



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De derde-benadeelde en de directe actie in het verzekeringsrecht: grensoverschrijdende gevallen

Spiegel, J.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

Derden in het privaatrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Spiegel, J. (2008). De derde-benadeelde en de directe actie in het verzekeringsrecht: grensoverschrijdende gevallen. In B. E. Reinhartz, A. E. Oderkerk, T. M. Bos, & D. L. M. T. Dankers-Hagenaars (Eds.), *Derden in het privaatrecht* (pp. 97-119). (Amsterdams Instituut voor Privaatrecht; No. 4). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De derde-benadeelde en de directe actie in het verzekeringsrecht

Grensoverschrijdende gevallen

*Judith Spiegel**

I Inleiding: de derde in het verzekeringsrecht

Uitgangspunt in het verzekeringsrecht is de verzekeringsovereenkomst tussen de verzekeringnemer en de verzekeraar.¹ Het zou evenwel onjuist zijn te denken dat daarmee alle belanghebbenden bij een verzekering(sovereenkomst) benoemd zijn. Dat is niet zo. Naast de verzekeraar en de verzekeringnemer zijn er allerlei belangen van allerlei personen denkbaar die op de een of andere manier betrokken zijn bij die verzekeringsovereenkomst, zonder dat die personen zelf oorspronkelijk partij zijn bij die overeenkomst. Een van de oudste verschijningsvormen van een dergelijk belang is afkomstig uit de verzekering van goederen tijdens een overzeese reis. Die verzekering wordt afgesloten door bijvoorbeeld de verkoper, die vaak ook de afzender onder de vervoersovereenkomst is. Echter, de belangen die gedekt zijn, beperken zich niet tot de verkoper, maar worden uitgebreid tot bijvoorbeeld de eigenaar, de koper of welke andere belanghebbende bij de goederen dan ook. De verzekering volgt als het ware de goederen. De derde die op het moment van schade belanghebbende van die goederen was, kan rechten onder de door een ander gesloten verzekeringsovereenkomst uitoefenen. Een ander voorbeeld is een ziektekostenverzekering. Deze biedt vaak dekking aan meer personen dan de verzekeringnemer. Vaak zal op een polis het hele gezin meeverzekerd zijn. Nog een ander voorbeeld van een bij een verzekering betrokken derde, is degene die schade heeft veroorzaakt. Vaak zal deze krachtens subrogatie door de verzekeraar van de schadelijgende partij kunnen worden aangesproken. Soms worden die verhaalsrechten van de

* Dr. J. Spiegel is advocaat bij Padberg Spanjaart advocaten in Rotterdam en universitair docent internationaal privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Zij schreef eerder over dit onderwerp, in beperktere zin, in *NTHR* 2008: J. Spiegel, 'De directe actie in het ipr', *NTHR* 2008, p. 137-143. Een enkele passage uit dit artikel is hier overgenomen.

¹ In de praktijk, maar ook in de regelgeving, rechtspraak en literatuur blijken de begrippen verzekeringnemer en verzekerde nogal eens door elkaar gebruikt te worden. Ik gebruik hier verzekeringnemer om degene aan te geven die de verzekeringsovereenkomst sloot. Verzekerden zijn allen die een vordering onder de verzekeringsovereenkomst hebben. De verzekeringnemer is daar meestal één van.

verzekeraar evenwel geblokkeerd door zogenaamde afstand van regresclausules. Dat zijn clausules waarin de verzekeraar met de verzekeringnemer afsprekt dat hij afstand van regres doet ten aanzien van bepaalde personen. Zo profiteert een derde als het ware ook van de dekking uit de verzekeringsovereenkomst.²

Ik laat deze figuren hier verder rusten.³ Ik concentreer mij hierna op slechts één specifieke categorie derden: die van de derde-benadeelde, degene die de schade heeft geleden, het slachtoffer.⁴ Het slachtoffer is uiteraard alleen een derde ten aanzien van de verzekeringsovereenkomst. In zijn verhouding tot de dader is het slachtoffer geen derde, maar is hij partij bij de (buiten)contractuele verbintenis met de dader. Die verhouding is niet het onderwerp van dit artikel en laat ik verder buiten beschouwing. Het gaat hier om de verhouding van de benadeelde tot de verzekeringsovereenkomst. Naar Nederlands recht krijgt het slachtoffer onder omstandigheden een directe actie tegen de verzekeraar van de dader. Er ontstaat dan een bepaalde band tussen het slachtoffer en de verzekeringsovereenkomst. Een band die nauwer is dan de band die een willekeurige derde met die overeenkomst heeft. Het slachtoffer onderscheidt zich van andere derden doordat hij op een gegeven moment schade lijdt die hem wordt toegebracht door de verzekerde. Dat maakt hem van een willekeurige derde tot een betrokken derde.⁵

Zoals zojuist al aangegeven, heeft het slachtoffer onder omstandigheden een rechtstreeks vorderingsrecht op de verzekeraar van degene die aansprakelijk is voor zijn schade. Zo'n rechtstreekse vordering wordt de directe actie (ook wel: *action directe*) genoemd. In het Nederlandse recht vinden we tegenwoordig de mogelijkheid tot het instellen van een dergelijke vordering terug in art. 7:954 BW, zij het beperkt tot personenschade. In situaties die tot een directe actie leiden is altijd sprake van drie partijen en (tenminste) twee rechtsverhoudingen: een contractuele verhouding tussen verzekerde en verzekeraar en een al dan niet contractuele verhouding tussen verzekerde (dader) en de derde, de benadeelde. Vaak zal de schade die de benadeelde lijdt, veroorzaakt zijn door een onrechtmatige daad, maar dat hoeft niet. Ook door wanprestatie kan de benadeelde schade lijden. Denk aan een overeenkomst tot personenvervoer waarbij de passagier letsel oploopt, of aan de arts die een medische fout maakt.

² Ten aanzien van (o.m.) medeverzekerden is het regresverbod tegenwoordig ook in de wet opgenomen, zie art. 7:962 lid 3 BW.

³ Zie hierover uitgebreid: F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

⁴ De termen 'derde-benadeelde', 'benadeelde' en 'slachtoffer' zal ik hierna afwisselend gebruiken.

⁵ Zie: C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 1999, p. 46-48 en hoofdstuk 3.

Voor de directe actie maakt het niet uit of de schade binnen of buiten een overeenkomst is geleden.⁶

II Achterliggende gedachte directe actie

De belangrijkste reden voor invoering van een directe actie in het nieuwe Nederlandse verzekeringsrecht was vooral het probleem van de faillierende verzekerde.⁷ Zonder de mogelijkheid van een directe actie, moet degene die schade heeft geleden door toedoen van een ander, zich tot die ander wenden. Die ander zal het in zijn vermogen geleden nadeel vervolgens laten compenseren door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar (er even van uitgaande dat hij die heeft). De schadelijdende derde moet het dan hebben van de financiële gezondheid van de dader, wil hij zijn schade uiteindelijk door deze vergoed zien.⁸ Bij een faillissement dat wordt uitgesproken op het moment dat de verzekerde de schadepeningen al heeft ontvangen van zijn verzekeraar, maar deze nog niet heeft doorbetaald aan het slachtoffer, heeft deze laatste een probleem. Zo was dat in elk geval onder het oude recht; onder het verzekeringsrecht zoals dat gold tot 1 januari 2006 kwamen de schadepeningen in geval van een faillissement van de schadeveroorzakende verzekerde niet (volledig) bij de benadeelde terecht.⁹ Dat werd als bezwaarlijk gezien, mede in het licht van de dubbele functie die een aansprakelijkheidsverzekering zou moeten vervullen. Enerzijds is dat de bescherming van de financiële positie van de verzekerde; bescherming van de verzekerde voor risico's die hij in het sociale verkeer loopt en die hij niet zelf kan dragen. Anderzijds is dat de sociale functie ten aanzien van de benadeelde, die integraal moet kunnen beschikken over de uitkering van de schadepeningen. Deze laatste functie werd oorspronkelijk niet erg belangrijk gevonden, maar meer als bijkomend effect beschouwd. Tegenwoordig gaat de aandacht evenwel steeds meer uit naar de sociale functie van de aansprakelijkheidsverzekering. Bescherming van benadeelden is daarmee gegroeid van bijkomend aspect tot één van de doelstellingen van de aansprakelijkheidsverzekering. Een ander argument ten faveure van optimale bescherming

⁶ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy & S.J.A. Mulder, 'Slachtoffer en de aansprakelijkheidsverzekering van de dader', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy e.a. (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr M.M. Mendel*, Leiden: Kluwer 2003, p. 15-29, aldaar p. 24.

⁷ De directe actie is tegelijk met de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht in titel 7.17 BW ingevoerd, d.w.z. op 1 januari 2006.

⁸ Wat mij betreft moet niet alleen aan faillissement gedacht worden, maar bijvoorbeeld ook aan de debiteur die met de noorderzon dreigt te vertrekken.

⁹ Wel had (en heeft) het slachtoffer het voorrecht van art. 3:287 BW, maar hij dient op grond van art. 182 lid 1 Fw bij te dragen in de faillissementskosten waardoor er in de praktijk voor het slachtoffer vaak maar een fractie overblijft van dat wat door de verzekeraar aan de boedel is betaald.

van de derde was dat hij, anders dan de andere crediteuren bij een faillissement, zijn debiteur niet voor het uitzoeken heeft, althans niet als het om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat.¹⁰ Deze overwegingen hebben geleid tot het invoeren van de directe actie in het verzekeringsrecht.

III Relevante materieelrechtelijke kenmerken van de directe actie

Voor de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht kende het Nederlandse recht voor verkeersslachtoffers al langer een vergelijkbare figuur: art. 6 lid 1 van de WAM. Die bepaling geeft verkeersslachtoffers een eigen recht. Het verkeersslachtoffer heeft een eigen, zelfstandige, vordering tot schadevergoeding op de WAM-verzekeraar.¹¹ Het slachtoffer heeft onder de WAM alle drie de elementen tot zijn beschikking die een verbintenis afdwingbaar maken: 1) het materiële recht van de schuldeiser op schadevergoeding, 2) de bevoegdheid om dat recht geldend te maken (*ius agendi*) en 3) het daartoe te gebruiken processuele middel (rechtsvordering, actie).¹² Tussen benadeelde en verzekeraar is een zelfstandige verbintenis ontstaan. De benadeelde is dan in wezen nauwelijks een derde meer.

Dit ligt anders voor de directe actie uit art. 7:954 BW. Lid 1 van die bepaling luidt:

‘Indien in geval van een verzekering tegen aansprakelijkheid de verzekeraar ingevolge artikel 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.’

Heeft de benadeelde onder deze bepaling een eigen recht op schadevergoeding, net zoals in de WAM? Nee, dat heeft hij niet.¹³ Hem is geen eigen recht toegekend, maar alleen een directe actie. Hij heeft alleen het recht om het recht op uitkering onder de polis van de verzekerde (de dader) te gelde te maken, maar geen eigen recht op schadevergoeding. Met andere woorden: het materiële recht ontbreekt, tussen hem en verzekeraar is geen zelfstandige verbintenis

ontstaan. Hij heeft alleen het *ius agendi* en een rechtsvordering. Binnen deze constructie is de bevoegdheid om schadevergoeding te vorderen (*ius agendi*) en dit zo nodig in rechte af te dwingen dus afgesplitst van het uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende materiële recht op schadevergoeding. Dat recht blijft in handen van de verzekerde die de schade heeft veroorzaakt.

Geconcludeerd moet worden dat het slachtoffer onder de WAM niet slechts een directe actie heeft, maar meer dan dat, namelijk een zelfstandige verbintenis met de verzekeraar. Onder art. 7:954 BW komt het slachtoffer daarentegen slechts een directe actie toe; hij heeft geen eigen verbintenis met de verzekeraar. Geconcludeerd moet worden dat onder de WAM een verbintenis ontstaat tussen de verzekeraar en de benadeelde, terwijl dit onder de regeling van boek 7 niet het geval is. Hoe een en ander nu te typeren? Dat is nog niet eenvoudig. Voor de WAM wordt wel gesproken van een ‘eigenaardig recht’ en van een ‘gewone civiele vordering’.¹⁴ Dat is nog altijd erg vaag omdat daarmee nog niet duidelijk is om wat voor soort civiele vordering het gaat. Ik meen dat we hier kunnen spreken van een verbintenis uit de wet. Voor de rechtstreekse actie uit boek 7 ligt het nog lastiger. Het slachtoffer is in dat geval geen partij bij een verbintenis met de verzekeraar: noch een uit overeenkomst, noch een uit de wet voorkomende verbintenis. Deze figuur is daarmee nauwelijks te kwalificeren binnen de bestaande rechtsfiguren. De vraag is of dit iets uitmaakt. Ik denk van niet. Wat mijns inziens wel van belang is, is dat wij goed voor ogen houden hoe de directe actie werkt. Van belang is bijvoorbeeld dat de directe actie als het ware een reactie vormt op een begane onrechtmatige daad of wanprestatie. Anders gezegd: de directe actie wordt geactiveerd door een andere rechtsverhouding. Zonder die rechtsverhouding is een directe actie niet aan de orde. Wat verder van belang is, is dat de nieuwe rechtsverhouding niet meer enkel tussen de oorspronkelijke partijen (dader-benadeelde) geldt, maar dat er een nieuwe partij (de verzekeraar) bij wordt betrokken. Of vanuit het perspectief van de verzekeringsovereenkomst: dat het niet langer alleen gaat om de verhouding verzekerde-verzekeraar, maar dat een derde, het slachtoffer, bij die overeenkomst wordt betrokken.

¹⁴ H.J.J. de Bosch Kemper & R. Gruben, *De WAM in werking*, Deventer: Kluwer 2003, p. 43-46.

¹⁰ Delfos-Roy & Mulder 2003, p. 15 (zie noot 6).

¹¹ Dat recht is zelfs ruimer dan dat van de verzekerde. Art. 11 van de WAM bepaalt namelijk dat de verzekeraar geen uit de wet of uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende nietigheid, verweer of verval mag tegenwerpen aan het slachtoffer. Dit doet voor het onderhavige onderwerp verder niet terzake zodat ik dit verder laat rusten.

¹² Zie: Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 32.

¹³ Zie: P. Oskam & G.C. Endedijk, ‘Verbod erkenningen en directe actie’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 253.

IV Internationale situaties

Tot zover een korte schets van de directe actie naar Nederlands recht.¹⁵ Ik laat verder rusten of de directe actie in zuiver nationaal materieelrechtelijke zin de beoogde bescherming biedt. Hierna gaat het mij vooral om de vraag wat de positie van de derde-benadeelde is wanneer deze zich niet langer in een zuiver nationale situatie bevindt, maar te maken krijgt met internationale aspecten. Dat kan al snel het geval zijn. Bijvoorbeeld doordat het schadebrengende feit zich in een ander land voordoet dan het land waarvan het recht van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst. Denk bijvoorbeeld aan een handgemeen op een Spaanse camping tussen een Nederlander en een Fransman. De onrechtmatige daad wordt in Spanje gepleegd. De overeenkomst tussen de Fransman – laten wij even aannemen dat hij de *laedens* is – en zijn aansprakelijkheidsverzekeraar zal waarschijnlijk door Frans recht worden beheerst. Of denk aan een situatie waarin goederen tijdens transport beschadigd raken op de Duitse autobaan en de Belgische vervoerder een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering heeft met een Belgische verzekeraar naar Belgisch recht. Het slachtoffer wil in dergelijke gevallen misschien rechtstreeks de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader in rechte betrekken. Dat roept vragen op in internationaal privaatrechtelijk verband. Te denken valt aan vragen als: bij welke rechter kan de derde-benadeelde terecht? Welk recht bepaalt of er *überhaupt* een directe actie bestaat, en zo ja, welk recht bepaalt dan de inhoud en de omvang van die actie? Staan de verzekeraar internationaal privaatrechtelijke instrumenten ter beschikking om het resultaat vooraf te manipuleren? En kan de derde hiertegen iets beginnen? Ik benader een en ander vanuit Nederlands (en dus Europees) perspectief, waaronder de Brussel I verordening,¹⁶ en de binnenkort in werking tredende Rome II-verordening.¹⁷

¹⁵ Voor een uitgebreidere beschrijving van de directe actie in het Nederlandse verzekeringsrecht zie: Oskam & Endedijk 2005, p. 252-256 (zie noot 13); Asser/Clausing/Wansink 1998, nrs. 325-342 en de daarin genoemde verwijzingen. Verder schreef mijn kantoorgenoot mr J.A. Biermasz een zeer lezenswaardige scriptie over dit onderwerp, waarvan ik veelvuldig gebruik heb gemaakt. Die scriptie is niet gepubliceerd, maar een kopie kan worden opgevraagd bij: biermasz@padbergspanjaart.com.

¹⁶ Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening).

¹⁷ Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

1 Internationale bevoegdheid

1.1 Bevoegdheid onder Brussel I

De derde-benadeelde kan ten minste twee dingen doen: hij kan de dader in rechte betrekken of hij kan, als hij een directe actie heeft,¹⁸ de verzekeraar in rechte betrekken. Het eerste scenario laat ik onbesproken. Daarvoor gelden de normale bevoegdheidsregels van art. 2 (woonplaats gedaagde) en art. 5 (plaats waar schadebrengende feit zich voordoet of verbintenis moest worden uitgevoerd) van Brussel I. Het andere scenario, dat van de rechtstreekse actie tegen de verzekeraar, wordt beheerst door Afdeling 3 van Brussel I dat bijzondere bevoegdheidsbepalingen bevat voor geschillen inzake verzekeringen.¹⁹ Voor de directe actie is in art. 11 lid 2 en 3 Brussel I een aparte bepaling opgenomen:²⁰

‘(...) De artikelen 8, 9 en 10 zijn van toepassing op de vordering die door de getroffen rechtsreeks tegen de verzekeraar wordt ingesteld, indien de rechtstreekse vordering mogelijk is. Indien de wettelijke bepalingen betreffende deze rechtstreekse vordering het in het geding roepen van de verzekeringnemer of de verzekerde regelen, is hetzelfde gerecht ook te hunnen opzichte bevoegd.’

Spreekt de benadeelde de verzekeraar van de dader aan, dan staan hem ingevolge art. 11 lid 2 Brussel I de bevoegdheidsgronden van art. 8, 9 en 10 Brussel I ter beschikking.²¹ Art. 11 geeft de derde met een directe actie de beschikking over dezelfde fora als de verzekerde heeft. Dat betekent in concreto voor de derde-benadeelde met een directe actie dat hij de verzekeraar kan oproepen voor de woonplaats van de verzekeraar (art. 9 lid 1 sub a Brussel I), of voor het gerecht van zijn eigen woonplaats (art. 9 lid 1 sub b Brussel I) of voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan (art. 10 Brussel I). Over de eerste en de derde mogelijkheid; het *forum rei* en het *forum delicti*, bestaat geen onduidelijkheid. De tweede mogelijkheid is evenwel aanleiding geweest voor een recent arrest van het Hof van Justitie EG (FBTO/Odenbreit).²² Punt is dat art. 9 lid 1 sub b Brussel I, waarnaar art. 11 lid 2 Brussel I verwijst, bepaalt dat de verzekeraar kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van de eiser indien het een vordering van de

¹⁸ De vraag welk recht die vraag beheerst, wordt verderop behandeld.

¹⁹ Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld: M. Spanjaart, ‘Rechtsmacht in verzekeringszaken; vrijheid van contract vs. economische ongelijkheid’, *NTHR* 2006, p. 225-228.

²⁰ Zie ook overweging 24 in de considerans van de 5^e WAM-richtlijn; voor nationale gevallen zie ook art. 7 WAM.

²¹ Het ten onrechte niet toepassen van deze bevoegdheidsregels levert een weigeringsgrond voor erkenning en executie op: zie art. 45 jo. 35 Brussel I.

²² HvJ EG 13 december 2007, zaak C-463/06, *NIPR* 2008, 46 (in voorlopige vertaling).

verzekeringnemer, de verzekerde of een begunstigde betreft. Over de benadeelde met een rechtstreekse actie wordt niet gerept. Gaat de verwijzing in art. 11 lid 2 Brussel I naar art. 9 Brussel I derhalve niet op voor art. 9 lid 1 sub b Brussel I? Kan de benadeelde met een directe actie de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader dus niet dagvaarden voor de rechter van zijn eigen woonplaats? Deze vraag werd voorgelegd aan het HvJ in de zaak FBTO/Odenbreit.

De achtergrond van die zaak was als volgt. De in Duitsland wonende Odenbreit was in Nederland betrokken bij een auto-ongeluk met een FBTO-verzekerde. Odenbreit had een rechtstreekse vordering ingesteld tegen FBTO voor het *Amtsgericht* Aachen, het gerecht van zijn woonplaats. In eerste aanleg verklaarde de Duitse rechter zich onbevoegd, in appel verklaarde het *Oberlandesgericht Köln* de Duitse rechter alsnog bevoegd. FBTO gaat tegen dit tussenarrest in cassatie bij het *Bundesgerichtshof*, dat een prejudiciële vraag stelt aan het HvJ omdat in de Duitse rechtsleer onzekerheid bestaat over de uitleg van de artikelen 11 lid 2 jo. 9 lid 1 sub b van Brussel I. Met name van belang is daarbij dat er in Duitsland een opvatting bestaat dat een directe actie niet onder verzekeringszaken in de zin van art. 8 Brussel I valt, maar als een vordering uit onrechtmatige daad wordt gezien. Volgens deze uitleg doelt het begrip 'begunstigde' van art. 9 lid 1 sub b Brussel I dan ook niet op getroffen. Een andere opvatting is dat de getroffene met een directe actie door de enkele verwijzing van art. 11 lid 2 wel degelijk onder art. 9 lid 1 sub b Brussel I valt, ongeacht hoe de rechtstreekse actie gekwalificeerd zou moeten worden. Het *Bundesgerichtshof* is de laatste mening toegedaan, evenals het HvJ. Dat besliste dat de verwijzing van art. 11 lid 2 Brussel I, mede gezien de ratio van de bepaling (waarborg bescherming zwakkere partij) tot doel heeft gehad om de opsomming van art. 9 lid 1 sub b Brussel I aan te vullen met benadeelden met een rechtstreekse actie. Of de benadeelde als 'begunstigde' kan worden gekwalificeerd, kon in het midden blijven. Het Hof merkt nog uitdrukkelijk op dat de nationaalrechtelijke kwalificatie van de rechtstreekse vordering voor toepassing van de bevoegdheidsregel van art. 11 Brussel I irrelevant is:

'Wat ten slotte de gevolgen betreft van de kwalificatie van de rechtstreekse vordering van de getroffene tegen de verzekeraar(...), zij opgemerkt dat de toepassing van de bevoegdheidsregel van art. 9 lid 1 sub b (...) op een dergelijke vordering niet wordt uitgesloten door het feit dat deze vordering in het nationale recht wordt gekwalificeerd als een vordering gebaseerd op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (...). Voor de toepassing van de bepalingen van deze verordening is de aard van deze vordering naar nationaal recht namelijk irrelevant (...).'

Vertaald naar de Nederlandse situatie betekent dit dus dat het niet uitmaakt of de benadeelde kan handelen uit hoofde van een eigen recht (WAM) of slechts door

de uitoefening van het *ius agendi* dat hem, in plaats van de contractuele wederpartij bij de verzekeringsovereenkomst, toekomt (7:954 BW). Verder maakt het niet uit hoe wij deze figuur nu precies moeten kwalificeren of hoe de benadeelde precies getypeerd moet worden. In alle gevallen kan hij de verzekeraar (onder meer) dagvaarden voor de rechter van zijn eigen woonplaats.

1.2 Bevoegdheid buiten Brussel I

Wat nu als de aan te spreken verzekeraar niet gevestigd is in een lidstaat, maar in bijvoorbeeld Japan? Dan hebben wij niets aan Brussel I.²³ In die gevallen moet worden teruggevallen op de commune rechtsmachtregeling van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Anders dan onder Brussel I is daarin geen aparte regeling opgenomen voor verzekeringsgeschillen, ook niet voor directe acties.²⁴ De benadeelde zal het van de gewone bevoegdheidsregels moeten hebben en dat is bepaald niet gunstig voor hem. Immers, anders dan onder Brussel I, staan hem geen speciale *fora* ter beschikking. Zo staat hem geen *forum actoris* ter beschikking, terwijl dat vaak het *forum* zal zijn waarbij hij het meeste baat heeft. Immers, het forum van de vestigingsplaats van de verzekeraar (art. 2 Rv.) zal niet de Nederlandse rechter zijn, maar de Japanse. Ook staat hem geen *forum delicti* ter beschikking. Daar zal hij wel de dader kunnen dagvaarden, maar niet de verzekeraar van de dader. Tegen die verzekeraar kan mijns inziens namelijk geen zelfstandige vordering uit onrechtmatige daad worden ingesteld. Wat in bepaalde gevallen uitkomst zou kunnen bieden, is de weg van art. 7 Rv.: de regeling voor meerdere gedaagden. De benadeelde zou kunnen proberen om de verzekeraar voor hetzelfde gerecht te dagen als de dader. Dat kan zin hebben als de dader zijn woonplaats of gewone verblijfplaats wél in Nederland heeft, of wanneer de onrechtmatige daad in Nederland heeft plaatsgevonden. In die gevallen is de Nederlandse rechter ten aanzien van de dader bevoegd op grond van art. 2 of art. 6 sub e Rv. Art. 7 Rv. biedt een opening om de verzekeraar van de dader voor diezelfde rechter te mogen dagvaarden. Dat mag echter niet in alle gevallen. Er moet voldoende samenhang bestaan tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden. Er moet dus voldoende samenhang bestaan tussen de vordering jegens de dader en de vordering op de verzekeraar van de dader. Hoewel dit gezien het afgeleide karakter van de directe actie op het eerste gezicht geen probleem lijkt, kan men er over discussiëren of die samenhang er inderdaad is. Immers, de dader wordt

²³ De zaak valt dan buiten het in art. 4 Brussel I afgebakende formele toepassingsgebied van de verordening.

²⁴ Het is niet duidelijk waarom een dergelijke regeling achterwege is gebleven. De MvT zwijgt. Volgens Kramer zou het te maken kunnen hebben met het feit dat het *forum actoris* buiten de Europese Unie als exorbitant zou kunnen worden beschouwd, X.E. Kramer, 'Het herziene internationaal bevoegdheidsrecht', *NIPR* 2002, p. 380-381.

aangesproken uit onrechtmatige daad. De verzekeraar wordt aangesproken omdat er volgens het toepasselijke recht een directe actie tegen hem bestaat. Men zou kunnen betogen dat dit vorderingen zijn met een geheel verschillende grondslag en dat de vereiste samenhang derhalve ontbreekt.²⁵ Daar staat tegenover dat wanneer de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader wordt aangesproken, deze zich zal (kunnen) bedienen van dezelfde verweren als de dader dat kan ten aanzien van de onrechtmatigheid. Kan de verzekerde, de dader, zich beroepen op het ontbreken van schuld, dan kan de verzekeraar dat ook. In zoverre bestaat er dus wel degelijk samenhang tussen de vordering op de dader en de vordering op zijn verzekeraar. En wanneer deze twee vorderingen uit elkaar worden getrokken en door verschillende rechters in verschillende landen worden behandeld, ontstaat zelfs een gerede kans op onverenigbare beslissingen. De Nederlandse rechter kan bijvoorbeeld tot de beslissing komen dat de dader onrechtmatig heeft gehandeld; de Japanse rechter kan daar, met toepassing van Japanse regels van internationaal privaatrecht, heel anders over denken. Dat zou een hoogst ongelukkig resultaat zijn. Het slachtoffer blijft dan met lege handen ten opzichte van de verzekeraar en moet maar hopen dat de dader zijn schuld voldoet. En ook voor de dader kan dit merkwaardige gevolgen hebben. Immers, afhankelijk van de polisvoorwaarden kan dit voor hem betekenen dat er geen dekking onder zijn aansprakelijkheidsverzekering is. Het is immers maar de vraag volgens welk recht de verzekerde aansprakelijk moet zijn, wil er dekking onder de polis zijn.²⁶ Al met al zou ik daarom menen dat het afgeleide karakter van de directe actie met zich brengt dat het gezamenlijk behandelen van de vordering tegen de dader en zijn verzekeraar niet alleen valt te bepleiten, maar zelfs zeer wenselijk is.

2 Het toepasselijke recht op de directe actie

De volgende vraag waarmee de benadeelde te maken krijgt in internationale situaties is naar welk recht wordt bepaald of hij een directe actie heeft en zo ja, wat de omvang van die actie dan is. Het afgeleide karakter van de directe actie is goed terug te zien in het desbetreffende conflictenrecht. Als er al iets geregeld is, wordt de vraag of er een directe actie is namelijk beantwoord in dezelfde regelingen als die welke de verwijzingsregels bevatten voor het

²⁵ Zie het arrest-Kalfelis/Schröder, waarin het HvJ EG ten aanzien van art. 6 EEX besliste dat twee in het kader van eenzelfde schadevergoedingsactie tegen verschillende verweerders gerichte vorderingen, waarvan de ene was gebaseerd op contractuele aansprakelijkheid en de andere op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, niet als samenhangend konden worden beschouwd; HvJ EG 27 september 1988, *NJ* 1990, p. 425.

²⁶ Overigens wordt in polissen van aansprakelijkheidsverzekeringen vaak geheel niet gerept over de vraag naar welk recht de verzekerde aansprakelijk moet zijn, zie de Nederlandse beurspolis voor aansprakelijkheid 2007, te downloaden via www.vnab.nl.

recht dat de rechtsverhouding beheerst waarop de directe actie een reactie is. Dus: of een onrechtmatige daad, of wanprestatie, aanleiding geeft voor een directe actie op de verzekeraar van de pleger van de onrechtmatige daad of van de wanprestatie, wordt geregeld in de regelingen die verwijzingsregels bevatten voor de aan de directe actie voorafgaande onrechtmatige daad of overeenkomst. Voor het op de directe actie toepasselijke recht komen in het algemeen twee stelsels in aanmerking waarbij aangeknoopt kan worden. Er kan worden aangeknoopt bij het recht dat de achterliggende rechtsverhouding tussen dader en benadeelde beheerst, maar er zou ook kunnen worden aangeknoopt bij het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst.

Hoewel de WAM hier verder niet uitgebreid aan de orde komt, noem ik voor verkeersongevallen toch het Haags verkeersongevallenverdrag omdat daaronder niet alleen de WAM-variant kan vallen, maar ook een directe actie zoals die van art. 7:954 BW. De vraag of er een directe actie is voor het slachtoffer, wordt ingevolge art. 9 Haags verkeersongevallenverdrag beheerst door het recht dat op het verkeersongeval van toepassing is. Dus als dat bijvoorbeeld Spaans recht is en het Spaanse recht een dergelijke directe actie kent, komt deze aan de benadeelde toe. Kent het Spaanse recht geen directe actie, dan is daarmee normaal gesproken de kous af voor de benadeelde. Dat resultaat werd door de verdragsopstellers echter als onwenselijk beschouwd en zo zijn er twee conflictenrechtelijke herkansingen ingebouwd. Leidt het op het ongeval toepasselijke recht niet tot een directe actie en was dat toepasselijke recht het recht van het land van registratie (het kenteken), dan mag gekeken worden naar de wet van het land waar het ongeval plaatsvond.²⁷ Kent ook dat recht geen directe actie, dan mag gekeken worden naar het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst. Pas als daar ook geen directe actie uitkomt, houdt het op voor de benadeelde. In de Europese praktijk is de praktische betekenis van deze bepaling sterk afgenomen omdat vrijwel elke Lidstaat een bepaling als die van art. 6 WAM kent, althans zou moeten kennen. Dit volgt uit de vierde en vijfde WAM-richtlijn waarin de lidstaten wordt opgedragen er voor te zorgen dat benadeelden een rechtstreekse vordering kunnen instellen tegen de verzekeraar van de wettelijk aansprakelijke partij.²⁸

Voor andere onrechtmatige daadssituaties dan verkeersongevallen kent het huidige Nederlandse ipr geen geschreven regel. De vraag of de benadeelde een

²⁷ NB: andersom geldt dit dus niet; is het op het ongeval toepasselijke recht het recht van het land waar het ongeval plaatsvond, dan biedt het recht van het land van registratie om mij onbekende redenen geen conflictenrechtelijke herkansing. De enige herkansing is dan het recht van de verzekeringsovereenkomst.

²⁸ Richtlijn nr. 2000/26/EG (*PbEG* 2000, L 181) (4^e WAM-richtlijn) en Richtlijn nr. 2005/14/EG (*PbEG* 2005, L 149) (5^e WAM-richtlijn).

directe actie toekomt, behoort niet tot het delictstatuut zoals dat is omschreven in art. 7 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). Worden kwesties als beperking van aansprakelijkheid of de mogelijkheid het recht op schadevergoeding over te dragen wél beheerst door het recht dat op de onrechtmatige daad van toepassing is, de vraag of het slachtoffer een directe actie op de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft, is niet aan dat recht onderworpen. Althans niet op basis van art. 7 WCOD.²⁹ Met de komst van Rome II wordt dit gat voor buitencontractuele verbintenissen tot schade-vergoeding gedicht.³⁰ Artikel 18 van Rome II bepaalt:

‘Degene die schade heeft geleden, kan zijn vordering rechtstreeks tegen de verzekeraar van de aansprakelijke persoon instellen, indien het op de niet-contractuele verbintenis toepasselijke recht of het op de verzekerings-overeenkomst toepasselijke recht hierin voorziet.’

Ook hier dus een door het begunstigingsbeginsel ingegeven conflictregel. Deze bevat evenwel geen herkansing in de zin van een getrapte verwijzing, maar een facultatieve verwijzingsregel die de benadeelde laat kiezen tussen het ene dan wel het andere recht.

3 Knelpunten artikel 18 Rome II

3.1 Facultatief in plaats van getrap

In afwijking van het begunstigingssysteem zoals we dat kennen uit het Haags verkeersongevallenverdrag,³¹ geeft art. 18 Rome II de benadeelde de vrije keuze tussen het recht dat de onrechtmatige daad beheerst of het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst. Hij hoeft dus niet eerst na te gaan of het onrechtmatige daadsrecht hem een directe actie gunt en zo niet, of dan het toepasselijke verzekeringsrecht uitkomst biedt. De considerans bij Rome II zwijgt over de reden van een dergelijke facultatieve verwijzingsregel, maar uit het voorstel van de Commissie blijkt dat de gedachte achter deze vrije keuze is geweest, dat op deze manier voorzien wordt in een redelijk evenwicht tussen de betrokken belangen. De benadeelde wordt beschermd door hem een keuze te bieden, terwijl deze keuze tegelijkertijd wordt beperkt tot de twee rechtsstelsels

²⁹ Art. 7 WCOD is overigens niet limitatief zodat er ruimte zou zijn om het onrechtmatige daadstatuut uit te breiden tot het al dan niet hebben van een directe actie. Mij is geen rechtspraak of literatuur bekend waarin dit ooit aan de orde is geweest.

³⁰ Door Rome II zal het Haags verkeersongevallenverdrag veel van haar betekenis verliezen. Alleen in gevallen die niet intracommunautair zijn, speelt dat verdrag dan nog een rol, zie art. 28 Rome II.

³¹ Of bijvoorbeeld art. 4, 5 en 6 van het Haags alimentatieverdrag 1973.

waarvan de verzekeraar kan verwachten dat zij toepassing zullen vinden.³² Ik betwijfel evenwel of de bepaling het gewenste resultaat heeft. Voor de verzekeraar geldt dat het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht voor hem inderdaad weinig verrassingen kan hebben voor wat betreft de vraag of tegen hem een directe actie kan worden ingesteld. Op het toepasselijke onrechtmatige daadsrecht daarentegen, kan hij veelal niet anticiperen. Voor de verzekeraar lijkt de facultatieve verwijzingsregel dus niet onverdeeld gunstig. De vraag is of dat wel zo is voor de benadeelde. Wordt zijn beoogde bescherming op deze manier wel bereikt?

Zo lang slechts één van de twee stelsels een directe actie kent, is er niet zo veel aan de hand. Dan werkt de bepaling in wezen hetzelfde als de klassieke begunstigingsbepalingen. De derde-benadeelde komt dan een directe actie toe, die afkomstig is uit het ene dan wel het andere recht. Als beide stelsels een directe actie kennen is er nog steeds niet zo veel aan de hand, mits beide maar identiek zijn naar vorm en inhoud. Echter, wanneer beide stelsels weliswaar een directe actie kennen, maar aanzienlijk verschillen naar vorm en inhoud, kan dit tot de situatie leiden dat de benadeelde eerst uitgebreid, kostbaar en tijdrovend rechtsvergelijkend onderzoek zal moeten doen om te kunnen vaststellen welke optie voor hem de beste is. Bedacht moet namelijk worden dat ieder land zijn eigen eisen en gunsten verbindt aan de directe actie, hetgeen tot sterk afwijkende uitkomsten kan leiden. Zo is naar Nederlands recht de directe actie alleen mogelijk voor personenschade, maar niet voor zaakschade. Het kan voor de benadeelde dus van groot belang zijn om uit te zoeken wat er met een directe actie gevorderd kan worden en wat niet. Bovendien kan het ene stelsel een element bevatten dat gunstig is ten opzichte van het andere stelsel en juist een ander element waarin dat niet het geval is. Om een weloverwogen beslissing te nemen, moeten beide stelsels dus eigenlijk grondig onderzocht worden. Een dergelijk onderzoek kost tijd en geld, en zo kan het ogenschijnlijke voordeel gemakkelijk omslaan in een praktisch nadeel.

Of de facultatieve verwijzingsregel inderdaad zo kan uitwerken, hangt vooral af van het volgende knelpunt van art. 18 Rome II: de materiële reikwijdte van de bepaling. Immers, als zij alleen de vraag beantwoordt of er een directe actie is, dan leidt de vrije keuze voor benadeelde nooit tot meer dan het hebben van een directe actie. Echter, beheerst het verwijzingsresultaat bijvoorbeeld ook de vraag welke verweren de verzekeraar aan de benadeelde kan tegenwerpen, dan komt de facultatieve verwijzingsregel er inderdaad op neer dat de benadeelde het zojuist geschetste diepgravende onderzoek zal moeten doen en heeft hij slechts een schijnvoordeel. Alvorens hier nader op in te gaan, zou ik onderscheid willen maken tussen drie soorten verweren die de verzekeraar zou kunnen

³² Voorstel COM (2003) 427 definitief, 2003/0168 (COD), p. 29 (NB: het ging toen nog om art. 14).

tegenwerpen. In de eerste plaats zijn dat de verweren die de verzekerde aan de benadeelde zou kunnen tegenwerpen als de benadeelde de verzekerde zou aanspreken, de onrechtmatige daadsverweren. Hierbij valt te denken aan het ontbreken van schuld, of het bestaan van medeschuld. In de tweede plaats zijn er de verweren uit de verzekeringsovereenkomst die de verzekeraar aan de verzekerde zou kunnen tegenwerpen als deze, en niet de benadeelde, hem zou aanspreken. Zo zal de verzekeraar niet willen uitkeren als de premies niet betaald zijn. Laten wij dat de dekkingsverweren noemen. In de derde plaats zijn er de verweren die als typische directe actieverweren kunnen worden bestempeld. Ik denk dan aan bijvoorbeeld de naar Nederlands recht geldende regel dat een directe actie alleen voor personenschade kan worden ingesteld en niet voor zaakschade. De dekkingsverweren en de directe actieverweren zal ik hierna samen onder de noemer verzekeringsrechtelijke verweren scharen.

3.2 Wat is de reikwijdte van de verwijzingsregels?

Zoals hiervoor al aangestipt, maakt de tekst van de verwijzingsregel van art. 18 Rome II niet duidelijk of zij alleen voorziet in een verwijzingsregel voor de vraag óf de benadeelde een directe actie toekomt, of ook de vraag bestrijkt hoe aan die actie dan invulling gegeven moet worden. Met dat laatste doel ik op de zojuist beschreven verweren die de verzekeraar ter beschikking staan. De tekst lijkt slechts te doelen op de vraag naar het bestaan van een directe actie, maar niet naar de inhoud en omvang ervan. Er zijn twee scenario's denkbaar: 1) art. 18 regelt alleen de bestaansvraag of 2) art. 18 regelt niet alleen het bestaan van een directe actie, maar ook de inhoud en omvang daarvan. In beide scenario's ontstaan merkwaardige situaties.

Ik merk hier verder nog op dat dezelfde vraag ten aanzien van de reikwijdte geldt voor art. 9 Haags verkeersongevallenverdrag. Ook van die bepaling is niet duidelijk of zij alleen ziet op de bestaansvraag of ook de inhoud en omvang van de directe actie beheerst. In intracommunautaire situaties zal deze onduidelijkheid weinig problemen opleveren omdat de lidstaten vergelijkbare WAM-regelingen (horen te) hebben.³³ In extracommunautaire situaties speelt de reikwijdtevraag echter onverkort een rol. Regelt art. 9 Haags verkeersongevallenverdrag alleen de bestaansvraag, dan blijven wij zitten met de vraag naar het toepasselijke recht op de inhoud van de directe actie. De denkbare scenario's die hierna geschetst worden voor Rome II, gelden, met uitzondering van het facultatieve karakter van de verwijzingsregel, in wezen dus ook voor extracommunautaire situaties onder art. 9 Haags verkeersongevallenverdrag.

³³ Hoogstens zou afwijkend kunnen zijn de aard van het recht; een eigen recht zoals in Nederland, of alleen een directe actie. Ik heb niet verder onderzocht hoe aan de WAM-richtlijnen uitvoering is gegeven in de lidstaten.

Ad scenario 1

Als art. 18 Rome II alleen ziet op het bestaan van de directe actie, dan kan de benadeelde zowel in het delictsstatuut terecht als in het verzekeringsstatuut.³⁴ Laten wij nu veronderstellen dat de onrechtmatige daad wordt beheerst door Nederlands recht, en de verzekeringsovereenkomst door Spaans recht. Laten wij ook veronderstellen dat het Nederlandse recht wel een directe actie kent, maar het Spaanse niet. De benadeelde zal dan kiezen voor het Nederlandse recht om het bestaan van een directe actie op de verzekeraar te bewerkstelligen. Tot zover dan de werking van art. 18 Rome II.

Daarmee zijn wij er echter nog niet want dan weten wij nog niet welk recht de inhoud en omvang van die actie beheerst. Anders gezegd; welk recht beheerst dan de vraag welke verweren de verzekeraar ter beschikking staan? Voor de eerste categorie, de onrechtmatige daadsverweren zou mijns inziens moeten worden aangeknoopt bij het delictsstatuut. Dat ligt voor de hand, het gaat immers om verweren die, zou de verzekeraar even weggedacht worden, de dader aan de benadeelde kan tegenwerpen. Voor de tweede categorie, de dekkingsverweren, zou mijns inziens moeten worden aangeknoopt bij het recht dat op de verzekeringsovereenkomst van toepassing is. Het gaat hier immers om verweren die de verzekeraar onder de verzekeringsovereenkomst, als de benadeelde even weggedacht wordt, aan de verzekerde zou kunnen tegenwerpen. De derde categorie, de typische directe actieverweren, zou mijns inziens eveneens door het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht moeten worden beheerst. Het gaat hierbij immers om in het verzekeringsrecht neergelegde regelingen.

Zouden wij de werking van art. 18 Rome II inderdaad alleen beperkt moeten zien tot de vraag naar het bestaan van de directe actie en zouden wij de inhoudelijke vervolgvragen inderdaad zo oplossen als zojuist voorgesteld, dan kan dit evenwel tot een merkwaardig en onwerkbaar resultaat leiden. Laten wij even terug gaan naar het voorbeeld. Het Nederlandse recht dat van toepassing is op de onrechtmatige daad kent een directe actie, maar het Spaanse recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst niet. Dan ontstaat dus de situatie dat de benadeelde een directe actie heeft, maar dat de invulling daarvan voor wat betreft het verzekeringsrechtelijke deel blanco blijft. Moeten wij dan alsnog ook voor de inhoud maar aanknopen bij het delictsstatuut? Of blijft de verzekerde dan alsnog met (half) lege handen staan? Dat lijkt mij bepaald niet wenselijk en schiet in elk geval de ratio van de bepaling: het te hulp schieten van benadeelden, voorbij.

³⁴ Verzekeringsstatuut is geen gangbare term, maar ik zal hem hier gebruiken om het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst aan te duiden.

Ad scenario 2

In dit scenario gaan wij er van uit dat het de bedoeling is geweest om niet alleen de bestaansvraag te doen beheersen door de verwijzingsregel van art. 18 Rome II, maar ook de vraag naar de omvang en de inhoud van de directe actie.³⁵ Ook dan rijzen – nog grotere – problemen. Bij de directe actie worden de vragen óf er een dergelijke actie is, en zo ja, hoe deze dan moet worden ingevuld dan door hetzelfde recht bestreken. Beide worden beheerst door ofwel het delictsstatuut, ofwel het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst. In ons voorbeeld betekent dit dat benadeelde zal opteren voor het delictsstatuut, Nederlands recht. Dat recht zal in dit scenario dan niet alleen de vraag of er een directe actie is beantwoorden, maar ook de vraag wat de materieelrechtelijke positie van de verzekeraar is. Dit is merkwaardig. Er wordt dan via het onrechtmatige daadsrecht leentjebuurt gespeeld bij het verzekeringsrecht, zonder dat het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht een rol speelt. Dus de vraag of de verzekeraar dekking mag weigeren aan benadeelde als de verzekerde zijn premie niet heeft betaald, zou dan worden beheerst door Nederlands verzekeringsrecht, terwijl de verzekeringsovereenkomst door Spaans recht wordt beheerst, dat verder voor de inhoud van de directe actie geen enkele rol speelt. Dat lijkt mij een vreemde situatie. Immers, de benadeelde oefent naar Nederlands recht niet meer uit dan het *ius agendi*, dus hij oefent de rechten uit die de oorspronkelijke verzekerde onder de verzekeringsovereenkomst heeft. Het is dan op zijn zachtst gezegd bizar dat deze uitoefening door een ander recht zou worden beheerst dan dat wat van toepassing is tussen de verzekerde en de verzekeraar.

4 De bedoeling van art. 18 Rome II

Het is niet eenvoudig om de bedoeling van art. 18 Rome II te achterhalen. De letterlijke tekst lijkt niet verder te strekken dan scenario 1. Echter, in haar toelichting bij art. 14 van haar voorstel schrijft de Commissie:

‘De omvang van de verplichtingen van de verzekeraar wordt in elk geval beheerst door het recht dat van toepassing is op het verzekeringscontract.’³⁶

Niet duidelijk is of daarmee zowel de dekkingsverweren als de directe actieverweren zijn bedoeld. Ook is niet duidelijk waarom deze verwijzingsregel niet in de verordening is opgenomen. Er is in latere documenten ook met geen woord meer over gerept, zodat wij niet weten of wij dit onderdeel van de verwijzingsregel nu wel of niet in art. 18 Rome II mogen lezen. Ik zou durven

³⁵ In vergelijkbare zin voor het Haags verkeersongevallenverdrag ook: De Bosch Kemper & Gruben 2003, p. 84-85 (zie noot 14).

³⁶ Voorstel COM (2003) 427 definitief, 2003/0168 (COD), p. 29.

betogen van wel. Wij mogen er dan vanuit gaan dat het mogelijkwjs op het bestaan van de directe actie toepasselijke onrechtmatige daadsrecht, *niet* de verzekeringsrechtelijke aspecten van de directe actie beheerst. Ik durf verder wel een lans te breken voor de aanname dat met de verplichtingen van de verzekeraar zowel de dekkingsvraagstukken als directe actie vraagstukken moeten zijn bedoeld. Een en ander zou ook aansluiten bij de eerder beschreven bevoegdheidsregels, die voor de bevoegdheid voor de directe actie nu juist wel aansluiten bij de bevoegdheidsregels in verzekeringszaken, en niet bij – bijvoorbeeld – de bevoegdheidsregels voor onrechtmatige daadsacties. Aansluiting bij Brussel I is bovendien een doelstelling van Rome II. In paragraaf 7 van de considerans van Rome II staat met zoveel woorden dat de bepalingen van de verordening moeten stroken met Verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I).

5 Contractuele situaties

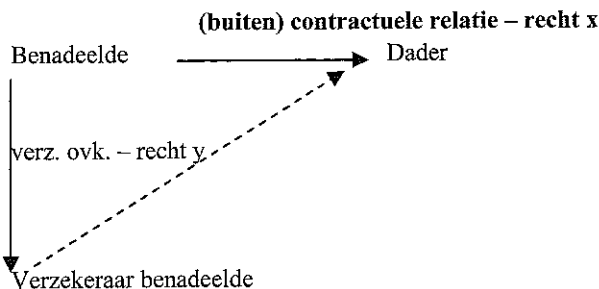
Wij hebben tot nu toe alleen gesproken over delictuele situaties, maar zoals in de inleiding al aangegeven hoeft de schade van de benadeelde niet per se voort te vloeien uit een buitencontractuele relatie met de dader. Ook wanprestatie onder een overeenkomst kan tot (personen)schade voor de benadeelde leiden. Voor de vraag of een dergelijke benadeelde een directe actie toekomt, kunnen wij niet bij Rome II te rade gaan. De achterliggende contractuele rechtsverhouding valt immers buiten de materiële reikwijdte van de verordening. De bron die hier uitkomst zou moeten bieden is het EVO.³⁷ Dit verdrag zwijgt echter over de vraag welk recht de vraag beheerst of een schadelijdende partij een directe actie heeft. Art. 10, dat het contractsstatuut bepaalt, noemt het bestaan van een directe actie niet. Mij is ook omtrent deze kwestie geen rechtspraak bekend waaruit een ongeschreven regel van ipr valt af te leiden. Zouden wij zelf een dergelijke verwijzingsregel moeten formuleren, dan ligt het voor de hand om de voorgestelde lijn van de delictuele verhoudingen te volgen. Dat zou dan betekenen dat de vraag óf er een directe actie bestaat, door het recht wordt beheerst dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst. De vraag welke verzekeringsrechtelijke verweren de verzekeraar heeft, wordt eveneens door dat recht beheerst. De vraag of er wel of geen aansprakelijkheid is, wordt ten slotte beheerst door de overeenkomst tussen dader en benadeelde.

³⁷ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, waarvoor t.z.t. de Verordening Rome I in de plaats treedt.

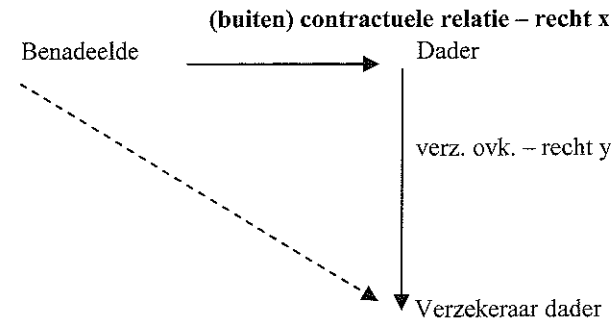
V Tussenconclusie: verwijzingsregel Rome II in zijn huidige vorm te onduidelijk; een alternatief

Gezien het voorgaande kan niet anders geconcludeerd worden dan dat art. 18 Rome II in zijn huidige redactie niet erg gelukkig is, al was het maar omdat het grotendeels gissen is wat er precies mee bedoeld wordt. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede en is derhalve ongunstig voor alle betrokken partijen. Een specifiek nadeel voor de benadeelde is verder dat het facultatieve karakter van de verwijzingsregel voor hem een zware last tot internationale rechtsvergelijking kan betekenen. En de verzekeraar loopt, als wij art. 18 Rome II toch als scenario 2 moeten opvatten, de kans dat de overeenkomst waarbij hij partij is, en waarvan hij de consequenties kent, geen rol speelt in zijn (van buitenaf opgedrongen) relatie met de benadeelde. Zowel onder het eerste als het tweede scenario lopen wij dus ergens vast en dat had niet hoeven als de opstellers van de verordening duidelijk hadden gemaakt welke onderwerpen onder de verwijzingsregels vallen en bovenal, als zij niet voor de facultatieve oplossing hadden gekozen. Dit had betrekkelijk eenvoudig gekund door aan te knopen bij die andere figuur uit het verzekeringsrecht waarbij dezelfde drie partijen betrokken zijn: subrogatie. Bij subrogatie treedt de verzekeraar die de schade vergoedt aan zijn verzekerde krachtens art. 7:962 BW in de schadevergoedingsrechten van de verzekerde op de schadeveroorzakende derde(n). Ook hier: een rechtsverhouding tussen dader en benadeelde, en een verzekeringsovereenkomst tussen verzekerde en verzekeraar. Ik geef de figuren subrogatie en directe actie hieronder schematisch weer. De doorgetrokken pijlen zijn de oorspronkelijke verbintenissen. De gestippelde pijlen vertegenwoordigen de verhouding die ontstaat tussen de verzekeraar en de dader (subrogatie) en tussen de verzekeraar en de benadeelde (directe actie):

Subrogatie (art. 19 Rome II)



Directe actie (art. 18 Rome II)



Art. 19 Rome II gaat over subrogatie en bepaalt dat de vraag óf de verzekeraar subrogeert in de rechten van de benadeelde, wordt beheerst door het recht dat de overeenkomst tussen de verzekeraar en de benadeelde (verzekerde) beheerst (recht y in het schema). Dat ligt voor de hand; zo weet de verzekeraar immers op voorhand of hij na uitkering van de schade wel of niet subrogeert. De mate waarin de verzekeraar de rechten van de benadeelde kan uitoefenen jegens de dader, wordt daarentegen beheerst door het recht dat van toepassing is tussen benadeelde en dader (recht x in het schema). Ook daar schuilt iets logisch in; de verzekeraar treedt immers als het ware in de positie van de benadeelde en zal zich dus hebben te schikken naar het recht dat tussen de oorspronkelijke partijen bij het geschil geldt.

Iets dergelijks zou ook voor de directe actie kunnen gelden. De bestaansvraag zou – net als bij subrogatie – wat mij betreft alléén moeten worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst. De vervolgvraag, namelijk welke verweren de verzekeraar vervolgens aan de benadeelde kan tegenwerpen wordt voor de aansprakelijkheidsverweren uiteraard door het onrechtmatige daadsrecht beheerst (recht x). Immers, de verzekeraar treedt als het ware in de positie van de dader. Kan de dader zijn aansprakelijkheid afweren op grond van het toepasselijke onrechtmatige daadsrecht, dan kan de verzekeraar dat op diezelfde gronden. Eventuele verzekeringsrechtelijke verweren die hem vis à vis de oorspronkelijke verzekerde mogelijk kunnen bevrijden, zouden moeten worden beheerst door het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst. Hetzelfde geldt voor specifieke directe actieverweren. In ons voorbeeld zou dit concreet betekenen dat de vraag of de benadeelde een directe actie heeft, beheerst wordt door Spaans recht. Benadeelde komt dan geen directe actie toe. Dat is dan niet anders.³⁸ Zou het

³⁸ NB: voor slachtoffers van verkeersongevallen zal zich dit niet snel voordoen nu vrijwel alle lidstaten in hun WAM-wetgeving een rechtstreekse actie tegen de verzekeraar van de dader hebben opgenomen.

Spaanse verzekeringsrecht een dergelijke actie wel kennen, dan komt benadeelde wel een directe actie toe. Of de verzekeraar zich op bijvoorbeeld beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid kan beroepen, hangt af van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht. Of de verzekeraar dekking mag weigeren omdat de verzekerde geen premies heeft betaald, wordt door Spaans (verzekerings)recht beheerst. En of dat verweer ook aan de benadeelde mag worden tegengeworpen, wordt dan eveneens door het Spaanse verzekeringsrecht beheerst.

Met een dergelijke verwijzingsregel zou het specifieke karakter van de directe actie veel beter tot zijn recht komen. Nadeel is dat het een betrekkelijk gecompliceerde, want in drie delen uiteenvallende, verwijzingsregel oplevert, maar dat hangt nu eenmaal samen met het feit dat het bij de directe actie om tenminste twee rechtsverhoudingen gaat, waarbij tenminste drie partijen zijn betrokken. Een ander nadeel is dat de conflictenrechtelijke herkansing niet in dit plaatje past. Maar dit is een schijnbaar nadeel. Immers, als er al een herkansing moet worden ingebouwd, dan zouden wij weer met het probleem kunnen worden geconfronteerd zoals ik dat hiervoor onder scenario 1 schetste. Dan ontstaat opnieuw de mogelijkheid dat het onrechtmatigedaadsrecht de bestaansvraag beheerst omdat dat recht de mogelijkheid van een directe actie biedt, terwijl het zou kunnen dat het verzekeringsrecht dat (deels) de invulling blijft beheersen helemaal geen rechtstreekse actie kent. Nogmaals, binnen dit scenario staat de benadeelde dan alsnog met lege handen en dat kan zéker niet de bedoeling van het begunstigingsbeginsel zijn.

VI Beïnvloedingsmogelijkheden vanuit het IPR

Tot slot een onderwerp dat ik zijdelings aan de orde wil stellen, namelijk dat van de rechtskeuze in de verzekeringsovereenkomst. Hoe wij art. 18 Rome II ook moeten uitleggen, het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht speelt altijd een rol. Ofwel als een van de twee keuzemogelijkheden onder de facultatieve verwijzingsregel van art. 18 Rome II, waarna de invulling van de directe actie aan het ongeschreven ipr wordt overgelaten, waarbij het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht voor de verzekeringsverweren ook weer een rol speelt. Ofwel als een van de twee keuzemogelijkheden, die, wanneer zij gekozen wordt, zowel het bestaan als de inhoud van de directe actie beheerst. En als wij ooit naar een verwijzingsregel zouden gaan zoals voorgesteld, namelijk voor de bestaansvraag van de directe actie alléén aanknopen bij het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, is het belang van het recht dat die overeenkomst beheerst nog groter. Betekent dit dat de listige verzekeraar – in de praktijk altijd degene die de verzekeringsovereenkomst maakt – kan anticiperen en een rechtskeuze kan opnemen voor

een rechtsstelsel dat geen directe actie kent? Op die manier zou hij er onder art. 18 Rome I in elk geval voor kunnen zorgen dat de benadeelde hoogstens één stelsel ter beschikking staat met een directe actie, dat van het onrechtmatige daadsrecht. En zo kan hij er ook voor zorgen dat als de inhoudelijke invulling van de directe actie vervolgens deels door het verzekeringsstatuut wordt beheerst (het hierboven geschetste scenario 1), dit een lege huls blijft.

Het toepasselijk recht op verzekeringsovereenkomsten wordt voor lidstatelijke risico's onder meer beheerst door de tweede en derde richtlijn voor het schadeverzekeringsbedrijf, in Nederland geïmplementeerd in de Wet conflictenrecht schadeverzekering.³⁹ Voor buiten de lidstaten gelegen risico's worden de verwijzingsregels geleverd door het EVO.⁴⁰ Het gaat te ver om de bepalingen hier uitgebreid te behandelen, maar binnen beide regelingen is rechtskeuze in beginsel mogelijk. En binnen beide regelingen kan de rechtskeuze worden beperkt door regels van dwingend recht. Die kunnen niet door een rechtskeuze opzij worden gezet. Ik laat in het midden om welke regels het dan gaat: die van de *lex fori*, of die van het objectief toepasselijke recht. Ik merk slechts op dat in zo'n geval de vraag kan gaan spelen of het wegcontracteren van de anders bestaande directe actie wel kan, of dat het toekennen van een directe actie aan een benadeelde als regel van superdwingend privaatrecht moet worden beschouwd en dus niet door middel van een rechtskeuze opzij gezet kan worden. Ik neig er toe om dit laatste nu niet meteen aan te nemen. Het is natuurlijk wel de vraag of het rechtskeuze-instrument er een is dat vaak gebruikt zal worden door verzekeraars. Ik kan mij eigenlijk nauwelijks voorstellen dat verzekeraars een ander recht dan bijvoorbeeld dat van hun vestigingsland, of dat van een in een bepaalde branche gebruikelijk land,⁴¹ zullen kiezen, enkel en alleen om een directe actie te omzeilen. Zij lopen daarmee immers ook het risico dat zij weliswaar de directe actie buiten de deur weten te houden, maar mogelijk andere ongunstige elementen uit het gekozen recht daarmee binnenhalen. De kans dat de derde-benadeelde op die manier een directe actiemogelijkheid ontnomen wordt, lijkt mij dan ook niet groot.

VII Conclusie

Wij hebben nu beschreven hoe de directe actie haar beslag heeft gekregen in het internationaal privaatrecht. De vraag die resteert, is of de derde-

³⁹ Richtlijn nr. 88/357/EEG en Richtlijn nr. 92/94/EEG (*PbEG* 1988, L 172).

⁴⁰ Zie voor een overzicht van het conflictenrechtelijke regime voor verzekeringsovereenkomsten: C.A. Joustra, 'Het voorstel voor een Rome-I-Verordening: een nieuwe kans voor het ipr voor verzekeringsovereenkomsten?', *NTHR* 2006, p. 130-137.

⁴¹ Denk aan Engels recht in maritieme verzekeringen.

benadeelde voldoende houvast heeft aan de bestaande regels. Wat betreft de bevoegdheidsvraag hangt het er vooral van af of zijn directe actie gericht is tegen een in een lidstaat gevestigde verzekeraar of niet. In het eerste geval heeft de benadeelde op basis van de Brussel I verordening een ruime keuze uit *fora*, waaronder dat van zijn eigen woonplaats. De regeling van Brussel I biedt de derde-benadeelde aldus zonder meer voldoende bescherming. In het geval dat Brussel I niet van toepassing is, ligt dat anders. Dan staat de benadeelde er door het ontbreken van een met Brussel I vergelijkbare regeling aanzienlijk minder gunstig voor. Hoogstens kan hij proberen om via de regeling van meerdere gedaagden van art. 7 Rv. de verzekeraar dichtbij huis in rechte te betrekken, maar het is niet duidelijk of hij daarin zal slagen. Ten aanzien van het toepasselijke recht geldt voor delictuele situaties dat de bepaling van art. 18 van Rome II zoals deze nu is, wat mij betreft te veel onduidelijkheden laat. Dat is een gemiste kans en leidt er straks toe dat er lange tijd aan Hofjurisprudentie overheen moet gaan voordat er wellicht een enigszins werkbare verwijzingsregel ontstaat. Belangrijkste conclusie is verder misschien wel dat er voor de bestaansvraag van een directe actie mijns inziens alléén aangeknoopt zou moeten worden bij het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst. Echter, de realiteit is dat we het voorlopig zullen moeten doen met art. 18 Rome II zoals die er nu ligt en ik niet de pretentie heb dat deze bijdrage mijnerzijds aanleiding zal zijn voor een wijziging op korte termijn van de verordening. De meest te prefereren oplossing voor dit moment, is mijns inziens, mede gelet op de toelichting van de Commissie bij haar voorstel en de aansluiting bij Brussel I, dan ook de beperkte lezing van scenario 1. Alleen de vraag óf een directe actie bestaat, wordt beheerst door het delicts- of het verzekeringsstatuut. De benadeelde mag kiezen. Dat is in zoverre voordelig voor hem dat de kans groter is dat hij een directe actie heeft. Nadelig is dat het kan betekenen dat hij een tijd- en geldrovend onderzoek moet doen om vast te stellen welk van de twee stelsels hem een gunstiger positie biedt. Het vaststellen van de omvang en de inhoud van de directe actie vindt vervolgens door de hier voorgestelde – ongeschreven – verwijzingsregels plaats. Dat levert voor de derde-benadeelde dan het nadeel op dat hij met verzekeringsrechtelijke verweren geconfronteerd kan worden die afkomstig zijn uit het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, en waarmee hij dus voor zijn gevoel niets te maken heeft. Echter, het zou mijns inziens te ver gaan om ook die verweren door het delictstatuut te laten beheersen. Zoals hiervoor al aangegeven, is het op juridisch dogmatische gronden wat mij betreft gewoon onjuist om bijvoorbeeld een dekkingsverweer dat de verzekeraar zou hebben

op grond van het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, opzij te laten zetten door andersluidende regels ten aanzien van die dekking uit het delictsstatuut. Dat zou kunnen betekenen dat de derde-benadeelde in sommige gevallen geen, of een uitgeklede, rechtstreekse vordering op de verzekeraar blijkt te hebben, maar in de meeste gevallen zal hij wel degelijk gebruik kunnen maken van een directe actie tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar.