

De verjaring van het recht op uitkering; onmiddellijke werking van afwijzingsformaliteiten op “oude” aanspraken?

AV&S 2016/39

De Hoge Raad lijkt in zijn arrest van 18 december 2015 een einde te hebben gemaakt aan een overgangsrechtelijk twistpunt ter zake de verzekeringsrechtelijke verjaring. Uit het arrest volgt dat verzekeraars per 1 januari 2006 alle op dat moment reeds lopende claims actief en in overeenstemming met de afwijzingsformaliteiten hadden dienen af te wijzen teneinde de verjaring te kunnen bewerkstelligen. In deze bijdrage betoogt de auteur dat dat oordeel in het licht van het overgangsrecht onjuist is.

1. Inleiding

In zijn arrest van 18 december 2015 inzake *Diekmann/Allianz*² heeft de Hoge Raad een beslissing gegeven over een overgangsrechtelijk twistpunt dat is ontstaan met de invoering van het verzekeringsrechtelijke verjaringsrecht (artikel 7:942 (oud) BW) per 1 januari 2006. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, draaide het – kort gezegd – om de vraag of de vordering van Diekmann, die zijn woning bij Allianz tegen brandschade had verzekerd, onder de polis verjaard was of niet.

Overgangsrechtelijk bezorgde deze claim de nodige problemen, omdat de polis was afgesloten onder oud recht en het schadetoebrengende evenement, de brand, ook onder oud recht had plaatsgevonden (namelijk op 1 maart 2004) en lopende de claim een nieuw verjaringsregime van toepassing werd. Bij claims onder een polis ging naar oud recht direct een nieuwe termijn lopen en was het de verzekerde die zijn vordering steeds moest veiligstellen. Naar het recht per 1 januari 2006 heeft het indienen van een claim onder de polis (evenwel) niet het automatische gevolg dat een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. Onder dit recht moet de verjaringstermijn eeuwigdurend gestuit worden geacht³ en behoeft de verzekerde pas actie te ondernemen op het moment dat de verzekeraar de vordering rechtsgeldig afwijst. In *Diekmann/Allianz* was de overgangsrechtelijke vraag aan de orde of de verzekerde, per 1 januari 2006, zijn vordering veilig diende te stellen of dat de verzekeraar actie had

moeten ondernemen door rechtsgeldig af te wijzen. Allianz weigerde de brandschade van Diekmann te vergoeden. Dat maakte zij kenbaar per gewone⁴ (niet-aangetekende) brief van 13 mei 2004. Allianz was in de veronderstelling dat de eventuele vordering door tijdsverloop na drie jaar⁵ zou verjaren en het aan Diekmann was om zijn vordering in de tussentijd te stuiten. Het standpunt van Diekmann was dat verjaring niet aan de orde kon zijn, omdat Allianz de claim na 1 januari 2006 – conform nieuw recht – nooit rechtsgeldig had afgewezen en de verjaring aldus niet kon voltooiën.

2. Procesgang in feitelijke instanties en oordeel Hoge Raad

In de kwestie *Diekmann/Allianz* had de rechtbank het beroep van Allianz op verjaring in eerste instantie verworpen. Dat oordeel hield geen stand bij het hof. Het hof oordeelde namelijk – verkort weergegeven – dat de vordering van Diekmann was verjaard door het standpunt van Diekmann te verwerpen dat eerst dan een nieuwe verjaringstermijn zou gaan lopen nadat Allianz de claim op rechtsgeldige wijze conform de vereisten van artikel 7:942 lid 2 (oud) BW (e.g. per aangetekende brief onder verwijzing naar de termijn van zes maanden) had afgewezen. In de visie van het hof was het Diekmann die zijn vordering diende veilig te stellen en behoeft Allianz geen actie te ondernemen om een nieuwe verjaringstermijn te laten aanvangen. Daarmee legde het hof het primaat bij het oude recht. Volgens de Hoge Raad was de opvatting van Diekmann (wel) correct, zoals blijkt uit r.o. 3.4.2 van zijn arrest:

“Ingevolge art. 68a lid 1 Ow NBW heeft art. 7:942 (oud) BW onmiddellijke werking, hetgeen betekent dat vanaf het tijdstip waarop art. 7:942 (oud) BW in werking is getreden – als gezegd 1 januari 2006 – het nieuwe recht geldt ten aanzien van de aard, het aanvangstijdstip en de duur van de termijn. De verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW vangt pas aan nadat de verzekeraar de aanspraak op uitkering heeft afgewezen op de door art. 7:942 lid 2 (oud) BW voorgeschreven wijze. Zie aldus de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 14 aangehaalde passage in de MvT op de Invoeringswet titel 7.17 Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2004-2005, 30 137, nr. 3, p. 22-23).”

1 Mr. P.R. van der Vorst is advocaat te Rotterdam bij VanNierkerkCieremans. Citeerwijze: P.R. van der Vorst, ‘De verjaring van het recht op uitkering; onmiddellijke werking van afwijzingsformaliteiten op “oude” aanspraken?’, AV&S 2016/39, afl. 5.

2 Zie ECLI:NL:HR:2015:3618, NJ 2016/109 (m.nt. Tjong Tjin Tai), RvdW 2016/90 en JWB 2016/7. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat Tjong Tjin Tai in zijn noot niet ingaat op de in dit artikel centraal staande vraag of het arrest van de Hoge Raad vanuit overgangsrechtelijk perspectief juist is.

3 Dit wil zeggen dat er na stuiting geen verjaringstermijn gaat lopen totdat de verzekeraar de claim rechtsgeldig afwijst of erkent. Er is dus geen termijn die stuiting behoeft teneinde de verjaring te voorkomen.

4 Het hof had althans niet vastgesteld of Allianz per aangetekende brief had afgewezen en de overige afwijzingsformaliteiten in acht had genomen.

5 Een wettelijke verjaringstermijn van vijf jaar is van toepassing. Partijen waren in dit geval in afwijking daarvan echter een termijn van drie jaar overeengekomen.

Hieruit volgt dat Allianz volgens de Hoge Raad een actieve houding had dienen aan te nemen om verjaring van de vordering van haar verzekerde te bewerkstelligen. Allianz had de onder oud recht aangevangen aanspraak namelijk dienen af te wijzen conform de vereisten van artikel 7:942 lid 2 (oud) BW, aldus de Hoge Raad. Dit veronderstelt dat artikel 7:942 (oud) BW de onder oud recht in het rechtsleven gekomen claim ten volle bestrijkt met als gevolg dat dergelijke vorderingen alleen (hadden) kunnen verjaren op het moment dat verzekeraars actief – per 1 januari 2006 – (zouden) hebben afgewezen.

Het oordeel van de Hoge Raad impliceert dat het nieuwe recht ingrijpt op een situatie die al onder oud recht tot stand was gekomen. Immers, onder het oude recht was het de verzekerde die “actief” de verjaring van zijn vordering diende te bewaken en had het versturen van een afwijzingsbrief (al dan niet aangetekend) vanuit verjaringsperspectief geen enkele betekenis.

3. Onmiddellijke werking?

De Hoge Raad baseert zijn oordeel op de onmiddellijke werking die ingevolge artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: “Ow”) aan artikel 7:942 lid 2 (oud) BW moet worden toegekend. Een nadere motivering van die onmiddellijke werking geeft de Hoge Raad niet. Dat is jammer omdat een onmiddellijke werking in dit geval niet vanzelfsprekend is; en wel om drie redenen.

(A) In artikel 68a Ow is het uitgangspunt van het overgangsrecht neergelegd, namelijk de onmiddellijke werking⁶ van het nieuwe recht. Artikel 68a Ow luidt:

“Lid 1. Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet [i.e. de nieuwe wet: het per 1 januari 2006 geldende verzekeringsrecht; PvdV] voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit.

Lid 2. Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing.” (onderstreping toegevoegd; PvdV).

Volgens lid 1 van dit artikel kan de onmiddellijke werking alleen zien op gevallen waarbij de door het nieuwe (verzekerings)recht voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten zijn vervuld. Indien de vereisten van artikel 7:942 lid 2 tweede zin (oud) BW niet zijn vervuld, is sprake van een onvolledig complex van rechtsfeiten en kan de nieuwe wet volgens artikel 68a Ow geen werking hebben. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis:

⁶ Dit is een van de twee basismaken. De andere is eerbiediging van het oude recht. Het nieuwe recht blijft dan buiten toepassing en de oude toestand blijft gehandhaafd. Daarbij zijn er natuurlijk nog varianten mogelijk door bijvoorbeeld het nieuwe recht terugwerkende kracht te geven, hetgeen slechts bij uitzondering zal worden gedaan, of door de werking van het nieuwe recht enige tijd uit te stellen.

“Een algemeen – enigermate theoretisch – inzicht in wat door de onmiddellijke werking wordt bestreken, verkrijgt men, wanneer men bedenkt dat elke rechtsregel een rechtsgevolg – al is dat slechts een omschrijving of de aanduiding van een juridische eigenschap – toekent, wanneer is voldaan aan de vereisten die hij daartoe stelt. Artikel 68a nu ziet op alle gevallen waarin aan de vereisten die een bepaling van de nieuwe wet stelt, is voldaan op het tijdstip van haar inwerkingtreding. Als zo’n vereiste bestaat uit een bepaalde toestand – het zijn van eigenaar en dgl. – dan moet die toestand op dat tijdstip bestaan. Als voor het rechtsgevolg een bepaald feit is vereist, moet dat vóór dit tijdstip zijn geschied, en onder het oude recht zijn rechtsgevolg nog niet hebben gehad (vgl. hier de MvT, onder a. Voldongen feiten) (a). Onmiddellijke werking betekent dat de nieuwe wet daaraan dan op en vanaf dat tijdstip haar rechtsgevolg verbindt.”⁷

In het door de Hoge Raad beoordeelde geval was per 1 januari 2006 nog niet voldaan aan de vereisten van artikel 7:942 lid 2 (oud) BW. Voor het intreden van een nieuwe termijn verlangt lid 2:

“(…) Een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen onder eveneens ondubbelzinnige vermelding van het in lid 3 vermelde gevolg.”

En van zo’n afwijzing was per 1 januari 2006 nog geen sprake. De nieuwe wet (artikel 7:942 lid 2 (oud) BW) bepaalt niet dat lopende verjaringstermijnen worden afgebroken “tenzij de verzekeraar rechtsgeldig afwijst”. Het rechtsgevolg van de tweede zin van artikel 7:942 lid 2 (oud) BW is “het aangeven van een nieuwe termijn” en de constitutieve vereisten die voor inwerkingtreding daarvan moeten zijn vervuld betreffen de afwijzingsformaliteiten.

(B) Het is denkbaar dat de Hoge Raad heeft gedacht aan de stuitingshandeling zoals die voor 1 januari 2006, nog onder het oude recht, was verricht: de aanspraak op dekking door Diekmann. Maar dan geldt dat de gevolgen van een stuiting op grond van artikel 120 Ow worden beheerst door het recht dat gelding heeft *ten tijde* van de stuiting, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis:

“Artikel 120 verbindt de regelingen omtrent stuiting volgens het oude en het nieuwe recht. Met de inwerking-

⁷ *Kamerstukken II 1984/85, 18998, 5, p. 2.* Is voldaan aan de door de nieuwe wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, dan is dat nieuwe recht voor het vervolg – *ex nunc* – op bestaande rechtsverhoudingen van toepassing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit een “formeel” uitgangspunt is en deze regel niet is aanvaard omdat de wetgever bijvoorbeeld de nieuwe regels beter acht dan de oude. De wetgever heeft steeds afgewogen wat voor het rechtsleven de beste keuze lijkt, en of de voordelen van het nieuwe recht in het concrete geval wel opwegen tegen het belang van degenen die op handhaving van het oude recht rekenen. Zie *Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 21.*

trekking van de wet vervallen de oorzaken die onder het oude recht stuiting teweeg brachten en treedt de nieuwe regeling in werking die in verscheidene opzichten van de oude verschilt. In het bijzonder is onder het nieuwe recht het aantal der oorzaken van stuiting verruimd, en is een speciale regeling getroffen voor de verjaring die na stuiting aanvangt (art. 3.11.18a). Artikel 72 heeft wel betrekking op de aanvang van verjaringstermijnen en artikel 73 op aanvang, duur en aard van zulke termijnen, doch niet op stuiting en haar gevolgen.

De termijnen die het nieuwe recht voor verjaring stelt, zullen veelal aanvangen vóór de inwerkingtreding. Voor de periode daarna is het nieuwe recht omtrent de stuiting van toepassing, ook binnen het door artikel 73 bedoelde jaar. Artikel 120 nu bepaalt dat voor de periode voordien het oude recht – en alleen het oude recht – bepalend is. Is een rechtsvordering onder het oude recht gestuit geweest, dan begint de verjaringstermijn volgens het nieuwe recht, wanneer dat toepasselijk wordt, niet bij een tijdstip, genoemd in de artikelen 3.11.11.-3.11.15b, doch bij het tijdstip van (het einde van) de stuiting volgens het oude recht. Anderzijds heeft een gewone schriftelijke aanmaning of een handeling strekkend tot verkrijging van een bindend advies geen stuiting van de verjaring tot gevolg, indien die handelingen vóór de inwerkingtreding zijn verricht: in die periode zelf brachten zij immers nog niet stuiting teweeg. (onderstrepingen toegevoegd; PvdV).⁸

Deze werking van artikel 120 Ow wordt bevestigd door de wetsgeschiedenis bij de introductie van de “stuiting door onderhandeling” per 1 juli 2010. In dat kader werd aan artikel 221 Ow een lid 10 toegevoegd.⁹ In de parlementaire geschiedenis werd opgemerkt:

“Het voor verzekeringen tegen aansprakelijkheid voorgestelde nieuwe stuitingsregime roept enkele vragen van overgangsrecht op. In de eerste plaats op welke wijze er kan worden gestuit indien een verjaringstermijn vóór de inwerkingtreding is aangevangen en nadien verstrijkt. (...) De artikelen 72, 73 en 73a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) bieden in deze geen oplossing. Deze bepalingen hebben wel betrekking op de aanvang, duur en aard van verjaringstermijnen, doch niet op stuiting en haar gevolgen. Daarop ziet wel artikel 120 Ow, doch deze heeft alleen betrekking op de stuitingsbepalingen van Boek 3 BW. Daarom is aan artikel 221 Ow [een nieuw lid toegevoegd dat de overgang van het oude naar het nieuwe stuitingsregime regelt.” (onderstrepingen toegevoegd; PvdV).¹⁰

⁸ Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 64.

⁹ Het verdient opmerking dat de wetgever het in dit kader niet wenselijk vond dat het rechtsgevolg van duurstuiting zou worden toegekend aan onderhandelingen die voor 1 juli 2010 plaatsvonden. Dat zou een belangrijke en ingrijpende verandering voor verzekeraars met zich brengen, reden waarom de duurstuiting niet gelding heeft voor onder oud recht verrichte onderhandelingen. Dat is in de lijn met de bedoeling van de wetgever om een overgang van oud naar nieuw recht zo “soepel” mogelijk te laten en laat de verjaringsrechtelijke “bal” liggen bij de oorspronkelijke partij, namelijk de verzekerde.

¹⁰ Zie Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 26.

(C) Het overgangsrecht wordt ook wel temporeel conflictenrecht genoemd. Het overgangsrecht tracht de overgang van oud naar nieuw zo soepel mogelijk te laten verlopen, waarbij niet wordt beoogd om schuldeisers meer rechten te geven dan waarop zij onder oud recht aanspraak konden maken (zie bijvoorbeeld artikel 72 lid 2 Ow¹¹), tenzij een expliciete grondslag voorhanden is. Als het nieuwe recht te drastisch zou verschillen van de situatie onder oud recht maakt dat inbreuk op de verwachtingen die rechtssubjecten hadden op basis van het oude recht. Bij een instituut als verjaring, dat de rechtszekerheid dient, is het te meer gepast om dit voor ogen te houden. Daarbij dient vanzelfsprekend ook met andere belangen rekening gehouden te worden. Vanuit het perspectief van artikel 7:942 (oud) BW beschouwd, bestaat er (evenwel) geen reden de verzekerde meer bescherming te geven dan het nieuwe recht in dit geval beoogt. De Vries Lentsch-Kostense verwoordt deze beoogde bescherming in haar conclusie voor het arrest als volgt:

“De eis van de aangetekende brief met daarin vervat de ondubbelzinnige mededeling dat de aanspraak wordt afgewezen en dat een nieuwe verjaringstermijn van zes maanden gaat lopen, hangt ten nauwste samen met die korte verjaringstermijn van zes maanden. De verzekerde heeft er met zo'n korte termijn belang bij dat hem op indringende wijze duidelijk wordt dat hem een korte termijn resteert en op welk tijdstip die termijn gaat lopen.”¹²

De afwijzingsformaliteiten waren gekoppeld aan de korte termijn van zes maanden en bedoeld om de verzekerde (extra) te beschermen tegen (de aanvang van) de (korte) verjaringstermijn van zes maanden van lid 3:

“In geval van afwijzing verjaart de rechtsvordering door verloop van zes maanden.”

In het door de Hoge Raad beoordeelde geval ging het echter om een (contractuele) verjaringstermijn van 3 jaar (!). Er is geen enkele rechtvaardiging om deze slechts beperkte, aanvullende bescherming die de wetgever met artikel 7:942 (oud) BW voor ogen stond van toepassing te verklaren op oude termijnen. Die zijn namelijk zodanig van lengte en niet-afwijkend van “normale” verjaringstermijnen dat de

¹¹ De Vries Lentsch-Kostense is in haar conclusie voor het arrest van oordeel dat de onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW niet verhindert dat de verjaring volgens artikel 72 lid 2 Ow uiterlijk voltooit op het moment dat de oude termijn zou zijn afgelopen. Daarmee zou het doek voor Diekmann in de visie van De Vries Lentsch-Kostense zijn gevallen, omdat uiteindelijk doorslaggevend is wanneer de oude termijn afloopt. De Vries Lentsch-Kostense meent namelijk dat artikel 72 lid 2 Ow zelfstandige betekenis heeft naast lid 1 van datzelfde artikel. In dat kader verwijs ik naar Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 33, waaruit afgeleid kan worden dat het tweede lid – qua toepassingsbereik – losstaat van het eerste lid. De Hoge Raad ziet dat (evenwel) anders.

¹² Zie nr. 13 van de conclusie. Daarin wordt ook gewezen op de jurisprudentie van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf waaruit volgt dat verzekeraars verzekerden dienden te wijzen op korte termijnen alvorens zij uitkering konden weigeren omdat de korte termijn niet in acht was genomen. Dit is min of meer per 1 januari 2006 geformaliseerd.

verzekerde in staat moet worden geacht om bijtijds zijn aanspraak onder de polis veilig te stellen.¹³ In dat kader komt de verzekerde niet de (beperkte) bescherming toe die de afwijzingsformaliteiten beogen te bieden. Dat zou een ingrijpende breuk met de oude situatie betekenen op basis waarvan verzekeraars alle op 1 januari 2006 nog “levende” aanspraken (waarvoor in beginsel de vijfjaarstermijn voor geldt) conform de afwijzingsformaliteiten hadden dienen af te wijzen teneinde de verjaring te kunnen bewerkstelligen.

4. Het vervolg

De Hoge Raad heeft in *Diekmann/Allianz* een einde gemaakt aan een overgangsrechtelijk twistpunt. Hij geeft in r.o. 3.6 van zijn arrest echter mee dat na verwijzing zo nodig zal moeten worden beslist op het betoog van Allianz dat artikel 68a lid 1 Ow buiten toepassing moet blijven op de voet van artikel 75 Ow, namelijk omdat onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Artikel 75 lid 1 Ow luidt als volgt:

“De wet blijft, ook buiten de in deze en de volgende titels geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Dit artikel fungeert als vangnet voor specifieke gevallen waarin onverkorte toepassing van een regel van overgangsrecht – kort gezegd – tot “onaanvaardbaarheid” leidt. Dat in dit geval sprake was van een verjaringstermijn van meer dan 1 jaar (3 jaar), de wetgever niet heeft beoogd de afwijzingsformaliteiten op een dergelijke termijn van toepassing te laten zijn en de systematiek van het overgangsrecht tendert naar het primaat van het oude recht, kan in het kader van artikel 75 Ow in de procedure na verwijzing alsnog aan de orde komen. Het is afwachten of een dergelijk oordeel, gebaseerd op de reparatiemogelijkheid van artikel 75 Ow, door de Hoge Raad alsnog wordt gesanctioneerd.

¹³ Dat kan anders zijn in het geval bijvoorbeeld naar oud recht een verjaringstermijn van 6 of 9 maanden is overeengekomen. Zie in dit verband (ook) artikel 79 Ow en artikel 191 lid 2 Ow.