

Mw. mr. M.D. Spruit*

De directe actie, artikel 7:954 BW (art. 7.17.2.9c)

INLEIDING

Een van de belangrijkste wijzigingen in het nieuwe verzekeringsrecht ligt op het vlak van de directe actie. In de WAM-verzekering is dit geen onbekend fenomeen, in de gewone aansprakelijkheidsverzekering wel. Wanneer iemand, anders dan door een aanrijding met een motorrijtuig schade lijdt, kan hij zich wenden tot de veroorzaker van het schadelijke voorval zelf. Indien de veroorzaker tegen aansprakelijkheid is verzekerd, zal de verzekerde veelal de verzekeraar van de aansprakelijkheid op de hoogte stellen, waarna in de praktijk vaak rechtstreeks tussen de benadeelde en de verzekeraar wordt gecommuniceerd over de aansprakelijkheid, de verschuldigdheid van een schadevergoeding en de omvang daarvan. Vaak is in de polisvoorwaarden een beding opgenomen op grond waarvan de verzekeraar belast is met de regeling en de vaststelling van de schade. De toelichting op de nota van wijziging van 21 juni 2000¹, waarin de directe actie wordt voorgesteld, merkt hierover op: "Thans bepalen echter vele – zo niet alle – polissen dat de verzekerde de regeling van de vaststelling van de schade aan de verzekeraar dient over te laten. (...) Dit betekent dat ook thans de verzekeraar direct met de benadeelde de schade afwikkelt, en op dit punt de invoering van een directe actie niet meer dan een continueren van de huidige praktijk zal meebrengen". Een benadeelde heeft thans echter geen mogelijkheid om rechtstreeks van de aansprakelijkheidsverzekeraar een schadevergoeding te vorderen.² Art. 6 WAM is de belangrijkste uitzondering hierop.³

Wanneer tussen een benadeelde en een verzekeraar geen overeenstemming kan worden bereikt en een procedure wordt opgestart, zal de benadeelde de verzekerde moeten dagvaarden. De benadeelde en de verzekerde zijn de formele procespartijen. De verzekeraar is veelal echter

de materiële procespartij; het is de verzekeraar die voor procesvertegenwoordiging zorgt en die de strategie in het proces bepaalt.

Na de vaststelling van de hoogte van de verschuldigde schadevergoeding, is de verzekeraar op grond van de polis gehouden de verzekeringspenningen aan de verzekerde uit te keren tot maximaal het bedrag van de verzekerde som. Vervolgens dient de verzekerde het bedrag aan schadevergoeding te betalen aan de benadeelde.⁴

In de huidige verzekeringsovereenkomsten komt veelvuldig een beding voor, dat de verzekeraar het recht geeft om de verzekeringspenningen direct aan de benadeelde uit te keren. In een dergelijke bepaling wordt veelal een volmacht van de verzekerde aan zijn verzekeraar gezien om in zijn naam de benadeelde schadeloos te stellen.⁵

Op grond van een dergelijke volmachtbepaling worden de meeste schaden rechtstreeks door de verzekeraar met de benadeelde afgewikkeld en aan hem betaald.

HET FAILLISSEMENT VAN DE VERZEKERDE

Problemen bij de afwikkeling van een schade ontstaan er wanneer een verzekerde failliet wordt verklaard en de benadeelde op dat moment nog niet schadeloos is gesteld. Op grond van art. 3:73 BW eindigt de volmacht aan de verzekeraar door het faillissement van de volmachtgever, zijnde de verzekerde.

Situatie vóór 1992

Vóór de invoering van art. 3:287 BW in 1992 was de positie van een benadeelde in geval van faillissement van de schadeveroorzaker bepaald niet gunstig. De curator kon van de verzekeraar verlangen dat laatstgenoemde de verzekeringspenningen aan de boedel betaalde. De benadeelde had als concurrent schuldeiser ten aanzien van de boedel een zwakke positie.

De gedachte dat de verzekeringspenningen terecht behoren te komen daar waar de schade is geleden, heeft ertoe geleid dat er in de praktijk naar manieren is gezocht om de uitkering van de verzekeringspenningen buiten de boedel om te laten plaatsvinden. Zo komt het – ook na de inwerkingtreding van art. 3:287 BW – voor dat een curator de aanspraak op de verzekeringspenningen aan de benadeelde cedeert. In de situatie waarin het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid van de verzekerde vaststaan, heeft dat geen probleem opgeleverd.⁶ Indien de aansprakelijkheid van de verzekerde

* Mw. mr. M.D. Spruit is als advocaat werkzaam bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam en medewerker van dit tijdschrift.

1. *Kamerstukken II 1999/2000*, 19 529, nr. 5, p. 35-36.
2. Zie aldus HR 10 mei 1985, *NJ 1985*, 794 (*Valerio/curatoren*), HR 3 april 1992, *NJ 1992*, 397 (*Van Noort/Centraal Beheer*) en HR 21 januari 2000, *NJ 2000*, 189 (*Rosenberg/Winterthur*).
3. Soortgelijke regelingen als in art. 6 WAM zijn te vinden in art. 12b Jachtwet, art. 12b Flora- en Faunawet, art. 7 Wet Aansprakelijkheid Olie tankschepen en art. 14 Wet Aansprakelijkheid Kernongevallen.
4. Ik laat in dit verband buiten beschouwing de mogelijkheid dat een verzekeraar betwist gehouden te zijn onder de toepasselijke verzekering dekking te verlenen.
5. Zie o.a. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, p. 383 en C.C. van Dam, *Schadeverzekering naar komend recht*, p. 121.
6. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 30 mei 1996, *NJ 1997*, 249.

nog moest worden vastgesteld, liep dat niet altijd probleemloos.

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam uit 1985⁷ betreffende een aan een werknemer gecedeerde vordering van de werkgever op de verzekeraar, werd de werknemer niet-ontvankelijk verklaard. De omvang van de schade en het bestaan van aansprakelijkheid moesten naar het oordeel van de rechtbank worden vastgesteld in een procedure tussen de werkgever en de werknemer. Dit oordeel is door dezelfde rechtbank nog eens herhaald in 1998.⁸

De crux van het probleem zit in de positie van de benadeelde die de vordering gecedeerd heeft gekregen (de cessionaris). Deze heeft alleen een vordering op de verzekeraar als de verzekerde aansprakelijk is. Als cessionaris treedt de benadeelde in de positie van de verzekerde. Daar waar de verzekerde zich moet onthouden van een erkenning van aansprakelijkheid, neemt de benadeelde als cessionaris het standpunt in dat de verzekerde aansprakelijk is.

De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 25 juni 1998 laat zien dat de rechter door de omstandigheden van het geval tot de slotsom is gekomen dat de verzekeraar, indien de aansprakelijkheid van de verzekerde in de procedure tussen de benadeelde en de verzekeraar zou worden vastgesteld, door deze vaststelling feitelijk in zijn positie jegens de benadeelde zou worden geschaad. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid is de verzekeraar immers afhankelijk van de opstelling van de verzekerde. De verzekerde is degene die de ware toedracht van de schadeveroorzakende gebeurtenis kent en van andere van belang zijnde omstandigheden op de hoogte is. In dit geval had de curator geen enkele medewerking aan de verzekeraar verleend om de ware toedracht van het schadegeval boven tafel te krijgen. In een procedure tussen de benadeelde en de verzekerde zou de verzekeraar de verzekerde aan zijn zijde hebben gehad, terwijl de verzekeraar in de procedure tegen de benadeelde afhankelijk is geworden van de bijstand van de benadeelde.

Anders besliste het Hof te 's-Gravenhage in een arrest van 21 januari 2003.⁹ Het hof is van oordeel dat de vaststelling van de aansprakelijkheid van de verzekerde jegens de benadeelde en de beoordeling van de dekkingvraag in de relatie verzekerde-verzekeraar niet in twee aparte procedures behoeft plaats te vinden. Ook in een situatie waarin de verzekerde jegens de benadeelde aansprakelijkheid erkent en de verzekeraar vervolgens dekking weigert, dient een dergelijke vaststelling in een en dezelfde procedure (van verzekerde jegens verzekeraar) aan de orde te komen, aldus het hof. Het standpunt van de verzekeraar dat hij afhankelijk is van de bijstand van de verzekerde, verwerpt het hof. (De curator van) de verzekerde dient de verzekeraar in het kader van de vaststelling van de aansprakelijkheid jegens de benadeelde bij te staan teneinde te voldoen aan de polisverplichtingen.

Situatie na 1992

De wetgever heeft het probleem dat een faillissement van een verzekerde ertoe kan leiden dat een benadeelde van een uitkering verstoken blijft, ook onderkend. Met ingang van 1 januari 1992 is art. 3:287 BW¹⁰ van kracht. Dit wetsartikel geeft aan de benadeelde een voorrecht in geval van faillissement. Uit lid 1 van art. 3:287 BW volgt dat het voorrecht dat de benadeelde wordt verleend, rust op de vordering die de verzekerde respectievelijk de boedel heeft op de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het voorrecht rust alleen op de uitkering die de verzekeraar verschuldigd is onder de polis, voorzover de verplichting van de verzekeraar voortvloeit uit de door de benadeelde geleden schade. Het voorrecht gaat boven alle andere preferente vorderingen, zelfs boven de vordering van de fiscus.¹¹

Met art. 3:287 BW zijn niet alle probleemsituaties in geval van faillissement van de verzekerde ondervangen. Er zijn situaties denkbaar waarbij de verzekerde een aanmerkelijk risico loopt niets van de uitkering van de verzekeringspenningen te ontvangen. Zo beschikt de benadeelde niet over het voorrecht van art. 3:287 BW in het geval de verzekeraar vóór het intreden van het faillissement van de verzekerde de verzekeringspenningen aan de verzekerde heeft uitgekeerd. De vordering op de verzekeraar is door betaling tenietgegaan en daarmee is ook het voorrecht van de benadeelde komen te vervallen. De uitkering valt in de boedel en de benadeelde is slechts concurrent schuldeiser.¹²

De curator kan alleen betaling van de verzekeringspenningen ten behoeve van de benadeelde vorderen indien het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid van de verzekerde vaststaan.

Daarnaast is het zo dat indien de benadeelde zijn voorrecht geldend maakt, zijn uitkering ingevolge art. 182 Fw wordt verminderd met de algemene faillissementskosten. Deze kosten bestaan onder andere uit het salaris van de curator. Uit het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1995¹³ volgt dat het begrip 'faillissementskosten' steeds verder wordt opgerekt. De in de procedure aan de orde zijnde boedelschulden vallen daar ook onder. Hoe ruimer het begrip faillissementskosten, hoe hoger de totale kosten die de uiteindelijke uitkering aan

7. Rb. Rotterdam 18 januari en 6 december 1985, NJ 1988, 14.

8. Rb. Rotterdam 25 juni 1998, S&S 2000, 47. In andere zin: Hof 's-Gravenhage 5 juni 1990, S&S 1991, 45, Rb. Rotterdam 29 november 1991, A&V 1995, 4 en Rb. Utrecht 26 juni 1996, Vrb. 1996, 8, p. 110-112.

9. Hof 's-Gravenhage 21 januari 2003, S&S 2004, 12 (Hannover/Mast).

10. Art. 3:287 BW luidt: '1. De vordering tot vergoeding van schade is bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.

2. De schuldeiser kan zijn vordering op de vordering waarop het voorrecht rust verhalen, zonder dat hem rechten van derden op deze laatste vordering kunnen worden tegengeworpen'.

11. Invorderingswet 1990, art. 21 lid 2.

12. Zie o.a. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, 4e druk, p. 444.

13. Hoge Raad 30 juni 1995, NJ 1996, 554 (Mees Pierson/Mentink q.q.).

de benadeelde verlagen. Niet zelden zal er, ondanks het voorrecht, niets overblijven.

Op grond van art. 53 Fw mag de aansprakelijkheidsverzekeraar (premie)schulden van de verzekerde met de verzekeringspenningen verrekenen indien zowel de schulden als de vordering van de verzekerde zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit de handelingen vóór de faillietverklaring met de failliet verricht.

Buiten een faillissementssituatie bestaat er voor de benadeelde het meer feitelijke risico, dat de aansprakelijke persoon het aan hem door de verzekeraar uitgekeerde bedrag niet aan de benadeelde doorbetaalt. Het voorrecht van art. 3:287 BW biedt hiertegen geen beveiliging. In de praktijk is dit echter veelal ondervangen door de in de verzekeringspolis opgenomen bevoegdheid van de verzekeraar om de schade rechtstreeks met de benadeelde te regelen.

DE DIRECTE ACTIE

Dat het huidige systeem niet onder alle omstandigheden sterk genoeg is, daarover waren de meeste schrijvers het eens. De beoogde oplossingen voor dit probleem liepen echter uiteen. Sommige schrijvers hielden een pleidooi voor het invoeren van een directe actie¹⁴, andere opteeden voor een aanpassing van het huidige systeem.¹⁵

Uiteindelijk heeft de wetgever in 2000 toch de keuze gemaakt om de directe actie in te voeren. Het doel van de invoering van een directe actie voor de benadeelde is, zo blijkt uit de toelichting, dat de uitkering van de verzekeringspenningen door de verzekeraar van de schadeveroorzaker daadwerkelijk aan de benadeelde ten goede komt en niet bij de schadeveroorzaker blijft steken of, bij faillissement van de schadeveroorzaker, bij de overige schuldeisers terecht komt. Wijzend op de onverbreekelijke band tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde en de vordering van laatstgenoemde op zijn verzekeraar, stelt de minister dat de verzekering niet aan zijn doel zou voldoen indien het anderen dan de benadeelde zijn die van de uitkering profiteren.¹⁶ In de toelichting wordt voorts erkend dat het voorrecht van art. 3:287 BW vooral in geval van insolventie van de schadeveroorzaker tekortschiet. Een oplossing binnen de Faillissementswet of de beperking van de directe actie tot gevallen van faillissement werd niet wenselijk geoordeeld. De minister heeft daarom

een directe actie voorgesteld die ook werking heeft buiten faillissement van de schadeveroorzaker.

De minister heeft de directe actie niet willen beperken tot schade die voortvloeit uit onrechtmatige daad. Ook wanneer de benadeelde in een contractuele relatie tot de verzekerde staat, komt hem een directe actie toe. Het verschil in ontstaansgrond van de aansprakelijkheid van de verzekerde, dat een beperking van de directe actie tot buitencontractuele aansprakelijkheid zou kunnen rechtvaardigen, is dat de benadeelde bij een onrechtmatige daad van de verzekerde ongewild in een relatie tot de schadeveroorzaker is komen te staan, terwijl de benadeelde en de verzekerde die in een contractuele verhouding tot elkaar staan, deze relatie welbewust hebben gekozen. Bij de onderhandelingen tussen de contractspartijen is waarschijnlijk zelfs gesproken over onderwerpen als toerekenbare tekortkoming, risico en verzekering.

Toch heeft de wetgever als gezegd niet voor een beperking van de directe actie bij schade door onrechtmatige daad gekozen. De minister heeft aangegeven: 'ik zie evenwel niet in waarom bijvoorbeeld slachtoffers van bedrijfsongevallen of medische fouten minder bescherming verdienen dan andere slachtoffers, of waarom bijvoorbeeld bij een vliegtuigongeval de slachtoffers in het vliegtuig niet, en de slachtoffers op de grond wel een directe actie zou moeten toekomen'.¹⁷

De toelichting benadrukt dat van een eigen recht van de benadeelde, waardoor er een aparte verbintenis tussen de verzekeraar en de benadeelde ontstaat, geen sprake is. Het onderscheid tussen een directe actie en een eigen recht van de benadeelde is treffend gemaakt door Lippmann. Lippmann omschrijft de directe actie als: 'de getroffene kan "direct" tegen verzekeraar "ageren", meer niet. Hij kan zelf zich rechtstreeks tot verzekeraar wenden om de uitkering, welke deze krachtens overeenkomst van verzekering moet doen, ineens, zonder tussenkomst van verzekerde, te innen. Dus geen problemen meer met faillissementscuratoren, geen geknoei van verzekerde. Hierdoor wordt dus beoogd verzekerde als tussenschakel bij de betaling te laten wegvallen'.¹⁸ Lippmann geeft verder aan: 'geheel anders dan bij het "eigen recht" is de bedoeling van de "directe actie" tot vereenvoudiging van de betaling beperkt. De verzekerde had zekere rechten, o.a. strekkende tot schadeloosstelling, tegenover verzekeraar en deze zelfde rechten kan de derde nu uitoefenen; niet meer rechten, geen andere, "eigen" rechten, slechts de aanspraak van de verzekerde'.

Ook Van Dam geeft het onderscheid treffend weer. Van Dam beschrijft dat het eigen recht van de benadeelde zich onderscheidt van de directe actie doordat de verzekeraar zich jegens de benadeelde niet kan beroepen op uit wet of polisvoorwaarden voortvloeiende nietigheid, verweer of verval.¹⁹

Een voorbeeld van een eigen recht van de benadeelde is art. 6 WAM. De benadeelde kan op grond van dit wetsartikel de verzekeraar van het schadeveroorzakende motorrijtuig rechtstreeks als schuldenaar aanspreken. De verzekeraar dient de schade dan rechtstreeks

14. Een eerste aanzet werd gedaan door de Commissie Dorhout Mees in 1950. Zie verder bijvoorbeeld C.C. van Dam, *Verzekering naar komend recht*, bijvoorschrift van de Vereniging Handelsrecht en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap, 1995.

15. Zie bijvoorbeeld J.E.v.M. Lippmann, *Verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid* (diss.), 1951 en J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (diss.) 1987.

16. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 32.

17. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 33.

18. Lippmann, a.w., tweede druk, 's-Gravenhage: Van Stockum en zoon 1954, p. 221.

19. C.C. van Dam, *Schadeverzekering naar komend recht*, p. 120-121.

aan de benadeelde te vergoeden. Het tenietgaan van zijn schuld aan de verzekerde bevrijdt de verzekeraar daarom niet jegens de benadeelde, tenzij deze laatste schadeloos is gesteld.²⁰

In combinatie met art. 11 WAM, dat de verzekeraar verbiedt zich jegens de benadeelde te beroepen op uit wet of polisvoorwaarden voortvloeiende nietigheid, verweer of verval, is de verzekeraar ten opzichte van de benadeelde tot meer gehouden dan ten opzichte van zijn eigen verzekerde. Weliswaar kan de verzekeraar zich beroepen op bijvoorbeeld eigen schuld van de benadeelde; indien de verzekerde heeft gehandeld in strijd met enige bepaling uit de polisvoorwaarden, kan de verzekeraar dit niet aan de benadeelde tegenwerpen.

Voor een AVP of AVB²¹, waarvan de primaire doelstelling de vermogensbescherming van de verzekerde en de benadeelde is, gaat een eigen recht te ver. De bescherming van de benadeelde wordt door een eigen recht volledig gegarandeerd, maar de verzekeraar wordt daarvoor benadeeld. De verzekeraar is door een eigen recht van de benadeelde tot meer gehouden dan hij ten opzichte van de verzekerde zou zijn geweest. Daar waar aansprakelijkheidsverzekeringen onverplicht worden afgesloten, in tegenstelling tot een WAM-verzekering, is dit als een te ver gaande consequentie beoordeeld.

De directe actie is bedoeld om de uiteindelijke schadeloosstelling van de benadeelde te vereenvoudigen. De benadeelde heeft geen verbintenis met de verzekeraar van de schadeveroorzaker en hij treedt ook niet toe tot de overeenkomst tussen de verzekerde en de verzekeraar. Hij neemt louter het vorderingsrecht (de aanspraak) van de verzekerde over en int de verzekeringspenningen ten behoeve van zichzelf.

De omvang van het vorderingsrecht wordt bepaald door de rechtsbetrekking tussen de verzekerde en de verzekeraar. De benadeelde kan van de verzekeraar niet meer vorderen dan deze aan de verzekerde verschuldigd is. Indien hij door uitbetaling van de verzekeringspenningen niet volledig schadeloos is gesteld, zal de benadeelde zich voor het overige moeten wenden tot de schadeveroorzaker.²²

ANALYSE VAN ART. 7:954 BW

Lid 1

Indien in geval van een verzekering tegen aansprakelijkheid de verzekeraar ingevolge art. 7:941 de verwezenlijking van het risico is gemeld, kan de benadeelde verlangen dat, indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is, het bedrag dat de verzekerde daarvan ter zake van de schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, aan hem wordt betaald.

Uit lid 1 volgt dat er twee vereisten zijn die de werking van de directe actie beperken, namelijk (1) de verwezenlijking van het risico moet aan de verzekeraar zijn gemeld, en (2) de uitkering moet betrekking hebben op een schade, die is ontstaan door dood of letsel van de benadeelde.

De directe actie ontstaat eerst wanneer de verzekerde de verwezenlijking van het risico aan zijn verzekeraar heeft

gemeld. Dit biedt blijkens de toelichting de verzekerde de mogelijkheid om de benadeelde buiten de verzekering om schadeloos te stellen. Het is onwenselijk geoordeeld dat de benadeelde door rechtstreekse betaling van de verzekeraar te verlangen, het streven van de verzekerde om de schade zelf af te wikkelen, bijvoorbeeld ter voorkoming van het verlies van zijn no-claimkorting, zou kunnen doorkruisen. Eventuele problemen bij insolventie van de verzekerde zullen zich volgens de minister niet voordoen, omdat de curator de schade zal moeten melden, daar hij anders de boedel benadelt.

Het voordeel dat de verzekerde zijn no-claimkorting niet verliest wanneer hij de schade van de benadeelde buiten de verzekeraar om afwikkelt, staat mijns inziens niet in verhouding tot de bezwaren die er voor de benadeelde kleven aan het meldingsvereiste. De verzekerde heeft een te grote mogelijkheid om de rechten van de benadeelde, al dan niet opzettelijk, te frustreren terwijl de benadeelde daartegen weinig kan doen. Zo kan de verzekerde besluiten niet tot melding over te gaan, omdat hij meent dat hij niet aansprakelijk is voor het schadevooral. Volgens de minister mag worden aangenomen dat indien al dan niet in rechte de aansprakelijkheid van de verzekerde toch wordt vastgesteld, de verzekerde alsnog tot melding overgaat en de benadeelde rechtstreekse betaling kan verlangen.²³

De meldingsplicht van een verzekerde ontstaat op het moment van de verwezenlijking van het risico.²⁴ Het is de vraag of dat is op het moment waarop de aansprakelijkheid van de verzekerde (in of buiten rechte) wordt vastgesteld, dan wel op het moment waarop de verzekerde door de benadeelde aansprakelijk wordt gesteld, dan wel op het moment waarop de verzekerde aan de derde schade toebrengt. Wansink opteert voor laatstgenoemd moment.²⁵ Ik zou in ieder geval menen dat niet juist is de opvatting van de minister dat de meldingsplicht eerst ontstaat op het moment dat de aansprakelijkheid van de verzekerde is vastgesteld, omdat de belangen van de verzekeraar alsdan al ruimschoots geschaad kunnen zijn. Wanneer bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de verzekerde in rechte moet worden vastgesteld en de procedure een aantal jaren in beslag neemt, heeft de verzekeraar geen weet van de schade van de benadeelde en kan hij zich dus ook niet verdiepen in de desbetreffende schade en deze schade beperken. Wanneer is overigens de aansprakelijkheid vastge-

20. Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.J. Zevenbergen, *Grondslagen verzekeringsrecht*, tweede druk, Vermande, p. 223.

21. Aansprakelijkheidsverzekering voor Particulieren en Aansprakelijkheidsverzekering voor Bedrijven.

22. C.P. Robben, *De action directe en de Wet aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen* (diss. Tilburg), 1993, p. 61.

23. *Kamersstukken II 1999/2000*, 19 529, nr. 5, p. 39. De minister heeft opgemerkt: 'Voorts is denkbaar dat de verzekerde melding achterwege laat omdat hij iedere aansprakelijkheid ontkent. Aangenomen mag echter worden dat indien al dan niet in rechte diens aansprakelijkheid toch wordt vastgesteld, hij alsnog tot melding overgaat en de benadeelde alsnog rechtstreekse betaling kan verlangen'.

24. Art. 7:941 BW (art. 7:17.1.14) handelt over de verplichtingen voor de verzekerde na het ontstaan van de schade.

25. J.H. Wansink a.w., p. 321.

steld? Geldt de meldingsplicht reeds wanneer een rechter in eerste aanleg tot aansprakelijkheid heeft beslist of moet worden gewacht totdat in een eventueel hoger beroep of cassatieberoep is beslist?

Indien moet worden aangenomen dat de meldingsplicht van de verzekerde ontstaat op het moment waarop de verzekerde door de benadeelde aansprakelijk wordt gesteld, dan wel op het moment waarop de verzekerde aan de derde schade toebrengt, dan meldt de verzekerde te laat wanneer hij eerst mededeling doet van de schade op het moment dat zijn aansprakelijkheid is vastgesteld. Ingevolge de polisvoorwaarden kan hij dan dekking verliezen wanneer de verzekeraar in zijn belangen is geschaad. Nu ingevolge art. 7:954 de verzekeraar de benadeelde de wren kan tegenwerpen die hij ook de verzekerde kan tegenwerpen, heeft een benadeelde bij gebreke van een tijdige melding niets aan de directe actie en zal hij zich toch weer moeten wenden tot de verzekerde.

Voor het beperken van de directe actie tot schade door dood of letsel zijn in de toelichting drie redenen gegeven. Allereerst is opgemerkt dat de bezwaren van het huidige recht zich het meest doen voelen bij schade door dood of letsel: het uitblijven van of een vertraging in de vergoeding van de geleden schade maakt de gevolgen en het leed vaak nog erger, en is voorzover het een gekwetste betreft bovendien niet bevorderlijk voor diens revalidatie. Daarnaast is aangegeven dat zaakschade van de werking van de directe actie is uitgesloten, omdat degene die een groot belang hecht aan het behoud van de waarde van een zaak om die reden reeds zijn zaak zal hebben verzekerd. De benadeelde kan dan de eigen verzekeraar aanspreken en hoeft zich niet te wenden tot de verzekeraar van de schadeveroorzaker. Ten slotte moet volgens de toelichting de beperking van de werking van de directe actie ook worden gezien in het licht van het feit dat zo de verzekeraars door de directe actie zwaarder worden belast, de gevolgen daardoor beperkt zijn, nu het grootst aantal vorderingen ter zake van aansprakelijkheid vorderingen zijn die betrekking hebben op zaakschade en zuivere vermogensschade.²⁶

Voormelde overwegingen overtuigen mij niet van de noodzaak de directe actie te beperken tot schade door dood of letsel. Weliswaar is juist dat de gebreken van de huidige regeling zich vooral doen voelen bij gevallen van dood of letsel; dat neemt niet weg dat die problemen zich evenzeer voordoen bij gevallen van zaakschade of zuivere vermogensschade. Ook daar geldt toch het uitgangspunt dat de verzekeringspenningen terecht behoren te komen daar waar de schade is geleden. Wat nu als iemand met een zeer kostbaar collier, dat ter gelegenheid van een gala wordt gedragen, ongelukkig ten val komt doordat de trap onder de rode loper kapot is en daarbij het collier onherstelbaar beschadigd raakt

doordat het bij de val ergens achter blijft haken? Voor de letselschade heeft de benadeelde dan een directe actie, voor de schade aan het collier niet.

Het argument van de minister dat benadeelden hun zaak meestal wel verzekerd zullen hebben, is niet valide. Het is geen uitzondering dat men zich, ondanks de hoge waarde van een zaak, niet heeft verzekerd of niet heeft kunnen verzekeren tegen schade. Bovendien bestaat er geen verplichting voor een benadeelde om de eigen verzekeraar aan te spreken wanneer er ook een verzekering is aan de zijde van de schadeveroorzaker.

De redenering dat men zelf een verzekering kan afsluiten, gaat bovendien niet op voor gevallen van zuivere vermogensschade. Zoals Van Dam en Waal terecht opmerken: waarom wel een directe actie bij schade door dood of letsel ten gevolge van een beroepsfout van een arts en niet bij zuivere vermogensschade die het gevolg is van een beroepsfout van andere dienstverleners?²⁷ Ook beroepsfouten van andere dienstverleners, bijvoorbeeld advocaten en notarissen, kunnen desastreuze gevolgen hebben voor de benadeelde indien de uitkering van de verzekeraar niet bij hem terecht komt.

Het argument dat verzekeraars minder zwaar worden belast wanneer vorderingen ter zake van zaakschade en zuivere vermogensschade niet onder de werking van de directe actie vallen, overtuigt mij evenmin. Ook deze schadesoorten wikkelen verzekeraars in de huidige praktijk rechtstreeks met benadeelden af. Het is de verzekerde immers op straffe van verval van dekking doorgaans niet toegestaan om de schade zelf met de benadeelde te regelen. Bij procedures is het feitelijk ook de verzekeraar die het woord voert. Zou de belasting van verzekeraars nu daadwerkelijk zoveel toenemen wanneer er geen onderscheid zou zijn gemaakt bij het soort schade?

Lid 2

De benadeelde kan zonder melding deze betaling verlangen indien de verzekerde een rechtspersoon was die heeft opgehouden te bestaan en de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde niet op een ander is overgegaan.

Lid 2 behelst een uitzondering op het in het eerste lid genoemde constitutieve vereiste dat een directe actie eerst ontstaat wanneer de verzekerde de schade aan de verzekeraar heeft gemeld (en ook overigens aan de vereisten in lid 1 is voldaan). Dat houdt verband met de mogelijkheid dat een rechtspersoon kan ophouden te bestaan, na ontbinding of door vereffening na ontbinding.²⁸

Een rechtspersoon kan in gevallen van bijvoorbeeld langetermijnschade, waarbij er een lange periode is verstreken tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de openbaring van de schade, in welke periode de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan, de verwezenlijking van het risico niet meer aan de verzekeraar melden. De mogelijkheid voor de benadeelde om zich rechtstreeks tot de verzekeraar te wenden, voorkomt dat hij op grond van art. 2:23c BW om heropening van

26. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 34.

27. C.C. van Dam & E.A. Waal, 'De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht', *VR* 2005, 4.

28. Art. 2:19-21 BW.

de vereffening moet verzoeken.²⁹ Overigens bestaat de mogelijkheid dat de verzekeraar niet behoeft uit te keren aan de benadeelde wegens het ontbreken van een uitloopdekking.

Wanneer een rechtspersoon door een fusie of splitsing ophoudt te bestaan³⁰, gaat het vermogen van de rechtspersoon onder algemene titel over op een andere rechtspersoon en daarmee ook de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde. Aangezien de 'nieuwe' rechtspersoon in staat is de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar te melden, geldt alsdan het bepaalde in lid 1: de directe actie ontstaat voor de benadeelde eerst na de schade melding door de verzekerde.

Afhankelijk van de dekking dient de melding te geschieden bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan, dan wel bij de verzekeraar van de verkrijgende rechtspersoon. Dit alles geldt overigens ook wanneer de eerste rechtspersoon niet heeft opgehouden te bestaan, maar de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde in geval van afsplitsing of bij een overname onder bijzondere titel op de verkrijgende rechtspersoon is overgegaan.³¹ Kamphuisen merkt mijns inziens terecht op dat in een aanzienlijk aantal gevallen, met name bij langetermijnschades, de in het tweede lid neergelegde mogelijkheid niet daadwerkelijk een uitkomst zal bieden voor de benadeelde. Hoe komt de benadeelde aan de informatie die het hem duidelijk maakt welke verzekeraar de aansprakelijkheid van de niet meer bestaande rechtspersoon in dekking had?³² Op welke wijze moet de aansprakelijkheid van de niet meer bestaande rechtspersoon worden vastgesteld? Deze kwesties kunnen een groot struikelblok vormen.

Lid 3

Indien de benadeelde zijn in lid 1 bedoelde bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend, kan de verzekeraar slechts bevrijdend aan de verzekerde betalen nadat hij de benadeelde tevergeefs verzocht heeft binnen vier weken mede te delen of hij deze bevoegdheid wil uitoefenen, of indien deze daarvan afstand heeft gedaan.

Vanaf het moment dat de verzekerde de verwezenlijking van het risico aan zijn verzekeraar heeft gemeld, komt aan de benadeelde de directe actie toe (mits aan de overige vereisten van lid 1 is voldaan). De verzekeraar kan dan slechts aan de benadeelde bevrijdend betalen en niet aan de verzekerde.

In lid 3 is een verplichting van de verzekeraar neergelegd aan wie door de verzekerde wordt verzocht aan hem de schade uit te keren of die zelf wenst dat een schadegeval wordt afgewikkeld met de verzekerde, bijvoorbeeld omdat hij geen contact krijgt met de benadeelde. Betaling aan zijn contractspartij bevrijdt de verzekeraar slechts, indien hij voorafgaande aan de betaling de benadeelde heeft verzocht hem binnen vier weken te laten weten of hij van zijn bevoegdheid om rechtstreekse betaling te verlangen, wil uitoefenen.

Deze termijn van vier weken vind ik bijzonder kort. De bepaling vindt toepassing in het kader van de afwikke-

ling van personenschade. Er zijn legio complicaties denkbaar waardoor de termijn van vier weken verstrijkt zonder dat de benadeelde de mogelijkheid heeft gehad te reageren. Zo kan de benadeelde nog in het ziekenhuis liggen of in een revalidatietehuis verblijven, waardoor de brief van de verzekeraar hem niet (tijdig) bereikt. De benadeelde kan ook in verband met een vakantie afwezig zijn. De gemiddelde behandeltijd van brieven door verzekeraars kan (daarnaast) ook een complicatie opleveren.³³

Gegeven het feit dat het in dezen gaat om personenschade, dient de benadeelde beschermd te worden tegen mogelijke complicaties. Bij een belangrijke mededeling als het verval van de mogelijkheid om de directe actie uit te oefenen, wanneer de benadeelde niet binnen vier weken mededeelt van de directe actie gebruik te willen maken, meen ik dat als eis in deze wetsbepaling had mogen worden opgenomen dat de verzekeraar een aangetekende brief (met bericht van ontvangst) verstuurt. Dat geeft de verzekeraar ook de mogelijkheid zich ervan te vergewissen dat de benadeelde op de hoogte is van de identiteit van de verzekeraar en van zijn mogelijkheden om van de verzekeraar te verlangen dat deze rechtstreeks aan hem betaalt. Bij het afbreken van onderhandelingen in de zin van de WAM, waarmee een nieuwe verjaringstermijn aanvangt, wordt eenzelfde eis gehanteerd.³⁴

Lid 4

De verzekerde is niet bevoegd ten nadele van de benadeelde over zijn vordering op de verzekeraar te beschikken, voorzover deze vordering schade door dood of letsel betreft, noch is deze vordering in zoverre voor anderen dan de benadeelde vatbaar voor beslag.

In het vierde lid wordt de verzekerde de beschikkingsbevoegdheid over zijn vordering op de verzekeraar ontnomen. De verzekerde kan zijn vordering op de verzekeraar niet cederen (anders dan aan de benadeelde³⁵) of anderszins over zijn vordering beschikken, bijvoorbeeld door verpanding van zijn vordering. Ook derdenbeslag op de vordering door de overige schuldeisers van de verzekerde onder de verzekeraar kan niet rechtsgeldig gelegd worden, behalve door de

29. *Kamerstukken II 1999/2000*, 19 529, nr. 5, p. 39 en Hoge Raad 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 258. In het eventueel opnieuw uit te spreken faillissement komt de benadeelde dan wel een beroep op het voorrecht van art. 3:287 BW toe.

30. Art. 2:311 jo. 2:334a BW.

31. *Kamerstukken II 1999/2000*, 19 529, nr. 5, p. 39.

32. J.-G.C. Kamphuisen, *Het nieuwe Verzekeringsrecht, een eerste verkenning van 7.17 NBW*, hfdst. XIII.

33. C.C. van Dam & E.A. Waal, 'De directe actie in titel 7.17 BW', in: *Verzekering en Maatschappij, Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 113.

34. Zie art. 10 lid 5 WAM.

35. Die situatie zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer de benadeelde niet langer de mogelijkheid heeft om de directe actie uit te oefenen, zoals in het geval hij dit niet binnen de in lid 3 genoemde vier weken kenbaar heeft gemaakt.

benadeelde zelf.³⁶ Van Dam en Waal merken op dat wanneer in weerwil van deze bepaling door een derde toch beslag wordt gelegd, dit beslag geen doel zal treffen. Kamphuisen³⁷ daarentegen meent dat degene ten laste van wie executoriaal beslag is gelegd onder een derde en die zich tegen dat beslag wil verzetten, een executiegeschil moet beginnen en in geval van conservatoir beslag opheffing van dat beslag moet vorderen. Deze acties komen de benadeelde niet toe, nu hij noch debiteur noch derde-beslagene is. Ik sluit mij aan bij de opvatting van Van Dam en Waal, nu in lid 4 uitdrukkelijk is bepaald dat de desbetreffende vordering alleen door de benadeelde beslagen kan worden en door niemand anders.

De onmogelijkheid voor de verzekerde om over zijn vordering op de verzekeraar te beschikken, geldt alleen voorzover de vordering schade door dood of letsel betreft. Ten aanzien van vorderingen ter zake van zaakschade en zuivere vermogensschade blijft de beschikkingsbevoegdheid van de verzekerde dus gewoon bestaan. Ook in dit verband begrijp ik het onderscheid tussen schade door dood en letsel enerzijds en zaakschade en zuivere vermogensschade niet. In de laatstgenoemde gevallen moet eveneens voorkomen worden dat een verzekerde vrijelijk over zijn vordering op de verzekeraar kan beschikken, gelet op de onlosmakelijke band tussen de benadeelde en de vordering op de verzekerde en de vordering van de verzekerde op diens verzekeraar.

Lid 5

Voorzover de verzekeraar in verband met overschrijding van een verzekerde som tot minder gehouden is dan het bedrag waarvoor de verzekerde aansprakelijk is, wordt de verschuldigde uitkering naar evenredigheid toegerekend aan de schade van elk der benadeelden alsmede, voorzover zij benadeelden betreft met zowel schade door dood of letsel als andere schade, aan deze onderscheiden schadesoorten. Niettemin blijft de verzekeraar die, onbekend met het bestaan van vorderingen van andere benadeelden, te goeder trouw aan een benadeelde of de verzekerde een groter bedrag dan het aan deze toekomstige deel heeft uitgekeerd, jegens de andere benadeelden slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som. De betaling aan de benadeelden kan worden opgeschort voorzover in verband met het in de eerste zin bepaalde op redelijke gronden kan worden betwijfeld welk bedrag dient te worden voldaan.

Lid 5 ziet op de situatie dat meer dan één benadeelde zich tot de verzekeraar wendt en de verzekerde som niet toereikend is om alle benadeelden schadeloos te stellen. In dat geval kan de verzekeraar de vorderingen van die

benadeelden naar evenredigheid verminderen tot het beloop van de verzekerde som. Zonder deze regeling zou degene die zich als eerste bij de verzekeraar meldt zijn schade volledig vergoed krijgen, terwijl andere benadeelden, die zich later melden, met een groter deel van hun schade blijven zitten dan op grond van deze bepaling het geval is.³⁸

Deze bepaling is ontleend aan art. 6 lid 6 WAM en beoogt te bereiken dat de benadeelden in de situatie waarin de schade de verzekerde som overschrijdt, gelijk worden behandeld. In beginsel kunnen de benadeelden in evenredigheid van de verzekeraar betaling verlangen. Daar denkbaar is dat de verzekeraar niet van het bestaan van andere benadeelden wist ten tijde van een uitkering, kan hij aan een benadeelde meer hebben uitgekeerd dan de benadeelde volgens deze bepaling toekomt, namelijk een evenredig deel. De verzekeraar te goeder trouw is jegens de onbekende benadeelden slechts gehouden tot het beloop van het overblijvende gedeelte van de verzekerde som uit te keren. Van goede trouw is eerst sprake wanneer de verzekeraar niet wist noch had behoren te weten van het bestaan van andere benadeelden.

Alhoewel de directe actie uitsluitend toekomt aan benadeelden met schade door dood of letsel, is in lid 5 niet het uitgangspunt gekozen dat de benadeelden met personenschade eerst dienen te worden voldaan. De directe actie leidt er uitsluitend toe dat de verzekeringspennningen niet blijven steken in het vermogen van de verzekerde. Het heeft niet de strekking om in gevallen van meerdere benadeelden diegenen die andersoortige schade hebben dan personenschade achter te stellen met als risico dat zij geen uitkering krijgen.³⁹

Wat betreft regresnemers; zij beschikken ingevolge lid 7 niet over een directe actie. Hun vorderingen zijn achtergesteld bij die van benadeelden. De vorderingen van laatstgenoemden gaan altijd voor.

Voor de situatie dat wel alle benadeelden bekend zijn, maar nog niet bekend is wat de omvang van ieders schade is of de situatie dat een verzekeraar ervan op de hoogte is dat er meer benadeelden zijn dan zich hebben gemeld en dus nog niet bekend is welk deel van de verschuldigde uitkering aan de respectievelijke benadeelden toekomt, beschikt de verzekeraar over een opschortingsrecht, blijkens het slot van lid 5.⁴⁰

Het opschortingsrecht komt de verzekeraar alleen toe voorzover op redelijke gronden kan worden betwijfeld welk bedrag aan de benadeelden dient te worden voldaan. Benadeelden kunnen, voorzover deze twijfel niet aanwezig is, aanspraak maken op een voorschot. De benadeelden hebben overigens ook een opeisbare vordering op de schadeveroorzaker en kunnen hem te allen tijde aanspreken tot vergoeding van hun volledige schade.⁴¹

Lid 6

De benadeelde die ter zake van zijn schade door dood of letsel een rechtsvordering instelt tegen de verzekeraar, is daartoe slechts bevoegd indien hij er zorg voor draagt dat de verzekerde tijdig in het geding wordt

36. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 40-41.

37. Kamphuisen a.w., p. 185.

38. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3.

39. Van Dam & Waal a.w., *VR* 2005, 4.

40. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 9 (memorie van toelichting).

41. *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 8, p. 8.

geroepen. Dit luidt uitzondering in het geval, bedoeld in lid 2.

Lid 6 behelst een aanvullende voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van de directe actie: de benadeelde moet ervoor zorgdragen dat hij 'de verzekerde tijdig in het geding' roept. In de toelichting is met betrekking tot de inhoud van lid 6 opgemerkt dat ook de verzekerde bij de uitkomst van een procedure tussen de benadeelde en de verzekeraar belang kan hebben, bijvoorbeeld in verband met zijn eigen risico of omdat de schade de verzekerde som overtreft.⁴² Een verzekerde is niet gebonden aan de uitspraak van de rechter in een procedure tussen de benadeelde en de verzekeraar. Dit heeft enige onpraktische gevolgen, zoals het feit dat indien de benadeelde krachtens de verzekering slechts gedeeltelijk schadeloos wordt gesteld of zijn vordering tegen de verzekeraar wordt afgewezen (bijvoorbeeld bij het ontbreken van dekking of omdat de schade niet is gemeld) hij (voor het overige) de verzekerde zal moeten aanspreken om zijn schade toch vergoed te krijgen.

Voormelde onpraktische gevolgen kunnen worden ondervangen door het tijdig oproepen van de verzekerde in het geding tussen de benadeelde en de verzekeraar. Tijdig wil zeggen '... dat de verzekerde in een zodanig stadium wordt opgeroepen dat hij behoorlijke gelegenheid heeft om zijn belangen in de procedure waarin hij wordt opgeroepen, te behartigen. Ook in andere bepalingen vindt men regels betreffende "tijdige" oproeping, zoals in artikel 3:218 en 5:95. Evenals daar komt aan het begrip "tijdig" de betekenis toe dat de oproeping, zo deze door misverstand niet tegen de eerste zittingsdag geschiedt, niet zo laat mag zijn dat de opgeroepene niet meer de volle gelegenheid zou hebben om zijn standpunt uiteen te zetten of de gedaagde partij in zijn verdediging zou worden geschaad'.⁴³ Met het oproepen van de verzekerde in het geding wordt volgens de toelichting tevens de lastige vraag vermeden of in een procedure tussen de benadeelde en de verzekeraar wel kan worden beslist of, en zo ja tot welk bedrag de verzekerde aansprakelijk is.⁴⁴

Blijkens de toelichting dient voor de wijze van oproeping aansluiting te worden gezocht bij art. 12a oud Rv.⁴⁵ Thans is dat art. 118 Rv.⁴⁶ In deze bepaling wordt de gedwongen tussenkomst geregeld. Deze bepaling geeft aan *hoe* derden in het geding moeten worden geroepen, maar niet *wanneer dat moet*. Wanneer derden in het geding moeten worden geroepen, volgt uit het BW; in onderhavig geval dus lid 6 van art. 7:954 BW.

In bepaalde gevallen is het tijdig in het geding roepen van de derde, voorwaarde voor ontvankelijkheid van de eisende partij of toewijsbaarheid van de vordering.⁴⁷ In andere gevallen waarop de wettelijke regeling van de gedwongen tussenkomst betrekking heeft, is het in het geding roepen van de derde slechts nodig om te bewerkstelligen dat de uitspraak ook werking heeft jegens die derde.⁴⁸ In geval van art. 7:954 BW is de gedwongen tussenkomst voorgeschreven omdat de uitkomst van de procedure ook bepalend is voor de rechten en plichten van de verzekerde, zodat laatstgenoemde in de procedure voor zijn belangen kan waken.⁴⁹

Verschijnt de derde na behoorlijke oproeping overeenkomstig art. 118 Rv niet, dan wordt hij toch partij en wordt de uitspraak ook ten opzichte van hem geacht op tegenspraak te zijn geweest. Verschijnt de derde wel, dan kan hij zelfstandig als procespartij aan het geding deelnemen, zonder dat hij zijn proceshouding behoeft af te stemmen op die van één van de oorspronkelijke partijen.⁵⁰ De verzekerde is echter wel gehouden aan zijn polisverplichtingen.

Kamphuisen bespreekt in zijn bijdrage voor het nieuwe verzekeringsrecht de vraag wat nu door de drie partijen moet worden verricht.⁵¹ Om een uitkering te verkrijgen, gelden twee uitgangspunten: (1) de aansprakelijkheid van de verzekerde jegens de benadeelde moet vaststaan en (2) de verplichting onder de polis van de verzekeraar om voor de schade op te komen. Thans is het zo dat de verzekerde (schadeveroorzaker) door de benadeelde wordt gedagvaard. Materieel voert de verzekeraar het woord tenzij hij dekking onder de polis weigert. In dat geval zal de verzekerde de verzekeraar in vrijwaring oproepen, waarbij in een afzonderlijke procedure de contractuele verplichtingen van de verzekeraar worden beoordeeld.

Bij het uitoefenen van de directe actie zal de bestrijding van een eventueel standpunt van de verzekeraar dat hij niet tot uitkering gehouden is per definitie primair moeten geschieden door de partij die de verzekeraar tot betaling aanspreekt, derhalve de benadeelde. De vraag die dan opkomt, is hoe hij aan voldoende gegevens komt om de eventuele onjuistheid van het standpunt van de verzekeraar aan te tonen. Hij zal daarbij groten-deels afhankelijk zijn van de bijstand van de verzekerde, die echter niets mag doen dat de belangen van de verzekeraar kan schaden.

Kamphuisen is van oordeel dat de verzekerde, bezien vanuit diens belang, tot de conclusie zal (moeten) komen dat hij maar niet moet verschijnen in de procedure. Ingevolge lid 6 is slechts vereist dat hij in het geding wordt opgeroepen, niet dat hij ook verweer voert. Na de oproeping kan de procedure tussen de benadeelde en de verzekeraar voortgezet worden. Bij bewijsopdrachten kan de benadeelde de verzekerde oproepen als getuige teneinde hem onder ede te doen horen met betrekking tot de juistheid van de dekkingsontzegging.

42. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 38.

43. Kamerstukken I 2004/05, 19 529, B, p. 22 en verder Hoge Raad 7 maart 2003, NJ 2003, 244.

44. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 38.

45. Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 38.

46. Art. 118 Rv bepaalt: 'Oproepingen van derden als partij in het geding geschieden met inachtneming van de voor dagvaarding geldende termijnen. Indien de oproeping niet geschiedt bij hetzelfde exploit waarmee de gedaagde is gedagvaard, wordt het exploit, waarmee de gedaagde is gedagvaard, met de oproeping aan de derde betekend. (...)'

47. Zie bijvoorbeeld art. 5:32 en 95 BW.

48. Zie H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijke Procesrecht*, Tjeenk Willink 1997, p. 152 met betrekking tot art. 12a Rv.

49. Kamerstukken I 2004/05, 19 529, B., p. 22.

50. Zie Snijders, Ynzonides & Meijer, a.w., p. 152.

51. Kamphuisen a.w., p. 189 e.v.

In de praktijk zal de benadeelde er mogelijk voor kiezen zowel de verzekerde als de verzekeraar te dagvaarden en niet de verzekerde in een later stadium te laten tussenkomen. Voor een gedwongen tussenkomen is een extra processuele handeling nodig, die met het mee dagvaarden van de verzekerde kan worden voorkomen. De minister maakt ook gewag van deze optie.⁵²

Lid 7

De leden 1 tot en met 6 missen toepassing voorzover de benadeelde schadeloos is gesteld of voorzover hem door de wet jegens de verzekeraar een eigen recht op schadevergoeding is toegekend.

Aan de benadeelde komt in twee gevallen geen directe actie toe, namelijk (1) wanneer de benadeelde reeds schadeloos is gesteld, bijvoorbeeld door de verzekerde of een eigen verzekeraar, of (2) wanneer ingevolge de wet een eigen recht op schadevergoeding jegens de verzekeraar van de schadeveroorzaker is toegekend.

Voorzover de benadeelde schadeloos is gesteld, kan de verzekeraar aan de verzekerde bevrijdend betalen. De verzekerde heeft over zijn vordering op de verzekeraar volledige beschikkingsbevoegdheid. Het verbod als genoemd in lid 4 geldt niet langer.

Door lid 7 wordt verder voorkomen dat regresnemende verzekeraars die de benadeelde schadeloos hebben gesteld, voor hun vordering een directe actie jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker toekomt. In de toelichting is dienaangaande opgemerkt dat de positie van de regresnemende verzekeraar niet te vergelijken is met de positie van de benadeelde zelf.⁵³ Weliswaar heeft de regresnemende verzekeraar ook een belang bij schadevergoeding, maar dat belang is veel minder groot dan dat van de benadeelde met personenschade die bij gebreke van een deugdelijke schadevergoeding niet meer het leven kan leiden dat hij gewend was.

DWINGEND RECHT

Ingevolge art. 7:963 (art. 7.17.2.25a) kan van art. 7:954 BW niet ten nadele van de benadeelde worden afgeweken.

CONCLUSIE

Met het invoeren van een directe actie van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar is een belangrijke stap gezet ter bewerkstelling dat de benadeelde een uitkering op grond van de aansprakelijkheidsverzekering daadwerkelijk ontvangt en dat deze niet bij de verzekerde blijft steken. Een belangrijke stap, maar niet een volledige, nu de directe actie onder meer beperkt blijft tot schade bij dood of letsel. Ten aanzien van de desbetreffende wetsbepaling heb ik bij de verschillende artikelliden in meerdere of mindere mate mijn kanttekeningen geplaatst. De praktijk zal moeten

uitwijzen of de in het wetsartikel opgenomen beperkingen het handhaven waard zijn dan wel of de wetgever in een later stadium alsnog besluit het werkingsgebied van de directe actie uit te breiden en/of de meldingsverplichting van de verzekerde als eis te laten vallen.

52. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 22.

53. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 41.