

# Jurisprudentie

**Directe actie als de verzekerde rechtspersoon niet meer bestaat: uitzondering op meldingsplicht geldt volgens de Hoge Raad voor alle schades**

*HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150*

## Inleiding

Op 1 februari 2019 heeft de Hoge Raad de reikwijdte van de uitzondering op het meldingsvereiste voor een beroep op de directe actie van artikel 7:954 Burgerlijk Wetboek (BW) verduidelijkt.<sup>1</sup> Volgens lid 2 van artikel 7:954 BW is voor een beroep op de directe actie niet nodig dat de schade door de aansprakelijke verzekerde aan de aansprakelijkheidsverzekeraar is gemeld, als de verzekerde een rechtspersoon was die heeft opgehouden te bestaan. In alle andere gevallen kan de directe actie alleen worden uitgeoefend als de schade door de verzekeringnemer of verzekerde wél is gemeld bij de aansprakelijkheidsverzekeraar. In het onderhavige arrest stond ter discussie of dit voor alle schades geldt of alleen voor de zogenaamde *long tail*-schades: schades die zich pas (na lange tijd) manifesteren *nadat* een rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan. Alvorens nader op de uitkomst van het arrest in te gaan, sta ik eerst stil bij de achtergrond van de directe actie. Ik sluit af met wat gedachten over de gevolgen van het arrest voor de positie van de benadeelde.

## Achtergrond directe actie van artikel 7:954 BW

Sinds 2006 is de directe actie in de wet opgenomen, waardoor het voor benadeelden in letsel- en overlijdenszaken mogelijk is om rechtstreekse betaling van de verzekeringsuitkering te vorderen van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij. Aan de directe actie ligt de gedachte ten grondslag dat in het geval de veroorzaker van een ongeval zijn aansprakelijkheid heeft verzekerd en die verzekering dekking biedt, de verzekeringsuitkering zo veel mogelijk bij de benadeelde terecht moet komen. De aansprakelijkheidsverzekering zou in het perspectief van slachtofferbescherming tekortschieten als de verzekeringsuitkering bij de aansprakelijke verzekerde zou blijven steken of bij faillissement aan de schuldeisers van de aansprakelijke verzekerde ten goede zou komen. Weliswaar wordt hiermee het principe van de *paritas creditorum* doorbroken, maar de andere schuldeisers behoeven niet te profiteren van het feit dat aan de benadeelde schade is toegebracht. De wetgever gaat er bovendien van uit dat er een onverbreekelijke band is tussen de vordering van de benadeelde op de verzekerde enerzijds en de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar anderzijds. De verzekering voldoet niet aan haar doel als anderen dan de benadeelde profiteren van de uitkering.<sup>2</sup>

Ook zonder de directe actie geniet de benadeelde weliswaar bescherming via het voorrecht van artikel 3:287 BW, waardoor hij zijn schadevergoedingsvordering met voorrang kan verhalen op de vordering van de aansprakelijke verzekerde op diens verzekeraar. Dit voorrecht gaat boven alle vorderingen van derden, waaronder pandrechten en het voorrecht van de fiscus uit artikel 21 lid 1 Invorderingswet 1990; zelfs overdracht van de vordering van de verzekerde op de verzekeraar doet het voorrecht niet teniet. Niettemin schiet het voorrecht in een aantal gevallen tekort:<sup>3</sup>

- Het voorrecht gaat teniet als de verzekeraar uitkeert. Gaat de verzekerde na uitkering failliet, dan heeft de benadeelde slechts nog een concurrente vordering.
- Gaat de verzekerde reeds vóór uitkering failliet, dan moet de benadeelde wachten op de uitdelingslijst en is de verzekeringsuitkering onderworpen aan de omslag van de algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 Faillissementswet.
- De positie van de benadeelde wordt bovendien te meer kwetsbaar als de verzekeraar dekking weigert. Door het voorrecht van artikel 3:287 BW heeft de boedel weinig belang bij een procedure tegen de verzekeraar tot uitkering onder de verzekering. De boedel loopt immers het risico van de kosten van de procedure, terwijl deze bij een gunstige uitkomst van de procedure enkel een bijdrage aan de algemene faillissementskosten verkrijgt.<sup>4</sup>

De directe actie impliceert geen eigen recht op schadevergoeding. De benadeelde heeft alleen de bevoegdheid om de vordering van de verzekerde op de verzekeraar te gelde te maken. De directe actie van artikel 7:954 BW verschilt hiermee met de directe actie van artikel 6 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen en artikel 3.29 Wet Natuurbescherming, die wél een eigen recht op schadevergoeding bevatten. Volgens de wetgever is het voor andere terreinen niet noodzakelijk om een aansprakelijkheidsverzekering verplicht te stellen en hoeft er dus ook geen eigen recht op schadevergoeding te zijn. Dit betekent dat de verzekeraar zich tegenover de benadeelde mag beroepen op een uit de wet of polisvoorwaarden voortvloeiende nietigheid, verweer of verval. De wetgever noemt als voorbeelden de gevolgen van schending van de mededelingsplicht, verrekening, opzet, schorsing of beëindiging van dekking wegens niet betalen van vervolgpremie, en de meldings- en bereddingsplicht.<sup>5</sup>

1. HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150.

2. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 32.

3. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/612-614. Zie ook Kamerstukken II 1999/2000, 15529, 5, p. 33.

4. Cessie van de uitkering aan de benadeelde kan in dit geval een oplossing bieden. Vaak staat hier wel betaling van een bijdrage aan de boedel tegenover, zodat de benadeelde alsnog meebetaalt aan de algemene faillissementskosten. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/614.

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

Zoals genoemd kan de directe actie pas worden uitgeoefend als de schade door de verzekeringnemer of verzekerde is gemeld bij de verzekeraar. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt hiervoor als reden:<sup>6</sup>

‘De benadeelde kan ingevolge de onderhavige bepaling alleen rechtstreekse betaling verlangen indien de verzekeraar ingevolge [art. 7:941 BW] de verwezenlijking van het risico is gemeld. Dit biedt de verzekerde de mogelijkheid om buiten de verzekering om de benadeelde schadeloos te stellen. Denkbaar is dat de verzekerde om hem moverende redenen hiervoor verkiest, bijvoorbeeld om het verlies van een no claim-korting te voorkomen. Onwenselijk is dat de benadeelde door rechtstreekse betaling van de verzekeraar te verlangen dit streven zou kunnen doorkruisen. Indien evenwel de verzekerde zich wel wil beroepen op de verzekering, dan zal hij de verwezenlijking van het risico ingevolge [art. 7:941 BW] zo spoedig mogelijk bij de verzekeraar moeten melden. Overigens komt de benadeelde alleen deze bevoegdheid toe indien de verwezenlijking van het risico door de verzekerde of door de verzekeringnemer is gemeld. Daarmee geven zij immers aan zich op de verzekering te willen beroepen. Een melding door andere personen geeft de benadeelde deze bevoegdheid niet.’

Het dient aldus aan de verzekerde te worden overgelaten of hij uitkering onder de verzekeringspolis verlangt ter schadeloosstelling van de benadeelde, of dat hij de benadeelde zelf – buiten de verzekering om – schadeloos stelt.

Indien de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan, kan deze de schade niet meer melden bij de verzekeraar. Om dit te ondervangen is in lid 2 van artikel 7:954 BW bepaald dat de benadeelde zonder melding de directe actie kan uitoefenen. Voorwaarde is hierbij wel dat de verplichting tot vergoeding van de schade van de benadeelde niet van de aansprakelijke verzekerde op een ander is overgegaan, zoals bij fusie of splitsing het geval is. De wetgever motiveert deze uitzondering op het meldingsvereiste met het voorbeeld van een *long tail*-schade:<sup>7</sup>

‘Indien de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan, kan deze de verzekeraar de verwezenlijking van het risico niet meer melden. Deze situatie kan zich voordoen bij een *long tail*-schade waarbij tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het zich manifesteren van de schade een lange periode ligt waarin de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan. Omdat in dat geval geen melding door de verzekerde aan de verzekeraar kan worden gedaan, kan de benadeelde ingevolge het tweede lid zonder melding aan de verzekeraar rechtstreekse betaling verlangen.’

De parlementaire geschiedenis vervolgt met een uitleg waarom de directe actie in zo’n geval voordelig is:

‘Vaak houdt een rechtspersoon op te bestaan na ontbinding, of door een vereffening na ontbinding (vgl. art. 2:19 BW). Het voordeel van een directe actie bij het zich nadien manifesteren van schade is dat de benadeelde dan niet op de voet van art. 2:23c BW om heropening van de vereffening moet verzoeken. Vgl. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258. De benadeelde kan zich immers direct tot de verzekeraar wenden.’

Het genoemde arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 1997<sup>8</sup> heeft tot de zogenaamde ‘Andeweg-constructie’ geleid (vernoemd naar de eisende partij). In die zaak openbaarde zich bij de benadeelde pas na de vereffening van de verzekerde de ziekte mesothelioom. De Hoge Raad stond in dit arrest de heropening van de vereffening van het vermogen van de werkgever op grond van artikel 2:23c BW toe.

Toch is ook de constructie van de directe actie in de situatie dat de verzekerde rechtspersoon niet meer bestaat niet zonder meer zaligmakend. De parlementaire geschiedenis noemt in aansluiting op het voorgaande:

‘Hierbij zij wel opgemerkt dat in die situatie niet ondenkbaar is dat de aansprakelijkheidsverzekering van de rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan geen of slechts een beperkte uitloopdekking biedt in welk geval het mogelijk is dat de benadeelde geen betaling van de verzekeraar meer kan verlangen. Dan dient de benadeelde toch tot heropening van de vereffening te verzoeken, wat overigens alleen kan indien er een saldo is (geweest).’

#### Arrest HR 1 februari 2019

In het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2019 sprak de benadeelde onder meer de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer aan op grond van de directe actie voor de schade die hij bij de uitvoering van zijn werkzaamheden op de bouwplaats had opgelopen. De benadeelde was tien meter naar beneden gevallen toen hij over een dakplaat liep, die onder hem afbrak. Toen de benadeelde de hoofdaannemer aansprak, bleek die reeds in staat van faillissement te zijn verklaard. Ruim drie jaar na de aansprakelijkstelling is het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten en hield de hoofdaannemer op te bestaan. De curator had in de tussentijd de schade niet gemeld bij de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het ging in deze zaak dus niet om een *long tail*-schade. Pas nadat de schade was opgetreden, hield de aangesproken partij op te bestaan.

Zowel de kantonrechter als het hof wijst de vordering van de benadeelde op de verzekeraar af, omdat de schade niet door de aangesproken verzekerde bij de verzekeraar was gemeld en

6. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 38-39.

7. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 39.

8. HR 31 oktober 1997, NJ 1998/258 m.nt. P. van Schilfgaard (Andeweg).

lid 2 van artikel 7:954 BW, dat een uitzondering op het meldingsvereiste bevat, niet van toepassing is. Het hof overweegt:

‘Met zijn stelling dat hij onder deze omstandigheden zonder melding van [de hoofdaannemer/verzekerde] rechtstreeks van [verzekeraar] betaling kan verlangen, ziet [eiser] er aan voorbij dat hier slechts sprake is van een directe actie en niet van een eigen recht (...).

Het hof is, met [verzekeraar], van oordeel dat lid 2 van voormelde bepaling ziet op de situatie dat de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan vóór de verwezenlijking van het risico (zogenoemde “long tail schade”) en er dus geen melding meer aan de verzekeraar kán worden gedaan.’

Het hof motiveert dit onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis,<sup>9</sup> waarin wordt genoemd dat een rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan de verwezenlijking van het risico niet meer kan melden aan de verzekeraar. Deze situatie doet zich volgens het hof niet voor: het ongeval dateerde immers van vóór het faillissement en de latere ontbinding van de rechtspersoon.

In cassatie staat de vraag centraal wat het precieze bereik van lid 2 van artikel 7:954 BW is: geldt het meldingsvereiste alleen niet in de situatie dat de verzekerde rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan voordat de schade zich manifesteert (zoals bij *long tail*-schade), of geldt dit vereiste evenmin in de situatie dat de verzekerde rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan nadat de schade zich heeft gemanifesteerd? De Hoge Raad gaat allereerst in op de in de parlementaire geschiedenis genoemde strekking van de directe actie, te weten de bescherming van de benadeelde en de functie die een aansprakelijkheidsverzekering in het maatschappelijk verkeer vervult. Zonder directe actie zou het recht op schadevergoeding van de benadeelde bij faillissement van de aansprakelijke partij vaak illusoir zijn. De Hoge Raad vervolgt dat het meldingsvereiste in het belang van de verzekerde is opgenomen, die de keus moet hebben om de schade zelf af te wikkelen dan wel een beroep op zijn verzekering te doen. Ten slotte haalt de Hoge Raad het hierboven aangehaalde citaat uit de parlementaire geschiedenis aan over de verzekerde rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan en daardoor dus geen schade meer kan melden, zoals zich bij *long tail*-schade kan voordoen, waardoor rechtstreekse betaling zonder melding kan worden verlangd. De Hoge Raad oordeelt tegen deze achtergrond:<sup>10</sup>

‘Dat de wetgever bij het opnemen van de uitzondering op het meldingsvereiste in art. 7:954 lid 2 BW blijkens de zojuist aangehaalde passage heeft gedacht aan gevallen waarin de schade zich pas openbaart nadat de aansprakelijke partij heeft opgehouden te bestaan (“long tail-schade”), betekent niet dat art. 7:954 lid 2 BW zo moet worden uit-

gelegd dat de bepaling tot die gevallen beperkt is. De tekst van de bepaling geeft geen aanleiding voor die beperkte uitleg. Ook past die uitleg niet bij de strekking van de directe actie, te weten bescherming van degenen die schade hebben geleden door dood of letsel tegen insolventie van de aansprakelijke partij (zie hiervoor in 3.3.2).’

De Hoge Raad overweegt in aansluiting hierop ook dat hoewel de wetgever in de veronderstelling was dat het meldingsvereiste in de praktijk niet in de weg zou staan aan de uitoefening van de directe actie, bij een beperkte opvatting van lid 2 de benadeelde toch belemmerd zou worden. Een benadeelde is immers soms pas enige tijd nadat de schade zich heeft voorgedaan in staat de aansprakelijke partij te identificeren en stappen te ondernemen om die partij te bewegen de schade te melden bij de verzekeraar, terwijl de aansprakelijke partij dan inmiddels kan hebben opgehouden te bestaan. Ten slotte kan het belang van de verzekerde om buiten de verzekering om de schade af te wikkelen geen gewicht in de schaal leggen als de verzekerde niet langer bestaat.

Van belang is ten slotte nog de afsluitende overweging van de Hoge Raad:<sup>11</sup>

‘Het voorgaande laat onverlet dat de aansprakelijkheidsverzekeraar in geval van een directe actie van de benadeelde de verweren kan invoeren die hij tegen de verzekerde zou hebben kunnen invoeren, waaronder het verweer dat de verzekeringnemer of de verzekerde niet heeft voldaan aan de verplichting de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar te melden zodra hij daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn (art. 7:941 lid 1 BW).’

De Hoge Raad benadrukt hiermee het afgeleide karakter van de directe actie: het is geen eigen recht, maar slechts een bevoegdheid om van de verzekeraar rechtstreekse betaling te verlangen van hetgeen de verzekeraar aan de verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst moet uitkeren. Dekkingsverweren alsook bijvoorbeeld het verrekenen van het overeengekomen eigen risico kunnen aldus nog steeds roet in het eten gooien als de benadeelde rechtstreekse betaling verlangt.

#### **Biedt het arrest nu wezenlijk meer bescherming?**

Om te beginnen doet het arrest mijns inziens recht aan de positie van de benadeelde. Niet alleen in de situatie dat de verzekerde rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan voordat de schade zich heeft verwezenlijkt, maar ook in de situatie dat dit gebeurt nadat de schade zich openbaart, kan die verzekerde geen melding meer doen bij de verzekeraar, simpelweg omdat hij niet meer bestaat. Als in zo’n situatie de directe actie niet kan worden uitgeoefend omdat de schade niet is gemeld, zou de benadeelde de Andeweg-constructie moeten toepassen, die de wetgever nu juist beoogde niet meer nodig te laten zijn.

9. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 39.

10. HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, r.o. 3.3.2-3.3.5.

11. HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, r.o. 3.3.7.

Daarbij komt dat het beperken van de uitzondering op het meldingsvereiste tot *long tail*-schade naar mijn mening niet strookt met de letterlijke tekst in de parlementaire geschiedenis, waarin *long tail*-schade alleen als voorbeeld wordt genoemd.<sup>12</sup> Zoals hiervoor reeds geciteerd staat in de parlementaire geschiedenis:

‘Indien de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan, kan deze de verzekeraar de verwezenlijking van het risico niet meer melden. Deze situatie kan zich voordoen bij een *long tail*-schade (...)’ (cursivering JKJ)<sup>13</sup>

A-G Hartlief verwoordt het in mijn optiek treffend in zijn conclusie voor het arrest, waarin hij de hierboven geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis analyseert.<sup>14</sup>

‘In deze passages valt een aantal elementen aan te wijzen. Zij beginnen met een i) *uitgangspunt* (wanneer de verzekerde rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan, kan melding van de verwezenlijking van het risico niet meer plaatsvinden), daarop volgt ii) een *illustratie* (het *long tail*-voorbeeld, waarin melding inderdaad niet meer kan plaatsvinden, niet door de verzekerde rechtspersoon die immers heeft opgehouden te bestaan, maar ook niet door een ander (een rechtsopvolger is er niet in het voorbeeld)), waarna iii) een *schets* wordt gegeven van het voordeel van een directe actie in dit geval c.q. de nadelen van het alternatief (de benadeelde kan zich rechtstreeks tot de verzekeraar wenden en hoeft geen heropening van de vereffening te verzoeken) en tot besluit wordt iv) een *relativering* gegeven (de benadeelde stuit eventueel toch op verweermiddelen die de verzekeraar ontleent aan de verzekeringsrelatie, zodat hij eventueel alsnog op heropening van de vereffening moet aansturen).’

Spier wijst in zijn annotatie onder het arrest in de NJ erop dat de rechtsregel van de Hoge Raad stellig is geformuleerd. De uitzondering op het meldingsvereiste is volgens hem echter niet direct billijk in de situatie dat de verzekerde voordat hij ophield te bestaan de benadeelde buiten de verzekering om getracht heeft schadeloos te stellen, maar de benadeelde met volstrekt overtrokken eisen kwam. Nadat de verzekerde heeft opgehouden te bestaan, wordt de verzekeraar dan geconfronteerd met een schade van een dusdanige omvang die hij bij redelijk handelen van de benadeelde niet zou hebben hoeven te betalen.<sup>15</sup> Ik betwijfel echter of de verzekeraar in zo’n situatie werkelijk slechter af is. De verzekeraar is immers in geval van aansprakelijkheid van zijn verzekerde enkel verplicht tot vergoeding van de werkelijk geleden schade. Wel is het voor-

stelbaar dat de verzekeraar tegen hogere transactiekosten aan loopt als de benadeelde meer claimt dan waar hij recht op heeft. Maar als de verzekerde de schade wel zou hebben gemeld bij de verzekeraar, dan had de verzekeraar waarschijnlijk ook dezelfde discussie moeten voeren als die hij nu voert. Dit neemt niet weg dat het wat onbevredigend aandoet als de verzekerde er bewust voor had gekozen om de schade niet te melden en deze dus buiten de verzekering wilde houden – welke keuzevrijheid hij had –, en de verzekeraar niettemin met de schade wordt geconfronteerd als de verzekerde vervolgens ophoudt te bestaan.

Hoewel het arrest vanuit slachtofferperspectief een gunstige uitkomst heeft, vraag ik mij sterk af of een benadeelde nu wezenlijk meer bescherming geniet. Duidelijk is weliswaar dat niet alleen voor *long tail*-schades er een uitzondering wordt gemaakt op de meldingsplicht, maar voor alle schades. Maar levert dat onder de streep meer bescherming op? De afsluitende overweging van de Hoge Raad roept wat dat betreft veel twijfel op. Zoals genoemd is de directe actie slechts een afgeleid recht. In de parlementaire geschiedenis komt dit uitgangspunt reeds duidelijk naar voren. De benadeelde is dus sterk afhankelijk van het feit of de verzekeringspolis wel dekking biedt, nog daargelaten dat een eigen risico kan worden tegenworpen en mogelijke nog niet geïnde premie kan worden verrekend.

Juist ingeval een verzekerde rechtspersoon ophoudt te bestaan, is er doorgaans geen dekking meer onder de aansprakelijkheidsverzekering als *nadien* een claim wordt ingesteld die niet bij de verzekeraar is (en kon worden) gemeld. Doordat de rechtspersoon niet meer bestaat, zal de verzekeringsovereenkomst zijn beëindigd. Nu een aansprakelijkheidsverzekering doorgaans een zogenaamde *claims made*-polis is, zijn alleen aanspraken tot schadevergoeding gedekt die tijdens de duur van de verzekering tegen de verzekerde zijn ingesteld en bij de verzekeraar zijn gemeld.<sup>16</sup> De benadeelde vangt dan alsnog bot, tenzij de verzekering een omstandighedendekking of nameldings- c.q. uitloopdekking kent (en aan de voorwaarden daarvan is voldaan). Een omstandighedendekking houdt in dat de verzekerde tijdens de looptijd van de verzekering een zich dan voordoende omstandigheid kan melden waaruit een aanspraak tot schadevergoeding kan volgen, die dan gedekt is ongeacht wanneer de aanspraak wordt ingesteld.<sup>17</sup> Een nameldings- c.q. uitloopdekking biedt de verzekerde de mogelijkheid om bij beëindiging van de verzekering tegen betaling van een aanvullende premie een aanvullende dekkingsperiode af te sluiten voor aanspraken in verband met een handelen of nalaten dat vóór de beëindigingsdatum plaatsvond.<sup>18</sup> De wetgever heeft dit probleem onderkend. In het hierboven weergegeven

12. Zie in gelijke zin ook E.W. Bosch in zijn annotatie onder het onderhavige arrest in JA 2019/39. Genuanceerder: J. Spier in zijn annotatie onder het arrest in NJ 2019/141.

13. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 39.

14. Concl. A-G Hartlief bij HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, r.o. 3.32.

15. J. Spier in zijn annotatie onder het arrest in NJ 2019/141, randnr. 13-15.

16. J. Streefkerk, Het loss-occurrence en claims-made systeem, in: Handboek personenschade, Alphen aan den Rijn: Kluwer, aant. 2125.2.3.1 en 2125.2.3.4.

17. J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, Deventer: Kluwer 2006, p. 113.

18. Wansink 2006, p. 115.

citaat wijst de wetgever erop dat een benadeelde bij gebrek aan uitloopdekking toch tot heropening van de vereffening van de aansprakelijke verzekerde gehouden kan zijn.<sup>19</sup>

In de onderhavige zaak had overigens de benadeelde de aansprakelijke verzekerde reeds aansprakelijk gesteld *voordat* hij ophield te bestaan. De schade had aldus nog kunnen worden gemeld. Het faillissement stond hieraan niet in de weg; de curator had melding kunnen doen. Maar ook dan kan de benadeelde tegen de grenzen van het *claims made*-systeem aan lopen. Vaak is in de verzekeringpolis een zogenaamde insolventieclausule opgenomen, die bepaalt dat in geval van faillissement de verzekeringsovereenkomst eindigt. Aanspraken die ná de faillietverklaring worden ingesteld, zijn hierdoor verstoken van dekking. In deze zaak speelde dat in feitelijke instanties ook. De verzekeraar stelde dat er een insolventieclausule in de polisvoorwaarden was opgenomen. De benadeelde betwistte dat de polisvoorwaarden waarop de verzekeraar zich beriep onderdeel van de verzekeringsovereenkomst uitmaakten, waarna het hof de verzekeraar gelastte tot overlegging van de volledige verzekeringsovereenkomst. De verzekeraar beschikte echter niet meer over het polisblad en overlegde alleen het royementsaanshangsel. Het hof verwierp hierop het beroep op de insolventieclausule, nu dit, mede in het licht van de voldoende gemotiveerde betwisting van de benadeelde, onvoldoende was onderbouwd. In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 11 januari 2019 slaagde het beroep op de insolventieclausule wél. De rechtbank oordeelde:

‘In dit geval heeft [bedrijfsnaam] geen vorderingsrecht op VvAA. Daarom heeft [eiser] ook geen daarvan afgeleid rechtstreeks vorderingsrecht op VvAA. [Bedrijfsnaam] kan voor de claim van [eiser] namelijk geen aanspraak maken op dekking onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. De beroepsaansprakelijkheidsverzekering die [bedrijfsnaam] heeft afgesloten is een zogenoemde *claims made*-verzekering. Er is dan alleen dekking als de melding van de claim is gedaan tijdens de looptijd van de verzekering. Dit is niet het geval. De verzekering is geëindigd op het moment dat [bedrijfsnaam] failliet is verklaard. Dat was op 13 september 2016. Voor die tijd heeft [bedrijfsnaam] bij VvAA geen melding gemaakt van een claim van [eiser]. Ook heeft de curator niet gereageerd op het aanbod van VvAA om uitloopdekking te verzekeren en evenmin in dat stadium de claim van [eiser] bij haar gemeld. De advocaat van [eiser] heeft VvAA op 8 juni 2017 aansprakelijk gesteld. Dit is na afloop van de geldigheidsduur van de verzekering. Er is dan geen dekking onder de polis: [bedrijfsnaam] zou geen rechten meer kunnen ontleenen aan haar beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Voor [eiser] betekent dit dat hij geen betaling kan vorderen van VvAA.’

19. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 39.

Kortom, door het *claims made*-systeem is het ‘voordeel’ van het ontbreken van het meldingsvereiste voor de directe actie uiteindelijk slechts relatief.

Ten slotte wijs ik nog op de gevolgen van de niet-naleving van de meldingsplicht. Op grond van artikel 7:941 BW dient de verzekeringnemer of verzekerde de schade te melden als hij van de schade op de hoogte is of behoort te zijn. Dit dient ‘zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is’ te gebeuren. Verzekeraars koppelen doorgaans aan de schending van de meldingsplicht een vervalbeding, waarmee het recht op uitkering vervalt. Volgens lid 4 van artikel 7:941 BW is een dergelijk vervalbeding slechts toelaatbaar in de situatie dat de verzekeraar door de te late melding in een redelijk belang is geschaad. Vanwege het ingrijpende karakter van het verval van het recht op uitkering is volgens de wetgever niet aan het vereiste van schending in een redelijk belang voldaan door het enkele feit dat de verzekeraar door de niet-nakoming of niet-tijdige nakoming van de meldingsplicht de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen en om feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang kunnen zijn voor de dekkingvraag. Als de benodigde gegevens namelijk toch komen vast te staan en de verzekeraar derhalve door de bemoeilijking van zijn onderzoek niet daadwerkelijk is benadeeld, behoort het vervallen van de uitkering achterwege te blijven.<sup>20</sup>

Juist in een zaak zoals de onderhavige, waarin het nog wel mogelijk was voor de aansprakelijke verzekerde de schade te melden, maar de melding is uitgebleven, vormt een vervalbeding een reëel risico. Door het tijdsverloop wordt het risico groter dat feiten niet opgehelderd kunnen worden en bewijs verloren is gegaan. Dat risico speelt te meer als de verzekerde rechtspersoon inmiddels niet meer bestaat, waardoor relevante kennis verloren is gegaan en potentiële getuigen uit beeld zijn geraakt. Daarbij is het goed te beseffen dat het meldingstijdstip reeds kan liggen voordat de schadelijke gevolgen in volle omvang bekend hoeven te zijn. De wettekst spreekt over het moment dat de verzekeringnemer of verzekerde van de ‘verwezenlijking van het risico’ op de hoogte is of behoort te zijn. Asser gaat ervan uit dat de meldingsplicht ontstaat zodra de verzekerde kennis draagt of redelijkerwijze kennis behoort te dragen van een schadeval en hij gelet op de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden, waaronder begrepen de reactie van de betrokken derde(n), redelijkerwijze rekening moet houden met de reële mogelijkheid dat hij tot schadevergoeding wordt aangesproken.<sup>21</sup> Het meldingstijdstip kan daarmee dus liggen voordat de aansprakelijkstelling wordt ontvangen.

In de onderhavige zaak heeft de benadeelde de hoofdaannemer ruim een jaar en drie maanden na het ongeval aansprakelijk gesteld. Enkele dagen na verzending van de aansprakelijkstelling heeft de benadeelde de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer aangeschreven in verband met het

20. Kamerstukken I 2004/05, 19529, E, p. 10.

21. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/261.

ongeval. De verzekeraar was dus reeds ruim een jaar en drie maanden na het ongeval op de hoogte van het ongeval en de schadevergoedingsvordering van de benadeelde. In de tussentijd heeft de Belgische Arbeidsinspectie het ongeval en de oorzaak daarvan onderzocht. Ook was toen onder meer reeds de formele werkgever aansprakelijk gesteld, die bewijsmateriaal zal hebben verzameld om verweer te kunnen voeren. Door het faillissement van de verzekerde moest de verzekeraar bovendien er redelijkerwijs rekening mee houden dat de benadeelde zijn vordering op de verzekeraar via de directe actie zou willen voortzetten. Tegen deze achtergrond lijkt mij een beroep op schending van de mededelingsplicht weinig kansrijk. Het tijdsverloop sinds het ongeval en het moment waarop de verzekeraar via de benadeelde van het ongeval op de hoogte geraakte, valt (redelijk) mee. De verzekeraar had waarschijnlijk de relevante feiten nog voldoende kunnen verzamelen. De rechtspersoon bestond toen nog en via de curator had de verzekeraar informatie met betrekking tot het ongeval en potentiële getuigen opgehelderd kunnen krijgen. Daar komt bij dat juist een voor de beoordeling van werkgeversaansprakelijkheid relevant rapport van de Arbeidsinspectie van kort na het ongeval beschikbaar is voor partijen en de verzekeraar via de formele werkgever met diens verweren en onderliggend bewijsmateriaal bekend zal zijn. Dat de verzekeraar door het ontbreken van een schademelding in een redelijk belang is geschaad, lijkt mij dan ook in deze kwestie moeilijk aantoonbaar.

#### Afronding

Het arrest geeft duidelijkheid over de vraag wanneer de directe actie kan worden uitgeoefend zonder dat aan het meldingsvereiste is voldaan. Het is een rechtvaardige uitkomst dat voor alle schades de uitzondering op het meldingsvereiste geldt als de verzekerde rechtspersoon niet meer bestaat. Deze uitkomst past bij de beschermingsgedachte die aan de directe actie ten grondslag ligt. Ik ben echter niet geheel overtuigd dat het arrest uiteindelijk wezenlijk meer bescherming biedt aan benadeelden. Vooral het *claims made*-systeem doet het voordeel van de uitzondering op het meldingsvereiste grotendeels teniet. Daarnaast kan de verzekeraar in een redelijk belang zijn geschaad als hij pas na lange tijd op de hoogte geraakt van het ongeval en niet meer in staat is om alle feiten en omstandigheden te verzamelen die voor de beoordeling van de dekkingsvraag van belang zijn, waardoor het recht op uitkering vervalt. Juist als de verzekerde rechtspersoon niet meer bestaat, is het lastig om relevante informatie in te zamelen.

*Mr. J. Kruijswijk Jansen*

#### Misgelopen woongenot en vergoeding van materiële schade

*Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017,  
 ECLI:NL:RBNNE:2017:715*

#### Inleiding

Op 1 maart 2017 wees de Rechtbank Noord-Nederland vonnis in een zaak die ging over de vergoeding van immateriële schade en de vergoeding van vermogensschade in de zin van het gemis van het onstoffelijk voordeel, zijnde gedeerd woongenot, ten gevolge van aardbevingen ontstaan door gaswinning door de Nederlandse Aardolie Maatschappij (hierna: de NAM). Deze annotatie concentreert zich uitsluitend op laatstgenoemde schadepost. Ondanks dat het vonnis ruim twee jaar oud is, zijn de vragen die het oproept nog zeer actueel. Zo is recentelijk door de Rechtbank Noord-Nederland in een andere zaak hierover een prejudiciële vraag voorgelegd aan de Hoge Raad.<sup>1</sup>

#### De feiten

##### *Achtergrond*

Aan de rechtsvoorganger van de NAM is een concessie verleend om gas te produceren uit het Groningenveld.<sup>2</sup> Vast staat dat de productie van aardgas uit dit veld aardbevingen veroorzaakt. De aardbevingen leiden onder andere tot gevoelens van onzekerheid, onvrede en boosheid bij de mensen die boven het gasveld wonen.<sup>3</sup> Daarnaast hebben de aardbevingen (en het aardbevingsrisico) een negatief effect op de waardeontwikkeling van onroerende zaken gelegen in het aardbevingsgebied.<sup>4</sup> In deze annotatie staat een andere schadepost centraal, namelijk schade in de vorm van gemis van onstoffelijk voordeel (ook wel: misgelopen woongenot).

##### *De vordering*

In casu zijn nagenoeg alle eisers woonachtig boven het Groningenveld of hebben daar gewoond.<sup>5</sup> Zij vorderen een aantal verklaringen voor recht, waaronder een verklaring voor recht dat eisers vermogensschade lijden door het gemis van onstoffelijk voordeel, zijnde het ongestoorde woongenot, als gevolg van de aardbevingen veroorzaakt door gaswinning door de NAM.<sup>6</sup>

1. Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:24009, r.o. 2.10 onder 8 (Prejudiciële vraag 18/04298). Zie voor de conclusie over deze vraag A-G Wattel 10 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:496, nr. 4.8.
2. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 2.1.
3. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 2.12.1.
4. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 2.8 en 2.13.
5. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 2.6.
6. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 3.1 onder VI en VII.