

# Verzekeraar aanspreken buiten de boedel om

T.H. Bruning en P.M. Leerink  
advocaten te Deventer<sup>1</sup>

**Sinds 1 januari jl. zijn slachtoffers van personenschade buiten de sfeer van de WAM beter beschermd als de aansprakelijke tijdens de schaderegeling failliet gaat. Verzekeraars kunnen namelijk rechtsreeks aan hen de personenschade vergoeden. Een overzicht van de veranderingen, mogelijkheden en knelpunten.**

Een schilder valt tijdens zijn werk voor een schildersbedrijf van de ladder en loopt daarbij ernstig letsel op. Hij stelt zijn werkgever aansprakelijk; deze meldt de schade aan bij de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraar, die in overleg treedt met de schilder om de schade te regelen. Tijdens de schaderegeling, die soms jaren kan duren in afwachting van een medische eindsituatie, faillieert het schildersbedrijf. Wat dan?

Tot 1 januari 2006 had dit faillissement ernstige gevolgen voor de schilder. De schilder moest zijn vordering indienen bij de curator. De verzekeraar betaalde aan de boedel en de schilder had slechts een voorrecht op de schadepeningen, wat doorgaans betekende dat de schilder niets ontving.

Met de invoering van titel 7.17 BW, per 1 januari jl., kennen wij de figuur van de directe actie (artikel 7:954). Dit artikel schept de mogelijkheid voor de benadeelde om rechtstreeks vergoeding van personenschade te vorderen van de verzekeraar van de aansprakelijke partij. De directe actie is ook op oude schadegevallen van toepassing indien en voorzover de verzekeraar op 1 januari 2006 nog niet aan de verzekerde heeft betaald. Dit heeft belangrijke gevolgen voor de insolventie- en personenschadepraktijk. Slachtoffers kunnen buiten de boedel om rechtstreeks de verzekeraar aanspreken.

## VOORHEEN ALLEEN EEN VOORRECHT

Het toepasselijk recht vóór 1 januari 2006 geldt nog steeds voor gevallen waarin de directe actie niet werkt. De verzekeraar heeft doorgaans in de polisvoorwaarden bedongen dat hij de schade rechtstreeks met de benadeelde kan regelen, maar deze bevoegdheid wordt algemeen gekwalificeerd als een volmacht van de verzekerde aan de verzekeraar,

die door het faillissement krachtens artikel 3:72 onder a BW vervalt.<sup>2</sup> De verzekeraar kan wel betalen aan de benadeelde, maar loopt dan het risico dat deze betaling niet bevrijdend is. De curator kan de verzekeraar dwingen de verzekeringspenningen aan de boedel af te dragen<sup>3</sup>. De benadeelde heeft alleen een vordering op de boedel.

Artikel 3:287 lid 1 BW<sup>4</sup> geeft de benadeelde een wettelijk voorrecht: '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 voorzover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft.' Deze preferentie is weliswaar hoger in rang dan bijvoorbeeld de vordering van de aanvrager van het faillissement, de fiscus<sup>5</sup> of de bedrijfsvereniging<sup>6</sup>, maar de uitkering verloopt nog steeds via de boedel. De algemene faillissementskosten zullen dan ook mede door de benadeelde moeten worden gedragen. Onder de algemene faillissementskosten vallen alle boedelschulden, waaronder dus ook de overgenomen loonverplichtingen<sup>7</sup> en het salaris van de curator. In de meeste faillissementen is onvoldoende actief aanwezig om de algemene faillissementskosten te voldoen. In die faillissementen heeft de benadeelde dus niets aan het voorrecht van artikel 3:287 lid 1 BW.

## SOMS BUITEN DE BOEDEL

Het doel van een aansprakelijkheidsverzekering is tweeledig: bescherming van de veroorzaker en bescherming van de benadeelde.<sup>8</sup> Het is de bedoeling dat de benadeelde de verzekeringsuitkering ontvangt en niet dat daarmee de andere schuldeisers van de veroorzaker worden voldaan. In het licht daarvan hebben benadeelden wel geprobeerd om buiten de boedel om betaling te vorderen van de verzekeraar. In HR 10 mei 1985, NJ 1985, 794 is geoordeeld dat de aard van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de eisen van redelijkheid en billijkheid niet meebrengen dat de verzekeraar in geval van faillissement van de verzekerde rechtstreeks moet betalen aan de benadeelde.<sup>9</sup>

Een rechtstreekse aanspraak op de verzekeraar werd door de Hoge Raad wel voor mogelijk gehouden als de benadeelde op grond van verklaringen of gedragingen van de verzekeraar mocht aannemen dat deze zichzelf jegens de benadeelde aansprakelijk hield voor de schadevergoeding. Dat een verzekeraar rechtstreeks met de benadeelde onderhandelt, is gebruikelijk maar leidt op zichzelf niet tot het aannemen van een vordering van de benadeelde op de verzekeraar.<sup>10</sup>

De president van de Rechtbank Amsterdam bleek bereid om een letselschadeslachtoffer te hulp te komen. Deze benadeelde verzocht in kort geding om een voorschot op de scha-

*Door de invoering van titel 7.17 BW per 1 januari jl. kunnen slachtoffers buiten de boedel om de verzekeraar aanspreken*



Foto: Chris Pennarts/Hollandse Hoogte

devergoeding van f 20.000 rechtstreeks te betalen door verzekeraar Delta Lloyd aan de benadeelde. De belangen van de benadeelde wogen zwaarder dan de belangen van de curator, die wel enig maar net niet voldoende actief in de boedel had om de algemene faillissementskosten te voldoen.<sup>11</sup> Daarbij speelde een rol dat de totale schade vrijwel zeker een veelvoud van f 20.000 zou bedragen en daarom later alsnog met de curator verrekend zou kunnen worden.

Als sprake is van een beperkt actief, dan zal de curator in schrijnende gevallen soms wel bereid zijn de vordering op de verzekeraar te cederen aan de benadeelde, indien hij van de (boedel)crediteuren die daardoor 'benadeeld' worden expliciet toestemming heeft gekregen. Maar dat zal niet altijd aan de orde zijn.

In veel gevallen biedt het voorrecht van artikel 3:287 BW derhalve onvoldoende bescherming aan de benadeelde.

#### DIRECT MAAR AFGELEID

Artikel 7:954 BW introduceert een directe actie van de benadeelde op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke. In Nederland kenden wij al geruime tijd een directe actie in de vorm van artikel 6 lid 1 WAM<sup>12</sup>. Maar in artikel 7:954 BW is gekozen voor een andere systematiek.

De WAM voorziet in een systeem van verplichte verzekering en een rechtstreekse aanspraak van de benadeelde op de aansprakelijkheidsverzekeraar. De verzekeraar kan niet aan de benadeelde schadevergoeding ophouden op gronden die wel aan de verzekerde

zouden kunnen worden tegengeworpen. Als de verzekerde bijvoorbeeld de verzekeringspremie niet heeft betaald, moet de verzekeraar toch uitkeren aan de benadeelde.

De directe actie van artikel 7:954 BW geeft niet een dergelijk *eigen* recht van de benadeelde op de verzekeraar, maar slechts een *afgeleid* recht. De benadeelde kan rechtstreeks betaling vorderen van hetgeen de verzekerde van de verzekeraar te vorderen heeft. Als de verzekerde de premie niet heeft betaald en daarom geen aanspraak kan maken op een uitkering kan de benadeelde dat evenmin. Als de verzekerde nog een premieschuld heeft aan de verzekeraar, is de verzekeraar bevoegd deze te verrekenen met de schade-uitkering aan de benadeelde.

1 De heren Bruning en Leerink zijn advocaat bij De Jonge Peters Rammelink te Deventer.  
 2 Artikel 3:72 onder a BW bevat dwingend recht. Dat sprake is van een volmacht wordt verdedigd door o.a. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Zwolle 1994, p. 383. Eveneens J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7.17 BW belicht*, Deventer 2005, p. 167 e.v.  
 3 Algemeen wordt aangenomen dat de curator van de failliete verzekerde onder de aansprakelijkheidsverzekering uitkering kan vorderen en niet tegengeworpen kan krijgen dat geen recht op uitkering bestaat omdat de verzekerde nog niet aan de benadeelde heeft betaald. Zie J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Zwolle 1994, p. 380 en Hof Den Haag 5 december 1989, *S&S* 1990, 93.

4 Artikel 3:287 BW is ingevoerd op 1 januari 1992, daarvoor had de benadeelde alleen een concurrente vordering op de boedel.  
 5 Artikel 21 lid 2 Invorderingswet.  
 6 Zie preferentielijst zoals gepubliceerd in het *Advocatenblad* 1997-23, 12 december 1997 (mr. H. Stein).  
 7 Artikel 61 WW.  
 8 N. Frenk en F.R. Salomons, *WPNR* 6658 (2006) p. 200-209.  
 9 HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 794 (Valerio Beheer/mr. Verhagen q.q. en mr. Van der Laan q.q.). In die zaak was een notaris veroordeeld tot betaling van schade aan Valerio. De notaris faillieert. Verzekeraar stelt een tegenvordering te hebben op de notaris. De curatoren van de notaris treffen een schikking met de verzekeraar, inhoudende dat circa de helft van de schade aan de boedel

wordt overgemaakt. Valerio verzoekt de R-C om de curatoren te gelasten de schikking niet aan te gaan. Onder meer wordt betoogd dat Valerio een rechtstreekse aanspraak op de verzekeraar heeft. De Hoge Raad verwerpt dat betoog.  
 10 HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 397 (Van Noort/Centraal Beheer Schadeverzekering N.V.).  
 11 Pres. Rb. Amsterdam 30 november 2001, *KG* 2001/301 (Klompshouwer/Delta Lloyd en mr. Van der Stap).  
 12 Ook in artikel 55 Flora- en faunawet is een directe actie opgenomen. Deze is van toepassing bij jachtongevallen.

## *Het voorrecht van artikel 3:287 BW biedt onvoldoende bescherming omdat de curator voor het cederen van de vordering in schrijvende gevallen afhankelijk is van de toestemming van de crediteuren*

De directe actie is beperkt tot schade door dood of letsel. Deze beperking is in de literatuur bekritiseerd,<sup>13</sup> omdat ook bij zaak- en vermogensschade voorkomen moet worden dat de uitkering niet bij de benadeelde maar bij de verzekerde of diens schuldeisers terecht komt. In de toelichting op artikel 7:954 BW is hierover opgemerkt dat ten aanzien van zaakschade aangenomen mag worden dat degenen die groot belang hechten aan behoud van de waarde van een zaak om die reden deze zaak zelf verzekerd zullen hebben.<sup>14</sup>

Deze argumentatie overtuigt ons allerm minst. Kamphuisen heeft terecht opgemerkt dat het niet uit te leggen is dat bijvoorbeeld bij een ontploffing personen met (licht) lichamelijk letsel wel volledig worden gecompenseerd voor hun personenschade, maar dat eigenaren van omliggende huizen moeten bijdragen aan de algemene faillissementskosten.<sup>15</sup>

### **TIJDIG GEMELD**

Een tweede beperking is de voorwaarde dat de verzekeringnemer en/of verzekerde de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar moeten hebben gemeld conform artikel 7:941 BW. De ratio hiervan is om de verzekerde de mogelijkheid te bieden om de benadeelde buiten de verzekering om schadeloos te stellen. De verzekerde kan hier belang bij hebben omdat hij vreest voor verlies van no claim-korting of opzegging wegens ongunstig schadeverloop.

De meldingsplicht kan tot praktische problemen leiden. In het geval dat de verzekerde weigert de verwezenlijking van het risico te melden en bovendien weigert de benadeelde zelf schadeloos te stellen, kan de benadeelde niet veel meer dan de verzekerde dagvaarden. Omdat een tijdige melding<sup>16</sup> van belang is, zal de benadeelde hiermee niet al te lang moeten wachten.<sup>17</sup> De benadeelde kan in kort geding het doen van melding aan de verzekeraar en het noemen van de naam van de verzekeraar op straffe van een dwangsom vorderen.<sup>18</sup> Als de verzekerde dan geen zakelijke grond kan geven om melding achterwege te laten, ligt een veroordeling voor de hand.

Het is natuurlijk ook mogelijk om een voorschot op de schadevergoeding te vorderen, zelfs als alternatieve vordering in de dag-

vaarding. Hierbij geldt wel waakzaamheid. Hoe meer er inhoudelijk over aansprakelijkheid en schade wordt gesproken, des te meer munitie de verzekeraar heeft om – als er later alsnog gemeld wordt – een beroep te doen op te late melding.

Als de verzekerde in staat van faillissement verkeert en melding nog niet heeft plaatsgevonden, zal de curator de melding moeten doen. Doorgaans zal de curator die melding ook doen, omdat hij anders de boedel zou benadelen. Zo nodig kan de R-C ex artikel 69 Fw worden verzocht de curator opdracht te geven tot melding. Wij verwachten wel dat de curator een boedelbijdrage zal kunnen vragen voor de werkzaamheden die met de melding samenhangen.<sup>19</sup>

Een punt van aandacht is nog wel dat tegenwoordig veel aansprakelijkheidsverzekeringen dekking bieden op basis van claims-made<sup>20</sup> en zonder uitloop. Curatoren plegen alle polissen direct te beëindigen, omdat anders boedelschulden kunnen ontstaan of soms premierestitutie gevorderd kan worden.<sup>21</sup> Benadeelden doen er dus verstandig aan de curator direct te benaderen zodat de melding nog voor de beëindiging kan worden gedaan. De curator past enige zorgvuldigheid bij het onmiddellijk beëindigen van een aansprakelijkheidsverzekering.<sup>22</sup>

Een specifieke regeling is opgenomen in lid 2 van artikel 7:954 BW voor het geval de verzekerde door ontbinding of vereffening heeft opgehouden te bestaan. In dat geval is melding niet nodig<sup>23</sup>. Maar de benadeelde moet dan wel weten waar de verzekerde verzekerd was. Omdat bedrijven nogal eens wisselen van verzekeraars, met alle problemen van in- en uitloop van dien, is dit bepaald geen onbelangrijke hobbel. Het is zeker te bepleiten dat een verzekeraar om redenen van maatschappelijke zorgvuldigheid gehouden is desgevraagd binnen een redelijk termijn

uitsluitel te geven of een bepaald bedrijf of een bepaalde persoon bij hem verzekerd was en onder welke condities. Een benadeelde die geconfronteerd wordt met een zwijgende of niet meer bestaande verzekerde zou op die grond de in Nederland actieve verzekeraars kunnen aanspreken.<sup>24</sup>

### **BETALEN**

Zodra de melding heeft plaatsgevonden kan de benadeelde betaling vorderen van de verzekeraar. De verzekeraar kan uitsluitend bevrijdend betalen aan de verzekerde nadat hij de benadeelde tevergeefs heeft verzocht binnen 4 weken mede te delen of hij reeksreks betaling verlangt of daarvan afstand doet (artikel 7:954 lid 3 BW).

In lid 4 zijn regelingen opgenomen om te voorkomen dat de schadeuitkering ook in de situatie buiten faillissement bij schuldeisers van de verzekerde in plaats van de benadeelde terecht komt. De verzekerde kan niet ten nadele van de benadeelde beschikken over de vordering van de verzekerde op de verzekeraar.<sup>25</sup>

Voor het geval de verzekerde som onvoldoende blijkt te zijn om alle benadeelden schadeloos te stellen, geeft lid 5 een regeling. Zodra de verzekeraar voorziet of redelijkerwijs moet voorzien dat alle potentiële vorderingen, die van zaak- en vermogensschade daaronder begrepen, de verzekerde som overschrijden, zal hij naar evenredigheid kunnen uitkeren. Zolang onzekerheid bestaat over de precieze omvang van de diverse vorderingen kan hij betaling opschorten.<sup>26</sup>

Als de benadeelde wil procederen tegen de verzekeraar, moet de verzekerde krachtens artikel 7:954 lid 6 BW tijdig in het geding worden opgeroepen. Dit kan op de voet van artikel 118 Rv, maar het lijkt beter om zowel verzekerde als verzekeraar te dagvaarden.<sup>27</sup> Onduidelijk is wat tijdig inhoudt en wat de



## Hoe meer er bij het vragen van een voorschot over aansprakelijkheid en schade wordt gesproken, hoe meer munitie de verzekeraar later heeft om zich op de te late melding te beroepen

sanctie is als de verzekerde niet in het geding wordt opgeroepen.<sup>28</sup> Als de verzekerde in staat van faillissement verkeert kan hij niet worden gedagvaard, aangezien betaling van schadevergoeding een verifieerbare vordering betreft (artikel 26 Fw). De curator kan wel worden opgeroepen in het geding op de voet van artikel 118 Rv (artikel 25 Fw).

### OUDE GEVALLEN EN VERJARING

Artikel 7:954 BW leent zich ook voor toepassing op verzekeringen die vóór 1 januari 2006 zijn gesloten. Dit geeft alleen problemen voorzover de verzekeraar reeds vóór 1 januari 2006 heeft uitgekeerd. De verzekeraar moet er immers op kunnen vertrouwen dat hij de uitkering bevrijdend aan de verzekerde heeft betaald. Artikel 221 lid 6 Overgangswet bepaalt dan ook dat artikel 7:954 BW niet van toepassing is voorzover een uitkering vóór 1 januari 2006 is voldaan.

Zoals gezegd is de directe actie een afgeleid recht. Als de aanspraak van de verzekerde op de verzekeraar is verjaard, zal de benadeelde geen directe aanspraak op de verzekeraar meer geldend kunnen maken. In artikel 7:942 BW is een specifieke regeling gegeven voor verjaring van rechtsvorderingen tot het doen van uitkering tegen de verzekeraar.<sup>29</sup> Deze verjaren na verloop van 3 jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. Bij een aansprakelijkheidsverzekering geldt nog een termijn van 6 maanden na de vordering waartegen de verzekering dekking verleent binnen de voor deze geldende verjarings- of vervaltermijn. Stuiting geschiedt door een schriftelijke mededeling waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt.

Als de verzekeraar afwijst, verjaart de rechtsvordering door verloop van 6 maanden.

De verzekeraar moet wel ondubbelzinnig en bij aangetekende brief afwijzen en ondubbelzinnig wijzen op de verjaringstermijn van 6 maanden. Uit de aard van de directe actie vloeit onzes inziens voort dat de verzekeraar deze waarschuwing (ook) moet doen aan het adres van de benadeelde, die een directe aanspraak heeft. Het kan immers niet zo zijn dat de benadeelde een verjaringsverweer krijgt tegengeworpen, waarvan hij geen weet heeft gehad.

### BETER BESCHERMD

Slachtoffers van personenschade buiten de sfeer van de WAM zijn door de invoering van de directe actie beter beschermd. Curatoren van een verzekerde hebben te accepteren dat verzekeraars thans rechtsreeks aan de benadeelde een vergoeding van personenschade zullen uitkeren.

Een belangrijk knelpunt schuilt nog in de eis dat de schade door de verzekerde moet zijn gemeld. En voor zaak- en vermogensschade geldt nog steeds het voorrecht van artikel 3:287 BW, waardoor de uitkering door de boedel zal moeten lopen, met alle problemen van dien. ●

13 C.C. van Dam en E.A. Waal, 'De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht', VR 2005, p. 101-106. J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer, 2005, p. 181-220.  
14 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 34.  
15 J.G.C. Kamphuisen, 'De directe actie', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer, 2005, p. 203.  
16 Tijdige melding is van belang omdat de verzekerde anders schadeplichtig wordt jegens de verzekeraar krachtens artikel 7:941 BW of zelfs door een meldingvervalclausule in de polis geheel geen aanspraken meer heeft. Voor de rechtskracht van dergelijke clausules verwijzen wij naar o.a. M.L. Hendrikse 'Medewerkingsplicht na verwezenlijking van het risico' in: *Nieuw Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer 2005, p. 189-200. Zie ook recent HR 17 februari 2006 LJN AU 9717, waarin de HR met het Hof om redenen van billijkheid en billijkheid oordeelde dat een proportionele sanctie wegens te late melding, ondanks een specifieke meldingvervalclausule, geïndiceerd was. Dit arrest houdt ons inziens ook onder het nieuwe verzekeringsrecht geldend, aangezien de wetgever geen trendbreuk beoogt (EK 2005-2006, 30137 C p. 7).  
17 Voor polissen met claims-made-dekking geldt temeer dat het tijdstip van melding van cruciaal

belang is, omdat er dan behoudens een specifieke uitloopdekking alleen dekking bestaat als de melding geschiedt tijdens de looptijd van de polis.  
18 De rechtsgrond kan zijn artikel 6:2 BW of een specifieke contractsbepaling. Inzage in de polis is te baseren op artikel 843a Rv. Voor het geval een dwangsom wellicht niet afschrikt, zou de reële executie van artikel 3:299 BW wellicht overwogen kunnen worden, maar daarvoor dient de benadeelde wel bekend te zijn met de naam van de verzekeraar.  
19 Vgl. de redelijke kosten die de curator in rekening kan brengen bij terugstorting van een onverschuldigde betaling HR 5 september 1997, NJ 1998, 437.  
20 Claims-made-dekking houdt in dat de claim tijdens de looptijd van de polis moet zijn gemeld bij de verzekeraar.  
21 Artikel 37 Fw.  
22 In de polisvoorwaarden kan een specifieke regeling zijn opgenomen over beëindiging van de polis bij faillissement van de verzekeringnemer, bijvoorbeeld dat deze in dat geval automatisch eindigt.  
23 Dat was wel nodig in HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258.  
24 Het is aan de aangesproken verzekeraar om aan te geven welk rechtens te respecteren belang hij heeft om geen antwoord te geven.

25 Dus niet verpanden, overdragen of kwijtschelden, zie hierover nader N. Frenk en F.R. Salomons WPNR 6658 (2006) p. 200-209.  
26 Vorderingen van verhaalzoekende instanties mogen niet ten nadele van het slachtoffer worden uitgeoefend en tellen in de rekensom dus ons inziens niet mee. Vgl. artikel 7:962 lid 3 BW. Zie nader E.F.D. Engelhard, *Regres*, Deventer 2003, p. 370 e.v. P.M. Leerink en B. Holthuis, 'Subrogatie', in: *Nieuw Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer 2005, p. 301.  
27 Zie nader: J.G.C. Kamphuisen, *De directe actie*, in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer, 2005, p. 181-220, en N. Frenk en F.R. Salomons, WPNR 6658 (2006) p. 200-209.  
28 Het gebeurt nog wel eens dat een werknemer niet zijn werkgever, maar wel diens verzekeraar wil dagvaarden. Als de schade is gemeld, valt niet goed in te zien welk belang er nog bij is gediend dat de verzekerde in het geding wordt opgeroepen. In HR 12 april 1996 NJ 1996, 437 werd beslist dat het mogelijk is dat de rechter zich ook zonder de oproeping een voldoende oordeel over de verschillende belangen kan vormen.  
29 Zie nader onder meer J.W.L.M. ten Braak 'Verjaring' in: *Nieuw Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer 2005, p. 201 e.v.