

Mw. mr. K.C.A. Schweers*

De uitzondering op het meldingsvereiste in art. 7:954 lid 2 BW nader uitgelegd

Hoge Raad 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150

Indien een aansprakelijke rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan *nadat* het risico (een schadetoebrengend evenement) zich heeft verwezenlijkt, kan de benadeelde voor zijn schade door dood of letsel een directe actie instellen jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het is in een dergelijke situatie niet noodzakelijk dat de aansprakelijke persoon de verwezenlijking van het risico op grond van art. 7:954 lid 1 BW jo. art. 7:941 BW al bij zijn verzekeraar had gemeld. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2019,¹ waarin de reikwijdte van art. 7:954 lid 2 BW en de daarin opgenomen uitzondering op het meldingsvereiste wordt uitgelegd.

CASUS

Een werknemer overkomt in juli 2009 een arbeidsongeval op een bouwplaats ten gevolge waarvan hij letsel oploopt. In 2010 stelt hij een aantal personen aansprakelijk, waaronder de materiële werkgever. Dan blijkt dat de materiële werkgever reeds vóór de aansprakelijkstelling, maar na de verwezenlijking van het risico, failliet is verklaard. Deze werkgever heeft de verwezenlijking van het risico niet overeenkomstig art. 7:941 BW bij zijn aansprakelijkheidsverzekeraar gemeld. Ook de curator meldt de schade daar niet. Uiteindelijk wordt het faillissement opgeheven wegens gebrek aan baten en houdt de werkgever-rechtspersoon op te bestaan.

De werknemer schrijft vervolgens Achmea, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de failliete materiële werkgever, rechtstreeks aan op grond van art. 7:954 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat indien in geval van een verzekering tegen aansprakelijkheid de verzekeraar ingevolge art. 7:941 BW de verwezenlijking van het risico is gemeld, de benadeelde kan verlangen dat de schade door dood of letsel direct aan hem wordt uitgekeerd. In de procedure die volgt, stelt de werknemer zich op het standpunt dat in deze situatie art. 7:954 lid 2 BW van toepassing is, welk artikel bepaalt dat de benadeelde zonder melding betaling kan verlangen indien de verzekerde een rechtspersoon was die heeft opgehouden te bestaan.

De kantonrechter en het hof wijzen de vordering van de werknemer af, waarbij het hof oordeelt dat lid 2 van art. 7:954 BW slechts ziet op de situatie dat de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan vóór de verwezenlijking van het risico (bij zogenoemde

'long tail-schade') en er dus geen melding meer aan de verzekeraar kán worden gedaan. Het hof vindt hiervoor steun in de parlementaire geschiedenis bij art. 7.17.2.9c Ontw. BW (het huidige art. 7:954 BW), waar is vermeld dat een rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan de verwezenlijking van het risico niet meer kan melden aan de verzekeraar.² Alleen in dat geval kan de benadeelde zonder melding rechtstreeks betaling van de verzekeraar vorderen.

De Hoge Raad overweegt dat het feit dat de wetgever bij het opnemen van de uitzondering op het meldingsvereiste heeft gedacht aan gevallen waarin de schade zich pas openbaart nadat de aansprakelijke persoon heeft opgehouden te bestaan ('long tail-schade'), niet betekent dat art. 7:954 lid 2 BW zo moet worden uitgelegd dat de bepaling tot die gevallen beperkt is.³ Ook past die uitleg volgens de Hoge Raad niet bij de strekking van de directe actie, te weten bescherming van degenen die schade hebben geleden door dood of letsel tegen insolventie van de aansprakelijke persoon. Aan het belang van de verzekerde om de schade buiten de verzekering om af te kunnen wikkelen komt geen gewicht meer toe, omdat de verzekerde niet langer bestaat. De Hoge Raad concludeert dat de in art. 7:954 lid 2 BW opgenomen uitzondering op het meldingsvereiste ook geldt in het geval waarin de aansprakelijke persoon heeft opgehouden te bestaan nadat de schade is ingetreden.

Overigens doet dit niets af aan het feit dat de aansprakelijkheidsverzekeraar in geval van een directe actie van de benadeelde de verweren kan invoeren die hij tegen de verzekerde had kunnen invoeren, waaronder het verweer dat de verzekeringnemer of de verzekerde niet heeft vol-

* Mw. mr. K.C.A. Schweers is juridisch medewerker bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.

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

2. *Kamerstukken II* 1999/2000, 19529, 5, p. 39 onder nr. 12.

3. De Hoge Raad wijst erop dat de praktijk weerbarstiger is dan de wetgever op voorhand kan bevroeden.

daan aan de verplichting de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar te melden zodra hij daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn (art. 7:941 lid 1 BW).

COMMENTAAR

Met dit arrest van de Hoge Raad staat vast dat een benadeelde met schade door dood of letsel een directe actie kan instellen bij de verzekeraar zonder dat de aansprakelijke rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan de schade daar eerst zelf heeft gemeld. Daarbij is het niet relevant of de aansprakelijke persoon is opgehouden te bestaan voordat het risico zich heeft verwezenlijkt of pas daarna. Een andere uitkomst van deze procedure zou volgens de Hoge Raad niet passen bij de strekking van de directe actie, te weten bescherming van degenen die schade hebben geleden door dood of letsel tegen insolventie van de aansprakelijke persoon.

Advocaat-generaal Hartlief gaat in zijn conclusie uitgebreid in op de ratio van het meldingsvereiste van art. 7:954 lid 1 BW. Dit is opgenomen in het belang van de verzekerde. Deze moet in de gelegenheid zijn om een afweging te maken of hij de zaak zelf, buiten de verzekeraar om, met de benadeelde wil regelen of dat hij dit aan de verzekeraar wil overlaten. Uitgaande van de goede intenties van een aansprakelijke persoon is dat uiteraard geen probleem. Maar wat nu als er sprake is van onwil en de verzekerde (nog) niet heeft opgehouden te bestaan? Zoals volgt uit art. 7:954 lid 1 BW kan een slachtoffer geen directe actie jegens een verzekeraar instellen zolang de verzekerde geen melding heeft gedaan aan diens verzekeraar. Weigert een aansprakelijke persoon een dergelijke melding te doen, maar komt hij ook niet met het slachtoffer tot een regeling, dan kan het slachtoffer niet zelf een melding doen. Om alsnog melding af te dwingen kan de benadeelde de route van een kortgedingprocedure volgen of, in geval van faillissement van de verzekerde, via art. 69 Fw proberen te bewerkstelligen dat de curator alsnog melding doet bij de verzekeraar.⁴ Erg slachtoffer-vriendelijk is dit niet. In de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:954 lid 1 BW is het meldingsvereiste dan ook een uitgebreid punt van discussie geweest, maar de wetgever heeft ondanks alle bezwaren er toch voor gekozen het te handhaven.⁵

In een dergelijke situatie, waarbij de aansprakelijke persoon weigert te melden en ook geen regeling treft, zou

het slachtoffer dus beter af zijn met een aansprakelijke persoon die heeft opgehouden te bestaan, zodat het slachtoffer dan rechtstreeks naar de verzekeraar kan gaan.

Een vraag die zich in het kader van dit meldingsvereiste kan voordoen, maar die in deze zaak uiteindelijk in cassatie geen rol speelde, is hoe daarmee moet worden omgegaan indien de betreffende aansprakelijkheidsverzekering een claims-made-grondslag heeft.⁶ Kenmerkend voor een claims-made-dekking is dat er in beginsel slechts dekking wordt geboden voor aanspraken die *gedurende de looptijd* van de verzekering worden ontvangen. In de ene polis is de ontvangst van een aanspraak door de verzekerde beslissend, terwijl het in andere polissen gaat om ontvangst daarvan door de verzekeraar. Zodra de verzekering eindigt, ontbreekt voor de verzekerde in principe alle dekking voor aanspraken die nadien worden ingediend (en voor de benadeelde dus ook), ook al heeft de schadetoebrengende gebeurtenis zich tijdens de looptijd van de verzekering voorgedaan.

Vaak bepalen deze claims-made-polissen dat de verzekering eindigt in geval van faillissement of bedrijfsbeëindiging. Voor claims die nadien worden ingediend bestaat dan geen dekking meer, al heeft de schade zich vóór faillissementsdatum gemanifesteerd. Overigens kennen claims-made-polissen soms wel de mogelijkheid van een na-melding. De verzekerde heeft dan het recht om tegen betaling van een aanvullende premie de termijn waarbinnen hij aanspraken van derden bij de verzekeraar kan melden, te verlengen. Dit geldt dan echter wel alleen voor aanspraken die voortvloeien uit een handelen of nalaten dat heeft plaatsgevonden vóór de beëindigingsdatum.^{7, 8}

In de casus van het onderhavige arrest vond de aansprakelijkstelling plaats na de faillietverklaring en zou claims-made-dekking dus in principe zijn uitgesloten. Maar had van de curator mogen worden verwacht dat hij uitlooptekking had ingekocht bij de verzekeraar? En levert het feit dat hij dit niet heeft gedaan wellicht een onrechtmatige daad jegens het slachtoffer op? Dit zal van veel omstandigheden afhangen. Mogelijk is de curator helemaal niet op de hoogte gebracht van de verwezenlijking van een risico voorafgaand aan het faillissement. Daarnaast zal de premiebetaling voor de uitlooptekking een boedel-schuld vormen en het is aan de curator om een afweging te maken of het continueren van de verzekering in het belang van de boedel is. Een curator zal bij zijn aanstelling

4. Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:1471, bij HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150, r.o. 3.15-3.29.

5. Parl. Gesch. Verzekering, Hendrikse/Martius/Rinkes, p. 158.

6. In deze procedure had Achmea ook aangevoerd dat de onderhavige verzekering een claims-made-verzekering betrof en dat geen dekking meer bestond ten tijde van de aansprakelijkstelling, omdat de verzekering met het failliet gaan van de verzekerde was geëindigd. Achmea bleek niet in staat om de volledige verzekeringsovereenkomst/polis met polisvoorwaarden in het geding te brengen, waarna het hof voorbijging aan dit verweer van Achmea. Volgens het hof had het op de weg van Achmea gelegen om haar verweer op dit punt voldoende te onderbouwen. In cassatie is hier tegen geen middel gericht.

7. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 115.

8. Een andere uitzondering op het beginsel dat iedere vorm van uitlooptekking ontbreekt, is de in sommige claims-made-polissen voorkomende mogelijkheid van een omstandighedenmelding. Doet zich tijdens de looptijd van de verzekering een omstandigheid voor die de verzekerde reden geeft te vrezen dat hij naderhand aansprakelijk zal worden bevonden of gesteld, dan mag hij dat aan de verzekeraar melden. Na een omstandighedenmelding heeft de verzekerde voor een uit zo'n omstandigheid voortvloeiende claim dekking als de betreffende claim pas na de looptijd van de verzekering tegen hem wordt ingesteld. Zie F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, Zutphen: Paris 2011, p. 37-64, alsmede J. Spier & O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims-made grondslag*, Deventer: Kluwer 1996, p. 32.

in ieder geval dienen na te gaan welke verzekeringen er zijn, of de polissen nog in stand zijn en of die de mogelijke risico's voldoende dekken. Daarbij zal het uiteraard verschil maken met wat voor faillissement een curator te maken krijgt en wat zich in de boedel bevindt.

In een uitspraak van 12 februari 2014⁹ oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat in het kader van het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis de verzekeraar de curator had moeten wijzen op het ontbreken van uitloopdekking en een aanbod had moeten doen om die dekking alsnog te realiseren. Naar aanleiding van dit vonnis is mijns inziens terecht de vraag opgeworpen of van de curatoren, als juridische deskundigen bij uitstek, verwacht had mogen worden dat zij de polisvoorwaarden kenden en op de juiste wijze zouden interpreteren, aangezien het verzekeringsaspect behoort tot de klassieke aandachtspunten voor een curator bij aanvang van zijn werkzaamheden. Bij het faillissement van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen lijkt het belang van aparte uitloopdekking in ieder geval wel tot de curatoren te zijn doorgedrongen.¹⁰

En wat te denken van de bestuurder die voorafgaand aan het faillissement wel een aansprakelijkstelling ontvangt maar weigert deze bij de verzekeraar te melden? Enige tijd later gaat de verzekerde failliet en kan de verzekeraar op basis van het claims-made-principe dekking onder de polis weigeren.¹¹ Verwezen kan worden naar een vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland van 30 januari 2019.¹² Dit betrof een procedure tussen een patiënt en de aansprakelijkheidsverzekeraar van een ooglaserkliniek. Mogelijk was bij de behandeling een fout gemaakt ten gevolge waarvan de patiënt letsel had opgelopen. De kliniek was inmiddels failliet en de patiënt startte een procedure tegen de verzekeraar op grond van art. 7:954 lid 1 BW. In de verzekeringsovereenkomst was echter een clause opgenomen dat de verzekering per faillissementsdatum eindigde. De claim van de patiënt was door de kliniek niet tijdens de looptijd van de verzekering bij de verzekeraar gemeld. Ook had de curator niet gereageerd op het aanbod van de verzekeraar om uitloopdekking te verzekeren. Daarmee kwam het slachtoffer jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar met lege handen te staan.

Maakt dat de bestuurder ten opzichte van het slachtoffer persoonlijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad? Maatstaf daarvoor is dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Gelet op de aard van de schade (dood of letsel) en het belang dat een slachtoffer heeft bij melding tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst acht ik dat niet uitgesloten.

Terug naar het arrest van de Hoge Raad. Uit het hofarrest bleek dat de verzekeraar niet had kunnen aantonen dat sprake was van een claims-made-dekking waarvan de

dekking was komen te vervallen met het faillissement van de verzekerde. Daarbij ging het hof er kennelijk van uit dat de bewijslast en daarmee het bewijsrisico betreffende de inhoud van de verzekeringsovereenkomst op de verzekeraar rust en dus niet op het slachtoffer. De winst voor het slachtoffer is erin gelegen dat hij, in de situatie dat de aansprakelijke persoon heeft opgehouden te bestaan, een directe actie kan instellen bij de verzekeraar zonder dat de schade vooraf door de verzekerde bij de verzekeraar is gemeld.

Maar daarmee is het slachtoffer er nog niet. Anders dan bij een eigen recht van het slachtoffer (bijv. op grond van art. 6 WAM) kan bij een directe actie de aansprakelijkheidsverzekeraar aan het slachtoffer alle verweermiddelen tegenwerpen die hij aan zijn eigen verzekerde had kunnen tegenwerpen. Daarbij kan worden gedacht aan schending door de verzekerde van diens mededelingsplicht of beredingsplicht, verrekening van achterstallige premies of een beroep op opzet, schorsing of beëindiging van de dekking wegens het niet betalen van vervolgpremie.

In deze casus zal na verwijzing in ieder geval de schending van de meldingsplicht van de verzekerde een rol kunnen gaan spelen voor het vervolg van de zaak. De verzekeraar zal dan wel, wil een beroep daarop kans van slagen hebben, dienen aan te tonen dat hij in een redelijk belang is geschaad. Van een echte overwinning voor de benadeelde kan dan ook nog niet worden gesproken.

9. Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:507.

10. Brief van de Minister voor Medische Zorg en Sport van 30 november 2018 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk 1453600-184734-PZO.

11. In dit voorbeeld wordt uitgegaan van een polis waaronder dekking bestaat indien de aanspraak tegen de verzekerde tijdens de geldigheidsduur is ingesteld en tijdens deze geldigheidsduur schriftelijk bij de verzekeraar is gemeld.

12. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:282.