

# De directe actie uit art. 7:954 BW: (nog altijd) voer voor discussie?

*Mr. T.W. Nelissen\**

## 1 Inleiding

De directe actie verleent aan de benadeelde met schade door dood of letsel de bevoegdheid om rechtstreeks van de aansprakelijkheidsverzekeraar betaling aan hem als benadeelde te verlangen van wat de aansprakelijke persoon van de verzekeraar te vorderen heeft. Doelstelling hiervan is dat de verzekeringsuitkering bij de benadeelde terechtkomt, zonder de uitkeringsplicht van de verzekeraar te verzwaren.

De wetgever heeft de bevoegdheid van de verzekerde om zijn materiële recht op uitkering onder de verzekering geldend te maken, het *ius agendi*, aan de benadeelde willen toekennen. Door die bevoegdheid van het materiële recht te scheiden moest de verzekerde de enige rechthebbende op de vordering blijven.<sup>1</sup>

Vanuit dogmatisch perspectief oogt die constructie niet zuiver. Over de vermogensrechtelijke kwalificatie van de directe actie is in de literatuur dan ook (uitvoerig) gediscussieerd.<sup>2</sup> Zo is onder meer verdedigd dat de directe actie, zoals de wetgever die in art. 7:954 BW heeft willen invoeren, zich lastig laat inpassen in het vermogensrecht en dat de ingevoerde rechtsfiguur feitelijk de eigenschappen heeft van een eigen recht.<sup>3</sup>

De directe actie is ruim vijftien jaar geleden geïntroduceerd en sindsdien ook in rechtspraak aan de orde gekomen. In een aantal uitspraken komt de inpassing van art. 7:954 BW in het vermogensrecht (al dan niet expliciet) naar voren. In deze bijdrage sta ik stil bij die uitspraken en maak ik de balans op of deze rechtspraak aanleiding geeft om de hiervoor benoemde discussie voort te zetten. Voordat ik (in par. 5) aan de bespreking van de uitspraken toekom, wordt in paragraaf 2 de aanloop naar de invoering van art. 7:954 BW besproken. Vervolgens wordt

in paragraaf 3 de keuze van de wetgever voor het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfiguur belicht, waarna ik in paragraaf 4 de vermogensrechtelijke kwalificatie van die rechtsfiguur bespreek.

## 2 De aanloop naar de directe actie

Zonder wettelijke of contractuele regeling zijn benadeelden voor de vergoeding van hun schade volledig afhankelijk van (door)betaling van de verzekeringsuitkering door de verzekerde. Het is immers de verzekeringnemer, die doorgaans ook verzekerde is, die een verzekeringsovereenkomst heeft afgesloten met een aansprakelijkheidsverzekeraar en daarom rechthebbende is op de vordering tot uitkering onder de verzekering. Hoewel de vordering tot schadevergoeding van de benadeelde en de vordering tot uitkering onder de verzekering van de verzekerde ontegenzeggelijk met elkaar samenhangen, ontleent de benadeelde aan die samenhang op zichzelf geen enkel recht ten opzichte van de verzekeraar of de verzekeringsuitkering.<sup>4</sup>

Al voor de invoering van art. 7:954 BW is zowel de praktijk als de wetgever op zoek gegaan naar manieren om de verzekeringsuitkering daadwerkelijk bij de benadeelde terecht te laten komen.

Zo bepalen polissen veelal dat verzekeraars bevoegd zijn rechtstreeks met de benadeelde de schade te regelen en het op grond van de verzekeringsovereenkomst verschuldigde bedrag rechtstreeks aan de benadeelde te betalen. Evenwel moet niet uit het oog worden verloren dat de verzekeraar op basis van een dergelijke volmacht bevoegd is aan de benadeelde te betalen. Voor de benadeelde is daar geen recht aan verbonden, waardoor hij nog altijd afhankelijk is van de welwillendheid van de verzekeraar. Bovendien wordt ook wel aangenomen dat in geval van faillissement van de verzekerde aan deze volmacht/bevoegdheid om direct aan de benadeelde te betalen automatisch een einde komt, zoals volgt uit art. 3:72 BW.<sup>5</sup>

\* Mr. T.W. Nelissen is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1 Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 36.

2 Zie voor een overzicht van de discussie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/618-622 en met name N. Frenk & F.R. Salomons, De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen, WPNR 2006, afl. 6658, p. 200-209, F. Verstijlen, De directe actie in het vermogensrecht, NJB 2009/1258, A.Ch.H. Franken, De directe actie: een (onnodig) complexe regeling, AV&S 2011/13 en A.Ch.H. Franken, De directe actie, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (Recht & Praktijk nr. VR4) Deventer: Wolters Kluwer 2015.

3 Verstijlen 2009; Franken 2011.

4 Er zijn door benadeelden diverse pogingen ondernomen om rechtstreekse betaling van de uitkering van de verzekeraar van de aansprakelijke partij te vorderen, echter zonder succes, vgl. HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5017, NJ 1985/794 m.nt. W.C.L. van der Grinten, HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0563, NJ 1992/397 en HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4437, NJ 2000/189.

5 Zie bijv. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/609 en Franken 2011.

De wetgever heeft met de invoering van het voorrecht in art. 3:287 BW beoogd de verhaalspositie van de benadeelde te beschermen door de benadeelde een voorrecht te verlenen op de vordering van de aansprakelijke verzekerde op diens verzekeraar. In het algemeen is het voorrecht kritisch ontvangen, omdat het slechts in beperkte mate realiseert dat de verzekeringsuitkering (tijdig) bij de benadeelde terechtkomt.<sup>6</sup>

### 3 De keuze van de wetgever belicht

De beperkingen van de regeling in de polisvoorwaarden en art. 3:287 BW hebben geleid tot de invoering van art. 7:954 BW. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de directe actie vooral is ingevoerd in het belang van de benadeelde: als een veroorzaker van schade zijn aansprakelijkheid door een verzekering heeft gedekt, is het de bedoeling dat de uitkering waar de verzekerde aanspraak op heeft, zo veel mogelijk de benadeelde bereikt.<sup>7</sup> Aan de andere kant wordt ook het belang van de verzekeraar door de wetgever in het oog gehouden: die kan tegenover de benadeelde de verweermiddelen inroepen die hij op grond van de wet of de verzekeringsovereenkomst tegenover de verzekerde heeft.

Volgens de wetgever past het niet kunnen tegenwerpen van verweermiddelen (waardoor de verzekeraar tegenover de benadeelde mogelijk ruimere dekking moet bieden dan waartoe hij jegens de verzekerde is gehouden) enkel bij aansprakelijkheidsverzekeringen die verplicht zijn gesteld. Met dergelijke verzekeringen (denk aan WAM-verzekeringen) is namelijk beoogd dat een benadeelde daadwerkelijk schadeloos wordt gesteld.<sup>8</sup>

Voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering (waar art. 7:954 BW op ziet) geldt geen verzekeringsplicht. De wetgever heeft een heldere keuze gemaakt: zolang er geen wettelijke plicht bestaat tot het afsluiten van een algemene aansprakelijkheidsverzekering, kan niet van de verzekeraar worden verwacht dat hij meer dekking verleent dan hij op grond van de verzekeringsovereenkomst verplicht is, en is er geen reden om de verzekeraar een beroep op zijn verweermiddelen te ontzeggen.

Dat de verzekeraar de verweermiddelen behoudt die hij tegen de verzekerde kan inroepen, is ook goed te rijmen met de beperkte doelstelling van art. 7:954 BW, waarover in het nader rapport, naar aanleiding van het advies van de Raad van State, wordt opgemerkt:

‘De voorgestelde regeling wil de positie van de benadeelde alleen versterken door te bewerkstelligen dat indien er een verzekering is gesloten die dekking biedt, de verzekeringspenningen bij de benadeelde terechtkomen.’

Vooral ook relevant is de daaropvolgende opmerking over de manier waarop die (beperkte) doelstelling kan worden bereikt:

‘De gekozen constructie, waarbij de benadeelde betaling kan verlangen van hetgeen de verzekerde van de verzekeraar te vorderen heeft, brengt dit tot uitdrukking en verdient daarom de voorkeur.’<sup>9</sup>

De keuze voor de constructie (het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfiguur) wordt verder niet toegelicht. Wel wordt het verschil besproken tussen het eigen recht uit art. 6 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) en de bevoegdheid zoals die in art. 7:954 BW wordt ingevoerd:

‘Hierover zij allereerst opgemerkt dat een eigen recht op schadevergoeding waarbij de benadeelde schuldeiser van de verzekeraar is, op zichzelf de positie van de benadeelde niet sterker maakt dan die in de voorgestelde regeling. Indien deze verbintenis immers is afgeleid van die tussen de verzekerde en de verzekeraar kan de benadeelde, evenals in de voorgestelde regeling, van de verzekeraar alleen betaling vorderen van hetgeen de verzekeraar aan de verzekerde verschuldigd is.’<sup>10</sup>

In deze passage vallen twee dingen op. De wetgever gaat uit van de gedachte dat een eigen recht op uitkering op zichzelf de positie van de benadeelde niet sterker maakt dan de bevoegdheid om van de verzekeraar betaling te vorderen.<sup>11</sup> Daarnaast lijkt te worden erkend dat een eigen recht kan bestaan dat is afgeleid van de verbintenis tussen de verzekerde en de verzekeraar: laatstgenoemde behoudt in dat geval zijn wettelijke en contractuele verweermiddelen tegenover de benadeelde.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, D, p. 6.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, D, p. 6.

<sup>11</sup> Overigens lijkt in die gedachte besloten te liggen dat de benadeelde, in tegenstelling tot wat de wetgever hier verder over opmerkt, inderdaad een eigen materieel recht op de prestatie heeft gekregen. Hoe de enkele bevoegdheid om het *ius agendi* uit te oefenen anders net zo sterk kan zijn als een eigen recht valt moeilijk in te zien.

<sup>12</sup> De Raad van State insinueert dit ook, onder verwijzing naar Belgisch recht, waar aan de benadeelde een eigen recht is toegekend, maar voor de onverplichte aansprakelijkheidsverzekering de verzekeraar zich wel op verweermiddelen kan beroepen voor verweren die hun oorzaak vinden in een feit dat het schadevoorval voorafgaat, zie Kamerstukken II 1999/2000, 19529, D, p. 5. Er is gediscussieerd over de vraag of een eigen recht per definitie impliceert dat de verzekeraar zich tegenover de benadeelde niet op verweermiddelen uit de wet of verzekeringsovereenkomst kan beroepen. Instemmend: C.C. van Dam & E.A. Waal, *De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht*, VR 2005, afl. 4, p. 101-106, M.G. Faure & T. Hartlief, *Gevolgen van de uitbreidende werkgeversaansprakelijkheid*, in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995, p. 283-336 en ook Commissie-Houwing, *Rapport van de commissie bevoorrechtiging van vorderingen*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1974, p. 67-68. Niet ondenkbaar is dat die overtuiging (dat een eigen recht per definitie een verweermiddelenverbod zou impliceren) invloed heeft gehad op de keuze van de wetgever, met als resultaat de huidige opzet van art. 7:954 BW. Over de onjuistheid van die gedachte, zie W.H. van Boom, *Hoe geprivilegieerd is het voorrecht op de verzekeringspenningen?*, WPNR 1994, afl. 615, p. 635-640.

<sup>6</sup> Het bespreken van de kritiek op art. 3:287 BW gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Voor een overzicht, zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/612-615.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 38.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 36.

In het nader rapport wordt ook nog opgemerkt:

‘De positie van de benadeelde ingevolge de WAM is vooral sterker dan die ingevolge de voorgestelde regeling, doordat aan hem [de benadeelde; TN] niet de uit de wet of verzekeringsovereenkomst voortvloeiende verweren, nietigheden of vervalbedingen kunnen worden tegengeworpen.’<sup>13</sup>

Aldus zou de positie van een benadeelde met een eigen recht op grond van de WAM, in vergelijking met de positie van een benadeelde aan wie het recht uit art. 7:954 BW toekomt, niet sterker zijn vanwege het feit dat de benadeelde op grond van de WAM een eigen recht toekomt. De positie van een benadeelde met een eigen recht op grond van de WAM is, zo lijkt de wetgever te zeggen, vooral sterker omdat de omvang van zijn vordering niet wordt beperkt door de verweermiddelen die de verzekeraar ten opzichte van de verzekerde heeft, zoals in het kader van art. 7:954 BW juist wél het geval is.

Dit is een essentiële overweging in de parlementaire geschiedenis, met verstrekkende gevolgen. Wat mij betreft zijn er twee manieren waarop – onafhankelijk van elkaar – invloed kan worden uitgeoefend op de verhaalspositie van de benadeelde. Allereerst door de keuze voor een bepaalde rechtsfiguur, waaraan al dan niet een verhaals- en/of voorrangrecht is verbonden. Dat is bepalend voor de sterkte van het recht, onder meer ten opzichte van andere rechten. Daarnaast door de verzekeraar al dan niet toe te staan zich tegenover de benadeelde te beroepen op de contractuele en wettelijke verweermiddelen die hij tegenover de verzekerde heeft. Dat is bepalend voor de omvang van de vordering van de benadeelde.

Dit onderscheid heeft de wetgever niet scherp voor ogen gehad. Uit vrees voor het verzwaren van de uitkeringsplicht van de verzekeraar (omvang) is naar een rechtsfiguur gezocht waaraan de benadeelde geen eigen recht (sterkte) kan ontleen. Dat heeft vervolgens geleid tot de keuze voor het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfiguur.

Het voorgaande in aanmerking genomen, was het in mijn optiek een logischere keuze geweest om aan de benadeelde een eigen recht toe te kennen waarvan de omvang wordt bepaald door (ofwel: gelijk is aan) de omvang van de verbintenis tussen de verzekeraar en de verzekerde. Ook dan worden verzekeraars niet verplicht om meer uit te keren dan waartoe ze op grond van de wet en de met een verzekerde afgesloten verzekeringsovereenkomst gehouden zijn, en bovendien heeft de benadeelde met een eigen recht als beproefde rechtsfiguur meer rechtszekerheid ten opzichte van de situatie met de nu ingevoerde rechtsfiguur. Zo zal het faillissement van een verzekerde niet leiden tot discussie over de vraag of de verzekeringsuitkering tot de boedel van de verzekerde behoort of niet: de benadeelde met een eigen recht zal zich die uitkering ontegenzeggelijk mogen toe-eigenen. Voor het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfi-

guur lijkt me dat minder evident. Discussie kan al ontstaan door het enkele feit dat het nog altijd de verzekerde is die de (materieel) rechthebbende is op de vordering, en bovendien, zoals ik hierna zal toelichten, ontleent de benadeelde aan het *ius agendi* op zichzelf geen grondslag voor de bescherming van zijn rechtspositie.

#### 4 De vermogensrechtelijke kwalificatie van de directe actie

De wetgever heeft de benadeelde met de directe actie uit art. 7:954 BW nadrukkelijk géén eigen recht willen toekennen:

‘Anders dan in artikel 6 lid 1 WAM en artikel 12b lid 1 Jachtwet [nu: art. 3:29 Wet natuurbescherming; TN] wordt evenwel aan de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar geen eigen recht op schadevergoeding toegekend, waardoor er een aparte verbintenis tussen de verzekeraar en de benadeelde ontstaat.’<sup>14</sup>

Wat heeft de benadeelde op grond van art. 7:954 BW dan wel? Volgens de wetgever kan de benadeelde vorderen dat de verbintenis tussen de verzekeraar en de verzekerde wordt nagekomen door rechtstreekse betaling aan hemzelf. Omdat de benadeelde (slechts) bevoegd is om in plaats van de verzekerde betaling te vorderen:

‘ontstaat met andere woorden geen aparte verbintenis tot betaling tussen de verzekeraar en de benadeelde (...) Dit betekent dat de bevoegdheid om betaling te vorderen en om zo nodig in rechte betaling af te dwingen (het vorderingsrecht of *ius agendi*) niet toekomt aan de verzekerde, maar aan de benadeelde.’<sup>15</sup>

Het is dus de bedoeling van de wetgever om de bevoegdheid om het recht geldend te maken (het *ius agendi*) te scheiden van het materiële recht op de prestatie (de uitkering door de verzekeraar). Het materiële recht op de prestatie blijft hierdoor bij de verzekerde: hij is de enige schuldeiser van de verzekeraar. De benadeelde is slechts bevoegd om het materiële recht van de verzekerde geldend te maken. Voor de benadeelde heeft dit tot gevolg dat hij slechts één debiteur heeft: de verzekerde. De wetgever meent daarom dat er geen sprake is van hoofdelijke verbondenheid van de verzekerde en de verzekeraar in de zin van art. 6:6 BW.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, D, p. 6.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 36.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 36.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 37.

Over de vermogensrechtelijke kwalificatie door de wetgever is, zoals gezegd, in de literatuur de nodige discussie gevoerd.<sup>17</sup> Verstijlen heeft wat mij betreft overtuigend beargumenteerd dat de directe actie uit art. 7:954 BW feitelijk de eigenschap heeft van een eigen recht, ook al heeft de wetgever dat niet voor ogen gehad. Voor hem is er verschil in wat de wetgever heeft beoogd te doen en feitelijk heeft gedaan. De wetgever had op het oog het ius agendi te scheiden van het materiële recht op de vordering, wat ertoe zou hebben geleid dat de benadeelde nakoming van de verzekeraar zou kunnen vorderen van de betaling van de verzekeringsuitkering aan de verzekerde.

Maar, zoals Verstijlen terecht opmerkt, de wetgever is verder gegaan dan dat: hij heeft het niet bij een dergelijke scheiding gelaten, maar daarboven de benadeelde de bevoegdheid toegekend te verlangen dat de verzekeringsuitkering *aan hemzelf*, en niet aan de materieel gerechtigde (volgens de wetgever alleen de verzekerde) wordt betaald. Bovendien is de verzekeraar, zo volgt uit lid 3 van art. 7:954 BW, gehouden aan dit verlangen te voldoen.<sup>18</sup> Door het niet te laten bij het toekennen van het ius agendi aan de benadeelde, maar daarboven de verzekeringsuitkering ‘te verleggen’ van de verzekerde naar de benadeelde (op diens verlangen) is feitelijk ook aan het materiële recht op de vordering geleteld.

Naast de discussie over de feitelijke eigenschappen van de directe actie, speelt ook nog dat de rechtsfiguur die de wetgever heeft willen invoeren, zich lastig laat inpassen in het vermogensrecht. Dat wordt vooral duidelijk als we stilstaan bij de te onderscheiden bestanddelen van een verbintenis. Hoewel de verbintenis in de wet niet is gedefinieerd, is het gebruikelijk om daaronder te verstaan een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, op basis waarvan de een gerechtigd is om een bepaalde prestatie te ontvangen en de ander tot die prestatie verplicht is.<sup>19</sup>

Vanuit het perspectief van de gerechtigde bezien kan worden aangenomen dat de verbintenis bestaat uit (1) het materiële recht op een prestatie, (2) de bevoegdheid om dat recht gel-

dend te maken: het ius agendi, en (3) het processuele middel dat daarvoor wordt gebruikt: de rechtsoverdracht.<sup>20</sup>

In dat kader is nog relevant dat uit art. 3:304 BW volgt dat een rechtsoverdracht niet kan worden gescheiden van het materiële recht op de prestatie. Het is dan een logisch gevolg dat voor het ius agendi hetzelfde geldt, zodat de drie bestanddelen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.<sup>21</sup>

Aan dat laatste gaat de wetgever (al dan niet bewust) in ieder geval voorbij. Die heeft immers beoogd in art. 7:954 BW het ius agendi te scheiden van het materiële recht op de prestatie. Bovendien miskent de wetgever dat de bescherming die de schuldeiser van een verbintenis toekomt (het recht om verhaal te halen op de schuldenaar) zijn grondslag vindt in het materiële recht op een prestatie. Daarom zijn verhaals- en voorrangrechten verbonden aan dat materiële recht.

Het materiële recht is dan ook de kern van de verbintenis. Het ius agendi (net als de rechtsoverdracht) komt voort uit het materiële recht en heeft slechts tot doel om de nakoming van dat recht zeker te stellen. Aan het ius agendi op zichzelf ontleent de schuldeiser dan ook geen grondslag voor bescherming.

In wezen is het ius agendi als zelfstandige rechtsfiguur (zonder nadere aankleding) een lege huls: de bevoegde komt geen recht op enige prestatie toe, zodat zijn verhaalspositie niet wordt beschermd. De bevoegde (in dit geval de benadeelde) blijft daardoor volledig afhankelijk van de bereidheid van de door hem aangesproken persoon (de verzekeraar) om aan hem te betalen.<sup>22</sup>

Verstijlen ziet daarom terecht de oneigenlijkheid in van het ius agendi als zelfstandige rechtsfiguur en gaat, binnen de bestaande dogmatische kaders, op zoek naar de daadwerkelijke kwalificatie van deze rechtsfiguur. Nu de wetgever heeft bepaald dat de verzekeraar alleen bevrijdend kan betalen aan de benadeelde, is het evident dat de benadeelde hierdoor zelf recht heeft op een prestatie (betaling aan hem van de verzekeringsuitkering van de verzekerde), tot welke prestatie de verzekeraar verplicht is.<sup>23</sup> In het licht van de gangbare definitie van de verbintenis (zie hierboven) is de opmerking van de wetgever, dat er

17 Over het algemeen wordt de kwalificatie door de wetgever in de literatuur gevolgd, zie onder meer Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/616-618 en 622, C.P. Robben, Rechtstreekse actie. Welke?, VR 2015/97, J.G.C. Kamphuisen, De directe actie, in: J.H. Wansink e.a., Het nieuwe verzekeringsrecht: titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 203-204, N. Frenk & F.R. Salomons, De directe actie: verbetering van de mogelijkheden voor slachtoffers om hun schade vergoed te krijgen, WPNR 2006, afl. 6658, p. 200-209, M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen & J.G.J. Rinkes (red.), Verzekeringsrecht (Recht en Praktijk VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019/16.3.1 en 16.3.2 en F.H.J. Mijnsen & K. Engel, Verzekering (Mon. BW nr. B88), Deventer: Wolters Kluwer 2021/23.1 en 23.3.

18 Art. 7:954 lid 3 BW luidt: ‘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.’

19 Asser/Sieburgh 6-I 2020/6-12.

20 Die indeling is te vinden in Asser/Sieburgh 6-I 2020/32, onder verwijzing naar L.E.H. Rutten, RMThemis 1956, p. 498-504, en komt ook terug in Verstijlen 2009.

21 Wederom Asser/Sieburgh 6-I 2020/32, onder verwijzing naar Rutten 1956.

22 Zo bezien brengt art. 7:954 BW, of in ieder geval zoals de wetgever dat voor ogen heeft gehad, voor de benadeelde geen vooruitgang ten opzichte van de bepaling in een polis op grond waarvan de verzekeraar bevoegd is om het op grond van de verzekeringsovereenkomst verschuldigde bedrag rechtstreeks aan de benadeelde te betalen.

23 De nieuw geschapen rechtsfiguur doet Verstijlen denken aan hoofdelijk schuldeiserschap: benadeelde en verzekerde zijn samen rechthebbende op de vordering die de verzekerde op de verzekeraar heeft – waarvoor in de onderlinge verhouding zal gelden dat de benadeelde primair tot inning gerechtigd is, in afwijking van de hoofdregel uit art. 6:15 BW, zie Verstijlen 2009.

geen verbintenis zou ontstaan tussen de benadeelde en de verzekeraar, dan ook lastig te volgen.

Zoals gezegd, lijkt de wetgever niet scherp voor ogen te hebben gehad dat er twee manieren zijn om invloed uit te oefenen op de rechtspositie van de benadeelde. Uit angst dat de omvang van de verplichting van de verzekeraar zou worden vergroot, heeft de wetgever de benadeelde een bevoegdheid willen toekennen. Correkter lijkt de conclusie dat tussen de benadeelde en de verzekeraar een verbintenis is ontstaan en dat de benadeelde een eigen recht op de prestatie heeft gekregen.

Dat de benadeelde feitelijk een eigen recht heeft gekregen, wil overigens nog niets zeggen over de omvang van dat recht. Het recht uit art. 7:954 BW verschilt van het recht uit art. 6 WAM, omdat daar de omvang van de vordering niet afhankelijk is van de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde. Op grond van art. 11 WAM kan de verzekeraar immers de verweermiddelen die hij heeft tegenover de verzekerde niet inroepen tegenover de benadeelde. Voor art. 7:954 BW geldt een dergelijke beperking niet: het recht is qua omvang afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde.

Hoewel er dus het nodige valt te zeggen over de kwalificatie van de wetgever en de inpasbaarheid van het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfiguur, staat daarmee nog niet vast dat de directe actie zoals die nu is ingevoerd de praktijk ook daadwerkelijk voor problemen stelt.

### 5 De directe actie in de rechtspraak

Die balans maak ik op aan de hand van vier uitspraken waarin de vermogensrechtelijke inpassing van de directe actie voor het voetlicht kwam. Overigens lijkt de directe actie in de praktijk (ook in faillissement<sup>24</sup>) over het algemeen goed te functioneren en stelt deze benadeelden in staat (met succes) rechtstreeks betaling van de verzekeringsuitkering te verlangen van de verzekeraar.<sup>25</sup>

#### 5.1 Zelfstandig overdraagbaar recht

Het Amsterdamse hof moest oordelen over de vraag of een benadeelde zijn directe actie (te kwalificeren als recht of bevoegd-

heid) bij wijze van privaatieve last aan een derde kon geven.<sup>26</sup> Nadat het hof concludeert dat partijen het erover eens zijn dat de directe actie geen zelfstandig overdraagbaar recht is (nu die rechtsoverweging in het bestreden vonnis onbestreden is gebleven), overweegt het hof:

‘Anders dan bij een eigen recht het geval is, ontstaat bij de directe actie geen afzonderlijke verbintenis tot betaling tussen de verzekeraar en de benadeelde (...) Volgens de parlementaire toelichting bij het ontwerp van artikel 7:954 BW brengt de gekozen constructie mee dat de verzekerde de schuldeiser van de verzekeraar blijft en dat de benadeelde alleen de verzekerde als zijn debiteur heeft. De verzekeraar is niet naast de verzekerde jegens de benadeelde hoofdelijk verbonden. De benadeelde heeft alleen de keuze om de verzekerde of de verzekeraar tot betaling aan te spreken.’

Het hof noemt nog dat de verzekeringsrechtelijke literatuur verdeeld is over de aard van het recht dan wel de bevoegdheid die de benadeelde op grond van art. 7:954 BW heeft, maar oordeelt dat de benadeelde niet bevoegd was om het aan hem verleende recht uit de directe actie bij wijze van privaatieve last aan een derde over te dragen. Vervolgens licht het hof dit oordeel toe:

‘De regeling van artikel 7:954 BW is blijkens de totstandkomingsgeschiedenis daarvan slechts bedoeld om te bereiken dat de verzekeringsuitkering ter zake van schade door dood of letsel bij de benadeelde terecht komt en bij niemand anders. De regeling beoogt niets meer en ook niets minder te bereiken. De benadeelde kan wel een rechtsoverdracht tegen de verzekeraar instellen, maar heeft geen eigen vorderingsrecht op de verzekeraar verkregen. Er ontstaan geen verbintenissen tussen de benadeelde en de verzekeraar. Daarin is het kenmerkende verschil gelegen tussen de directe actie en het eigen recht in de zin van bijvoorbeeld de WAM. De wetgever heeft uitdrukkelijk ervoor gekozen dat de verzekerde de schuldeiser blijft van de verzekeraar. De benadeelde kan op grond van lid 1 van artikel 7:954 BW slechts “verlangen” dat het bedrag dat de verzekeraar aan de verzekerde is verschuldigd aan hem wordt betaald. De benadeelde kan in verband daarmee een rechtsoverdracht instellen tegen de verzekeraar, maar is daartoe slechts bevoegd als de verzekerde – als degene die wel vorderingsgerechtigd is jegens de verzekeraar – in het geding wordt opgeroepen. Verder is de directe actie geen zelfstandig overdraagbaar recht. De benadeelde kan ook niet beschikken over een vordering op de verzekeraar, want die heeft hij niet. Dit alles leidt ertoe dat moet worden aangenomen dat de benadeelde met de directe actie (slechts) een specifieke wettelijke bevoegd-

<sup>24</sup> Zie HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, NJ 2019/141 m.nt. J. Spier.

<sup>25</sup> Over het functioneren van art. 7:954 BW in algemene zin N. van Tiggele-van der Velde, *Kroniek directe actie ex 7:954 BW*. From thought to de Hoge Raad, AV&S 2019, afl. 3, p. 93-100. Zie ook de door haar aangehaalde rechtspraak. Verder onder meer Rb. Rotterdam 8 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9171, VR 2011/64, Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3901, Rb. Den Haag 26 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2790, VR 2014/125 en Rb. Gelderland 20 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3704.

<sup>26</sup> Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5508, RAV 2017/37. Over die uitspraak ook E. Engelhard & I. Koudstaal, *Directe actie*, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (Recht en Praktijk VR2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/16.3.1, die menen dat de discussie over de vermogensrechtelijke kwalificatie met deze uitspraak (in de rechtspraak) is beslecht.

heid is verleend om in plaats van de verzekerde van de verzekeraar betaling te verlangen en in ontvangst te nemen en die handelingen te verrichten die deze betaling veiligstellen, zoals stuitingshandelingen. Deze bevoegdheid is gebonden aan de persoon van de door dood of letsel benadeelde partij, in die zin dat deze bevoegdheid uitsluitend door de benadeelde en niet door een ander kan worden uitgeoefend (...) Dat de directe actie naar haar aard als een persoonlijke bevoegdheid heeft te gelden, brengt mee dat die slechts door de benadeelde zelf of namens hem kan worden uitgeoefend en niet door een ander op eigen naam.’

Duidelijk is dat het hof zich heeft laten leiden door de overwegingen van de wetgever. In hoeverre het oordeel van het hof het gevolg is van het feit dat in hoger beroep tussen partijen vast is komen te staan dat de directe actie geen zelfstandig overdraagbaar recht is, blijft gissen. Wat nu als die overweging in het vonnis was bestreden? Onder verwijzing naar verzekeringsrechtelijke literatuur had appellant kunnen beargumenteren dat er wel degelijk sprake is van een eigen recht van de benadeelde, dat vatbaar is voor overdracht, en (in deze zaak vooral van belang) dat dit zelfstandige recht bij wijze van privative last kan worden overgedragen.<sup>27</sup> Desalniettemin lijkt het, gelet op de duidelijke overwegingen in de parlementaire geschiedenis, vooral een theoretische mogelijkheid dat het hof hier zou zijn afgeweken van de lijn van de wetgever.

Van inpassingsproblemen geeft deze uitspraak geen blijk. Wel komen de beperkingen van de directe actie hierin goed naar voren. Een voordeel van de kwalificatie als een zelfstandig en overdraagbaar recht zou, naast de al genoemde duidelijkheid en rechtszekerheid, kunnen zijn dat de benadeelde ook genoegdoening kan krijgen door zijn vorderingen (tegen betaling) over te dragen, te verpanden of bij wijze van privative last over te dragen. Het is wel de vraag of ook verzekeraars op overdraagbaarheid zitten te wachten: in plaats van met benadeelden zullen zij veel aanspraken vermoedelijk moeten afhandelen met derden die verder afstaan van het schadeveroorzakende voorval.

### *5.2 Hoofdelijke verbondenheid*

Eveneens in lijn met de wetgever oordeelde de rechtbank Oost-Brabant in een deelgeschil van 21 augustus 2021.<sup>28</sup> Verzoekster, die letselschade opliep in een café, verzoekt de rechtbank om te beslissen dat het café en diens verzekeraar hoofdelijk aansprakelijk zijn voor haar schade. De rechtbank oordeelt dat het café niet aansprakelijk is en (daarom) aansprakelijkheid van de verzekeraar ook niet aan de orde is. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog:

‘Dat verzoek zou bovendien niet toewijsbaar zijn op de gestelde grondslag van artikel 7:954 BW omdat dit wetsartikel geen rechtstreekse aansprakelijkheid van een verzekeraar jegens een benadeelde in het leven roept. Van hoofdelijke verbondenheid (artikel 6:6 e.v. BW) kan daarvoor evenmin sprake zijn.’

Anders oordeelde de rechtbank Midden-Nederland in een uitspraak van 31 januari 2018.<sup>29</sup> Over de vraag of de verzekeraar op grond van art. 7:954 BW hoofdelijk aansprakelijk kon worden gehouden voor de gevolgen van een arbeidsongeval, oordeelde de rechtbank:

‘Artikel 7:954 BW levert geen zelfstandige grond op voor aansprakelijkheid van een verzekeraar ten opzichte van een benadeelde. Aan het artikel kan slechts de bevoegdheid van een benadeelde worden ontleend om rechtstreeks van de verzekeraar betaling te vorderen van de schade-uitkering die de voor schade aansprakelijke persoon, op grond van de schade en de verzekeringsovereenkomst van de verzekeraar te vorderen zou hebben.’

Dan volgt een opvallende overweging die strijdig is met de parlementaire geschiedenis, waarin hoofdelijke verbondenheid is uitgesloten:

‘Wel is er sprake van hoofdelijke verbondenheid van Allianz als bedoeld in artikel 6:6 lid 1 BW, maar daarop ziet de gevorderde verklaring voor recht niet. Op deze grond zal wel de gevorderde hoofdelijke veroordeling van Allianz worden toegewezen.’

Niet valt uit te sluiten dat de rechtbank de bewuste passage uit de parlementaire geschiedenis over het hoofd heeft gezien, en dat deze uitspraak op een vergissing berust. Het zou ook kunnen dat de rechtbank vooral de bescherming van de benadeelde op het oog had en in de veronderstelling was dat het voor de benadeelde, zonder hoofdelijke veroordeling van de verzekeraar, lastiger zou zijn om de door hem geleden schade vergoed te krijgen. Vanuit de gedachte dat het enkele *ius agendi* geen zelfstandige grondslag is waaraan een benadeelde bescherming van zijn rechtspositie kan ontleen (zie daarover par. 4), valt die (veronderstelde) verwarring ook wel te begrijpen.

Ondanks dat dit natuurlijk speculeren blijft, laat deze laatste uitspraak wel zien dat de werking van de directe actie niet voor iedere rechter evident is. In dit geval is het goed denkbaar dat die verwarring in de hand is gewerkt door het bijzondere karakter van de gekozen rechtsfiguur, namelijk: dat een benadeelde het recht heeft om betaling aan hemzelf te vorderen zonder dat aan dat recht een verbintenis ten grondslag ligt.

<sup>27</sup> Qua literatuur valt dan te denken aan de hiervoor al genoemde Verstijlen 2009 en Franken 2011, en verder bijv. aan Engelhard & Koudstaal 2019/16.3.1 en A.J.J.G. Schijns, Naar een verzekerd slachtofferrecht. Effectief schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven via het private verzekeringsrecht, Amsterdam: ACCL 2017, p. 119-120.

<sup>28</sup> Rb. Oost-Brabant 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:5033.

<sup>29</sup> Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:538. In gelijke zin wat betreft de afwijzing van hoofdelijke aansprakelijkheid Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3709.

### 5.3 De rechtsverhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar

Een andere uitspraak waarin de inpassing in het vermogensrecht naar voren kwam, is die van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 26 januari 2021.<sup>30</sup> Na een arbeidsongeval spreekt de werknemer op grond van art. 7:954 BW de aansprakelijkheidsverzekeraar van zijn werkgever aan voor door hem geleden schade. Er volgen lange onderhandelingen tussen de benadeelde en de verzekeraar. Ondertussen gaat de werkgever failliet. De verzekeraar beroept zich – zonder dit eerder te hebben genoemd – op een SIR-limiet (waardoor een verzekeraar pas verplicht is tot uitkering nadat een bepaalde schadeomvang is bereikt) in de verzekeringsovereenkomst, met de consequentie dat niet meer zal worden uitgekeerd dan de reeds betaalde verschotten. De benadeelde meent (daarom) dat een beroep op de SIR-limiet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof overweegt dat art. 7:954 BW in beginsel meebrengt dat de benadeelde niet meer rechten kan ontlenen aan de polis dan de verzekerde zelf, maar volgt de benadeelde:

‘[D]at neemt niet weg dat de schaderegelingsverhouding tussen Achmea als aansprakelijkheidsverzekeraar en [appellant] als derde-benadeelde een eigen rechtsfiguur is, die wordt beheerst door de regels van artikelen 6:2 BW en 6:248 BW. Partijen zijn gehouden zich ten opzichte van elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en moeten rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en verwachtingen.’

Precies dat laatste maakt in dit geval dat de verzekeraar geen beroep kan doen op de SIR-limiet: volgens het hof had de verzekeraar door een eerdere mededeling bij de benadeelde de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat zijn schade door de verzekeraar zou worden vergoed.

Op het eerste gezicht lijkt hier, ook voor de inpassing van art. 7:954 BW, niet veel aan de hand. Als we iets langer stilstaan bij de gevolgen van dit (overigens terechte) oordeel van het hof, dan wordt die indruk toch wat anders.

Dat de schaderegelingsverhouding tussen de (derde-)benadeelde en de verzekeraar van de aansprakelijke verzekerde een eigen rechtsfiguur is, is evident. Ook het feit dat de benadeelde en de verzekeraar zich ten opzichte van elkaar *overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid* moeten gedragen en rekening moeten houden met elkaars *gerechtvaardigde belangen en verwachtingen*, is begrijpelijk. Evengoed zijn die grondslagen, hoewel ik me volledig in de toepasselijkheid daarvan kan vinden, tegen de achtergrond van de overwegingen van de wetgever wel opvallend te noemen.

<sup>30</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:658, JA 2021/60.

Nemen we de bewoordingen van die bepalingen in aanmerking, dan kan worden geconcludeerd dat de benadeelde en de verzekeraar in ieder geval *schuldeiser en schuldenaar* van elkaar zijn (art. 6:2 BW), zo niet *partijen bij een overeenkomst* (art. 6:248 BW). Dat staat diametraal tegenover de bedoeling die de wetgever had met de invoering van art. 7:954 BW – met name: géén verbintenis tussen de benadeelde en de verzekeraar, en de verzekerde blijft de enige schuldeiser. De overwegingen van het hof, nu eenmaal gebonden aan de systematiek van het BW, zijn niet onbegrijpelijk. Het is wel de vraag of het hof de implicatie van dit oordeel heeft overzien en of het, los daarvan, gehouden is om dit ogenschijnlijke conflict op te lossen door een van de bepalingen buiten toepassing te laten (met alle gevolgen voor de benadeelde van dien) of expliciet afstand te nemen van de bedoelingen van de wetgever.

Hoe dan ook lijkt de inpassing van de directe actie in het vermogensrecht hier toch wat te wringen. De schaderegelingsverhouding is in dit geval ontstaan door het recht dat de benadeelde op grond van art. 7:954 BW heeft. Zonder het hof enige bedoeling te willen toedichten, kan uit het oordeel in ieder geval worden opgemaakt dat op deze uit art. 7:954 BW ontstane rechtsverhouding (na verloop van tijd) art. 6:2 BW van toepassing is (geworden), waarbinnen de benadeelde en de verzekeraar schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn.

Voortbouwend op die gedachte is de vraag welke andere verbintenis er tussen de benadeelde en de verzekeraar zou (kunnen) bestaan dan het (eigen) materiële recht op uitkering onder de verzekering van de verzekerde.<sup>31</sup> Immers: in het oordeel van het hof ligt besloten dat de benadeelde en de verzekeraar in ieder geval schuldeiser en schuldenaar van elkaar zijn, de benadeelde op grond van art. 7:954 BW aanspraak kan maken op betaling van de verzekeringsuitkering *aan hemzelf*, en de verzekeraar, zoals volgt uit lid 3 van die bepaling, verplicht is om die verzekeringsuitkering aan de benadeelde te betalen.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Of, aangezien de redelijkheid en billijkheid een erkende bron van verbintenissen (rechten en plichten) is, nog zou kunnen ontstaan. In algemene zin daarover Asser/Sieburgh 6-I 2020/47, 52 en 55 e.v., Asser/Sieburgh 6-III 2018/403 e.v., H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017/1.4 en R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, Hartkamps Compendium van het vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2017/21.1.2.

<sup>32</sup> Overigens zou het oordeel van het hof kunnen worden opgevat als een analoge toepassing van de redelijkheid en billijkheid op een eigen rechtsfiguur die niet kwalificeert als een verbintenis of overeenkomst waarop respectievelijk art. 6:2 en art. 6:248 BW direct van toepassing zijn. Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid strekt zich (in potentie) immers uit tot het gehele vermogensrecht en kan ook aan de orde zijn bij andere (niet-verbintenisrechtelijke) meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, aldus art. 6:216 BW. In het licht van de eigenschappen die aan de directe actie in art. 7:954 BW zijn gegeven (zoals verdedigd door Verstijlen), doet een dergelijke lezing van het arrest geen recht aan de werkelijke situatie. Zoals uit de hoofdtekst blijkt, wijst de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid naar mijn mening eerder op het bestaan van een verbintenis tussen de benadeelde en de aansprakelijkheidsverzekeraar dan op analoge toepassing (welk begrip, net als art. 6:216 BW, nergens wordt genoemd in de uitspraak).

Nog iets anders is dat het hof in feite, naast de (al dan niet bewuste) implicatie dat de benadeelde een eigen recht heeft ten opzichte van de verzekeraar, beslist dat de verzekeraar geen verweermiddelen mag tegenwerpen aan de benadeelde. Daarmee heeft de benadeelde recht op een prestatie waar de verzekeraar ten opzichte van de verzekerde niet toe gehouden was. Nu het oordeel van het hof in sterke mate is gebaseerd op de concrete omstandigheden en de werking van de redelijkheid en billijkheid, hoeft deze uitkomst op zichzelf niets te zeggen over de kwalificatie van de directe actie als bevoegdheid of eigen recht. Gezien de parlementaire geschiedenis is deze uitkomst wel opmerkelijk.

## 6 Conclusie

Ondanks de nodige vraagtekens die gezet kunnen worden bij de keuze van de wetgever, kan uit de hierboven besproken uitspraken wat mij betreft niet worden afgeleid dat rechters in relevante mate problemen ondervinden van de dogmatisch lastige inpasbaarheid van het *ius agendi* als zelfstandige rechtsfiguur. Ook is het feit dat de eigenschappen van de directe actie niet overeenkomen met de kwalificatie van de wetgever voor rechters geen reden gebleken om consistent af te wijken van de lijn van de wetgever.

Hoewel een enkele uitspraak laat zien dat de directe actie kan wringen met de bestaande kaders van het BW, zie ik in deze rechtspraak op zichzelf dan ook geen directe aanleiding om de eerder benoemde discussie voort te zetten. Dat doet overigens niet af aan de dogmatische argumenten voor het voeren van de discussie die er wat mij betreft, net als in de periode rondom de invoering van de directe actie, nog altijd zijn.

Het is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad zich in de toekomst over de vermogensrechtelijke kwalificatie van de directe actie zal moeten uitlaten.<sup>33</sup> Dan moet er alsnog een knoop worden doorgehakt over de vraag of er tussen de benadeelde en de verzekeraar een verbintenis is ontstaan (en of de benadeelde daarmee een eigen recht heeft op de vordering). Gezien de overduidelijke bedoelingen van de wetgever lijkt de kans niet groot dat de Hoge Raad daarvan zal afwijken. Alles overziend had de invoering van een eigen recht, met behoud van verweermiddelen voor de verzekeraar, veel onduidelijkheid kunnen voorkomen en net zo goed (of meer) recht gedaan aan de wens van de praktijk en de wetgever.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Over art. 7:954 BW heeft de Hoge Raad recentelijk geoordeeld in HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, NJ 2019/141 m.nt. J. Spier en HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:616, JA 2022/94. Over de vermogensrechtelijke kwalificatie heeft de Hoge Raad zich in die arresten niet uitgelaten.

<sup>34</sup> Ook een wettelijk pandrecht op de vordering tot uitkering onder de verzekering, waarvoor de benadeelde van rechtswege inningsbevoegd zou zijn, had aan de wensen tegemoet kunnen komen. Vgl. Van Boom 1994, die voorstelde om aan het voorrecht een exclusieve inningsbevoegdheid te koppelen.