verz.* 2017, 432, noot L. VANHOOFF, *TBO* 2019, 404, noot S. BUSSCHER. Zie ook Cass. 5 november 2012, *DAOR* 2013, 241, noot T. MEURS.

<sup>26</sup> L. VANHOOFF, “Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde”, *T.Verz.* 2017, 436; S. BUSSCHER, “Subrogatoir verhaal tegen de verzekerde door de ABR-verzekeraar”, *TBO* 2019, 407.

<sup>27</sup> Cf. Cass. 10 maart 1969, *Arr.Cass.* 1069, 639.

<sup>28</sup> Cf. Cass. 4 december 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2816, *JLMB* 2015, 1992, noot T. MALENGREAU, *Pas.* 2014, I, p. 2766, *RFRL* 2014, 15179, noot, *RW* 2016-17, 660, noot en Cass. 21 oktober 2016, *RW* 2017-18, 576, noot, *TBO* 2017, 140 waarin een beding werd opgenomen dat mede-eigenaars van eenzelfde bouwwerk ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de verzekerde collectiviteit als derden worden beschouwd.

<sup>29</sup> Cass. 5 november 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2421, *DAOR* 2013, 241, noot T. MEURS, *JLMB* 2014, 840, noot T. MALENGREAU, *Pas.* 2012, I, p. 2108, *RW* 2014-15, 182 (“Het arrest beslist dat [de verweersters], in principe, de terugbetaling kunnen vorderen van de helft (...) van de schadevergoeding van [de eiseres] die ze aan hun verzekerden, [M.-G.] hebben betaald, zijnde het deel waarin [zij] in de rechten op vergoeding van de heer M., en laat aldus de verweersters in de rechten treden van de heer G. die voortkomen uit de overeenkomst die zijn echtgenote met de eiseres had afgesloten, en schendt het zodoende geen enkele wettelijke bepaling die in dit onderdeel wordt aangegeven.”). Zie ook Cass. 4 december 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2816, *JLMB* 2015, 1992, noot T. MALENGREAU, *Pas.* 2014, I, p. 2766, *RFRL* 2014, 15179, noot, *RW* 2016-17, 660, noot (“lorsqu’une police d’assurance souscrite par l’association des copropriétaires d’un immeuble couvre tous dégâts des eaux survenant dans cet immeuble, chaque copropriétaire a, en cas de sinistre, la qualité d’assuré pour ce qui concerne son lot; il ne l’a en revanche pas à l’égard du lot sinistré de chaque autre copropriétaire. La clause contractuelle d’une telle police, qui stipule que le terme ‘assuré’ vise notamment les copropriétaires et qu’ils sont considérés comme ‘tiers’ les uns vis-à-vis des autres, n’a dès lors pas pour effet d’étendre le recours subrogatoire de l’assureur.”) en Cass. 21 oktober 2016, *RW* 2017-18, 576, noot, *TBO* 2017, 140 (“De verzekeraar die gesubrogeerd is in de rechten van zijn verzekerde, kan het bedrag van de vergoeding terugvorderen van een andere verzekerde die aansprakelijk is voor de schade, wanneer de verzekeringsovereenkomst bepaalt dat de verzekerde een derde is voor de schade die hij heeft toegebracht aan een andere verzekerde. Dit is het geval wanneer de brandverzekeringsovereenkomst bepaalt dat ‘mede-eigenaars ten opzichte van elkaar en van de verzekerde collectiviteit als derden worden beschouwd’.”).

<sup>30</sup> Zie ook: J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres*, Waterloo, Kluwer, 2011, 112 die terecht stelt dat de mede-eigenaar een belang heeft bij het behoud van het goed in zijn geheel. Cf. Cass. 4 februari 2013, *Arr.Cass.* 2013, 328, *JLMB* 2014, 849, *Pas.* 2013, I, p. 303, *RW* 2014-15, 740, *TBH* 2013, 529: “Uit die bepalingen [Art. 1, B, a) wet landverzekeringsovereenkomst; art. 1122 en 1165 BW] volgt dat de brandverzekering die in eigen naam is gesloten door de onverdeelde mede-eigenaar van het verzekerde goed, in de regel slechts zijn deel van de eigendom dekt en niet aan de andere mede-eigenaars ten goede komt, tenzij uit de verzekering volgt dat de verzekeringnemer voor hun rekening heeft gehandeld.” In dezelfde zin: Cass. 25 april 2013, *Arr.Cass.* 2013, 1000, *JLMB* 2014, 851, noot N. SCHMITZ, *Pas.* 2013, I, p. 976, *RGAR* 2013, nr. 15.021, noot D. GOUZEE, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 913, *RW* 2015-16, 977, noot G. HEIRMAN. Deze rechtspraak zegt m.i. op zich niets over de vraag of een mede-eigenaar een verzekerbaar belang heeft met betrekking tot het goed in zijn geheel, dan wel enkel ten belope van zijn aandeel hierin. Zij zegt enkel iets over de vraag in welke mate dit belang in beginsel gedekt is onder de polis.

andere mede-eigenaar rechtvaardigt dat de brandverzekeraar voor wat betreft dat aandeel toch een verhaal kan uitoefenen op de aansprakelijke verzekerde.<sup>32</sup> Aldus zou deze rechtspraak van het Hof met betrekking tot een zaakverzekering te verzoenen zijn met de voormelde rechtspraak van het Hof met betrekking tot de (gezins)aansprakelijkheidsverzekering.

Deze redenering wordt door bepaalde auteurs doorgetrokken naar het luik zaakverzekering van een ABR-polis om het geannoteerde arrest van het Hof van Cassatie te verklaren. De aannemer, de architect, de onderaannemers, enz. zouden immers doorgaans geen verzekerbaar belang hebben, omdat zij geen *eigenaar* zijn van het verzekerde bouwwerk doch enkel van hun materieel en van eventueel nog niet verwerkte bouwmaterialen die aanwezig zijn op de werf, enz.<sup>33</sup>

M.i. moet de rechtvaardiging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie in deze echter niet zozeer worden gezocht in het gebrek aan verzekerbaar belang in hoofde van de persoon tegen wie het subrogatoir verhaalsrecht wordt uitgeoefend (A.), maar eerder in de aard van de subrogatoire vordering op zich (B.). Er is m.i. bijgevolg geen verantwoording om het begrip “verzekerde” in de zin van artikel 95 W.Verz. anders in te vullen al naargelang het gaat om een aansprakelijkheids- dan wel een zaakverzekering (C.).

## A. De aan- of afwezigheid van een verzekerbaar belang is op zich niet relevant ...

10. Het verzekerbaar belang bij verzekeringen tot vergoeding van schade (zaak- en aansprakelijkheidsverzekering) wordt door artikel 91 W.Verz. gedefinieerd als een in geld waardeerbaar belang bij het behoud van de zaak of bij de gaafheid van het vermogen.<sup>34</sup> Dit artikel is van openbare orde.<sup>35</sup> Het verzekerbaar belang wordt ruim ingevuld. Het gaat niet enkel om een economisch belang, maar om elk belang dat een verzekerde heeft bij de niet-verwezenlijking van het verzekerde risico.<sup>36</sup> Met betrekking tot hetzelfde ver-

zekerde goed kunnen dan ook verschillende “verzekerbare belangen” naast elkaar bestaan.<sup>37</sup>

11. Gelet op de ruime omschrijving van het begrip “verzekerbaar belang”, is het al minder vanzelfsprekend om in algemene bewoordingen te stellen dat enkel de eigenaar van het verzekerde goed – bijvoorbeeld het goed in oprichting dat het voorwerp uitmaakt van de aannemingsovereenkomst en eigendom wordt van de bouwheer naarmate de onderdelen geïncorporeerd worden in dit goed – een verzekerbaar belang heeft met betrekking tot dit goed. Immers, men kan moeilijk voorhouden dat de aannemer geen belang heeft bij de niet-verwezenlijking van schade aan het werk in opbouw, dat hij op grond van de aannemingsovereenkomst met de bouwheer tijdig dient op te leveren, en bijgevolg de financiële gevolgen van een schadegeval moet dragen (art. 1788 BW). Ook voor de andere betrokkenen bij het bouwproces, zoals de architect en het studiebureau, geldt dat zij er alle belang bij hebben dat er zich geen schadegeval voordoet, en bijgevolg niet moeten opdraaien voor de financiële gevolgen van de heropbouw van het aldus beschadigde werk in opbouw.<sup>38</sup>

Let wel, dit betekent niet dat de verzekerden onder een ABR-verzekering zich eender wat kunnen permitteren, en dat onzorgvuldig handelen in de hand wordt gewerkt. Immers, in principe is schade veroorzaakt door een fout, een gebrek of leemte in het ontwerp, in de berekeningen of in de plannen, alsook een gebrek van de materialen, uitgesloten.<sup>39</sup> Hetzelfde geldt voor schade die te wijten is aan het niet naleven van de regels van de kunst.<sup>40</sup> Deze uitsluitingen kunnen echter worden afgekocht in de bijzondere voorwaarden – bijvoorbeeld dekking “*faulty part*” – zoals ook gebeurde in de polis die aan de orde was in het geannoteerde arrest. Meer bepaald werd ook schade als gevolg van ontwerp-, reken- of tekenfouten, door foutieve uitvoering van het werk, of door handelingen in strijd met het algemene vakmanschap, alsmede ingevolge het eigen gebrek der materialen gedekt.<sup>41</sup> Welnu, indien de verzekeraar schade als gevolg van dergelijke fouten niet uitsluit, dan staat het onmiskenbaar vast dat de architect *in casu* een verzekerbaar belang had bij de ABR-

31. D. DE MAESENEIRE, *Assurance contre l'incendie*, Brussel, Kluwer, 2003, 107; M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 2016, 492.

32. T. MEURS, “Art. 41 Wet Landverzekeringsovereenkomst: omvang van het subrogatierecht van de verzekeraar en mogelijkheid van subrogatoire vordering tegen de eigen verzekerde”, *DAOR* 2013, 249-250.

33. S. BUSSCHER, “Subrogatoir verhaal tegen de verzekerde door de ABR-verzekeraar”, *TBO* 2019, 407; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, “Alle Bouwplaats Risico’s in a coconut shell”, *T.Verz.* 2020, 360.

34. G. JOCQUE, *De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 19-20.

35. Wetsontwerp op de landverzekeringsovereenkomst, *Parl.St.* Kamer 1990-91, nr. 1586/1, p. 38; P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, p. 23, nr. 18.

36. Cass. 17 mei 1957, *Arr.Cass.* 1957, 782, *Pas.* 1957, I, p. 1119; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 308; D. WUYTS, “Specifieke regels toepasselijk op alle schadeverzekeringen” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 306.

37. L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 309.

38. Rb. Luik 8 februari 2011, *For.ass.* 2012, n° 120, 11; D. DE MAESENEIRE, “L’assurance Tous Risques Chantier”, *T.Verz.* 1997-98, 98; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 444.

39. Art. 3.A.1) voorwaarden 2012. Deze uitsluiting is evenwel beperkt tot het deel van de goederen aangetast door deze fout, gebrek, leemte of eigen gebrek.

40. Art. 8.A.4) voorwaarden 2012.

41. Zie weergave in het bestreden arrest: Brussel 27 januari 2014, *TBO* 2015, 99, noot C. HENSKENS, *TBO* 2019, 416, noot S. BUSSCHER.

verzekering<sup>42</sup>, in het algemeen, en het verzekerde bouwwerk in het bijzonder. De afwezigheid van een verzekerbaar belang in hoofde van de architect-verzekerde kan bijgevolg geen rechtvaardiging zijn voor het geannoteerde arrest, waarin wordt toegestaan dat een (zaak)verzekeraar een subrogatoir verhaalsrecht uitoefent tegen de architect-verzekerde ten voordele van wie geen afstand van verhaal werd gedaan.

Bepaalde auteurs besluiten dan ook terecht dat luik I van de ABR-polis tot gevolg kan hebben dat de contractuele aansprakelijkheid van de verzekerde bouwactoren voor schade veroorzaakt aan het verzekerde bouwwerk gedekt wordt.<sup>43</sup> Achter de zaakverzekering gaat met andere woorden een aansprakelijkheidsbelang schuil, waaruit de verzekerden die geen eigenaar zijn van het verzekerde goed hun verzekerbaar belang in het behoud van de verzekerde zaak putten.<sup>44</sup> Dit maakt echter geen aansprakelijkheidsverzekering van luik I van de ABR-verzekering; zij blijft een zaakverzekering.<sup>45</sup> Dat luik I van de ABR-verzekering ook een aansprakelijkheidsbelang dekt, geldt eens te meer nu de ABR-verzekering doorgaans, behoudens in geval van opzet<sup>46</sup>, voorziet in een clause van afstand van verhaal ten voordele van onder meer<sup>47</sup> alle verzekerden.<sup>48</sup> Uit het geannoteerde arrest volgt dat zo'n afstand van verhaal noodzakelijk is om de "verzekerbare belangen" van *alle* verzekerde bouwactoren daadwerkelijk te dekken, *i.e.* ervoor te zorgen dat de ABR-verzekeraar ze ook definitief ten laste neemt.<sup>49</sup> Immers, op grond van het geannoteerde arrest kan een (zaak)verzekeraar op grond van artikel 95 Verz.W. een subrogatoir verhaalsrecht uitoefenen tegen de aansprakelijke verzekerde die niet de begunstigde was van de verzekeringsprestatie, en ten voordele van wie geen afstand van verhaal werd gedaan. Dit volgt m.i. uit de aard van de subrogatoire vordering op zich.

## B. ... de aard van de subrogatoire vordering is dat wel

12. De subrogatie op grond van artikel 95 W.Verz. vertoont alle kenmerken van de indeplaatsstelling na betaling, zoals beschreven in artikel 1251 BW.<sup>50</sup> Bijgevolg oefent de verzekeraar niet diens eigen vorderingsrecht uit tegen een verzekerde, doch wel dat van de verzekerde die vergoed werd. De "derden" waarvan sprake in artikel 95 W.Verz. zijn dus alle andere personen dan de gesubrogeerde en de subrogant.<sup>51</sup> Vanuit dit opzicht is het logisch dat het Hof in het geannoteerde arrest oordeelt dat een verzekerde ten voordele van wie in het concrete geval niet is tussengekomen als derde in de zin van artikel 95 W.Verz. dient te worden beschouwd, waardoor tegen deze persoon een subrogatoire vordering kan worden uitgeoefend indien hij/zij aansprakelijk is voor het schadegeval, zoals reeds eerder door I. Boone werd verdedigd.<sup>52</sup> Voor de persoon wiens vordering de verzekeraar uitoefent, maakt het immers niet uit of de persoon tegen wie een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld als verzekerde onder dezelfde polis wordt genoemd.<sup>53</sup> Voor de gesubrogeerde verzekeraar kan dit nog wel van belang zijn, bijvoorbeeld indien deze verzekeraar op grond van een verzekeringsovereenkomst gehouden is om de aansprakelijkheid van "de derde", tegen wie de subrogatoire vordering wordt ingesteld, te dekken.

## C. Er is geen redelijke verantwoording om het begrip "verzekerde" anders in te vullen op basis van de aard van de verzekering

13. Er is m.i. geen reden waarom afgeweken zou moeten worden van het voorgaande voor wat betreft (gezins)aansprakelijkheidsverzekeringen. Dit volgt niet enkel uit de aard van de subrogatoire vordering, maar ook uit de specifieke wetgeving dienaangaande.<sup>54</sup>

<sup>42</sup> C. HENSKENS, "Het verhaalsrecht van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde, de aansprakelijke architect", *TBO* 2015, 105. *Contra* Antwerpen 11 december 2013, *TBH* 2015, 999.

<sup>43</sup> Y. HANNEQUART en A. DELVAUX, "L'assurance dans le domaine des activités de construction" in *Status et responsabilité des édificateurs*, Brussel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, 233.

<sup>44</sup> G. JOCQUE, *De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 22-23.

<sup>45</sup> G. JOCQUE, *De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 23.

<sup>46</sup> Art. 62 Verz.W.; Cass. 23 februari 2017, *JLMB* 2017, 1995, noot M. SCHMITZ, *RW* 2017-18, 665, noot B. WEYTS en D. WUYTS, *TBH* 2018, 180, noot, *TBO* 2018, 293, *T.Verz.* 2018, 240, noot J. ROGGE ("De opzettelijke fout veronderstelt de wil om een schade te veroorzaken die voortvloeit uit de totstandkoming van een door de verzekeringsovereenkomst gedekt risico, het is niet vereist dat de verzekerde de bedoeling heeft gehad de schade te veroorzaken zoals ze zich heeft voorgedaan.").

<sup>47</sup> Daarnaast wordt ook afstand van verhaal gedaan ten opzichte van: de descendentes, ascendenten, de echtgenoot, de verwanten van de verzekerde in rechtstreekse lijn, de bij hem inwonende en zijn personeelsleden, de vennoten, bestuurders, zaakvoerders en mandatarissen van een verzekerde, wanneer zij hun functie uitoefenen, de leveranciers van elektrische stroom, gas, water, stoom via leidingen jegens wie en in zoverre de verzekerde afstand van verhaal heeft moeten doen.

<sup>48</sup> Art. 14 B. voorwaarden 2012.

<sup>49</sup> *Cf.* Antwerpen 11 december 2013, *TBH* 2015, 999.

<sup>50</sup> L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 809.

<sup>51</sup> I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 545.

<sup>52</sup> I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 555-556.

<sup>53</sup> L. VANHOOF, "Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde", *T.Verz.* 2017, 436.

<sup>54</sup> Zie hierover uitgebreid I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 549-562.

De verzekerden onder de gezins aansprakelijkheidsverzekering zijn, kort gezegd, de verzekeringnemer en de personen die bij hem of haar inwonen, alsook het huispersoneel.<sup>55</sup> Al deze personen hebben een verzekeraar belang onder deze polis, m.n. de vrijwaring van het eigen vermogen tegen de financiële gevolgen van hun aansprakelijkheid.<sup>56</sup> Enerzijds bepaalt artikel 95, vierde lid Verz.W. dat de verzekeraar, behoudens kwaad opzet, geen (subrogatoir) verhaalsrecht heeft tegen de bloedverwanten in de rechte opgaande of nederdalende lijn, de echtgenoot en de aanverwanten in de rechte lijn van de verzekerde, noch op de bij hem inwonende personen, zijn gasten en zijn huispersoneel. Deze uitsluiting van het subrogatoir verhaalsrecht tegen bepaalde verzekerden onder de gezins aansprakelijkheidsverzekering, impliceert dat deze verzekerden derden kunnen zijn in de zin van artikel 95, eerste lid Verz.W. Zo niet, was het immers niet nodig om de uitzondering in het vierde lid te voorzien.<sup>57</sup> Anderzijds plafonneert artikel 7 KB-gezin<sup>58</sup> het subrogatie- en verhaalsrecht dat de verzekeraar kan uitoefenen tegen een verzekerde die minderjarig was op het ogenblik van de gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot de schade. Ook dit artikel bevestigt minstens impliciet dat het mogelijk is om een subrogatoire vordering in te stellen tegen een aansprakelijke persoon die als verzekerde wordt vermeld in de polis, anders was het niet nodig om de omvang van deze vordering te plafonneren.<sup>59</sup>

**14.** Een subrogatoir verhaalsrecht tegen een verzekerde in het kader van een (gezins)aansprakelijkheidsverzekering kan zich bijvoorbeeld voordoen in de hypothese waarin een inwonende minderjarige een opzettelijk schadegeval veroorzaakt. Hoewel deze minderjarige wel een verzekeraar belang heeft<sup>60</sup>, kan die geen aanspraak maken op tussenkomst van de verzekeraar omwille van het opzet.<sup>61</sup> De ouders, die aansprakelijk zijn op grond van artikel 1384,

tweede lid BW, kunnen wel aanspraak maken op de tussenkomst van de verzekeraar, omdat het opzet “persoonlijk” is en dus niet aan hen kan worden toegerekend.<sup>62</sup> Gelet op het voorgaande, zou de gezins aansprakelijkheidsverzekeraar zich in dit geval dus als gesubrogeerde in de rechten van de ouders tegen het minderjarige kind-“verzekerde” moeten kunnen keren op grond van artikel 95 W.Verz.<sup>63</sup>, zij het dat dit subrogatoir verhaalsrecht wordt geplafonneerd op grond van artikel 7 KB-gezin. Daarmee zou ook bevestigd worden dat de mogelijkheid voor een verzekeraar om een subrogatoire vordering te kunnen uitoefenen tegen één van diens verzekerden moet worden verklaard vanuit de werking van de subrogatoire vordering op zich, doch niet noodzakelijk vanuit de aan- of afwezigheid van verzekeraar belang van een “verzekerde” onder de polis.

Zoals gezegd, heeft het Hof van Cassatie in het kader van de gezins aansprakelijkheidsverzekering echter geoordeeld dat een inwonende minderjarige die een opzettelijk schadegeval veroorzaakt geen aansprakelijke derde maar een verzekerde is in de zin van artikel 95, eerste lid W.Verz. De aansprakelijkheidsverzekeraar die de aansprakelijkheid van de ouders op grond van artikel 1384, tweede lid BW heeft gedekt, kan met andere woorden volgens het Hof geen subrogatoir verhaalsrecht uitoefenen tegen de inwonende minderjarige die het schadegeval opzettelijk heeft veroorzaakt.<sup>64</sup>

**15.** De rechtspraak van het Hof met betrekking tot de gezins aansprakelijkheidsverzekering is moeilijk te verzoenen met het geannoteerde arrest, en andere rechtspraak van het Hof met betrekking tot zaakverzekeringen, op grond waarvan een subrogatoir verhaalsrecht tegen een aansprakelijke “verzekerde” wel mogelijk is. Zoals zonet werd verdedigd, kan het verschil tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de (gezins)aansprakelijkheids-

<sup>55.</sup> Art. 3 KB 12 januari 1984 tot vaststelling van de minimumgarantievoorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid buiten overeenkomst met betrekking tot het privé-leven (BS 31 januari 1984, p. 1.382).

<sup>56.</sup> Cf. T. MEURS, “Art. 41 Wet Landverzekeringsovereenkomst: omvang van het subrogatierecht van de verzekeraar en mogelijkheid van subrogatoire vordering tegen de eigen verzekerde”, *DAOR* 2012, 249-250.

<sup>57.</sup> Luik 7 februari 2000, *JLMB* 2001, 1120; Luik 15 oktober 2001, *RGAR* 2003, nr. 13.698; Luik 17 oktober 2003, *JLMB* 2004, 1240, noot J. TINANT; Rb. Gent 6 april 2001, *TGR* 2001, 195; I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 557. *Contra* Gent 3 november 2005, *T.Verz.* 2006, 185; V. CALLEWAERT, *RABG* 2007, 1447, noot I. GEERS; B. DUBUISSON, “Les recours de l’assureur”, *JLMB* 1998, 242; V. CALLEWAERT, “La nature juridique de recours de l’assureur R.C. vie privée en cas de faute intentionnelle d’un mineur”, *T.Verz.* 2006, 188; V. CALLEWAERT en B. DUBUISSON, “Les recours subrogatoires de l’assureur” in *La loi sur le contrat d’assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 2012, 161.

<sup>58.</sup> KB 12 januari 1984 tot vaststelling van de minimumgarantievoorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid buiten overeenkomst met betrekking tot het privé-leven (BS 31 januari 1984, p. 1.382).

<sup>59.</sup> *Contra* V. CALLEWAERT en B. DUBUISSON, “Les recours subrogatoires de l’assureur” in *La loi sur le contrat d’assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 2012, 161.

<sup>60.</sup> T. MEURS, “Art. 41 Wet Landverzekeringsovereenkomst: omvang van het subrogatierecht van de verzekeraar en mogelijkheid van subrogatoire vordering tegen de eigen verzekerde”, *DAOR* 2012, 250.

<sup>61.</sup> Art. 62 Verz.W.; Cass. 23 februari 2017, *JLMB* 2017, 1995, noot M. SCHMITZ, *RW* 2017-18, 665, noot B. WEYTS en D. WUYTS, *TBH* 2018, 180, noot, *TBO* 2018, 293, *T.Verz.* 2018, 240, noot J. ROGGE (“De opzettelijke fout veronderstelt de wil om een schade te veroorzaken die voortvloeit uit de toestand van een door de verzekeringsovereenkomst gedekt risico, het is niet vereist dat de verzekerde de bedoeling heeft gehad de schade te veroorzaken zoals ze zich heeft voorgedaan.”).

<sup>62.</sup> Cass. 25 maart 2003, *TBH* 2003, 665 en 660, noot G. JOCQUE, *T.Verz.* 2003, 545, noot H. ULRICHTS; Cass. 4 juni 2012, *TBH* 2012, 944.

<sup>63.</sup> L. VANHOEFF, “Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde”, *T.Verz.* 2017, 436.

<sup>64.</sup> Cass. 11 januari 2010, *Arr.Cass.* 2010, Concl. J. GENICOT, *J.dr.jeun.* 2013, 44, noot, *Pas.* 2010, Concl. J. GENICOT, *RABG* 2010, 1325, noot S. VEREecken, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 920, *RW* 2012-13, 772, noot P. VAN DE WEYER, *TBH* 2010, 441, *TJK* 2010, 294, noot P. DE TAVERNIER, *TJK* 2011, 149, *T.Verz.* 2010, 410; Cass. 4 juni 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1527, *J.dr.jeun.*, 44, *Pas.* 2012, I, p. 1271, *RGAR* 2013, nr. 15.030, noot, *Rev.trim.dr.fam.* 2013, 261, *RW* 2014-15, 59, *TBH* 2012, 944, *TGR-TWVR* 2013, 127.

verzekering, enerzijds, en de zaakverzekering, anderzijds, niet worden gerechtvaardigd vanuit de aan- of afwezigheid van een verzekeraar belang in hoofde van de “verzekerde” tegen wie het subrogatoir verhaalsrecht wordt uitgeoefend. Zowel de minderjarige in het kader van de (gezins)aansprakelijkheidsverzekering<sup>65</sup>, als de architect in het geannoteerde arrest<sup>66</sup>, hadden immers een verzekeraar belang onder de polis. Ook een mede-eigenaar van een verzekerd goed heeft er m.i. overigens een (verzekeraar) belang bij dat het goed in zijn geheel gevrijwaard blijft van een schadegeval.<sup>67</sup>

Naast het gebrek aan verzekeraar belang, is een andere verklaring die naar voren wordt geschoven om het verschil tussen beide uitspraken te rechtvaardigen, de maatschappelijke bezorgdheid van het Hof omtrent de financiële gevolgen voor de minderjarige indien men de verzekeraar een subrogatoir verhaalsrecht zou toekennen.<sup>68</sup> Bovendien zou een subrogatoir verhaal in het kader van de gezinsaansprakelijkheidsverzekering de verzekeringsovereenkomst *uithollen*, omdat de financiële gevolgen in de praktijk bij de ouders zouden komen te liggen, eerder dan bij de minderjarige, waardoor de “bescherming van het gezin” dode letter zou blijven.<sup>69</sup> Ook deze verantwoording overtuigt niet. Zo heeft de wetgever reeds rekening gehouden met deze bezorgdheden door de gevallen waarin een verhaal tegen de minderjarige-“verzekerde” kan worden uitgeoefend te beperken tot die gevallen waarin er sprake is van kwaad opzet of waarin de minderjarige daadwerkelijk gedekt is door een andere verzekeringsovereenkomst<sup>70</sup>, enerzijds, en door de omvang van het subrogatoir verhaalsrecht tegen de minderjarige te plafonneren<sup>71</sup>, anderzijds. Van een uitholling van het voorwerp van de verzekeringsovereenkomst – *i.e.* het ontnemen van *elk* nut aan/dekking door deze overeenkomst<sup>72</sup> – kan m.i. dus geen sprake zijn. Meer nog, deze wettelijke bepalingen bevestigen zoals gezegd dat een subrogatoir verhaalsrecht in

principe mogelijk zou moeten zijn. Bovendien gaat deze verantwoording niet op voor de andere personen die in artikel 95, vierde lid W.Verz. worden genoemd en tevens verzekerden zijn onder de gezinsaansprakelijkheidsverzekering, zoals bijvoorbeeld het huispersoneel. Ten aanzien van hen zal de financiële last van het subrogatoir verhaalsrecht in principe immers niet bij “de ouders” terecht komen, terwijl laatstgenoemden wel aansprakelijk kunnen zijn op grond van artikel 1384, derde lid BW voor het opzettelijk handelen van het huispersoneel. Evident kan het niet de bedoeling zijn om het begrip “verzekerde” in de zin van artikel 95 W.Verz. anders in te vullen al naargelang de verzekerde tegen wie het subrogatoir verhaal wordt uitgeoefend door de aansprakelijkheidsverzekeraar.

16. Gelet op het voorgaande, is er m.i. strikt juridisch gezien geen redelijke verantwoording om het begrip “verzekerde” in de zin van artikel 95, eerste lid W.Verz. op een andere manier in te vullen al naargelang het gaat om een aansprakelijkheids- dan wel een zaakverzekering.<sup>73</sup> Met I. Boone dient te worden besloten dat uit de aard van de subrogatoire vordering volgt dat enkel de persoon aan wie de verzekeringsprestatie werd betaald, als verzekerde in de zin van artikel 95, eerste lid W.Verz. kan worden beschouwd.<sup>74</sup> Tegen alle overige “verzekerden” zou een subrogatoir verhaalsrecht op grond van artikel 95 W.Verz. mogelijk moeten zijn, op voorwaarde dat deze verzekerden aansprakelijk zijn, en de verzekeraar geen afstand van verhaal heeft gedaan ten voordele van deze verzekerden. Voor zover de gesubrogeerde verzekeraar de aansprakelijkheid van de persoon tegen wie het subrogatoir verhaalsrecht wordt uitgeoefend moet dekken, is het uiteraard niet zinvol om een subrogatoir verhaalsrecht uit te oefenen.

- <sup>65</sup> T. MEURS, “Art. 41 Wet Landverzekeringsovereenkomst: omvang van het subrogatierecht van de verzekeraar en mogelijkheid van subrogatoire vordering tegen de eigen verzekerde”, *DAOR* 2013, 250.
- <sup>66</sup> C. HENSKENS, “Het verhaalsrecht van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde, de aansprakelijke architect”, *TBO* 2015, 105. *Contra* Antwerpen 11 december 2013, *TBH* 2015, 999; S. BUSSCHER, “Subrogatoir verhaal tegen de verzekerde door de ABR-verzekeraar”, *TBO* 2019, 407.
- <sup>67</sup> J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres*, Waterloo, Kluwer, 2011, 112 die terecht stelt dat de mede-eigenaar een belang heeft bij het behoud van het goed in zijn geheel. *Contra* D. DE MAESENEIRE, *Assurance contre l’incendie*, Brussel, Kluwer, 2003, 107; M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 2016, 492.
- <sup>68</sup> L. VANHOOFF, “Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde”, *T.Verz.* 2017, 435.
- <sup>69</sup> V. CALLEWAERT, “Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de la responsabilité” in C. PARIS en B. DUBUISSON (eds.), *Actualités en droit des assurances*, Luik, Anthemis, 2008, 246; G. JOCQUE, “Actualia verzekeringsrecht” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 28; Y. THIERY en T. MEURS, “Aansprakelijkheidsverzekering: een risicovolle onderneming?” in I. SAMOY en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht, Themis Vormingsonderdeel 93*, 2015, 85.
- <sup>70</sup> Art. 95, vierde en vijfde lid verzekeringswet 2014.
- <sup>71</sup> Art. 7 KB 12 januari 1984 tot vaststelling van de minimumgarantievoorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid buiten overeenkomst met betrekking tot het privé-leven (*BS* 31 januari 1984, p. 1.382).
- <sup>72</sup> *Cf.* Cass. 19 oktober 2018, *RW* 2019-20, 748, *T.Verz.* 2019, 76, noot J. ROGGE (een beding van verval van recht van de verzekeringsdekking is nietig wanneer het *elke* dekking uitsluit van het in de verzekeringsovereenkomst omschreven risico). *Cf.* m.b.t. exoneratiebedingen: Cass. 25 september 1959, *Arr. Verb.* 1960, *Pas.* 1960, I, p. 113; Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 88; Cass. 26 maart 2004, *Pas.* 2004, I, p. 513, *RW* 2007-08, 83.
- <sup>73</sup> C. HENSKENS, “Het verhaalsrecht van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde, de aansprakelijke architect”, *TBO* 2015, 104 (die het eens is met het principe, maar wel voorstander is van de invulling van het begrip verzekerde gegeven door het Hof van Cassatie in het kader van de gezinsaansprakelijkheidsverzekering); L. VANHOOFF, “Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde”, *T.Verz.* 2017, 435-436.
- <sup>74</sup> I. BOONE, *Verhaal van de derde-betaler op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 555-556.

## IV. BESLUIT

17. In het geannoteerde arrest stond (opnieuw) de vraag centraal hoe de begrippen “aansprakelijke derde” en “verzekerde” in de zin van artikel 95 W.Verz. moeten worden ingevuld. Met betrekking tot een (gezins)aansprakelijkheidsverzekering heeft het Hof van Cassatie in het verleden geoordeeld dat een persoon die als verzekerde in de polis wordt genoemd tevens een verzekerde is in de zin van artikel 95 W.Verz., ook al werd in het concrete geval geen dekking geboden ten voordele van deze verzekerde. Op grond van deze rechtspraak moet het begrip verzekerde in de zin van artikel 95 W.Verz. dus worden ingevuld op het niveau van de verzekeringspolis, en verliest men deze hoedanigheid niet.

Met betrekking tot een brandverzekering (zaakverzekering) heeft het Hof in het verleden geoordeeld dat een verzekeraar een subrogatoir verhaalsrecht kon uitoefenen tegen een aansprakelijke mede-eigenaar-“verzekerde” ten belope van de verzekeringsprestatie die werd uitgekeerd aan de andere mede-eigenaar-verzekerde. In het geannoteerde arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat een verzekerde een derde is in de zin van artikel 95 W.Verz. indien de verzekeraar hem geen dekking verleent voor het concrete schadegeval. Op grond van deze rechtspraak behoudt een verzekerde deze hoedanigheid niet in het kader van een subrogatoir verhaalsrecht op grond van artikel 95 W.Verz. De hoedanigheid van “verzekerde” wordt dus beoordeeld op het niveau van de concrete verzekeringsprestatie in plaats van op het niveau van de verzekeringspolis. Een beding op grond waarvan een subrogatoir verhaalsrecht wordt uitgeoefend tegen een persoon die in een polis als verzekerde wordt genoemd, doch in wiens voordeel in het concrete geval niet wordt tussengekomen, doet bijgevolg geen afbreuk aan het dwingende karakter van artikel 95 W.Verz. en kan uitwerking hebben.<sup>75</sup>

18. Er is m.i. geen redelijke verantwoording voorhanden om het begrip verzekerde in de zin van artikel 95 W.Verz. anders in te vullen al naargelang het gaat om een aansprakelijkheids- dan wel een zaakverzekering. Ook de vraag of een verzekerde een verzekeraar belang heeft onder de polis is dat niet. De vraag of zo’n subrogatoir verhaalsrecht mogelijk is, vloeit m.i. louter voort uit de aard van het subrogatoir verhaalsrecht op zich (art. 1251 BW). Dit betekent dat men de

hoedanigheid van verzekerde moet beoordelen op het niveau van de concrete verzekeringsprestatie. In hoofde van de persoon wiens vordering de verzekeraar uitoefent, maakt het immers niet uit dat de persoon tegen wie de aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld, ook een verzekerde onder dezelfde polis is. Voor de gesubrogeerde verzekeraar kan dit nog wel van belang zijn, bijvoorbeeld indien hij op grond van een verzekeringsovereenkomst gehouden is om de aansprakelijkheid van de derde, tegen wie de subrogatoire vordering wordt ingesteld, te dekken.

Het is dus uitkijken naar de volgende gelegenheid waarin het Hof de mogelijkheid krijgt om zich uit te spreken over deze problematiek in het kader van een aansprakelijkheidsverzekering. Als het Hof consequent is, dan kan het m.i. niet anders dan oordelen dat een subrogatoir verhaalsrecht mogelijk is tegen een aansprakelijke “verzekerde” die in het concrete geval geen dekking geniet onder de aansprakelijkheidsverzekering en ten voordele van wie geen afstand van verhaal werd gedaan.

19. In alle geval zijn de gevolgen van het geannoteerde arrest voor de ABR-verzekering minstens tweërlei. In de eerste plaats dienen bouwactoren bijzonder waakzaam te zijn en zich niet tevreden te stellen met het loutere feit dat er een ABR-polis werd afgesloten die hen als verzekerden noemt. De ABR-verzekering op zich – alsook bijvoorbeeld het afkopen in de bijzondere voorwaarden van de schade die wordt veroorzaakt door fouten in het ontwerp<sup>76</sup> of het niet naleven van de regels van de kunst<sup>77</sup> – heeft voor de aannemer en de architect maar ten volle zin voor zover de polis een afstand van subrogatoir verhaal in hun voordeel bevat. Vaak is dit het geval<sup>78</sup>, maar men doet er goed aan om deze vereiste expliciet op te nemen in de aannemingsovereenkomst waarin een verplichting voor de bouwheer wordt opgenomen om een ABR-verzekering af te sluiten.<sup>79</sup> Indien bij nazicht van de ABR-polis blijkt dat er geen verhaalsafstand is, doet men er als verzekerde goed aan om ook een (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.<sup>80</sup>

Ten tweede is één van de voordelen die aan de ABR-verzekering wordt toegeschreven dat er dankzij haar ruime dekking, en omwille van het feit dat zij alle betrokken actoren onder één polis verenigt, geen discussie meer moet worden

<sup>75.</sup> Cf. Cass. 4 december 2014, *Arr. Cass.* 2014, 2816, *JLMB* 2015, 1992, noot T. MALENGREAU, *Pas.* 2014, I, p. 2766, *RFRL* 2014, 15179, noot, *RW* 2016-17, 660, noot en Cass. 21 oktober 2016, *RW* 2017-18, 576, noot, *TBO* 2017, 140 waarin een beding werd opgenomen dat mede-eigenaars van eenzelfde bouwwerk ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de verzekerde collectiviteit als derden worden beschouwd.

<sup>76.</sup> Art. 3.A.1) voorwaarden 2012.

<sup>77.</sup> Art. 8.A.4) voorwaarden 2012.

<sup>78.</sup> Art. 14.B voorwaarden 2012. Ook de standaardbestekken 250 en 270 AUR bepalen dat de ABR-polis een clause moet bevatten die bepaalt dat de verzekeraar zich niet tot de aanbestedende overheid mag wenden om de verzekeringsprestatie te verhalen (art. 24, § 1.1 SB 250 versie 4.1 en art. 24, § 1.1 SB 270 versie 4.0; K. LEMMENS, S. BUSSCHER en E. WILLAERT, “Verzekeringen bij de uitvoering van overheidsopdrachten van de verschillende bouwactoren” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2014-15*, Brussel, EBP Consulting, 2015, 494).

<sup>79.</sup> S. BUSSCHER, “Subrogatoir verhaal tegen de verzekerde door de ABR-verzekeraar”, *TBO* 2019, 409.

<sup>80.</sup> L. VANHOEFF, “Het subrogatoir verhaal van de ABR-verzekeraar tegen de eigen verzekerde”, *T.Verz.* 2017, 436.

gevoerd over de individuele verantwoordelijkheid indien er zich een schadegeval voordoet<sup>81</sup>, waardoor de werf geen onnodige vertraging oploopt.<sup>82</sup> Uit het geannoteerde arrest blijkt dat deze vaststelling genuanceerd moet worden, omdat dergelijke discussies alsnog gevoerd kunnen worden in het

kader van het subrogatoir verhaalsrecht van de ABR-verzekeraar tegen aansprakelijke “derden” op grond van artikel 95 Verz.W. Dit kan een snelle schaderegeling t.v.v. de bouwheer en de voortgang van de werf in het gedrang brengen, bijvoorbeeld door een aanslepend deskundigenonderzoek.<sup>83</sup>

<sup>81.</sup> Brussel 4 juni 1991, *T.Verz.* 1991, 872; A. CALVAER, “Le souscripteur de l’assurance ‘TRC’ responsable de sa gestion”, *T.Verz.* 2012, 107; D. DESSARD, “Contrat d’entreprise de construction” in *Rép.not.*, IX-8, Brussel, Larcier, 2015, 220; J.-F. POLAIN, “L’assurance ‘tous risques chantier’”, *For.Imm.* 2015, 3; H. DE RODE, “Les contrats d’assurance particuliers” in *Rép.not.*, XII, Le droit commercial et économique, 10/2, Brussel, Larcier, 2016, 112; F. BURSENS en L. DE SMIJTER, *Handboek aannemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 650.

<sup>82.</sup> A. CALVAER, “Le souscripteur de l’assurance ‘TRC’ responsable de sa gestion”, *T.Verz.* 2012, 107; P.-H. DELVAUX, “Quelques observations sur les garanties accordées par les contrats d’assurance ‘tous risques chantier’”, *T.Aann.* 2013, 138-139; D. DESSARD, “Contrat d’entreprise de construction” in *Rép.not.*, IX-8, Brussel, Larcier, 2015, 219; F. BURSENS en L. DE SMIJTER, *Handboek aannemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 650.

<sup>83.</sup> *Contra* S. BUSSCHER, “Subrogatoir verhaal tegen de verzekerde door de ABR-verzekeraar”, *TBO* 2019, 409.