

is van oordeel dat de schade aan de Mercedes in dat geval geheel voor rekening van [appellant] moet blijven.

3.9.2. Indien [appellant] wel slaagt in de levering van voldoende bewijs en tegenbewijs, komt het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep toe aan het verweer van [geïntimeerde] dat [appellant] bij het claimen van schade bij [geïntimeerde] ten onrechte niet heeft gemeld dat sprake was van eerdere, nog niet geheel herstelde, aanrijdingsschade aan de Mercedes, dat hij dus een onjuiste aangifte heeft gedaan met betrekking tot de omvang van de door de aanrijding van [datum] 2013 veroorzaakte schade en dat dit op grond van artikel 7:941 lid 5 BW het verval van de aanspraak op uitkering rechtvaardigt. Indien dat verweer doel treft, kan bewijslevering over de toedracht van de aanrijding achterwege blijven. Het hof zal daarom dit verweer nu al onderzoeken.

3.9.3. Het hof stelt voorop dat een beroep op artikel 7:941 lid 5 BW ook mogelijk is in gevallen waarin een derde-benadeelde een uitkering op grond van de WAM claimt (zie onder meer GC Kifid 2009/54 en GC Kifid 2010/1999).

3.9.4. Het hof acht het wenselijk om bij de beoordeling van het verweer te beschikken over een Nederlandse vertaling van het door [appellant] als productie 7 bij de inleidende dagvaarding overgelegde schaderapport van [Sachverständigenbüro] van 11 november 2013. Het hof zal [appellant] opgedragen om bij akte een Nederlandse vertaling van dat rapport in het geding te brengen.

3.9.5. Het hof acht het voorts wenselijk om bij de beoordeling van het verweer te beschikken over een Nederlandse vertaling van het door [geïntimeerde] als productie 1 bij de conclusie van antwoord overgelegde rapport van [Ingenieursbüro] van 11 december 2013. Het hof zal [geïntimeerde] opdragen om bij akte een Nederlandse vertaling van dat rapport over te leggen.

3.9.6. Het hof zal elk verder oordeel over het beroep op artikel 7:941 lid 5 BW aanhouden.

Devolutieve werking hoger beroep: de begroting van de herstelkosten

3.10. De partijen verschillen van mening over de hoogte van de kosten van herstel van de door ongeval veroorzaakte schade aan de Mercedes. Indien het hof aan dit verweer toekomt, wenst het hof ook te beschikken over Nederlandse vertalingen van de hiervoor in rov. 3.9.4 en rov. 3.9.5 ge-

noemde rapporten. Het hof zal, in afwachting van die rapporten, elk oordeel over de hoogte van de herstelkosten aanhouden.

Conclusie

3.11. Uit het voorgaande volgt dat nu een tussenarrest wordt gewezen met de onderstaande beslissing. Het hof zal elk verder oordeel aanhouden.

4. De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 16 januari 2017 voor een akte aan de zijde van beide partijen, gelijktijdig te nemen, bij welke akte, die niet voor enig ander doel bestemd is:

– [appellant] uitsluitend een Nederlandse vertaling moet overleggen van het door hem als productie 7 bij de inleidende dagvaarding overgelegde schaderapport van [Sachverständigenbüro] van 11 november 2013;

– [geïntimeerde] uitsluitend een Nederlandse vertaling moet overleggen van het door haar als productie 1 bij de conclusie van antwoord overgelegde rapport van [Ingenieursbüro];
houdt elke verdere beslissing aan.

Verzekeringen

104

Hoge Raad

18 mei 2018, nr. 17/02320, ECLI:NL:HR:2018:726 (mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Sieburgh)

(Concl. A-G Valk)

Noot mr. L.C. Dufour

Overgangsrecht. Verzekeringsrecht. Verjaring.

[Overgangswet NBW art. 68a, 75; BW art. 6:2, 7:942 (oud)]

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is in het hier besliste geval onmiddellijke werking van de bepaling in art. 7:942 lid 2 BW (oud), inhoudend dat pas een nieuwe verjaringstermijn aanvangt nadat de verzekeraar de claim per aangetekende brief heeft afgewezen, onaanvaardbaar.

[Eiser] te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. D. Rijpma,
tegen

Allianz Nederland Schadeverzekering NV te
Rotterdam,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. D.A. van der Kooij.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als
[eiser] en Allianz.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Valk)

Het huidige geding is een vervolg op het arrest van uw Raad van 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3618, NJ 2016/109. Uit dat arrest volgt dat de onmiddellijke werking krachtens art. 68a Ow NBW van het op 1 januari 2006 in werking getreden art. 7:942 (oud) BW in beginsel ertoe leidt dat op dat moment géén verjaringstermijn liep. De vraag die nu voorligt is of dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 75 Ow NBW en de onder oud recht aangevangen verjaringstermijn daarom is blijven lopen, met als gevolg dat het vorderingsrecht van [eiser] toch is verjaard.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

1.1.1. [eiser] is, althans was, samen met zijn voormalige partner eigenaar van een woning aan de [a-straat 1] te [plaats] (hierna: de woning). Het risico van schade door brand was verzekerd bij de rechtsvoorgangster van Allianz (Allianz en haar rechtsvoorgangster worden hierna beiden aangeduid als Allianz). Allianz heeft in 2003 aan [eiser] een zogeheten polis van woonhuisverzekering verstrekt. Hierin is een bedrag van € 242.300,= als verzekerd bedrag vermeld.

1.1.2. Op 1 maart 2004 heeft in de woning van [eiser] brand gewoed. Als gevolg van de brand is schade aan de woning ontstaan.

1.1.3. Allianz heeft door Toplis & Harding Forensic B.V. (hierna: Toplis) een onderzoek doen instellen naar de oorzaak van de brand. Toplis heeft op 15 april 2004 een rapport uitgebracht.

1.1.4. Allianz heeft geweigerd dekking onder de polis te verlenen en zich in dit verband onder meer beroepen op artikel 294 WvK (oud) en op bepalingen van de verzekeringsvoorwaarden. Allianz heeft hiervan bij brief van 13 mei 2004 aan [eiser] mededeling gedaan.

1.1.5. De verzekeringsovereenkomst is op 11 juni 2004 door Allianz beëindigd.

1.1.6. Namens [eiser] is bij brief van 23 september 2004 gericht aan Allianz betwist dat [eiser] de brand in de woning zelf had gesticht en is aan Allianz een laatste termijn gegeven om haar eerder ingenomen standpunt te wijzigen en alsnog dekking onder de polis te verlenen. Daarop heeft Allianz bij brief van 1 december 2004 meegedeeld haar eerder ingenomen standpunt te handhaven.

1.1.7. Een aannemersbedrijf heeft in opdracht van [eiser] op 16 maart 2005 een offerte uitgebracht voor het verrichten van herstelwerkzaamheden in en aan de woning voor een bedrag van € 251.685,= inclusief btw. In 2005 is tussen Allianz en [eiser] gecorrespondeerd over de hoogte van de schade.

1.1.8. Namens [eiser] is aan Allianz bij brief van 2 juli 2009 opnieuw aanspraak gemaakt op vergoeding van de schade aan de woning.

1.2. [eiser] heeft Allianz op 15 februari 2010 gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam en gevorderd Allianz te veroordelen tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst door de schade te laten vaststellen conform de polisvoorwaarden en het aldus vastgestelde schadebedrag aan hem uit te keren, met rente en kosten. Allianz heeft primair gesteld dat de vordering van [eiser] is verjaard, gelet op artikel 7.1 van de toepasselijke polisvoorwaarden, waarin is bepaald dat elk recht op schadevergoeding verjaart door verloop van 3 jaren na de gebeurtenis. Subsidiair heeft Allianz aangevoerd dat zij niet tot uitkering gehouden is omdat sprake is van merkelijke schuld aan de zijde van [eiser]. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 2 november 2011 geoordeeld dat de vordering van [eiser] niet is verjaard.

1.3. Allianz heeft tegen het tussenvonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Den Haag. Het gerechtshof Den Haag heeft geoordeeld dat

1 Vergelijk het arrest van het hof van 14 februari 2017 onder 4.1.

het beroep van Allianz op verjaring doel treft, en heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van [eiser] afgewezen.

1.4. [eiser] heeft cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep bij het genoemde arrest van 18 december 2015 gegrond bevonden. Daartoe heeft uw Raad onder meer als volgt overwogen:

“3.4.1. De onderdelen 1.1 en 1.2 klagen dat het hof heeft miskend dat art. 7:942 (oud) BW ingevolge art. 68a lid 1 Overgangswet nieuw BW (hierna: Ow NBW) onmiddellijke werking heeft, en dat zonder nadere motivering onbegrijpelijk is hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat de op 1 januari 2006 nog lopende verjaringstermijn was voltooid op een tijdstip gelegen vóór de datum waarop namens [eiser] op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak werd gemaakt op vergoeding van de schade.

3.4.2. Deze klacht is gegrond.

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).

Het hof heeft echter niet vastgesteld dat Allianz de aanspraak op uitkering van [eiser] heeft afgewezen met inachtneming van het in art. 7:942 lid 2 (oud) BW bepaalde. Zonder nadere motivering is dan ook onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat de op 1 januari 2006 nog lopende verjaringstermijn – waarbij het hof kennelijk het oog had op de hiervoor in 3.2.2 genoemde contractuele verjaringstermijn van drie jaar, die is aangevangen nadat (naar in cassatie tot uitgangspunt dient) [eiser] op 16 maart 2005 volgens het destijds geldende recht een rechtsgeldige stuitingshandeling had verricht – was voltooid op een tijdstip gelegen vóór de datum waarop namens [eiser] op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak werd gemaakt op vergoeding van de schade.

3.4.3. Opmerking verdient dat in dit geval geen toepassing kan worden gegeven aan het in art. 72 lid 2 Ow NBW bepaalde met betrekking tot het eindigen van de nieuwe termijn – in dit geval de verjaringstermijn van zes maanden van art. 7:942 lid 3 (oud) BW – uiterlijk op het tijdstip waarop de vervangen termijn – in dit geval de (veronderstellenderwijs) op 16 maart 2005 aangevangen en op 1 januari 2006 nog lopende verjaringstermijn van drie jaar – zou zijn voltooid. Art. 72 lid 2 Ow NBW is immers slechts van toepassing in het in art. 72 lid 1 Ow NBW bedoelde geval dat de (nieuwe) wet de nieuwe termijn op korter dan een jaar stelt, en die termijn overeenkomstig het in de (nieuwe) wet bepaalde vóór het tijdstip van haar in werking treden zou aanvangen. Weliswaar is voldaan aan de voorwaarde dat de verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW op korter dan een jaar is gesteld, maar nu het hof niet heeft vastgesteld dat Allianz de aanspraak op uitkering van [eiser] vóór 1 januari 2006 heeft afgewezen met inachtneming van het in art. 7:942 lid 2 (oud) BW bepaalde, is niet voldaan aan de voorwaarde dat de verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW is aangevangen vóór het tijdstip waarop art. 7:942 (oud) BW in werking is getreden. Dit is het overgangsrecht dat blijktens de hiervoor in 3.4.2 aangehaalde toelichting bij de totstandkoming van art. 7:942 (oud) BW is beoogd.

3.5. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

3.6. Na verwijzing zal alsnog moeten worden beslist op de door het hof (in rov. 8) in het midden gelaten stellingen van partijen met betrekking tot de vraag of het indienen van de offerte door [eiser] op 16 maart 2005 al dan niet als een stuitingshandeling in de zin van art. 3:317 BW moet worden aangemerkt.^[2]

Zo nodig zal na verwijzing tevens moeten worden beslist op het betoog van Allianz dat art. 68a lid 1 Ow NBW, waaruit voortvloeit dat onmiddellijke werking toekomt aan art. 7:942 (oud) BW, buiten toepassing moet blijven op de in art. 75 Ow NBW bedoelde grond dat die onmiddellijke werking

2 Tussen partijen staat inmiddels vast dat deze vraag niet meer aan de orde is, omdat ze niet relevant is voor de uitkomst van het geschil. Zie rechtsoverweging 4.8 van het arrest van het hof na verwijzing.

onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

1.5. [eiser] heeft Allianz bij exploit van 15 april 2016 opgeroepen om te verschijnen voor het gerechtshof Amsterdam (hierna: “het hof” dan wel “het hof na verwijzing”) teneinde het geding te hervatten. Het hof heeft geoordeeld dat art. 68a lid 1 Ow NBW op de voet van art. 75 Ow NBW buiten toepassing dient te blijven omdat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof heeft daartoe als volgt overwogen:

“4.11. Het hof overweegt het volgende. [eiser] heeft terecht aangevoerd dat de maatstaf van artikel 75 Ow NBW noopt tot terughoudendheid. Niettemin heeft de wetgever gemeend dat dit vangnet moeilijk kan worden gemist in het systeem van de Overgangswet waarin onmiddellijke werking als uitgangspunt voorop staat indien niet een bijzondere bepaling voor de daartoe geëigende gevallen een andere voorziening treft (MvT, TK 1988-1989, 18 998, nr. 3, p. 35 Parl. Gesch. Overgangsrecht (inv. 3, 5 en 6), p. 68). De wetgever heeft aldus een beperkte mogelijkheid in het leven willen roepen om te kunnen afwijken van het uitgangspunt van onmiddellijke werking omdat niet alle gevolgen daarvan altijd kunnen worden voorzien. In dat verband is van belang dat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 7:942 (oud) BW in de parlementaire geschiedenis geen enkele overweging heeft gewijd aan de (gevolgen van) onmiddellijke inwerkingtreding van artikel 7:942 (oud) BW voor reeds lopende verjaringstermijnen zoals in het geval van [eiser]. Er kan derhalve niet worden gezegd dat de wetgever expliciet voor ogen heeft gehad dat verzekeraars – als gevolg van de onmiddellijke werking – alle op 1 januari 2006 nog ‘levende’ aanspraken conform de afwijzingsformaliteiten dienden af te wijzen teneinde de verjaring te doen aanvangen. De vraag die aldus moet worden beantwoord is of de gevolgen van deze consequentie zodanig bezwaarlijk zijn dat onmiddellijke werking in gevallen van reeds afgewezen maar nog niet verjaarde schadeclaims naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.

4.12. Allianz heeft onbetwist gesteld dat de onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW per 1 januari 2006 betekende dat zij ongeveer 2,5 miljoen aangetekende brieven aan verzekerden

met een nog niet verjaarde reeds afgewezen schadeclaim diende te sturen, waaronder [eiser], teneinde de reeds lopende verjaringstermijnen opnieuw te doen aanvangen. Dit is, anders dan [eiser] aanvoert, een concrete omstandigheid waarmee Allianz als verzekeraar werd geconfronteerd, met ook gevolgen voor de onderhavige zaak. Het verzenden van 2,5 miljoen aangetekende brieven zou Allianz miljoenen hebben gekost. Daar komt bij, zoals eveneens onweersproken is gesteld, dat de dossiers met daarin reeds afgewezen claims eerst uit de fysieke of digitale archieven moeten worden geselecteerd en opgehaald en dat in al die zaken de adressen moeten worden gecontroleerd. Dit alles betekent dat het moeten voldoen aan de vereisten van artikel 7:942 (oud) BW als gevolg van de onmiddellijke werking tot een enorme administratieve en financiële last voor Allianz zou leiden.

Naar het oordeel van het hof is niet gebleken van een daar tegenoverstaand zwaarwegend belang dat met de rechtstreekse werking zou worden gediend.

Weliswaar heeft de wetgever met het invoeren van de afwijzingsformaliteiten de belangen van de verzekerde willen beschermen, maar de noodzaak daartoe werd met dezelfde wetwijziging in het leven geroepen door de aanzienlijk kortere verjaringstermijn van 6 maanden. Niet gezegd kan dan ook worden dat de met artikel 7:942 (oud) BW in het leven geroepen rechtsbescherming voor [eiser] die het gevolg zou zijn van onmiddellijke werking zodanig is dat deze opweegt tegen de hiervoor genoemde omvangrijke administratieve en financiële gevolgen daarvan voor Allianz.

4.13. Bij deze afweging is tevens betrokken dat ook de wetgever verzekeraars niet op dergelijke hoge kosten heeft willen jagen om het beschermingsdoel van artikel 7:942 (oud) BW te bereiken, zoals blijkt uit de toelichting (kamerstukken II 2008/2009, 32 038, nr. 3, p. 3, 4 en 7, MvT) bij de latere wetwijziging van artikel 7:942 (oud) BW: ‘Het Verbond van Verzekeraars schat dat er bij naleving van artikel 7:942 BW jaarlijks ongeveer 525.000 aangetekende brieven moeten worden verzonden. Dit is een voorzichtige schatting die gebaseerd is op een jaarlijks aantal ingediende claims van 3,5 miljoen, waarvan er 15% geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen. De kosten van het verzenden van een aangetekende brief zijn inclusief de interne door de verzender gemaakte admi-

nistratiekosten € 10. Dit betekent dat met het verzenden van deze brieven een bedrag gemoeid is van € 5,25 miljoen. Indien de afwijzing bij gewone brief wordt verzonden, is daarmee een bedrag gemoeid van ongeveer € 450.000. Per saldo is de besparing voor de verzekeraar daarom € 4,8 miljoen. (...) De eisen waaraan een afwijzing moet voldoen en de mogelijke noodzaak tot herhaalde stuiting (iedere zes maanden) wordt knellend ervaren. Voor verzekeraars is de eis om de verzekerde bij aangetekende brief mede te delen de aanspraak af te wijzen, bewerkelijk en kostbaar. (...) Daarom wordt voorgesteld om bij afwijzing van de aanspraak de eis van een aangetekende brief niet langer te stellen. Ervan uitgaande dat de wetgever het jaarlijks verzenden van 525.000 aangetekende brieven door de gezamenlijke verzekeraars als een onaanvaardbare last beschouwde in relatie tot het beschermingsdoel, moet worden aangenomen dat dit temeer geldt voor het belasten van een enkele verzekeraar met het versturen van ruim 2,5 miljoen brieven rond de jaarwisseling 2005/2006 en de administratieve last die daarmee samenhangt.⁷

4.14. Het voorgaande leidt tot het oordeel van het hof dat artikel 68a lid 1 Ow NBW in dit geval buiten toepassing dient te blijven op de voet van artikel 75 Ow NBW, omdat onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁸

1.6. [eiser] heeft op 10 mei 2017, derhalve tijdig, cassatieberoep ingesteld. Allianz heeft geantwoord en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Allianz heeft vervolgens nog haar standpunt schriftelijk doen toelichten. [eiser] heeft afgezien van schriftelijke toelichting en van repliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het middel bestaat uit drie onderdelen, die alle dezelfde kwestie betreffen: deugt de beslissing van het hof dat art. 68a lid 1 Ow NBW op de voet van art. 75 Ow NBW buiten toepassing dient te blijven omdat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik meen dat het verkieselijk is om die kwestie als een geheel te beschouwen. Daarbij komen de diverse klachten van het middel dan vanzelf aan de orde. Aan het slot van

mijn bespreking loop ik bij wijze van bewegwijzering nog even de verschillende onderdelen van het middel langs.

2.2. Als eerste zet ik op een rij hoe de relevante regels omtrent de verjaring van de rechtsvordering tegen een verzekeraar in 2006 en 2010 zijn gewijzigd.

2.3. Vóór 1 januari 2006 gold geen bijzondere verjaringstermijn voor de rechtsvordering tegen een verzekeraar. De generieke termijn van vijf jaar van art. 3:307 lid 1 BW, te rekenen vanaf het moment van opeisbaarheid, was van toepassing. Die termijn kon door partijen worden verkort en veel polisvoorwaarden bevatten zo'n verkorting van de verjaringstermijn.³ Zo ook in het onderhavige geval: volgens de toepasselijke polisvoorwaarden bedroeg de verjaringstermijn drie jaren, te rekenen vanaf de schadegebeurtenis.⁴ Eveneens gebruikelijk was dat verzekeraars een vervaltermijn bedongen, die ging lopen vanaf het moment dat de verzekeraar een definitief standpunt had ingenomen. Ik trof ook in de zojuist bedoelde polisvoorwaarden zo'n vervaltermijn aan (van één jaar),⁵ maar als ik het goed zie heeft dit vervalbeding in het geschil tussen [eiser] en Allianz geen rol gespeeld. Voor een totaalbeeld van de werking van het recht zoals dat vóór 1 januari 2006 gold, maak ik nog melding van het arrest Kroymans/Sun Alliance. Volgens dat arrest kon een verzekeraar in geval van afwijzing van een aanspraak op uitkering op een vervalbeding als zojuist bedoeld zich niet beroepen wanneer hij bij zijn weigering van betaling niet "op niet mis te verstane wijze" aan de verzekerde had meegedeeld een beroep op het beding te zullen doen indien de verzekerde geen rechtsvordering binnen de gestelde termijn had ingesteld.⁶

3 H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, nr. 6.60.

4 Artikel 7.1 Woonverzekering Algemene verzekeringsvoorwaarden AW03, productie 3 bij de inleidende dagvaarding.

5 Artikel 7.3.

6 HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, NJ 1996/683 m.nt. M.M. Mendel (Kroymans/Sun Alliance). Aldus sloot uw Raad zich aan bij voorafgaande rechtspraak van de Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf.

2.4. Per 1 januari 2006⁷ trad het nieuwe verzekeringsrecht in werking. Vanaf dat moment gold een bijzondere regeling voor de verjaring van de rechtsvordering tegen een verzekeraar. Het toenmalige art. 7:942 lid 1 BW hield, evenals het huidige, in de eerste plaats een bijzondere verjaringstermijn in voor de rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering. Die termijn was en is drie jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. De verjaring werd, en wordt ook volgens de huidige regeling, gestuit door een schriftelijke mededeling waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Vervolgens – en op dit punt is de huidige regeling anders – begon op grond van het toenmalige art. 7:942 lid 2 (oud) BW een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aansprakelijkheid erkende, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig had medegedeeld de aanspraak af te wijzen met eveneens ondubbelzinnige vermelding van de voor dat geval volgens lid 3 geldende bijzondere verjaringstermijn van niet meer dan zes maanden. Van de regeling van art. 7:942 BW mocht (en mag) niet ten nadele van de verzekeringnemer worden afgeweken (art. 7:943 lid 2 BW). Verkorting van de verjaringstermijn was dus niet langer mogelijk (althans leidde en leidt tot vernietigbaarheid), evenmin als het overeenkomen van een contractuele vervaltermijn.⁸ Toch zal het duidelijk zijn dat het praktische onderscheid met het vóór 1 januari 2006 geldende recht allerm minst groot is: de nieuwe verjaringstermijn van drie jaar van art. 7:942 lid 1 BW kwam in de plaats van de in de verzekeringspraktijk veelal tot eveneens drie jaar bekorte generieke verjaringstermijn. En de nieuwe verjaringstermijn in geval van afwijzing van art. 7:942 lid 3 (oud) BW van zes maanden te rekenen vanaf de ondubbelzinnige afwijzing, kwam in de plaats van de gebruikelijke vervaltermijn (van veelal zes maanden of één jaar). In ieder geval achteraf bezien kan men het vormvereiste van een aangetekende brief voor de ondubbelzinnige af-

wijzing door de verzekeraar waarden als de wijziging met de grootste impact. Niet alleen omdat ze voorwaarde was voor de start van de korte verjaringstermijn van zes maanden, maar ook en vooral omdat zonder dat aan dat vormvereiste was voldaan, in het geheel geen verjaringstermijn liep.

2.5. Met ingang van 1 juli 2010⁹ is het zojuist omschreven stelsel van art. 7:942 (oud) BW verlaten. Volgens de huidige regeling gaat na stuiting een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar lopen met de aanvang van de dag volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent hetzij ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen. Het vóór 1 juli 2010 geldende derde lid (met de verjaringstermijn van zes maanden in geval van afwijzing) is vervallen.¹⁰ Zes maanden is dus drie jaar geworden en de ondubbelzinnige afwijzing behoeft niet langer bij aantekende brief te geschieden (wel schriftelijk ingevolge art. 7:933 lid 1 BW). Ook behoeft niet te worden gewezen op de aangevangen nieuwe verjaringstermijn (wat begrijpelijk is, omdat die termijn nu een stuk minder kort is).

2.6. Ik kom nu toe aan de crux van de zaak, namelijk het overgangsrecht. Met het al genoemde arrest van uw Raad van 18 december 2015 – waarvan ik onder 1.4 de belangrijkste overwegingen heb geciteerd – is duidelijk dat indien de vordering door de verzekeringnemer was gestuit en de verzekeraar vóór 1 januari 2006 de aanspraak van de verzekerde heeft afgewezen zonder zich daarbij van een aangetekende brief te bedienen, de onmiddellijke werking van art. 68a lid 1 OW NBW met zich brengt dat in beginsel géén verjaringstermijn liep. Ik zeg: “in beginsel”, want Allianz heeft er een beroep op gedaan dat onmiddellijke werking onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

7 Stb. 2005, 702.

8 Het laatste is en was althans de opvatting in de literatuur: Asser-Clausing-Wansink 2007/248; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/349.

9 Art. II Wet van 20 mei 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met lastenverlichting voor burgers en bedrijfsleven, Stb. 2010, 105. Voor het inwerkingtredings-KB zie Stb. 2010, 106.

10 Met ingang van eveneens 1 juli 2010 trad een nieuw lid 3 in werking, dat kort gezegd uitgaat van een stelsel van stuiting door iedere onderhandeling tussen partijen. Zie artikel VII van de in de vorige noot genoemde wet en het daar vermelde KB.

zou zijn. Of dat beroep op de uitzonderingsbepaling van art. 75 Ow NBW terecht is gedaan, diende na verwijzing nog te worden beslist.

2.7. Het hof na verwijzing heeft geoordeeld dat art. 68a lid 1 Ow NBW in dit geval inderdaad buiten toepassing dient te blijven op de voet van art. 75 Ow NBW, omdat de onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De dragende rechtsoverwegingen heb ik hiervoor onder 1.5 reeds aangehaald.

2.8. Het hof is begonnen met een en ander voorop te stellen met betrekking tot de maatstaf van art. 75 lid 1 Ow NBW (rechtsoverweging 4.11, eerste vier zinnen). Ook ik wil daar beginnen.

2.9. Voor het gemak van de lezer citeer ik de bepaling:

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

2.10. Op het eerste gezicht zou men kunnen menen dat toepassing van de bepaling zich in beginsel dient te beperken tot *atypische* gevallen. De gedachte is dan dat de wetgever wat betreft standaardgevallen reeds de afweging heeft gemaakt of een bijzondere regel van overgangsrecht nodig is dan wel de hoofdregel van onmiddellijke werking kan gelden. Wie echter de wetsgeschiedenis van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek onderzoekt, komt tot de conclusie dat voor deze opvatting geen grond bestaat. Het is integendeel zo dat het bestaan van de uitzonderingsbepaling van art. 75 Ow NBW, ook het gedeelte van die bepaling dat naar de redelijkheid en billijkheid verwijst, alles te maken heeft met het besef van de wetgever dat het overgangsrecht een complexe materie betreft en dat hij achter zijn tekentafel fouten kan maken, in die zin dat bepaalde zich bij de overgang van oud naar nieuw recht voordoen de fricties over het hoofd worden gezien. Om die reden heeft de wetgever het nodig geacht dat aan de rechter enige ruimte wordt gegund, om de in

beginsel toepasselijke regels van overgangsrecht te corrigeren. In de woorden van de Memorie van Toelichting bij art. 75 Ow NBW:¹¹

“Bij een zo omvangrijk project als de vernieuwing van het gehele vermogensrecht blijft het moeilijk alle verschillen te overzien en alle gevolgen daarvan te voorzien. Daarom wordt voorgesteld hier een beperkte mogelijkheid tot afwijking te laten, die trouwens ook in het materiële recht bestaat – vgl. artikel 6.1.1.2 [het huidige art. 6:2 BW]. Daartoe worden twee gronden genoemd: de gelijkheid met elders en anders geregelde gevallen en de onaanvaardbaarheid der geboden oplossing. Op de eerste grond zal vooral een beroep kunnen worden gedaan, indien een geval dat niet in het bijzonder is geregeld, sterk gelijk op een geval waarvoor een bijzondere regeling is getroffen, welke van de hoofdregel afwijkt.

De tweede grond is die van artikel 6.1.1.2 lid 2. Hij behelst een marginaal criterium om te voorkomen dat al te gemakkelijk op grond van redelijkheid en billijkheid wordt geprocedeerd.”

Beide in art. 75 lid 1 Ow NBW omschreven gronden (kort gezegd die van analogie respectievelijk de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid), dienen er in de voorstelling van de wetgever toe om de beperkingen van zijn eigen arbeid te redresseren. De tweede grond is weliswaar marginaal geformuleerd (“naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar*”), maar dit wordt door de wetgever – anders dan hiervoor een ogenblik de hypothese was – niet in verband gebracht met een tegenstelling tussen atypische en standaardgevallen. Ook in een standaardgeval kunnen we tot de conclusie komen dat het geschreven overgangsrecht tekortschiet. In dat geval is correctie aangewezen, zo vaak als de redenen voor die correctie maar klemmend genoeg zijn.

2.11. Het rechtstreeks verband tussen de complexiteit van het overgangsrecht en de uitzonderingsbepaling van art. 75 lid 1 Ow NBW is door de

11 Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 68.

meeste auteurs onderschreven.¹² Door De Die¹³ en Hartkamp¹⁴ is een verband gelegd met het stelsel van verwijzingsregels in het internationaal privaatrecht. Evenals regels van overgangsrecht wijzen verwijzingsregels aan welke van twee of meer regelingen op een geval van toepassing zijn. Evenals de algemene beginselen van het overgangsrecht, bieden de algemene leerstukken van het internationaal privaatrecht veelal slechts een beperkte houvast en moet de billijkheid – in het internationaal privaatrecht de openbare orde of de onaanvaardbaarheidsexceptie¹⁵ – het resultaat van verwijzing kunnen beïnvloeden.¹⁶

2.12. Vermeldenswaardig zijn ook de woorden van Van der Beek:¹⁷

“Het zou onwenselijk zijn als men de redelijkheid en billijkheid halt zou laten houden voor de poort van het gebouw dat overgangsrecht heet, juist ook

nu zich in dat gebouw zoveel duistere plekken bevinden. Weliswaar is voor het nieuwe BW een uitgebreid arsenaal aan wettelijk vastgelegde overgangsregels voorhanden, er kunnen altijd zulke plekken door de wetgever over het hoofd zijn gezien, zodat hij er geen voorziening voor heeft getroffen. Zo bestaat de mogelijkheid dat de door de hoofdregel van de onmiddellijke werking aangewezen nieuw BW-regel toegepast op een concreet overgangsgeval een onaanvaardbaar resultaat oplevert.”

Geheel in dezelfde lijn is hetgeen De Vries Lentsch-Kostense schrijft in haar bekende monografie over het overgangsrecht:¹⁸

“Een ‘vangnetbepaling’ als artikel 75 kan moeilijk gemist worden in het systeem van de Overgangswet waarin onmiddellijke werking (met eerbiediging van verkregen rechten) als uitgangspunt voorop staat indien niet een bijzondere bepaling voor de daartoe geëigende gevallen een andere voorziening treft. Een wetgever die zich wil indekken tegen het risico dat hij gevallen over het hoofd ziet waarvoor zeker ook een bijzondere bepaling geboden is, neemt een bepaling als artikel 75 op. Mijns inziens moet artikel 75 vooral in dat licht worden gezien.”

2.13. Het spreekt intussen vanzelf dat indien de wetgever een bepaalde consequentie van de toepasselijkheid van bepaalde overgangsrechtelijke regels ten volle onder ogen heeft gezien, de rechter in beginsel behoort terug te treden. Mij dunkt dat in zo'n geval het toepassingsgebied van art. 75 Ow NBW zich wel degelijk tot (uitgesproken) atypische gevallen behoort te beperken. Niet alleen het primaat van de wetgever als een beginsel van ons staatsrecht noopt daartoe, ook de hiervoor omschreven ratio dat het overgangsrecht zodanig complex is dat aan de tekentafel gemakkelijk fouten worden gemaakt, gaat nu niet op. In het bedoelde geval is geen sprake van een ontwerpfout, maar in plaats daarvan van een keuze van de wetgever. Die keuze behoort de rechter te respecteren, ook al zou hij in de positie van de wetgever mogelijk met overtuiging een andere keuze hebben gemaakt.

- 12 In andere zin H. Stein, Preadvies NJV 1985, p. 264: art. 75 Ow NBW stelt te veel op losse schroeven en met het aannemen van onaanvaardbaarheid moet de uiterste terughouding worden betracht. Ook C.J.H. Brunner, Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht, WPNR 1991/6007, p. 346-347 stond kritisch tegenover art. 75 Ow NBW, maar dat zag alleen op de opvatting (van Hartkamp, zie noot 14) dat die bepaling de ruimte biedt voor een andere uitkomst dan een keuze tussen de toepasselijkheid van oud en nieuw recht. Art. 75 Ow NBW mag ook in de opvatting van Brunner worden toegepast indien de overgangswetgever klaarblijkelijk een duidelijk aanwijsbare groep van gevallen over het hoofd heeft gezien waarin onmiddellijke toepasselijkheid van het nieuwe recht uit een oogpunt van rechtszekerheid onaanvaardbaar is.
- 13 B.C. de Die, Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar, RM Themis 1979, p. 256 e.v.
- 14 A.S. Hartkamp, De redelijkheid en billijkheid in het overgangsrecht, in: Liber Amicorum NBW, Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die, Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 152 e.v.
- 15 Hartkamp verwijst naar HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AE1063, NJ 1977/275 (Chelouche/Van Leer). Vergelijk thans art. 10:9 BW.
- 16 Relativerend: C.L. de Vries Lentsch-Kostense, De onaanvaardbaarheidsexceptie in het IPR en het overgangsrecht, in: Strikwerda's conclusies, Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, Deventer: Kluwer 2011, p. 561 e.v. Volgens haar is de overeenstemming tussen beide “niet groot” (p. 582).
- 17 H.L. van der Beek, Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 1992, p. 51-52.

- 18 C.L. de Vries Lentsch-Kostense, Overgangsrecht (Mon. Nieuw BW A25), Deventer: Kluwer 1992, p. 61.

2.14. Hoe ligt dit in het onderhavige geval? Heeft de wetgever de overgangsrechtelijke consequenties van art. 7:942 (oud) BW ten volle onder ogen gezien, of moet met een ontwerpfout rekening worden gehouden? Volgens het hof klaarblijkelijk het laatste, volgens de steller van het middel het eerste (zie onderdeel 1).

2.15. De Memorie van Toelichting bij art. 7:942 (oud) BW (in de nummering van het voorstel: art. 7.17.1.15) zegt over het geval dat een verzekeraar vóór respectievelijk na de inwerkingtreding van het nieuwe recht een aanspraak van de verzekerde afwijst het volgende:¹⁹

“Ten slotte zij opgemerkt dat de artikelen 72 en 73 Ow van toepassing zijn op artikel 7.17.1.15, die in deze een bevredigende regeling bevatten. Zo heeft artikel 72 Ow tot gevolg dat in het geval de verzekeraar voor de inwerkingtreding overeenkomstig lid 2 de aanspraak heeft afgewezen, de in lid 3 genoemde termijn van zes maanden aanvangt op het tijdstip van inwerkingtreding. In het geval overigens al voor de inwerkingtreding aanspraak wordt gemaakt op een uitkering, maar de verzekeraar deze na de inwerkingtreding afwijst, vangt de termijn van zes maanden op dat tijdstip aan. Dit vloeit dan niet voort uit artikel 72 Ow, maar uit artikel 68a lid 1 Ow. Deze beide situaties hebben evenwel gemeen dat voor de inwerkingtreding aanspraak wordt gemaakt op een uitkering. Naar huidige recht vangt op dat tijdstip een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar aan, terwijl ingevolge artikel 7.17.1.15 na afwijzing van de aanspraak door de verzekeraar een nieuwe verjaringstermijn aanvangt, en wel van zes maanden. De artikelen 68a lid 1 en 72 Ow brengen evenwel voor beide situaties mee dat de nieuwe termijn van zes maanden gaat gelden, zij het in de eerste situatie met opschuiving van de aanvangsdatum. Zie Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 54. De termijn van vijf jaar wordt aldus vervangen door die van zes maanden, waarbij artikel 72 lid 2 Ow weer voorkomt dat door opschuiving van de zjuist genoemde aanvangstermijn ingevolge het eerste lid van deze bepaling, de nieuwe termijn langer kan lopen dan de oude die hij vervangt.”

2.16. Wat valt hierin te lezen? Er kan in worden gelezen – en uw Raad heeft het erin gelezen (arrest van 18 december 2015, rechtsoverweging 3.4.3

slot) – dat de wetgever beoogde dat voor het geval dat door de verzekeraar onder het oude recht de aanspraak van de verzekerde is afgewezen het overgangsrecht wordt bepaald door art. 68a en 72 Ow NBW tezamen. Er kan echter zeker niet in worden gelezen dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat de toepasselijkheid van de regel van art. 72 Ow NBW veronderstelt dat de verzekeraar vóór de inwerkingtreding van de wet zich heeft gehouden aan het vormvereiste van een aangetekende brief dat het nieuwe recht (art. 7:942 lid 2 oud BW) stelde. Er kan evenmin in worden gelezen dat de wetgever zich heeft gerealiseerd dat in alle gevallen waarin de verzekeraar zich aan die vorm niet heeft gehouden, het nodig werd dat de verzekeraar alsnog een aangetekende brief zou verzenden, omdat bij gebreke daarvan geen verjaringstermijn zou lopen. Ten slotte kan er ook niet in worden gelezen dat de wetgever zich heeft gerealiseerd welke kosten het voor verzekeraars met zich zou brengen om alle relevante dossiers in hun administratie op te sporen en de vereiste aangetekende brieven op te stellen en verzenden, om aldus inderdaad alsnog aan het door het nieuwe recht gestelde vormvereiste te voldoen.

2.17. Ik lees in de overweging van het hof dat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 7:942 (oud) BW in de parlementaire geschiedenis geen enkele overweging heeft gewijd aan de (gevolgen van) onmiddellijke inwerkingtreding van artikel 7:942 (oud) BW voor reeds lopende verjaringstermijnen zoals in het geval van [eiser] (rechtsoverweging 4.11, hiervoor onder 1.5 aangehaald), niet iets anders. Het hof heeft niet miskend dat de wetgever de toepasselijkheid van art. 68a en 72 Ow NBW heeft beoogd. Het hof heeft enkel bedoeld dat de wetgever aan de consequenties van die keuze voor het geval dat de verzekeraar zijn afwijzing niet in de vorm van een aangetekende brief heeft gegoten, geen overwegingen heeft gewijd.

2.18. Ik veroorloof mij op deze plaats de opmerking dat niet alleen de wetgever niet onder ogen heeft gezien dat de toepasselijkheid van de regel van art. 72 Ow NBW veronderstelt dat de verzekeraar vóór de inwerkingtreding van de wet zich heeft gehouden aan het vormvereiste van een aangetekende brief. Ik heb geen auteur kunnen vinden die in de jaren rond de inwerkingtreding van art. 7:942 (oud) BW dat wél onder ogen heeft gezien. De meeste auteurs hebben eenvoudig de uitleg van de Memorie van Toelichting overgeno-

19 Kamerstukken II 2004/05, 30137, nr. 3, p. 221.

men en dus evenzeer als die memorie de consequentie van het vormvereiste van de aangetekende brief onbenoemd gelaten.²⁰ Elzas heeft (als ik het goed zie: als enige) zich er wel rekenschap van gegeven dat het nieuwe recht een vormvereiste stelt dat naar oud recht niet bestond, maar hij meende in verband met de hiervoor aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting dat verzekeraars niet gehouden waren om alsnog een formele afwijzing (dus een afwijzing in de door het nieuwe recht van art. 7:942 (oud) BW voorgeschreven vorm van een aangetekende brief) te doen uitgaan.²¹ Kortom, de literatuur heeft zich door de Memorie van Toelichting op het verkeerde been laten zetten en dat is pas met het arrest van 18 december 2015 duidelijk geworden.²² Dat is bijna tien volle jaren na de inwerkingtreding van art. 7:942 (oud) BW op 1 januari 2006. Vorderingen die volgens de algemene veronderstelling van de verzekeringspraktijk reeds zo'n negeneen-half jaar verjaard waren, bleken dat eind 2015 plotsklaps niet te zijn.²³

2.19. Ik bepleit niet een vuistregel volgens welke een algemene of vrijwel algemene dwaling in het recht in beginsel steeds zou moeten leiden tot een toepassing van de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW. Dat zou (veel) te ver gaan. Die algemene dwaling is echter hoe dan ook

wel een omstandigheid die vóór die toepassing pleit, al behoort ze tegen andere argumenten te worden afgewogen.

2.20. In dit verband is belangrijk onder ogen te zien dat 's hofs arrest er niet toe leidt dat Allianz als verzekeraar in dezelfde positie wordt gebracht als was de hiervoor bedoelde (vrijwel) algemene dwaling werkelijk recht. De beslissing van het hof dat het beroep van Allianz op de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW opgaat, leidt niet ertoe dat de korte verjaringstermijn van zes maanden van art. 7:942 lid 2 (oud) BW werking krijgt zónder de door de wetgever daarmee verbonden formele vereisten. Allianz heeft zich erop beroepen dat de laatst mogelijke stuiting door [eiser] dateert van 16 maart 2005, dat de contractueel verkorte verjaringstermijn van drie jaar toen opnieuw is gaan lopen en dat *die* verjaring is voltooid omdat [eiser] vervolgens eerst op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak op vergoeding heeft gemaakt (zie rechtsverweging 4.2 van het arrest van het hof). Dat verweer is door het hof aanvaard. Zou [eiser] binnen drie jaar na 16 maart 2005 zich opnieuw bij Allianz hebben gemeld, dan zou dat een wezenlijk andere situatie zijn geweest dan door het hof is beslist.

2.21. Art. 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze concretisering van de open norm van redelijkheid en billijkheid is ook in de context van het overgangsrecht bruikbaar. Daarbij geldt dat geen scherp onderscheid kan worden gemaakt tussen algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Rechtsbeginselen berusten niet zelden mede op een in de rechtsgemeenschap breed gedeelde overtuiging en door de erkenning van een rechtsbeginsel zal in het algemeen die overtuiging worden versterkt.

2.22. Het is een algemeen erkend rechtsbeginsel dat de geldigheid van een rechtshandeling dient te worden beoordeeld naar het tijdstip waarop die handeling wordt verricht.²⁴ Art. 7:942 (oud) BW verbond het ingaan van de nieuwe, korte verja-

20 Asser-Clausing-Wansink 2007/249; P.J.M. Drion, Verjaring, in P.J.M. Drion e.a., Het nieuwe verzekeringsrecht: titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 92-93; E.J. Kars, in: M.L. Hendrikse e.a., Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 353.

21 R.Ph. Elzas, Invoering Nieuw Verzekeringsrecht, VA 2005, p. 113.

22 Ik roep in herinnering dat ook plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, in een kennelijke poging om aan te sluiten bij de verwachtingen die door de Memorie van Toelichting bij de praktijk waren gewekt, in haar conclusie voor het arrest van 18 december 2015 heeft verdedigd dat art. 72 lid 2 Ow NBW ertoe leidde dat ook zonder de vorm van een aangetekende brief een afwijzing door de verzekeraar voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuwe recht per 1 januari 2006 een verjaringstermijn van een half jaar ging lopen. Zie die conclusie onder 20.

23 Teleurgesteld vertrouwen verklaart mogelijk de stevige bestrijding van het arrest van 18 december 2015 door P.R. van der Vorst, De verjaring van het recht op uitkering; onmiddellijke werking van afwijzingsformaliteiten op "oude" aanspraken?, AV&S 2016/39.

24 Vergelijk Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/327.

ringstermijn van zes maanden in geval van afwijzing van aansprakelijkheid aan de inhoudelijke eis van ondubbelzinnigheid, het vormvereiste van een aangetekende brief en de eveneens ondubbelzinnige vermelding van die korte verjaringstermijn. Het eerste vereiste (*ondubbelzinnige* afwijzing) gold, zo behoort te worden aangenomen, ook reeds op grond van het vóór 1 januari 2006 geldende recht. Het begin van de (algemeen gebruikelijke) vervaltermijn was namelijk de mededeling van de verzekeraar van zijn “definitief standpunt”.²⁵ In geval van een afwijzing die enige dubbelzinnigheid in zich draagt, kan mijns inziens van zo’n definitief standpunt niet worden gesproken. Ook het derde vereiste bestond onder het oude recht, namelijk op grond van Kroymans/Sun Alliance (vergelijk hiervoor onder 1.3). Uiteraard zag de vereiste “op niet mis te verstane wijze” gedane mededeling toen niet op de (nog niet bestaande) korte verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW maar op de contractuele vervaltermijn, maar dat is een verschil van formele aard; de bedoelde korte verjaringstermijn verving die vervaltermijn. Het verschil dat resteert, is het vormvereiste zoals dat vanaf 1 januari 2006 ging gelden, namelijk dat van een aangetekende brief.

2.23. Mijns inziens geldt het beginsel dat de geldigheid van een rechtshandeling, of andere mededeling waaraan het recht gevolg verbindt,²⁶ moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop zij wordt verricht, in versterkte mate voor vormvereisten. Het is in het algemeen ongerijmd om de geldigheid van een handeling te ontkennen op de grond dat ze niet is verricht overeenkomstig een vormvereiste dat ten tijde van de handeling nog niet bestond.

2.24. Ook het overgangsrecht gaat uit van het zojuist bedoelde beginsel. Zie art. 79 Ow NBW: “Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten

gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.”

Dat deze regel hier niet rechtstreeks van toepassing is, berust erop dat de vóór 1 januari 2006 gebruikelijke contractuele vervaltermijn, naar de algemene opvatting met de inwerkingtreding van het nieuwe recht haar kracht verloor. Het geldige beginpunt leidt dus niet meer tot het voorheen daaraan verbonden rechtsgevolg. In plaats daarvan had de bijzondere, korte verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW haar eigen beginpunt, mét het formele vereiste van een aangetekende brief. Bovendien, en dat is het springende punt in de onderhavige zaak, was die korte verjaringstermijn in het stelsel van art. 7:942 (oud) BW de enige toepasselijke verjaringstermijn na afwijzing van aansprakelijkheid door een verzekeraar. Het niet hebben voldaan aan een vormvereiste dat ten tijde van de afwijzing nog niet gold, dreigt aldus ertoe te leiden dat in het geheel geen verjaringstermijn liep. Nauwkeuriger gezegd: ze leidt onontkoombaar daartoe, behoudens de eventuele toepassing van de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW.

2.25. Dat art. 79 Ow NBW niet rechtstreeks van toepassing is, verhindert uiteraard niet dat aan het beginsel dat aan die bepaling ten grondslag ligt bij de toepassing van de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW mede gewicht wordt toegekend.²⁷

2.26. Het door art. 79 Ow NBW erkende beginsel draagt geen absoluut karakter. Volgens de aanhef van de bepaling kan immers anders worden bepaald. In verband daarmee dunkt mij relevant of het vormvereiste zoals dat vanaf 1 januari 2006 ging gelden, berust op overwegingen van bijzonder gewicht, zodanig dat dit consequenties behoort te hebben voor het overgangsgeval waar het in de onderhavige zaak om gaat. Dat lijkt mij niet het geval.²⁸

25 H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, nr. 6.60.

26 Mijns inziens kan in het midden blijven of bij de afwijzing respectievelijk waarschuwing voor de korte vervalrespectievelijk verjaartermijn in strikte zin van een rechtshandeling sprake is. Vergelijk de ruime formulering van art. 3:37 lid 1 BW: “verklaringen, met inbegrip van mededelingen”.

27 In dit verband merk ik nog op dat er mijns inziens geen enkele aanleiding bestaat om de beide in art. 75 lid 1 Ow NBW benoemde gevallen (kort gezegd van analogie en onaanvaardbaarheid) op te vatten als sloten zij onderlinge beïnvloeding uit.

28 Als een aanwijzing in tegengestelde zin is op het eerste gezicht aan te merken het pleidooi van A.J. Verheij voor informatieplichten met betrekking tot onder meer verjaringstermijnen, in: Waarschuwen voor termijnen:

2.27. In de eerste plaats: vormvrijheid is het vertrekpunt (het zogenaamde beginsel van het consensualisme, art. 3:37 lid 1 BW). Weliswaar komt ook wel op andere plaatsen in het recht voor dat verzending bij aangetekende brief wordt vereist, maar dat vereiste pleegt dan veelal sterk te worden gerelativeerd. Vergelijk bijvoorbeeld het arrest Theole/ABN AMRO met betrekking tot de volgens art. 28c lid 1 Huurwet (oud) vereiste aanzegging bij aangetekende brief: waar de aanzegging de huurder zo tijdig had bereikt dat hij van de volle in art. 28d lid 1 Huurwet (oud) vermelde termijn gebruik kon maken, bleef de schending van het vormvoorschrift zonder gevolg.²⁹ De strekking van de vorm van een aangetekende brief is in het algemeen niet meer dan te waarborgen dat de met de brief overgebrachte mededeling de geadresseerde bereikt.

2.28. In de tweede plaats: in verband met de aanzienlijke administratieve last die het vormvoorschrift van art. 7:942 lid 2 (oud) BW voor verzekeraars met zich bracht, is het niet meer dan enkele jaren na haar inwerkingtreding weer geschrapt.³⁰ Ook dat bewijst dat bedoeld voorschrift niet berust op enigerlei overweging van bijzonder gewicht in de door mij bedoelde zin. Zoals het hof terecht onder ogen heeft gezien, geldt de overweging van hoge administratieve lasten in versterkte mate voor het geval dat zou moeten worden aangenomen dat bij gebreke van een bijzondere regel van overgangsrecht verzekeraars gehouden waren

om relevante, reeds terzijde gelegde dossiers te traceren, teneinde alsnog aan het nieuwe vormvoorschrift te kunnen voldoen.

2.29. Ik herhaal hier nog weer eens, omdat het voor de beoordeling van de zaak mijns inziens wezenlijk is, dat het hof *niet* ervan is uitgegaan dat de korte verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW zijn werking moet hebben, ondanks de omstandigheid dat aan de formele vereisten voor het intreden van die termijn niet was voldaan (vergelijk hiervoor onder 2.20). Het gaat om een andere regel die het hof buiten toepassing heeft gelaten, namelijk die van art. 7:942 lid 2 (oud) BW, die ertoe zou hebben geleid dat tussen partijen in het geheel geen verjaringstermijn liep. Dat het niet voldoen aan een vormvereiste dat niet gold ten tijde van de afwijzing van aansprakelijkheid door Allianz ook tot dat rechtsgevolg mag leiden, dát is de vraag waar het in deze zaak om gaat.

2.30. Een algemeen erkend rechtsbeginsel (althans een krachtige in Nederland levende rechtsovertuiging) dunkt mij dat alle vorderingsrechten aan verjaring onderworpen zijn. Algemeen beschouwt men verjaring als essentieel voor de bescherming van de schuldeiser. Verschillende auteurs hebben verjaring zelfs benoemd als een zaak van openbaar belang.³¹ Ik meen dat het overgangsrecht er mede op is gericht om te waarborgen dat vorderingsrechten inderdaad steeds aan een passende verjaringstermijn onderworpen zijn. De wetgever meende met art. 72 en 73 Ow NBW een sluitend stelsel te hebben geformuleerd. Sinds het arrest van uw Raad van 18 december 2015 weten we dat wat betreft de bijzondere verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW van een sluitend stelsel allerminst sprake is. Dat voorafgaande aan de inwerkingtreding van het nieuwe recht niet was voldaan aan de formele vereisten zoals die nadien gingen gelden, dreigt tot gevolg te hebben dat geen verjaringstermijn liep zo vaak als de onder het oude recht geldende verjaringstermijn (al dan niet contractueel verkort) door de verzekeringnemer was gestuit. De na stuiting aangevangen nieuwe verjaringstermijn kwam onder het nieuwe recht niet meer tot voltooiing, vanwege het door de overgangsrechtwetgever gekozen uitgangspunt

Pleidooi voor een informatieplicht met betrekking tot verjarings- en vervalttermijnen, rede Groningen, Den Haag: Boom Juridisch 2012. Verheij beschrijft echter vooral (volgens hem) wenselijk recht en onderkent dat art. 7:942 lid 2 (oud) BW in verband met een ongelukkige vormgeving van de door hem bepleite informatieplicht (aangetekende brief) is gesneuveld. Vergelijk voor het laatste p. 52 van zijn rede. Bij de waardering van de betekenis van de opvatting van Verheij voor de onderhavige zaak vergete men verder niet dat de beslissing van het hof *niet* ertoe leidt dat zonder waarschuwing de korte verjaringstermijn van art. 7:942 lid 3 (oud) BW werking krijgt. Vergelijk hiervoor onder 2.20.

29 HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2996, NJ 2000/209 m.nt. P.A. Stein (Theole/ABN AMRO). Vergelijk Asser/Snijders & Valk 7-III 2016/387 met betrekking tot het vormvoorschrift van art. 7:367 lid 2 BW.

30 Vergelijk rechtsoverweging 4.13 van het arrest van het hof (hiervoor geciteerd onder 1.6), waar de Memorie van Toelichting op het voorstel tot die wijziging wordt aangehaald, alsmede hiervoor onder 2.5.

31 Vergelijk J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2008, p. 25 e.v.

dat de nieuwe verjaringsregels de oude verdringen.³² En de nieuwe verjaringstermijn startte niet, vanwege bedoelde formele vereisten. Mijns inziens is dit een door de wetgever niet beoogd gevolg van de inwerkingtreding van het nieuwe recht. Uit de onder 2.15 aangehaalde Memorie van Toelichting volgt dat de wetgever meende dat de na stuiting volgens het oude recht lopende nieuwe verjaringstermijn werd vervangen door de nieuwe termijn en dat slechts de aanvangsdatum van die laatste verjaring door de inwerkingtreding van het nieuwe recht werd beïnvloed.

2.31. Vervolgens kom ik bij de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Wat de betrokken belangen van verzekeraars in het algemeen en van Allianz in het bijzonder zijn, zal reeds duidelijk zijn. Dat is het belang om na een voldoende duidelijk gedane afwijzing eens het dossier definitief te kunnen afleggen en in verband met de geclaimde schade niet langer een voorziening behoeven aan te houden. Achteraf gezien had Allianz, en iedere andere verzekeraar in haar plaats, dat belang zelf kunnen waarborgen door na inwerkingtreding van het nieuwe recht per 1 januari 2006 alsnog aan de verzekeringnemer een aantekende brief te zenden, maar dat raakt dan een ander belang van verzekeraars, namelijk om niet voor aanzienlijke administratieve lasten te worden gesteld. En, het is reeds duidelijk, het is ook echt *wijsheid achteraf*, want destijds waren verzekeraars niet bedacht op de noodzaak van een dergelijke administratieve operatie.

2.32. Subonderdeel 2.2.3 kleineert laatstbedoeld belang van Allianz met de stelling dat het gaat om de verzending van niet meer dan één aangetekende brief aan alleen [eiser]. Dat is natuurlijk geen correcte voorstelling van zaken. Allianz had niet alleen met [eiser] van doen, maar ook met andere verzekeringnemers aan wie ze eveneens voorafgaande aan de inwerkingtreding per 1 januari 2006 van art. 7:942 (oud) BW een afwijzing van aansprakelijkheid had verzonden. Het bedoelde belang van Allianz kan ook niet worden weggepoetst, zoals subonderdeel 2.2.2 probeert, door te spreken van een ondernemersrisico, dat ten onrechte op [eiser] wordt afgewenteld.

2.33. Dan ten slotte het belang van [eiser]. Het spreekt vanzelf dat toepassing van de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW er potentieel toe kan leiden dat een partij wordt teleurgesteld in het vertrouwen dat zij op de onmiddellijke werking van het nieuwe recht heeft gesteld.³³ Inderdaad heeft [eiser] aangevoerd dat hij er vanuit mocht gaan dat als gevolg van de onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW na zijn laatste stuitingshandeling in het geheel geen nieuwe verjaringstermijn meer liep.³⁴ In het licht van hetgeen hiervoor is gezegd, in het bijzonder onder 2.18, is dit beroep van [eiser] op het bij hem bestaande vertrouwen niet sterk. [eiser] voert niet aan dat hij destijds rechtsgeleerd advies heeft ingewonnen. Het door hem bedoelde vertrouwen lijkt niet wezenlijk meer dan een constructie achteraf; dat vertrouwen veronderstelt een inzicht in de werking van het overgangsrecht dat vóór het arrest van 18 december 2015 ook bij doorgewinterde verzekeringsjuristen niet lijkt te hebben bestaan.

2.34. Ik maak de balans op. Vanaf 1 januari 2006 tot 1 juli 2010 gold een bijzondere verjaringsregeling. Uitgaande van de onmiddellijke werking van die regeling is de vordering van [eiser] niet verjaard. Allianz heeft zich op de aanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW beroepen. Toepassing van die exceptie beperkt zich niet tot atypische gevallen, maar kan ook worden ingegeven door de overweging dat de wetgever iets over het hoofd heeft gezien (hiervoor onder 2.10-2.11). Dat is hier klaarblijkelijk het geval (hiervoor onder 2.15-2.16). Voor toepassing van de exceptie pleit dat de verzekeringspraktijk door de Memorie van Toelichting op het verkeerde been is gezet (hiervoor onder 2.18-2.19). Voor die toepassing pleiten ook algemeen erkende rechtsbeginselen. Dat betreft in de eerste plaats het beginsel dat de geldigheid van een rechtshandeling, of een andere mededeling waaraan het recht gevolg verbindt (hier het doen aanvangen van de verjaring), dient te worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de

32 MvT Inv., Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 52.

33 Behalve in termen van belangen, kan men ook spreken in termen van het vertrouwensbeginsel, zoals dat mede het overgangsrecht beheerst. Dat maakt echter mijns inziens geen wezenlijk verschil. Ook het vertrouwensbeginsel draagt geen absoluut karakter, maar moet worden afgewogen tegen andere beginselen en belangen.

34 Antwoordakte d.d. 15 juni 2011, p. 3-5.

handeling is verricht (hiervoor onder 2.23-2.25). Het karakter van het voorschrift van art. 7:942 lid 2 (oud) BW wijst in dat verband niet in andere richting (hiervoor onder 2.26-2.28). Onmiddellijke werking is evenzeer in strijd met het beginsel dat alle vorderingsrechten aan verjaring onderworpen zijn. Die onmiddellijke werking zou er namelijk toe leiden dat in het geheel geen verjaring gaat lopen. Dat is een door de wetgever niet beoogd gevolg van het voorschrift van art. 7:942 lid 2 (oud) BW (hiervoor onder 2.30). Voor toepassing van de onaanvaardbaarheidsexceptie pleiten ook reële belangen van Allianz (hiervoor onder 2.31-2.32). Daartegenover heeft [eiser] zich beroepen op zijn vertrouwen op de onmiddellijke werking van het nieuwe recht, maar dat vertrouwen is vooral een abstractie (hiervoor onder 2.33).

2.35. Gegeven deze balans dunkt mij 's hofs arrest alleszins juist: toepassing van de onmiddellijke werking van art. 68a Ow NBW is in een geval als hier aan de orde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Ik formuleer het opzettelijk zo. In theorie is de beoordeling van het beroep op de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 BW een oordeel met een aanzienlijke feitelijke component. In het onderhavige geval is van dit laatste nauwelijks sprake.

2.36. Met het voorgaande heb ik reeds impliciet gezegd wat het lot van de diverse klachten van het middel behoort te zijn. Ik loop die klachten nu nog even langs.

2.37. *Onderdeel 1* richt zich tegen rechtsoverweging 4.11 van het arrest van het hof, volgens welke de wetgever geen overwegingen heeft gewijd aan de gevolgen van de onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW en niet voor ogen heeft gehad dat verzekeraars alle op 1 januari 2006 nog "levende" aanspraken conform de nieuwe afwijzingsformaliteiten diende af te wijzen. De hiertegen gericht rechtsklacht kan reeds geen doel treffen, omdat de klacht zich niet tegen een rechtsoordeel richt. Ook overigens slagen de klachten van het onderdeel niet. 's Hofs oordeel is allerm minst onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd (hiervoor onder 2.17).

2.38. Op p. 5 van de procesinleiding in cassatie beroept de steller van het middel zich er nog op dat de wetgever, ondanks inzicht in de problemen waarvoor verzekeraars zich in verband met art. 7:942 (oud) BW zagen gesteld, bij de wetwijziging van 1 juli 2010 niet alsnog het overgangsrecht heeft gewijzigd. Aldus suggereert de steller van

het middel meer dan waarvoor grond bestaat. Juist is dat de wetgever bij gelegenheid van de bedoelde wetwijziging het oog heeft gehad op de nadelen van het voorschrift van art. 7:942 lid 2 (oud) BW voor verzekeraars. Ook is juist dat de wetgever toen heeft stilgestaan bij het overgangsrecht zoals van toepassing op de wetwijziging per 1 juli 2010. Zie de Memorie van Toelichting.³⁵

"Het laten vervallen van de eis van een aangetekende brief en de verlenging van de termijn na afwijzing van de aanspraak van zes maanden naar drie jaar, roepen een aantal vragen van overgangsrecht op, in het bijzonder de volgende twee. Indien een verzekeraar vóór de inwerkingtreding van deze wet bij aangetekende brief de aanspraak heeft afgewezen, vangt er een nieuwe verjaringstermijn aan van zes maanden. Indien gedurende deze termijn deze wet in werking treedt, heeft dat niet tot gevolg dat de verjaringstermijn daardoor tot drie jaren verlengd wordt. Artikel 73 lid 1 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) voorkomt dit omdat krachtens deze bepaling en het in artikel 68a lid 2 Ow bepaalde het oude recht nog een jaar van toepassing blijft. Indien in die periode de verjaring niet wordt gestuit verstrijkt de zes maanden termijn en vindt er geen verlenging van deze termijn plaats. Het toepasselijk worden van het nieuwe recht brengt immers niet mee dat dit rechtsgevolg op losse schroeven wordt gezet (zie ook Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 55 (voorbeeld 4)). Vindt er in deze periode wel een stuiting plaats, dan vangt er wederom een verjaringstermijn van zes maanden aan indien ook deze termijn verstrijkt in het jaar waarin het oude recht nog van toepassing is. Indien deze termijn daarentegen na dat jaar zou verstrijken, dan volgt uit 73 lid 1 jo 68a lid 1 Ow dat door deze laatste stuiting een verjaringstermijn van drie jaren is aangevangen.

Indien een verzekeraar vóór de inwerkingtreding niet bij aangetekende brief, maar bij gewone brief de aanspraak heeft afgewezen, begint er ingevolge het huidige artikel 7:942 lid 2 BW geen nieuwe verjaringstermijn te lopen. Op grond van de nieuwe wet is er in deze situatie wel een verjaringsstermijn (van drie jaren) aangevangen. Dit volgt uit artikel 68a lid 1 Ow, waarbij het er niet toe doet dat onder het oude recht geen termijn was

35 Kamerstukken II 2008/09, 32038, nr. 3, p. 8.

aangevangen. Zie Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 52. Wel blijft ingevolge artikel 73 lid 1 jo 68a lid 2 Ow het oude recht nog een jaar van toepassing, met als gevolg dat (zoals in artikel 73 lid 2 Ow verduidelijkt wordt), die termijn niet door de enkele inwerkingtreding voltooit.”

2.39. Zoals uit de eerste zin van het citaat blijkt, ziet dit op het overgangsrecht zoals van toepassing op de wetswijziging per 1 juli 2010 en niet die *per 1 januari 2006*.³⁶ Mijns inziens kan ook niet uit de verwijzing in de Memorie van Toelichting naar de mogelijkheid dat voorafgaand aan de wetswijziging per 1 juli 2010 geen verjaringstermijn was aangevangen, worden afgeleid dat de wetgever toen zich alsnog ten volle bewust was van de overgangsrechtelijke consequenties van de wetswijziging per 1 januari 2006. Het geval dat een verzekeraar zich voorafgaande aan de wetswijziging per 1 juli 2010 niet had gehouden aan het voorschrift van art. 7:942 lid 2 (oud) BW, behoeft immers niet per se ook vóór 1 januari 2006 te liggen. In verband met de algemene opvatting voorafgaand aan het arrest van uw Raad van 18 december 2015 (hiervoor onder 2.18) is het integendeel alleszins aannemelijk dat de wetgever niet mede het oog had op afwijzingen door verzekeraars van vóór 1 januari 2006.

2.40. *Onderdeel 2* richt zich tegen rechtsoverwegingen 4.12 en 4.13 van het arrest van het hof. Onder 2.1 dicht de steller van het middel de wetgever opnieuw ten onrechte een welbewuste keuze toe voor het overgangsrecht zoals dat met het arrest van uw Raad van 18 december 2015 is gebleken te gelden, afgezien van de werking van art. 75 lid 1 Ow NBW.

2.41. Subonderdeel 2.2.1 gaat uit van de opvatting dat de onzekerheidsexceptie van dat artikel alleen toepassing kan vinden in verband met de relevante omstandigheden van het concrete geval, welke omstandigheden zich bovendien, zo begrijp ik, dienen te onderscheiden van doorsneegevallen. Die opvatting is onjuist. De onzekerheidsexceptie staat mede in verband met het zelfinzicht van de wetgever dat het overgangsrecht zodanig complex is dat gemakkelijk fouten worden gemaakt; voor

die gevallen dient ze als een vangnet. Daarmee heeft de wetgever welbewust aan de rechter een taak toebedeeld die niet halt houdt voor gevallen die doorsnee zijn (hiervoor onder 2.10). Anders dan het onderdeel aanvoert, heeft het hof dus ook niet de grenzen van zijn taak als rechter miskend. 2.42. Voor de subonderdelen 2.2.2 en 2.2.3, die zich richten tegen 's hofs overweging omtrent de administratieve en financiële last van de verzending achteraf van aangetekende brieven door Allianz als verzekeraar, verwijs ik naar hetgeen ik hiervoor onder 2.32 heb gezegd.

2.43. Subonderdeel 2.3 wijst op de nauwe samenhang tussen de bijzondere, korte verjaringstermijn van zes maanden en de formele vereisten die art. 7:942 lid 2 (oud) BW aan een mededeling houdende afwijzing stelde. De logica van het subonderdeel komt erop neer dat waar de verzekeraars met die korte termijn blij waren, zij de consequenties van de daarmee verbonden formele vereisten ten volle dienen te dragen en die niet op een individuele verzekerde als [eiser] kunnen afwentelen. Dergelijke logica berust op een te eenvoudige voorstelling van zaken. Dat de bijzondere, korte verjaringstermijn en de formele vereisten een pakket vormden, is duidelijk. Dat kan echter niet wegnemen dat de onmiddellijke werking van het nieuwe recht van art. 7:942 lid 2 (oud) BW voor gevallen waarin vóór 1 januari 2006 door de verzekeringnemer de verjaring was gestuit en de verzekeraar aansprakelijkheid had afgewezen, in het licht van algemeen erkende rechtsbeginselen en van de betrokken belangen geen passend overgangsrecht is.

2.44. In dit verband wijs ik er nog eens op dat 's hofs beslissing dat het beroep van Allianz op de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW opgaat, niet ertoe leidt dat de korte verjaringstermijn van zes maanden van art. 7:942 lid 3 (oud) BW werking krijgt zónder de door de wetgever daarmee verbonden formele vereisten. Vergelijk hiervoor onder 2.20 en 2.29.

2.45. *Onderdeel 3* berust op de veronderstelling dat het hof de zaak niet heeft beslist op grond van de onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 75 lid 1 Ow NBW, maar op de eerste in die bepaling bedoelde uitzondering (dus het geval dat de gelijkennis met een of meer van de in art. 76 e.v. geregelde gevallen daartoe noopt). Die veronderstelling mist feitelijke grondslag. Zie onder meer de uitdrukkelijke overweging van het hof in rechtsoverweging 4.15 (hiervoor onder 1.5 aangehaald).

36 Wie dat even vergeet, raakt met name bij lezing van de laatste alinea van het citaat, gemakkelijk geheel de weg kwijt.

2.46. Slotsom is dat met middel in al zijn onderdelen faalt.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

1. Het geding

(...; red.)

2. Het tweede geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is, althans was, samen met zijn voormalige partner, eigenaar van een woning te [plaats] (hierna: de woning). Het risico van schade door brand was verzekerd bij de rechtsvoorganger van Allianz (Allianz en haar rechtsvoorganger worden hierna beide aangeduid als Allianz). Allianz heeft in 2003 aan [eiser] een zogeheten polis van woonhuisverzekering verstrekt. Hierin is een bedrag van € 242.300,= als verzekerd bedrag vermeld.

(ii) Op 1 maart 2004 heeft in de woning van [eiser] brand gewoed. Als gevolg van de brand is schade aan de woning ontstaan.

(iii) Allianz heeft een onderzoek doen instellen naar de oorzaak van de brand. Daarvan is op 15 april 2004 een rapport uitgebracht.

(iv) Allianz heeft geweigerd dekking onder de polis te verlenen en zich in dit verband onder meer beroepen op art. 294 WvK (oud) (merkelijke schuld van de verzekerde) en op bepalingen van de verzekeringsvoorwaarden. Allianz heeft hiervan bij brief van 13 mei 2004 aan [eiser] mededeling gedaan.

(v) De verzekeringsovereenkomst is op 11 juni 2004 door Allianz beëindigd.

(vi) Namens [eiser] is bij brief van 23 september 2004 aan Allianz een laatste termijn gegeven om haar eerder ingenomen standpunt te wijzigen en alsnog dekking onder de polis te verlenen. Daarop heeft Allianz bij brief van 1 december 2004, onder toezending van een aanvullend rapport, meegedeeld haar eerder ingenomen standpunt te handhaven.

(vii) Een aannemersbedrijf heeft op 16 maart 2005 een offerte uitgebracht voor het verrichten van herstelwerkzaamheden in en aan de woning voor een bedrag van € 251.685,= inclusief btw. In 2005 is tussen Allianz en [eiser] gecorrespondeerd over de hoogte van de schade.

(viii) Namens [eiser] is aan Allianz bij brief van 2 juli 2009 opnieuw aanspraak gemaakt op vergoeding van de schade aan de woning.

3.2.1. [eiser] heeft gevorderd Allianz te veroordelen tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst door de schade te laten vaststellen conform de polisvoorwaarden en het aldus vastgestelde schadebedrag aan hem uit te keren, met rente en kosten.

3.2.2. Allianz heeft zich primair beroepen op verjaring van de vordering van [eiser], daarbij verwijzend naar art. 7:1 van de toepasselijke polisvoorwaarden, luidende: "Elk recht op schadevergoeding verjaart door verloop van 3 jaren na de gebeurtenis". Zij heeft aangevoerd dat de laatste mogelijke (door Allianz betwiste) stuiting van de verjaringstermijn moet worden gedateerd op 16 maart 2005, en dat [eiser] de verjaringstermijn van drie jaar die na die stuiting is gaan lopen, niet opnieuw tijdig heeft gestuit nu de aan Allianz gezonden brief van zijn advocaat waarbij wederom aanspraak op vergoeding wordt gemaakt, dateert van 2 juli 2009. Ook op grond van het op 1 januari 2006 ingevoerde art. 7:942 lid 1 (oud) BW, waarin een verjaringstermijn van drie jaar is opgenomen, is de vordering verjaard, aldus Allianz.

Subsidiar heeft Allianz aangevoerd niet tot uitkering te zijn gehouden op de grond dat sprake is van merkelijke schuld aan de zijde van [eiser] (art. 294 WvK (oud)). Volgens Allianz is het vermoeden gerechtvaardigd dat [eiser] zelf de brand in de woning heeft gesticht.

3.2.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering van [eiser] niet is verjaard.

Het hof heeft geoordeeld dat het beroep van Allianz op verjaring doel treft, het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van [eiser] afgewezen.

3.2.4. De Hoge Raad (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3618, NJ 2016/109) heeft het arrest van het hof vernietigd, en daartoe, voor zover thans van belang, als volgt overwogen:

"3.3. Het onderhavige geval heeft betrekking op de regeling van art. 7:942 BW zoals die heeft gegolden in de periode van 1 januari 2006 tot 1 juli 2010 (...).

3.4.1. De onderdelen 1.1 en 1.2 klagen dat het hof heeft miskend dat art. 7:942 (oud) BW ingevolge art. 68a lid 1 Overgangswet nieuw BW (hierna: *Ow NBW*) onmiddellijke werking heeft, en dat zonder nadere motivering onbegrijpelijk is hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat de op 1 januari 2006 nog lopende verjaringstermijn was voltooid op een tijdstip gelegen vóór de datum waarop namens [eiser] op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak werd gemaakt op vergoeding van de schade.

3.4.2. Deze klacht is gegrond.

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 (...) *MvT* op de Invoeringswet titel 7.17 Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2004-2005, 30 137, nr. 3, p. 22-23).

Het hof heeft echter niet vastgesteld dat Allianz de aanspraak op uitkering van [eiser] heeft afgewezen met inachtneming van het in art. 7:942 lid 2 (oud) *BW* bepaalde. Zonder nadere motivering is dan ook onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat de op 1 januari 2006 nog lopende verjaringstermijn – waarbij het hof kennelijk het oog had op de (...) contractuele verjaringstermijn van drie jaar, die is aangevangen nadat (naar in cassatie tot uitgangspunt dient) [eiser] op 16 maart 2005 volgens het destijds geldende recht een rechtsgeldige stuitingshandeling had verricht – was voltooid op een tijdstip gelegen vóór de datum waarop namens [eiser] op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak werd gemaakt op vergoeding van de schade.

(...)

Zo nodig zal na verwijzing tevens moeten worden beslist op het betoog van Allianz dat art. 68a lid 1 *Ow NBW*, waaruit voortvloeit dat onmiddellijke werking toekomt aan art. 7:942 (oud) *BW*, buiten toepassing moet blijven op de in art. 75 *Ow NBW* bedoelde grond dat die onmiddellijke werking onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

3.2.5. In de procedure na verwijzing heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van [eiser] afgewezen.

Het hof heeft geoordeeld dat art. 68a lid 1 *Ow NBW* in dit geval buiten toepassing dient te blijven op de grond dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) *BW* onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als bedoeld in art. 75 *Ow NBW* (rov. 4.14).

Nu het beroep van Allianz op de hiervoor bedoelde (tweede) grond van art. 75 *Ow NBW* slaagt, heeft het hof het beroep van Allianz op de eerste grond van art. 75 *Ow NBW* (inhoudende dat de *Ow NBW* buiten toepassing blijft, ook buiten de in titel 3 e.v. *Ow NBW* geregelde gevallen, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt) onbesproken gelaten. Naar het oordeel van het hof treft het beroep van Allianz op verjaring doel en dient de vordering van [eiser] alsnog te worden afgewezen. (rov. 4.15)

Het hof heeft zijn oordeel dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) *BW* onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als volgt onderbouwd:

“4.11. (...) [eiser] heeft terecht aangevoerd dat de maatstaf van artikel 75 *Ow NBW* noopt tot terughoudendheid. Niettemin heeft de wetgever gemeend dat dit vangnet moeilijk kan worden gemist in het systeem van de Overgangswet waarin onmiddellijke werking als uitgangspunt voorop staat indien niet een bijzondere bepaling voor de daartoe geëigende gevallen een andere voorziening treft (*MvT*, TK 1988-1989, 18 998, nr. 3, p. 35; *Parl. Gesch. Overgangsrecht* (Inv. 3, 5 en 6), p. 68). De wetgever heeft aldus een beperkte mogelijkheid in het leven willen roepen om te kunnen afwijken van het uitgangspunt van onmiddellijke werking omdat niet alle gevolgen daarvan altijd kunnen worden voorzien. In dat verband is van belang dat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 7:942 (oud) *BW* in de parlementaire geschiedenis geen enkele overweging heeft gewijd aan de (gevolgen van) onmiddellijke inwerkingtreding van artikel 7:942 (oud) *BW* voor reeds lopende verjaringstermijnen zoals in het geval van [eiser]. Er kan derhalve niet worden gezegd dat de wetgever expliciet voor ogen heeft gehad dat verzekeraars – als gevolg van de onmiddellijke werking – alle op 1 januari 2006 nog ‘levende’

aanspraken conform de afwijzingsformaliteiten dienden af te wijzen teneinde de verjaring te doen aanvangen. De vraag die aldus moet worden beantwoord is of de gevolgen van deze consequentie zodanig bezwaarlijk zijn dat onmiddellijke werking in gevallen van reeds afgewezen maar nog niet verjaarde schadeclaims naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.

4.12. Allianz heeft onbetwist gesteld dat de onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW per 1 januari 2006 betekende dat zij ongeveer 2,5 miljoen aangetekende brieven aan verzekerden met een nog niet verjaarde reeds afgewezen schadeclaim diende te sturen, waaronder [eiser], teneinde de reeds lopende verjaringstermijnen opnieuw te doen aanvangen. Dit is, anders dan [eiser] aanvoert, een concrete omstandigheid waarmee Allianz als verzekeraar werd geconfronteerd, met ook gevolgen voor de onderhavige zaak. Het verzenden van 2,5 miljoen aangetekende brieven zou Allianz miljoenen hebben gekost. Daar komt bij, zoals eveneens onweersproken is gesteld, dat de dossiers met daarin reeds afgewezen claims eerst uit de fysieke of digitale archieven moeten worden geselecteerd en opgehaald en dat in al die zaken de adressen moeten worden gecontroleerd. Dit alles betekent dat het moeten voldoen aan de vereisten van artikel 7:942 (oud) BW als gevolg van de onmiddellijke werking tot een enorme administratieve en financiële last voor Allianz zou leiden. Naar het oordeel van het hof is niet gebleken van een daar tegenoverstaand zwaarwegend belang dat met de rechtstreekse werking zou worden gediend. Weliswaar heeft de wetgever met het invoeren van de afwijzingsformaliteiten de belangen van de verzekerde willen beschermen, maar de noodzaak daartoe werd met dezelfde wetswijziging in het leven geroepen door de aanzienlijk kortere verjaringstermijn van 6 maanden. Niet gezegd kan dan ook worden dat de met artikel 7:942 (oud) BW in het leven geroepen rechtsbescherming voor [eiser] die het gevolg zou zijn van onmiddellijke werking zodanig is dat deze opweegt tegen de hiervoor genoemde omvangrijke administratieve en financiële gevolgen daarvan voor Allianz.

4.13. Bij deze afweging is tevens betrokken dat ook de wetgever verzekeraars niet op dergelijke hoge kosten heeft willen jagen om het beschermingsdoel van artikel 7:942 (oud) BW te bereiken, zoals blijkt uit de toelichting (Kamerstukken II

2008/2009, 32 038, nr. 3, p. 3, 4 en 7, MvT) bij de latere wetswijziging van artikel 7:942 (oud) BW: 'Het Verbond van Verzekeraars schat dat er bij naleving van artikel 7:942 BW jaarlijks ongeveer 525.000 aangetekende brieven moeten worden verzonden. Dit is een voorzichtige schatting die gebaseerd is op een jaarlijks aantal ingediende claims van 3,5 miljoen, waarvan er 15% geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen. De kosten van het verzenden van een aangetekende brief zijn inclusief de interne door de verzender gemaakte administratiekosten € 10. Dit betekent dat met het verzenden van deze brieven een bedrag gemoeid is van € 5,25 miljoen. Indien de afwijzing bij gewone brief wordt verzonden, is daarmee een bedrag gemoeid van ongeveer € 450.000. Per saldo is de besparing voor de verzekeraar daarom € 4,8 miljoen. (...) De eisen waaraan een afwijzing moet voldoen en de mogelijke noodzaak tot herhaalde stuiting (iedere zes maanden) wordt knellend ervaren. Voor verzekeraars is de eis om de verzekerde bij aangetekende brief mede te delen de aanspraak af te wijzen, bewerkelijk en kostbaar. (...) Daarom wordt voorgesteld om bij afwijzing van de aanspraak de eis van een aangetekende brief niet langer te stellen'.

Ervan uitgaande dat de wetgever het jaarlijks verzenden van 525.000 aangetekende brieven door de gezamenlijke verzekeraars als een onaanvaardbare last beschouwde in relatie tot het beschermingsdoel, moet worden aangenomen dat dit te meer geldt voor het belasten van een enkele verzekeraar met het versturen van ruim 2,5 miljoen brieven rond de jaarwisseling 2005/2006 en de administratieve last die daarmee samenhangt."

3.3. Het middel keert zich met diverse klachten tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.14) dat art. 68a lid 1 Ow NBW buiten toepassing dient te blijven op de grond dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als bedoeld in art. 75 Ow NBW, en tegen de hiervoor in 3.2.5 aangehaalde overwegingen waarop dat oordeel berust.

3.4.1. Met betrekking tot art. 75 Ow NBW wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2. Art. 75 lid 1 Ow NBW bepaalt dat de Ow NBW in zaken van overgangsrecht buiten toepassing blijft, ook buiten de in titel 3 e.v. Ow NBW geregelde gevallen, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien die toepassing

onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

3.4.3. Blijkens de memorie van toelichting op art. 75 Ow NBW (MvT Inv., Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 68) heeft de wetgever onderkend dat het bij een zo omvangrijk project als de vernieuwing van het gehele vermogensrecht moeilijk blijft “alle verschillen te overzien en alle gevolgen daarvan te voorzien”. Art. 75 Ow NBW strekt ertoe “een beperkte mogelijkheid tot afwijking te laten”, waarvoor de wetgever heeft aangeknoopt bij het bepaalde in art. 6:2 BW.

Volgens de memorie van toelichting ziet het eerste lid van art. 75 Ow NBW op afwijking van de hoofdregel (van art. 68a lid 1 Ow NBW) van onmiddellijke werking, inhoudende dat de nieuwe wet in beginsel van toepassing is.

Voorts is in de memorie van toelichting opgemerkt dat de tweede in art. 75 lid 1 Ow NBW genoemde grond gelijk is aan die van art. 6:2 lid 2 BW, en dat deze grond beoogt te voorkomen “dat al te gemakkelijk op grond van redelijkheid en billijkheid wordt geprocedeerd”.

Het vorenstaande is bevestigd in de memorie van antwoord op art. 75 Ow NBW (MvA II Inv., Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 69).

3.4.4. Uit hetgeen hiervoor in 3.4.3 is weergegeven, volgt dat de wetgever voor de formulering van de tweede grond van art. 75 lid 1 Ow NBW heeft aangeknoopt bij art. 6:2 lid 2 BW, om te voorkomen dat al te gemakkelijk of te lichtvaardig wordt afgeweken van de hoofdregel (van art. 68a lid 1 Ow NBW) van onmiddellijke werking van het nieuwe recht. Voorts kan daaruit worden afgeleid dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat toepassing van art. 75 lid 1 Ow NBW in een aan de rechter voorgelegd geval niet steeds uitsluitend gevolgen heeft voor dat individuele geval, maar ook betekenis kan hebben voor een reeks van gevallen waarin een soortgelijke overgangsrechtelijke problematiek aan de orde is, en dat die toepassing in dat opzicht kan afwijken van toepassing van art. 6:2 lid 2 BW.

3.5.1. Het hof heeft (in rov. 4.11) vooropgesteld dat de maatstaf van art. 75 lid 1 Ow NBW tot terughoudendheid noopt, en dat de wetgever een beperkte mogelijkheid in het leven heeft willen roepen om te kunnen afwijken van het uitgangspunt van onmiddellijke werking, omdat niet alle gevolgen daarvan altijd kunnen worden voorzien.

Een en ander strookt met de hiervoor in 3.4.3 weergegeven bedoeling van de wetgever en is derhalve juist.

3.5.2. Het hof heeft vervolgens (in rov. 4.11) overwogen dat in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:942 (oud) BW geen enkele overweging is gewijd aan de (gevolgen van) onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW voor reeds lopende verjaringstermijnen, zoals in het geval van [eiser], en dat derhalve niet kan worden gezegd dat de wetgever expliciet voor ogen heeft gehad dat verzekeraars – als gevolg van die onmiddellijke werking – alle op 1 januari 2006 nog “levende” aanspraken conform de afwijzingsformaliteiten dienden af te wijzen teneinde de verjaring te doen aanvagen. Hiermee doelt het hof kennelijk op de passage in de memorie van toelichting op art. 7:942 (oud) BW (Kamerstukken II 2004/05, 30137, nr. 3, p. 22-23) waarnaar is verwezen in rov. 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 (zie hiervoor in 3.2.4; zie voor (een deel van) deze passage tevens de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.15).

Deze overweging is juist. Op grond van de hiervoor bedoelde passage in de memorie van toelichting kan redelijkerwijs twijfel bestaan of de wetgever zich ten volle ervan bewust is geweest dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW met ingang van 1 januari 2006 ertoe leidt dat in alle gevallen waarin op enig tijdstip voordien aanspraak op uitkering is gemaakt, alleen dan een verjaringstermijn (van zes maanden) is aangevangen of aanvangt indien de verzekeraar die aanspraak – vóór dan wel ná 1 januari 2006 – heeft afgewezen of afwijst op de in art. 7:942 lid 2 (oud) BW voorziene wijze, dat wil zeggen: door middel van een aangetekende brief waarbij de verzekeraar ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen onder eveneens ondubbelzinnige vermelding van het (in art. 7:942 lid 3 (oud) BW vermelde) gevolg dat de rechtsvordering tegen de verzekeraar verjaart door verloop van zes maanden.

Zoals uiteengezet onder 2.18 van de conclusie van de Advocaat-Generaal, is deze consequentie van de keuze voor onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW in de literatuur evenmin onderkend.

3.5.3. Bij de beantwoording van de vraag of onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

zou zijn, als bedoeld in art. 75 lid 1 Ow NBW, heeft het hof (in rov. 4.12) betekenis toegekend aan de onbetwiste stelling van Allianz dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW met ingang van 1 januari 2006 voor haar zou leiden tot een omvangrijke administratieve last (waaronder het verzenden van ongeveer 2,5 miljoen aangetekende brieven) en een aanzienlijke financiële last (een bedrag van enkele miljoenen euro's). In dat verband heeft het hof (in rov. 4.13) opgemerkt dat de wetgever blijkens de latere wijziging van art. 7:942 (oud) BW verzekeraars niet op dergelijke hoge kosten heeft willen jagen om het beschermingsdoel van die bepaling te bereiken. Deze overwegingen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk.

3.5.4. Ten slotte heeft het hof (in rov. 4.12) geoordeeld dat de rechtsbescherming die voor [eiser] het gevolg zou zijn van onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW, niet opweegt tegen de omvangrijke administratieve en financiële gevolgen daarvan voor Allianz. In dat verband heeft het hof erop gewezen dat de wetgever met het invoeren van de afwijzingsformaliteiten van art. 7:942 (oud) BW de belangen van de verzekerde heeft willen beschermen, maar dat de noodzaak daartoe in het leven werd geroepen doordat diezelfde bepaling een nieuwe, aanzienlijk kortere verjaringstermijn van zes maanden bevatte. Deze overwegingen zijn evenmin onjuist of onbegrijpelijk.

Overigens verdient nog opmerking dat Allianz aan haar beroep op verjaring ten grondslag heeft gelegd dat volgens de toepasselijke polisvoorwaarden een verjaringstermijn van drie jaar gold (zie hiervoor in 3.2.2); voorts staat vast dat – na de eerdere briefwisseling tussen [eiser] en Allianz in 2004 (zie hiervoor in 3.1 onder (vi)) – Allianz en [eiser] in 2005 hebben gecorrespondeerd over de hoogte van de schade (zie hiervoor in 3.1 onder (vii)) en dat namens [eiser] aan Allianz bij brief van 2 juli 2009 opnieuw aanspraak is gemaakt op vergoeding van de schade aan de woning (zie hiervoor in 3.1 onder (viii)). Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat [eiser] gedurende een periode van meer dan drie jaar (tussen 2005 en juli 2009) – en daarmee gedurende een periode die langer is dan de tussen partijen geldende contractuele verjaringstermijn – jegens Allianz geen aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van de schade aan de woning.

3.5.5. De hiervoor in 3.5.1-3.5.4 aangehaalde overwegingen van het hof kunnen diens oordeel dragen dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW in een geval als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarop stuiten alle klachten van het middel af.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Allianz begroot op € 854,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. Bij invoering van nieuwe wetgeving op het gebied van het burgerlijk recht is onmiddellijke werking hoofdregel (art. 68a Ow NBW), uitgestelde werking is uitzondering. Zo is op 1 januari 2006 het nieuwe verzekeringsrecht (art. 7:925 e.v. BW) met onmiddellijke werking in werking getreden. Tot 1 januari 2006 kende het verzekeringsrecht in het Wetboek van Koophandel geen aparte verjaringsbepaling. Art. 3:310 BW was van toepassing, tenzij de verzekeraar in de polisvoorwaarden andere termijnen had opgenomen (art. 3:310 BW is van regelend recht).

Voor de verjaring van aanspraken tegen verzekeraars is per 1 januari 2006 een nieuwe, specifiek voor het verzekeringsrecht geldende regeling in werking getreden, art. 7:942 BW. Dit artikel bepaalde bij invoering op 1 januari 2006 in: – lid 1 dat een rechtsvordering tegen een verzekeraar tot het doen van uitkering een verjaringstermijn van drie jaar heeft (dit is de verjaringstermijn van de eerste aanspraak op dekking of uitkering tegen de verzekeraar);

– lid 2 dat de verjaring van een rechtsvordering tegen een verzekeraar tot het doen van uitkering wordt gestuit door een schriftelijke mededeling waarin op uitkering aanspraak wordt gemaakt (het melden van de schade of het indienen van de claim, hiermee stuit de tot uitkering gerechtigde de verjaringstermijn van lid 1) en dat pas een nieuwe verjaringstermijn begint nadat de

verzekeraar de aanspraak heeft erkend of de verzekeraar de aanspraak bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft afgewezen met ondubbelzinnige vermelding van de in lid 3 vermelde bijzondere verjaringstermijn;

– lid 3 dat de verjaringstermijn na afwijzing van de aanspraak zes maanden bedraagt. In geval van erkenning bedroeg de nieuwe verjaringstermijn drie jaar (art. 3:319 lid 2 BW). Art. 7:942 BW is van semi-dwingend recht: de verzekeraar kan in de polisvoorwaarden een langere verjaringstermijn opnemen, maar geen kortere.

Met ingang van 1 juli 2010 is art. 7:942 BW gewijzigd. Hoewel dit arrest gaat over het overgangsrecht bij de invoering van art. 7:942 (oud) op 1 januari 2006, is de op 1 juli 2010 in werking getreden wijziging wel relevant. Voor zover hier van belang is per 1 juli 2010 de verjaringstermijn bij afwijzing van de aanspraak gelijkgetrokken met de verjaringstermijn bij erkennen, te weten drie jaar. Daarnaast is de verplichting voor de verzekeraar de afwijzing per aangetekende brief te versturen en daarin ondubbelzinnig te wijzen op de verjaringstermijn, als voorwaarde voor aanvang van een nieuwe verjaringstermijn, geschrapt.

2. Uit het arrest blijkt dat Allianz de aanspraak tot vergoeding van de schade door de brand op 1 maart 2004 in de woning van verzekerde, op 1 december 2004 had afgewezen met een beroep op merkelijke schuld. De polisvoorwaarden bevatten een verjaringstermijn van drie jaar. Nadat verzekerde op 16 maart 2005 nog een keer aanspraak op uitkering had gemaakt, was hij pas weer op 2 juli 2009 bij Allianz op de afwijzing teruggekomen. Daarop had Allianz een beroep gedaan op verjaring van de aanspraak. Verzekerde is in 2010 een procedure tegen Allianz begonnen om alsnog uitkering onder de verzekering te krijgen. Verzekerde voerde tegen het verjaringberoep van Allianz aan dat art. 7:942 BW op 1 januari 2006 met onmiddellijke werking in werking was getreden en Allianz niet voor en niet na inwerkingtreding een ondubbelzinnige afwijzing per aangetekende brief aan hem had verstuurd. Een nieuwe verjaringstermijn was dus niet begonnen, laat staan voltooid. De rechtbank was het eens met verzekerde (Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4430, «JA» 2011/123). Het hof vernietigde het vonnis (Hof Den Haag 1 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4597) en oor-

deelde dat de aanspraak van verzekerde was verjaard. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3618, «JA» 2016/27). De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat de op 1 januari 2006 (bij inwerkingtreding van art. 7:942 BW) nog lopende verjaringstermijn was voltooid op een tijdstip gelegen voor 2 juli 2009, toen verzekerde weer aanspraak maakte op dekking, onbegrijpelijk. Het hof had immers niet vastgesteld dat Allianz de aanspraak had afgewezen met inachtneming van de door art. 7:942 lid 2 (oud) BW voorgeschreven formaliteiten. Aan het eind van het arrest overwoog de Hoge Raad: “Zo nodig zal na verwijzing tevens moeten worden beslist op het betoog van Allianz dat art. 68a lid 1 Ow NBW, waaruit voortvloeit dat onmiddellijke werking toekomt aan art. 7:942 (oud) BW, buiten toepassing moet blijven op de in art. 75 Ow NBW bedoelde grond dat die onmiddellijke werking onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.” Het verwijzingshof (Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:460) heeft geoordeeld dat onmiddellijke werking van art. 7:942 lid 2 (oud) onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als bedoeld in art. 75 Ow NBW. De Hoge Raad heeft de hiertegen door de verzekerde gericht klachten verworpen. De in art. 75 lid 1 Ow NBW genoemde grond om een met onmiddellijke werking in werking getreden wet buiten toepassing te laten is dezelfde als in art. 6:2 lid 2 BW. De wetgever heeft beoogd dat rechters deze grond met terughoudendheid en alleen in uitzonderlijke gevallen toepassen. De omstandigheden van dit geval die het hof heeft genoemd zijn ook volgens de Hoge Raad zo uitzonderlijk dat die het buiten toepassing laten van art. 7:942 lid 2 (oud) BW op verjaringstermijnen die op 1 januari 2006 liepen, rechtvaardigen. Die omstandigheden zijn: (i) in de totstandkomingsgeschiedenis heeft de wetgever niets gezegd over de gevolgen van onmiddellijke werking op reeds lopende verjaringstermijnen, de wetgever heeft dus in elk geval niet beoogd dat verzekeraars afgewezen aanspraken die nog niet waren verjaard opnieuw per aangetekende brief gingen afwijzen. Bovendien is de eis van aangetekende verzending per 1 juli 2010 mede geschrapt omdat die zo’n zware financiële last voor verzekeraars

vormde; (ii) onmiddellijke werking van art. 7:942 lid 2 (oud) BW zou een ongekende administratieve en financiële last voor Allianz hebben betekend, zij had immers alle afgewezen claims in de voorgaande jaren (zo'n 2,5 miljoen) opnieuw moeten afwijzen per aangetekende brief, te verzenden naar het actuele adres van de indiener van de claim; en (iii) de beschermingsgedachte die de reden was geweest voor de wetgever om afwijzing per aangetekende brief voor te schrijven, te weten de verjaringstermijn van slechts zes maanden, was niet aan de orde bij deze voor 1 januari 2006 afgewezen claim, de contractuele verjaringstermijn bedroeg hier drie jaar.

3. De eisen die art. 7:942 lid 2 (oud) BW stelde aan een afwijzing waarna een nieuwe verjaringsstermijn begon, waren heel streng. De verplichting dat de verzekeraar de aanspraak bij aangetekende brief aan de tot uitkering gerechtigde moest versturen, was niet alleen kostbaar, maar hield ook geen rekening met de praktijk dat verzekeraars lang niet altijd rechtstreeks met de tot uitkering gerechtigden contact hebben. De contacten tussen verzekeraar en verzekerden lopen in veel gevallen uitsluitend via de makelaar. Per 1 juli 2010 is de verjaringstermijn bij afwijzing van de aanspraak verlengd van zes maanden naar drie jaar en de eis dat de verzekeraar de afwijzing per aangetekende brief verstuurt, is geschrapt. In het nieuwe lid 2 is de verplichting verzekerde per aangetekende brief van de afwijzing op de hoogte te stellen geschrapt. Ook hoeft de verzekeraar in de afwijzingsbrief de verzekerde niet meer te wijzen op de duur van de verjaringstermijn (zie *TK 2008/09*, 32 038, nr. 3 p. 7). De wetgever geeft verderop in de memorie van toelichting een specifieke regel van overgangsrecht voor afwijzingen die verzekeraars tussen 1 januari 2006 en de inwerkingtreding van het nieuwe artikel (1 juli 2010) *niet* per aangetekende brief aan de tot uitkering gerechtigde hebben gestuurd:¹ "Indien een verzekeraar vóór de inwerkingtreding niet bij aangetekende brief, maar bij gewone brief de aanspraak heeft afgewezen, begint er ingevolge het huidige artikel 7:942 lid 2 BW geen nieuwe verjaringstermijn te lopen. Op grond van de nieuwe

wet is er in deze situatie wel een verjaringstermijn (van drie jaren) aangevangen. Dit volgt uit artikel 68a lid 1 Ow, waarbij het er niet toe doet dat onder het oude recht geen termijn was aangevangen. Zie Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 52. Wel blijft ingevolge artikel 73 lid 1 jo 68a lid 2 Ow het oude recht nog een jaar van toepassing, met als gevolg dat (zoals in artikel 73 lid 2 Ow verduidelijkt wordt), die termijn niet door de enkele inwerkingtreding voltooit." (*TK 2008/09*, 32 038, nr. 3 p. 7). De wetgever heeft in de memorie van toelichting op het per 1 juli 2010 in werking getreden art. 7:942 lid 2 BW de eisen van de aangetekende brief en de ondubbelzinnige vermelding van de duur van de nieuwe verjaringstermijn (zes maanden) dus geschrapt voor de periode 1 januari 2006-1 juli 2010. Ten aanzien van vorderingen die verzekeraars in die tussenliggende periode hebben afgewezen met een gewone brief is wel een nieuwe verjaringstermijn aangevangen. Die nieuwe verjaringstermijn bedraagt drie jaar op grond van het nieuwe art. 7:942 lid 2 BW. Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 17 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5465 (r.o. 5.6).

De Hoge Raad heeft de onmiddellijke inwerkingtreding van art. 7:942 lid 2 BW niet in zijn algemeenheid en voor alle gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht. In r.o. 3.5.5. heeft de Hoge Raad overwogen: "De hiervoor in 3.5.1-3.5.4 aangehaalde overwegingen van het hof kunnen diens oordeel dragen dat onmiddellijke werking van art. 7:942 (oud) BW in een geval als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarop stuiten alle klachten van het middel af."

Dus voor "een geval als het onderhavige" weten we nu, twaalf jaar na de invoering van art. 7:942 lid 2 (oud) BW met onmiddellijke werking en bijna acht jaar na de afschaffing ervan, dat de eisen van lid 2 nooit hebben gegolden. Wat naar mijn mening "een geval als het onderhavige" is, bespreek ik in nr. 4.

4. Uitspraken waarin door de wetgever bevolen onmiddellijke werking van nieuwe wetgeving naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zijn zeer zeldzaam. A-G Valk heeft in zijn conclusie voor dit arrest de literatuur over art. 75 lid 2 Ow NBW besproken (nrs. 2.11 en 2.12), maar voorbeelden uit de rechtspraak waarin een met onmiddellijke werking in wer-

1 *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2008/09, 32 038, nr. 3 p. 8.

king getreden regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht, noemt hij niet. Ik heb in de juridische databanken (ook) geen uitspraken gevonden waarin een geslaagd beroep werd gedaan op art. 75 lid 2 Ow NBW. Het hof-arrest en het Hoge Raad - rrest lijken de eerste te zijn. Dat het beroep van Allianz in deze zaak op de onaanvaardbaarheids- exceptie wel is geslaagd, komt naar mijn mening vooral door de volgende drie factoren. Als eerste: de polisvoorwaarden kenden een verjaringstermijn van drie jaar, net als in art. 7:942 lid 2 (nieuw) BW. Allianz stelde dat die contractuele verjaringstermijn op 16 maart 2005 voor het laatst door de verzekerde was gestuit en dat verzekerde binnen de drie daaropvolgende jaren geen nieuwe stuiting aan Allianz had gestuurd. Als in de polisvoorwaarden een verjaringstermijn van één of twee jaar was overeengekomen en Allianz daarop een beroep had gedaan, was de uitkomst waarschijnlijk anders geweest omdat de casus dan niet meer naadloos aansloot op de vanaf 1 juli 2010 geldende wettelijke regeling. De tweede factor is Allianz' onweersproken stelling dat de consequentie van onmiddellijke werking voor lopende verjaringstermijnen was geweest dat zij op 1 januari 2006 2,5 miljoen aangetekende brieven had moeten sturen. De derde factor is dat de wetgever de eis van aangetekende verzending van de afwijzing in 2010 heeft geschrapt omdat de daarmee gemoeide administratieve last te groot was. Als art. 7:942 lid 2 (oud) BW niet was gewijzigd, was deze procedure ook anders afgelopen. De schrapping van de eis van aangetekende verzending van de afwijzing per 1 juli 2010 heeft de deur opengezet voor het geslaagde beroep van Allianz op art. 75 Ow NBW. De voorwaarde van een afwijzing per aangetekende brief om een nieuwe verjaringstermijn te laten aanvangen, stond immers al in het in 1986 naar de Tweede Kamer gestuurde oorspronkelijke wetsvoorstel (TK 1985/86, 19 529, nrs. 1-2). De bepaling is ongewijzigd gebleven in het in 2003 aan de Eerste Kamer gestuurde voorstel van wet (EK 2002/03, 19 529, nr. 206). Verzekeraars hebben aldus de tijd gehad om hun werkproces op deze wijziging aan te passen. Daar hebben hof en Hoge Raad geen overwegingen aan gewijd.

5. Het omgekeerde geval, een succesvol beroep op een niet of nog niet met onmiddellijke werking in werking getreden nieuwe wettelijke be-

paling, kwam in de jaren '80 en '90 rondom de inwerkingtreding van de Boeken 3, 5 en 6 op 1 januari 1992 wel met enige regelmaat voor (zie hierover kritisch Asser-Vranken, Algemeen deel **, 1995, nr. 157 en de door hem aangehaalde arresten waaronder HR 27 april 1984, NJ 1984/679 (NVB/Sipke Helder), HR 19 november 1993, NJ 1994/156 (Campina/Van Jole), HR 25 april 1986, NJ 1986/714 (Van der Meer/Smilde) en HR 8 juli 1991, NJ 1991/691 (Lelystad)). In HR 3 december 2010

(ECLI:NL:HR:2010:BN6241 (Bemoti)) koos de Hoge Raad echter uitdrukkelijk niet voor anticiperende werking. Het op 1 februari 2004 in werking getreden art. 3:310 lid 5 BW bepaalt dat (i) de absolute verjaringstermijn van twintig jaar niet van toepassing is op vorderingen tot vergoeding van personenschade en (ii) de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar van vorderingen tot vergoeding van personenschade toegebracht voordat de benadeelde meerderjarig is, pas begint op de dag dat de benadeelde meerderjarig is geworden. Deze bepaling is volgens art. 119b Ow NBW alleen van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich na inwerkingtreding hebben voorgedaan. Daar heeft de Hoge Raad in het Bemoti-arrest aan vastgehouden.

Per 1 januari 2019 worden (naar verwachting) de wijzigingen van art. 6:106-6:108 BW (Wet vergoeding affectieschade) met onmiddellijke werking van kracht. De in die artikelen in het leven geroepen rechten voor naasten gelden – krachtens de hoofdregel van onmiddellijke werking – alleen ten aanzien van schadeveroorzakende gebeurtenissen die plaatsvinden na inwerkingtreding van de wetwijziging. Er is al vaker een beroep gedaan op anticiperende werking van de wet, telkens zonder succes (zie recent Rb. Amsterdam 9 mei 2018 ECLI:NL:RBAMS:2018:3223). De tijd zal leren of de rechter (of verzekeraars) alsnog overgaat tot anticiperende werking.

L.C. Dufour,
WIJ advocaten