

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

### De in de rechten van de verzekerde gesubrogeerde verzekeraar: een procesrechtelijke analyse

*Sven Sobrie<sup>1</sup>*

<b>1. Subrogatie als scharniermoment</b> .....	344
<b>2. Subrogatie vóór de aanleg</b> .....	347
<b>A. De verzekeraar treedt op in rechte</b> .....	347
<b>B. De verzekerde treedt op in rechte</b> .....	347
<i>i. Nieuwe procedure</i> .....	347
<i>ii. Tussenkoms</i> t .....	348
<i>iii. "Naamlening"</i> .....	348
<b>3. Subrogatie tijdens de aanleg</b> .....	352
<b>A. De verzekeraar treedt op in rechte</b> .....	352
<b>B. De verzekerde treedt op in rechte</b> .....	352
<b>4. Subrogatie na de aanleg</b> .....	353
<b>5. Bij wijze van besluit</b> .....	354

#### SAMENVATTING

*De verzekeraar die de schade betaalt, treedt tegenover derden in de rechten van de verzekerde. Die subrogatie heeft gevolgen op procesrechtelijk vlak. In het bijzonder is zij bepalend voor het antwoord op de vraag wie in rechte mag of moet optreden, verzekeraar dan wel verzekerde.*

*Voor de rechter biedt de eigenaardige verhouding tussen verzekeraar en verzekerde vaak stof tot discussie. Begrippen zoals hoedanigheid en belang, tussenkoms*t en gedinghervatting, vertegenwoordiging en naamlening, worden daarbij in het strijdperk gegooid. Deze bijdrage tracht door al deze bomen het bos opnieuw in beeld te brengen. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naargelang de subrogatie heeft plaatsgevonden vóór, tijdens of ná de aanleg. Op die manier vormt deze bijdrage ook meteen een case-study voor andere vormen van rechtsopvolging in hoofde van een procespartij.

#### RÉSUMÉ

*L'assureur qui paie le dommage est subrogé à tous les droits de l'assuré contre les tiers. Cette subrogation entraîne des conséquences sur le plan procédural. Elle détermine plus particulièrement qui peut ou doit agir en justice: l'assureur ou bien l'assuré.*

*Devant le juge, le lien singulier entre assureur et assuré fait souvent l'objet de discussions. Des notions comme qualité et intérêt, intervention et reprise d'instance, représentation et prête-nom, sont alors jetées dans l'arène. Cette contribution envisage d'éclairer un peu la lanterne du praticien. Une distinction est faite selon le moment de la subrogation: avant, pendant ou après l'instance. De cette façon, cette contribution est également une étude de cas applicable aux autres ayants droit qui se trouvent impliqués dans une procédure judiciaire.*

<sup>1</sup> Advocaat aan de balie te Antwerpen en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de KU Leuven.

1. Verzekeraars en verzekerden die zich tegen derden richten, vormen vanuit procesrechtelijk oogpunt een eigenaardige twee-eenheid. Nu eens treedt de ene op in rechte, dan weer de andere, en soms beide samen. Hun belangen zijn dan ook in grote mate gelijklopend, ook al vormen zij onderscheiden (proces)partijen.

Die nauwe verwevenheid tussen verzekeraar en verzekerde doet soms vragen rijzen. Vooral wat betreft de ontvankelijkheid van de vordering ontstaan soms netelige discussies. Artikel 17 Ger.W. stelt voor die ontvankelijkheid twee voorwaarden: *belang* en *hoedanigheid*. Elk van deze voorwaarden kan in het samenspel tussen verzekeraar en verzekerde voor moeilijkheden zorgen. Heeft de verzekerde die procedeert tegen de schadeverwekker wel nog een belang, wanneer blijkt dat hij door zijn verzekeraar al schadeloos is gesteld? Heeft hij hoedanigheid? En wat wanneer, zoals regelmatig gebeurt, de verzekerde pretendeert op te treden voor rekening van de verzekeraar, of *vice versa*? Dat zijn slechts enkele van de vraagstukken waarmee advocaten en rechters zich in het verzekeringscontentieux regelmatig mee

geconfronteerd zien, nog vooraleer zij tot de grond van de zaak kunnen komen. Het probleem is overigens niet nieuw. Jaren geleden klonk het al zuchtend: “*Het is verontrustend dat magistraten, advocaten, verzekeraars vandaag de dag haast evenveel tijd moeten besteden aan loze toelaatbaarheidsproblemen als aan de grond van het geschil*”<sup>2</sup>.

2. Het opzet van deze bijdrage is om de belangrijkste procesrechtelijke knopen te ontwarren. Daarbij mag nu al worden opgemerkt, bij wijze van voorafname, dat de toelaatbaarheidsproblemen veel minder complex zijn dan de mistbanken die voor de rechter vaak worden opgetrokken, doen vermoeden.

Eerst zal kort worden stilgestaan bij de subrogatie zelf, nu dat een absoluut kantelpunt vormt voor de procedurele verhoudingen tussen de partijen. Die procedurele verhoudingen worden daarna tegen het licht gehouden, waarbij een onderscheid wordt gemaakt naargelang de subrogatie plaatsvindt vóór, tijdens of ná de aanleg.

## 1. SUBROGATIE ALS SCHARNIERMOMENT

3. Krachtens artikel 95 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen<sup>3</sup> (hierna: W.Verz.) treedt de verzekeraar die de schadevergoeding betaald heeft, ten belope van het bedrag van die vergoeding in de rechten en rechtsvorderingen van de verzekerde of de begunstigde tegen de aansprakelijke derden. Een gelijkaardige regeling is te vinden in artikel 246 W.Verz.<sup>4</sup>, van toepassing op o.m. zee- en binnenvaartverzekeringen en vervoersverzekeringen<sup>5</sup>. En krachtens artikel 29bis, § 4 WAM treden de verzekeraar of het gemeenschappelijk waarborgfonds die het slachtoffer hebben vergoed op basis van de autonome vergoedingsplicht van artikel 29bis, in de rechten van het

slachtoffer tegen de in gemeen recht aansprakelijke derden<sup>6</sup>.

Naast deze vormen van wettelijke (quasi-)subrogatie<sup>7</sup> kan de verzekeringsovereenkomst ook een conventionele subrogatie bevatten, in het bijzonder in die gevallen waar de wet niet in subrogatie voorziet<sup>8</sup>.

In sommige gevallen beperkt de wet de subrogatie na betaling. Zo heeft de verzekeraar overeenkomstig artikel 95 W.Verz.<sup>9</sup> geen verhaal op 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,

<sup>2</sup> S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 457.

<sup>3</sup> Oud art. 41 wet landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992.

<sup>4</sup> Oud art. 22 verzekeringswet van 11 juni 1874.

<sup>5</sup> Zie voor het (beperkte) toepassingsgebied van deel 5 van de verzekeringswet, P. COLLE, *De nieuwe wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 23 24, nr. 19; G. JOCQUÉ, “De wet landverzekeringsovereenkomst en de verzekeringswet 1874 in de nieuwe wet verzekeringen”, *RW* 2014-15, (483) 494, nr. 39.

<sup>6</sup> Zie over de kwalificatie van art. 29bis WAM als een autonome vergoedingsplicht in hoofde van de verzekeraar, C. VAN SCHOU BROECK en T. MEURS, *Vergoedingsregeling zwakke weggebruiker (art. 29bis WAM-wet)*, Mechelen, Kluwer, 2013, 11-13.

<sup>7</sup> Er bestaat discussie in de rechtsleer over de vraag of het hier wel gaat om echte subrogatie dan wel om een oneigenlijke variant (quasi-subrogatie; onzuivere subrogatie). De twijfel op dit punt heeft te maken met het feit dat de verzekeraar niet *andermans* schuld betaalt zoals dat bij klassieke subrogatie het geval is (vgl. art. 1249 *et seq.* BW), maar wel degelijk zijn *eigen* schuld waartoe hij gehouden is op grond van het verzekeringscontract of de wet. Deze discussie valt buiten het opzet van deze bijdrage, nu zij geen implicaties heeft op procedureel vlak (vgl. *infra*, randnr. 6). Overigens neigt de recente rechtsleer inderdaad in de richting van daadwerkelijke subrogatie. Zie uitgebreid hierover I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 346-355; B. DUBUISSON en V. CALLEWAERT, *La loi sur le contrat d’assurance terrestre*, Brussel, Bruylant, 2012, 148-151.

<sup>8</sup> Zoals in het geval van de particuliere ziektekostenverzekeraar, die zich niet via wettelijke subrogatie tegen de WAM-verzekeraar kan richten, hetgeen via conventionele subrogatie kan worden opgelost: M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 479, nr. 627; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOU BROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 813; I. BOONE, “De ene verzekeraar is de andere niet. Geen wettelijk verhaal van de private ziektekostenverzekeraar op grond van artikel 29bis WAM”, *TBH* 2012, (260) 261, nr. 2. Zie ook Rb. Brugge 16 januari 2014, *VAV* 2015, 25.

<sup>9</sup> Oud art. 41 wet landverzekeringsovereenkomst.

behoudens kwaad opzet<sup>10</sup>. Ook contractueel kan in bijkomende beperkingen van het verhaalsrecht worden voorzien. Via zgn. *knock-for-knock*-overeenkomsten kunnen verzekeraars bijvoorbeeld onderling overeenkomen om zich in hun dossiers niet op elkaar te verhalen<sup>11</sup>. De tegenpartij kan, wanneer hij door de verzekeraar wordt aangesproken, de overlegging van de polis vorderen om na te gaan of er geen beperking van het verhaalsrecht in zijn voordeel in staat<sup>12</sup>.

4. De subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de verzekerde is vormvrij en geschiedt (behoudens wettelijke uitzonderingen<sup>13</sup>) van rechtswege op het moment dat de verzekeraar de schadevergoeding betaalt, zelfs wanneer die laatste daar contractueel niet toe gehouden was<sup>14</sup>. Zij gebeurt ten belope van de betaling van de schadevergoeding; bij een gedeeltelijke betaling komen de verzekerde en de verzekeraar t.a.v. de derde met elkaar in samenloop<sup>15</sup>. Het bewijs van de betaling en de daaruit voortvloeiende subrogatie kan worden geleverd door een kwijtingsdocument of een *letter of subrogation*, ondertekend door de verzekerde<sup>16</sup>. Een subrogatieverklaring zonder vergoedingskwijting volstaat niet<sup>17</sup>. Eventueel kunnen ook rekeningafschriften strekken tot bewijs van betaling, maar in het verzekeringscontentieux is dat door de veelheid aan tussenpersonen en boekhoudkundige transacties doorgaans weinig praktisch<sup>18</sup>.

De betaling kan geldig worden uitgevoerd door de lasthebber van de verzekeraar. De verzekeraar treedt dan evenzeer

in de rechten van de verzekerde, aangezien de betaling aan hem wordt toegerekend. Vereist is wel dat de lasthebber bij de betaling effectief optrad binnen zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid, anders is van toerekening geen sprake. Zo bestaat discussie over het wettelijk mandaat van de eerste verzekeraar (*apêriteur*) bij medeverzekering. Hij treedt op als lasthebber van de medeverzekeraars “voor het ontvangen van de kennisgevingen bepaald in de overeenkomst en om het nodige te doen om de schadegevallen te regelen, met inbegrip van de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding als vertegenwoordiger van de medeverzekeraars” (art. 83 W.Verz.)<sup>19</sup>. Valt ook de uitbetaling aan de verzekerde en ontvangst van de kwijting binnen dit mandaat? Wanneer m.a.w. de leidende verzekeraar de verzekerde volledig vergoedt, zodat enkel de naam van de leidende verzekeraar in de kwijtingsakte is opgenomen, kunnen zijn medeverzekeraars dan nog voor hun breukdeel in rechte optreden als (mede-)gesubrogeerden? De rechtspraak lijkt verdeeld<sup>20</sup>. Het is dus aangeraden om in de kwijtingsakte duidelijk te vermelden dat de leidende verzekeraar optreedt als lasthebber. In dat geval worden de medeverzekeraars ontegensprekelijk voor hun breukdeel gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde<sup>21</sup>.

5. Als gevolg van de subrogatie oefent de verzekeraar de vordering van de verzekerde uit met al haar kenmerken en toebehoren, met al haar sterktes en zwaktes<sup>22</sup>. Dat betekent o.m. dat de verjaringstermijn dezelfde blijft en bovendien

<sup>10</sup>. Deze bepaling is van dwingend recht, zodat er niet contractueel van kan worden afgeweken in het voordeel van de verzekeraar: J. LOLY en J. WILDEMEERSCH, “La subrogation de l’assureur” in C. EYBEN en C. VERDURE (eds.), *Les recours de l’assureur*, Luik, Anthemis, 2009, (63) 70; P. VAN OMMESLAGHE, “Le paiement avec subrogation et le droit des assurances” in X (ed.), *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, (89) 111, nr. 30 en 116, nr. 38.

<sup>11</sup>. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 478, nr. 626; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 817-818; J. LOLY en J. WILDEMEERSCH, “La subrogation de l’assureur” in C. EYBEN en C. VERDURE (eds.), *Les recours de l’assureur*, Luik, Anthemis, 2009, (63) 68-70; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 176, nr. 252; P. VAN OMMESLAGHE, “Le paiement avec subrogation et le droit des assurances” in X (ed.), *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, (89) 116, nr. 38. Bij *knock-for-knock*-overeenkomsten komen verzekeraars onderling overeen om schadegevallen niet op elkaar te verhalen. Op die manier sparen zij verhaalskosten uit, terwijl de “verloren” aanspraken over en weer elkaar compenseren.

<sup>12</sup>. S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 464-465; zie bv. Gent 11 april 2003, *T.Verz.* 2004, 718, noot P. ALLARY.

<sup>13</sup>. Zie bv. art. 47 van de arbeidsongevallenwet, naar luid waarvan de verzekeraar en het Fonds voor Arbeidsongevallen een vordering kunnen instellen tegen aansprakelijke persoon, niet alleen voor de gedane uitkeringen, maar ook voor de ermee overeenstemmende kapitalen gevestigd met het oog op de toekomstige uitkeringen. Een strikte toepassing van de principes inzake subrogatie zou tot gevolg hebben dat het verhaalsrecht pas ontstaat na elke periodieke betaling en telkens begrensd blijft tot het effectief uitgekeerde bedrag: I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 294, nr. 305.

<sup>14</sup>. Cass. 31 oktober 1991, AR 9034, *Arr.Cass.* 1991-92, 203.

<sup>15</sup>. De verzekerde krijgt daarbij voorrang op de verzekeraar: art. 95, derde lid W.Verz. Zie daarover uitgebreid, P. DELVAUX, “Les recours subrogatoires de l’assureur” in X (ed.), *Questions de droit des assurances*, II, Luik, Editions du Jeune Barreau, 1996, (441) 465-468.

<sup>16</sup>. Antwerpen 20 oktober 2003, *RHA* 2005, 111; Antwerpen 13 januari 2003, *RHA* 2003, 341; Kh. Antwerpen 26 juni 1998, *RHA* 1998, 330; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 810.

<sup>17</sup>. Antwerpen 22 april 1996, *RHA* 1997, 327.

<sup>18</sup>. S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 463.

<sup>19</sup>. Oud art. 28 wet landverzekeringsovereenkomst.

<sup>20</sup>. Zie affirmatief Rb. Antwerpen 19 maart 1996, *RHA* 1996, 135. Zie ontkennend Rb. Antwerpen 27 september 1999, *TBH* 2002, 216, noot J.L. Zie voorts M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 613-614, nr. 848; C. VAN SCHOUBROECK en N. GLIBERT, “Medeverzekering” in I. SAMOY en P. WERY (eds.), *Meerpartijovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (241) 255-256; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 170, nr. 241.

<sup>21</sup>. Vgl. Antwerpen 22 oktober 2012, *Limb.Rechtsl.* 2013, 136.

<sup>22</sup>. Met de woorden van het Hof van Cassatie: “Dat de gesubrogeerde immers geen eigen rechten uitoefent, maar de rechten van degene in wiens plaats hij is getreden en van wie hij die rechten door indeplaatsstelling heeft verkregen.” (Cass. 9 maart 1995, AR C.93.144.N, *Arr.Cass.* 1995, 287; zie ook Cass. 14 april 2010, AR P.09.1868.F, *Pas.* 2010, 1146; Cass. 28 januari 2009, AR P.08.1364.F, *Arr.Cass.* 2009, 283 en *TBH* 2010, 50; Cass. 22 oktober 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1981; Cass. 6 juni 1994, AR C.93.0037.F, *Arr.Cass.* 1994, 577).

geschorst noch gestuit wordt door het loutere feit van de subrogatie<sup>23</sup>. De gesubrogeerde verzekeraar kan wel genieten van de stuitingsdaden van de verzekerde die dateren van vóór de subrogatie<sup>24</sup>. Voorts heeft de subrogatie geen impact op het burgerlijk of commercieel karakter van de vordering, ongeacht de hoedanigheid van de gesubrogeerde, en evenmin op de bevoegdheid van de rechter<sup>25</sup>. Wanneer tussen de verzekerde en de derde reeds een vonnis is geweest, kan de gesubrogeerde verzekeraar met succes de exceptie van het rechterlijk gewijsde inroepen<sup>26</sup>.

Ook voor ons verhaal is de subrogatie van cruciaal belang. Zij determineert *wie* op *welk moment* in rechte kan optreden. Dat wordt hierna verder uitgewerkt, waarbij een onderscheid wordt gemaakt naargelang het moment waarop de subrogatie heeft plaatsgevonden.

6. Vooraf nog dit. In sommige gevallen is geen sprake van subrogatie maar van een verwant mechanisme. Zo gaan krachtens artikel 139 W.Verz.<sup>27</sup> alle rechten en rechtsvorderingen van de verzekerde betreffende de schuldvordering die het voorwerp uitmaakt van de verzekering, over op de kredietverzekeraar die de verzekerde, zelfs gedeeltelijk, schadeloos heeft gesteld. Hier gaat het niet om subrogatie maar veeleer om een transfer *sui generis*<sup>28</sup>. Dat blijkt o.m. uit het feit dat zelfs een gedeeltelijke betaling resulteert in een *volledige* overdracht van rechten en rechtsvorderingen, daar waar bij subrogatie slechts een overdracht *pro rata* zou plaatsvinden (*supra*, randnr. 4).

Zo ook kan er, veeleer dan van subrogatie (of in combinatie met subrogatie), sprake zijn van contractoverdracht. Dat is bijvoorbeeld vaak het geval bij herverzekering, waarbij een

verzekeraar een deel van zijn verbintenissen overdraagt aan de herverzekeraar(s). De herverzekeraar kan zich op zijn beurt herverzekeren via een zgn. retrocessie<sup>29</sup>. Ook bij verzekering “in de eerste graad” is soms sprake van cessie in plaats van subrogatie, bijvoorbeeld wanneer de verzekeraar bedingt dat hij “door het enkele feit van de polis” in de rechten treedt van de verzekerde. Het gaat hier niet om subrogatie, aangezien dat een betaling vereist, maar wel om een overdracht van schuldvorderingen in de zin van artikelen 1689 *et seq.* BW<sup>30</sup>.

Ook op deze gevallen vindt onderstaande analyse toepassing. Of er nu sprake is van subrogatie, transfer *sui generis* of overdracht, steeds gaat het om rechtsopvolging die op procedureel vlak dezelfde gevolgen met zich meebrengt. De enige nuance die moet worden gemaakt, is dat sommige vormen van rechtsopvolging pas tegenstelbaar zijn aan de tegenpartij wanneer aan een bepaalde voorwaarde is voldaan. Zo is de overdracht van rechten en verplichtingen betreffende risico's die in België gelegen zijn (portefeuilleoverdracht), slechts tegenstelbaar aan de verzekeringnemers, de verzekerden, de begunstigen en alle derden die belang hebben bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst, wanneer die overdracht werd toegestaan door de bevoegde autoriteit en gepubliceerd werd in het *Belgisch Staatsblad* (art. 17 W.Verz.)<sup>31</sup>. Een gemeenrechtelijke cessie van schuldvordering is slechts tegenstelbaar aan de schuldenaar na kennisgeving van die cessie aan de schuldenaar (art. 1690, § 1 BW). In deze gevallen moet men, voor wat onderstaande analyse betreft, het “moment van subrogatie” vervangen door het “moment van tegenstelbaarheid van de rechtsopvolging aan de tegenpartij”<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> Zie bv. Pol. Brugge 21 november 2005, *TGR-TWVR* 2006, 9.

<sup>24</sup> Cass. 16 december 2004, AR C.02.0212.N – C.02.0251.N, *Arr.Cass.* 2004, 2054; zie ook Bergen 11 juni 2009, *VAV* 2010, 154.

<sup>25</sup> R. JANSEN, “Subrogatie” in *Comm.Bijz.Ov. Verbintenissenrecht*, 2010, losbl., Titel I, nr. 38; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348; G. JOCQUÉ, “De verjaring in het verzekeringsrecht” in CBR (ed.), *De verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (89) 101, 114 en 130; P. DELVAUX, “Les recours subrogatoires de l'assureur” in X (ed.), *Questions de droit des assurances*, II, Luik, Editions du Jeune Barreau, 1996, (441) 460. Zie voorts o.m. Cass. 4 juni 2012, AR C.10.0208.N, *RABG* 2012, 1004, noot I. D'HAESE; Cass. 16 mei 1989, AR 1365, *Arr.Cass.* 1988-89, 1071; Cass. 12 juni 1986, AR 7414, *Arr.Cass.* 1985-86, 1404.

<sup>26</sup> Cass. 30 mei 1983, AR 3814, *Arr.Cass.* 1982-83, 1195; Cass. 26 mei 1981, AR 6157, *Arr.Cass.* 1980-81, 1118.

<sup>27</sup> Oud art. 75 wet landverzekeringsovereenkomst.

<sup>28</sup> P. BECUE, *Handboek kredietverzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 646-647; vgl. P. COLLE, “L'assurance du risque du crédit” in *Les assurances de l'entreprise*, II, Brussel, Bruylant, 1993, (113) 127-129.

<sup>29</sup> M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 616-622; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 26-28 en 156-157; P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 151-152.

<sup>30</sup> Al staat de geldigheid van dergelijke clausules ter discussie. Zie M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 479, nr. 627; I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 277, nr. 287; P. VAN OMMESLAGHE, “Le paiement avec subrogation et le droit des assurances” in X (ed.), *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, (89) 105-110.

<sup>31</sup> Zie ook de art. 102-106 van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen (*BS* 23 maart 2016).

<sup>32</sup> Vgl. Cass. 18 oktober 2000, AR P.00.0712.F, *Arr.Cass.* 2000, 1611; Cass. 7 februari 1989, AR 1816, *Arr.Cass.* 1988-89, 671: de burgerlijke-partijstelling door een cessionaris is slechts ontvankelijk indien de cessie kan worden tegengeworpen aan de schuldenaar die vervolgd wordt op het tijdstip dat de vordering is ingesteld. Interessant is de vraag of een dagvaarding niet kan dienen als kennisgeving in de zin van art. 1690, § 1 BW die de overdracht tegenstelbaar maakt (en meteen ook het geding inleidt). De rechtsleer lijkt dat idee alvast genegen (zie o.m. H. BOULARBAH, “Le Code judiciaire est-il adapté (en l'état actuel) aux actions tendant à la réparation d'un préjudice de masse?” in J. ENGLEBERT (ed.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'“affaire Fortis”*, Brussel, Larcier, 2011, (81) 107-108, nr. 36; K. BAERT en B. DECONINCK, “Rechtsopvolging in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht” in M.L. STORME en A. BEIRLAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (377) 406). De rechtspraak lijkt evenwel een andere mening toegedaan: Pol. Brugge 25 september 2003, *RW* 2005-06, 1516.

## 2. SUBROGATIE VÓÓR DE AANLEG

### A. De verzekeraar treedt op in rechte

7. Wanneer de verzekerde reeds vóór de aanleg door de verzekeraar schadeloos is gesteld, dan heeft de verzekeraar vanzelfsprekend hoedanigheid en belang om zelf in eigen naam de vordering in te stellen. Hij treedt dan niet op als vertegenwoordiger van de verzekerde, maar eenvoudigweg als titularis van de in het geding zijnde rechten en plichten. Wel zal hij de betaling *c.q.* subrogatie moeten kunnen bewijzen, in regel door overlegging van een gedateerde en onderkende kwitantie (*supra*, randnr. 4).

Hetzelfde geldt overigens voor de strafgerechten. De verzekeraar die in de rechten van de verzekerde is getreden, kan zich burgerlijke partij stellen tegen de beklaagde<sup>33</sup>. Dat geldt zelfs voor het eerst in graad van beroep, in zoverre de verzekerde zich in eerste aanleg voor het sluiten van de debatten burgerlijke partij had gesteld<sup>34</sup>.

8. Wat nu wanneer de verzekeraar er niet in slaagt de subrogatie te bewijzen? Naar luid van sommige rechtspraak is diens vordering dan onontvankelijk bij gebrek aan belang en hoedanigheid<sup>35</sup>. Dat is nochtans niet correct. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft de procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, hoedanigheid en belang om de vordering in te stellen, ook al wordt dit recht betwist. Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het subjectief recht dat wordt ingeroepen, betreft niet de *ontvankelijkheid* maar de *gegrondheid* van de vordering<sup>36</sup>. Met andere woorden: de verzekeraar die optreedt in eigen naam en voor eigen rekening maar geen subrogatie kan aantonen, zal zijn vordering afgewezen zien als ongegrond, en niet als onontvankelijk<sup>37</sup>.

Het bewijs van de betaling moet goed worden onderscheiden van de betaling zelf. Wanneer de verzekeraar op het moment

van de gedinginleiding geen bewijs van betaling *c.q.* subrogatie kan voorleggen, maar in de loop van het geding alsnog met het bewijs op de proppen komt dat er een betaling heeft plaatsgevonden daterend van vóór de gedinginleiding, dan kan zijn vordering gewoon doorgang vinden<sup>38</sup>.

### B. De verzekerde treedt op in rechte

9. De meeste procesrechtelijke problemen ontstaan wanneer niet de verzekeraar, maar wel de verzekerde in rechte optreedt. Op het moment van de gedinginleiding of de aanwending van het rechtsmiddel is de verzekerde geen titularis (meer) van de in het geding zijnde rechten en plichten. Wat zijn hiervan de gevolgen? Opnieuw geldt dat de procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, hoedanigheid en belang heeft om de vordering in te stellen, ook al wordt dit recht betwist. De verzekerde die een vordering instelt in eigen naam en voor eigen rekening, terwijl het verhaalsrecht door subrogatie reeds is overgegaan op de verzekeraar, zal dus botsen op de ongegrondheid van zijn vordering<sup>39</sup>.

Een en ander is natuurlijk tot op zekere hoogte een discussie over het geslacht der engelen. Of de vordering nu onontvankelijk dan wel ongegrond wordt verklaard, de verzekerde (en de verzekeraar die allicht over diens schouder meekijkt<sup>40</sup>) ziet beide uitkomsten met even lede ogen aan<sup>41</sup>. Welke opties hebben zij dan om alsnog tot een uitspraak ten gronde te komen?

#### i. Nieuwe procedure

10. Een eerste optie ligt voor de hand: de verzekeraar kan zelf naar de rechter trekken en een nieuwe, parallelle procedure opstarten. Noch de regels inzake gezag van gewijsde (in

<sup>33</sup>. Cass. 13 september 2000, AR P.00.0204.F, *Arr. Cass.* 2000, 1353; Cass. 25 januari 1995, AR P.93.1224.N, *Arr. Cass.* 1995, 75 en *RW* 1995-96, 1232, noot M. GELDERS; Cass. 18 juni 1985, AR 9596, *Arr. Cass.* 1984-85, 1450.

<sup>34</sup>. Cass. 3 september 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1583.

<sup>35</sup>. Antwerpen 29 mei 2000, *Eur. Vervoerr.* 2001, 59.

<sup>36</sup>. Cass. 29 oktober 2015, AR C.13.0374.N, *TBO* 2016, 149; Cass. 23 februari 2012, AR C.11.0259.N, *RW* 2012-13, 1106; Cass. 28 september 2007, AR C.06.0180.F, *Arr. Cass.* 2007, 1798; Cass. 11 februari 2005, AR C.03.0545.N, *Arr. Cass.* 2005, 356; Cass. 2 april 2004, AR C.02.0609.N, *Arr. Cass.* 2004, 597; Cass. 26 februari 2004, AR C.01.0402.N, *Arr. Cass.* 2004, 334.

<sup>37</sup>. Zie correct Antwerpen 4 november 2002, *RHA* 2003, 29; Kh. Antwerpen 26 juni 1998, *RHA* 1998, 330. Zie ook de verwijzingen bij J. VAN DONINCK, "De rechtsvordering en het CMR" (noot onder Cass. 21 januari 2010), *RW* 2010-11, (371) 373-374, nr. 6.

<sup>38</sup>. Brussel 15 maart 2002, *P&B* 2002, 322 en *TBH* 2004, 493. Overigens geldt hetzelfde wanneer de subrogatie dateert van ná de gedinginleiding, weze het om andere redenen: *infra*, randnr. 18.

<sup>39</sup>. C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 179-180, nr. 257.

<sup>40</sup>. Zo heeft de aansprakelijkheidsverzekeraar krachtens art. 143 W.Verz. (oud art. 79 wet landverzekeringsovereenkomst) het recht en de plicht om de leiding van het geschil op zich te nemen in zoverre zijn belangen samenvallen met die van de verzekerde. Ook wanneer de verzekerde procespartij is, is het dus vaak de verzekeraar die de touwtjes in handen houdt en de advocaat instrueert. Dat heeft als dubbel voordeel dat het de verzekeraar in staat stelt zijn belangen te vrijwaren en het de verzekerde doet genieten van de expertise waarover de verzekeraar als *repeat player* beschikt. Zie uitgebreid V. CALLEWAERT, "La direction du procès par l'assureur de la responsabilité: questions choisies" in J. ROGGE, M. REGOUT en F. LONGFILS (eds.), *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 397-412; P. VAN DE SYPE, "Over het leiden en lijden van de verzekeraar. Artikel 79 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst" in VPG (ed.), *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, Kalmthout, Biblio, 1996, 33-55.

<sup>41</sup>. Vgl. K. BAERT en B. DECONINCK, "Rechtsovergang in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht" in M.L. STORME en A. BEIRLAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (377) 387, nr. 9, die het praktische onderscheid tussen onontvankelijkheid en ongegrondheid in zulks geval herleiden tot een "verschil in beoordelingsvolgorde".

zoverre de eerste procedure reeds is uitgemond in een vonnis) noch de regels inzake aanhangigheid (in zoverre de eerste procedure nog hangende is) staan hieraan in de weg. Zowel de exceptie van gewijsde als de exceptie van aanhangigheid vereisen immers dat beide vorderingen zijn ingesteld tussen dezelfde partijen, handelend in dezelfde hoedanigheid (resp. art. 23 en art. 29 Ger.W.). Dat is hier niet het geval: in de ene procedure treedt de verzekerde op, in de andere procedure de verzekeraar. Deze werkwijze is dus perfect mogelijk, maar vanzelfsprekend weinig proceseconomisch. Twee procedures in plaats van één: tijd en middelen gaan verloren.

## ii. Tussenkost

11. Een tweede optie voor de verzekeraar is om tussen te komen in de lopende procedure (art. 811-814 Ger.W.). Op die manier kan hij de door de verzekerde opgestarte procedure “recupereren”. Cruciaal daarbij is het autonoom karakter van een dergelijke vordering tot tussenkost. Een vordering is autonoom wanneer zij ertoe strekt een veroordeling uit te spreken die niet afhangt van de veroordeling waartoe de hoofdvordering strekt. Het gaat m.a.w. om vorderingen die, mocht er nog geen lopend proces bestaan, het voorwerp hadden kunnen zijn van een inleidende vordering<sup>42</sup>. Dat is het geval wanneer de verzekeraar een vordering instelt die eerder, ten onrechte, door de verzekerde werd ingesteld<sup>43</sup>. Dat de vordering tot tussenkost, uitgaande van de verzekeraar, identiek hetzelfde voorwerp heeft als de oorspronkelijke vordering, uitgaande van de verzekerde, is irrelevant. Ook dan gaat het immers evengoed om een vordering tot tussenkost die tot een veroordeling strekt<sup>44</sup>.

Een autonome vordering tot tussenkost blijft volgens het Hof van Cassatie als hoofdvordering bestaan wanneer de oorspronkelijke hoofdvordering onontvankelijk of ongegrond wordt verklaard<sup>45</sup>. Zij overleeft dus het lot van de hoofdvordering. Meteen is duidelijk dat tussenkost door de verzekeraar al bij al een beperkte oplossing zal zijn. De oorspronkelijke vordering, uitgaande van de verzekerde, zal immers nog steeds ongegrond worden verklaard, en de verzekerde zal in die procesverhouding tot de kosten worden veroordeeld t.a.v. de derde. Bovendien zal de vordering tot tussenkost, wat de verjaring betreft, niet genieten van een

schorsende of stuitende werking van de hoofdvordering, gelet op het autonome karakter van de vordering tot tussenkost<sup>46</sup>. Wel zal de (tijds) tussenkost de beslissing t.a.v. de hoofdvordering overleven, zodat het proces niet eindigt na de ongegrondverklaring van die hoofdvordering. De rechtsmacht van de rechter is dan immers nog niet uitgeput. Op die manier levert dat de verzekeraar enige tijdswinst op – veeleer dan een nieuwe procedure te beginnen, kiest hij ervoor om in de bestaande procedure een doorstart te maken – en geniet hij van het feit dat een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkost aan soepelere vormvoorwaarden onderworpen is dan een nieuwe gedinginleidende akte<sup>47</sup>. Daarenboven is de tussenkost niet aan een rolrecht onderworpen, ook wanneer zij tot een veroordeling strekt, daar waar een afzonderlijke gedinginleiding wél aanleiding geeft tot heffing van een rolrecht<sup>48</sup>.

## iii. “Naamlening”

12. Een laatste optie bestaat erin aan te voeren dat de verzekerde eigenlijk van meet af aan optrad als vertegenwoordiger van de verzekeraar. De verzekerde trad dus niet op voor eigen rekening, maar oefende slechts de rechtsvordering uit voor rekening van zijn verzekeraar. Deze oplossing is veruit de lastigste om aan te voeren, omdat er een aantal procesrechtelijke valkuilen in verscholen liggen die zo dadelijk worden besproken.

Anderzijds biedt zij de verzekeraar wel de meeste perspectieven: indien de vertegenwoordigingsrelatie inderdaad bewezen wordt geacht, dan betekent dat meteen dat de oorspronkelijke gedinginleiding door de verzekerde van meet af aan rechtsgeldig was. Niet alleen ligt daarmee de weg naar een uitspraak ten gronde open, bovendien blijven ook de gevolgen van die gedinginleiding (i.h.b. op het vlak van de verjaring) behouden.

Het spreekt voor zich dat de voorzichtige practicus er vaak goed aan zal doen om zowel een vertegenwoordigingsrelatie aan te voeren, als (in ondergeschikte orde) de verzekeraar te laten tussenkomen, “voor zoveel als nodig”.

13. Vaak zal uit de processtukken, i.h.b. de gedinginleidende akte, niet uitdrukkelijk blijken dat de verzekerde optrad voor rekening van de verzekeraar. Dat is meteen een

<sup>42</sup> R. VERBEKE, “Autonome tussenvorderingen ontsnappen, wat hun ontvankelijkheid betreft, aan het lot van de hoofdvordering” (noot onder Cass. 8 maart 2012), *RABG* 2012, (739) 741.

<sup>43</sup> Brussel 10 oktober 1991, *TBBR* 1993, 161, noot G. CLOSSET-MARCHAL.

<sup>44</sup> Cass. 22 februari 1960, *Arr.Verbr.* 1960, 582.

<sup>45</sup> Cass. 8 maart 2012, AR C.11.0121.N, *RABG* 2012, 735, noot R. VERBEKE; zie ook Cass. 11 maart 1991, AR 9001, *Arr.Cass.* 1990-91, 721; Cass. 21 november 1958, *Arr.Verbr.* 1958-59, 254; G. CLOSSET-MARCHAL, “Demande principale et demande incidente: dépendance ou autonomie?” in M.L. STORME en P. TAELEMAN (eds.), *Het proces in meervoud*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 41, nr. 24 met talrijke verwijzingen naar rechtspraak; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Université de Liège, 1987, 413, nr. 570.

<sup>46</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, “Demande principale et demande incidente: dépendance ou autonomie?” in M.L. STORME en P. TAELEMAN (eds.), *Het proces in meervoud*, Diegem, Kluwer, 1997, (27) 42, nr. 25; G. DE LEVAL, noot onder Luik 3 februari 1992, *JLMB* 1992, 633. Zie evenwel *contra*, K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 118, nr. 84.

<sup>47</sup> Cass. 23 april 2007, AR C.06.0097.N, *Arr.Cass.* 2007, 864; vgl. art. 813, eerste lid, Ger.W. met art. 1034bis et seq. Ger.W.

<sup>48</sup> Circ. nr. 2/2015 d.d. 26 mei 2015, 4.1, te raadplegen op [www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/Actua/hervorming-rolrechten.pdf](http://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/Actua/hervorming-rolrechten.pdf).

eerste procedureel struikelblok. Immers, een procespartij die niet voor eigen rekening optreedt maar voor rekening van een ander, moet in beginsel zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger en de identiteit van zijn opdrachtgever kenbaar maken. Doorgaans wordt de grondslag voor deze identificatieplicht gezocht in het adagium *nul ne plaide par procureur*, maar dat is geen algemeen rechtsbeginsel en dus geen bindende rechtsnorm<sup>49</sup>. Veeleer vloeit de verplichting voort uit artikel 702 Ger.W. Krachtens dat artikel bevat het exploit van dagvaarding, op straffe van nietigheid, de opgave van onder meer de naam, de voornaam en de woonplaats van de eiser en de verweerder. Het Hof van Cassatie oordeelde hierover dat de gegevens van de lasthebber alleen, onvoldoende zijn<sup>50</sup>. Met andere woorden: men dient in beginsel ook de identiteitsgegevens van de lastgever te vermelden in de dagvaarding, niet omwille van een algemeen rechtsbeginsel, maar op grond van artikel 702 Ger.W.

De reden achter deze identificatieplicht is de bescherming van de belangen van de tegenpartij, in het bijzonder diens recht van verdediging. Wie in een geding verwickeld is met een tegenpartij die zich verschuilt achter een vertegenwoordiger, riskeert bepaalde persoonsgebonden excepties niet te kunnen opwerpen die hij wel had kunnen opwerpen mocht de tegenpartij het proces in alle openheid hebben gevoerd. Specifiek voor verzekeraars kan men dan denken aan de gevallen waarin de wet of een contractuele clause het verhaalsrecht van de gesubrogeerde verzekeraar t.a.v. derden beperkt (*supra*, randnr. 3). De verzekeraar zou zich kunnen verschuilen achter de verzekerde om alsnog op een oneigenlijke manier een verhaalsvordering in te stellen<sup>51</sup>. Dat is niet de bedoeling, en de identificatieplicht vervat in artikel 702 Ger.W. beoogt dergelijke demarches tegen te gaan. “[Cette règle] tend à garantir les droits de la défense de la partie adverse et à assurer une saine loyauté entre les parties.”<sup>52</sup>.

**14.** Dat in de gedinginleidende akte geen gewag is gemaakt van (de identiteit van) de verzekeraar als lastgever van de verzekerde, is dus problematisch, maar geenszins

onoverkomelijk. De identificatie is immers slechts een vormvereiste, voorgeschreven op straffe van nietigheid. Dat betekent dus ook dat de dekkingsgronden van artikelen 860 *et seq.* Ger.W. toepassing vinden. Zo kan een tekortkoming aan de identificatieplicht niet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen (art. 864 Ger.W.). Dat was overigens al zo vóór de invoering van het Gerechtelijk Wetboek: “*L’indication par le mandataire dans les actes de procédure de l’identité de ses mandants a pour seul objet d’éviter que la partie adverse puisse se méprendre sur la personnalité de ceux qui agissent contre elle; que cette prescription est donc destinée à la protection d’intérêts privés.*”<sup>53</sup>.

Voorts moet de nietigheid *in limine litis* worden opgeworpen (art. 864 Ger.W.) en moet de partij die de exceptie opwerpt, belangenschade aantonen (art. 861 Ger.W.). Vooral de vereiste van belangenschade laat toe de nietigheid in veel gevallen af te wenden. Wanneer de gedinginleidende akte geen gewag maakt van de identiteit van de lastgever, maar deze identiteit wordt alsnog meegegeed in de loop van de procedure en op een tijdstip dat de tegenpartij toelaat om nog nuttig verweer te voeren, ontstaat er geen belangenschade in hoofde van de tegenpartij en is de nietigheid gedekt<sup>54</sup>. Het recht van verdediging van de tegenpartij blijft dan immers gevrijwaard, nu hij alsnog alle excepties kan voordragen die hij tegen de lastgever heeft.

**15.** Een tweede struikelblok, naast de identificatieplicht (die dus ver van onoverkomelijk is), is het feit dat de verzekerde een volmacht moet kunnen voorleggen om op te treden voor rekening van de verzekeraar. Dat geldt niet enkel voor vertegenwoordigers die van meet af aan openlijk als vertegenwoordiger zijn opgetreden (“*qualitate qua*”), maar evengoed voor vertegenwoordigers die in de gedinginleidende akte geen melding hebben gemaakt van hun hoedanigheid als lasthebber<sup>55</sup>. Zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid is de vordering onontvankelijk bij gebrek aan hoedanigheid in hoofde van de vertegenwoordiger<sup>56</sup>. Op de onontvankelijkheidssanctie zijn de nietigheidsregels van artikelen 860

<sup>49</sup>. Cass. 28 september 1984, AR 4244, *Arr.Cass.* 1984-85, 165, noot G.D.H.

<sup>50</sup>. Cass. 28 september 1984, AR 4244, *Arr.Cass.* 1984-85, 165, noot G.D.H.

<sup>51</sup>. Zie bv. Antwerpen 4 januari 1984, *RW* 1986-87, 2860, waar een verzekeraar zich achter de verzekerde verschool om te procederen tegen de uitvoeringsagent van de verzekerde, terwijl dat contractueel was uitgesloten.

<sup>52</sup>. T. DELVAUX, “Représentation et comparution des sociétés devant les juridictions de l’ordre judiciaire”, *Act.dr.* 2002, (443) 474, vn. 122; zie ook in die zin, D. CHOLET, “Assistance et représentation en justice”, *Rép.Pr.Civ.Dalloz* 2012, losbl., nr. 39.

<sup>53</sup>. Cass. 30 mei 1968, *Arr.Verbr.* 1968, 1197. Zie ook Rb. Brussel 8 maart 1968, *RPS* 1968, 173.

<sup>54</sup>. H. BOULARBAH, A. BERTHE en B. BIEMAR, “Le contrat de mandat et la procédure civile: questions choisies” in B. KOHL (ed.), *Le mandat dans la pratique*, Brussel, Larcier, 2014, (99) 104, nr. 9.

<sup>55</sup>. S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 254, nr. 259; Antwerpen 25 oktober 2011, *TBH* 2012, 308; Antwerpen 1 februari 1999, *RHA* 1999, 162; Gent 21 december 1990, *RHA* 1992, 177; Antwerpen 11 oktober 1989, *RHA* 1991, 188; Gent 12 oktober 1988, *Eur.Vervoerr.* 1989, 601. Zie ook Rb. Hasselt 4 oktober 1999, *RW* 2001-02, 1510 en H. ULRICHTS, “De rechtsbijstandverzekeraar en een ‘terugbetalingsrecht’ in de verhouding verzekerde bij aansprakelijkheid van een derde?”, *T.Verz.* 2014, (454) 457.

<sup>56</sup>. Zie o.m. Cass. 17 februari 1995, AR C.93.124.N, *Arr.Cass.* 1995, 187; Cass. 1 oktober 1987, AR 5486, *Arr.Cass.* 1987-88, 143; Cass. 2 oktober 1987, AR 5471, *Arr.Cass.* 1987-88, 144; Cass. 9 februari 1987, AR 7692, *Arr.Cass.* 1986-87, 762; S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 182 *et seq.*; K. BROECKX, “Nul ne plaide par procureur in het civiele procesrecht” in C. ENGELS en P. LECOCQ (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2011*, Brugge, die Keure, 2011, (209) 217, nr. 22; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 27, nr. 11; P. VAN ORSHOVEN, “Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjizers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 2000-2001: Gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2000, (25) 33; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Université de Liège, 1987, 49, nr. 37.

*et seq.* Ger.W. niet van toepassing. De tegenpartij hoeft geen belangenschade aan te tonen en hoeft de exceptie niet *in limine litis* aan te voeren. Bovendien kan de rechter de exceptie desnoods ambtshalve opwerpen<sup>57</sup>. Deze sanctie is dus een stuk verregaander dan de “eenvoudige” nietigheid van een processtuk.

**16.** Hoe kan nu de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden aangetoond? Indien de verzekeringspolis of de kwijtingsakte een uitdrukkelijke volmachtenclausule bevat, volstaat de eenvoudige overlegging van deze akte<sup>58</sup>. Wel is het zo dat deze clausule voldoende specifiek moet zijn en uitdrukkelijk de bevoegdheid tot het optreden in rechte moet vermelden. Zo niet, ontstaat ruimte voor discussie en bestaat het risico dat de rechter binnen zijn soevereine interpretatiebevoegdheid besluit tot de afwezigheid van een volmacht in rechte<sup>59</sup>.

Indien geen uitdrukkelijke volmacht voorligt, kan eventueel gewag worden gemaakt van een stilzwijgende lastgeving. Zeker bij commerciële verzekeringen (bv. transportverzekeringen) lijken rechters relatief snel geneigd om het bestaan te aanvaarden van een stilzwijgende lastgevingsovereenkomst tussen verzekeraar en verzekerde<sup>60</sup>. Volgens sommige auteurs zou een volmachtenclausule zelfs steeds stilzwijgend begrepen zijn in de wettelijke subrogatie van de verzekeraar<sup>61</sup>.

Kan de verzekeraar, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke schriftelijke volmacht, niet eenvoudigweg het optreden in rechte van de verzekerde bekrachtigen? Het Burgerlijk Wetboek voorziet in artikel 1998 BW immers uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot retroactieve bekrachtiging<sup>62</sup>. Toch wordt de retroactieve bekrachtiging van een optreden in rechte voor-

alsnog niet aanvaard door de Belgische rechtspraak. Men verwijst daarbij naar het principe volgens hetwelk de hoedanigheid beoordeeld wordt op het moment van de gedinginleiding, zodat een gebrek aan hoedanigheid op dat moment niet nadien kan worden rechtgezet<sup>63</sup>. Recente rechtsleer toont zich evenwel heel kritisch over dit standpunt, en verdedigt de stelling dat retroactieve bekrachtiging van een ongemandateerd optreden in rechte mogelijk moet zijn<sup>64</sup>. Het valt inderdaad niet goed in te zien waarom een vordering onontvankelijk moet worden verklaard wanneer de titularis (*in casu* de verzekeraar) eenduidig verklaart zich de gevolgen van de vordering retroactief te willen laten tegenwerpen. De exceptie van hoedanigheid dient dan geen enkel beschermenswaardig belang meer. Door de vordering alsnog onontvankelijk te verklaren en de verzekeraar te dwingen hetzij (zelf) een nieuwe procedure te beginnen hetzij tussen te komen in de lopende procedure – althans in zoverre de verjarings- of vervaltermijn nog niet verstreken is – geeft men blijk van een star en nodeloos formalisme dat de proceseconomie niet ten goede komt.

**17.** Tot hertoe hebben wij nog geen gewag gemaakt van de term “naamlening”. Nochtans wordt, zeker in verzekeringsgeschillen, vaak met deze term geschermd om het bovenstaande procedé te omschrijven en te verantwoorden. De verzekerde is dan een “naamlener” die optreedt voor rekening van de verzekeraar. Ook het Hof van Cassatie heeft bij herhaling de geoorloofdheid van naamlening in rechte bevestigd, waarbij het overigens veelal ging om verzekeringsgeschillen<sup>65</sup>. Volmachtenclausules nemen ook vaak de vorm aan van een naamlening, zeker in internationale context (“*we also authorize you to use our name in any action or proceedings*”)<sup>66</sup>.

<sup>57</sup>. Zie uitgebreid S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 201 *et seq.*

<sup>58</sup>. Vgl. Rb. Gent 25 oktober 2011, *RW* 2013-14, 1310.

<sup>59</sup>. S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 177-180.

<sup>60</sup>. Gent 19 maart 1998, *Eur. Vervoerr.* 1998, 419; Antwerpen 13 december 1994, *Eur. Vervoerr.* 1995, 238; vgl. evenwel Gent 21 december 1990, *RHA* 1992, 177; Antwerpen 11 oktober 1989, *RHA* 1989, 188.

<sup>61</sup>. F. STEVENS, “Maritiem procesrecht”, *TBH* 2008, (603) 615, nr. 34; zie ook C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 178, nr. 254.

<sup>62</sup>. “De lastgever is gehouden de verbintenissen na te komen, die de lasthebber overeenkomstig de hem verleende macht heeft aangegaan. Hij is niet gehouden tot hetgeen daarbuiten mocht zijn gedaan, dan voor zover hij zulks uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft.”

<sup>63</sup>. Cass. 13 september 1991, AR 7233, *Arr. Cass.* 1991-92, 50; Luik 26 januari 2012, *JLMB* 2014, 156; Vred. Oudenaarde 19 april 1999, *TRV* 1999, 343, noot J. VANANROYE; Vred. St.-Truiden 27 maart 1997, *AJT* 1998-99, 167, noot S. SNAET; Vred. Wervik 20 april 1999, *T.Vred.* 2001, 154. Zie voorts, B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Régime des fins de non-recevoir tirées du défaut d’intérêt ou de qualité” in H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Les défenses en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, (157) 175; P. VANLERSBERGHE, “Art. 17 Ger.W.” in *Comm. Ger.* 2002, Mechelen, Kluwer, losbl., nr. 47.

<sup>64</sup>. S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 214 *et seq.*; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 319, nr. 417; zie ook H. BOULARBAH, “La double dimension de la qualité, condition de l’action et condition de la demande en justice”, *TBBR* 1997, (58) 88, nr. 84 en M.E. STORME, “De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b.t. naamlening, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993”, *P&B* 1994, (53) 60, nr. 9, vn. 35.

<sup>65</sup>. Cass. 26 januari 2001, AR C.99.0211.N, *Arr. Cass.* 2001, 170; Cass. 8 oktober 1999, AR C.98.0040.F, *Arr. Cass.* 1999, 1234; Cass. 25 november 1993, AR 9618, *R. Cass.* 1994, 64, noot K. BROECKX; Cass. 25 november 1993, AR 9617, *Arr. Cass.* 1993, 986; Cass. 28 september 1984, AR 4244, *Arr. Cass.* 1984-85, 165, noot G.D.H.; Cass. 21 oktober 1948, *RHA* 1949, 5, noot J. VAN DOOSSELAERE. Zie voorts o.m. H. BOULARBAH, A. BERTHE en B. BIEMAR, “Le contrat de mandat et la procédure civile: questions choisies” in B. KOHL (ed.), *Le mandat dans la pratique*, Brussel, Larcier, 2014; (99) 104, nr. 10; C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 177-178; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 27, nr. 11; M.E. STORME, “Rechtsopvolging onder bijzondere titel tijdens het burgerlijk geding in België en Nederland”, *RW* 1993-94, (169) 174; K. BROECKX, “Vertegenwoordiging in rechte en naamlening in het geding”, *RW* 1994-95, 248-253; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 460-462.

<sup>66</sup>. Het voorbeeld is ontleend aan de feiten ten grondslag aan Cass. 26 januari 2001, AR C.99.0211.N, *Arr. Cass.* 2001, 170.



Wij hebben ons evenwel elders al geen voorstander getoond van deze terminologie<sup>67</sup>. Vooreerst is de term “naamlening” overbodig. Het voorgaande heeft aangetoond dat het optreden van de verzekerde als “verborgen” vertegenwoordiger van de verzekeraar, i.e. zonder dat die hoedanigheid uit de gedingleidende akte blijkt, perfect verklaard kan worden vanuit het Gerechtelijk Wetboek. Het verzwijgen van de hoedanigheid van vertegenwoordiger is in principe verboden op straffe van nietigheid (art. 702 Ger.W.), maar die nietigheid zal pas effect sorteren bij belangenschade (art. 861 Ger.W.). De civielrechtelijke figuur van de naamlening is niet nodig om dat te verklaren.

Bovendien rijst de vraag of er überhaupt wel sprake is van naamlening. Terwijl bij “eigenlijke” naamlening het de *opdrachtgever* is die een *opdracht* geeft aan de naamlener om in eigen naam een rechtshandeling te stellen, is het bij naamlening in rechte doorgaans de *naamlener* die een *machtiging* geeft aan de titularis om zelf het proces te voeren onder de naam van de naamlener (“we also *authorize you to use our name in any action or proceedings*”). Bij “eigenlijke” naamlening voert de stroman een opdracht uit voor rekening van de achterman; bij naamlening in rechte voert de achterman zélf de opdracht (de procesvoering) uit, en blijft de stroman passief. Of nog: terwijl eigenlijke naamlening veronderstelt dat de *naamlener* de leiding van het geding op zich neemt (*dominus litis*), is het in werkelijkheid doorgaans de *titularis* die zich dat recht toe-eigent, onder de mantel van de naamlener. Dit lijkt een nuanceverschil. Niettemin oordeelde het Hof van Cassatie in 1982 dat, hoewel naamlening in rechte principieel toelaatbaar is, onder “naamlening” enkel de “klassieke naamlening” kan worden begrepen,

waarbij dus de naamlener de rol van *dominus litis* op zich neemt. De klassieke formule “we also authorize you to use our name in any action of proceedings” zou geen naamlening zijn, zodat de bodemrechter volgens het Hof terecht kon besluiten tot de onontvankelijkheid van de vordering ingeleid door de verzekerde<sup>68</sup>. “*Curieux mandat en effet que celui où c’est le mandataire qui donne les ordres et où c’est le prétendu mandant qui apparaît en nom dans la procédure, et semble représenter, mais de façon occulte, le mandataire.*”<sup>69</sup>. Een later arrest van het Hof van Cassatie heeft de dubbelzinnigheid op dit punt niet weggenomen<sup>70</sup>.

Tot slot zet de term “naamlening” de deur open voor bedrieglijke analogieredeningen. Is de achterman wel een procespartij die zich het gezag van gewijsde moet laten tegenwerpen? Bij civielrechtelijke naamlening geldt immers als principe dat tegenbrieven niet werken tegen derden (art. 1321 BW). Enkel de naamlener verbindt zich dus t.a.v. de derde; de achterman komt in de externe verhouding niet in beeld. Op basis daarvan stellen sommige auteurs dat enkel de “naamlener in rechte” gebonden is door het gezag van gewijsde van de tussen te komen beslissing, en dat de achterman volledig buiten beeld blijft<sup>71</sup>. Volgens anderen dringt het gezag van gewijsde zich wél op aan de achterman<sup>72</sup> of aan naamlener én achterman<sup>73</sup>. Nu eens kan worden tenuitvoergelegd tegen de naamlener, dan weer tegen de achterman<sup>74</sup>. De naamleningsfiguur doet m.a.w. meer procedurele vragen rijzen dan zij kan beantwoorden. Wie de verzekerde daarentegen begrijpt als een eenvoudige vertegenwoordiger van de verzekeraar, ziet meteen dat het gezag van gewijsde zich inderdaad opdringt aan de verzekeraar, en dat (enkel) tegen hem ten uitvoer kan worden gelegd.

<sup>67</sup>. S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 258 *et seq.*

<sup>68</sup>. Cass. 15 januari 1982, AR 3241, *Arr.Cass.* 1981-82, 619; zie ook Gent 21 december 1990, *RHA* 1992, 177. Zie kritisch M.E. STORME, “Procesrechtelijke knelpunten bij de geldendmaking van rechten uit aansprakelijkheid voor de burgerlijke rechter, in het bijzonder belang, hoedanigheid en rechtsopvolging” in M.L. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, (189) 210, nr. 19, vn. 85; S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 461-462. Zie ook C. DIERYCK, *Zeeverzekering en averijvordering*, Gent, Larcier, 2005, 178, nr. 253.

<sup>69</sup>. J. BEAUCHARD, “La procédure judiciaire” in J. BIGOT (ed.), *Traité de droit des assurances*, III, Parijs, LGDJ, 2002, 1255-1256, nr. 1805; zie ook B. BEIGNER, *Droit des assurances*, Parijs, Montchrestien, 2011, 663-665, nr. 559. Zie ook in België, P. VAN DE SYPE, “Over het leiden en lijden van de verzekeraar” in VPB (ed.), *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, Kalmthout, Biblo, 1996, (33) 42, die het heeft over “een specifieke rechtsfiguur, nl. lastgeving gecombineerd met naamlening sui generis” en F. STEVENS, “Maritiem procesrecht”, *TBH* 2008, (603) 614, nr. 31, die stelt “Het valt echter niet te ontkennen dat een dergelijk ‘procederen onder pseudoniem’ geen naamlening is in de strikte zin van het woord.”

<sup>70</sup>. Cass. 26 januari 2001, AR C.99.0211.N, *Arr.Cass.* 2001, 170; zie daarover F. STEVENS, “Maritiem procesrecht”, *TBH* 2008, (603) 614-615, nr. 32.

<sup>71</sup>. Zie bv. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 329, nr. 432; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, Parijs, LGDJ, 1954, 957, nr. 1505.

<sup>72</sup>. J. VAN COMPENOLLE en G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1985 à 1996)”, *RCJB* 1997, (495) 519, nr. 37; K. BROECKX, “Vertegenwoordiging in rechte en naamlening in het geding”, *RW* 1994-95, (248) 251, nr. 23; M.E. STORME, “De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b. naamlening, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993”, *P&B* 1994, (53) 55, nr. 3.

<sup>73</sup>. H. BOULARBAH, A. BERTHE en B. BIEMAR, “Le contrat de mandat et la procédure civile: questions choisies” in B. KOHL (ed.), *Le mandat dans la pratique*, Brussel, Larcier, 2014, (99) 104, nr. 10.

<sup>74</sup>. Zie resp. H. BOULARBAH, A. BERTHE en B. BIEMAR, *id.*, (99) 104, nr. 10 en W.D.H. ASSER, “Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces” in S.C.J.J. KORTMANN, N.E.D. FABER en J.A.M. STRENS-MEULEMEESTER (eds.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, (487) 498.

### 3. SUBROGATIE TIJDENS DE AANLEG

#### A. De verzekeraar treedt op in rechte

18. De situatie is de volgende: de verzekeraar begint het geding, maar pas in de loop van de procedure wordt hij effectief gesubrogeerd in de rechten van de verzekerde. Op het moment van de gedinginleiding was de verzekeraar dus nog geen titularis van de vordering.

Opnieuw lijkt de onontvankelijkheid van de vordering een logisch gevolg, in het bijzonder omdat die onontvankelijkheid wordt beoordeeld op het moment van de gedinginleiding. Wie pas in de loop van het geding de vereiste hoedanigheid of het vereiste belang verkrijgt (en hier mag worden opgemerkt dat subrogatie geen retroactieve werking heeft), zal zijn vordering niet van de onontvankelijkheid kunnen redd<sup>75</sup>. Echter, hierboven hebben we reeds gezien dat subrogatie niets te maken heeft met de onontvankelijkheid van de vordering, maar wel met de gegrondheid ervan. Welnu, de gegrondheid van een vordering wordt *niet* beoordeeld op het moment van de gedinginleiding, maar wel op het moment van de uitspraak.

Het Hof van Cassatie heeft inderdaad bij herhaling geoordeeld dat de rechter gehouden is uitspraak te doen over de vordering die bij hem aanhangig is gemaakt, en dat hij daarbij rekening moet houden met nieuwe feiten die sinds de gedinginleiding zijn voorgevallen, *zelfs al was de vordering oorspronkelijk ongegrond*<sup>76</sup>. De artikelen 807 en 808 Ger.W. inzake uitbreiding of wijziging van de vordering, vormen daarvoor de wettelijke basis. Deze rechtspraak staat de rechter toe te beslissen over het geschil zoals dat sedert de gedinginleiding is geëvolueerd, en vermijdt dat de eiser gedwongen wordt om telkens een procedure in te stellen op grond van nieuwe feiten, wat uiteraard weinig proceseconomisch zou zijn<sup>77</sup>.

Toegepast op de casus van de in de rechten van de verzekerde gesubrogeerde verzekeraar, betekent dat dat die laatste de subrogatie succesvol kan invoeren, ook al gebeurde zij *pendente lite* en heeft zij geen retroactieve werking. De rechter zal met die subrogatie bijgevolg alsnog rekening moeten houden; hij zal de verzekeraar als titularis van het vorderingsrecht moeten aanzien. Voorwaarde is vanzelfsprekend

dat de verzekeraar de effectieve betaling kan bewijzen via een kwijtschrift (*supra*, randnr. 4).

#### B. De verzekerde treedt op in rechte

19. Wat nu wanneer het de verzekerde is die de procedure was begonnen? Op het moment van de gedinginleiding was hij titularis van de vordering, maar tijdens de procedure gaat het titularisschap over op de verzekeraar.

Opnieuw gaat het hier om een specifiek toepassingsgeval van een algemeen probleem dat geenszins beperkt is tot het verzekeringscontentieux. In wezen gaat het om een geval van rechtsopvolging tijdens het geding. Subrogatie is één manier waarop een dergelijke rechtsopvolging kan voorvallen, maar er zijn er nog. Men denke bijvoorbeeld aan de verkoop van een goed dat het voorwerp vormt van een juridische procedure, of de overdracht van een betwiste schuldvordering. Ook het overlijden van een procespartij is een vorm van rechtsopvolging *pendente lite*.

20. Hoe gaat het procesrecht hiermee om? Het antwoord is te vinden in de artikelen 815 *et seq.* Ger.W. inzake hervatting van geding. Deze bepalingen zijn niet bijzonder helder opgesteld en zorgen in de praktijk dan ook vaak voor onzekerheid<sup>78</sup>. Nochtans heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat gedinghervatting toegelaten is bij rechtsopvolging ten bijzondere titel “*inzake vorderingen die een zodanig nauw verband houden met het overgedragen recht dat de verandering van hoedanigheid aan de partij in het geding ieder belang ontnemt dit geding verder te zetten en enkel de rechtsopvolger ten bijzondere titel als nieuwe houder van het recht hierbij nog belang heeft*”<sup>79</sup>. Welnu, wanneer de verzekeraar de verzekerde vergoedt en in diens aanspraken treedt, heeft de verzekerde geen enkel belang meer om het lopende geding verder te zetten. Enkel de verzekeraar heeft, als nieuwe titularis, daarbij nog belang. Hij kan dus het geding hervatten<sup>80</sup>. Daartoe legt hij overeenkomstig artikel 816 Ger.W. een akte neer ter griffie waarin op straffe van nietigheid opgave wordt gedaan van zijn identiteit en van de redenen waarom hij het geding hervat (*in casu*: de subrogatie in de rechten van de verzekerde). Na de gedinghervatting wordt de rechtspleging

<sup>75</sup>. Zie o.m. Cass. 24 april 2003, AR C.00.0567.F – C.01.0004.F, *Arr.Cass.* 2003, 1018; Cass. 13 september 1991, AR 7233, *Arr.Cass.* 1991-92, 50; Cass. 4 december 1989, AR 6848, *Arr.Cass.* 1989-90, 467.

<sup>76</sup>. Cass. 15 juni 1981, AR 6256, *Arr.Cass.* 1980-81, 1185; Cass. 8 december 1980, AR 5959, *Arr.Cass.* 1980-81, 383; Cass. 22 mei 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1113.

<sup>77</sup>. E. KRINGS, Concl. vóór Cass. 5 mei 1988, AR 5695, *Arr.Cass.* 1987-88, 1137; zie ook S. MOSSELMANS, *Tussenvorderingen in APR*, Mechelen, Kluwer, 2007, 143, nr. 228; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 288, nr. 633.

<sup>78</sup>. Zie uitgebreid S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 328 *et seq.*

<sup>79</sup>. Cass. 31 mei 2012, AR C.11.0343.N, *RW* 2013-14, 625 en de bijgaande noot van B. VAN DEN BERGH, “Accessoire rechten en gedinghervatting bij rechtsopvolging ten bijzondere titel”; zie ook Cass. 15 juni 2015, AR S.13.0005.N, *RW* 2015-16 (samenvatting), 1582.

<sup>80</sup>. S. ROLAND, “Subrogatie van verzekeraars en tenaamstelling van proceduredocumenten” in X (ed.), *Liber amicorum Lionel Tricot*, Antwerpen, Kluwer, 1988, (457) 462-463. Zie enigszins *contra* Antwerpen 13 januari 2003, *RHA* 2003, 341 (waarin wordt gesteld dat de verzekeraar geen gedinghervatting hoeft te doen maar rechtens de plaats van de verzekerde inneemt).

voortgezet volgens de laatste gedingstukken. De vroegere neergelegde conclusies worden geacht te blijven gelden, tenzij in de akte tot gedinghervatting nieuwe conclusies ter kennis worden gebracht (art. 819 Ger.W.). De verzekerde is na de gedinghervatting geen procespartij meer; zijn plaats is ingenomen door de verzekeraar.

Ook de tegenpartij kan, wanneer hij lucht krijgt van de subrogatie, de verzekeraar in het geding betrekken via gedwongen gedinghervatting (art. 816, tweede lid Ger.W.). Dat kan nuttig zijn wanneer de tegenpartij excepties kan invoeren tegen de verzekeraar die hij niet kan invoeren tegen de verzekerde (bv. een exceptie van beperking van het verhaalsrecht, *supra*, randnr. 3). Opnieuw verdwijnt de verzekerde

dan uit de procesverhouding en wordt zijn plaats ingenomen door de verzekeraar.

Zolang de procedure tot gedinghervatting niet is ingezet, hetzij door de verzekeraar hetzij door de tegenpartij, blijft de subrogatie zonder gevolgen (art. 815 Ger.W.). Dat betekent dat de verzekerde tot dat moment geacht wordt titularis te zijn van de hangende vordering, ook al is die vordering al via subrogatie overgegaan op de verzekeraar<sup>81</sup>. Er ontstaat m.a.w. een wettelijke fictie die desgevallend voortduurt tot en met het moment van uitspraak<sup>82</sup>. Opnieuw heeft dit met de civielrechtelijke naamgeving niets te maken, al gaat het in zekere zin ook hier over een optreden “in eigen naam” voor rekening van een ander.

#### 4. SUBROGATIE NA DE AANLEG

**21.** Wanneer de subrogatie plaatsvindt na de aanleg, stelt zich de vraag wie tot tenuitvoerlegging kan overgaan en wie desgevallend een rechtsmiddel kan aanwenden tegen de beslissing.

**22.** Wat de tenuitvoerlegging betreft, is de situatie relatief eenvoudig. De rechtsverkrijger onder bijzondere titel verkrijgt niet enkel het overgedragen goed, maar ook de persoonlijke vorderingsrechten van zijn rechtsvoorganger die nauw verbonden zijn met het goed<sup>83</sup>. De *actio iudicati*, het recht om een vonnis ten uitvoer te leggen, is een dergelijk persoonlijk vorderingsrecht dat met de titel mee overgaat<sup>84</sup>. De verzekeraar kan dus het vonnis ten uitvoer leggen<sup>85</sup>. Wanneer de tenuitvoerlegging reeds is ingezet op het moment van subrogatie, kan de gesubrogeerde verzekeraar de vervolging voortzetten zonder de formaliteiten van het bevel en beslag te moeten herhalen<sup>86</sup>.

Indien het toch de verzekerde is die het vonnis ten uitvoer legt, zal hij een mandaat in die zin moeten kunnen voorleggen, uitgaande van de verzekeraar<sup>87</sup>.

**23.** Het is ook de verzekeraar die een rechtsmiddel kan aanwenden. Subrogatie na de (eerste) aanleg staat immers

gelijk aan subrogatie vóór de (tweede) aanleg, zodat integraal verwezen kan worden naar wat daarover reeds is uiteengezet (*supra*, randnrs. 7 et seq.).

Wel moet een belangrijke nuance worden aangebracht in hoofde van de tegenpartij. Wanneer hij een rechtsmiddel wil aanwenden, kan hij zich richten tot *zowel* de verzekeraar *als* de verzekerde. Hij heeft dus een keuzerecht tussen rechtsopvolger en rechtsvoorganger. Dat vloeit voort uit recente cassatierechtspraak waarin het Hof oordeelde dat, indien de schuldvordering die het voorwerp is van het vonnis van de eerste rechter wordt overgedragen, de schuldenaar van de overgedragen schuldvordering hoger beroep kan instellen *hetzij* tegen de oorspronkelijke schuldeiser zoals die blijkt uit het beroepen vonnis, *hetzij* tegen de overnemer<sup>88</sup>. *In casu* ging het om een cessie van schuldvordering die ter kennis was gebracht, maar er valt niet in te zien waarom er voor andere vormen van rechtsopvolging onder bijzondere titel, i.h.b. subrogatie, een andere oplossing zou gelden. Dat geldt des te meer nu een subrogatie, in tegenstelling tot een cessie, niet aan de tegenpartij ter kennis moet worden gebracht opdat zij aan hem tegenwerpelijk zou zijn. De tegenpartij riskeert op die manier niet op de hoogte te zijn van de subrogatie. Wanneer hij zich dan te goeder trouw richt tot de rechts-

<sup>81.</sup> Vgl. Antwerpen 15 januari 2001, *RHA* 2001, 22 (de cognossemmenthouder die hangende het geding door zijn verzekeraars wordt vergoed, zonder dat dat gepaard gaat met een gedinghervatting, blijft vorderingsgerechtigd).

<sup>82.</sup> S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 322-324, nr. 341.

<sup>83.</sup> S. STIJNS en E. VERJANS, “Variaties op het begrip ‘derde’ in het contractenrecht” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (19) 33-34; B. CLAESSENS, T. HENS, W. VAN PUTTEN en M. VEGA LÉON, “De uitwerking van de overeenkomst tussen partijen” in X (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2010, losbl., II.4, nr. 1746; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 217-218.

<sup>84.</sup> Vgl. Gent 15 februari 2011, *RW* 2013-14, 1506: “In tegenstelling tot wat geïntimeerde opwerpt, beschikt appellant over de vereiste hoedanigheid om over te gaan tot uitvoering van de *actio iudicati*, omdat hij de rechtsopvolger is van de gemachtigde ambtenaar, in wiens voordeel de titel werd uitgesproken.”

<sup>85.</sup> K. BAERT en B. DECONINCK, “Rechtsopvolging in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht” in M.L. STORME en A. BEIRLAEN (eds.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (377) 407.

<sup>86.</sup> E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 353.

<sup>87.</sup> M.E. STORME, “Naamgeving bij executie na opvolging in het geldend te maken recht” (noot onder Gent 14 april 1995), *RW* 1995-96, (327) 330.

<sup>88.</sup> Cass. 7 september 2012, AR C.11.0667.N, *RW* 2014-15, 534, noot C. VAN SEVEREN; *TGR-TWVR* 2013, 36, concl. A. VAN INGELGEM en *TBH* 2013, 49, samenvatting O.V.B.

voorganger i.p.v. de rechtsopvolger, blijft zijn rechtsmiddel dankzij het keuzerecht van de onontvankelijkheid gespaard<sup>89</sup>. Het uitsluitend tegen de rechtsvoorganger gericht

hoger beroep heeft rechtsgevolgen ten aanzien van de rechtsverkrijger<sup>90</sup>.

## 5. BIJ WIJZE VAN BESLUIT

24. Uit het voorgaande schemert reeds door dat het toepassingsgebied van deze analyse veel verder reikt dan het specifieke geval van de verzekeraar en de verzekerde. Steeds wanneer in een procedurele context sprake is van een rechtsvoorganger en een rechtsopvolger, rijzen dezelfde vragen, waarop ook dezelfde antwoorden toepasselijk zijn. Koper-verkoper, cedent-cessionaris, schenker-begiftigde, erflater-erfopvolger, etc.: bovenstaand verhaal is ook, *mutatis mutandis*, op hen van toepassing. Wanneer dan in rekening wordt gebracht dat een geschil, van ontstaan tot beslechting door een gerechtelijke instantie, al snel ettelijke jaren in beslag neemt, zodat de kans op rechtsopvolging (in welke vorm dan ook) reëel is, moge het duidelijk zijn dat de hier besproken problematiek geen verschijnsel in de marge is.

Het ruime toepassingsgebied maakt het des te ongelukkiger dat rechtsopvolging tijdens een juridische procedure zo vaak gepaard gaat met koudwatervrees en improvisatie in hoofde van de betrokkenen. Daar zit natuurlijk het Gerechtelijk Wetboek voor iets tussen. Zo blinken de bepalingen die de gedinghervatting regelen (art. 815-819 Ger.W.) niet meteen uit in helderheid, wat tot veel misverstanden heeft geleid<sup>91</sup>. Ook het niet altijd gerespecteerde onderscheid tussen de *ont-*

*vankelijkheid* en de *gegrondheid* van een vordering, valt in grote mate terug te brengen tot het Gerechtelijk Wetboek, dat immers de “Voorwaarden van de rechtsvordering” gebrekkig samenbalt in twee summier opgestelde artikelen (art. 17-18 Ger.W.)<sup>92</sup>. Tot slot bevat het Gerechtelijk Wetboek geen enkele uitdrukkelijke regeling van het optreden in rechte voor rekening van een ander. Het ligt dan voor de hand om terug te grijpen naar de vertegenwoordigingsfiguur uit het gemeen burgerlijk recht, maar ook dat draagt vaak bij tot het imbrogljo. Zo doet de figuur van de “naamlening in rechte” meer vragen rijzen dan zij kan beantwoorden. Ook de mogelijkheid tot bekrachtiging van een ongemandateerd optreden in rechte blijkt stof tot discussie.

Het gebrek aan wettelijke houvast resulteert dus bijna onvermijdelijk in netelige vraagstukken. Het opzet van bovenstaande analyse, waarin wij hopelijk zijn geslaagd, was om aan te tonen dat voor elke vraag ook een oplossing voorhanden is, een oplossing die vaak eenvoudiger is dan dat het eerste gezicht doet vermoeden. En zo hoort het natuurlijk ook. Het procesrecht is er om problemen op te lossen, niet om de zaken nodeloos te compliceren. Het staat ten dienste van het materieel recht, niet andersom.

<sup>89</sup>. Zie ook concl. Adv. Gen. A. VAN INGELGEM bij het arrest van 7 september 2012, waarin werd aangevoerd dat de tegenpartij *enkel* bij goede trouw de rechtsvoorganger kon aanspreken in graad van beroep. De Adv. Gen. had dan ook, gelet op de kennisgeving die *in casu* was gebeurd en het bijhorend gebrek aan goede trouw, besloten tot de verwerping van het cassatieberoep; het Hof is hem daarin niet gevolgd. Vgl. C. VAN SEVEREN, “Overdracht van een (betwiste) schuldvordering tijdens de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel” (noot onder Cass. 7 september 2012), *RW* 2014-15, (535) 541. Zie ook Gent 25 september 2014, *P&B* 2015, 156, waarin werd geoordeeld dat een vonnis rechtsgeldig aan de rechtsvoorganger kon worden betekend, gelet op de goede trouw van de partij die liet betekenen.

<sup>90</sup>. K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, 193, nr. 424.

<sup>91</sup>. Zie daarover S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 328 *et seq.* en 345-346.

<sup>92</sup>. Ironisch genoeg omdat de wetgever, gelet op de onzekerheid die ook in de toenmalige doctrine bestond, het niet opportuun vond e.e.a. verder uit te werken. “De willekeur van een oplossing waarin een of ander stelsel ligt gekristalliseerd zou dan tegengesteld zijn aan de zin van een toenadering in het gerechtelijk recht. Schooldiscussies hebben het gerechtelijk recht laten vooruitgaan en hun werking is nog niet ten einde.” (verslag van de heer C. VAN REEPINGHEN bij het ontwerp van wet tot invoering van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 22).