

VAST MAGAZINE

Inhoud:

Hoofdredactioneel van Cees de Jong	3
Gevolgen niet voldoen precontractuele mededelingsplicht	5
De bewijsrechtelijke pingpong tussen curator en bestuurder na de schending van de publicatieplicht	7
Assurantieportefeuille is niet overdraagbaar en dus niet verpandbaar	9
Het vuurwerkverbod door de ogen van een jurist aansprakelijkheidsrecht	11
De slimme deurbel en de AVG	13
Passende financiële dienstverlening?	15
Uitleg van AVP en het buiten toepassing laten van wapenclausule	17
Hoever reikt de zorgplicht van een assurantietussenpersoon?	20
Indemniteitsbeginsel en affectieschade gaat dat samen?	22
Causaliteitsvereisten van wezenlijk belang in het aansprakelijkheidsrecht	25
Het in faillissement nog opmaken van een boekhouding kan aansprakelijk gestelde bestuurders niet baten ... 27	
Maatstaf aansprakelijkheid advocaat jegens derden	29
De Hoge Raad over het begrip ‘opzet tot misleiding’ uit artikel 7:941 lid 5 BW	31
Verzekeraar motiveert afwijzing onvoldoende	33
Pandrecht op een assurantieportefeuille	36
Weigert verzekeraar terecht schadedekking?	40
Geen hoger beroep tegen deelgeschilbeslissing over verstrekken medische informatie	43
Verzekeringrechtelijke verjaring	46
Bereddingskosten: enkele gedachten	50
Incident op openbare weg tijdens werktijd; werkgever niet aansprakelijk	53
Ontvangsttheorie: verzekeraar moet ontvangst polis bewijzen	57
Fipronil-eieren; aantasting naar verkeersopvattingen?	60
Is ‘all risks’ nu wel of niet ‘all risks’?	64

Aansprakelijkheid van een advocatenmaatschap: met een schot hagel toch raak schieten	68
Een korte beschouwing over het Urgenda-arrest	71
Verval van recht op uitkering na verlaten plaats ongeval	77
Tegenbewijs tegen een buitenlands vonnis?	79
Kosteloze nazorg in lijn met IDD?	82
De onverwachte consequenties van een vergeten opzegging	85
Brandregres en toepasselijkheid omkeringsregel bij schending technische normen	88
Toepassing van abstracte schadebegroting bij leidingschade. Mag een netbeheerder uitgaan van haar eigen tarief voor storingsherstel?	91
De betekenis van de term ‘in een vlaag van acute waanzin’ in de overlijdens-risicoverzekering	94
Eenzijdig fietsongeval en betrokkenheid motorrijtuig: voldoende ‘betrokken’ in de zin van de SVI-polis?	97
De kunst om claims jegens uitvoerenden effectief buiten de deur te houden	101
Portefeuille, portefeuilleoverdracht, intermediairwijziging en aansprakelijkheid	107
WAMCA in actie: hoe zal dat er uit zien? Enkele praktische overwegingen	117
Garanties en abonnementen: niet altijd meer gereguleerd	124
Premiewijzigingen per contractvervaldatum	131
De invloed van ex post getroffen maatregelen op het aansprakelijkheidsoordeel	136
Integere bedrijfsvoering en de Wwft en Wft	150

Hoofdredactioneel van Cees de Jong

Cees de Jong

Proficiat! Dit is uw eerste kennismaking met VAST, een nieuwe online-informatiebron.

VAST is een acroniem, dat wordt gevormd door de beginletters van Verzekeringsrecht, Aansprakelijkheid, Schade en Toezicht. Dat zijn de onderwerpen die in VAST aan bod komen. En dat zijn ook de rechtsgebieden en sectoren waarin de beoogde VAST-lezers werkzaam zijn. VAST wordt een online-informatiebron met verschillende vormen van voor VAST-lezers adequate informatie, die regelmatig wordt gebundeld in een - gemakkelijk doorzoekbaar - magazine in pdf-formaat.

VAST komt niet zomaar uit de lucht vallen. De oorsprong van deze online-informatiebron ligt in een tijdschrift. Om precies te zijn in het Tijdschrift Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht in de Praktijk (TAV). Dit tijdschrift werd door zijn lezers erg gewaardeerd. De praktijkgerichtheid van de artikelen sprak hen aan. De vele verwijzingen naar TAV-artikelen in wetenschappelijk publicaties én in conclusies van advocaten-generaal onderstrepen de kwaliteit van deze artikelen.

Toen de uitgever van TAV aankondigde de uitgave van dit tijdschrift te beëindigen, omdat het niet meer in zijn portfolio paste, besloot de redactie unaniem om de mogelijkheid tot voortzetting te onderzoeken. Een gang langs de traditionele uitgevers bood echter te weinig perspectief op een succesvolle herstart. Dus moest het roer om. Besloten werd om in zee te gaan met M.A.D.Lex, een online-uitgever met verfrissende ideeën. In korte tijd werd de redactionele formule voor VAST ontwikkeld.

VAST richt zich op advocaten en op juristen en anderen, die werkzaam zijn bij een advocatenkantoor, de rechterlijke macht, een universiteit of in het bedrijfsleven - meer in het bijzonder bij een bank, een verzekeraar, gevolmachtigd agent of verzekeringstussenpersoon - en te maken hebben met het verzekeringsrecht, het aansprakelijkheidsrecht, schade of toezicht. VAST biedt hun informatie in verschillende vormen: blogs, annotaties bij jurisprudentie, praktijkgerichte artikelen én wetenschappelijke artikelen. De artikelen zijn van hoogwaardige kwaliteit en bieden oplossingen voor vraagstukken waarmee VAST-lezers worden geconfronteerd in hun dagelijkse praktijk.

De redactie van VAST bestaat naast voormalige TAV-redactieleden uit enkele nieuw aangetrokken redactieleden. Zij beschikken over een grondige kennis van en brede praktijkervaring met het aansprakelijkheids- en/of verzekeringsrecht. De VAST-redactie is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de online aangeboden informatie. Annotaties en artikelen worden daarom pas vrijgegeven voor publicatie als deze positief zijn beoordeeld door de redactie.

Blogs, annotaties en artikelen worden geschreven door vakspecialisten. Dat kunnen redactieleden zijn, maar ook in de praktijk gewortelde auteurs die zich als VASTe medewerker geëngageerd hebben om regelmatig bijdragen te leveren. Daarnaast kan het gaan om bijdragen van door de redactie vanwege hun specifieke deskundigheid aangezochte auteurs. En voor anderen die de VAST-lezer willen laten delen in hun kennis, ervaring en/of kijk op toekomstige ontwikkelingen biedt VAST een perfect platform.

Ik ben er zeker van dat VAST u niet zal teleurstellen. Sterker nog, dat vormgeving en

inhoud van VAST u even enthousiast zullen maken als de redactieleden en de VASTe medewerkers zijn.

Gevolgen niet voldoen precontractuele mededelingsplicht

Jasmina Jusufovic

De mededelingsplicht blijft de gemoederen bezighouden. De Hoge Raad heeft enige tijd terug een belangrijk arrest over de mededelingsplicht gewezen.

Eerst het wettelijk kader. De verzekeringnemer is verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten en omstandigheden mede te delen die hij kent of behoort te kennen en waarvan hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar voor het al dan niet en onder welke voorwaarden het afsluiten van een verzekering afhangt of kan hangen (artikel 7:928 lid 1 BW). De mededelingsplicht heeft geen betrekking op feiten die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen, en evenmin op feiten die niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstigere beslissing zouden hebben geleid. Als de verzekering wordt gesloten op basis van een vragenlijst, dan bepaalt de vragenlijst de omvang van de mededelingsplicht en kan de verzekeringnemer zich beperken tot beantwoording van de concrete vragen.

Indien de verzekeringnemer niet aan deze mededelingsplicht heeft voldaan kan de verzekeraar daar gevolgen aan verbinden. Zo kan de verzekeraar op grond van artikel 7:929 lid 1 BW de verzekering opzeggen, op grond van artikel 7:930 lid 4 respectievelijk lid 5 BW uitkering van de schade weigeren, matigen of daaraan andere voorwaarden verbinden als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen. De verzekeraar kan deze gevolgen echter alleen inroepen indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten althans niet onder dezelfde voorwaarden of indien er sprake is van opzet de verzekeraar te misleiden.

In de rechtspraak (*Hotel Wilhelmina*, maar later ook in *Fatum/Susanna*) is geoordeeld dat voor de

beantwoording van de vraag of de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden had gesloten relevant is wat een 'redelijk handelend verzekeraar' zou hebben gedaan (HR 19 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AC6258 en HR 22 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2999). Dit betekent dat een beroep van de verzekeraar op artikel 7:930 lid 4 BW of 7:929 lid 1 BW in beginsel alleen kan slagen indien de verzekeraar aantoonbaar dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet (onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten.

In een recent arrest (ECLI:NL:HR:2018:1841) heeft de Hoge Raad deze maatstaf bevestigd en geoordeeld dat hoewel volgens de tekst van het nieuwe artikel 7:928 lid 1 BW beslissend is of 'de verzekeraar' de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met deze bepaling geen ander resultaat heeft willen bereiken dan volgt uit het *Hotel Wilhelmina*-arrest (HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841). Dit is alleen anders indien de verzekeraar een afwijkend acceptatiebeleid hanteert. De verzekeringnemer zou dan wel bekend hebben moeten (kunnen) zijn met het afwijkende acceptatiebeleid. Alleen dan kan de verzekeringnemer de relevantie van de niet- meegedeelde feiten en omstandigheden binnen het acceptatiebeleid overzien, aldus de Hoge Raad.

Voor de beantwoording van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan, kan groot gewicht toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Dit betekent echter niet zonder meer dat het acceptatiebeleid dat wordt

gevoerd door een of meer andere verzekeraars als dat van een redelijk handelend verzekeraar dient te gelden. Als het beleid van een of meer andere verzekeraars op inhoudelijke gronden de toets aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar niet kan doorstaan, kan daar derhalve geen beroep op worden gedaan. Evenmin is volgens de Hoge Raad uitgesloten dat het acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar op inhoudelijke gronden blijkt te voldoen aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar, ook al voeren andere verzekeraars een ander of geen beleid ten aanzien van de betrokken feiten en omstandigheden. Of het acceptatiebeleid dat de desbetreffende verzekeraar voert het beleid is van een 'redelijk handelend verzekeraar' zal dus afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. De verzekeraar doet er dus doorgaans goed aan om aan te voeren *waarom* een redelijk handelend verzekeraar onder de gegeven omstandigheden het desbetreffende acceptatiebeleid zou voeren.

Volgens de Hoge Raad is voor het antwoord op de

vraag of een verzekeraar het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar voert niet steeds noodzakelijk dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Dit zal vooral van het verweer van de verzekeringnemer afhangen. De verzekeringnemer doet er zijnerzijds dus goed aan om het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in zijn verweer te betrekken. Dit zal geen zin hebben als de verzekeraar een afwijkend acceptatiebeleid hanteert en de verzekeringnemer van dit beleid op de hoogte was of had kunnen zijn. De verzekeringnemer zal uit de gevraagde informatie kunnen afleiden of de verzekeraar de verzekering wil sluiten en zo ja onder welke voorwaarden. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad echter niet zonder meer dat de verzekeringnemer wist of behoorde te weten welke gevolgen de verzekeraar binnen zijn acceptatiebeleid aan deze informatie zal verbinden. Zowel de verzekeraar als verzekeringnemer kunnen dus aanvoeren waarom voor de verzekeringnemer onder de gegeven omstandigheden uit de gevraagde informatie al dan niet was af te leiden welke gevolgen de verzekeraar aan de gevraagde informatie zou verbinden.

De bewijsrechtelijke pingpong tussen curator en bestuurder na de schending van de publicatieplicht

Niek van Barschot

Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht of de plicht tot tijdige publicatie van de jaarrekening, wordt onweerlegbaar vermoed dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Die onbehoorlijke taakvervulling wordt weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit volgt uit artikel 2:248 lid 2 BW. Het Gerechtshof Den Haag is bij arrest van 12 november 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:3299) ingegaan op het geval waar de bestuurder van een gefailleerde onderneming de jaarrekening vijf maanden te laat heeft gepubliceerd. De curator heeft de bestuurder aansprakelijk gesteld. De bestuurder heeft in rechte echter met succes het bewijsvermoeden kunnen ontzenuwen.

Eerste aanleg

De curator heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de bestuurder van gefailleerde op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is voor het boedelttekort. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen. Uit het arrest volgt dat de rechtbank heeft geoordeeld dat de bestuurder een aanvaardbare verklaring heeft gegeven voor de te late publicatie van de jaarrekening. Volgens de rechtbank is er daarmee sprake van een onbelangrijk verzuim ex artikel 2:248 lid 2 BW. De bestuurder is niet aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur, aldus de rechtbank.

Hoger beroep

Tegen dit vonnis is de curator in hoger beroep gegaan. De curator betoogt in hoger beroep dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening

over 2012 niet een onbelangrijk verzuim is zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof stelt de curator op dit punt in het gelijk, omdat de bestuurder geen aanvaardbare verklaring heeft gegeven voor de te late deponering. De verklaring van de bestuurder komt erop neer dat de accountant is vergeten de jaarrekening 2012 tijdig te deponeren en dat na een herinnering van de Kamer van Koophandel alsnog heeft gedaan. Volgens het hof worden aan een dergelijke verklaring hogere eisen gesteld naarmate de termijn waarbinnen niet is gedeponeerd, langer is. Een termijnoverschrijding van vijf maanden is fors, aldus het hof. De onderbouwing van de bestuurder is onvoldoende, aldus het hof. Overigens volgt uit rechtspraak dat een termijnoverschrijding van enkele dagen door een misverstand bij een bestuurder met dyslexie werd aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Daar was in dit geval geen sprake van.

Nu er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Nu deze onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden minder dan drie jaar vóór de faillietverklaring, wordt die onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:248 lid 2 BW weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Dit is een wettelijk vermoeden dat door de bestuurder kan worden ontzenuwd. Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het zijn geweest. Als het bestuur een van buiten komende oorzaak stelt en verwijt de curator de bestuurder dat deze heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te

voorkomen, dan moet de bestuurder aannemelijk maken dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

De bestuurder in deze kwestie geeft aan dat ruim voor het faillissement het aantal verkopen merkbaar terug is gelopen. De gefailleerde onderneming hield zich bezig met de in- en verkoop van relatiegeschenken. Leveranciers stopten ook met het leveren op rekening. De bestuurder heeft daarom een franchisegever benadert om het risico met de leveranciers te beperken. De franchisegever zegde die franchiseovereenkomst een maand later op, juist vanwege die slechte financiële situatie bij de onderneming. De bestuurder heeft daarop de verkoopactiviteiten gestaakt en heeft geprobeerd om de schulden te saneren. Daarvoor heeft de bestuurder professionele hulp ingeschakeld met als doel om een akkoord te bereiken. Dat is niet gelukt, met het faillissement als gevolg. Het hof vindt dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze andere feiten dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De curator heeft op zijn beurt onvoldoende betwist dat het faillissement onvermijdelijk was na het opzeggen van de franchiseovereenkomst. Daardoor moet de curator aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens het hof heeft de curator niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de schending van de publicatieplicht in belangrijke

mate heeft bijgedragen aan het faillissement. Alle grieven van de curator falen en het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. De bestuurder is dus niet aansprakelijk wegens onbehoorlijke taakvervulling.

Afronding

De reden dat de vordering op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt afgewezen, lijkt in dit geval te zijn dat de curator niet voldoende heeft onderbouwd dat er naast het schenden van de publicatieplicht ook op grond van artikel 2:248 lid 1 BW sprake is van onbehoorlijk bestuur. De curator doet er daarom goed aan om naast het enkele overschrijden van de termijn voor publicatie van de jaarrekening, omstandigheden aan te voeren die mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Dat het enkele schenden van de publicatieplicht niet voldoende is om de bestuurder aansprakelijk te stellen, is overigens geen ongebruikelijke lijn in de rechtspraak (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 7 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3947). Bij het invoeren van deze wetgeving is het echter wel de bedoeling van de wetgever geweest om dit bewijsvermoeden een grote rol te laten spelen bij het vaststellen van het onbehoorlijk bestuur van de bestuurder. De rechtspraak heeft daar niet ongebruikelijk een andere interpretatie aan gegeven, zoals ook helder blijkt uit dit arrest van het Gerechtshof Den Haag.

Assurantieportefeuille is niet overdraagbaar en dus niet verpandbaar

Flip van Huizen

In de rechtspraak is al geruime tijd discussie over de vraag of op assurantieportefeuilles een pandrecht kan worden gevestigd.

In onderhavige casus draait het ook om deze vraag. De ING Bank meende een pandrecht te hebben op een portefeuille van een failliet gegane tussenpersoon. De curator stelt zich op het standpunt dat dergelijke portefeuilles niet vatbaar zijn voor verpanding. Volgens de ING Bank heeft de curator onrechtmatig gehandeld door bij de verkoop van de portefeuille het pandrecht niet te respecteren. De ING Bank wendt zich tot de rechter.

Bij de rechtbank krijgt de ING Bank nul op het rekest. De rechtbank oordeelt dat een assurantieportefeuille niet goederenrechtelijk overdraagbaar is en daardoor niet verpandbaar. Tegen het vonnis van de rechtbank is *sprongcassatie* ingesteld.

De conclusie van de advocaat-generaal strekte tot verwerping van het cassatieberoep.

In essentie op basis van dezelfde argumentatie als de advocaat-generaal oordeelt de Hoge Raad dat een assurantieportefeuille niet overdraagbaar is en dus ook niet verpandbaar.

Het cassatiemiddel ingesteld door de ING Bank valt uiteen in twee vragen.

Vraag 1: Kan een assurantieportefeuille als een vermogensrecht worden gekwalificeerd?

Volgens de ING Bank getuigt het oordeel van de rechtbank dat (het recht op) een assurantieportefeuille niet als vermogensrecht kan worden aangemerkt van een onjuiste rechtsopvatting. ING Bank voert daartoe aan dat artikel 3:6 BW een niet limitatieve opsomming van vermogensrechten geeft. Waar het om gaat is

of de assurantieportefeuille, althans het subjectieve recht daarop, als zodanig economische waarde vertegenwoordigt. De vraag moet volgens ING Bank bevestigend worden beantwoord.

Volgens de Hoge Raad moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Het wettelijke stelsel gaat ervan uit dat slechts individuele zaken of vermogensrechten als goed kunnen worden aangemerkt en als zodanig voorwerp kunnen zijn van een goederenrechtelijk recht of een goederenrechtelijke rechtshandeling. Het samenstel van overeenkomsten en goodwill dat wordt aangeduid als een assurantieportefeuille is niet een individuele zaak of een individueel vermogensrecht, ook al wordt het in het economische verkeer als een eenheid beschouwd. Een assurantieportefeuille is daarom niet een goed in de zin van artikel 3:1 BW. Dit wordt niet anders doordat afzonderlijke onderdelen van een assurantieportefeuille, zoals vorderingsrechten, goederen zijn, noch doordat de portefeuille als geheel in het economische verkeer een vermogenswaarde vertegenwoordigt en voorwerp kan zijn van een obligatoire rechtshandeling zoals een koopovereenkomst.

Vraag 2: Is een assurantieportefeuille overdraagbaar?

De ING Bank stelt dat het oordeel dat artikel 4:103 lid 4 Wft een regeling geeft voor de verbintenisrechtelijke verhouding tussen een verzekeraar en een assurantietussenpersoon en dat daarin niet de goederenrechtelijke overdracht van assurantieportefeuilles in het algemeen is geregeld, niet juist is. Volgens de ING Bank heeft de rechtbank hiermee miskend dat de in de Wft opgenomen bepalingen uitgaan van overdracht van de assurantieportefeuille als zodanig. Daarnaast stelt de ING Bank dat de rechtbank

heeft miskend dat ook een verbintenisrechtelijke overgang op de voet van artikel 6:159 BW als overdracht in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW, artikel 3:81 lid 1 BW en artikel 3:228 BW heeft te gelden, althans dat deze bepalingen op zodanige overgang analoog van toepassing zijn.

Redengevend daarvoor is dat de verzekeringsportefeuille als zodanig vermogenswaarde vertegenwoordigt die door middel van executie kan worden gerealiseerd, aldus de ING Bank. Dat die executie aan beperkingen onderhevig zou zijn omdat medewerking van de verzekeraar en de verzekeringnemer is vereist, doet hieraan volgens de ING Bank niet af.

De Hoge Raad volgt de ING Bank hierin niet. Omdat een assurantieportefeuille als zodanig niet een goed is in de zin van artikel 3:1 BW, is hij niet vatbaar voor overdracht of verpanding. Artikel 4:103 lid 4 Wft, dat bepaalt dat een verzekeraar aan een verzoek van een bemiddelaar tot overdracht van diens portefeuille in beginsel moet meewerken, leidt niet tot een ander oordeel. Bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel en

tegen de achtergrond van het wettelijke stelsel van het goederenrecht, moet worden aangenomen dat deze bepaling niet het oog heeft op overdracht in goederenrechtelijke zin, maar op het overdragen van de positie van de assuredtussenpersoon bedoelde samenstel van overeenkomsten en goodwill, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad heeft geen medelijden met de ING Bank

ING Bank voert aan dat in de praktijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid van verpanding van een assurantieportefeuille omdat dit de financierbaarheid van de activiteiten van een assuredtussenpersoon ten goede komt, dat een assurantieportefeuille in de bancaire praktijk ook regelmatig als onderpand dient voor financiering en dat het recht de economische werkelijkheid moet volgen. Dit betoog kan de ING Bank niet baten, nu verpandbaarheid van een samenstel van overeenkomsten en goodwill niet past in het wettelijke stelsel van het goederenrecht.

Het vuurwerkverbod door de ogen van een jurist aansprakelijkheidsrecht

Hugo Slootweg

Het afsteken van vuurwerk tijdens de jaarwisseling is in Nederland een traditie. Al net zo'n traditie is de maatschappelijke discussie erover. Na de afgelopen jaarwisseling is het aantal voorstanders van een vuurwerkverbod sterk gegroeid. Ook bezien vanuit het aansprakelijkheidsrecht pleit ik vóór een algeheel vuurwerkverbod.

Meer voorstanders vuurwerkverbod

De snelheid van de kentering was opvallend. Oogartsen pleiten immers al heel lang voor een verbod. De afgelopen jaren werden zij gesteund door politie, brandweer en ambulance. Dit jaar kwamen daar tal van burgemeesters bij. Zij worden gesteund door meer dan 650.000 burgers (zie vuurwerkmanifest.nl). En na de vuurwerkbranche verzetten zelfs CDA en VVD zich niet meer tegen een verbod op knalvuurwerk en vuurpijlen. Of kinderen in meerderheid voor een verbod zijn, is niet duidelijk. De discussie maakt bij hen wel veel los: op een post van het NOS Jeugdjournaal op Instagram kwamen 600 reacties in één uur binnen, waarbij in (te) veel van de reacties scheldwoorden zaten (zie jeugdjournaal.nl). Mijn eigen kinderen maakten onlangs heel duidelijk dat zij een verbod niet zien zitten. Als vader ben ik voor een verbod, omdat ik bang ben dat mijn gezonde kinderen letsel oplopen doordat zij of anderen vuurwerk afsteken. Als aansprakelijkheidsrechtjurist ben ik voor een verbod, omdat het lastige juridische discussies voorkomt. Discussies waarbij in sommige gevallen slachtoffers hun schade niet vergoed krijgen.

Vuurwerkschade verhalen

In een aantal gevallen is vuurwerkschade te verhalen op de opstal-, inboedel- of

autoverzekering. Daarnaast kan worden geprobeerd de schade te verhalen op degene die het vuurwerk afstak. De grondslag voor een dergelijke vordering is onrechtmatige daad. Er moet dus worden voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW. Dat zijn: een onrechtmatige gedraging, toerekenbaarheid, schade, causaal verband en relativiteit. Een gedraging is (onder andere) onrechtmatig als sprake is van doen of nalaten in strijd de maatschappelijke zorgvuldigheid (artikel 6:162 lid 2 BW).

Daarvan was geen sprake in het geval waarin iemand tijdens een boswandeling tegen een tak schopt die vervolgens in het oog van een ander kwam. De Hoge Raad oordeelde dat *'niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, (...), dat gedrag onrechtmatig doet zijn'*. Gevaarscheppend gedrag is slechts onrechtmatig *'indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (...) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden'* (NJ 1996, 403, *Zwiepende tak*). Ook bij pech is geen sprake van onrechtmatig handelen. De Hoge Raad kwam tot dat oordeel in het arrest NJ 1988, 393. Mevrouw Bey nam bij de bushalte afscheid van haar dochter die zou instappen. Zij versperde daarbij de toegang tot de bus. Daarop aangesproken door mevrouw Guyt deed zij zonder eerst achterom te kijken een stap achteruit. Mevrouw Guyt verloor hierdoor haar evenwicht, viel en brak een heup. De Hoge Raad oordeelde dat mevrouw Bey geen onrechtmatige daad had gepleegd, maar dat sprake was van *'een ongelukkige samenloop van omstandigheden'*.

Tot dit oordeel kwam ook de Rechtbank Den Haag in ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2447. A stak knalvuurwerk af op de binnenplaats van zijn woning en de woning van B. B bevond zich op het dakterras van zijn woning. Net op het moment

waarop B zich over de balustrade van het dakterras boog, kwam het vuurwerk tot ontploffing. B stelde dat hij hierdoor gehoorschade had opgelopen, waardoor hij zijn beroep als componist/pianist niet meer kon uitoefenen. De rechtbank kwalificeerde het incident als een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarvoor A niet aansprakelijk kan worden gehouden.

Verrassende uitkomsten

Iemand heeft een vuurpijl afgeschoten vanuit een half gevulde champagnefles. De pijl is neergekomen op het dak van een auto, die daardoor een deuk opliep aan het dak. De eigenaar van de auto heeft de persoon die de pijl heeft afgestoken aangesproken tot vergoeding van de schade. In de daarop volgende procedure (ECLI:NL:RBHAA:2005:AS9542) oordeelde de kantonrechter te Zaandam: *“Nu er bij het afsteken van de in deze procedure bedoelde vuurpijl op zichzelf niets is misgegaan en voorts niet is gebleken van andere uitzonderlijke omstandigheden, moet het er voor worden gehouden dat [gedaagde] zich onvoldoende van die zorgplicht heeft gekweten omdat de schade anders niet had kunnen ontstaan. Er is dus inderdaad sprake van een onrechtmatige daad.”*

In een andere procedure kreeg een toeschouwer geen vergoeding voor de letselschade die hij had opgelopen doordat een kennis vuurpijlen van ongeveer 20 cm lang had afgestoken vanuit een leeg bierflesje. Bij het afsteken van de laatste vuurpijl is het bierflesje omgevallen en is het oog van de toeschouwer getroffen door de vuurpijl, waardoor hij ernstig letsel aan dat oog heeft opgelopen. Het Gerechtshof 's Hertogenbosch

oordeelde (ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ9784): *“Uit al het vorenstaande volgt dat het hof het er voor moet houden dat eind december 1998 bij de onderhavige vuurpijl niet de instructie was verstrekt dat deze in een verzwaarde fles moest worden geplaatst en dat [geïntimeerde] hiermee evenmin bekend was of behoorde te zijn op grond van publiekscampagnes. Voorts is van belang dat niet gebleken is dat [geïntimeerde] voor het overige meer risico's heeft genomen dan toentertijd redelijkerwijs aanvaardbaar werden geacht.”*

Vuurwerkverbod voorkomt juridische ellende

Zowel in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag als de uitspraak van de kantonrechter te Zaandam wordt als uitgangspunt genomen dat het afsteken van vuurwerk niet verboden is. De Rechtbank Den Haag: *“Het afsteken van vuurwerk ten tijde van de jaarwisseling is toegestaan en, zoals hiervoor reeds is overwogen, gebruikelijk. Harde vuurwerkknallen zijn, zeker vanaf middernacht, te verwachten en ook [verzoeker], die kort na middernacht op zijn dakterras is gaan staan om naar het vuurwerk te kijken, diende hierop bedacht te zijn.”* Als het afsteken van vuurwerk verboden is, gaat dit uitgangspunt niet meer op. Dit maakt het verhalen van vuurwerkschade aanzienlijk makkelijker. Dit is niet het geval als het verbod beperkt blijft tot knalvuurwerk en vuurpijlen. Bij schade veroorzaakt door siervuurwerk kan het uitgangspunt nog steeds worden gehanteerd. Bovendien wordt het dan vermoedelijk lastiger te bepalen waarop iemand bedacht dient te zijn, wat de juridische discussie alleen maar ingewikkelder maakt. Een algeheel vuurwerkverbod heeft daarom mijn voorkeur.

De slimme deurbel en de AVG

Sanne Kleerebezem

In toenemende mate wordt er gebruikgemaakt van een 'slimme deurbel'. Veel slimme deurbellen hebben een ingebouwde camera, waarmee de gebruiker de ruimte voor de deur in de gaten kan houden. Verschillende gemeenten geven slimme deurbellen weg om inbraken tegen te gaan. De reacties hierop zijn wisselend. Enerzijds is het tegengaan van inbraken gewenst maar anderzijds schendt de slimme deurbel de privacy van derden. Staat de privacyregelgeving, in het bijzonder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), in de weg bij het gebruik van de slimme deurbel?

Uitgangspunten AVG

Als er sprake is van een constante opname en opslag van camerabeelden, waarbij de camera naar buiten is gericht op een (gedeeltelijk) openbare ruimte, dan is de AVG van toepassing. De AVG schrijft voor dat persoonsgegevens uitsluitend verwerkt mogen worden op basis van één van de in die verordening genoemde grondslagen. De grondslag die bij het gebruik van de slimme deurbel van toepassing kan zijn, is de grondslag van het 'gerechtvaardigde belang'. Bij deze grondslag dient er een belangenafweging te worden gemaakt tussen het belang van de gebruiker van de slimme deurbel en het belang van degene die wordt gefilmd. Hoe die belangenafweging uitvalt, is onder meer afhankelijk van het doel waarvoor de eigenaar van de deurbel de deurbel gebruikt. Zo kan de gebruiker de deurbel gebruiken om inbraken tegen te gaan - bijvoorbeeld omdat er in de buurt veel wordt ingebroken - of omdat hij of zij het simpelweg leuk vindt om gebruik te maken van een relatief nieuwe gadget. In het eerste geval zal de belangenafweging eerder in het voordeel van de gebruiker uitvallen dan in het tweede geval. Ook schrijft de AVG voor dat er niet meer

gegevens mogen worden verwerkt dan dat nodig is én dat de gegevens niet mogen worden verwerkt als hetzelfde doel kan worden bereikt op een (andere) manier die minder inbreuk maakt op de privacybelangen van derden. In dit kader is het van belang om de camera goed af te stellen. Film geen groter gebied dan dat noodzakelijk is en zorg ervoor dat de openbare weg niet wordt gefilmd.

Daarnaast dienen de beelden niet te lang te worden bewaard. De AVG geeft geen specifieke bewaartermijn, maar de richtlijn is vier weken. Als de gegevens niet meer noodzakelijk zijn voor het doel waarvoor de gegevens zijn opgeslagen, moeten ze worden gewist. De beelden mogen dan ook niet meer in de Cloud worden bewaard. Uit de AVG volgt ook dat degene die persoonsgegevens verwerkt (de eigenaar van de deurbel) de persoon van wie er gegevens worden verwerkt (de persoon die wordt gefilmd) hierover informatie moet verstrekken. Laat daarom tenminste via een sticker of een bordje weten dat er beelden worden gemaakt.

Standpunt Autoriteit Persoonsgegevens

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft zich kritisch uitgelaten over slimme deurbellen die behalve de voordeur ook vaak de openbare weg filmen. Uit cijfers van politie-databank 'Camera in Beeld' blijkt dat 87,6% van de 230.000 geregistreerde camera's in Nederland de openbare weg filmt. Aleid Wolfsen, voorzitter van de AP, geeft aan dat de openbare ruimte alleen mag worden gefilmd als er concreet iets aan de hand is, als er een gevaar is. 'Als gemeenten aanmoedigen tot permanent filmen terwijl er niks aan de hand is, zetten ze aan tot onrechtmatig gedrag. Daar moeten ze mee stoppen.'

Passende financiële dienstverlening?

Eric Horssius

Volgens de wet is er sprake van adviseren wanneer een onderneming een aanbeveling doet voor een specifiek financieel product van een bepaalde aanbieder aan een bepaalde klant. Het adviseren over financiële producten is alleen toegestaan met een vergunning van de AFM. Weliswaar is er een aantal vrijstellingen voor de vergunningplicht voor adviseren. Het is onwaarschijnlijk dat een verhuurder van opslagboxen voor goederen aan alle voorwaarden voor vrijstelling heeft voldaan. Zo is het zeer onwaarschijnlijk dat een verhuurder van een opslagbox uit dien hoofde inzicht heeft in de financiële situatie van zijn klant of voor het bemiddelen geen provisiebetaling van de verzekeraar ontvangt. Prangend is nu de vraag hoe de ontstane situatie in Zoetermeer gerepareerd en herhaling in de toekomst voorkomen gaat worden.

Op 1 januari 2020 werden 900 huurders getroffen door een allesvernietigende brand in een goederenopslag te Zoetermeer. De eigenaar/verhuurder (Shurgard) bleek onder meer haar huurders aanbevelingen te hebben gedaan voor een specifiek financieel product in de vorm van een 'Shurgard-verzekering' van één bepaalde aanbieder. Gekoppeld aan de huurovereenkomsten werd de klant geadviseerd de opgeslagen goederen te verzekeren met een speciaal door Shurgard ontwikkelde brandverzekering met een standaardbedrag van € 4.999. Een dergelijk verzekerd bedrag blijkt in honderden gevallen ontoereikend. Dat dit adviseren gedurende jaren plaats kon vinden is opvallend, nu Shurgard in de AFM-registers niet geregistreerd staat als adviseur of bemiddelaar. Dit advies werd verstrekt, door de baliemedewerkers van Shurgard, ondanks dat Shurgard, wist en kon weten dat de waarde van de inhoud van de opslagboxen deze verzekerde som vaker wel dan niet te boven ging. Soms betrof de inhoud van een box namelijk de gehele bedrijfsvoorraad of huishoudelijke inboedel der

huurder, met een waarde van € 100.000, € 150.000 of zelfs € 200.000. Deze wetenschap, opgedaan door mededelingen van tientallen huurders aan de Shurgard-medewerkers die de verzekeringen aan de huurders verkochten, maar ook door het zintuigelijk moeten signaleren van deze verhuurmedewerkers cum assurantieadviseurs, dat complete verhuisboedels werden opgeslagen in de boxen, werd genegeerd. Debet aan dit feit was dat huurders moesten verklaren en Shurgard vrijwaren dat niet meer dan een paar duizend euro aan waarde opgeslagen werd. Deze verklaring werd door de Shurgard-adviseur van dienst als 'vaste taxatie' beschouwd van hetgeen een toereikend verzekerde som zou zijn. Hoewel dit in korte tijd zeker de vierde catastrofale brand was die Shurgard overkwam, en dan steevast bleek dat huurders soms hun hele hebben en houden in zo'n box hadden opgeslagen, werd deze kennis door verzekeringsadviseurs van Shurgard genegeerd. De kennelijk door een Vlaming opgestelde polis vangt aan met de woorden: 'Hierbij wordt bevestigd dat Shurgard Luxembourg SARL, gevestigd Münsbach (GH Luxemburg), via haar verzekeringsmakelaar Marsh NV, een verzekering heeft afgesloten met Amlin Europe NV, gevestigd te Antwerpen die als doel heeft de persoonlijke goederen opgeslagen door de klanten van Shurgard in Shurgard's opslagfaciliteiten af te dekken.' De (samenvatting!) van de polisvoorwaarden sluit af met: '(Shurgard en zijn vestigingsmanagers zijn geen verzekeringsagenten)'. Dat is opvallend nu de medewerkers van Shurgard zich wel gedragen, en ook optreden, als adviseur of bemiddelaar. Een passend dienstverleningstraject bestaat uit vier stappen ('Kennismaking, beeldvorming, oplossing nazorg') en behoort te voldoen aan de wettelijke eisen. Bij Shurgard was dit traject gecompliceerd tot: 'zet u een kruisje bij "ja" als u onze Shurgard verzekering ad € 4.999 wil afsluiten.'

Onvolledig traject

Het staat de adviseur noch de klant vrij om één of meer onderdelen uit het dienstverleningstraject buitenspel te zetten. Dan ontstaat namelijk een onvolledig en gemankeerd traject dat op gespannen voet komt te staan met de wet- en regelgeving. De klant heeft er dus recht op dat, voor het hem in rekening gebrachte premiebedrag (In dit geval het relatief hoge bedrag van € 20 per maand, voor een verzekerde som van € 5.000) en daarbij horende beloning voor Shurgard als bemiddelaar, de wettelijke verplichte werkzaamheden, ook in de jaren van het voortduren van de verzekering, door de adviseur verricht moeten worden. Dit is dus geen keuzemogelijkheid van de adviseur of van de klant. Deze publiekrechtelijke nazorgplicht is vastgelegd in artikel 4:20 lid 3 Wft. Het is uit de aard der zaak onmogelijk om je van deze verplichting vrij te tekenen; ook niet door een Belgische risicodragers of een makelaar in assurantiën in de geadviseerde verzekeringsovereenkomst op te nemen.

Alles of niets

Het dienstverleningsproces is een dynamisch proces waarbij vooral inventariseren en analyseren nauw verbonden zijn. Daarbij hoort ook de nazorg van een assurantieadviseur die weet of behoort te weten dat de verzekerde som ontoereikend is, ondanks eerdere mededelingen van de klant. De verplichting om bij het afsluiten van een verzekering en gedurende de looptijd, ongevraagd te controleren of de dekking nog toereikend is en de verzekeringnemer te waarschuwen wanneer dat niet (meer) het geval was, is al ongeveer dertig jaar oud: zie hiervoor onder meer de uitspraak van het Hof Amsterdam van 26 november 1992 (VAB 1993, p. 68 e.v.). Weliswaar is dit standpunt in individuele uitspraken zo nu en dan gematigd: de rode lijn

blijft duidelijk. Per 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht (Wft) van kracht, ook daarin (artikel 4:20 lid 3 Wft) is ondubbelzinnig te lezen wat de verplichtingen van de assurantieadviseur tijdens de looptijd van de verzekering zijn.

Shurgard doet, behalve in het verhuren van opslagboxen, evident ook aan het bemiddelen tussen haar huurders en verzekeringsmaatschappij als het gaat om verleggen van het risico van brand van de huurder naar een professionele schadeverzekeraar. Artikel 7 lid 1 onderdeel c Vrijstellingsregeling Wft biedt Shurgard naar mijn mening geen soulaas. Weliswaar zijn nevenverzekeringstussenpersonen (die in de Wft 'bemiddelaar' wordt genoemd) vrijgesteld van de vergunningplicht, maar dit laat geheel onverlet dat Shurgard zorgplichtig is. Shurgard kiest de route om haar baliemedewerkers bij het opstellen van een huurovereenkomst uit naam van Marsh, als makelaar in assurantiën, een product van Amlin te laten verkopen. Ook hier gelden voorwaarden. Zo zal de baliemedewerker over de benodigde vakdiploma's moeten beschikken, de betrouwbaarheid van de medewerker moeten zijn vastgesteld en de beloning van de medewerker moet dan worden betaald door Marsh en bijvoorbeeld niet Shurgard of diens huurder. Belangrijk is dat dergelijke advisering juist en goed gebeurt. Inmiddels is gebleken dat veel huurders bij lange niet juist gecompenseerd worden door de door Shurgard afgesloten verzekering voor hun financiële schade: de geadviseerde dure verzekering en daarmee de essentie van het advies schiet eenvoudig gezegd tekort. Onontkoombaar is de conclusie dat Shurgard, in haar kwaliteit als adviseur jegens haar verzekeringsklanten toerekenbaar tekort is geschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld door voor de verzekering van de belangen, haar bekende, feiten over de waarde van de opgeslagen zaken niet aan de beursmakelaar en/of de verzekeraars van verzekerde door te geven.

Uitleg van AVP en het buiten toepassing laten van wapenclausule

Jasmina Jusufovic

Het Hof Arnhem-Leeuwarden deed onlangs een opvallende uitspraak over de uitleg van de aansprakelijkheidsverzekering (ECLI:NL:GHARL:2019:11206). Het hof oordeelde dat de verzekeringsovereenkomst ondanks de daarin opgenomen wapenclausule zo moest worden uitgelegd dat schade naar aanleiding van een steekincident met een vlindermes gedekt was. Het hof was van oordeel dat zelfs indien de schade die veroorzaakt is door het steekincident op grond van de wapenclausule wél zou zijn uitgesloten, de wapenclausule wegens de dermate bijzondere omstandigheden buiten toepassing dient te blijven. Met name de functie die een aansprakelijkheidsverzekering in het maatschappelijk verkeer vervult, lijkt ten grondslag liggen aan een voor verzekerde gunstige uitleg of het in zijn geheel buiten toepassing laten van bepaalde uitsluitingsclausules.

Wat was er aan de hand?

Een dertienjarige jongen steekt een andere dertienjarige jongen met een vlindermes. Het slachtoffer raakt ernstig gewond. De ouders van de dader erkennen aansprakelijkheid op grond van artikel 6:169 BW (risicoaansprakelijkheid voor kinderen jonger dan 14 jaar) en doen een beroep op hun aansprakelijkheidsverzekering bij Univé. Univé weigert dekking op grond van de wapenclausule. De ouders van de dader, het slachtoffer en zijn ouders starten een procedure tegen Univé.

De verzekeringsovereenkomst

Onder de polis zijn de verzekerden in elk geval de ouders van de dader en hun kinderen jonger dan 14 jaar. De verzekering dekt particuliere

aansprakelijkheid voor schade aan anderen, waaronder letselschade. Onder het kopje 'Wat is niet verzekerd?' staat 'schade in verband met het bezit of het gebruik van wapens'. Uit de overeenkomst volgt dat met wapen bedoeld wordt wapens volgens de wet Wapens en Munitie. De polis bevat ook een opzetclausule, welke luidt als volgt:

"veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit het opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten door de verzekeringnemer, een verzekerde of een tot uitkering gerechtigde. Deze bepaling geldt uitsluitend ten aanzien van de verzekeringnemer, een verzekerde of een tot uitkering gerechtigde aan wiens wederrechtelijk handelen of nalaten de schade is toe te schrijven."

De ouders van het slachtoffer stellen zich kort gezegd op het standpunt dat zij op grond van de wet aansprakelijk zijn voor hun kind van 13 jaar en dat de wapenclausule zo dient te worden uitgelegd dat het bezit of gebruik van een wapen door een kind van maximaal 13 jaar oud dient te kunnen worden toegerekend aan de ouder, wil de dekking op grond van de wapenclausule zijn uitgesloten.

Uitleg van de polis

De wapenclausule gelezen in samenhang met de opzetclausule en de toelichting daarop wekt volgens het gerechtshof de suggestie dat het wapen waardoor de schade is veroorzaakt in bezit is van of gebruikt is door de aansprakelijke persoon. Een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument zou er dan niet op hoeven rekenen dat alle schade veroorzaakt door een wapen is uitgesloten. Gedragingen van een kind tot en met 13 jaar worden volgens de toelichting op de voorwaarden bovendien niet toegeschreven aan de verzekerde

ouder. Deze toelichting op de opzetclausule zou ook wel voor de wapenclausule gelden. Het hof komt tot de conclusie dat de wapenclausule nog niet impliceert dat iedere schade veroorzaakt door een wapen van dekking is uitgesloten. Het hof komt tot deze conclusie door, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, in overweging te nemen dat bij de uitleg van een verzekeringsovereenkomst als uitgangspunt geldt dat:

- de functie van een aansprakelijkheidsverzekering in het maatschappelijk verkeer - het zowel aan de dader als aan het slachtoffer bescherming bieden tegen schade als gevolg van onrechtmatig gedrag van de verzekerde - een ruimere dekkingssomvang rechtvaardigt;
- de uitleg van een verzekeringsovereenkomst waar niet over is onderhandeld met name afhankelijk is van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en in het licht van de in voorkomend geval bij de polisvoorwaarden behorende toelichting;
- het de verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen, waarbij hij binnen een samenhangend feitencomplex slechts aan bepaalde feiten of omstandigheden (rechts)gevolgen te verbinden en aan andere niet, dan wel onderscheid te maken tussen gevallen die feitelijk zeer dicht bij elkaar liggen. Dat onderscheid moet aan de verzekeringnemer op grond van objectieve factoren voldoende kenbaar zijn;
- wanneer de verzekeringsovereenkomst is aangegaan met een consument en er twijfel bestaat over de betekenis van een beding, op grond van 6:238 lid 2 BW de voor consument gunstige uitleg prevaleert.

In het concrete geval hadden de ouders van de dertienjarige dader volgens het hof niet kunnen en moeten weten dat de door hun dertienjarige kind met wapen toegebrachte schade, ook indien het gebruik van het wapen niet aan hen toegerekend kan worden, van dekking is uitgesloten. Het hof oordeelt daarom dat de verzekeringsovereenkomst zo moet worden uitgelegd, dat deze schade wel is gedekt als de

ouders van het dertienjarige kind geen blaam treft.

Ook dekking indien uit verzekeringsovereenkomst wel zou volgen dat schade veroorzaakt door het steekincident zou zijn uitgesloten op grond van de wapenclausule

In het geval de door het steekincident veroorzaakte schade wel expliciet zou zijn uitgesloten dient volgens het hof de wapenclausule in dit concrete geval buiten toepassing te worden gelaten. Het hof verwijst daarbij naar een uitspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat bij een aansprakelijkheidsverzekering ruimte bestaat om een clausule vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval niet van toepassing te verklaren of zodanig toe te passen dat redelijke en maatschappelijk aanvaardbare resultaten worden bereikt. Naar het oordeel van het hof zijn in het onderhavige geval dermate bijzondere omstandigheden aanwezig dat met het oog op de dader- en (in dit geval met name) slachtofferbescherming die een aansprakelijkheidsverzekering beoogt te bieden, toepassing van de wapenclausule, indien deze tot uitsluiting zou leiden, in dit geval niet tot een redelijk en aanvaardbaar resultaat leidt. Deze bijzondere omstandigheden betreffen met name dat de dader dertien jaar was, dat de ouders geen verwijt treft inzake het gebruik van het vlindermes, de ouders niet in staat zijn de door het steekincident veroorzaakte schade te vergoeden én dat het steekincident enorme financiële gevolgen heeft gehad en nog steeds heeft voor het slachtoffer welke geen enkele blaam treft. Hij is neergestoken omdat hij door de politie als getuige is gehoord over een vechtpartij waarvan hij toeschouwer was.

Indien de uitspraak in cassatie in stand zou blijven, kan die grote gevolgen voor verzekeraars hebben. Zelfs als zij de polisvoorwaarden zo aanpassen dat voor ouders duidelijk moet zijn dat met wapen veroorzaakte schade door hun dertienjarige kind ook van dekking is uitgesloten als het gebruik van het wapen niet aan hen toegerekend kan worden, zal onder omstandigheden toch dekking moeten worden verleend.

Hoever reikt de zorgplicht van een assurantietussenpersoon?

Jasmina Jusufovic

In 2018 deed het Kifid (Klachteninstituut Financiële Dienstverlening) een belangrijke uitspraak over de reikwijdte van de zorgplicht van de tussenpersoon. Het betrof een overlijdensrisicoverzekering ('ORV'). De premies daarvan zijn de afgelopen jaren fors gedaald. Het Kifid oordeelde dat van de tussenpersoon mocht worden verwacht dat hij periodiek, althans op enig moment, met de klant contact opnam om te onderzoeken of de verzekering als gevolg van premiewijzigingen aanpassing behoefde. Nu de tussenpersoon dat had nagelaten, werd geoordeeld dat deze daarom de schade (het teveel betaalde aan premie) van de klant diende te vergoeden. Naar aanleiding van die uitspraak ontstond de discussie of die (na)zorgplicht, volgens de civiele rechtspraak, verder strekt dan de ORV. Reden om te kijken hoe het volgens de civiele rechtspraak met de zorgplicht van de tussenpersoon zit.

Zorgplicht tussenpersoon

De relatie tussen een assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer is een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW.¹ Op grond van artikel 7:401 BW is de assurantietussenpersoon tegenover de verzekeringnemer verplicht om bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon verwacht mag worden.² Dit geldt ook voor reeds afgesloten verzekeringen, die tot de verzekeringsportefeuille van een assurantietussenpersoon blijven behoren. Uit de rechtspraak volgt dat de reikwijdte van deze zorgplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals de aard en de inhoud van de opdracht en de belangen van de klant, *voor zover kenbaar voor de tussenpersoon*.³ Hoewel de rechtspraak naar zijn aard casuïstisch is, zijn er patronen zichtbaar die steeds

terugkomen en daarmee voor iedere zaak relevant zijn. Een van deze patronen is dat de rechtspraak bij de invulling van de zorgplicht 'zorgplichtfactoren' hanteert, die doen denken aan de zgn. Kelderluik-criteria die de grondslag vormen voor de invulling van de (ongeschreven) maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW.

De in het kader van deze zaak relevante zorgplichtfactoren zijn onder andere:

- de grootte van de kans op schade;⁴
- de kenbaarheid van dit risico voor de assurantietussenpersoon;⁵
- de aard en omvang van de (mogelijke) schade;⁶
- de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van maatregelen door de assurantietussenpersoon.⁷

De civiele rechtspraak die bestaat over de (na)zorgplicht van de tussenpersoon lijkt vooral te zien op de vraag of de tussenpersoon gedurende de overeenkomst in de gaten heeft gehouden of het verzekeringsproduct nog bij de klantsituatie past. De 'schade' lijkt vooral te zien op de vraag of het product nog voldoende dekking biedt voor het risico dat de verzekeringnemer beoogt de verzekeren.

In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland waarin wél aan de orde kwam of een tussenpersoon gehouden was het allergeedkoopste product te adviseren kwam de rechtbank tot het oordeel⁸ dat een tussenpersoon geen fout maakt als hij zijn klant wel een passende, maar niet de allerbeste of allergeedkoopste polis adviseert. Dit is alleen anders als de tussenpersoon dit uitdrukkelijk heeft toegezegd. Het enkele feit dat een verzekering achteraf niet de allerbeste of allergeedkoopste blijkt te zijn geweest, maakt nog niet dat die verzekering niet passend was en de tussenpersoon voor de mogelijke gevolgen daarvan aansprakelijk is.

Als een tussenpersoon bij het adviseren over een

passende verzekering - volgens de civiele rechtspraak - niet (zonder meer) gehouden is om de goedkoopste verzekering te adviseren, kan logischerwijs niet aangenomen worden dat een tussenpersoon in het kader van zijn nazorgplicht wél gehouden is de verzekeringnemer op premiedalingen in de markt te attenderen. Dat zou immers betekenen dat de zorgplicht verder strekt dan de opdracht. Dat zou niet alleen in strijd zijn met de geldende rechtspraak maar (gelet op het verdienmodel van het portefeuillebeheer) in de praktijk onredelijk. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat de Kifid uitspraak de gemoederen bezig blijft houden. Uitsluitel over de vraag of de zorgplicht van de tussenpersoon daadwerkelijk zo ver reikt, zal er pas zijn wanneer de Hoge Raad zich over deze kwestie heeft gebogen.

Noten

1. HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205.
2. ECLI:PHR:2011:BQ7062.
3. ECLI:PHR:2011:BQ7062.
4. Rb. Zeeland-West-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6007.
5. Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3960.
6. Mr. F. van der Woude, mr. E.M. van Orsouw & mr. J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', AV&S 2017/6.
7. Mr. F. van der Woude, mr. E.M. van Orsouw & mr. J.S. Overes, 'Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon', AV&S 2017/6.
8. ECLI:NL:RBMNE:2016:420.

Indemniteitsbeginsel en affectieschade gaat dat samen?

Flip van Huizen

Hoe verhoudt het vergoeden van affectieschade zich met het uitgangspunt dat de schadeverzekering de verzekering is strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden? Immers affectieschade is geen vermogensschade.

Met veel interesse las ik in AV&S een artikel met als titel 'Affectieschade gedekt'?¹

Het artikel begint als volgt:

'Sinds 1 januari 2019 hebben naasten en nabestaanden van een slachtoffer recht op smartengeld (vergoeding van affectieschade). Een van de vereisten voor een dergelijke vergoeding is het bestaan van aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis. Is het letsel of het overlijden van het slachtoffer het gevolg van een gebeurtenis waarvoor niet een ander aansprakelijk is, dan kan deze schade niet via het aansprakelijkheidsrecht worden verhaald. Desalniettemin wordt deze schade mogelijk gedekt door een first-partyverzekering.'

Bij mij borrelde de vraag op: Hoe verhoudt het vergoeden van affectieschade zich met het uitgangspunt dat de schadeverzekering de verzekering is strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden? Immers affectieschade is geen vermogensschade.

Het vergoeden van affectieschade is mogelijk niet in lijn met artikel 7:944 BW, maar is het in strijd met het indemniteitsbeginsel? Ik zou menen van niet. Hierna zal ik uitleggen waarom niet.

Het indemniteitsbeginsel

Artikel 7:960 bepaalt dwingend dat verzekerde krachtens de verzekering geen vergoeding zal

ontvangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie zou geraken. Deze eis van de wetgever staat bekend als het indemniteitsbeginsel. De ratio achter het indemniteitsbeginsel is tweeledig. Het is 'om te voorkomen, dat dit zo heilzaam contract niet in een dobbelspel onttaarde'.² De wetgever had een morele afkeer van spel en weddenschap, en een verzekering, gesloten zonder verzekerbaar belang, komt in wezen daar op neer. Een tweede en belangrijke reden is dat als een verzekerde geen belang heeft, hij belang krijgt bij het plaatsvinden van het voorval in die zin dat hij daardoor in verband met de verzekering een voordeel krijgt. Dit kan leiden tot de verleiding het lot een handje te helpen. De verzekerde moet dus een belang hebben om een verzekering te kunnen afsluiten. Het is Molengraaff geweest die het begrip belang heeft willen vangen. Het is interessant om u terug te brengen naar 1882,³ omdat hij het begrip 'verzekerbaar belang' beperkter heeft uitgelegd dan 'belang'.

Uitgangspunt van Molengraaff's onderzoek is de verzekering als indemniteitscontract: *'En geen wonder, want de verzekering, voor zoverre zij in jure constituto een afzonderlijke plaats in de leer der contracten, voor zoverre zij daarin door eigenaardige regelen beheerst wordt, welke haar een bizonder karakter geven, afwijkende van dat der overige bekende overeenkomsten, staat of valt met de indemniteitsleer. Verwerpt men deze, de verzekering zal geheel ophouden eene zelfstandige (d.w.z. door bijzondere kenmerken van alle anderen onderscheiden) overeenkomst te zijn, en treden in het kader dier overeenkomsten die bepaaldelijk onze wetgever spel en weddenschap (beter weddenschap) noemt.'*⁴ Molengraaff heeft de eerste aanzet gegeven voor een moderne omschrijving van het verzekerd

belang.

'Immers, de verzekeraar verbindt zich den verzekerde te vergoeden het op geld waardeerbare nadeel, dat deze zal lijden door het plaats grijpen eener bepaalde, doch tijdens het sluiten van het contract nog onzekere gebeurtenis. Waarin kan dat nadeel bestaan dan dat de verzekerde een vermogensobject, dat zoo het geen geld is, toch op geld waardeerbaar is, moet missen, missen omdat hij het reeds bezat of anders zeker verkregen zou hebben. (...) Als voorwerp der verzekering meen ik dus te mogen beschouwen, elk tegenwoordig of toekomstig vermogensobject, dat door de gebeurtenissen, waartegen ik mij verzeker, in waarde verminderen kan of verloren gaan.'

Uit voorgaand citaat volgt volgens mij dat Molengraaff het voorwerp der verzekering (lees: 'verzekerbare belang') gelijkstelt aan 'het op geld waardeerbare nadeel'. Dit 'op geld waardeerbare nadeel' kan volgens hem uit niets anders bestaan dan dat de verzekerde een vermogensobject moet missen.

In zijn proefschrift trekt Wansink⁵ de door Molengraaff in 1882 uitgezette lijn door. De verzekeringsovereenkomst verbindt de verzekeraar:

'(...) de verzekerde te vergoeden het op geld waardeerbare nadeel, dat deze zal lijden door het plaatsgrijpen van een bepaalde, doch tijdens het sluiten van het contract nog onzekere gebeurtenis. Nadeel dat de verzekerde in zijn vermogen lijdt.'

Wery en Mendel⁶ geven drie rubrieken van verzekerbare belangen.

1. Men kan een belang hebben, omdat ten gevolge van het evenement een subjectief recht verloren kan gaan of waardevermindering kan ondergaan;
2. De mogelijkheid van schade kan ook hierin bestaan, dat door het evenement een verwachte vermogensvermeerdering uitblijft.
3. Ten slotte kan het belang bestaan in de mogelijkheid van het ontstaan van een schuld.

Voor het vervolg van dit artikel is van belang dat Wery en Mendel het volgende concluderen: *'Sommige schrijvers (bijvoorbeeld Molengraaff) leggen er bij de omschrijving van het begrip 'belang' de nadruk op dat aanwijsbaar moet zijn een vermogensbestanddeel dat tegen schade wordt beveiligd. In strijd met bovenstaande is dit*

niet. Vermogensschade is immers niet mogelijk zonder een vermogen waarin die schade wordt geleden.'

Kortom, de drie door Wery en Mendel geven rubrieken passen binnen het door Molengraaff afgebakende gebied.

De grondgedachte en afbakening van het begrip 'verzekerbare belang' van Molengraaff is neergelegd in artikel 7:944 BW:

'Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.'

Is er geen ander nadeel dan vermogensschade?

Als ik Molengraaff juist interpreteer, is er volgens hem geen ander nadeel dan het missen van een vermogensobject. Of anders verwoord: er bestaat geen ander nadeel dan vermogensschade. Dat is natuurlijk niet zo.

Artikel 6:95 BW bepaalt immers:

'De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding recht geeft.'

Er bestaat dus ook ander nadeel dan vermogensschade. Als het indenniteitsbeginsel is gebaseerd op de gedachte dat een verzekerde er geen belang bij moet hebben het lot te helpen, zou dat er volgens mij in moeten resulteren dat elk nadeel dat een verzekerde zou kunnen lijden moet worden gekwalificeerd als een verzekerbaar belang. De praktijk laat zien dat hiernaar ook wordt gehandeld.

Ik werk dat hierna verder uit. Waarbij ik weer begin bij Molengraaff.

Molengraaff⁷ drijft, volgens Dorhout Mees⁸ terecht, de spot met een door Goudsmit gegeven voorbeeld waar Goudsmit zelf stelt dat verzekeraar tot uitkering zou moeten overgaan: *'Willen wij E. en G. gelooven, dan zijn aan het indenniteitsbeginsel onthoudbare gevolgen verbonden. Laten wij zien welke zij zijn. Volgens G. o.a.: dat een pretium affectionis niet in aanmerking komt. Als voorbeeld stelt hij: dat "een oud vervallen huisje, dat een koopprijs van f. 1000 vertegenwoordigt, doch waaraan voor den eigenaar tal van familieherinneringen zijn verbonden, niet hooger dan tot de werkelijke*

geldelijke waarde zal kunnen worden verzekerd.” Het nadeel van die onmogelijkheid is mij niet recht duidelijk. De eigenaar van dat familiekleinnood toch wenscht een van beide: of hersteld te worden in den toestand waarin hij zou geweest zijn indien het huisje niet verbrandde; wat alleen zal kunnen geschieden, voor zooverre het als vermogensobject eene zekere verkoopwaarde heeft, door deze te verzekeren, daar de affectie voor het oude huisje noodzakelijk te niet gaat met den ondergang er van en hem door niemand zal kunnen teruggegeven worden; of wel hij redeneert aldus: het huisje is mij lief om de daaraan verbonden herinneringen, mijne liefde voor bijv. f. 10.000 is even groot, indien het dus mocht verbranden zou ik gaarne f. 10.000 ontvangen, in dat geval zoek hij iemand die hem f. 10.000 wil geven als dat ongeluk plaats grijpt; maar dit bewijst niets tegen de indemniteitstheorie, hoogstens dat de wetgever weddenschappen over het verbranden van oude vervallen huisjes met herinneringen moet toelaten.’

Mijn gedachte is dat deze ‘familieherinneringen’ de betreffende heer zal weerhouden het lot een handje te helpen. Bovendien betreft dit een op geld waardeerbaar nadeel. Ik zou daarom niet weten dat dit belang niet als verzekerd belang zou kunnen worden gekwalificeerd.

Interessant is wat Dorhout Mees over deze passage zegt:

‘Tenslotte weerlegt Molengraaff de bewering van Endemann en Goudsmit, dat de handel behoefte zou hebben aan uitkering van een vaste som, buiten verband met de waarde der verzekerde voorwerpen vastgesteld, waarbij hij danig de spot drijft met het oude huisje, dat Goudsmit ver boven de waarde wil verzekeren vanwege de familieherinneringen. Terecht betoogt hij, dat uitkering van een hogere som die herinneringen

niet kan herstellen en hoogstens geschikt is als troost, wat echter niet de taak der verzekering is.’

Ervan uitgaande dat een verzekering alleen bedoeld is om vermogensschade te vergoeden, is het een logische gedachte. Ik vraag mij alleen af waarom troost niet te verzekeren is. Nogmaals, als het indemniteitsbeginsel is bedoeld om te voorkomen dat een verzekerde het lot een handje helpt, dan zal het enkele voorkomen van verdriet de verzekerde ervan weerhouden het lot een handje helpen.

Conclusie

Het vergoeden van affectieschade via een first-partyverzekering lijkt mij in strijd met artikel 7:944 BW, maar zou volgens mij binnen de grenzen van artikel 7:960 BW moeten vallen.

Noten

1. Esveld, E.C.M., ‘Affectieschade gedekt?’, AV&S 2019/24, afl. 4.
2. Memorie van Antwoord bij de bepaling van art. 12, 1825.
3. Molengraaff, ‘De overeenkomst van verzekering’, *Rechtsgeleerdheid Magazijn* 1882, kenbaar uit Molengraaff. Bundel samengesteld door Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 415 e.v.
4. Molengraaf, p. 417 (16).
5. Wansink, J.H., *de Algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 2de druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 4.3 e.v.
6. Wery en Medel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, 11de druk, Deventer: Wolters Kluwer, 2017, p. 41 e.v.
7. Molengraaff, t.a.p. 475 (32).
8. Dorhout Mees, T.J., *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 107.

Causaliteitsvereisten van wezenlijk belang in het aansprakelijkheidsrecht

Vijay Jitan

In de systematiek van het aansprakelijkheidsrecht speelt de causaliteit een wezenlijke rol. Dit blijkt (opnieuw) uit een recente uitspraak van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad een arrest van het Gerechtshof Amsterdam (hierna: het hof) vernietigd heeft omdat – kort gezegd – het hof naar het oordeel van de Hoge Raad blij had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de (toepassing van de) causaliteitsvereisten. Deze blog belicht de onderdelen van de uitspraak met betrekking tot de causaliteitsvereisten in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid en de omvangfase, waarbij het toerekeningsverband aan de orde komt.

Waar gaat de zaak over?

Kort samengevat gaat deze zaak over een ondernemer die zijn onderneming verkocht had en met de opbrengst daarvan is gaan beleggen (hierna: de belegger). De beleggingen stelden teleur, en de belegger heeft de bank aansprakelijk gesteld voor het verlies op zijn investeringen in een beleggingsfonds. Dit fonds belegde in termijntransacties in bollen van nieuwe tulpenrassen, ofwel cultivars (de lezer wordt herinnerd aan de beruchte tulpenmanie uit de gouden eeuw, waarover A. Goldar, *Tulpenmanie. 'Wie bepaalt de waarde van de tulp'*, in: E. van Gelder (red.), *Bloeiende kennis: Groene ontdekkingen in de Gouden Eeuw*, Hilversum: Verloren 2012, p. 63). De bank had de belegger voorafgaand aan inschrijving het prospectus en de brochure van het fonds toegestuurd. Daarbij heeft de bank ook een inschrijfformulier meegestuurd voor een informatiebijeenkomst, met de mededeling dat hij zich kon inschrijven voor een informatiebijeenkomst. Dat is gebeurd, en de belegger is daar ook aanwezig geweest. De bank was bij deze bijeenkomst vertegenwoordigd. Nadat de belegger de informatiebijeenkomst had

bezoekt van het fonds, heeft hij drie participaties gekocht, voor een totaalbedrag van € 303.000. De bank heeft voor deze gekochte participaties een plaatsingsvergoeding van € 1.500 gedeclareerd bij de bewaarder van het fonds. Het fonds is failliet verklaard. De belegger heeft voor zijn participaties geen uitkering ontvangen. Bij de rechtbank vordert de belegger zijn inleg terug van de bank, omdat de bank naar zijn overtuiging onder andere onrechtmatig had gehandeld door hem in dit fonds te laten beleggen. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Het hof

Het hof hanteerde als uitgangspunt in appel dat op de bank, als een bij uitstek deskundig en professioneel financieel dienstverlener een bijzondere zorgplicht rust. Het behoorde tot de bijzondere zorgplicht van de bank om haar positie te verduidelijken door aan de belegger duidelijk te maken dat zij geen onderzoek naar het fonds had gedaan en dus ook geen oordeel had over het prospectus en de brochure van het fonds, om te voorkomen dat de belegger zijn investeringsbeslissing (mede) zou baseren op de door de bank gewekte indruk dat zij achter het fonds stond. Het hof oordeelde dat de bank tekortgeschoten was in haar bijzondere zorgplicht, omdat zij haar verduidelijkingsplicht heeft geschonden. Vervolgens is volgens het hof vast komen te staan dat de beslissing van de belegger om te gaan beleggen in het fonds gebaseerd was op het voorstel van de bank, het voorlichtingsmateriaal dat hij via de bank heeft ontvangen plus de voorlichtingsbijeenkomst die hij heeft bezocht en waar de bank was vertegenwoordigd. Hierdoor neemt het hof aan dat er sprake is van een causaal verband in de zin van het *conditio sine qua non*-verband, tussen het handelen van de bank en het deelnemen door de

belegger aan het fonds.

Het hof oordeelde verder dat de bank nader onderzoek had kunnen en moeten doen voorafgaand aan de oprichting van het fonds, omdat de bank ten tijde van de oprichting over de transactieoverzichten beschikte. Indien de bank deze transactieoverzichten nader had geanalyseerd, had zij de exceptionele omvang en prijsverschillen gesignaleerd en was dit aanleiding geweest voor de bank om nadere vragen te stellen. Nu de bank geen onderzoek heeft gedaan, kan de schade haar volgens het hof worden toegerekend op grond van artikel 6:98 BW.

Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad casseert het arrest van het hof. Het hof heeft de bank verweten dat zij haar verduidelijkingsplicht heeft geschonden. Voor het aannemen van het causaal verband baseert het hof zich echter op gedragingen van de bank die het hof haar niet heeft verweten. Hiermee heeft het hof miskend dat voor aansprakelijkheid voor schade in dit geval is vereist dat causaal verband bestaat tussen de door het hof aangenomen schending van de verduidelijkingsplicht en de schade. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door mede op grond van gedragingen die het hof de bank niet heeft verweten het *conditio sine qua non*-verband met de door de belegger geleden schade aan te nemen.

Het hof geeft naar het oordeel van de Hoge Raad ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting als het gaat om het toerekeningsverband. Het verwijt van het hof aan de bank is dat deze de op haar rustende verduidelijkingsplicht heeft geschonden. Het hof betreft bij de beoordeling van de vraag welke schade als gevolg van deze gebeurtenis aan de bank kan worden toegerekend op grond van artikel 6:96 BW, dat de bank een op haar

rustende onderzoeksplicht heeft geschonden. Het hof heeft echter niet vastgesteld dat de bank door het achterwege laten van onderzoek een verwijt kan worden gemaakt. Hierdoor heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Causaliteitsvereisten

Bij het *conditio sine qua non*-verband in de vestigingsfase van aansprakelijkheid (artikel 6:162 eerste lid BW) gaat het om een feitelijk causaal verband. Dit betreft het antwoord op de vraag of de omstandigheid waarop de aansprakelijkheid berust een noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade. Het antwoord op de vraag of het toerekeningsverband voor vergoeding van schade als bedoeld in artikel 6:98 BW kan worden aangenomen, brengt een normatieve toets mee, waarbij de kernvraag is of het, na weging van relevante factoren of gezichtspunten, redelijk is dat bepaalde gevolgen van het plegen van een onrechtmatige daad aan de aansprakelijke persoon worden toegerekend. Het hof heeft de schending van de onderzoeksplicht echter niet beoordeeld in het kader van de onrechtmatigheidsvraag. De schending van het onderzoeksplicht komt enkel aan de orde in het kader van het oordeel van het hof over het toerekeningsverband van artikel 6:98 BW. De aard van de aansprakelijkheid is volgens dit oordeel niet de schending van de verduidelijkingsplicht, maar het schenden van een onderzoeksplicht. Door dit te koppelen aan schending van de verduidelijkingsplicht heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad artikel 6:98 BW onzuiver toegepast. Uit de systematiek van het aansprakelijkheidsrecht volgt dat, wanneer de aansprakelijkheid niet gevestigd kan worden, niet kan worden toegekomen aan de toerekeningsvraag ofwel de omvangfase van de aansprakelijkheid.

Hoge Raad 10 januari 2020,

[ECLI:NL:HR:2020:28](#).

Concl. A-G T. Hartlief, [ECLI:NL:PHR:2019:826](#).

Het in faillissement nog opmaken van een boekhouding kan aansprakelijk gestelde bestuurders niet baten

Aaron Bouman

Indien het bestuur van een failliete BV of NV niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht, dan staat vast dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vestigt hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid voor het boedeltekort. In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 januari 2020 wordt een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering van een curator behandeld. De bijzonderheid van deze zaak is dat het bestuur nog heeft getracht om met een na de faillietverklaring opgemaakte boekhouding te betogen dat zij wel aan de boekhoudplicht hebben voldaan. De rechtbank gaat daar niet in mee en de bestuurders hebben zich ook voor het overige niet met succes kunnen verweren tegen aansprakelijkheid. De rechtbank veroordeelt de bestuurders hoofdelijk tot betaling van het boedeltekort.

Feiten

Hupai Horeca exploiteert een Chinees restaurant. Deze vennootschap gaat failliet. De curator heeft het bestuur gevraagd om afgifte van de administratie. De bestuurders hebben daarop niet gereageerd. Vervolgens heeft de curator de bestuurders (primair) op grond van artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek (BW) aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort wegens - kort gezegd - onbehoorlijke taakvervulling. De curator legt daaraan ten grondslag dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht.

Rechtsoverweging

De curator voert aan dat geen administratie door hem is aangetroffen of aan hem ter beschikking is

gesteld. De bestuurders voeren daartegen in deze procedure verweer door te verwijzen naar een bij hun conclusie van antwoord overgelegd overzicht, dat een deel van de boekhouding zou betreffen. Dat overzicht zou zijn gebaseerd op stukken die aangeleverd in dozen in het geding zouden kunnen worden gebracht. De rechtbank overweegt dat dit overzicht van na het faillissement dateert (bedoeld zal zijn: de faillietverklaring). En dat dit reeds daarom bezwaarlijk kan worden aangemerkt als administratie in de zin van artikel 2:10 BW. Uit het overzicht konden immers niet te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap worden gekend; dat kan in dit geval pas na de faillietverklaring.

De rechtbank overweegt dat de boekhoudplicht is geschonden en dat de bestuurders hun bestuurstaak dus onbehoorlijk hebben vervuld. En dat (hierdoor) vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Ter weerlegging van dat vermoeden hebben de bestuurders aangevoerd dat het faillissement veroorzaakt is door een conflict met een energieleverancier en/of marktomstandigheden. Het conflict met de energieleverancier acht de rechtbank niet als rechtens relevante oorzaak van het faillissement. De bestuurders wijzen voorts op het faillissement van een ander Chinees restaurant in dezelfde plaats. De rechtbank oordeelt echter dat het faillissement van dat ander restaurant meerdere oorzaken kan hebben. De bestuurders hebben de juistheid van hun standpunt dan ook niet aannemelijk gemaakt, onder meer doordat een oorzakelijk verband tussen de marktomstandigheden en het faillissement niet aannemelijk is geworden.

Commentaar

In deze zaak heeft de curator op vrij eenvoudige wijze het bestuur op grond van artikel 2:248 BW kunnen laten veroordelen tot betaling van het boedeltekort. Immers, er was geen administratie aanwezig waaruit de rechten en plichten van de vennootschap te allen tijde konden worden gekend. En hierdoor is het weerlegbaar vermoeden ontstaan dat het niet voldoen aan de boekhoudplicht een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het bestuur kon die aansprakelijkheid afweren door aannemelijk te maken dat er een andere belangrijke oorzaak is van het faillissement dan de onbehoorlijke taakvervulling. Het bestuur heeft dat vermoeden in dit geval niet kunnen weerleggen. Deze uitspraak laat de systematiek van artikel 2:248 BW correct en duidelijk zien.

Deze uitspraak brengt tot uitdrukking dat het na faillietverklaring 'alsnog' opmaken van een administratie of boekhouding het bestuur niet kan baten, omdat de administratie zodanig moet zijn dat te allen tijde en dus (ook) in de periode vóór het faillissement de rechten en plichten van de vennootschap kunnen worden gekend. Bestuurders kunnen in een faillissement dus niet 'met terugwerkende kracht' aan hun administratieplicht voldoen door, nadat de

curator heeft geconstateerd dat er geen administratie is gevoerd, een administratie te gaan voeren of samenstellen. De rechtbank wijst er terecht op dat de boekhoudplicht meebrengt dat te allen tijde de rechten en plichten van de rechtspersoon moeten kunnen worden gekend. Dit volgt immers rechtstreeks uit artikel 2:10 BW. Al met al is dit een duidelijk en plausibele uitspraak.

Opmerking verdient dat bestuurdersaansprakelijkheid voor het boedeltekort naast of in plaats van het niet voldoen aan de boekhoudplicht ook kan worden gebaseerd op het schenden van de publicatieplicht (tijdige publicatie van de jaarrekening). Uit de rechtspraak volgt dat het enkele schenden van de publicatieplicht echter uiteindelijk (veelal) niet voldoende is voor bestuurdersaansprakelijkheid. Schending van de administratieplicht is daarentegen vaak wel voldoende, zoals ook volgt uit deze uitspraak. Tot slot merk ik op dat de overwegingen over de verweren van de bestuurders betreffende het conflict met de energieleverancier en het andere Chinees restaurant in de omgeving mijns inziens juist zijn. De verweren waren immers niet relevant en niet voldoende concreet gemaakt.

Rb. Rotterdam 29 januari 2020,
[ECLI:NL:RBROT:2020:651](https://www.eclinet.nl/uitspraak/ECLI:NL:RBROT:2020:651)

Maatstaf aansprakelijkheid advocaat jegens derden

Boudewijn Cremers

Dat een advocaat aansprakelijk kan zijn tegenover zijn cliënt is alom bekend. Maar hoe zit het met de aansprakelijkheid van een advocaat ten opzichte van derden? In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad zich daarover uitgelaten. In deze blog wordt deze uitspraak behandeld.

De norm van artikel 7:401 BW, waaruit volgt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen, krijgt invulling door de vraag of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot zou hebben gehandeld. Wat dit concreet betekent, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ten aanzien van bepaalde beroepen, zoals die van de advocaat, zijn in de jurisprudentie tal van (aanvullende) regels geformuleerd die min of meer specifiek zijn voor het desbetreffende beroep.

Genoemde zorgplicht houdt voor advocaten onder meer in dat een advocaat zijn cliënt niet in een situatie dient te brengen waarin laatstgenoemde wordt blootgesteld aan onnodige, voorzienbare en vermijdbare risico's.

Maar hoe zit het eigenlijk met de aansprakelijkheid van een advocaat ten opzichte van derden? De maatstaf hiervoor formuleerde de Hoge Raad recent in zijn uitspraak van 17 januari 2020 ([ECLI:NL:HR:2020:61](#)).

In deze zaak draait het om de vraag of een advocaat van het advocatenkantoor Banning aansprakelijk is voor de schade die twee Belgische vennootschappen en hun schuldeisers hebben geleden door het gestelde onrechtmatig en onzorgvuldig handelen van deze advocaat. De schade van ruim 2,8 miljoen euro werd geleden doordat werd besloten om het economisch eigendomsrecht van een vliegtuig, toebehorend tot het vermogen van deze twee inmiddels failliete

vennootschappen, te verkopen en de verkoopopbrengst met medewerking van de advocaat niet aan de twee vennootschappen te betalen, maar aan een gelieerde derde vennootschap die geen verhaal biedt. Uiteindelijk gaan zowel de twee Belgische, als de gelieerde Zwitserse vennootschap failliet en is de verkoopopbrengst nooit terugbetaald aan de (nadien gefailleerde) vennootschappen. De curatoren hebben in deze zaak, na de vorderingen gecedeerd te hebben gekregen van de Belgische curatoren, Banning en de betrokken advocaat aansprakelijk gesteld. De curatoren stelden zich op het standpunt dat de advocaat had meegewerkt aan de onttrekking van de opbrengst uit een failliete boedel.

Bij tussenvonnis bevestigt de rechtbank dit standpunt van de curatoren en stelt hen in het gelijk. Banning heeft volgens de rechtbank onzorgvuldig en onrechtmatig gehandeld tegenover de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank neemt een onderzoeksplicht aan en oordeelt dat de advocaat in de gegeven omstandigheden nader onderzoek had moeten verrichten naar de risico's verbonden aan de betalingsroute van de verkoopopbrengst.

In tussentijds hoger beroep overweegt het gerechtshof echter anders en wordt de vordering afgewezen. Niet zou zijn gebleken dat Banning zou hebben geadviseerd om de verkoopopbrengst aan de gelieerde derde vennootschap te betalen. Voorts kan volgens het hof niet worden geconcludeerd dat Banning haar cliënten diende te waarschuwen voor de risico's verbonden aan de betaling van de verkoopopbrengst aan de Zwitserse vennootschap.

De Hoge Raad is het eens met het oordeel van het hof. Daarbij stelt de Hoge Raad voorop dat het onder omstandigheden zo kan zijn dat een

advocaat gehouden is bij zijn dienstverlening rekening te houden met hem bekende of redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden die in voor hen nadelige zin zouden kunnen worden geraakt door het (voorgenomen) handelen of nalaten waar zijn dienstverlening betrekking op heeft. Daarbij valt te denken aan het ontraden van een voorgenomen transactie, of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's. Volgens de Hoge Raad brengt het voorgaande mee dat een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening hoeft te houden met de mogelijke belangen van derden, tenzij hij uit de hem door de cliënt verschaftte gegevens of de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. De Hoge Raad neemt de kernwaarden van de advocatuur genoemd in artikel 10a lid 1 onder b van de Advocatenwet als uitgangspunt en legt deze ten grondslag aan de uitspraak. Op grond van dit artikel dient een advocaat niet alleen zorg te dragen voor de rechtsbescherming van zijn cliënt, maar hij dient bij die belangenbehartiging ook oog te hebben voor de context van dat belang, evenals voor de belangen van andere betrokkenen, zoals bijvoorbeeld derden. Indien nodig moet een advocaat zijn cliënt confronteren met de gerechtvaardigde belangen van die anderen.

Mocht een advocaat weten, of redelijkerwijs behoren te begrijpen, dat sprake is van dergelijke

belangen en dat de betrokken derden door een (voorgenomen) handelen of nalaten op onaanvaardbare wijze in die belangen zouden kunnen worden geschaad, dan dient de advocaat zijn dienstverlening daarop af te stemmen. Dit kan bijvoorbeeld door beoogde transacties af te raden, of door cliënt te waarschuwen voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's. Hierbij geldt dat een advocaat, op basis van artikel 7.2 lid 1 Verordening op de advocatuur, mag afgaan op de juistheid van de door de cliënt verstrekte gegevens zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken. Of een advocaat redelijkerwijs moet concluderen dat sprake is van een zodanige situatie waarin nader onderzoek naar de situatie geveerd wordt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het enkel weten dat een vennootschap (of het grotere concern waar de vennootschap onderdeel van uitmaakt) waar de advocaat zijn diensten aan verleent in financiële moeilijkheden zit, zoals in deze zaak aan de orde, is daartoe niet voldoende. Zelfs niet wanneer de betrokken advocaat deskundig is op het gebied van het insolventierecht. In dit geval kon niet worden vastgesteld dat de advocaat wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de verkoopopbrengst van het vliegtuig uit de gelieerde vennootschap zou verdwijnen. Kortom: de advocaat is, gelet op de omstandigheden van het geval, niet aansprakelijk.

Met deze uitspraak formuleert de Hoge Raad een heldere maatstaf voor de aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden. Zoals ook uit deze zaak blijkt, zal niet snel sprake zijn van het schenden van de zorgplicht van een advocaat ten opzichte van derden.

De Hoge Raad over het begrip ‘opzet tot misleiding’ uit artikel 7:941 lid 5 BW

Peter van Huizen

In het verzekeringsrecht en in de praktijk is de term ‘opzet tot misleiding’ regelmatig onderwerp van discussie. Dat is begrijpelijk want de wet verbindt ingrijpende gevolgen aan opzettelijke misleiding van de verzekeraar, zoals verval van het recht op uitkering.

Het was nog de vraag hoe ruim de term ‘opzet tot misleiding’ moet worden begrepen bij het verstrekken van informatie aan de verzekeraar na verwezenlijking van het risico (artikel 7:941 BW). Valt ‘voorwaardelijk opzet’ daar ook onder?

De Hoge Raad heeft zich hierover uitgelaten in zijn arrest van 21 februari 2020 ([ECLI:NL:HR:2020:311](#)).

Opzet tot misleiding bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst

De term ‘opzet tot misleiding’ komt voor in verschillende wetsartikelen, zoals de artikelen 7:930 lid 5 en artikel 7:941 lid 5 BW. In 2016 heeft de Hoge Raad zich al uitgelaten over die term in het kader van artikel 7:930 BW: de precontractuele mededelingsplicht.

Volgens de Hoge Raad dient met ‘opzet tot misleiding’ in artikel 7:930 lid 5 BW te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen de overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

Hier gaat het dus om opzettelijke misleiding bij

het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Maar geldt die uitleg van de Hoge Raad ook voor die term zoals genoemd in artikel 7:941 BW: het verstrekken van informatie ná het verwezenlijken van het verzekerde risico? De meningen daarover zijn verdeeld, zowel in de rechtspraak als in de rechtsliteratuur.

Schending van de mededelingsplicht na verwezenlijking risico (artikel 7:941 BW)

In de onderliggende zaak gaat het om een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Het risico heeft zich verwezenlijkt (er is arbeidsongeschiktheid in de zin van de verzekering). Na enige tijd gaat de verzekerde (meer) werken, maar de verzekerde meldt dat niet aan de verzekeraar.

De verzekeraar stelt dat de verzekerde dit niet heeft gemeld met het opzet tot misleiding. De verzekerde erkent weliswaar dat hij de uitbreiding van zijn werkzaamheden niet heeft gemeld, maar dat was niet met de opzet tot misleiding. Er volgt een procedure bij de rechter en daarna bij het hof.

Oordeel van het hof

Het hof oordeelt dat ook bij de uitleg van het begrip ‘opzet tot misleiding’ zoals genoemd in artikel 7:941 lid 5 BW kan worden aangesloten bij de criteria van de Hoge Raad zoals gegeven met betrekking tot 7:930 lid 5 BW.

Het hof oordeelt dat de Hoge Raad in 2016 het begrip opzet tot misleiding voorkomend in artikel 7:930 lid 5 BW heeft ingeperkt tot handelen met de bedoeling de verzekeraar ‘op het verkeerde been te zetten’ (opzet als oogmerk). Tegen die achtergrond oordeelt het hof:

‘Het ligt voor de hand hetzelfde begrip opzet tot

misleiding in artikel 7:941 lid 5 BW (...) op dezelfde wijze uit te leggen.'

Het hof past die uitleg vervolgens als volgt toe: *'Daarom is het hof met de rechtbank (in 3.16 en 3.17 eindvonnis zaak 2) van oordeel dat onder opzet tot misleiding in de zin van artikel 7:941 lid 5 BW dient te worden verstaan dat een mededelingsplicht is geschonden met de bedoeling om de verzekeraar te bewegen een hogere uitkering te krijgen of te behouden.'*

Met deze toepassing van het begrip 'opzet tot misleiding' oordeelt het hof vervolgens dat daarvan in deze zaak geen sprake was.

In cassatie

In cassatie vindt de verzekeraar dat het hof het begrip 'opzet de verzekeraar te misleiden' als bedoeld in artikel 7:941 lid 5 BW te beperkt heeft opgevat. Onder dat begrip valt volgens de verzekeraar ook 'voorwaardelijk opzet.'

Daaronder verstaat men niet alleen het verstrekken van onjuiste informatie waarbij de gevolgen willens en wetens zijn beoogd, maar ook het verstrekken van onjuiste informatie waarbij de men zich willens en wetens blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat een bepaald gevolg zal intreden. Dit laatste noemt men 'voorwaardelijk opzet'.

De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof terecht

heeft overwogen, dat voor de term 'opzet tot misleiding' in artikel 7:941 lid 5 BW, hetzelfde criterium geldt als voor de term 'opzet tot misleiding' in artikel 7:930 lid 5 BW. De Hoge Raad oordeelt:

'Er bestaat dan ook goede grond om aan de woorden 'met het opzet de verzekeraar te misleiden' in art. 7:941 lid 5 BW een betekenis toe te kennen die aansluit bij de betekenis die daaraan toekomt in het kader van art. 7:930 lid 5 BW. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 7:941 lid 5 BW blijkt ook niet dat de wetgever een andere invulling voor ogen heeft gehad.'

Opzet tot misleiding in de zin van artikel 7:941 lid 5 BW

Bij beoordeling van de vraag of sprake is van opzet tot misleiding zoals bedoeld in artikel 7:941 lid 5 BW, dient dus te worden onderzocht of bij de verzekerde de bedoeling heeft voorgezet de verzekeraar te bewegen tot het verstrekken van een uitkering die hij zonder die schending niet zou hebben verstrekt.

Ook bij artikel 7:941 lid 5 BW dient de term 'opzet tot misleiding' dus hiertoe te worden beperkt.

Hiermee lijkt een einde te komen aan een lang bestaande onzekerheid in het verzekeringsrecht en kan worden aangenomen dat onder het begrip 'opzet tot misleiding' zoals bedoeld in artikel 7:941 lid 5 BW niet 'voorwaardelijk' opzet wordt bedoeld.

VAST 2020 / N-0001

Verzekeraar motiveert afwijzing onvoldoende

Cees de Jong

Rechtbank Amsterdam
6 november 2019, C/13/655682 / HA ZA
18-1043
mr. Kalff
BW artikel 7:932 en 7:944

Rechtsvraag

Zijn zaden verzekerd onder de rubriek bloembollen?

In het kort

Verzekerde, een vof, heeft via haar assurantietussenpersoon Rabobank voor haar bloembollen- en vastplantenkwekerij bij Achmea een verzekering gesloten, waarop bedrijfsmiddelen zijn verzekerd. Als verzekerde zaken zijn op het polisblad onder de rubriek 'bedrijfsmiddelen' onder andere opgenomen: '(...) 201 bloembollen' met een verzekerd bedrag van € 2.500.000.

De kwekerij wordt in 2017 door een grote brand volledig verwoest. Verzekerde meldt dit bij Interpolis en maakt aanspraak op vergoeding van de schade.

Bij akte van taxatie van 15 december 2017 stellen de experts van Interpolis en de vof gezamenlijk de ten gevolge van de brand ontstane schade als volgt vastgesteld:

"(...)

Omschrijving (...) Schade

Rubriek 201 Bollen en knollen in schuur aanwezig

(...) € 547782,75

(...)

Aanwezige voorraad zaden (...) € 122199,00 (...)

De aanwezige voorraad zaden staan niet apart vermeld op de verzekeringspolis. De voorraad zaden is wel vastgesteld maar dus uitdrukkelijk voorbehouden van verzekering en polisdekking. (...)"

Achmea gaat niet over tot vergoeding van de verloren gegane zaden.

Noot

1. Verzekerde claimde ook schade aan de inventaris, maar heeft deze vordering ingetrokken nadat Achmea na het uitbrengen van de dagvaarding deze alsnog heeft erkend.

2. Aanvankelijk had verzekerde ook Rabobank gedaagd, maar nadat met de bank een regeling was getroffen, heeft verzekerde al haar vorderingen ingetrokken. Hoewel dit uit het vonnis niet blijkt, had verzekerde kennelijk voldoende reden om Rabobank aansprakelijk te houden voor een schending van haar zorgplicht en was dit voor Rabobank aanleiding om tot een minnelijke schikking te komen.

Dit doet mij denken aan een eerder arrest, waarin de aansprakelijkheid van Rabobank jegens een boomkweker aan de orde was. De assurantiemedewerker van de bank had zijn klant niet gewezen op de mogelijkheid om zaden te verzekeren op zijn Bedrijven Compact Polis (BCP) bij Interpolis. De rechtbank wees de vordering van de boomkweker af. In hoger beroep overwoog Hof 's-Hertogenbosch dat een assurantietussenpersoon in het kader van zijn waakplicht - zeker in het geval alle verzekeringen van het bedrijf zijn ondergebracht in een tot zijn portefeuille behorende verzekering als de BCP - actief dient te handelen en als deskundige op het gebied van verzekeringen zijn verzekeringnemers dient te waarschuwen in geval van grote onderverzekering of het geheel niet verzekerd zijn (cursivering CJJ) van relevante schades (Hof 's-Hertogenbosch 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3896, r.o. 4.4.).

3. In casu is de vraag of de polis, meer in het bijzonder het polisblad, voldoende duidelijkheid verschaft. Verzekerde stelde dat zaden zijn gedekt onder de rubriek bloembollen. Zij lichtte

deze stelling als volgt toe: 'In de eerste plaats vertegenwoordigen bloembollen en zaden in de kwekerij exact dezelfde functie: het vermenigvuldigen van de plantsoort. Daarbij geldt dat de bolgewassen waar het hier om gaat worden vermenigvuldigd door middel van het zaad dat uit de bloem van de plant gewonnen wordt, en dit zaad groeit - na te zijn gezaaid - zelf weer tot bloembol uit. Wanneer een zaadje tot bloembol wordt is een semantische discussie.' Op het bedrijf werd geen onderscheid gemaakt tussen bloembollen en zaden en Rabobank maakte dit onderscheid evenmin. Bovendien bestaat er, aldus verzekerde, ook qua risico geen verschil tussen bloembollen en zaden. Immers, beide producten zijn ieder jaar gedurende eenzelfde periode aanwezig op het risicoadres. Volgens verzekerde is de waarde van de zaden bij de vaststelling van de verzekerde som voor de bloembollen van € 2,5 miljoen al meegenomen. Zouden de bloembollen en zaden separaat op de polis opgenomen zijn, dan zou er sprake zijn geweest van eenzelfde risico, eenzelfde verzekerde (totaal)som en (dus) eenzelfde premie. Voorts voerde verzekerde aan, dat de begrippen 'bloembollen' en '(bloem)zaden' in de verzekering nergens zijn gedefinieerd.

4. Achmea licht haar betwisting als volgt toe: 'Onder de verzekering zijn bloembollen en zaden afzonderlijke, zelfstandige roerende zaken uit een limitatieve lijst van zaken die als "voorraad zaken en/of producten" worden aangemerkt. Bloembollen zijn wel ter verzekering aangemeld en aangeboden, maar zaden niet. Uit de interne objectmemo behorend bij object 201 (bloembollen) blijkt ook dat er niet tijdens het afsluiten van de verzekering van de bloembollen, noch tijdens de looptijd van de verzekering met Interpolis is gesproken over het verzekeren van zaden. Hierdoor heeft de vof geen zaden verzekerd en is daarvoor ook geen premie betaald. Daar doet niet aan af dat er tussen bloembollen en zaden geen verschil in functie of risico bestaat, hetgeen overigens wordt betwist.'

5. De rechtbank stelt voorop dat het Achmea vrij staat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen zij bereid is dekking te verlenen. Blijkens de in de polisvoorwaarden opgenomen begrippenlijst wordt de voorraad zaken en/of producten beperkt tot onder andere plantaardig zaad, pootgoed en plantmateriaal. Dit brengt met zich dat zaden op de Bedrijven Compact Polis in kwestie kunnen worden

verzekerd. Op het polisblad, dat tezamen met de toepasselijke algemene voorwaarden, bijzondere voorwaarden en clausebladen de polis vormt, worden zaden echter niet afzonderlijk als verzekerde zaken genoemd. Wel vermeldt het polisblad '201 bloembollen' en '207 bloemen'. De vraag is of de verzekeraar zaden als een afzonderlijke, van een objectnummer voorziene rubriek beschouwt. Kennelijk is dat niet het geval, want Achmea beroept zich daar niet op. Wel verwijst zij naar de limitatieve lijst van zaken die als 'voorraad zaken en/of producten' worden aangemerkt. Bloembollen worden daarin weliswaar niet met name genoemd, maar deze vallen ongetwijfeld onder het verzamelbegrip pootgoed.

6. Zaden en bloembollen verschillen in meerdere opzichten van elkaar: niet alleen hun verschijningsvorm is anders, maar in de 'van zaad tot bloem'-ontwikkeling nemen zij een andere plaats in. Zaden worden gewonnen uit bloemen en groeien na het zaaien uit tot bloembollen. En ook in het kweekproces worden zij verschillend behandeld. Zaden worden gezaaid en bloembollen, indien zij een bepaald grootte hebben bereikt, gepoot.

Ter onderbouwing van haar stelling dat zaden zijn gedekt onder de rubriek bloembollen wijst verzekerde erop dat zaden en bloembollen in de kwekerij exact dezelfde functie hebben, namelijk het vermenigvuldigen van de plantsoort. Deze redenering overtuigt mij niet. Dat assurantieadviseur Rabobank evenals verzekerde geen onderscheid maakt tussen bloembollen en zaden legt wat mij betreft meer gewicht in de schaal - óók als ik voorbijga aan de in de markt wel geopperde gedachte dat Rabobank als distributeur van Interpolis-producten (mede) zou kunnen worden aangemerkt als vertegenwoordiger van Achmea.

7. Verwijzend naar het Haviltex-criterium overweegt de rechtbank dat verzekerde concreet en gemotiveerd heeft toegelicht dat bij het verzekeren van bloembollen voor een bedrag van € 2,5 miljoen een hoeveelheid zaden was inbegrepen. Zij hechtte - terecht - belang aan het feit dat dit werd onderschreven door assurantieadviseur Rabobank, die, anders dan Achmea, op de hoogte was van de inrichting van verzekerdes bedrijf en de daar aanwezige roerende zaken. Achmea heeft haar betwisting onvoldoende gemotiveerd, aldus de rechtbank, die vervolgens puntsgewijs aangeeft waar Achmea in

haar motivering respectievelijk de onderbouwing daarvan tekortschoot. Wat door verzekerde is aangevoerd is volgens de rechtbank een redelijke uitleg en Achmea.

Uit hetgeen Achmea heeft aangevoerd kon niet worden afgeleid dat zij in haar belangen is geschaad door het niet apart vermelden van zaden. In tegendeel, zouden de verweren van Achmea worden gehonoreerd, dan zou dit met

zich brengen dat verzekerde jarenlang premie zou hebben betaald voor het verzekeren van een volgens Achmea niet gedekt risico.

De rechtbank wijst de vorderingen van verzekerde toe.

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBAMS:2019:8345

Pandrecht op een assurantieportefeuille

Coen Fledderus

Hoge Raad

6 december 2019, 18/02869

mr. Streefkerk, mr. Tanja-Van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Wattendorff

A-G Rank-Berenschot

(ECLI:NL:PHR:2019:786)

BW artikel 3:1, 3:228; Wft artikel 4:103 lid 4

Rechtsvraag

Kan een pandrecht rechtsgeldig gevestigd worden op een assurantieportefeuille?

In het kort

Tussen een assurantietussenpersoon en de ING Bank vigeerde een kredietovereenkomst. Deze overeenkomst was tevens bestemd om als pandakte te dienen. In de pandakte was opgenomen dat een pandrecht was gevestigd op alle bedrijfsactiva, waaronder begrepen de assurantieportefeuille. De tussenpersoon werd in 2013 failliet verklaard. De curator heeft de assurantieportefeuille verkocht aan een derde voor € 80.000. De ING Bank heeft hierop de curator aangesproken. In rechte vordert de ING Bank een verklaring voor recht dat zij een rechtsgeldig pandrecht op de assurantieportefeuille had gevestigd en dat de curator de verkoopopbrengst van de assurantieportefeuille aan ING Bank moet afdragen. De Rechtbank Gelderland heeft bij vonnis van 4 april 2018 (ECLI:NL:RBGEL:2018:1571) geoordeeld dat een assurantieportefeuille geen zaak is en evenmin een vermogensrecht. Het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille is volgens de Rechtbank Gelderland daarom niet mogelijk. De vorderingen van de ING Bank zijn afgewezen. Partijen hebben in gezamenlijk overleg besloten het hoger beroep over te slaan en de zaak direct aan de Hoge Raad voor te leggen.

In gelijke zin

Conclusie A-G Rank-Berenschot 12 juli 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:786) en Rb. Rotterdam 18 november 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:8495) en Rb. Rotterdam 4 mei 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:3303)

In tegengestelde zin

Rb. Roermond 21 augustus 2012 (ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087)

Tip voor de praktijk

Voor de overnamepraktijk vormt dit arrest van de Hoge Raad voor partijen een extra aansporing om de koopsom voor de assurantieportefeuille in één keer te (laten) voldoen. Als de koopsom in termijnen wordt betaald, is het aan te bevelen andere zekerheden te bedingen. Zoals een recht van hypotheek op een bedrijfspand in eigendom. Of een persoonlijke borgstelling van de kopende ondernemer, wanneer hij in privé voldoende verhaal biedt. Het arrest van de Hoge Raad laat partijen in de branche geen andere keuze.

Noot

Het heeft even geduurd, maar de Hoge Raad heeft zich eindelijk uitgelaten over de vraag of een pandrecht gevestigd kan worden op een assurantieportefeuille. Deze vraag en met name het antwoord van de Hoge Raad daarop is voor de praktijk in de verzekeringsbranche van belang. De assurantieportefeuille is in die branche al een eeuw lang een gangbaar begrip, dat tot op heden echter geen wettelijke definitie kende en waarover de Hoge Raad zich nog zelden had uitgelaten. De Hoge Raad schenkt nu klare wijn: uit de heldere bewoordingen en de duidelijke rechtsoverwegingen kan worden afgeleid wat er volgens de Hoge Raad onder een assurantieportefeuille verstaan moet worden en

of op de assurantieportefeuille als zodanig een zekerheidsrecht kan worden gevestigd. In de lagere jurisprudentie en in de literatuur werd over de vraag of een assurantieportefeuille een zelfstandig voor overdracht vatbaar goed is, wisselend gedacht. In de branche werd deze discussie weliswaar gadeslagen, maar er werden desalniettemin op grote schaal gewoon assurantieportefeuilles verpand. Bijvoorbeeld als zekerheid voor de betaling van de koopsom bij een overname, wanneer die koopsom in termijnen betaald dient te worden. Of als zekerheid voor de terugbetaling van een lening van een verzekeraar. Zolang het tegendeel niet vaststond, ging de praktijk ervan uit dat het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille rechtsgeldig kon. De voorstanders hiervan vonden aanvankelijk steun in een staat van verdeling van 21 augustus 2012 van de rechter-commissaris van de Rechtbank Roermond in een rangregelingsprocedure (ECLI:NL:RBROE:2012:BX5087). De rechter-commissaris benadrukte daarbij dat hij zich realiseerde dat hij pas de eerste was die tot dat oordeel kwam. Het faillissement in 2011 van Cinjee Schadeverzekeringen, een grote assurantietussenpersoon uit Sliedrecht, deed in de branche veel stof opwaaien. Cinjee had namelijk op grote schaal assurantieportefeuilles gekocht op afbetaling. Er stond na het faillissement nog een enorme schuld open ter zake onbetaalde koopsommen. Naar schatting rond de € 40 miljoen. Een groot aantal verkopers claimde een pandrecht op de verkochte assurantieportefeuille. De curator in het faillissement van Cinjee stelde zich echter op het standpunt dat een assurantieportefeuille als zodanig niet verpand kan worden. Daarover voerde hij een procedure die op 17 april 2013 leidde tot prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8347). Maar de zaak bleek zich daar niet voor te lenen. Het bleek te gaan om een pandrecht dat naar het zich liet aanzien om andere formele gronden al nietig was, zodat de Hoge Raad in het arrest van 31 mei 2013 niet toekwam aan het beantwoorden van de vraag of een assurantieportefeuille als zodanig te verpanden is (ECLI:NL:HR:2013:CA1614). Het faillissement van Cinjee, dat tot op heden overigens nog steeds niet afgewikkeld is, bleek aanleiding tot het voeren van meerdere procedures waarin het pandrecht een rol speelde. In een van deze zaken is op 18 november 2015

een uitspraak gedaan door de Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2015:8495). In tegenstelling tot de rechter-commissaris in Roermond kwam de Rotterdamse rechter tot het oordeel dat een assurantieportefeuille als zodanig niet verpand kan worden. De rechtbank oordeelde dat de vorderingsrechten die deel uitmaken van de assurantieportefeuille (het recht op premie-incasso en het recht op provisie) wel verpand kunnen worden. Dat oordeel werd daarna nog eens bevestigd in een uitspraak van dezelfde rechtbank op 4 mei 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:3303). Ook de hier in cassatie bestreden uitspraak van de Rechtbank Gelderland volgde deze lijn. Dat oordeel is nu dus bevestigd door de Hoge Raad. De Hoge Raad legt in het arrest duidelijk uit waarom een assurantieportefeuille niet vatbaar is voor verpanding. De Hoge Raad verwijst hierbij naar het gesloten systeem van het goederenrecht. De wet bepaalt dat je alleen een pandrecht kunt vestigen op niet-registergoederen die voor overdracht vatbaar zijn, zoals roerende goederen en vorderingsrechten. Zoals ook door de Rechtbank Rotterdam en de Rechtbank Gelderland al werd overwogen is een assurantieportefeuille geen individueel goed, maar een samenstel van rechten en verplichtingen. Denk aan de rechtsverhouding tussen de bemiddelaar en de verzekeraar, het recht op beheer van de verzekeringen en het recht op premie-incasso. Maar ook de aan de assurantieportefeuille verbonden zorgplicht. Daarnaast bevat de assurantieportefeuille vaak ook goodwill. Maar dat samenstel van overeenkomsten en goodwill kwalificeert niet als een goed in de zin van het vermogensrecht. Alle in de assurantieportefeuille vertegenwoordigde overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende rechten en plichten kunnen (en soms: moeten) immers los van elkaar worden overgedragen. Zo kan de verkoper ervoor kiezen om slechts een deel van de assurantieportefeuille te verkopen. Koper en verkoper kunnen afspraken maken over de overdracht of juist het achterblijven van de zorgplicht. En over het wel of niet overgaan van de aan de assurantieportefeuille verbonden (latente) verplichtingen, zoals het terugboekrisico. Is sprake van contractsovername dan gaan de rechten en verplichtingen uit die overeenkomst mee over. Maar partijen kunnen ook voor een andere wijze van overdracht kiezen. Bijvoorbeeld dat de koper

nieuwe overeenkomsten met de klanten sluit. De assurantieportefeuille voldoet daarmee niet aan de wettelijke definitie van een goed. Dus daarom is volgens de Hoge Raad de assurantieportefeuille niet vatbaar voor overdracht of verpanding. In het arrest van 6 december passeren ook de tegenargumenten die pleiten voor verpanding van de assurantieportefeuille de revue.

Een van die tegenargumenten vindt zijn grondslag in artikel 4:104 lid 3 Wft. Daarin is dwingendrechtelijk bepaald dat een verzekeraar in beginsel moet meewerken aan het schriftelijke verzoek van een intermediair tot overdracht van de assurantieportefeuille naar een andere bemiddelaar. Dat zou erop duiden dat een assurantieportefeuille als zodanig wel een overdraagbaar goed is. De Hoge Raad legt deze bepaling echter zo uit, dat daarmee geen goederenrechtelijk effect is beoogd. De Hoge Raad bedoelt daarmee te zeggen dat die bepaling nog niet maakt dat de eigendom van een assurantieportefeuille overgaat. Het artikel geeft namelijk alleen een regeling voor de verbintenisrechtelijke (contractuele) verhouding tussen klant, adviseur en verzekeraar.

Het andere in de branche veel gehoorde tegenargument is, zoals ook de ING Bank aanvoerde, dat partijen bij de geldigheid van een pandrecht op een assurantieportefeuille groot belang hebben en dat dit een vast branchegebruik vormt. Ook dat argument slaagde bij de Rechtbank Gelderland niet. De Hoge Raad bevestigt dit door te verwijzen naar het wettelijk gesloten stelsel van het goederenrecht. Op grond van dat stelsel is het zwart of wit. Voor grijstinten op grond van redelijkheid en billijkheid of op grond van een branchegebruik is geen ruimte. De Hoge Raad volgt hier een principiële lijn: de vraag of een assurantieportefeuille te verpanden is, mag niet afhangen of dit voor de dagelijkse praktijk bevredigend is. Slechts het antwoord op de vraag of dit past in het wettelijk systeem is doorslaggevend. De Hoge Raad kiest hiermee voor de rechtszekerheid die inherent is aan het goederenrecht.

Benadrukt zij dat het arrest van de Hoge Raad geen beperking inhoudt in de mogelijkheid om de in de portefeuille vertegenwoordigde vorderingsrechten, met name de aanspraak op provisie jegens verzekeraars, of de aanspraak op

rechtstreekse beloning jegens klanten te verpanden. Vorderingsrechten op derden zijn immers wel zelfstandig voor overdracht vatbaar en hebben in het gesloten systeem van goederenrecht wel een eigen plaats. Een bevestiging hiervan kan gevonden worden in het arrest van de Hoge Raad van 22 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:184).

Het vestigen van een pandrecht op de diverse losse vorderingen in een assurantieportefeuille is wezenlijk anders dan het vestigen van een pandrecht op de gehele assurantieportefeuille. Dit onderscheid is voor de praktijk in de branche van belang. Als een assurantieportefeuille als zodanig te verpanden is, kan een schuldeiser bij wanbetaling de portefeuille laten verkopen en zich vervolgens verhalen op de verkoopopbrengst. De verkoper profiteert dan dus van de aan de assurantieportefeuille verbonden goodwill. Als alleen de vorderingsrechten uit de assurantieportefeuille kunnen worden verpand, dan kan de assurantieportefeuille als zodanig niet te gelde gemaakt worden. De verkoper loopt dan die goodwill dus mis.

De door de ING Bank geuite zorgen voor de praktijk van de financierbaarheid van de activiteiten van een assurantietussenpersoon lijken niet geheel irreëel. Het arrest van de Hoge Raad leidt er namelijk toe dat de waarde van het pandrecht beperkt wordt. Want een schuldeiser wil het pandrecht inroepen op het moment dat er niet betaald wordt. Dat betekent normaal gesproken dat de zaken er slecht voor staan bij de schuldenaar. De pandhouder kan dan mededeling doen van het pandrecht aan de verzekeraars en de provisies incasseren. Maar meestal zal sprake zijn van grote achterstanden in rekening-courant. Verzekeraars zullen zich dan op het standpunt stellen dat zij de assurantieportefeuille innemen. Of dat zij in elk geval de provisie verrekenen met de schuld in rekening-courant. Het vestigen van een pandrecht op provisievorderingen zal dus met name waarde hebben bij adviseurs die op maatschappij-incasso werken en dus geen achterstanden in rekening-courant hebben.

Vindplaatsen

ECLI:NL:HR:2019:1909
ECLI:NL:PHR:2019:786

VAST 2020 / N-0003

Weigert verzekeraar terecht schadedekking?

Eric Horssius

Rechtbank Rotterdam
13 november 2019, C/10/500120 / HA ZA
16-404
mr. Hofmeijer-Rutten, mr. Molenaar, mr.
Den Hollander
BW artikel 7:941

Rechtsvraag

Nakoming overeenkomst van schadeverzekering, ondanks vermeende onregelmatigheden en fraude.

In het kort

Na dagvaarding, conclusie van antwoord en een tussenvonnis op 25 oktober 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:8900), zijn twintig producties door eiser overgelegd en zes getuigen gehoord om het voorshands aangenomen bewijsvermoeden, dat verzekerde de schade-omvang als gevolg van brand aan zes recreatiearken groter heeft doen lijken dan die in werkelijkheid is, te ontzenuwen. De rechtbank oordeelt dat (i) verzekerde daarin is geslaagd, (ii) opzet tot misleiding aldus niet door de verzekeraar is bewezen, alsmede dat (iii) de verzekeraar niet een dusdanig redelijk belang heeft bij het nakomen van de verplichtingen door verzekerde dat de verzekeraar zich wegens gestelde niet-nakoming kan beroepen op het verval van het recht op uitkering.

In gelijke zin

o.a. ECLI:NL:HR:2007:BA9705,
ECLI:NL:GHSGR:2010:BM0330

Tip voor de praktijk

Aan de orde is de problematiek van twee partijen die verbonden zijn door een verzekeringsovereenkomst en derhalve op basis

van groot vertrouwen met elkaar handelen. Deze zaak vormt geen uitzondering op het fenomeen dat, ogenschijnlijke bedenkelijke details in een schademelding en een onduidelijke wijze van het vaststellen der schadehoogte, partijen tot een tijdrovende en kostbare, juridische procedure brengen. Hier geldt dat wantrouwen en haperende communicatie beide partijen heeft veroordeeld tot een debat over majoreren, wat mogelijk al in de fase van schadebehandeling opgelost had kunnen worden.

Noot

De zaak betreft een verzekerde die - volgens de verzekeraar onder meer - gefraudeerd zou hebben met de aankoopnota's van de beschadigde zaken om aldus een hogere uitkering te bewerkstelligen en een verzekeraar die zich beroept op de sanctie van verval van het recht op uitkering van artikel 7: 941 BW. De verzekerde bestreed dat hij fraude had gepleegd, onder meer door er op te wijzen dat er een slordigheid en vergissing was begaan bij het vervaardigen van de door de verzekeraar verlangde stukken. De verzekerde bestreed ook dat de verzekeraar in een redelijk belang was getroffen, reeds omdat de btw niet werd gedekt door de verzekeraar. Het door de verzekerde aangevoerde bewijs, in de vorm van twintig documenten en zes onder ede verklarende getuigen, bleek voldoende voor de rechtbank om te oordelen dat de verzekeraar niet in een redelijk belang is geschaad.

Een moderne schadeverzekeringsovereenkomst (hierna: de 'polis') kent wel een bepaling die ongeveer luidt als volgt: "als uitsluitend bewijs van de omvang van de schade zal gelden een taxatie gemaakt door een gezamenlijk te benoemen expert of door 2 experts, waarvan verzekerde en verzekeraars er ieder 1 benoemen." In dat laatste geval benoemen beide experts een derde, die bij gebrek aan

overeenstemming, de grootte van de schade, binnen de grenzen van de beide taxaties, heeft vast te stellen. Deze bepaling wordt algemeen beschouwd als een in de polis geïncorporeerde vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 e.v. BW. Partijen, zeker met hulp van deskundigen, blijken in de praktijk goed in staat de schadehoogte te taxeren en als het moet compromissen met elkaar aan te gaan om tot een eenstemmig schadebedrag te komen. Het vaststellen van de schadeomvang behoort veel minder op het bord van de rechter gelegd te worden. De rechter is minder toegerust om ten behoeve van de strijdende partijen de schade te schatten.

In dit geval ging het om een verzekerde die brandschade heeft geleden. Dat er voor brandschade dekking bestaat, is niet weersproken. Desondanks is het, tijdens het reguliere overleg van partijen, niet gekomen tot een vaststelling van het exacte bedrag aan brandschade waarover partijen later zijn gaan procederen. Dat zal, en dat blijkt met name uit het tussenvonnis (ECLI:NL:RBROT:2017:8900), te maken hebben met het feit dat de verzekeraar gaande de schadebehandeling tot afwijzing van de dekking heeft besloten en vervolgens bespaart op de expertisekosten. Dit is opvallend nu het vaststellen van de schadeomvang een essentieel onderdeel is van het behandelen van - in beginsel - gedekte schade.

De verzekeraar verweet de verzekerde opzet en merkelijke schuld bij het ontstaan van de brand. In concreto draaide het hier om koopovereenkomsten van 'comfort ships', door mij platvloerser recreatiearken genaamd, met daarin genoemd een btw-percentage van 21%, terwijl de verzekeraar als vast uitgangspunt nam dat dit percentage, op de relevante datum in 2011, beslist niet hoger had kunnen zijn dan 19%. In de procedure bleek de aanvankelijke primaire afwijzingsgrond van 'brandstichting' onvoldoende te relateren aan de verzekerden. Vanzelfsprekend heeft dan te gelden dat de brandpolis ook dekking biedt tegen brandstichting. Het overleggen van koopovereenkomsten van de recreatiearken, die bij de brand verloren waren gegaan, deed de verzekeraar zich afvragen waarom er hogere bedragen werden gevorderd dan de destijds betaalde kale aanschafprijs bij de Amerikaanse werf. En bovendien waarom verzekerde koopovereenkomsten overlegde, die op 29 december 2011 zijn opgemaakt en ondertekend

en waarin een btw-tarief van 21% wordt gehanteerd? Dit terwijl zo'n tarief pas ver na deze datum, namelijk op 1 oktober 2012, is ingevoerd. Dat dit een vergissing was, van de 'verdachte brandstichtende verzekerde', wilde er bij de verzekeraar en aanvankelijk ook bij de rechtbank, niet in. Overigens wordt in de regel, en ook hier, de btw nimmer verzekerd indien deze in vooraftrek werd genomen.

Hoewel een schadevaststelling door deskundige experts en contra-experts, op de wijze, zoals door moderne polissen bepaald, op dit punt reeds duidelijkheid had kunnen schaffen, moesten er zes getuigen en twintig producties aan te pas komen om duidelijk te maken dat er geen sprake was van een opzet tot misleiding. De gestelde 'Fraude' bleek niets anders te zijn dan de wens van verzekerde om een eerder in het handgeschreven overeenkomst, netjes, uit te willen werken en daarbij, per ongeluk en bij vergissing, niet de 19% van het, in het klad opgestelde oorspronkelijke document uit 2011 te hebben gebruikt, maar een sjabloon van een koopovereenkomst dat, ten tijde van het netjes uitwerken, een btw-percentage van 21% voorschreef. Ook het majoreren bleek alles te maken met de verschillende uitleg die de twee partijen geven aan het begrip 'aanschafwaarde'. Daar waar de verzekeraar meende dat de aanschafwaarde goeddeels blijkt uit de aankoopprijs van de betreffende schepen in de Verenigde Staten, heeft verzekerde - en dat is bepaald niet onredelijk -, bij die koopsom, een aantal bedragen opgeteld die in zijn ogen in het totaal van de aanschaf der schepen vormde.

Als zou zijn gebleken dat partijen het niet eens werden over de vaststelling van de schade door beide experts, zou de aangestelde arbiter verzocht zijn de schade bindend vast te stellen. Het majoreren en de btw-problematiek was daarmee tot doorslaggevend einde gebracht. Dit had de veelvoud aan thans bestede manuren en kosten bespaart.

Uit het tussen- en eindvonnis volgt niet dat de expert van de verzekeraar heeft overlegd met een door de verzekerde ingeschakelde eigen expert. Hoe dat ook zij, de bij het geval betrokken expert(s) had tot taak de schadeomvang correct en juist te begroten, opdat de schadehoogte tenminste in de procedure vaststaat en aan het

vaststellen verder geen tijd, energie en dus geld besteed hoeft te worden. Een verzekerde kan, in beginsel, aan zo'n vaststelling geen rechten ontlenen wat betreft het verschuldigd zijn van enige vergoeding, daar de wet, de toepasselijke polis en/of eventuele andere contractsbepalingen hiervoor beslissend zijn. Het lag op de weg van verzekerde, en in mijn ogen juist niet de verzekeraar, om de gestelde omvang van de brandschade aan te tonen. Partijen zijn in de schadebehandelfase niet tot vaststelling van de schade, althans niet zover gekomen dat zij, ieder een eigen deskundige hebben aangewezen om samen tot vaststelling van de schade te komen. Deze twee deskundigen hadden, daar is de moderne polis en de wet (artikel 7:959 BW) op ingericht, samen tot de conclusie dienen te komen dat de schade die is geleden als gevolg van de brand € x, exclusief btw bedraagt. Dat had het probleem van majoreren en de btw ook opgelost. Deze verplichting vloeit voort uit de aan het begin reeds aangehaalde wijze van schadevaststelling bij verzekerde schade.

Het gevoel van wantrouwen wat de verzekeraar heeft gekregen, is onvoldoende om de vaststelling van de schade te frustreren. Kennelijk blijkt

tijdsverlies voor de verzekeraar minder bezwaarlijk dan voor deze verzekerde, terwijl het financiële belang, in deze kwestie, toch zo'n € 1,5 miljoen bedraagt. Opmerkelijk is dat menige onderneming in Nederland, die jaren moet wachten op een vergoeding van praktisch al haar bedrijfsmiddelen, althans een vergoeding van € 1,5 miljoen, niet de tijd krijgt om zo'n verlies op alternatieve wijze te compenseren en daardoor in financieel zwaar weer komt, geen rol lijkt te hebben gespeeld in de besluitvorming bij de verzekeraar. Als ordentelijk de regels van schadevaststelling door partijen, althans als besloten was om niet te besparen op de expertisekosten, waren nageleefd, dan had het tussenvonnissen in 2017, waarbij het verwijt van brandstichting, kort gezegd, al was geneutraliseerd, het eindvonnis kunnen zijn. Over de schadeomvang (en dus ook het wel of niet majoreren) hadden experts ten tijde van het schade behandelen of zelfs, ten tijde van de gerechtelijke procedure, een definitief oordeel moeten vellen.

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBROT:2019:8979

Geen hoger beroep tegen deelgeschilbeslissing over verstrekken medische informatie

Peter van Huizen

Gerechtshof Den Haag
19 november 2019, 200.256.431/01
mr. Salomons, mr. Verbeek, mr. Schreuder
Rv artikel 234, 358, 843a, 1019bb, 1019cc,
1019w

Rechtsvraag

De deelgeschilrechter beveelt een letselschadeslachtoffer tot verstrekking van medische informatie. Staat hiertegen hoger beroep open? Hoe kan de verzekeraar die beslissing afdwingen?

In het kort

A verzwikt tijdens haar werk in een strandtent haar enkel, waarna een steakmes van haar dienblad valt en in haar sneaker en voet snijdt, althans dat stelt zij.

In een deelgeschilprocedure verzoekt A om een verklaring voor recht dat de werkgever aansprakelijk is. De werkgever en de verzekeraar doen een tegenverzoek: A te bevelen medische informatie te verstrekken. Die informatie kan mogelijk meer duidelijkheid geven over de oorzaak van het letsel.

De kantonrechter wijst het verzoek van A af, maar wijst het verzoek van de verzekeraar toe. A moet de medische informatie verstrekken. De kantonrechter verklaart dit bevel echter niet uitvoerbaar bij voorraad.

A begint een bodemprocedure en vraagt het vereiste verlov om tussentijds hoger beroep in te stellen tegen de deelgeschilbeschikking. Dit verlov wordt verleend en A gaat in hoger beroep. A grieft ook tegen het bevel tot verstrekking van medische informatie.

De werkgever/verzekeraar vordert in dit hoger beroep (bij incidentele vordering) dat het

gerechtshof het bevel tot het verstrekken van medische informatie alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaart.

Het gerechtshof oordeelt in het incident dat het bevel tot het verstrekken van informatie geen beslissing is over de materiële rechtsverhouding tussen partijen in de zin van artikel 1019cc Rv. Hoger beroep daartegen was dus überhaupt niet mogelijk. Om die reden is de werking van dat bevel niet geschorst en hoeft dat bevel niet alsnog uitvoerbaar bij voorraad te worden verklaard. Daardoor heeft de werkgever/verzekeraar geen belang bij de incidentele vordering, welke vordering dus ook wordt afgewezen.

In gelijke zin

HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1407

Tip voor de praktijk

Een bevel in een deelgeschilbeschikking tot het verstrekken van medische informatie is uitvoerbaar bij voorraad, ook al wordt dat in de beschikking niet vermeld.

Noot

De aanleiding tot dit geschil betreft de onzekerheid over de oorzaak van het letsel bij A, een doorgesneden pees. Komt dat door een steakmes bij een val tijdens het werk? Of door een gebrekkige sneaker, zoals de beschikbare medische informatie suggereert?

In de deelgeschilprocedure gaat de kantonrechter uit van het laatste. Zij wijst om die reden de verzoeken van A af. Omdat daarmee het geschil tussen A en de werkgever en diens verzekeraar

nog niet is geëindigd, ziet de kantonrechter aanleiding het tegenverzoek toe te wijzen. A moet de medische informatie verstrekken die de werkgever en de verzekeraar vorderen op grond van artikel 843a Rv. Die medische informatie kan immers meer duidelijkheid geven over de oorzaak van het letsel.

Maar A verstrekt die informatie niet. In plaats daarvan begint zij een bodemprocedure en vraagt zij verlov voor het instellen van tussentijds hoger beroep tegen de deelgeschilbeslissing. Schorst deze zet van A het bevel tot verstrekking van de medische informatie?

Nee, is het oordeel van het gerechtshof. Het bevel tot verstrekking van medische informatie valt niet aan te merken als een 'bindende eindbeslissing over de materiële rechtsverhouding tussen partijen' waaraan een rechter in een bodemprocedure is gehouden. Om die reden staat daartegen ook geen hoger beroep open (artikel 1019cc Rv). Het verlov tot het instellen van tussentijds hoger beroep had dus in feite niet kunnen worden verleend wat betreft het bevel tot het verstrekken van de medische informatie (voor wat betreft de materiële beslissing over aansprakelijkheid uiteraard wel).

Voor de verzekeraar zal deze uitkomst geen verrassing meer zijn geweest. Dezelfde verzekeraar ontving twee maanden eerder nog een uitspraak van de Hoge Raad over de vatbaarheid voor hoger beroep van veroordelingen in deelgeschilbeschikkingen.¹ In die zaak ging het om een veroordeling in een deelgeschilbeschikking ten aanzien van de te begroten kostenveroordeling. Maar op het moment van die Hoge Raad uitspraak was de gekozen koers in deze zaak al ingezet.

In lijn met de Hoge Raad heeft het Gerechtshof Den Haag in deze zaak geoordeeld dat ook een veroordeling in een deelgeschilprocedure tot het verstrekken van medische informatie niet vatbaar is voor hoger beroep.

Het maakt dus niet uit dat het bevel tot verstrekking van medische informatie niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Immers, er is geen schorsende werking van een hoger beroep aangezien hoger beroep überhaupt niet mogelijk is. Een uitvoerbaar bij voorraad verklaring is dus niet nodig.

De deelgeschilbeslissing tot verstrekking van medische informatie was in theorie dus al die tijd uitvoerbaar, ongeacht de later ingestelde bodemprocedure en het tussentijdse hoger

beroep. Maar hoe? Hoe kan een dergelijke bevel in een deelgeschilbeslissing tot vertrekking van medische informatie worden afgedwongen?

Voor de verzekeraar lag het pijnpunt in deze zaak niet bij het ontbreken van een uitvoerbaar bij voorraad verklaring, maar bij het ontbreken van een sanctie op het niet naleven door A van het bevel tot verstrekking van medische informatie. De deelgeschilrechter had het tegenverzoek van de werkgever/verzekeraar weliswaar toegewezen, maar het ontbrak de verzekeraar aan middelen om de beslissing van de deelgeschilrechter af te dwingen.

Vóór invoering van de wet over de deelgeschilprocedure, heeft de wetgever een verzoek om het verstrekken van medische informatie expliciet genoemd als voorbeeld van een deelgeschil.² De mogelijkheid van een (tegen)verzoek om een bevel tot het verstrekken van medische informatie komt dus niet uit de hoge hoed. Het is echter de vraag hoe een toewijzende beslissing op een dergelijk verzoek kan worden afgedwongen, mocht een partij daarbij belang hebben.

Over het algemeen wordt een 843a-vordering vergezeld door een op te leggen dwangsom. Maar het is natuurlijk zeer de vraag of die gang van zaken wel past bij de partijverhouding 'aansprakelijkheidsverzekeraar/letselschadeslacht offer' en bij het karakter van de deelgeschilprocedure. Met de deelgeschilprocedure wordt immers gestreefd naar het bereiken van een vaststellingsovereenkomst en een (spoediger) afwikkeling van een letselschadezaak buiten rechte, dus in vrijwillig overleg.

Aan de andere kant kan dit er wel weer toe leiden dat een verzekeraar buiten rechte wordt geacht nadere voorschotten te betalen, terwijl de medische informatie uitblijft ondanks een bevel van de deelgeschilrechter tot verstrekking daarvan. En als een bodemprocedure wordt ingesteld, dan zal de verzekeraar mogelijk alsnog verweer moeten voeren zonder inzicht in die medische informatie.

De vordering tot afgifte van die medische informatie zal dan opnieuw moeten worden

beoordeeld, maar dan door de bodemrechter. Immers, een deelgeschilbeslissing waarin een partij wordt bevolen informatie te verstrekken heeft dezelfde werking als een veroordeling in kort geding.³ De bodemrechter is niet gebonden aan een dergelijke deelgeschilbeslissing. Het betreft immers geen bindende eindbeslissing.

De deelgeschilbeslissing met het bevel tot het verstrekken van medische informatie was in deze zaak dus in lijn met de vordering van de werkgever/verzekeraar, maar bij het ontbreken van een sanctie op niet naleving waren zij daar niet bij gebaat. Door het instellen van een bodemprocedure zal deze discussie over het verstrekken van medische informatie opnieuw worden beoordeeld.

De vordering van de werkgever/verzekeraar werd dus toegewezen, maar zij hadden daar uiteindelijk geen baat bij. Vervolgens raakten partijen verwickeld in een langdurig procesrechtelijke discussie.

Een middel met bijwerkingen

De deelgeschilprocedure is een middel waardoor er relatief snel een beslissing kan worden verkregen over deelgeschillen. Dat is een aanwinst. Maar zodra partijen niet kunnen berusten in die beslissing, dan is de bijwerking dat zij in een latere bodemprocedure juist een vrij onbegaan en lang procesrechtelijk pad moeten bewandelen. Deze zaak is hier weer een recent voorbeeld van.

Noten

1. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1407.
2. MvT, 31518, nr. 3, toelichting onder art. 1019cc.
3. Art. 1019cc lid 2 Rv, HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1407.

Vindplaatsen

ECLI:NL:GHDHA:2019:3013
ECLI:NL:RBDHA:2018:16011 (de betreffende deelgeschilbeschikking waarvan tussentijds hoger beroep)

Verzekeringsrechtelijke verjaring

Madelon Zweep

Hoge Raad

4 oktober 2019, 18/02850

mr. Numann, mr. Tanja-van den Broek, mr. du Perron, mr. Kroeze, mr. Wattendorff

A-G De Bock

Rv artikel 215; BW artikel 7:942; Ow NBW artikel 68a, 73

Rechtsvraag

Aan de Hoge Raad liggen twee vragen ter beantwoording voor, te weten of (1) het hof de vrijwaring vóór de hoofdzaak mocht afdoen en (2) of de vordering op de verzekeraar verjaard is (welke vraag afhankelijk is van de vraag welk verjaringsregime van toepassing is).

In het kort

Een onderaannemer heeft in vrijwaring zijn aansprakelijkheidsverzekeraar opgeroepen. Deze vrijwaring wordt door het hof afgedaan voordat de hoofdzaak wordt afgedaan. De Hoge Raad overweegt dat het in het algemeen de voorkeur verdient de hoofdzaak en de vrijwaringszaak gelijktijdig af te doen, en, indien dat niet mogelijk is, eerst de hoofdzaak af te doen. In voorkomend geval kan de rechter, indien daartoe aanleiding bestaat, ervoor kiezen de vrijwaringszaak te beslissen alvorens in de hoofdzaak einduitspraak te doen. De vrijwaringszaak kan echter in ieder geval nog niet worden afgedaan als de uitkomst daarvan afhangt of redelijkerwijs kan afhangen van de beslissing of het debat in de hoofdzaak. Daarnaast speelt de vraag of het oude of het nieuwe artikel 7:942 BW (verzekeringsrechtelijke verjaring) moet worden toegepast. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar de Ow NBW dat artikel 7:942 (nieuw) BW onmiddellijke werking heeft hetgeen betekent dat vanaf het tijdstip waarop artikel 7:942 BW in werking is getreden - 1 juli 2010 - het nieuwe recht geldt ten aanzien van de aard, het aanvangstijdstip en de duur van

de daarin gestelde termijn. Op grond van artikel 73 Ow NBW is die onmiddellijke werking uitgesteld tot één jaar na het tijdstip van inwerkingtreding. Vanaf 1 juli 2011 werd de verjaring van de aanspraak van de onderaannemer op Achmea derhalve uitsluitend beheerst door artikel 7:942 BW, zoals dit luidt met ingang van 1 juli 2010. Het hof had dan ook aan de hand van deze bepaling moeten beoordelen of door een afwijzing van de verzekeraar een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen.

In gelijke zin

In gelijke zin afdoening hoofdzaak vrijwaring:
HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270
HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388

In gelijke zin verzekeringrechtelijke verjaring:
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3618
HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:726

In tegengestelde zin

In tegengestelde zin afdoening hoofdzaak vrijwaring:
HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2569

In tegengestelde zin verzekeringrechtelijke verjaring:
n.v.t.

Tip voor de praktijk

Op het vlak van de verzekeringrechtelijke verjaring blijft het, gelet op het geldende overgangsrecht, puzzelen op de grens tussen het oude en het nieuwe recht. Verzekeraars, maar ook verzekerden, dienen de werking van het overgangsrecht goed in de gaten te houden bij (tegenwerping van) een beroep op verjaring.

Noot

Inleiding

In deze procedure gaat het om twee interessante kwesties, namelijk de procesrechtelijke vraag naar de volgorde van afdoening van de hoofdzaak en de vrijwaring en het leerstuk van verzekeringsrechtelijke verjaring. In deze annotatie ga ik achtereenvolgens in op de feiten en het procesverloop, de volgorde van afdoening van de hoofdzaak en de vrijwaring en de verzekeringsrechtelijke verjaring.

Feiten en procesverloop

Ten behoeve van de bouw van een sportaccommodatie schakelt een hoofdaannemer voor levering en montage van de staalconstructie een onderaannemer in. Vlak na de start van de plaatsing van de staalconstructie in februari 2009, worden in maart 2009 diverse gebreken in de staalconstructie geconstateerd. Na het uitvoeren van herstelwerkzaamheden brengt de onderaannemer de kosten van meerwerk in rekening bij de hoofdaannemer. De hoofdaannemer stelt op haar beurt de onderaannemer aansprakelijk voor een toerekenbare tekortkoming en betaalt de kosten voor meerwerk niet. De onderaannemer heeft de aansprakelijkstelling doorgeleid naar haar AVB-verzekeraar Achmea. In september 2009 wijst Achmea dekking onder de AVB-polis af. Een procedure volgt.

In februari 2012 dagvaardt de onderaannemer de hoofdaannemer tot het betalen van de kosten van meerwerk in verband met de uitgevoerde herstelwerkzaamheden. De hoofdaannemer stelt een reconventionele vordering in tot schadevergoeding in verband met de gestelde tekortkoming van de onderaannemer. Dit is de procedure in de hoofdzaak. Daarnaast start de onderaannemer ten aanzien van de vordering van de hoofdaannemer in reconventie een vrijwaringsprocedure tegen Achmea waarin zij vordert dekking te verlenen onder de polis, in die zin dat Achmea wordt veroordeeld tot betaling aan de onderaannemer van al hetgeen waartoe de onderaannemer in de hoofdzaak jegens de hoofdaannemer zou worden veroordeeld.

Onderhavig arrest heeft alleen betrekking op de vrijwaringszaak. De gerechtelijke procedure tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer laat ik in deze annotatie – voor zover mogelijk – inhoudelijk buiten beschouwing. Van belang is wel dat de rechtbank in de hoofdzaak de onderaannemer volledig aansprakelijk acht voor vier van de vijf gebreken, en voor 50% ten aanzien van het overgebleven gebrek. Ten aanzien van de omvang van de schade wordt verwezen naar de schadestaatprocedure. In de vrijwaringsprocedure overweegt de rechtbank in eerste aanleg in een tussenvonnissen voor zover hier relevant dat Achmea dekking dient te verlenen voor de – nog nader vast te stellen – schade ten aanzien van twee gebreken, maar houdt de einduitspraak aan. Het hof komt tot een gelijk oordeel ten aanzien van de dekking voor twee van de vijf gebreken en doet de zaak zelf af, ook al is in de hoofdzaak de schadestaatprocedure nog niet aanhangig en is in de hoofdzaak nog hoger beroep mogelijk.

Volgorde afdoening hoofdzaak en vrijwaring

In cassatie klaagt Achmea over de afdoening van de vrijwaringszaak door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, nu in de hoofdzaak nog geen oordeel is geveld over de omvang van de schade.

Als uitgangspunt geldt ingevolge artikel 215 Rv dat gelijktijdig in de hoofd- en vrijwaringsprocedure dient te worden beslist, als beide procedures tegelijk in staat van wijzen zijn. Over de interpretatie van dit artikel is veel geschreven en geprocedeerd. Jurisprudentie wijst uit dat gelijktijdige afdoening de voorkeur verdient, maar dat de rechter ervoor kan kiezen reeds in de vrijwaringsprocedure te beslissen voorafgaand aan het (definitief) afdoen van de hoofdzaak (HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2569). Dat kan anders zijn als de vordering in vrijwaring afhankelijk is van de uitkomst in de hoofdzaak of redelijkerwijs daarvan kan afhangen (HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270). Voorts kan dit ook in geval van verwijzing naar een schadestaatprocedure in de hoofdzaak – zoals in het onderhavige geval – anders liggen. Een kwestie waarin dit speelde, was de casus die ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad

van 15 september 2017 (HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388). In de zaak die voorlag had het Gerechtshof Den Haag in de hoofdzaak naar een schadestaatprocedure verwezen en was het debat over de (omvang van de) schadevergoeding nog niet, in geen van beide procedures, ten volle gevoerd. Desondanks besliste het Gerechtshof Den Haag in de vrijwaringszaak. De Hoge Raad floot het hof terug, omdat de waarborg de mogelijkheid werd ontnomen verweren te voeren ten aanzien van de omvang van de schade die specifiek haar verhouding tot de gewaarborgde betreffen.

In de thans voorliggende kwestie speelt een processueel identieke kwestie. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft van voornoemd arrest van de Hoge Raad ook kennisgenomen, nu het daar in de einduitspraak naar verwijst. Desondanks heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden hier toch anders besloten en doet het hof, voordat het debat over de omvang van de aansprakelijkheid in de hoofdzaak definitief is afgedaan, uitspraak in de vrijwaringszaak. Het hof verwijt Achmea onder meer dat zij de mogelijkheid heeft gehad zich aan de zijde van haar verzekerde in de hoofdzaak te voegen, maar dat zij daarvan geen gebruik heeft gemaakt. Door zich te voegen kon zij (ook op informele wijze) invloed hebben op of inspraak hebben in de vaststelling van de omvang van de schade, aldus het hof. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 15 september 2017 is echter wel van belang om te bezien of Achmea de mogelijkheid wordt ontnomen om ten aanzien van de (omvang van de) schade (in dit geval verzekeringsdekking) verweren te voeren die specifiek zien op haar verhouding tot de verzekerde. Het hof meent dat dit niet het geval is en weegt daarbij mee dat Achmea niet reeds bij akte heeft aangevoerd welke concrete verweren zij zou willen voeren ten aanzien van haar contractuele uitkeringsplicht jegens verzekerde. Het hof had partijen namelijk de mogelijkheid gegeven zich over de voortgang van de procedure in vrijwaring bij akte uit te laten. De Hoge Raad gaat daarin niet mee nu de verschuldigde verzekeringsuitkering door Achmea afhankelijk is van het antwoord op de vraag in hoeverre een in de hoofdzaak toe te wijzen schadevergoeding is toe te rekenen aan een aansprakelijkheidsgrond die door de verzekering is gedekt. Het hof had de vrijwaringszaak aldus nog niet kunnen afdoen.

Verzekeringsrechtelijke verjaring artikel 7:942 BW

Een tweede klacht die Achmea aanvoert, ziet op de door haar ingeroepen verjaring van de vordering van verzekerde. Hier speelt het overgangsrecht van de verzekeringsrechtelijke verjaring een rol, dat de afgelopen jaren meer dan eens onderwerp van discussie is geweest. Per 1 januari 2006 gold het oude artikel 7:942 BW. Onder dit artikel gold een verjaringstermijn van drie jaar en, in het geval de verzekeraar dekking afwees een verjaringstermijn van zes maanden, mits dit ondubbelzinnig per aangetekende brief aan verzekerde werd medegedeeld. Per 1 juli 2010 is artikel 7:942 (oud) BW gewijzigd en is de regeling voor (stuiting van) de verjaring aangepast. Onder artikel 7:942 (nieuw) BW is de zes maanden-termijn vervallen en gaat een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar lopen zodra de verzekeraar de aanspraak erkent of ondubbelzinnig (schriftelijk) mededeelt de aanspraak af te wijzen. Het vereiste van een aangetekende brief is daarmee vervallen.

In het onderhavige geval speelt een kwestie van overgangsrecht. Het hof stelt vast dat verzekerde Achmea in ieder geval op 27 augustus 2009 op de hoogte heeft gebracht van haar claims. Vervolgens heeft Achmea per e-mails van september en december 2009 dekking afgewezen; en niet per aangetekende post. Het hof hanteert bij de beoordeling van het verjaringsberoep artikel 7:942 (oud) BW en constateert dat de dekking niet per aangetekende brief is afgewezen. Ten gevolge daarvan is geen nieuwe verjaringstermijn aangevangen en is de vordering van verzekerde niet verjaard, aldus het hof.

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van de aangevoerde cassatiemiddelen dat het hof heeft miskend dat het per 1 juli 2010 geldende artikel 7:942 (nieuw) BW in beginsel onmiddellijke werking heeft op grond van artikel 68a lid 1 Ow NBW. Dit is onder meer bepaald in het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2015 (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3618). Ik spreek bewust van 'in beginsel', nu de Hoge Raad op 18 mei 2018 heeft geoordeeld dat de onmiddellijke werking in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 75 Ow NBW onaanvaardbaar kan zijn (HR 18 mei

2018, ECLI:NL:HR:2018:726).

Artikel 7:942 (nieuw) BW is per 1 juli 2011 in werking getreden via de uitgestelde werking op grond van artikel 73 Ow NBW. Voor het onderhavige geval betekent dit dat de verjaringsvraag aan de hand van de nieuwe regeling moet worden beoordeeld. De vraag is dan ook of de afwijzing van Achmea in september respectievelijk december 2009 voldeed aan de eisen van het nieuwe artikel 7:942 lid 2 BW (een

ondubbelzinnige schriftelijke mededeling). Is dat het geval dan is de verjaring van de aanspraak drie jaar na deze afwijzing voltooid, tenzij deze op geldige wijze door verzekerde is gestuit. Dit moet na verwijzing nader worden onderzocht door het hof.

Vindplaatsen

ECLI:NL:HR:2019:1529

ECLI:NL:PHR:2019:609

Bereidingskosten: enkele gedachten

Flip van Huizen

Rechtbank Rotterdam

2 oktober 2019, C/10/573938 / HA ZA 19-440

= C/10/536637 / HA ZA 17-956

mr. Sprenger

BW artikel 7:957, 7:959 en 7:963

Rechtsvraag

Wat is de reikwijdte van de bereidingsplicht?

In het kort

Breadbox had in 2016 haar risico van aansprakelijkheid als logistieke dienstverlener verzekerd bij AIG en andere verzekeraars. Breadbox heeft bundels hout ontvangen ten vervoer naar Dakar. Het schip is naar Takoradi gevaren en daar aangevangen met het laden van vijftien tankcontainers. Tijdens de belading van de tankcontainers heeft het schip slagzij gemaakt. Daardoor zijn twee tankcontainers en een groot aantal bundels hout vanaf het dek overboord in de haven gevallen.

Breadbox heeft naar eigen zeggen bereidingskosten voor de in het water gevallen bundels hout en tankcontainers moeten maken en voor het opnieuw verpakken en stuwen van lading. Door het treffen van al deze maatregelen heeft Breadbox vorderingen tot schadevergoeding van ladingbelanghebbenden kunnen voorkomen, tot welke schadevergoeding Breadbox als vervoerder aansprakelijk zou zijn.

De verzekering biedt dekking voor deze bereidingskosten op grond van het toepasselijke artikel 7:957 BW en artikel 1.8 van de MAUL. Breadbox stelt - maar AIG betwist gemotiveerd - dat de betreffende maatregelen door of vanwege Breadbox zijn gemaakt. Omdat het de rechtbank uit de stellingen van partijen en de overgelegde stukken niet duidelijk wordt welke maatregelen als bedoeld in artikel 7:957 BW en artikel 1.8 van de MAUL door of vanwege Breadbox zijn getroffen en welke bedragen die maatregelen hebben gekost, zal de rechtbank de zaak naar de

rol verwijzen opdat partijen, om te beginnen Breadbox, zich daarover duidelijk en met justificatoire bescheiden onderbouwd zullen uitlaten.

Tip voor de praktijk

Focus bij niet-particuliere verzekerden op de hoogte van de vergoedingsplicht van de verzekeraar.

Noot

Bereidingskosten

De gedachte achter de bereidingsplicht is 'voorkomen is beter dan genezen'. In de onderhavige uitspraak besteedt de rechtbank aandacht aan deze plicht. Eiseres, Breadbox Shipping Lines B.V., vordert in de procedure namelijk vergoeding van bereidingskosten die zij heeft moeten maken voor in water gevallen bundels hout en tankcontainers en het opnieuw verpakken en stuwen van lading. De uitspraak is niet wereldschokkend, maar jurisprudentie over dit onderwerp is schaars en ik grijp deze uitspraak aan om iets te zeggen over het dwingendrechtelijk karakter van de bereidingskostenregeling.

Eerst volgt kort een algemeen kader, daarna zal ik nader ingaan op het dwingendrechtelijk karakter.

Afwijken van het vergoeden van de soort kosten is niet toegestaan

Artikel 7:957 BW lid 1 bepaalt dat de verzekeringnemer of de verzekerde verplicht is binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen die tot voorkoming of vermindering van schade kunnen leiden zodra deze van de verwezenlijking van het risico of het ophanden zijn daarvan op de hoogte is, of behoort te zijn.

Artikel 7:957 lid 2 bepaalt dat de verzekeraar aan de verzekerde c.q. de verzekeringnemer de kosten dient te vergoeden die verbonden aan de genomen maatregelen zijn alsmede de schade aan zaken die bij het nakomen van de bereddingsplicht zijn ingezet. De rechtbank laat na in onderhavige zaak deze laatste categorie te noemen (4.11).

Omdat het gevaar veelal nog bestaat of de oorzaak van de schade nog niet is uitgewerkt op het moment dat over het nemen van de maatregelen moet worden beslist, moeten de redelijke kosten worden vergoed, ook indien de maatregelen geen succes hebben (MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 28.) NB: Volgens mij volgt uit het arrest 't Witte Paerdje van de Hoge Raad onder de kosten van bereddingsmaatregelen mede moet worden begrepen schade als gevolg van een verkeerde uitvoering van getroffen bereddingsmaatregelen. Zie uitgebreider het ietwat theoretische artikel in *NTHR* 2019/2-3 't Witte Paerdje-arrest past binnen het wettelijk systeem. Uitleg kostenbegrip artikel 7:957 BW.

Het is billijk dat ook schade aan de bij het beredden ingezette zaken wordt vergoed, dit ongeacht of het verzekerde dan wel onverzekerde zaken betreft en eveneens ongeacht of deze zaken aan de verzekerde dan wel een derde toebehoren (MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 28)

Ingevolge artikel 7:963 BW lid 5 kan ten nadele van de verzekerde niet ten aanzien van 7:957 lid 2 BW worden afgeweken.

De gedachte hierachter is dat:

"De innerlijke samenhang evenwel tussen de verplichting tot beredden voor de verzekerde enerzijds en de verplichting tot het vergoeden van de daaraan verbonden kosten voor de verzekeraar anderzijds, rechtvaardigt dat de verzekeraar van deze verplichting niet kan afwijken." (Parl. Gesch. BW Boek 7 titel 17 2007, p. 179)

Dat klinkt prachtig, maar kan de verzekerde nu rustig ademhalen? Nee, niet altijd. Dat niet ten nadele van de verzekerde ten aanzien van 7:957 lid 2 BW kan worden afgeweken, betekent namelijk niet dat de bereddingskosten ongelimiteerd zijn gedekt.

De rechtbank komt tot de conclusie dat voor zover de verfijningen of afwijkingen opgenomen in de artikelen 1.7, 1.8.1, 1.8.11, 4.1 en 4.1.2 van de MAUL (zie r.o. 4.6) de rechten van Breadbox

onder artikel 7:957 lid 2 BW beperken, niet van kracht zijn.

Ietwat verwarrend is dat de rechtbank clausele 4.1 die een regeling geeft over *de hoogte van de te vergoeden kosten* ook in dit rijtje opneemt. De hoogte van de te vergoeden kosten wordt immers geregeld door artikel 7:959 BW.

Afwijken van de hoogte van de vergoedingsplicht is niet dwingen

Artikel 7:959 lid 1 BW voegt aan artikel 7:957 BW toe dat de bereddingskosten ook ten laste komen van de verzekeraar indien daardoor, tezamen met de vergoeding van de schade, de verzekerde som wordt overschreden.

Artikel 7:963 lid 6 BW bepaalt dat niet van artikel 7:959 lid 1 BW kan worden afgeweken voor zover de bereddingskosten bij een consumentenverzekering niet het bedrag gelijk aan de verzekerde som overschrijden. Voor consumentenverzekeringen geldt dus een dwingende minimale dekking tot aan het bedrag gelijk aan de verzekerde som, terwijl bij niet-consumentenverzekering de dekking van de bereddingskosten praktisch van regelend recht is. Met name bij industriële en commerciële activiteiten kunnen de bereddingskosten tot zeer grote hoogte oplopen. Dat kan een rechtvaardiging voor verzekeraars zijn om in de polis de dekking van bereddingskosten te beperken. Bij de brandverzekering komt een limitering van de vergoeding van bereddingskosten boven de verzekerde som voor tot een maximum van 100% of zelfs 50% daarvan. De bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering overeenkomstig de voorwaarden van het polismodel AVB 96 kent een verdergaande beperking: de vergoeding van bereddingskosten maakt deel uit van de verzekerde som per gebeurtenis/vordering en/of verzekeringsjaar voor alle schade tezamen. Deze voorbeelden zijn ontleend aan Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/566.

Hoe verhouden lid 5 en lid 6 artikel 7:963 BW zich tot elkaar?

In de literatuur wordt geworsteld met de vraag

hoe lid 5 en lid 6 van artikel 7:963 BW zich tot elkaar verhouden.

Stadermann stelt in *enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, 2011, p. 97. daarover het volgende:

“De wetgever zal wel bedoeld hebben dat van het principe dat de verzekeraar de kosten van beredding vergoedt niet mag worden afgeweken, maar dat de verzekeraar wel de omvang van de vergoedingsplicht mag beperken, waarbij dan alleen ten opzichte van particulieren de ondergrens de verzekerde som is” (volgens mij wordt bedoeld ‘een bedrag gelijk aan de verzekerde som’).

Maar tot hoever mag de vergoedingsplicht dan wel worden beperkt? Mag 100% uitsluiten niet en mag 99% uitsluiten niet? Staderman geeft geen antwoord op deze door hemzelf gestelde vraag. Volgens Hendrikse is het op grond van de wettekst wel mogelijk om 99% uit te sluiten, maar onduidelijk blijft of zoiets niet in strijd is met artikel 3:40 lid 1 BW, aldus Hendrikse in *Verzekeringsrecht (R&P nr. VR2) 2019/18.8*.

Volgens mij moet de regeling zo worden gelezen dat voor de particuliere verzekerde geldt dat deze

dwingend het recht heeft op bereddingskosten gelijk aan het bedrag van de verzekerde som en dat voor de niet-particuliere verzekerde geldt dat deze dwingend het recht heeft op minimaal een bedrag gelijke aan de verzekerde som voor de schade en de bereddingskosten samen. De niet-particuliere verzekerde kan in dat geval dus recht hebben op 100% van de bereddingskosten, maar ook op 0% van de bereddingskosten. De stelling dat uit de wettekst zou volgen dat je de bereddingskosten op voorhand met 99% kan uitsluiten volg ik dan ook niet.

Wat er ook van zij. Als Breadbox voldoet aan het verzoek van de rechtbank om duidelijk te maken welke maatregelen zijn getroffen en welke bedragen die maatregelen hebben getroffen zal Breadbox rustig kunnen ademhalen. Zij vordert immers een bedrag van € 60.515. De polis bepaalt dat verzekeraars vergoeden voor bereddingskosten een bedrag gelijk aan de verzekerde som. Deze bedraagt € 2.500.000.

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBROT:2019:7649

VAST 2020 / N-0007

Incident op openbare weg tijdens werktijd; werkgever niet aansprakelijk

Femke Uijen

Gerechtshof Amsterdam
22 oktober 2019, 200.226.514/01
mr. Boot, mr. Cortenraad, mr. Verbeek
BW artikel 7:658 en 7:611

(ECLI:NL:RBNNE:2013:5682)

Rechtsvraag

Kan voor recht worden verklaard dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade die diens werknemer heeft geleden ten gevolge van een (arbeids)ongeval op de openbare weg?

Tip voor de praktijk

Het onderhavige arrest maakt duidelijk dat de zorgplicht van de werkgever niet zover strekt dat ook de gedragingen van derden op de openbare weg hier altijd onder vallen. Het hof heeft immers geoordeeld dat eenieder die zich op de openbare weg begeeft het risico loopt om het slachtoffer te worden van agressief gedrag van derden. Tevens blijkt uit deze uitspraak dat het voor risico van de werknemer zelf kan komen wanneer bepaalde onderzoeken niet meer uitgevoerd kunnen worden, wegens het te lang stilzitten van de werknemer.

In het kort

In onderhavige zaak ging het om een beveiligingsmedewerker, die tijdens zijn nachtelijke mobiele surveillancedienst een incident overkwam. De werknemer werd mishandeld door drie onbekende mannen op de openbare weg. De vraag die centraal staat is of de werkgever aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die de werknemer door het incident heeft geleden.

Noot

Feiten en omstandigheden

De werknemer was in dienst van de werkgever als beveiligingsmedewerker. In de nacht van 21 april 2009 heeft zich tijdens de mobiele surveillancedienst van de werknemer een incident voorgedaan tussen de werknemer en drie onbekende mannen op de openbare weg. De werknemer reed ten tijde van het incident de nachtelijke mobiele surveillancedienst. Tijdens het rondrijden zag hij meerdere auto's staan op enkele parkeerplaatsen. Toen hij langreed met de surveillanceauto zag hij dat er van een auto de knipperlichten aanstonden. De werknemer is toen even stil gaan staan en uiteindelijk met de auto de parkeerplaats opgereden. Vervolgens is de werknemer stil gaan staan bij de auto met de knipperende lichten. De werknemer dacht dat iemand in deze auto misschien wel hulp nodig had.

Nadat de Kantonrechter Amsterdam had geoordeeld dat de werkgever niet aansprakelijk was, omdat de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter ten tijde van de mishandeling had voldaan aan de op hem rustende zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW, ging de werknemer in hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. De werknemer verzoekt om een verklaring voor recht dat zijn werkgever aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit de mishandeling nu het gaat om een arbeidsongeval. Dit verzoek baseert de werknemer allereerst op artikel 7:658 BW en ten tweede op artikel 7:611 BW.

Vervolgens heeft de werknemer de standaardprocedure gevolgd, namelijk het

In gelijke zin

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:6980); Rechtbank Noord-Nederland 25 september 2013

noteren van het kenteken en door te geven aan de hoofdsurveillant waar je staat en wat je gaat doen. Terwijl de werknemer het kenteken wilde gaan noteren, zag hij dat er twee mannen uit de auto kwamen. Ook kwam er een derde man uit de andere auto. De drie mannen kwamen op de werknemer af en trokken de portier van de surveillanceauto open. Ook werden de papieren uit de handen van de werknemer getrokken. Vervolgens werd de werknemer door een van de onbekende mannen uit de auto getrokken.

De werknemer werd vervolgens bij zijn keel beetgepakt en geslagen ter hoogte van zijn schouder. Om zichzelf te bevrijden heeft de werknemer een van de mannen geduwd, waardoor hij los kon komen. Vervolgens werd het rustiger en is hij in zijn auto gestapt. De werknemer heeft toen de politie gebeld. Aan de aangifte werd verder geen gevolg gegeven wegens onvoldoende wettig en overtuigend bewijs.

Na het incident heeft de assistent-hoofdsurveillant van de werkgever de werknemer gesproken en hem hulp aangeboden. De werknemer is daarop niet ingegaan, heeft zich ziek gemeld en is onafgebroken arbeidsongeschikt gebleven.

De werknemer heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit de mishandeling nu het gaat om een arbeidsongeval. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Tegen de beslissing van de kantonrechter is de werknemer in hoger beroep gekomen.

Standpunten partijen en rechtsoverwegingen hof

De werknemer baseert de vordering ten eerste op artikel 7:658 BW. De werknemer stelt zich op het standpunt dat de mishandeling plaatsvond in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Volgens de werknemer heeft zijn werkgever niet aan de op hem rustende zorgplicht voldaan. Het hof is er veronderstellenderwijs van uitgegaan dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden als gevolg van het incident. Het is dan aan de werkgever om

aan te tonen dat zij haar in artikel 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht is nagekomen.

Het hof stelt voorop dat de zorgplicht van de werkgever geen absolute waarborg beoogt te bieden voor de bescherming en veiligheid van de werknemers, zoals blijkt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Het hof heeft in zijn beslissing uiteengezet welke omstandigheden van belang kunnen zijn bij het antwoord op de vraag welke maatregelen in een concreet geval van de werkgever verlangd mogen worden.

Vervolgens gaat het hof in op het gegeven dat de werknemer zich ten tijde van het incident bevond op de openbare weg. Het hof zet uiteen dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW met zich brengt dat van de werkgever in het kader van zijn zorgplicht verwacht kan worden dat hij maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt op de openbare weg. Wel acht het hof de omvang van de zorgplicht van de werkgever beperkt, aangezien de werkgever in de regel geen zeggenschap over de openbare weg heeft. Daarnaast kunnen er diverse factoren bijdragen aan het ontstaan van letsel op de openbare weg, terwijl de werkgever niet op al deze factoren invloed kan uitoefenen.

De werknemer stelt zich op het standpunt dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan omdat zij ten tijde van het incident geen risicoinventarisatie en -evaluatie had opgesteld, geen veiligheidsvoorschriften had verstrekt, geen cursus of informatieve bijeenkomst had aangeboden, niet verzekerd was voor psychische schade van de werknemer en na het incident niet de juiste nazorg heeft geboden. Ook stelt de werknemer zich op het standpunt dat de noodknop van de portofoon en de noodknop van de surveillancewagen niet werkten.

De werkgever stelt zich juist op het standpunt dat hij wel aan zijn zorgplicht heeft voldaan door risicoinventarisatie en -evaluaties te laten opstellen, diverse werkbesprekingen te houden, trainingen en instructies te geven door leidinggevendenden, werknemers te testen op hun kennis omtrent veiligheid en een meldkamer heeft die altijd bereikbaar is. Tevens is de werkgever van mening dat de werknemer pas na vele jaren de werkgever aansprakelijk heeft gesteld en dat

hierdoor niet meer is na te gaan of de noodknoppen niet hebben gewerkt. Met betrekking tot de nazorg van de werknemer geeft de werkgever aan dat zij de adviezen van haar bedrijfsarts heeft gevolgd.

Het hof is van oordeel dat er geen sprake is van een zorgplichtschending aan de zijde van de werkgever. Met de opleidings- en instructiemaatregelen die de werkgever heeft getroffen, heeft de werkgever gedaan wat op haar weg lag om psychisch letsel bij haar werknemers als gevolg van een incident waarvan sprake is te voorkomen. Tevens stelt het hof zich op het standpunt dat aan het beroep van beveiligingsmedewerker bepaalde risico's zijn verbonden die de werknemer tot op zekere hoogte heeft aanvaard.

Ook oordeelt het hof dat eenieder die zich op de openbare weg begeeft het risico loopt om het slachtoffer te worden van agressief gedrag van derden. Volgens het hof heeft de werknemer dit gevaar in zekere zin zelf opgezocht door zijn surveillanceauto tot stilstand te brengen naast de auto met knipperende lichten en de portieren niet af te sluiten tijdens het noteren van het kenteken. Dat niet meer kan worden onderzocht of de noodknoppen tijdens het incident niet hebben gewerkt, komt niet voor rekening van de werkgever. Wegens het lange stilzitten van de werknemer komt het voor eigen risico van de werknemer dat de werking van de noodknoppen niet meer kan worden onderzocht. Nu de werkgever de adviezen van zijn bedrijfsarts heeft opgevolgd, is ook met betrekking tot de nazorg geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van de zorgplicht. Volgens het hof is derhalve niet gebleken dat sprake is van een zorgplichtschending.

De werknemer grondt de vordering ten tweede op artikel 7:611 BW. Volgens de werknemer heeft de werkgever zich niet gedragen als goed werkgever. Het hof beslist dat de werkgever haar verplichtingen om te handelen als goed werkgever jegens de werknemer niet heeft geschonden wegens het ontbreken van een verzekering voor de gevolgen van het incident of anderszins. Een verzekering zou immers niet meer hoeven te dekken dan de aansprakelijkheid van de werkgever. Ook kan de werkgever geen onrechtmatig handelen worden verweten. Het hof

heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.

De Hoge Raad heeft eerder in zijn arrest van 11 november 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BR5215) bevestigd dat artikel 7:611 BW in een bepaalde categorie van gevallen toepassing kan vinden bij ongevallen die tevens binnen het bereik van artikel 7:658 BW vallen. Het gaat dan om gevallen waarin van de werkgever kan worden geveerd dat deze zorg draagt voor een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer gezien de eisen van goed werkgeverschap en de nauwe samenhang met de werkzaamheden. Dit betreft een uitzondering op de in artikel 7:658 BW neergelegde regel dat de werkgever alleen voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij tekort is geschoten in de op hem rustende zorgplicht.

Het gaat om een bepaalde categorie gevallen waarin de eisen van goed werkgeverschap met zich meebrengen dat de werkgever gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers die met hun werkzaamheden betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval. Onder deze uitzondering vallen ongevallen van werknemers die als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval, als fietser of voetganger betrokken raken bij een verkeersongeval waarbij een voertuig betrokken is of als fietser van een eenzijdig fietsongeval. Nu het gaat om een uitzondering, dient de toepassing van artikel 7:611 BW tot bovengenoemde gevallen beperkt te blijven, zoals ook blijkt uit het arrest van de Hoge Raad.

In onderhavige uitspraak van het hof ging het weliswaar om een incident dat plaatsvond op de openbare weg, maar het ongeval kan niet worden geplaatst in een van de uitzonderingscategorieën. De werknemer werd immers mishandeld op de openbare weg. Er zijn geen voertuigen bij het incident betrokken geweest. Om deze reden heeft het hof mijns inziens terecht de vordering van de werknemer op grond van artikel 7:611 BW afgewezen.

Eerdere rechtspraak

Enkele eerdere uitspraken laten zien dat in de

meeste gevallen geen aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW is aangenomen. In dit verband wijs ik allereerst naar een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 augustus 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:6980). In deze uitspraak overwoog het hof dat de werkgever vooralsnog niet bedacht had dienen te zijn op geweld of bedreigingen tegen medewerkers en maatregelen had behoren te nemen om schade daardoor te voorkomen. Wel kreeg de werknemer de gelegenheid om tegenbewijs te leveren.

De vordering van de werknemer werd eveneens afgewezen door de Rechtbank Noord-Nederland in zijn uitspraak van 25 september 2013 (ECLI:NL:RBNNE:2013:5682). In deze zaak was sprake van een werknemer die werd mishandeld door een uitzendkracht. De rechtbank overwoog dat zich niet laat inzien welke (zorg-)verplichtingen tot het voorkomen van schade door de werkgever niet zijn nagekomen in de zin

van artikel 7:658 BW. De maatregelen die door de werkgever zijn getroffen zijn juist aan te merken als adequaat en effectief.

In lijn met de hiervoor genoemde uitspraken is het onderhavige arrest van het Gerechtshof Amsterdam. Het lijkt mij ook een juiste uitkomst. De werkgever heeft maatregelen getroffen teneinde te voorkomen dat de werknemer schade zou oplopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De zorgplicht van de werkgever gaat echter niet zover dat deze zich mede uitstrekt over mogelijk agressief gedrag van onbekenden op de openbare weg. Naar mijn oordeel heeft het hof met de nodige onderbouwing duidelijk gemaakt dat van een schending van de zorgplicht geen sprake is.

Vindplaatsen

ECLI:NL:GHAMS:2019:3833

Ontvangsttheorie: verzekeraar moet ontvangst polis bewijzen

Cees de Jong

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
19 december 2019, GC 2019-1059
prof. mr. drs. Hendrikse (vz), mr. Van Peursem, mr. dr. Engel
BW artikel 3:37 lid 3, 7:932 lid 1, 7:933 lid 1, 7:942 lid 1 BW

Rechtsvraag

Kon verzekeraar in casu de claim afwijzen met een beroep op de op het polisblad geplaatste uitsluiting?

In het kort

Consument en haar echtgenoot sluiten via een hypotheekadviseur/tussenpersoon een woonlastenbeschermingsverzekering tegen betaling van een koopsom bij London General Insurance Cy. Ltd. Op het aanvraagformulier vult zij in dat zij onder controle staat van een arts/specialist en dat zij enkel op recept verkrijgbare medicijnen gebruikt. De verzekering gaat in op 16 mei 2008 en heeft een looptijd van 120 maanden. Na de looptijd wordt de verzekering voortgezet tegen betaling van een maandpremie.

Bij het aanvragen van de verzekering heeft consument gezondheidsklachten. Na de ingangsdatum wordt vastgesteld dat het gaat om de stofwisselingsziekte MELAS. Als gevolg van deze ziekte wordt consument op 3 februari 2015 arbeidsongeschikt. Zij dient op 4 april 2018 bij verzekeraar een claim in wegens arbeidsongeschiktheid. Deze wijst de claim af met een beroep op deze op het polisblad geplaatste clausule:

'Arbeidsongeschiktheid welke het gevolg is van, of verband houdt met de volgende ziekte(n), aandoening(en) of letsel(s) is (zijn) uitgesloten van dekking: Alle klachten en mogelijke gevolg

klachten welke zich hebben geopenbaard voor de ingangsdatum waar een consult danwel een behandeling voor zijn gegeven voor de ingangsdatum zijn uitgesloten van dekking.' Volgens verzekeraar valt de ziekte waarop de claim is gebaseerd onder deze clausule. Bovendien beroept hij zich op verjaring. Consument vordert dat haar claim alsnog in behandeling wordt genomen. Zij stelt een adreswijziging te hebben doorgegeven aan haar hypotheekadviseur/tussenpersoon, maar het polisblad nooit te hebben ontvangen en daarmee niet bekend was met de uitsluitingsclausule. Achteraf blijkt dit naar haar oude adres te zijn gestuurd. Verzekeraar kan niet bewijzen dat consument het polisblad daadwerkelijk heeft ontvangen. Consument is met de verzekering pas bekend geworden toen haar echtgenoot in 2018 door verzekeraar werd geïnformeerd over het verstrijken van de looptijd. Bij navraag door de hypotheekadviseur/tussenpersoon bleek er ook voor consument een verzekering te lopen.

In gelijke zin

Hoge Raad 14 juni 2013,
ECLI:NL:HR:2013:BZ4104, r.o. 3.3.2
Commissie van Beroep financiële dienstverlening,
nr. 2010-11, r.o. 4.1.2
Geschillencommissie Financiële Dienstverlening,
nr. 2016-055, r.o. 4.4
Geschillencommissie Financiële Dienstverlening,
nr. 2018-870, r.o. 4.5

Tip voor de praktijk

Ga na of de bepalingen inzake polisopmaak en polisafgifte correct worden toegepast. Pas zo nodig de procesbeschrijving en procedures aan.

Noot

1. De overeenkomst van verzekering is vormvrij. Dit impliceert dat wilsovereenstemming tussen partijen - verzekeringnemer en verzekeraar - volstaat. Ingevolge artikel 7:932 lid 1 BW moet de overeenkomst van verzekering worden vastgelegd in een akte, polis genaamd. Tien jaar geleden, op 1 januari 2010, werd artikel 156a Rv van kracht waardoor het voor een verzekeraar mogelijk werd om een elektronische polis af te geven. Ingevolge artikel 7:932 lid 1 BW moet deze zijn voorzien van een elektronische handtekening die voldoet aan de in artikel 3:15a lid 2 BW gestelde eisen. Een voorgedrukte of ingescande handtekening volstaat derhalve niet.

2. Doorgaans bestaat een polis uit een polisblad, waarop wordt verwezen naar de bijgevoegde algemene en bijzondere voorwaarden en, indien clausules van toepassing zijn die niet op het polisblad staan, een clausuleblad. Bij eenvoudige verzekeringsproducten worden de toepasselijke voorwaarden veelal afgedrukt op de rugzijde van het polisblad.

In onderhavige uitspraak komt het woord 'polis' slechts vier keer voor. Door de verzekeraar wordt dit eenmaal, naar mijn mening foutief, gebruikt als synoniem voor 'overeenkomst van verzekering'. En in r.o. 4.2 gebruikt de Geschillencommissie dit woord driemaal in verband met het feit dat een polis op grond van artikel 7:932 lid 1 BW het bewijs vormt van het bestaan van de overeenkomst van verzekering. Nu voor het overige enkel het woord 'polisblad' wordt gebruikt zou daaruit kunnen worden afgeleid dat de polis in dit geval bestond uit een polisblad waarop ook de toepasselijke voorwaarden zijn afgedrukt, dus zonder de hiervoor genoemde bijlagen. Dit neemt echter niet weg dat dit 'pars pro toto'-woordgebruik niet in overeenstemming is met de in artikel 7:932 lid 1 BW vastgelegde bedoeling van de wetgever.

3. Blijkens artikel 7:932 lid 1 BW, dat van dwingend recht is, geldt er voor de verzekeraar niet alleen een polisopmaakplicht maar ook een polisafgifteplicht. De polis moet, zoals kan worden opgemaakt uit de wetsgeschiedenis, worden afgegeven aan de verzekeringnemer: 'De verplichting van de verzekeraar om zo spoedig mogelijk na het sluiten van de verzekeraar een polis af te geven, is een verplichting jegens de verzekeringnemer. De polis dient dan ook aan de verzekeringnemer te worden afgegeven' (*Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 10*). De wetsgeschiedenis leert voorts dat afgifte van

de polis aan de verzekeringstussenpersoon van de verzekeringnemer slechts mogelijk is, wanneer deze hem een expliciete volmacht heeft gegeven om de polis in ontvangst te nemen (*Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 10*.) In de praktijk wordt aan dit volmachtvereiste niet voldaan.

4. In casu heeft verzekeraar de polis willen afgeven aan verzekeringnemer, maar heeft deze wegens verkeerde adressering niet bereikt. Dit terwijl zij een adreswijziging had doorgegeven aan haar hypotheekadviseur/tussenpersoon. Verzekeraar geeft toe dat in zijn systeem een verkeerd adres stond en zijn gegevens niet in orde waren. Dit was hem echter niet te verwijten, omdat hij nooit een adreswijziging had ontvangen. Dit roept de vraag op of de

hypotheekadviseur/tussenpersoon van verzekeringnemer zijn uit artikel 7:401 BW voortvloeiende zorgplicht heeft geschonden door verzekeraar niet te informeren over de door verzekeringnemer aan hem gestuurde adreswijziging. Deze

hypotheekadviseur/tussenpersoon moet ook hebben gezien dat hij van verzekeraar wél een voor zijn administratie bestemde kopiepolis van de door de echtgenoot van verzekeringnemer gesloten overeenkomst van verzekering kreeg en niet van de door haarzelf gesloten verzekering. De vraag is of dit hem tot actie had moeten aanzetten. De door de Geschillencommissie behandelde klacht was echter niet gericht tegen de hypotheekadviseur/tussenpersoon. Nu de klacht was ingediend tegen verzekeraar kwamen deze vragen - en ook het antwoord daarop - in onderhavige uitspraak niet aan de orde.

5. Verzekeraar beriep zich op de in artikel 4 lid 1 van de toepasselijke voorwaarden vastgelegde regeling dat kennisgevingen door of namens verzekeraar aan verzekerde rechtsgeldig geschieden aan het laatste bij administrateur (The Warranty Group) bekende adres. Aan dat adres is, aldus verzekeraar, het voor verzekeringnemer bestemde polisblad gestuurd evenals het voor haar echtgenoot bestemde polisblad. Verzekeraar vindt het opmerkelijk dat de echtgenoot van verzekeringnemer het polisblad ontving en verzekeringnemer niet. Hij stelt verder vóór het verzenden in 2018 van de informatiebrief over het verstrijken van de looptijd van de verzekering het juiste adres van verzekeringnemer te hebben gecheckt bij het Kadaster. Welk adres dat opleverde, is echter niet duidelijk. Temeer omdat volgens verzekeringnemer enkel haar echtgenoot

in het bezit kwam van deze brief. Dit was aanleiding om haar hypotheekadviseur/tussenpersoon navraag te laten doen bij verzekeraar. Het resultaat hiervan was dat zij, ondanks dat zij eerder een aanvraagformulier had ingediend en gezondheidsvragen had beantwoord, hierdoor te weten kwam dat niet alleen haar echtgenoot maar ook zijzelf beschikte over een woonlastenbeschermingsverzekering bij verzekeraar.

6. Op grond van artikel 3:37 lid 3 BW moet een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt.

'Met betrekking tot een schriftelijke verklaring geldt als uitgangspunt dat deze de geadresseerde heeft bereikt als zij door hem is ontvangen. Het antwoord op de vraag wanneer kan worden gezegd dat een verklaring door de geadresseerde is ontvangen, wordt noch in de wettekst noch in de daarbij behorende toelichting gegeven' (HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104, r.o. 3.2).

Met de ontvangsttheorie in gedachte overweegt de Geschillencommissie dat nu verzekeringnemer stelt het polisblad niet te hebben ontvangen het in beginsel op de weg van verzekeraar ligt om feiten en/of omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat het door hem verzonden polisblad verzekeringnemer heeft bereikt. Verzekeraar mocht zich volgens de Geschillencommissie overeenkomstig het bepaalde in artikel 4.1 van de voorwaarden, waarvan de strekking overeenkomt

met de tweede volzin van artikel 7:933 lid 1 BW, houden aan het laatst bij hem bekende adres van verzekeringnemer. Dit laat echter onverlet dat verzekeraar moet bewijzen dat het polisblad op dat adres ook *daadwerkelijk* is ontvangen. In dat bewijs is verzekeraar volgens de Geschillencommissie niet geslaagd, zodat het er voor moet worden gehouden dat verzekeringnemer het polisblad inderdaad niet heeft ontvangen. Dit brengt met zich, aldus de Geschillencommissie, dat de op het polisblad geplaatste uitsluitingsclausule toepassing mist nu daarover geen overeenstemming is bereikt. Verzekeraar moet de claim van verzekeringnemer dus in behandeling nemen. De vorderingen, bestaande uit de verzekerde maandbedragen zijn volgens de Geschillencommissie niet verjaard, omdat de in artikel 7:942 lid 1 BW genoemde verjaringstermijn van drie jaar pas ingaat de dag volgend op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid van de vordering bekend is geworden. In casu betekent dit dat van opeisbaarheid pas sprake kan zijn na het verstrijken van de eigen risicoperiode, derhalve daags na 3 februari 2016. Nu er geen sprake is van verjaring kan verzekeringnemer aanspraak maken op uitkering van alle nadien opeisbare vorderingen.

De Geschillencommissie concludeert dat verzekeraar toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst en wijst het gevorderde toe.

VAST 2020 / N-0009

Fipronil-eieren; aantasting naar verkeersopvattingen?

Tjalling Dorhout Mees

Rechtbank Rotterdam

23 oktober 2019, C/10/556218 / HA ZA

18-755

mr. Hofmeijer-Rutten, mr. Koekebakker, mr.

Van de Klashors

BW artikel 6:248

Rechtsvraag

Wat is de uitleg van het begrip zaakschade in een AVB polis?

In het kort

De feitelijke verhoudingen tussen de verschillende partijen zijn enigszins complex, maar voor de juridische publicaties van deze uitspraak niet van belang behoudens het feit dat moedervenootschap 'Metgezel' samen met haar dochter 'ZEF' aanspraak maakt op dekking onder de door Metgezel mede in het belang van ZEF gesloten aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB) jegens de verzekeraar HDI. De aanspraak van de verzekerden is gebaseerd op het feit dat ZEF aan derden eieren heeft geleverd die met fipronil besmet waren en door een van die derden zijn gebruikt voor het maken van eigeel en eiwit, waarbij het eigeel is geleverd aan een andere derde die het eigeel heeft gebruikt als grondstof voor eindproducten. Doordat besmet eigeel is geleverd waren ook de eindproducten besmet met fipronil waarvoor ZEF aansprakelijk wordt gehouden. De procedures over de aansprakelijkheid van ZEF lopen elders; de onderhavige procedure betreft de vraag of de verzekerden dekking hebben onder de AVB-polis als die aansprakelijkheid inderdaad wordt aangenomen. HDI verweert zich tegen die aanspraak met 3 weren:

1. Metgezel is niet vorderingsgerechtigd;
2. De schade waarvoor ZEF aansprakelijk wordt gehouden is geen zaakschade, nu niet is gebleken

dat in het eindproduct, het halffabricaat en/of het eigeelproduct andere bestanddelen zijn gebruikt en daardoor zijn beschadigd dan het eigeel dat afkomstig is uit de met fipronil besmette eieren. 3. Als er wel sprake is van zaakschade geldt de vervangingskostenclausule.

De rechtbank is met HDI van oordeel dat Metgezel niet ontvankelijk is. Metgezel is niet aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van de levering van met fipronil besmette eieren. Het enkele feit dat zij ook schade lijdt als haar dochter ZEF schade zal moeten vergoeden, doet daar niet aan af. Dergelijke afgeleide schade van de aandeelhouder kan niet worden begrepen onder het dekkingsbegrip van de AVB-polis.

De rechtbank stelt vast dat de door ZEF geleverde eieren worden gebroken waarna het eiwit en het eigeel worden gesplitst, hetgeen tot gevolg heeft dat sprake is van zaaksvorming in de zin van artikel 5:16 BW. Voor zover van belang betreft het een zaak die geen eigendom van ZEF is en daarom als zaak van derden moet worden beschouwd. Omdat de polisvoorwaarden het begrip 'zaaksbeschadiging' niet definiëren, moet uitgegaan worden van de betekenis die aan het begrip zaaksbeschadiging in een AVB-polis in de jurisprudentie wordt gegeven: *"Van beschadiging in die zin is sprake bij een objectieve aantasting van de stoffelijke structuur van de zaak, die na verkeersopvattingen haar stoffelijke gaafheid kenmerkt."* Omdat ZEF bij de leveringen is overeengekomen om eieren te leveren zonder enig fipronil, voldeden de eieren bij levering niet aan de subjectieve eisen die de afnemer op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De eieren zouden wel aan de objectieve verwachtingen die een ieder daarvan zou mogen hebben voldoen, in het geval dat het gehalte aan fipronil onder de toepasselijke MRL-norm zouden zijn geweest. Hoewel de eieren in dat geval niet

aan de overeenkomst zouden voldoen, zou er in dat geval geen sprake zijn van beschadiging. Als het gehalte aan fipronil boven de toepasselijke en MRL-norm zou liggen, dan voldeden deze eieren niet alleen niet aan de verwachtingen van de afnemer, maar ook niet aan de objectieve verwachtingen die een ieder daarvan zou mogen hebben. Om van beschadiging te kunnen spreken, moet echter ook de stoffelijke structuur van de zaak aanvankelijk gaaf zijn geweest. Aan die eis is volgens de rechtbank niet voldaan, omdat zowel het ei als het daaruit vervaardigde eigeelpoeder (en de andere half- en eindfabricaten) nooit gaaf zijn geweest.

Als echter de leveringen van ZEF ook schone eieren zouden hebben omvat, dan zou door vermenging van schoon eigeel met besmet eigeel sprake zijn van beschadiging van het schone eigeel. ZEF wordt toegelaten tot het bewijs dat ook schone eieren zijn geleverd. Als ZEF in dat bewijs slaagt, is onder de polis gedekt de schade aan de schone bestanddelen.

De polis bevat de volgende uitsluitingsclausules:

“De verzekering dekt niet de aansprakelijkheid voor schade wegens het niet of niet naar behoren kunnen gebruiken van de betreffende zaken of werkzaamheden.”

De rechtbank overweegt dat een uitsluiting naar zijn aard beperkt moet worden uitgelegd. Als er voor het schone eigeel in beginsel dekking bestaat, is de schade aan het schone eigeel veroorzaakt doordat daaraan met fipronil besmet eigeel van ZEF is toegevoegd. Deze nieuw gevormde zaak heeft nooit aan ZEF toebehoord en kan niet worden aangemerkt als ‘de betreffende zaak’ in de zin van de clausule. De door HDI gestelde ratio van de uitsluiting doet daaraan niet af, omdat het hier gaat om een mogelijk voor de volksgezondheid gevaarlijke verontreiniging en niet om een klassiek kwaliteitsprobleem.

In gelijke zin

HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6163

Tip voor de praktijk

Pas als vastgesteld is dat een wijziging van de

stoffelijke structuur van een zaak is opgetreden, komt men aan de vervolgvragen toe: is er sprake van een aantasting en was de zaak aanvankelijk gaaf. Hier is sprake van een perkende uitleg van de vervangingskostenclausule.

Noot

Terecht heeft de rechtbank geoordeeld dat Metgezel geen zelfstandig recht op dekking onder de polis heeft. Weliswaar is Metgezel als verzekeringsnemer in de polis ook gedefinieerd als verzekerde, maar dat neemt niet weg dat voor dekking noodzakelijk is dat ook voor Metgezel geldt dat zij aansprakelijk moet worden gehouden voor zaakschade, hetgeen niet het geval was.

Het begrip beschadiging kent een bloot feitelijk aspect en normatieve aspecten. Het bloot feitelijke aspect betreft de vraag of sprake is geweest van een wijziging van de stoffelijke structuur van de zaak. Dat is dus een ‘technische’ vraag: is het beton gescheurd, is een onderdeel van een zaak afgebroken, is een geval van verontreiniging zodanig dat tussen de zaak en de verontreiniging een zodanige hechting ontstaat dat deze niet meer met een eenvoudige schoonmaakmaatregel ongedaan kan worden gemaakt, is een vermenging van zaken zodanig dat deze niet meer met gewone middelen ongedaan kan worden gemaakt, enzovoort.

Als deze vragen niet met ‘ja’ kunnen worden beantwoord, is er geen sprake van beschadiging. Als een van deze vragen wel met ‘ja’ kan worden beantwoord, is de volgende vraag of de wijziging van de stoffelijke structuur naar verkeersopvatting een aantasting oplevert. Een normatieve vraag dus. De tweede normatieve vraag is vervolgens of die wijziging in de stoffelijke structuur naar verkeersopvatting haar stoffelijke gaafheid kenmerkt.

Met name de beantwoording van de rechtbank van deze eerste normatieve vraag: ‘is er sprake van een aantasting?’, is interessant. De rechtbank maakt daarbij immers het verschil tussen enerzijds de subjectieve verwachtingen van de afnemer van ZEF en anderzijds de vraag of het gehalte aan fipronil in de eieren al dan niet onder de toepasselijke MRL-norm bleef.

Achtergrond van de eis dat sprake moet zijn van

een aantasting, is dat de enkele wijziging van de stoffelijke structuur van de zaak niet noodzakelijkerwijs tot schade hoeft te leiden. Vermoedelijk kan gezegd worden dat zelfs het grote merendeel van de wijzigingen van de stoffelijke structuur niet tot een vermogensvermindering, maar tot een vermogensvermeerdering leidt. Deze zaak illustreert dat al: zonder de fipronil-verontreiniging zijn verschillende wijzigingen van de stoffelijke structuur aan de orde totdat een eindproduct is bereikt, het breken van de eieren, scheiden van eigeel en eiwit, het vermengen van het eigeel van verschillende eieren, het verwerken tot poeder en het verwerken tot eindproduct, allemaal wijzigingen in de stoffelijke structuur die leiden tot een bruikbaar en verkoopbaar product en dus tot een waardevermeerdering.

Bij mengen met eigeel waarin het fipronil-gehalte hoger is dan de toepasselijke norm, zal meestal sprake van een aantasting van het schone eigeel door het eigeel met een te hoog fipronil-gehalte zijn, behalve als zo weinig besmet eigeel aan het schone eigeel wordt toegevoegd dat de totale hoeveelheid beneden de norm blijft. Interessant is dus met name de passage waarin de rechtbank aan de orde stelt de situatie dat de geleverde eieren een gehalte aan fipronil bevatte onder de toepasselijke MRL-norm. De rechtbank overweegt daarover dat niet relevant is of die eieren voldoen aan de subjectieve verwachtingen die de afnemer van ZEF op grond van de overeenkomst dat de eieren zonder enig fipronil zouden worden geleverd, mocht hebben, als het gaat om de vraag of vermenging van het eigeel van die eieren een aantasting teweeg heeft gebracht. Volgens de rechtbank is dat naar objectieve maatstaven niet het geval en leidt dat dus wel tot aansprakelijkheid van ZEF wegens tekortschieten bij de uitvoering van de overeenkomst, namelijk het leveren van eieren zonder enig fipronil, maar leidt dat niet tot een objectieve aantasting van de schone eieren.

Mijn eerste opmerking is dat het wat verwarrend is dat de rechtbank eerst bespreekt of de geleverde eieren zijn aangetast. De eieren zijn immers niet van stoffelijke structuur gewijzigd, maar van meet af aan met fipronil besmet geweest; er is immers geen moment aan te wijzen waarop dat niet het geval is geweest. Dat wordt

overigens door de rechtbank 'rechtgetrokken' als de rechtbank concludeert dat de besmette eieren - en het uit die eieren gevormde eigeel - nooit gaaf zijn geweest. Terecht concludeert de rechtbank dat uitsluitend sprake kan zijn van besmetting van schoon eigeel door vermenging met besmet eigeel.

Als we de redenering van de rechtbank nu doortrekken naar de vraag of door die vermenging van het schone eigeel met besmet eigeel van eieren waarvan de besmetting niet boven de norm uitkwam, is duidelijk dat dat ook voor het mengproduct niet het geval kan zijn. Het besmette eigeel wordt immers verdund met schoon eigeel, zodat de totale mengverhouding nu een nog lager gehalte aan fipronil zal hebben.

De rechtbank gaat ervan uit dat een besmetting onder de MRL-norm naar 'objectieve verwachtingen die iedereen daarvan zou mogen hebben' niet tot de conclusie leidt dat sprake is van een aantasting en dus van een beschadiging. Het lijkt mij dat een wettelijke norm niet per definitie de verkeersopvattingen weergeeft; als dat zo zou zijn, zou het bestaansrecht van verkeersopvattingen niets meer toevoegen. Mijn indruk is dat zo langzamerhand bij verontreinigingen in het algemeen en besmettingen als de onderhavige in het bijzonder, de maatschappelijke opvatting is dat geen enkele besmetting meer wordt getolereerd en dat wettelijke normen en het oordeel van deskundigen veelal niet worden gevolgd.

In haar proefschrift *De verkeersopvatting 2009*, Boom juridische uitgevers) merkt P. Memelink onder meer op:

"Van een duidelijke waterscheiding tussen de begrippen is echter geen sprake.

Verkeersopvattingen, maatschappelijke opvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen lopen in elkaar over zoals de kleuren van een aquarel."

en:

"Hantering van de verkeersopvatting kent het belangrijke voordeel dat zij ruimte biedt voor zowel maatwerk in het concrete geval als voor aanpassing van het recht aan ontwikkelingen in de maatschappij, zonder dat daarvoor een wetswijziging noodzakelijk is."

Voor het standpunt van de rechtbank is dus zeker

wat te zeggen, maar niet uitgesloten kan worden dat naar verkeersopvattingen ook van een aantasting kan worden gesproken als de besmetting beneden de norm is gebleven.

Dat tenslotte de rechtbank de vervangingskostenclausule buiten beschouwing laat acht ik terecht. Daaraan kan worden

toegevoegd dat de waarde van de besmette eieren door HDI niet behoeven te worden vergoed, omdat het uitsluitend gaat om vergoeding van de schade die de afnemer lijdt doordat het schone eigeel is besmet.

Vindplaatsen

ECLI: NL:RBROT:2019:8392

VAST 2020 / N-0010

Is ‘all risks’ nu wel of niet ‘all risks’?

Flip van Huizen

Rechtbank Rotterdam
6 november 2019, C/10/549172 / HA ZA
18-425
mr. Sikkel

Rechtsvraag

Is oplichting een risico gedekt onder de transportverzekering?

In het kort

De verzekerde reis liep, net als in de standaardbepalingen van de Nederlandse Beursgoederenpolis, vanaf het moment waarop de zaken worden opgenomen of op een daarmee vergelijkbare wijze worden weggevoerd teneinde de verzekerde reis aan te vangen tot het moment waarop de zaken zijn aangekomen op de plaats van bestemming. De vraag was of de partijen kaas gedurende de verzekerde reis verloren zijn gegaan. Verzekeraar stelde zich op het standpunt dat dit niet het geval is en dat er geen sprake is van verlies van de partijen kaas gedurende de verzekerde reis omdat de partijen kaas gewoon op de door de fake-koper beoogde bestemming aangekomen waren, terwijl de verzekering geen dekking biedt voor oplichting en fraude die zich voorafgaande aan het transport heeft voorgedaan. De rechtbank gaat mee in dit verweer en overweegt dat de partijen kaas aangekomen zijn bij de fake-koper en dat er dus geen sprake is van ‘verloren gaan’ van de kazen als bedoeld in de hiervoor geciteerde dekkingsomschrijving. De kazen zijn ‘enkel’ niet betaald door de fake-koper. Dit betreft een bedrijfsrisico dat buiten de dekking van de transportverzekering valt, aldus de rechtbank. De rechtbank overweegt tot slot dat het feit dat er een ‘all risks’-verzekering afgesloten is, niet betekent dat er alsnog dekking ontstaat die met de aard en strekking van de betreffende verzekering in strijd is. De vorderingen van de verkoper worden mitsdien afgewezen.

In gelijke zin

ECLI:NL:HR:1993:ZC1160
ECLI:NL:GHAMS:2007:BD2314
ECLI:NL:RBAMS:2004:AV0644
ECLI:NL:GHSGR:2009:BK2836

In tegengestelde zin

Schloss Bros v. Stevens ([1908] 2 KB 665)
Britain & Foreign Marine Insurance Company
Limites v Gaunt ([1921] 2 AC 41)
Integrated Container Service Inc. v British
Traders Insurance Co. Ltd. C.A. ([1984] 1 Lloyd’s
Rep. 154.)
AGCS Marine Insurance Company v. World Fuel
Services, Inc. (14 Civ. 5902 (PAE) 11-11-1026)

Noot

Iemand doet zich onterecht voor als medewerker van een bepaald bedrijf en in die hoedanigheid besteld diegene goederen met het verzoek om de goederen ergens af te leveren. De goederen worden afgeleverd en de vogel is gevlogen. Dat is samengevat de werkwijze die ook in deze zaak werd gehanteerd. Deze werkwijze komt in de praktijk steeds vaker voor. Naar mijn weten is het de eerste keer dat een rechter in Nederland oordeelt over de vraag of de schade die de verkoper door deze werkwijze lijdt is gedekt onder een goederentransportverzekering.

Wat speelde zich af bij de rechtbank?¹

De verkoper had een uitgebreide transportgoederenverzekering afgesloten met de volgende dekkingsomschrijving:

“De maatschappij vergoedt alle verliezen van en materiële schade aan de verzekerde zaak... onverschillig door welke oorzaak ontstaan...”

De verzekerde reis liep, net als in de standaardbepalingen van de Nederlandse

Beursgoederenpolis, vanaf het moment waarop de zaken worden opgenomen of op een daarmee vergelijkbare wijze worden weggevoerd teneinde de verzekerde reis aan te vangen tot het moment waarop de zaken zijn aangekomen op de plaats van bestemming. De vraag was of de partijen kaas gedurende de verzekerde reis verloren zijn gegaan. Verzekeraar stelde zich op het standpunt dat dit niet het geval is en dat er geen sprake is van verlies van de partijen kaas gedurende de verzekerde reis omdat de partijen kaas gewoon op de door de fake-koper beoogde bestemming aangekomen waren, terwijl de verzekering geen dekking biedt voor oplichting en fraude die zich voorafgaande aan het transport heeft voorgedaan. De rechtbank gaat mee in dit verweer en overweegt dat de partijen kaas aangekomen zijn bij de fake-koper en dat er dus geen sprake is van 'verloren gaan' van de kazen als bedoeld in de hiervoor geciteerde dekkingsomschrijving. De kazen zijn 'enkel' niet betaald door de fake-koper. Dit betreft een bedrijfsrisico dat buiten de dekking van de transportverzekering valt, aldus de rechtbank. De rechtbank overweegt tot slot dat het feit dat er een 'all risks'-verzekering afgesloten is, niet betekent dat er alsnog dekking ontstaat die met de aard en strekking van de betreffende verzekering in strijd is. De vorderingen van de verkoper worden mitsdien afgewezen.

'All risks' niet altijd 'all risks'?

De Rechtbank Rotterdam neemt als uitgangspunt dat een 'all risks'-dekking alleen dekking biedt als de oorzaak van de schade verband houdt met het transport.

Dit uitgangspunt komt vaker terug in de rechtspraak. Uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam 14 juli 2004 (ECLI:NL:RBAMS:2004:AV0644) volgt dat een 'all risks'-dekking niet afdoet aan het feit dat een goederentransportverzekering er slechts toe strekt 'risico's van opslag en vervoer' te verzekeren. Het Hof Amsterdam heeft met herhaling van de overweging over de strekking van de goederentransportverzekering, dit vonnis bekrachtigd (zie ECLI:NL:GHAMS:2007:BD2314). Ook het Hof Den Haag in zijn arrest van 3 november 2009 (ECLI:NL:GHSGR:2009:BK2836) volgt dit uitgangspunt. "Verzekeraars hebben er terecht op gewezen dat

het hier niet gaat om een risico dat verband houdt met transport, maar dat het hier veeleer gaat om een handelsrisico."

Tot slot wordt verwezen naar de conclusie van A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense bij het Cox-arrest (NJ 1994, 126):

"Voorts teken ik aan dat ook een 'all risks' transportverzekering, als de onderhavige - vanzelfsprekend - slechts dekking biedt tegen risico's eigen aan transport."

Zij sluit daarbij aan wat het hof in die zaak had overwogen:

"Cox heeft een transportverzekeringsovereenkomst gesloten met Nieuw Rotterdam, dat wil zeggen de trucks willen verzekeren tegen de risico's eigen aan het transport. Schade door bevriezing is niet eigen aan het transport."

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Cox, omdat het hof niet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de vraag of de schade door de verzekering wordt gedekt aan de hand van de in artikel 246 K neergelegde maatstaf, ontkennend te beantwoorden. De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag of een 'all risks'-transportverzekering slechts dekking biedt tegen risico's eigen aan transport.

Andere ontwikkelde rechtstelsels kijken iets anders aan tegen deze door A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense als vanzelfsprekend betitelde beperking van de 'all risks'-dekking. Eerst volgt een uitstapje naar Groot-Brittannië om te eindigen in de Verenigde Staten.

Groot-Brittanie: 'All risks' is 'all risks'

In het arrest *Schloss Bros v. Stevens* ([1908] 2 KB 665) overwoog Judge Walton dat de woorden 'all risks' de intentie hebben om 'all losses by any accidental cause of any kind occurring during the transit' te dekken. Hij voegde daaraan toe: "There must be a casualty". Deze zienswijze is verder ontwikkeld door de House of Lords in *Britain & Foreign Marine Insurance Company Limited v Gaunt* ([1921] 2 AC 41) waar Lord Summer het volgende overwoog:

"There are, of course, limits to 'all risks'. They are risks and risks insured against. Accordingly the expression does not cover inherent vice or mere wear and tear ... It covers a risk, not a certainty; it is something, which happens to the subject-matter from without, not the natural behaviour of

that subject-matter, being what it is, in the circumstances under which it is carried. Nor is it a loss which the assured brings about by his own act, for then he has not merely exposed the goods to the chance of injury, he has injured them himself."

Dunt (Marine Cargo Insurance 2016, p. 151) zegt over deze overweging het volgende:

"The limits on all risks identified by Lord Summer may be analysed on a scale starting with inevitability of loss, which is not a risk, and ending with inherent vice."

Kortom, er wordt dekking geboden tegen alle tussenliggende risico's.² Een onderscheid tussen transportgerelateerde risico's en niet-transportgerelateerde risico's wordt niet gemaakt.

Ik merk daarbij op dat het voor mij niet duidelijk is wat allemaal onder een 'transportgerelateerd risico' zou vallen. Diefstal is namelijk wel gedekt onder 'all risks' (ook in Nederland), maar diefstal is volgens mij niet eigen aan transport.

Dat gezegd hebbende, sluit ik deze paragraaf af met de uitspraak *Integrated Container Service Inc. v British Traders Insurance Co. Ltd. C.A.* ([1984] I Lloyd's Rep. 154.) om te illustreren dat in Groot-Brittannië 'all-risks' ook echt 'all-risks' betekent.

Het betreft een procedure waarin verzekerde van de verzekeraar uitkering vordert van kosten voor 'sue and labour'. Dit blijkt in dit geval uit het feit dat de verzekerde buitengewone kosten heeft gemaakt om zijn containers, de verzekerde goederen, die hij had verhuurd aan een derde die later failliet is gegaan, terug te halen. Omdat de containers werden achtergelaten - verspreid over verschillende plaatsen in het Verre Oosten - liepen ze het risico op diefstal, misbruik, het afdwingen van een retentierecht, en op verlies of beschadiging door een of andere oorzaak. Het verweer van de verzekeraars was dat het risico van een rechtmatige verkoop van de containers door een persoon die volgens de lokale wetgeving een verkoopbevoegdheid heeft om onbetaalde haven-, haven- of loodsgelden te recupereren, geen risico was dat door de polis werd gedekt. Deze stelling werd verworpen door Lord Justice Dillion:

"They [de containers] were consequently exposed to the risk of theft, misuse, enforcement of a lien - in other words, to the risk of loss or damage from some cause or another. We are concerned with a policy which covers all risks. Therefore, if the

plaintiff have established the existence of a threat of loss or damage, no matter if that threat resulted from the insolvency of the lessee, they are entitled to recover moneys laid out to avert a loss which might result from a variety of reasons."

Een kijkje in de keuken in de Verenigde Staten

In de zaak *AGCS Marine Insurance Company v. World Fuel Services, Inc.* (14 Civ. 5902 (PAE) 11-11-1026) oordeelt de rechter bij een fraudezaak met een fake-koper dat er dekking is onder de 'all risks'-verzekering.

In deze zaak gaat het om een verzekeringsgeschied dat voortvloeit uit een geraffineerde fraude.

Eisers (World Fuel) zijn leverancier van olie. Zij waren het slachtoffer van een fake-koper die beweerde te werken voor de Amerikaanse regering. De fake-koper sloot met World Fuel een contract voor de levering van olie ter waarde van ongeveer 17 miljoen dollar. Na ontvangst van de brandstof via een ship-to-ship-transfer knijpt de fake-koper er tussenuit.

De volgende 'all risks'-clausule is van toepassing: *"[a]gainst all risks of physical loss or damage from any external cause (...) from time of leaving tanks at port of shipment and while in transit and/or awaiting transit and until safely delivered in tanks at destination."*

World Fuel stelt zich op het standpunt dat sprake is van 'a fortuitous loss of covered property under an all-risk policy'. AGCS betwist niet dat sprake is van een 'all risks'-dekking. Het argument voor verzekeraar om dekking af te wijzen is dat het verlies buiten de temporele grenzen heeft plaatsgevonden, van hetzij vóór, hetzij na, maar niet tijdens de looptijd van de dekking.

De United States District Court, S.D. New York overweegt daarover onder meer het volgende:

"2. Was There a Loss Within the Period of Coverage?

(...)

[21] Analysis properly starts with the plain meaning of 'physical loss'. See Palmieri, 445 F.3d at 187. The 'absence of possession and control falls within the plain meaning of "loss"."

Intermetal Mexicana, S.A. v. Ins. Co. of N. Am., 866 F.2d 71, 76 (3d Cir.1989); see also Int'l Multifoods, 309 F.3d at 84 ('[F]rom the perspective of the insured, the real "loss" - if never remedied - is the loss of control that occurs

upon a dispossession’.); Ins. Co. of N. Am. v. Newtowne Mfg. Co., 187 F.2d 675, 684 (1st Cir.1951) (holding that insured, who was shipping goods by truck, ‘lost the goods when the driver drove away from the factory and disappeared’). Consistent with this common-sense definition, the parties jointly stipulate to the fact that ‘[t]he MGO was physically lost’.

Kortom, de goederen zijn tijdens de reis verloren gegaan, aldus de New Yorkse rechter. Anders dan de Rechtbank Rotterdam lijkt te suggereren is de schade van verzekerde niet ontstaan doordat de factuur van de koopsom onbetaald is gebleven:

Interessant in dat kader is wat hierover in dezelfde uitspraak wordt geoordeeld:

*“*443 This distinction has a solid logical basis. The risk of loss properly falls on the seller of goods when the seller has developed, à la Sutro and Grimberg, an informal course of dealing that foreseeably results in a loss when the buyer fails to pay. But where the loss is, for all intents and purposes, unforeseeable and unavoidable, and was caused by a malicious fraud, the risk of loss properly falls on an all-risk insurer, absent, of course, an on-point policy exclusion.”*

Kortom

Zonder te willen oordelen of de Nederlandse rechter de materie wel of niet goed ziet, heb ik met deze noot in grote stappen willen aantonen dat het niet ‘vanzelfsprekend’ is dat bij een transportverzekering sprake moet zijn van een risico dat in verband moet staan met, dan wel eigen is aan het transport.

1. De samenvatting is (bijna een-op-een) overgenomen van de website van Van Traa Advocaten.
2. Zie ook Arnould, nr 23-80. ‘All risks’ policies are not subject to any *ejusdem generis* limitation. Goods insured against all risks are in effect, and subject to any express exclusion in the policy (such as the f.c. & s. clause and S.R. & C.C. clause which are inserted in the Institute Cargo Clauses (All Risks) unless deleted), covered against loss or damage from any external cause.

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBROT:2019:8771

VAST 2020 / N-0011

Aansprakelijkheid van een advocatenmaatschap: met een schot hagel toch raak schieten

Leonie Rammeloo

Hof Den Bosch

1 oktober 2019, 200.206.927_01

mr. Bertelds, mr. Beurskens, mr. Molin

BW artikel 7:400

Rechtsvraag

Had de advocatenmaatschap haar cliënte tien jaar geleden mogen adviseren geen appel in te stellen?

In het kort

Geen baanbrekende zaak of opvallende uitspraak, maar wel een illustratie van de beroepsaansprakelijkheidspraktijk, met een voor de aangesproken advocatenmaatschap teleurstellend staartje.

Tip voor de praktijk

Twee arresten in een beroepsaansprakelijkheidskwestie tegen een advocatenmaatschap geven een aardig beeld van wat zich in deze praktijk vaker voordoet, namelijk dat een incassopoging voor advocatendeclaraties de deur kan openzetten voor een grimmige claim van de cliënt, dat ook de advocaat die de claimende cliënt bijstaat een claim tegemoet kan zien, dat het tijdsverloop groot kan zijn én dat dit de aangesproken advocaat parten kan spelen, dat de cliënt bereid is feiten te verzinnen ter onderbouwing van zo'n claim én dat deze verzinsels (behalve de afwijzing van de daarop gebaseerde vordering) niet beletten dat andere verwijten wél terecht worden bevonden. Tenslotte ook dat de rechter vaak teruggaat naar de kern van de onderliggende zaak om 'na te spelen' wat er bij een ander advies of andere strategie van de aangesproken advocaat zou zijn gebeurd. Kortom: geen noot over een baanbrekende zaak of een

opvallende uitspraak, maar een illustratie van de beroepsaansprakelijkheidspraktijk, met een voor de aangesproken advocatenmaatschap teleurstellend staartje.

Noot

Mevrouw, appellante
tegen
Maatschap, geïntimeerde

Na het verbreken van een affectieve relatie van elf jaar (die was bekroond met kinderen en was 'bezegeld' met een samenlevingsovereenkomst) procedeert mevrouw al langer over de afwikkeling daarvan dan dat de relatie zelf heeft geduurd. Nadat met bijstand van advocaat 1 een schikking is bereikt met de ex-vriend, probeert mevrouw daar met hulp van advocaten van de Maatschap onderuit te komen. Zonder resultaat, want de rechtbank bepaalt in haar beschikking de kinderen partneralimentatie overeenkomstig de schikking. De Maatschap adviseert mevrouw geen hoger beroep in te stellen omdat er 'geen redelijke kans op succes' is. Einde verhaal? Neen: ter incasso van zijn openstaande declaraties dagvaart advocaat 1 mevrouw. Mevrouw betwist de declaraties aan advocaat 1 verschuldigd te zijn en vordert in reconventie ontbinding van de overeenkomst van opdracht en schadevergoeding, dit alles vanwege beroepsfouten van advocaat 1. De Maatschap staat mevrouw X bij in deze procedure jegens advocaat 1. De rechtbank wijst op 6 april 2011 de vordering van advocaat 1 toe en de reconventionele vorderingen van mevrouw af, en wel omdat advocaat 1 heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mag worden verwacht.

De Maatschap spreekt met mevrouw af dat hoger beroep van dit vonnis wordt ingesteld, met dagvaarding tegen een roldatum van ruim een jaar later. En zo wordt advocaat 1 op 11 april 2011 gedagvaard tegen 10 juli 2012. Begin september 2011 dreigt advocaat 1 een anticipatie-exploit uit te laten brengen als mevrouw het appel niet intrekt. Deze aangekondigde anticipatie heeft de Maatschap in verschillende e-mails toegelicht aan en ook telefonisch besproken met mevrouw.

Zonder bericht hierover aan de Maatschap brengt advocaat 1 op 20 september 2011 het anticipatie-exploit uit aan mevrouw, ter vervroeging van de procedure naar 4 oktober 2011. Op 22 september 2011 heeft de Maatschap over een andere kwestie per e-mail en telefoon contact met mevrouw. Op de rolzitting van het hof van 4 oktober 2011 stelt de Maatschap zich niet voor mevrouw en evenmin op de volgende roldatum van 18 oktober 2011. Op 1 november 2011 vraagt advocaat 1 om arrest, dat op 20 december 2011 wordt gewezen en waarin advocaat 1 is ontslagen van de instantie. Pas als advocaat 1 aanspraak maakt op de proceskosten verneemt de Maatschap van het bestaan van het inmiddels gewezen arrest en dus ook van het anticipatie-exploit. In het contact nadien tussen de Maatschap en mevrouw zegt zij in eerste instantie geen exploit te hebben ontvangen.

Mevrouw stelt vervolgens de Maatschap aansprakelijk en dagvaardt zij haar vervolgens wegens het niet zelf 'observeren' van de appelprocedure en wegens het verzuim zich in appel in oktober 2011 te stellen. Mevrouw beroept zich ter zake van het tweede verwijt op haar e-mail aan de Maatschap van 22 september 2011 en stelt het exploit op 26 september 2011 op het kantoor te hebben afgegeven. De Maatschap betwist de ontvangst van die e-mail en de gestelde afgifte op haar kantoor en stelt dat mevrouw nooit een woord gerept heeft over de ontvangst van het anticipatie-exploit, dit ondanks twee uitvoerige telefoongesprekken op 22 september 2011. De Maatschap wijst ook op het feit dat de huidige stellingname van mevrouw afwijkt van de eerdere stelling dat zij geen exploit had ontvangen. De rechtbank wijst op 13 juli 2016 alle vorderingen af.

In appel handhaaft mevrouw het verwijt over het niet observeren en het niet stellen in oktober

2011 en brengt twee nieuwe verwijten in: (1) de onjuistheid van het advies om geen appel in te stellen tegen het vonnis van 13 januari 2009 en (2) niet de verjaring te stuiten van de vernietigingsmogelijkheid van de in de schikking met de ex afgesproken verdeling.

Het hof gaat in zijn tussenarrest uitvoerig in op het verwijt dat de Maatschap zelf de appelprocedure had moeten observeren en beoordeelt dit verwijt als ongegrond. Uitkomst van de overwegingen is dat, juist door het telefoongesprek met mevrouw naar aanleiding van het dreigen door advocaat 1 met anticipatie, de Maatschap erop mocht vertrouwen dat mevrouw de Maatschap op de hoogte zou houden van een aan haar (adres) betekend exploit. Dat het voor een advocaat relatief eenvoudig is om een roljournaal te raadplegen doet daar niet aan af.

Ook het verwijt over het niet-stuiten van de mogelijkheid tot vernietiging is onterecht volgens het hof. Het hof draagt in het tussenarrest mevrouw op te bewijzen dat ze de Maatschap heeft gewezen op het exploit. Zodoende worden na het tussenarrest getuigen gehoord over het probandum dat mevrouw X het exploit op 26 september 2011 heeft afgegeven op het kantoor van de Maatschap en dat de Maatschap ook anderszins eind september 2011 kennis had van het exploit. Bij eindarrest oordeelt het hof dat mevrouw X niet is geslaagd in het bewijs.

Staat mevrouw dan met lege handen? Nee, want het hof heeft het verwijt ter zake van de onjuistheid van het advies om geen appel in te stellen tegen het vonnis van 13 januari 2009 bij tussenarrest wel als terecht beoordeeld. Daartoe constateert het hof dat het advies van de Maatschap uit begin 2009 geen uitleg van haar inschatting dat er 'geen redelijke kans op succes' bevat én dat die uitleg ook in de onderhavige appelprocedure niet wordt gegeven (anders dan de opmerking dat er geen sprake is van omstandigheden in de zin van artikel 1:401 BW). Het hof overweegt allereerst dat er in appel tenminste - en volgens het hof 'met kans op succes' - een beroep op het ontbreken van een (door de rechtbank aangenomen) niet-wijzigingsbeding gedaan had kunnen en dus had moeten worden. Ten tweede slaat het hof de Maatschap met eigen argumenten om de oren: waar zij in de aansprakelijkheidsprocedure tegen advocaat 1 hem had verweten geen eigen

berekening van de draagkracht van de ex te hebben gemaakt, moet er, bij gebreke van gemotiveerd verweer van de Maatschap op dat punt, vanuit worden gegaan dat de vrouw in een appelprocedure tegen de beschikking van 13 januari 2009 op basis van wel een nieuwe berekening gunstiger alimentatiebedragen had kunnen verkrijgen. Ook daarom had de Maatschap dus niet mogen adviseren geen appel in te stellen en is zij toerekenbaar tekortgeschoten jegens mevrouw. Dit oordeel, vervat in een bindende eindbeslissing, blijft ook in het eindarrest (waarin mevrouws stellingen over het inseinen over en afgeven van het exploit als niet bewezen worden 'afgeserveerd') overeind. In de schadestaatprocedure mogen mevrouw en de Maatschap debatteren over bestaan en omvang van de schade.

Het oordeel van het hof over dit ene verwijt zal wellicht teleurstellend zijn geweest voor de Maatschap. Waarschijnlijk had de Maatschap er niet op gerekend dat het hof eind 2018 nog zo zou inzoomen op de situatie van begin 2009 (anders had de Maatschap zich wel uitgebreider verweerd tegen dit - pas in appel opgeworpen - verwijt). Mogelijk hoopte de Maatschap op toepassing van een verval- en verjaringstermijn, nu mevrouw het

verwijt pas zo'n acht jaar na ontvangst van het appelladvies heeft gemaakt? Toch is dit terugkeren - ook na lange tijd - naar de feitelijke situatie waar het verwijt in de kern op ziet bepaald gebruikelijk. Gedegen onderzoek in het dossier van destijds ter parering van zo'n verwijt is dan echt nodig voor het optimaliseren van het verweer. Opvallend is overigens dat het hof het advies van begin 2009 (met de motivering dat de Maatschap 'geen redelijke kans op succes' zag) heeft getoetst aan de sindsdien veel strenger geworden maatstaf voor schriftelijke adviezen aan cliënten (bijvoorbeeld HvD 25 maart 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:142 en HvD 21 december 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:212). Dat het hof de Maatschap haar eigen partijdige (namens mevrouw in de procedure tegen advocaat 1 ingenomen) stellingen inwrijft is wat flauw. Standaard in de beroepsaansprakelijkheidspraktijk is dat in het verweer een 'tournure' ten opzichte van eerder namens de cliënt ingenomen standpunten is toegestaan.

Vindplaatsen

ECLI:NL:GHSHE:2019:3588

ECLI:NL:GHSHE:2018:4210

Een korte beschouwing over het Urgenda-arrest

Sandra Putting

Hoge Raad

20 december 2019, 19/00135

mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Wattendorf (P-G Langemeijer en A-G Wissink)
BW artikel 3:305a; EVRM artikel 2 en 8

Rechtsvraag

Rust op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM op de Staat een verplichting maatregelen te nemen tegen de dreiging van klimaatverandering?

In het kort

In het *Urgenda*-arrest vordert Stichting Urgenda, naar aanleiding van onbestreden feiten ten aanzien van klimaatverandering, een bevel aan de Staat om het volume van de uitstoot van broeikasgassen te doen beperken zodat dit volume aan het eind van het jaar 2020 is verminderd met 40%, dan wel minimaal 25% ten opzichte van het volume in 1990.

De Hoge Raad oordeelt dat op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM op de Staat de positieve verplichting rust om maatregelen te nemen tegen de dreiging van klimaatverandering. Die verplichting leidt tot een reductie van minimaal 25-40%, omdat er een internationale consensus bestaat over de noodzaak tot een reductie in 2020 van minimaal 25-40%. Deze verplichting geldt niet slechts voor de partijen bij het VN-Klimaatverdrag samen, maar betreft een individuele verantwoordelijkheid voor de verdragsstaten

[De Staat tegen Stichting Urgenda]

In gelijke zin

Conclusie P-G Langemeijer en A-G Wissink 13

september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887

Tip voor de praktijk

Dit arrest geeft weer dat de Staat op grond van de zorgplicht die volgt uit artikel 2 en 8 EVRM aansprakelijk kan worden gesteld voor het nemen van maatregelen tegen de ernstige gevaren van klimaatverandering.

Noot

1. Inleiding. In dit arrest gaf de Hoge Raad het finale oordeel in de inmiddels langslpende *Urgenda*-zaak. De Staat is verplicht verdergaande, passende maatregelen te nemen tegen klimaatverandering en zal de uitstoot van broeikasgassen moeten doen beperken tot tussen de 25% en 40% aan het einde van 2020. Er is inmiddels veel geschreven over de *Urgenda*-zaak. Deze annotatie zal na een korte samenvatting van de feiten en het oordeel van de Hoge Raad (punt 2 en 3) ingaan op twee kernonderdelen (punt 4 en 5) die relevant zijn voor de vraag of de Hoge Raad in deze zaak een bijzondere verdergaande stap zet en of het arrest een precedent schept voor toekomstige aansprakelijkstellingen jegens de Staat (punt 6).

2. Het arrest op hoofdlijnen. De feiten in deze zaak zijn voor een groot deel niet bestreden bij de rechtbank en het hof. Volgens die feiten bestaat er binnen de klimaat- en internationale gemeenschap consensus dat de gemiddelde temperatuur op aarde niet mag toenemen met meer dan 2°C ten opzichte van de gemiddelde temperatuur in het pre-industriële tijdperk. Dit doel, in het arrest verkort de 'tweegradendoelstelling' genoemd, kan worden gehaald in het geval de concentratie broeikasgassen niet uitstijgt boven de 450 ppm (*parts per million*) in het jaar 2100. Een en ander

wordt onderstreept in het *Fourth Assessment Report* (hierna: AR4) en *Fifth Assessment Report* (hierna: AR5) van het *Intergovernmental Panel on Climate Change* (hierna: IPCC) en het Klimaatakkoord van Parijs.¹ De noodzaak van vermindering van uitstoot wordt bovendien steeds dringender omdat iedere uitstoot leidt tot een verhoging van de concentratie broeikasgassen en daarmee bijdraagt aan het bereiken van de kritisch grens van 450 ppm.² Die resterende ruimte tot het bereiken van de kritische grens wordt ook wel 'carbon budget' genoemd. Het carbon budget brengt met zich mee dat uitstel van de vermindering van de uitstoot tot gevolg heeft dat de vermindering in de toekomst omvangrijker zal moeten zijn om binnen dit budget te blijven.

3. Naar aanleiding van de hiervoor genoemde feiten vordert Urgenda een bevel aan de Staat om het volume van de uitstoot van broeikasgassen te doen beperken zodat dit aan het eind van het jaar 2020 is verminderd met 40%, dan wel minimaal 25% ten opzichte van het volume in 1990. De Hoge Raad onderzoekt in zijn arrest of een dergelijke (zorg)plicht volgt uit de artikelen 2 en 8 EVRM.³ Vervolgens wordt behandeld of die zorgplicht concreet tot een reductie van 25-40% kan leiden, voor Nederland als individuele staat. De conclusie is (kort samengevat): op grond van artikelen 2 en 8 EVRM rust op de Staat de positieve verplichting om maatregelen te nemen tegen de dreiging van klimaatverandering en de Staat is als verdragspartij bij het EVRM als individuele staat gehouden hier iets aan te doen. Die verplichting omvat een reductie van minimaal 25-40%, omdat er een internationale consensus bestaat over de noodzaak tot een reductie in 2020 van minimaal 25-40%. Deze verplichting geldt niet slechts voor de groep landen samen die volgens het rapport AR4 tot een dergelijke reductie moeten overgaan (de partijen bij het VN-Klimaatverdrag die behoren tot de 'Annex I-landen'), maar betreft een individuele verantwoordelijkheid voor de verdragsstaten.⁴

Hierna zal ten aanzien van een paar onderdelen worden behandeld hoe de Hoge Raad tot zijn eindoordeel heeft kunnen komen. Deze behandeling spitst zich toe op de vraag of dit arrest daadwerkelijk een bijzondere, verdergaande stap van de Hoge Raad is en of dit arrest een precedent vormt voor toekomstige

aansprakelijkstellingen jegens de Staat. Een antwoord op die vraag kan alleen worden gegeven na behandeling van twee kernonderdelen van dit arrest: (1) vormen de artikelen 2 en 8 EVRM inderdaad een grondslag voor de plicht van de Staat om over te gaan tot verdergaande, passende maatregelen tegen de uitstoot van broeikasgassen en (2) leidt een dergelijke zorgplicht tot de concrete 25-40%-doelstelling?

4. De zorgplicht. In het arrest gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de artikelen 2 (recht op leven) en 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie-, en gezinsleven) EVRM als grondslag voor de positieve verplichtingen die op staten rusten ten aanzien van milieukwesties in de rechtspraak van het EHRM. De Hoge Raad stelt vast dat het EHRM meermaals een schending van artikel 2 EVRM heeft aangenomen bij natuur- of milieurampen. Uit die rechtspraak volgt volgens de Hoge Raad dat de bescherming van artikel 2 EVRM ook geldt ten aanzien van gevaren of risico's die zich pas op langere termijn voordoen en dat de staat op basis van hieruit voortvloeiende positieve verplichtingen gehouden is passende maatregelen te nemen wanneer er een reëel en direct gevaar bestaat voor de betrokken personen (zie r.o. 5.2.2).⁵ Ook artikel 8 EVRM omvat volgens de EHRM-rechtspraak de positieve verplichting voor staten om passende maatregelen te nemen ter bescherming van individuen tegen mogelijke milieuschade.⁶ Ten aanzien van artikel 8 geldt evengoed dat het niet slechts om risico's op de korte termijn hoeft te gaan (zie r.o. 5.2.3). De Hoge Raad concludeert aan de hand van EHRM-rechtspraak verder dat de bescherming van de artikelen 2 en 8 EVRM niet alleen ziet op specifieke personen, maar ook op de samenleving of bevolking als geheel en dat de verplichting tot het nemen van passende maatregelen ook aanwezig is als niet duidelijk is of het gevaar zich daadwerkelijk zal verwezenlijken (zie r.o. 5.3 en 5.3.2).⁷

Het voorgaande is voor de Hoge Raad de grondslag om te concluderen dat de Staat op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM, ook wanneer dit niet slechts een nationaal probleem zou betreffen en het niet zeker is dat louter de inzet van Nederland het gevaar kan afwenden, gehouden zou zijn maatregelen te nemen tegen de reële dreiging van een gevaarlijke

klimaatverandering. Uit de reacties op het arrest volgt dat sommige critici menen dat dit een verdergaande interpretatie is dan daadwerkelijk uit de EHRM-rechtspraak blijkt terwijl anderen van oordeel zijn dat een dergelijke conclusie wel degelijk kan worden gelezen in alle aangehaalde EHRM-uitspraken in samenhang bezien. Beide standpunten zijn mijns inziens verdedigbaar. De uitspraken over artikel 2 EVRM die de Hoge Raad aanhaalt in het kader van gevaren die pas op de lange termijn ontstaan hadden betrekking op een relatief afgebakende groep individuen die die gevaren mogelijk kon ondervinden.⁸ In die uitspraken wordt door het EHRM verondersteld dat de gevaren al langer bij de autoriteiten bekend waren en de autoriteiten op grond van artikel 2 EVRM een plicht hadden om te voorkomen dat het gevaar zich zou voordoen, aldus de Hoge Raad (zie r.o. 5.2.2 en noot 9). De uitspraken hebben echter allen betrekking op gevaren die zich op dat moment al hadden verwezenlijkt en hebben geleid tot schade en overlijdensgevallen, anders dan in de *Urgenda*-zaak.

Ten aanzien van artikel 8 EVRM verwijst de Hoge Raad met betrekking tot risico's die pas op de lange termijn ontstaan naar twee EHRM uitspraken.⁹ In deze uitspraken ging het om gezondheidsrisico's voor de betrokkenen die zich mogelijk op lange termijn konden verwezenlijken, maar op dat moment nog niet waren verwezenlijkt. In zekere zin vergelijkbaar met de *Urgenda*-zaak. Het betrof echter ook in deze uitspraken steeds een specifieke groep individuen. In de aangehaalde uitspraken zijn aldus verschillen aan te wijzen met de *Urgenda*-zaak, waarvan het niet duidelijk is of het EHRM, ten aanzien van die feiten, tot hetzelfde oordeel was gekomen.

Los van het voorgaande is er ook rechtspraak waarin het EHRM de artikelen 2 en 8 EVRM ter bescherming van de samenleving of bevolking als geheel aanneemt. De Hoge Raad haalt een aantal van die uitspraken aan.¹⁰ De Hoge Raad verwijst hierbij ook naar uitspraken die betrekking hebben op milieugevaren.¹¹ Interessant is echter dat in de betreffende rechtsoverwegingen waar de Hoge Raad naar verwijst, niet gerefereerd wordt aan de bevolking als geheel ten aanzien waarvan de bescherming tegen milieugevaren aan de orde is, maar aan de bevolking van *specifieke gebieden* in de betreffende staten.¹² Het verschil tussen een

concrete, afgebakende groep enerzijds en de bevolking in algemene zin anderzijds is relevant omdat het EVRM in beginsel is opgesteld ter bescherming van individuele mensenrechten en niet is bedoeld voor collectieve belangacties.¹³ Het is dus de vraag of de rechten van een hele bevolking onder de reikwijdte van artikel 2 en 8 EVRM kunnen vallen. Als echter door het EHRM wordt geoordeeld dat de bevolking van een specifiek gebied mogelijk risico's loopt door gevaarlijke activiteiten in die regio en zij onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt, waarom zou dan de bescherming van de bevolking in zijn geheel niet evengoed onder dit artikel kunnen vallen, wanneer vaststaat dat de ernstige gevaren van klimaatverandering zich wereldwijd kunnen voordoen en alle ingezetenen van Nederland hiermee geconfronteerd kunnen worden?¹⁴ Betreft het in een dergelijk geval een collectief belang of gaat het hier om de individuele mensenrechten van een (zeer) grote, niet specifieke groep individuen?

Getuige het arrest meent de Hoge Raad het laatste. Wanneer men de hiervoor behandelde EHRM-rechtspraak analyseert die de Hoge Raad aanhaalt, kan echter worden geconcludeerd dat in geen enkele uitspraak tot dusver is geoordeeld dat de artikelen 2 of 8 EVRM tot positieve verplichtingen leiden ter voorkoming van een mogelijk gevaar als gevolg van milieuproblemen dat zich pas op de lange termijn zal voordoen ten aanzien van een onbepaalde groep individuen. In zoverre doet de Hoge Raad een stap vooruit ten aanzien van het EHRM. Dit is op zichzelf toegestaan, een lidstaat mag meer bescherming onttelen aan het EVRM dan in EHRM-rechtspraak is bepaald.¹⁵ De Hoge Raad heeft echter zelf vastgesteld dat de nationale rechter alleen het beschermingsniveau van het EHRM mag spiegelen en de keuze om meer bescherming te bieden aan de wetgever is.¹⁶ Dat neemt niet weg dat ook kan worden verdedigd dat de Hoge Raad op grond van alle EHRM-uitspraken in samenhang bezien wel degelijk tot de conclusie heeft kunnen komen dat ook toekomstige milieugevaren ten aanzien van een nog onbepaalde groep onder de bescherming van de artikelen 2 en 8 EVRM zou moeten vallen en dat het EHRM, in het geval het deze zaak zou hebben behandeld, tot ditzelfde oordeel had kunnen komen.

5. De concrete doelstelling. Nadat de Hoge Raad een op de Staat rustende zorgplicht heeft vastgesteld, wordt relevant tot welke concrete doelstelling die zorgplicht leidt. Zoals hiervoor besproken is er volgens de Hoge Raad een consensus in de internationale gemeenschap, mede op grond van AR4, over het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen tot 25-40% in 2020. Voor zover de Staat betoogt dat een dergelijke vermindering niet voor de Annex I-landen individueel geldt, wordt geoordeeld dat het niet voor de hand ligt dat Nederland als Annex I-land een lager reductiepercentage zou moeten kunnen hanteren dan de Annex I-landen als geheel. Met het oog op het gegeven dat Nederland een zeer hoge CO²-uitstoot heeft (zie onder anderen r.o. 2.1) is dat oordeel niet vreemd. Feit blijft echter wel dat de 25-40% doelstelling in de rapporten die de Hoge Raad aanhaalt als onderbouwing voor de internationale consensus slechts gericht zijn op de Annex I-landen samen. De doorslaggevende factor lijkt hier dan ook niet het feit dat de Staat niet minder zou mogen doen ten opzichte van andere Annex I-landen, maar dat de Staat niet voldoende onderbouwt waarom hij minder zou mogen doen. Het feit dat de Staat dit onvoldoende heeft onderbouwd wordt benadrukt door het hof en door de Hoge Raad bevestigd (zie r.o. 7.3.4).

Waar de Staat probeert aan te voeren dat het huidige reductiebeleid ook leidt tot een resultaat onder de 'tweegradendoelstelling' wordt het hem hard aangerekend dat de regering, onvoldoende onderbouwd, is terugkomen van eerder beleid. Nederland had aanvankelijk een reductiedoel van meer dan 30% in 2020, maar heeft dit na 2011 bijgesteld naar een reductiedoel van 20% in 2020. Voor het hof was de eerdere doelstelling reden om vast te stellen dat de Staat een scenario met lagere reductie aanvankelijk zelf niet geloofwaardig achtte. De bijstelling naar 20% werd volgens het hof bovendien niet (klimaatwetenschappelijk) onderbouwd. De Staat probeert dit in het cassatiemiddel wel te doen, met de redenering dat een reductie van 30% in 2020 niet nodig wordt geacht omdat een versnelde reductie na 2020 wordt voorzien. De doelstelling van ten minste 49% reductie in 2030 wordt nog steeds gehandhaafd, aldus de Staat. De Hoge Raad betwijfelt echter of een versnelde reductie na 2020 tot de twee gradendoelstelling zal leiden. De Hoge Raad verwijst hierbij naar het

gegeven dat iedere uitstoot leidt tot een afname van het beschikbare carbon budget, en een uitgestelde vermindering van uitstoot omvangrijker zal moeten zijn wanneer langer wordt gewacht (zie r.o. 7.4.3 en 4.6). Nu dit punt als vaststaand feit wordt beschouwd en niet is bestreden, is de conclusie dat grote twijfel bestaat bij het slagen van een uitgestelde reductie niet vreemd. Een en ander leidt tot de conclusie dat de Staat is gehouden tot een reductiedoelstelling van ten minste 25-40%.

6. Implicaties voor de toekomst? De vraag of deze concrete verplichtingen waartoe de Hoge Raad concludeert een precedent vormen voor mogelijke aansprakelijkstellingen in andere (milieu)kwesties zal zeer sterk afhangen van de vaststaande feiten, de wetenschappelijke consensus omtrent die feiten en eventuele verweren van de Staat of andere betrokken entiteiten. Ten aanzien van dit arrest vormden de onbestreden feiten voor de Hoge Raad een doorslaggevende factor, naast het gegeven dat de Staat zijn stellingen ten aanzien van een minder vergaande reductie onvoldoende heeft onderbouwd.

Dan rest nog de vraag of de conclusies van de Hoge Raad verrassend zijn en een beroep op de artikelen 2 en 8 EVRM ten aanzien van positieve verplichtingen in procedures tegen overheden vergemakkelijken. Mijns inziens heeft de Hoge Raad inderdaad een nieuwe stap gezet richting een ruime interpretatie van artikel 2 en 8 EVRM, verder dan het EHRM tot dusver ging. De Hoge Raad voegt verschillende EHRM-uitspraken samen en trekt een conclusie die nog niet eerder door het EHRM zelf is getrokken. Een conclusie die, gezien de bewoording van de Hoge Raad en de EHRM-uitspraken waarnaar wordt verwezen, is toegespitst op milieukwesties. Of het arrest buiten die reikwijdte een precedent schept is de vraag.

Tegelijk moet het belang van deze vraag worden gerelativeerd omdat de rechtbank los van de artikelen 2 en 8 EVRM op grond van het zorgvuldigheidsvereiste van artikel 6:162 BW tot hetzelfde oordeel kwam.¹⁷

In de kern gaat de zaak over de vraag of de Staat juridisch gehouden kan worden tot het naleven van milieudoelstellingen waarvan onbestreden vaststaat dat deze moeten worden gehaald om grote schade door klimaatverandering af te

wenden. Dat er verschillende meningen over bestaan of dit (rechtstatelijk gezien) een goede ontwikkeling is bevremdt mij niet, maar gelet op de feiten en door de Staat eerder gedane uitlatingen en toezeggingen in deze zaak is het niet vreemd dat de rechter de Staat hier juridisch op vast pint.

Noten

1. Ook het VN-klimaatverdrag, de overeenkomsten van de *Conference of the Parties* (COP) en het Europese klimaatbeleid worden ter vaststelling van de feiten door de Hoge Raad aangehaald.
2. De Hoge Raad refereert aanvullend aan recente inzichten waaruit blijkt dat een veilige temperatuurstijging niet hoger mag zijn dan 1,5°C, met een daarbij behorend concentratieniveau van broeikasgassen van ten hoogste 430 ppm in het jaar 2100.
3. In de conclusie van de A-G's in deze zaak wordt uitgebreid behandeld of de reductiedoelstelling berust op een juridische, bindende afspraak of norm waarbij de Staat partij is. Geconcludeerd wordt echter dat het hof niet is uitgegaan van een bindende afspraak of norm. In het arrest ligt de nadruk op de vraag of de gevorderde reductiedoelstelling volgt uit een zorgplicht op grond van artikelen 2 en 8 EVRM (zie ECLI:NL:PHR:2019:887 r.o. 4.92 e.v.).
4. De Hoge Raad behandelt daarnaast de vraag of de zorgplicht uit artikelen 2 en 8 EVRM kan worden ingeroepen bij een vordering op grond van art. 3:305a BW (antwoord: ja) en of hier sprake is van een onrechtmatig wetgevingsbevel (antwoord: nee). Deze onderdelen zullen hier, gelet op de beperkte omvang van de annotatie, niet worden besproken.
5. Volgens het EHRM houdt een passende maatregel in een plicht van een staat om een wetgevings- of administratief kader in te voeren dat is bedoeld om de bedreiging van het recht op leven effectief af te schrikken. In de context van gevaarlijke activiteiten moeten voorschriften de vergunningverlening, de oprichting, de werking, de beveiliging en het toezicht van die activiteiten regelen en moet het publiek toegang krijgen tot informatie om de risico's waar men aan wordt blootgesteld te kunnen beoordelen, zie EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*),

r.o. 90.

6. De passende maatregelen bij toepassing van art. 8 EVRM bij gevaarlijke (milieu) activiteiten zijn hetzelfde als de maatregelen bij toepassing van art. 2 EVRM, zie EHRM 10 januari 2012, nr. 30765 (*Di Sarno e.a./Italië*) r.o. 106-107. Een en ander wordt ook door de Hoge Raad aangekaart in r.o. 5.2.4 van het arrest.
7. De Hoge Raad bespreekt dat een staat gehouden is tot het nemen van maatregelen wanneer er een risico is op ernstige milieuverontreiniging. De 'ernst-drempelwaarde' is van belang voor het slagen van een beroep op art. 8 EVRM. In milieugevallen kan een beroep worden gedaan op art. 8 EVRM wanneer een milieugevaar een niveau van ernst bereikt dat leidt tot een aanzienlijke aantasting van het vermogen van de aanvrager om te genieten van zijn of haar huis of privé-of gezinsleven. Het EHRM heeft geoordeeld dat de beoordeling van dit minimumniveau relatief is en afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de intensiteit en duur van de overlast en de fysieke of mentale effecten ervan op de gezondheid of de kwaliteit van het leven van het individu, zie hierover: EHRM 25 september 2018, nr. 76639/11 (*Denisov v. Oekraïne*), r.o. 110-111.
8. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*) betrof een explosie op een vuilnisbelt waarbij bewoners van aangrenzende sloppenwijken waren overleden. EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 (*Budaveya e.a./Rusland*) betrof een modderstroom in een specifiek gebied in Turkije dat de bewoners daar trof. EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*) betrof een overstroming van een stuwmeer dat gevaar opleverde voor de omwonenden.
9. EHRM 10 november 2004, nr. 46117/99 (*Taşkin e.a./Turkije*) en EHRM 27 januari 2009, nr. 67031/01 (*Tătar/Roemenië*) betroffen beide een specifieke groep omwonenden in de buurt van een mijn waar door goudwinning natriumcyanide vrijkwam dat tot gezondheidsrisico's kon leiden.
10. EHRM 12 januari 2012, nr. 36146/05 (*Gorovenky en Bugara/Oekraïne*) betrof de klacht tegen de staat voor het handelen in strijd met art. 2 EVRM doordat een agent iemand buiten diensttijd had neergeschoten. EHRM 13 april 2017, nr. 26562/07 (*Tagayeva e.a./Rusland*) betrof een terroristische aanslag.
11. EHRM 24 januari 2019, nr. 54414/13 (*Cordella e.a./Italië*) betrof giftige emissies vanuit

een staalfabriek in Italië waar inwoners uit de betreffende stad en omliggende gebieden last van ondervonden. EHRM 10 januari 2012, nr. 30765 (*Di Sarno e.a./Italië*) betrof milieuproblemen door slecht afvalbeleid in een Italiaanse gemeente.

12. Ten aanzien van de zaak *Cordella e.a./Italië* verwijst de Hoge Raad naar r.o. 172, waarin het EHRM spreekt over de milieuvervuiling die gevaren oplevert voor de gezondheid van de verzoekers en de bevolking die in de risicogebieden woont. Ook in de zaak *Di Sarno e.a./Italië* betrof het slechts de bevolking in een specifieke gemeente en omliggend gebied in Italië.

13. Zie art. 34 EVRM.

14. De gevolgen en gevaren van de klimaatverandering zijn immers vaststaande feiten in dit arrest, zie r.o. 4.2-4.8.

15. Op grond van art. 53 EVRM.

16. Voor een uitgebreide toelichting op het

zogenoemde ‘spiegelbeginsel’ verwijs ik naar de blog van Janneke Gerards: *Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest*:

<http://blog.montaignecentre.com/index.php/2367/spiegel-of-lachspiegel-over-het-evrm-en-het-urgenda-arrest/>

17. Zie Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. De zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 BW schrijft voor dat het doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt. Zie voor de invulling van die zorgvuldigheidsnorm in de rechtbankuitspraak onder anderen de annotatie van Ch.W. Backes, *AB* 2015/336.

Vindplaatsen

ECLI:NL:HR:2019:2006

Verval van recht op uitkering na verlaten plaats ongeval

Hugo Bijleveld

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
22 januari 2020, GC 2020-068
prof. mr. Hendrikse, mr. dr. Engel, mr. Wigger

Rechtsvraag

Heeft verzekerde zijn medewerkingsplicht geschonden?

In het kort

Verzekerde heeft een eenzijdig verkeersongeval veroorzaakt met blikshade als gevolg. Na het ongeval heeft hij de plek van het ongeval verlaten. Daardoor heeft de politie niet kunnen vaststellen of sprake was van verboden alcohol- of drugsgebruik. Verzekeraar heeft op die grond dekking geweigerd. De Commissie laat deze beslissing – mijns inziens terecht – in stand.

Noot

1. Aan de orde is de medewerkingsplicht van de verzekerde na het schadevoorval. Deze medewerkingsplicht volgt uit de wet en komt erop neer dat de verzekerde het schadevoorval zo spoedig mogelijk aan de verzekeraar dient te melden (artikel 7:941 lid 1 BW) en tevens de verzekeraar binnen redelijke termijn alle informatie dient te verschaffen die nodig is om de uitkeringsplicht te kunnen beoordelen (artikel 7:941 lid 2 BW).

2. Vaak is de medewerkingsplicht ook in de polisvoorwaarden opgenomen en is aan het schenden daarvan de sanctie van verval van recht gekoppeld, zo ook in dit geval. Artikel 7:941 lid 4 BW bepaalt dat de verzekeraar een dergelijke zware sanctie slechts kan bedingen voor het geval hij in een redelijk belang is geschaad.

3. Wat was er gebeurd? Verzekerde kwam samen met zijn vrouw, zwager en diens vrouw terug van een concert. Bij het verlaten van het parkeerterrein is verzekerde met vrij hoge snelheid (ten minste 50/60 km/u) tegen een hekwerk aan gereden. Verzekerde heeft na het ongeval de plaats van het ongeval verlaten. Door getuigen is verklaard dat verzekerde onverantwoord rijgedrag heeft vertoond, verward en niet aanspreekbaar was en mogelijk alcohol of drugs had gebruikt.

4. De auto was allrisk verzekerd. De schade aan de auto is vastgesteld op € 32.126 en de schade aan het hekwerk op € 14.686,46.

5. Verzekeraar heeft dekking geweigerd met een beroep op schending door verzekerde van de medewerkingsplicht. In artikel 3 van de polisvoorwaarden is een uitsluiting opgenomen voor het geval dat de verzekerde kort gezegd (i) onder invloed reed en/of (ii) wordt verdacht van het handelen in strijd met artikel 8 VVW en heeft geweigerd om zich te onderwerpen aan een onderzoek ter vaststelling van het middelengebruik. Door de plaats van het ongeval te verlaten kan niet worden vastgesteld of verzekerde ten tijde van het ongeval onder invloed verkeerde, terwijl daarvoor op basis van getuigenverklaringen wel aanwijzingen bestonden, aldus verzekeraar.

6. De Commissie laat de dekkingsweigering in stand (bindend advies) en oordeelt dat verzekerde door het verlaten van de plaats van het ongeval niet zijn medewerking heeft verleend waardoor verzekeraar in een redelijk belang is geschaad. Dat belang is daarin gelegen dat door toedoen van verzekerde niet is vastgesteld of verzekerde onder invloed verkeerde, hetgeen daarvan inderdaad sprake was (en daar waren aanwijzingen voor) had betekend dat verzekeraar

zich had kunnen beroepen op de uitsluiting als opgenomen in artikel 3 van de polisvoorwaarden.

7. De uitspraak lijkt mij zonder meer terecht. Nu verzekerde is weggelopen van de plaats van het ongeval komt het voor zijn rekening dat de politie hem niet heeft kunnen controleren op het gebruik van alcohol of drugs. Verzekeraar is daardoor evident in zijn belangen geschaad, omdat daardoor een beroep op de dekkingsuitsluiting als opgenomen in artikel 3 van de polisvoorwaarden niet meer mogelijk is. Dit klemt te meer nu er wel

aanwijzingen waren (getuigenverklaringen) dat verzekerde alcohol of drugs had gebruikt.

8. Uit deze uitspraak wordt duidelijk dat de medewerkingsplicht meer behelst dan alleen het tijdig melden van het schade-evenement en het verstrekken van de beschikbare informatie aan de verzekeraar. Ook indien bepaalde informatie die relevant kan zijn voor de dekking door toedoen van de verzekerde niet (meer) beschikbaar is, zoals in dit geval het alcoholpromillage van verzekerde, kan dit aan de verzekerde worden tegengeworpen.

VAST 2020 / N-0014

Tegenbewijs tegen een buitenlands vonnis?

Caspar Janssens

Gerechtshof Den Haag
10 december 2019, 200.190.739-02
mr. Olthof, mr. Schreuder, mr. Leerink
Rv artikel 151 lid 2

Rechtsvraag

Is tegenbewijs mogelijk tegen een in een buitenlands vonnis vastgestelde aansprakelijkheid op grond waarvan dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering wordt gevorderd?

In het kort

Beroep op aansprakelijkheidsverzekering in verband met in een Engels vonnis vastgestelde aansprakelijkheid van verzekerde voor (wetenschap van) omkoping. Is tegenbewijs mogelijk tegen de in het Engelse vonnis vastgestelde aansprakelijkheid of moet de grondslag voor aansprakelijkheid en dekking dezelfde zijn als bij de vraag of verzekeraars moeten uitkeren?

Seatrade Group N.V. c.s./Amlin Insurance S.E. c.s.

Noot

Deze verzekeringsrechtelijke zaak verdient een procesrechtelijke noot.

In deze zaak gaat het heel kort gezegd om de vraag of de aansprakelijkheidsverzekeraars van Seatrade dekking moeten bieden voor de aansprakelijkheid van Seatrade die het gevolg is van het (vermeend) omkopen van een werknemer van Fyffes. Die werknemer vroeg betaling van commissie aan hemzelf voor het sluiten van een overeenkomst tussen Fyffes en Seatrade. Seatrade ging daarop in en heeft de werknemer een percentage van de omzet uit de overeenkomst

met Fyffes betaald. De omkoping kwam uiteindelijk aan het licht en dat heeft geleid tot een civiele procedure in het Verenigd Koninkrijk. De Engelse rechter heeft geoordeeld dat Seatrade aansprakelijk is voor de schade die Fyffes heeft geleden als gevolg van de omkoping van haar werknemer. Na het wijzen van het vonnis hebben partijen de zaak geschikt en Seatrade probeert het aan Fyffes betaalde schikkingsbedrag op haar verzekeraars te verhalen.

In de procedure tussen Seatrade en haar verzekeraars heeft de rechtbank op grond van het Engelse vonnis voorshands bewezen geoordeeld dat Seatrade zich schuldig heeft gemaakt aan, of in ieder geval wetenschap had van, omkoping van de werknemer van Fyffes. De rechtbank oordeelde dat het Engelse vonnis dwingend bewijs opleverde en dat de (wetenschap van) omkoping daarom op voorhand bewezen was, maar zij heeft Seatrade tot het tegenbewijs toegelaten. Na (tegen)bewijslevering heeft de rechtbank geoordeeld dat Seatrade in het haar opgedragen tegenbewijs is geslaagd, zodat de (wetenschap van) omkoping niet is bewezen. De rechtbank overwoog daarbij dat Seatrade onder meer in het tegenbewijs was geslaagd omdat de omgekochte werknemer van Fyffes als getuige heeft verklaard dat hij in de Engelse procedure een onjuiste verklaring had afgelegd. De vordering van Seatrade om uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekeringen wees de rechtbank echter alsnog af, omdat de opzet van leidinggevend van Seatrade er wél op was gericht om medewerking te verlenen aan illegale activiteiten.

In het hoger beroep heeft het hof overwogen dat de kernvraag is of op grond van het Engelse vonnis zonder meer moet worden aangenomen dat Seatrade wetenschap van omkoping had of dat tegenbewijs mogelijk is van dat oordeel in het

Engelse vonnis. Het hof heeft die kernvraag met een 'nee' beantwoord: naar zijn oordeel is geen tegenbewijs mogelijk tegen de in het Engelse vonnis vastgestelde (wetenschap van) omkoping. Naar oordeel van het hof moet het Engelse vonnis als een gegeven worden beschouwd, omdat Seatrade zonder dat vonnis niet aansprakelijk jegens Fyffes zou zijn. Het hof overweegt daarbij dat het niet zo kan zijn dat het Engelse vonnis wél tot uitgangspunt voor de aansprakelijkheid van Seatrade moet dienen, maar bij de beantwoording van de vraag of de verzekeraars moeten uitkeren de mogelijkheid wordt geopend te bewijzen dat er geen (wetenschap van) omkoping was. Met andere woorden: het hof oordeelt dat beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag en de vraag of dekking moet worden verleend moeten worden gebaseerd op hetzelfde feitencomplex.

Op het eerste oog lijkt die gedachtegang begrijpelijk, maar bij nadere beschouwing is die dat niet. Uit het arrest blijkt dat het Engelse vonnis op verkeerde gronden is geweest omdat de omgekochte werknemer in die procedure een onjuiste verklaring heeft afgelegd. Dat betekent dat er 'licht' zit tussen het feitencomplex op basis waarvan in de Engelse procedure is geoordeeld dat Seatrade aansprakelijkheid is en de vraag of Seatrade die werknemer had omgekocht of dat zij wetenschap van die omkoping had. Het lijkt dan ook geenszins onmogelijk dat Seatrade aansprakelijk is jegens Fyffes terwijl zij geen wetenschap van de omkoping had.

Bovendien is het oordeel van het hof vanuit procesrechtelijk oogpunt onjuist. Op zich is het alleszins begrijpelijk dat het hof, evenals de rechtbank, het Engelse vonnis als dwingend bewijs kwalificeert. Dwingend bewijs verplicht de rechter namelijk bepaald bewijs als waar aan te nemen en een in het Verenigd Koninkrijk gegeven vonnis op grond waarvan uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekering wordt gevorderd rechtvaardigt de status van dwingend bewijs. Wat het hof echter over het hoofd heeft gezien is dat artikel 151 lid 2 Rv leert dat óók tegen dwingend bewijs altijd tegenbewijs mogelijk is '*tenzij de wet het uitsluit*'. Deze regel is fundamenteel voor een eerlijk proces: bijgebracht bewijs, ook als dat op voorhand voor waar moet worden aangenomen, moet kunnen worden weerlegd. In feite is de regel dat tegenbewijs vrijstaat dan ook terug te voeren

op het beginsel van hoor en wederhoor. Het is dan ook niet voor niets dat er niet veel wettelijke uitsluitingen van het leveren van tegenbewijs zijn te vinden.

Uit de motivering van het arrest blijkt dat het hof zijn oordeel niet op één van de wettelijke uitsluitingsgronden heeft gebaseerd, maar op de redelijkheid en billijkheid. Het hof oordeelt in r.o. 7.5 van het arrest namelijk dat '*het kan niet zo zijn*' dat de aansprakelijkheid en de betalingsgrondslag op het Engelse vonnis wordt gebaseerd, maar de mogelijkheid wordt geopend aan te tonen dat Seatrade geen (wetenschap van) omkoping had voor de beantwoording van de vraag of verzekeraars dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering moeten bieden. Het hof merkt bij dit oordeel op dat de situatie dat de (wetenschap van) omkoping een essentieel onderdeel vormt van de vaststelling van de aansprakelijkheid van Seatrade jegens Fyffes, moet worden onderscheiden van het geval waarin een bepaald feit geen onderdeel is van de aansprakelijkheidsgrondslag, maar wel een eis is voor het al dan niet bestaan van dekking.

Gegeven het fundamentele karakter van het tegenbewijs overtuigt de redenering van het hof niet. Ik meen dan ook dat de rechtsgrond waarop het hof zijn oordeel heeft gegrond in een eventueel cassatieberoep niet in stand zal blijven.

Ten slotte zij opgemerkt dat de gedachte dat een buitenlands vonnis inhoudelijk onaantastbaar is schampt aan het verbod van *révision au fond*. Op grond van dat verbod, dat onder meer is vervat in artikel 52 Brussel I *bis*-Verordening, mag de (Nederlandse) rechter, behoudens enige beperkte gronden, niet toetsen of de rechter van een ander land de zaak correct heeft behandeld en beoordeeld. Dit verbod onderstreept niet alleen het vrije verkeer van beslissingen in civiele zaken en het vertrouwen dat Europese lidstaten (waartoe het Verenigd Koninkrijk ten tijde van het wijzen van dit arrest nog behoorde) in elkaars rechtspraak hebben, maar het voorkomt ook een verkapt hoger beroep van in het buitenland gewezen uitspraken. Het verbod van *révision au fond* is echter alleen van toepassing bij de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen en daarvan is in deze zaak geen sprake. Het hof heeft zich daardoor dus niet kunnen laten inspireren bij het wijzen van deze

opmerkelijke uitspraak.

Vindplaatsen

ECLI:NL:GHDHA:2019:3249

Kosteloze nazorg in lijn met IDD?

Anne-Marthe Stellingwerf

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening

29 januari 2020, GC 2020-017

**mr. Van Emden, mr. Van Dijk, mr. Van
Bommel-Scheffer, mr. Van Eck**
**BW artikel 7:401 e.v.; Wft artikel 4:20 en
4:21**

Rechtsvraag

1. Kan een bemiddelaar het opzeggen van een nazorgovereenkomst door de consument uitsluiten?
2. Is een consument verplicht te betalen voor de wettelijke nazorgplicht?

In het kort

Een consument heeft een serviceabonnement gesloten en klaagt over de kosten die de bemiddelaar maandelijks in rekening brengt voor het beheer van zijn hypothecaire lening, de overlijdensrisicoverzekeringen en twee bankspaarrekeningen. De consument heeft het serviceabonnement opgezegd, maar de bemiddelaar weigert de opzegging te accepteren omdat hij dit heeft uitgesloten in de opdracht tot dienstverlening. De Geschillencommissie overweegt dat:

1. De nazorgovereenkomst altijd door de consument kan worden opgezegd. De uitsluiting in de dienstverleningsovereenkomst werkt niet jegens een consument.
2. Ook al is de nazorgovereenkomst opgezegd, er blijft een verplichting bestaan tot nazorg/informatie op grond van artikel 4:20 lid 3 Wft. Deze publiekrechtelijke verplichting houdt de bemiddelaar gedurende de looptijd van de betreffende financiële producten en hiervoor mag hij geen kosten in rekening brengen.

In gelijke zin

GC 2016-373

Tip voor de praktijk

Maak een duidelijke dienstverleningsovereenkomst (overeenkomst van opdracht) waarin de werkzaamheden tijdens de looptijd van de betreffende financiële producten worden opgenomen. Neem hierin een opzeggingsmogelijkheid op voor de klant en de bemiddelaar. Beschrijf wat de gevolgen van opzeggen zijn en koppel dit aan het verbreken van de gehele klantrelatie. Immers, zolang er een rechtsverhouding is tussen de bemiddelaar en zijn klant, is de bemiddelaar gebonden aan de nazorgplicht van artikel 4:20 lid 3 Wft.

Noot

1. De overeenkomst van opdracht kan te allen tijde door de opdrachtgever worden opgezegd, zie artikel 7:408 lid 1 BW. Dit is een dwingendrechtelijke bepaling: op grond van artikel 7:413 lid 2 BW kan het opzeggingsrecht niet contractueel worden uitgesloten als de opdrachtgever een natuurlijk persoon is. De Geschillencommissie noemt hier niet het begrip natuurlijk persoon, maar het begrip particuliere opdrachtgever. Deze begrippen zien vaak, maar niet altijd, op dezelfde persoon. Door het begrip 'natuurlijk persoon' te hanteren kan ook een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf de overeenkomst altijd opzeggen.

Het onderscheid is met name gelegen in het recht op schadevergoeding. Een particuliere opdrachtgever is nooit verplicht tot het vergoeden van schade in geval van (tussentijdse) opzegging, maar iemand die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf kan wel schadeplichtig zijn (artikel 7:408 lid 3 BW).

2. Aan de uit artikel 7:401 BW voortvloeiende privaatrechtelijke zorgplicht zijn al veel publicaties gewijd. In de jurisprudentie, ook van de Geschillencommissie, is de reikwijdte van de

privaatrechtelijke (na)zorgplicht regelmatig aan de orde. Zie in dit verband bijvoorbeeld in GC 2018-339. Daarin overweegt de Geschillencommissie in navolging van HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, r.o. 3.4.1 het volgende: “De assurantietussenpersoon heeft de verplichting om periodiek aandacht te besteden aan de verzekeringen die hij in zijn portefeuille heeft. De omvang van de verplichting is afhankelijk van wat partijen daarover zijn overeengekomen en de omstandigheden van het geval zoals de aard van de verzekeringen en de omvang van de provisie die voor het beheer van de verzekering wordt ontvangen.”

3. De Geschillencommissie betreft de publiekrechtelijke zorgplicht ook in haar overwegingen. In de onderhavige casus overwoog zij in onderdeel 4.4: “In de tweede plaats rusten op de Adviseur verplichtingen op grond van het publiekrecht (waaronder de Wet op het financieel toezicht, hierna: Wft). Deze publiekrechtelijke verplichtingen kunnen door partijen niet contractueel worden uitgesloten. De omvang en de eisen die aan deze werkzaamheden van de Adviseur worden gesteld, zijn terug te vinden in publiekrechtelijke toezichtwetgeving. Zo bepaalt artikel 4:20 lid 3 Wft dat de Adviseur gehouden is een bepaalde vorm van doorlopende nazorg te verlenen, bestaande uit het informeren over wezenlijke wijzigingen in de informatie die bij het eerste advies of de bemiddeling is verstrekt. Deze vorm van nazorg is beperkter dan een tussen partijen daarboven overeen te komen vorm van nazorg. Voor deze wettelijke nazorgverplichtingen mag de Adviseur geen vergoeding bij de Consument in rekening brengen.”

Dit is anders voor de contractuele nazorgplicht op grond het BW. Op grond van artikel 7:405 BW heeft de tussenpersoon, de opdrachtnemer, recht op een redelijk loon voor zijn werkzaamheden.

4. De verplichting om de informatie op grond van artikel 4:20 lid 3 Wft kosteloos te verstrekken, is gebaseerd op artikel 49a BGfo. Dit artikel is op 1 januari 2018 van kracht geworden en vindt zijn oorsprong in de Richtlijn Verzekeringsdistributie (hierna: IDD). Artikel 23 lid 1 IDD bepaalt dat de informatie op grond van de artikelen 18, 19, 20 en 29 IDD kosteloos moet plaatsvinden. In de bepalingen waarnaar wordt verwezen is echter geen informatieverplichting tijdens de looptijd van het product opgenomen. Daarnaast verwijst

de verplichting tot het kosteloos verstrekken van informatie tevens naar artikel 20 lid 1 IDD waarin het advies wordt beschreven. Bij strikte lezing zou ook het initiële advies aan de klant kosteloos moeten plaatsvinden. Dit is echter niet de bedoeling van de IDD. De vraag is of de verplichting om informatie kosteloos te verstrekken correct is geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Het lijkt er eerder op dat - al dan niet bedoeld - sprake is van goldplating, aangezien zwaardere eisen worden gesteld dan in de IDD.

5. De nazorgplicht tijdens de looptijd van het financiële product rust op de aanbieder, tenzij de financiële dienst plaatsvindt door tussenkomst van een bemiddelaar agent. Artikel 4:21 Wft regelt dat de informatieverplichting in dat geval overgaat op deze bemiddelaar, tenzij zij zijn overeengekomen dat de aanbieder zelf aan deze verplichtingen voldoet. Artikel 4:21 Wft veronderstelt dat zowel de relatie tussen de aanbieder en de bemiddelaar (op basis van een samenwerkingsovereenkomst) als de relatie tussen de klant en de bemiddelaar (op basis van een overeenkomst van opdracht) bestaat. Immers, wanneer de samenwerkingsovereenkomst tussen de bemiddelaar en de aanbieder is beëindigd, kan de bemiddelaar geen informatie over het product van de aanbieder meer ontvangen. Wanneer de overeenkomst van opdracht met de klant is beëindigd, vindt de financiële dienst niet langer plaats door tussenkomst van een bemiddelaar, zoals vereist in artikel 4:21 Wft. Bijgevolg gaan de informatieverplichtingen tijdens de looptijd van het financiële product op grond van artikel 4:20 lid 3 Wft terug naar de aanbieder.

Indien niet de gehele relatie met de bemiddelaar is beëindigd, maar slechts het serviceabonnement, blijven de informatieverplichtingen tijdens de looptijd op grond van artikel 4:20 lid 3 Wft en 4:21 Wft bestaan.

6. Wat houdt deze publiekrechtelijke informatieplicht in? Volgens artikel 4:20 lid 3 Wft moet het gaan om:

- a. wezenlijke wijzigingen in de informatie, bedoeld in het eerste lid, voor zover deze wijzigingen redelijkerwijs relevant zijn voor de consument onderscheidenlijk de cliënt, en
- b. (...)

De op 31 december 2018 door de AFM

gepubliceerde Beleidsregel

Informatieverstrekking geeft een voor de toepassing van artikel 4:20 lid 3 Wft behulpzaam overzicht van de relevante kenmerken per financieel product.

Onder andere de volgende wijzigingen in de productinformatie aan de klant moeten worden meegedeeld:

- Wijzigingen in de premie of kosten van het product.
- Wijzigingen in de overige voorwaarden waaronder de dekking bij een schadeverzekering
- Wijzigingen in de fiscale behandeling van het product.
- Gewijzigde marktomstandigheden zoals een structurele verlaging van de premies voor een

overlijdensrisicoverzekering.

7. Dat de publiekrechtelijk vereiste nazorg verplicht kosteloos moet plaatsvinden, brengt met zich dat een bemiddelaar alleen voor de contractueel vastgelegde aanvullende nazorg een vergoeding kan vragen. Zou Nederland de relevante IDD-bepaling een-op-een hebben geïmplementeerd, dus zonder de verplichting de informatie tijdens de looptijd van een financieel product kosteloos te verstrekken, dan zou de uitkomst van deze procedure bij de Geschillencommissie voor de bemiddelaar gunstiger hebben uitgepakt. Voor de verplichte publiekrechtelijke nazorg zou de tussenpersoon in dat geval een redelijk loon kunnen bedingen.

De onverwachte consequenties van een vergeten opzegging

Cees de Jong

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
28 januari 2020, nr. 200.250.833
mr. Beekhoven-van den Boezem, mr. Brand,
mr. Ernes
BW artikel 6:74, 6:101, 6:119a, 6:162, 7:401,
7:961

Rechtsvraag

Pleegt de oude of de nieuwe verzekeringstussenpersoon een zorgplichtschending na een door de nieuwe verzekeringstussenpersoon 'vergeten' opzegging?

In het kort

Veerkracht Sloop B.V. (hierna: 'Veerkracht') heeft door tussenkomst van Boval, een verzekeringstussenpersoon, verschillende verzekeringen gesloten. Op enig moment besluit Veerkracht om een andere verzekeringstussenpersoon in te schakelen, [A]. Veerkracht geeft [A] de opdracht om de verzekeringen voor zijn bedrijf bij andere verzekeraars onder te brengen. [A] zegt de via Boval lopende verzekeringen medio 2016 schriftelijk op. Met uitzondering van een inkomenspakketverzekering, waarvan onder andere een verzuimverzekering deel uitmaakt. In december 2016 vindt een bespreking plaats tussen de heer [B] van Veerkracht en de heer [C] van Boval. De heer [B] maakt daarin kenbaar dat Veerkracht niet akkoord ging met de door Boval voorgestelde verlenging van de inkomenspakketverzekering. Daarbij heeft de heer [B] volgens het emailbericht van de heer [C] van 7 maart 2017 gezegd dat hij inmiddels een andere verzekeringstussenpersoon opdracht had gegeven een en ander in gang te zetten. Boval heeft naast deze mondelinge mededeling geen schriftelijke opzegging van de inkomenspakketverzekering gekregen. Omdat

deze verzekering niet is opgezegd, is deze na 1 januari 2017 blijven doorlopen - naast een door Veerkracht via [A] elders gesloten verzekering. Vanaf 1 januari 2017 is er derhalve sprake van een samenloop van verzekeringen.

Boval stuurt Veerkracht op 3 januari 2017 voor de periode 1 januari-1 april 2017 een premienota. Veerkracht betaalt de in rekening gebrachte kwartaalpremie niet.

Op 17 maart 2017 vraagt de heer [B] van Veerkracht, die nog facturen en aanmaningen kreeg van Boval, aan de heer [C] van Boval het niet verlengen van de inkomenspakketverzekering ook door te geven aan de administratie van Boval en de ondersteuning van de Arbodienst.

Tip voor de praktijk

Een verzekeringstussenpersoon mag er nooit van uitgaan dat een ander spontaan werkzaamheden zal verrichten die hij normaliter zelf zou moeten verrichten. Maak altijd duidelijke afspraken en zet die op papier.

Noot

1. In zijn emailbericht van 7 maart 2017 refereert de heer [B] aan het feit dat [C] en hij het niet verlengen van de inkomenspakketverzekering in december mondeling hebben besproken. Hij schrijft ervan te zijn uitgegaan dat [C] een en ander intern zou kortsluiten. [C] bevestigt diezelfde datum per mail dat het niet voortzetten van de inkomenspakketverzekering door hen inderdaad mondeling is besproken in december, maar dat hij ervan was uitgegaan dat de door Veerkracht ingeschakelde andere verzekeringstussenpersoon voor een schriftelijke opzegging van de verzekering zou zorgen. Op 23 maart 2017 stuurt Boval een premienota voor het tweede kwartaal van dat jaar.

2. Boval vordert betaling van haar premienota's (tot een bedrag van maximaal € 25.000). De kantonrechter wijst deze vordering toe. Veerkracht gaat in hoger beroep en vindt bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gehoor: naar het oordeel van het hof is een deel van de door Veerkracht naar voren gebrachte bezwaren terecht aangevoerd.

3. Het is niet ongebruikelijk dat een verzekeringnemer te maken krijgt met een andere verzekeringstussenpersoon. Doorgaans is dit het gevolg van een portefeuilleoverdracht of -overgang of van een schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging. In deze gevallen gaan een of meer verzekeringen van de verzekeringnemer over naar de portefeuille van een andere, opvolgende, verzekeringstussenpersoon. In geval van intermediairwijziging ligt het initiatief daartoe bij de verzekeringnemer. Voor een uitgebreide behandeling hiervan, zie C.J. de Jong, 'Portefeuille, portefeuilleoverdracht, intermediairwijziging en aansprakelijkheid', VAST 2020/P-0004.

4. In het onderhavige geval is er enkel sprake van het inschakelen van [A], een andere verzekeringstussenpersoon, door Veerkracht. De bestaande verzekeringen van Veerkracht gaan niet over naar [A]'s portefeuille, maar [A] moet de verzekeringen voor het bedrijf van Veerkracht 'onderbrengen bij andere verzekeraars'. Dit impliceert drieërlei:

- [A] moet - ook volgens het hof (zie r.o. 3.3) - de opzegging van de bestaande verzekeringen verzorgen. Aan dit laatste heeft [A] voldaan door de via Boval lopende verzekeringen medio 2016 op te zeggen, zij het met uitzondering van de inkomenspakketverzekering.

- [A] moet bemiddelen bij het tot stand brengen van vervangende overeenkomsten van verzekering.

- De vervangende verzekeringen mogen niet worden gesloten bij een op een van de bestaande verzekeringen betrokken verzekeraar.

5. Het hof verwierpt het verweer van Veerkracht, dat zij de inkomenspakketverzekering schriftelijk en tijdig heeft opgezegd. Dit verweer is naar het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd, met name gelet op de stelling van Boval dat zij geen opzegging heeft ontvangen. En voorts omdat de heer [B] op de comparitie heeft gezegd dat hij

de opzegging heeft ondertekend, maar dat deze bij [A] op kantoor is blijven liggen vanwege het overlijden van een medewerker. Bij gebreke van een nadere uitleg door Veerkracht moet, zo overweegt het hof, ervan worden uitgegaan dat de verzekering niet tijdig schriftelijk is opgezegd, zodat deze is blijven doorlopen.

6. Overigens hecht het hof, naar mijn mening ten onrechte, waarde aan Boval's stelling dat zij geen opzegging heeft ontvangen. Immers, de overeenkomst van verzekering moet worden opgezegd bij de verzekeraar, de wederpartij van de verzekeringnemer, en niet bij de verzekeringstussenpersoon van de verzekeringnemer. Dat [A] de door de heer [B] ondertekende opzegging niet heeft doorgestuurd is een als een zorgplichtschending kwalificerend verwijtbaar nalaten dat niet in de risicosfeer ligt van Boval maar van Veerkracht, voor welke onderneming [A] optreedt als opdrachtnemer. In de woorden van het hof: 'Het kennelijk onbedoeld niet versturen van de schriftelijke opzegging komt in de verhouding tussen Veerkracht en Boval voor rekening van Veerkracht, omdat dit een fout betreft van [A], die door Veerkracht was ingeschakeld.' Datzelfde gaat overigens ook op voor het niet herstellen van deze fout na ontdekking daarvan.

7. Op het eerste oog past hier een 'Causa finita est', omdat vaststaat dat de verzekering niet is opgezegd - waarvoor [A] verantwoordelijk moet worden gehouden. Het gevolg van het niet opzeggen was evenwel dat de verzekering is blijven doorlopen en dientengevolge tot de portefeuille van Boval bleef behoren.

8. Voor het hof is dit aanleiding om in navolging van het *Bralis/Octant*-arrest (HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375) als uitgangspunt te nemen dat het de taak van Boval is te waken voor de belangen van de verzekeringnemers (in casu Veerkracht) bij de tot haar portefeuille behorende verzekeringen. Het hof komt in r.o. 3.6, waar het blijkt r.o. 3.3 eerder het verweer van Veerkracht dat Boval voor schriftelijke opzegging van de verzekeringsovereenkomst had moeten zorgen verwierp, tot de conclusie dat van de opzegging door Veerkracht per 7 maart moet worden uitgegaan. Deze conclusie baseerde het hof op inadequaat handelen van Boval na ontvangst van het emailbericht van [B] op 7 maart

2017.

9. De essentie van de *Bras/Octant*-overweging ligt vast in de eerste drie zinnen van in r.o. 3.4.1.

Deze luiden: 'Een assurantietussenpersoon dient tegenover zijn opdrachtgever de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Het is zijn taak te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Tot deze taak behoort in beginsel ook dat - kort gezegd - de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben.'

10. Uit de eerste zin van de *Bral/Octant*-overweging kan worden afgeleid dat de volgende twee zinnen enkel van toepassing zijn als er sprake is van een op een overeenkomst van opdracht stoelende rechtsverhouding tussen een verzekeringstussenpersoon en een verzekeringnemer. Volgens de laatste van deze drie zinnen gaat het om feiten die gevolgen hebben voor de dekking op de verzekering. In casu ontstond er een samenloop van verzekeringen, maar deze had geen gevolgen voor de dekking op de nog via Boval lopende verzekering.

11. Uit het arrest blijkt niet of Veerkracht de overeenkomst van opdracht met Boval heeft opgezegd. Echter, zoals het inschakelen van een andere verzekeringstussenpersoon in de vorm van een verzoek tot intermediairwijziging de

beëindiging van de rechtsverhouding met de 'oude' verzekeringstussenpersoon impliceert (zie: *T&C Verzekeringsrecht*, zesde druk, aant. 3 bij artikel 4:103 lid 2 Wft), kan ook het inschakelen van een andere verzekeringstussenpersoon zónder dat de bestaande verzekeringen naar diens portefeuille overgaan worden opgevat als het beëindigen van de bestaande rechtsverhouding. Dit temeer, omdat dit - anders dan bij een intermediairwijziging - onmiddellijk effect heeft doordat deze wisseling van verzekeringstussenpersoon niet afhankelijk is van een door verzekeraars uit te voeren overboeking.

12. In het onderhavige geval betekent een en ander dat voor Boval de uit artikel 7:401 BW voortvloeiende zorgplicht na de inschakeling van [A] niet langer gold, zodat het de vraag is of een buitencontractuele zorgplicht daarvoor in de plaats is gekomen. Deze vraag dient naar mijn mening bevestigend te worden beantwoord. Dit impliceert dat de eventuele aansprakelijkheid van Boval het gevolg moet zijn van een jegens Veerkracht gepleegde onrechtmatige daad. Zo daarvan al sprake mocht zijn, zijn de door [A] begane fout en het na ontdekking niet herstellen daarvan aan te merken als een aan [A] toe te rekenen omstandigheid.

13. Boval heeft dit niet aangevoerd en het hof heeft een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden achterwege gelaten. Hadden zij dat wél gedaan, dan zou dit hoger beroep een andere uitkomst hebben gehad.

Vindplaatsen

ECLI:NL:GHARL:2020:771

Brandregres en toepasselijkheid omkeringsregel bij schending technische normen

Patrick van der Vorst

Hoge Raad

10 januari 2020, 18/04174

mr. Numann, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Lock
A-G mr. T. Hartlief
BW artikel 6:162

Rechtsvraag

Dient de omkeringsregel te worden toegepast bij schending van technische normen?

In het kort

In deze kwestie zoekt Reaal, als gesubrogeerd brandverzekeraar, regres op een producent van een soldeermachine, ATF. In de soldeermachine was brand ontstaan, waardoor het door Reaal verzekerde pand bijna volledig afbrandde. Volgens Reaal lag dit aan de machine (ontwerpfout), hetgeen door ATF werd betwist. Zo voerde ATF aan dat de brand was ontstaan doordat de soldeermachine - nadat die in 2002 door haar in het verkeer was gebracht - in 2006 zodanig door een derde was aangepast dat de machine op hogere temperaturen functioneerde. Nadat de rechtbank de vorderingen afwees, bekrachtigde het hof dat vonnis door te overwegen dat de in 2006 uitgevoerde aanpassing van de machine (vervanging van de soldeerpot voor een die geschikt was voor loodvrij soldeer) een substantiële wijziging van de machine betrof. Omdat die wijziging niet door ATF was verricht en niet kon worden uitgesloten dat de (met de wijziging gepaarde gaande) hogere bedrijfstemperatuur van de machine de oorzaak van de brand is geweest, oordeelde het hof dat geen oorzakelijk verband kon worden vastgesteld tussen het in 2002 in het verkeer brengen van de soldeermachine en het ontstaan van de brand in

2006.

Dit oordeel is in cassatie vernietigd. Volgens de Hoge Raad heeft het hof verzuimd te oordelen over - kort gezegd - de stelling van Reaal dat de soldeermachine reeds ten tijde van het in het verkeer brengen gebrekkig was, waarbij het hof - gelet op het reeds uit de oorspronkelijke configuratie van de machine voortvloeiende brandrisico - onvoldoende motiveerde dat geen causaal verband aanwezig was. Volgens de Hoge Raad had het hof zelfs de omkeringsregel dienen toe te passen, omdat Reaal zich op een uit de Machinerichtlijn en ATEX-richtlijn voortvloeiende norm had beroepen die specifiek bescherming bood tegen het zich in dit geval verwezenlijkte risico.

In gelijke zin

Hoge Raad 13 juli 2007,
ECLI:NL:HR:2007:BA4200.

Anders A-G Hartlief in zijn conclusie voor het hier geannoteerde arrest (ECLI:NL:PHR:2019:1002).

Noot

1. Dit betreft een arrest dat voor de brandregrespraktijk van belang is. De Hoge Raad bevestigt dat schending van uit technische richtlijnen voortvloeiende normen aanleiding kan zijn om de omkeringsregel toe te passen. Dit is in mijn visie niet nieuw. Zo sanctioneerde de Hoge Raad reeds in 2007 een oordeel van een hof dat schending van installatievoorschriften voor plaatsing van een geiser een beroep op de omkeringsregel rechtvaardigde (Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200). Ook lagere rechtspraak liet al zien dat de omkeringsregel bij schending van een technische norm, die

bescherming biedt tegen het verwezenlijkte risico, toegepast kan (en dient te) worden. Dit laat onverlet dat het voor de praktijk belangrijk is dat het hoogste rechtscollege zich nu expliciet daarover heeft uitgelaten en daarbij het andersluidende oordeel van het hof (dat niet tot toepassing van de omkeringsregel besloot, hetgeen volgens A-G Hartlief juist was) heeft vernietigd.

2. Het oordeel van de Hoge Raad past in een lijn waarin tegemoet gekomen wordt aan 'bewijsnood' van de claimende partij. Bij brandregreszaken is het, gelet op het verwoestende karakter van een brand, veelal lastig om achteraf de oorzaak van de brand c.q. causaliteit met 100% zekerheid vast te stellen. Om die reden kan het voor de eisende partij, op wie in principe de bewijslast rust, lastig zijn het causaal verband aan te tonen. Uit het *Steelpannetjes*-arrest (Hoge Raad 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1353) volgt in dit verband dat de (bewijs)la(s)t volgens de Hoge Raad niet te hoog gelegd moet worden om tot toewijzing te kunnen komen van de stelling dat de brand door een bepaalde oorzaak is ontstaan. Het gaat erom welke brandoorzaak, mede gelet op andere bestaande brandscenario's, de meest waarschijnlijke is. Dit scenario-denken dient in de motivering van de rechter inzichtelijk gemaakt te worden.

3. Ik merk daarbij op dat de claimant daarnaast - en los van de omkeringsregel - op basis van feitelijke of (andere) rechterlijke bewijsvermoedens tegemoet gekomen kan worden in de bewijslast van de schadeoorzaak c.q. het causaal verband. Op die manier kan de schade uiteindelijk voor rekening gebracht worden van de partij die naar alle waarschijnlijkheid de schade heeft veroorzaakt, dan wel die op zijn minst een substantieel risico op de verwezenlijking daarvan in het leven heeft geroepen. Dit bevordert brandpreventief gedrag en valt in mijn optiek alleen maar toe te juichen.

4. Terug naar het alhier geannoteerde arrest. Vanuit de toewijsbaarheid van de regresvordering gedacht is een claimant sneller geholpen op het moment dat technische normen zijn overtreden. De causaliteitsonzekerheid kan dan voor rekening van de gedaagde partij worden gebracht doordat wordt aangenomen dat de brand is ontstaan als gevolg van overtreding van die technische norm.

In deze kwestie schreven de technische normen (neergelegd in de Machinerichtlijn en Atex-richtlijn) voor dat de soldeermachine voorzien moest zijn van een compartimentering en separate afzuiging teneinde ervoor te zorgen dat gevaarlijke dampen niet tot ontploffing konden komen. Doordat die specifieke normen waren overtreden, was een risico op het ontstaan van ontploffing en brand in het leven geroepen en was voldaan aan de toepassingscriteria voor een beroep op de omkeringsregel.

5. Die toepassingscriteria houden in dat: (i) sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en (ii) degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt (zie ook Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008).

6. In het geval aan deze twee vereisten is voldaan, wordt op basis van de omkeringsregel het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen (a) een onrechtmatige daad of tekortkoming en (b) het ontstaan van de schade aangenomen. Het is vervolgens aan de aangesproken partij om aannemelijk te maken dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Strikt juridisch gezien is dit geen omkering van de bewijslast, maar een 'verlichting' van de op de eisende partij rustende bewijsleveringslast (zie Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013, nr. 302).

7. In het hier door de Hoge Raad beslechte geval zal, nu toepasselijkheid van de omkeringsregel is gegeven, in de procedure na verwijzing moeten worden uitgemaakt of de brand ook zonder de ontwerpfouten zou zijn ontstaan. Dat lijkt mij, zonder overigens gehinderd te zijn door de niet uit het arrest blijkende feiten en omstandigheden van het geval, voor ATF een lastige opgave. Dit illustreert dan ook direct het belang van de omkeringsregel in brandregreszaken: als een beroep op de omkeringsregel slaagt, lijkt de discussie over causaal verband direct te zijn beslecht.

8. Partijen die met brandregres (of andersoortige

regreskwesties waarin technische normen spelen) te maken hebben, doen er dan ook goed aan vooraf in kaart te brengen welke regelgeving van toepassing is op machines, installaties en/of constructies die (mogelijk) een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de schade en te bezien of die zijn nageleefd. Het gaat dan om concrete normen die strekken ter voorkoming van een specifiek gevaar op het ontstaan van schade (vanzelfsprekend is ook relevant of schending van die norm onrechtmatig handelen/nalaten ex artikel 6:162 BW oplevert).

9. Welke normen daarvoor in aanmerking komen en waar die te vinden zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In zijn algemeenheid kan worden gewezen op de uit het Bouwbesluit voortvloeiende normen die strekken ter voorkoming van brandgevaar (zoals voorschriften uit de NEN 1010 voor elektrische installaties). Zoals aangegeven gaat het alleen om normen die beogen te beschermen tegen een specifiek gevaar (bijvoorbeeld ontploffing/brand/instorting/waterschade), zodat niet iedere norm zich leent voor toepassing van de omkeringsregel. Dat geldt ook voor de normen uit het Bouwbesluit, dat een veelheid aan normen bevat op diverse terreinen. Zo bevat het Bouwbesluit naast regels voor de brandveiligheid ook normen voor constructieve veiligheid. Vanzelfsprekend kunnen die laatste normen wel weer een rol spelen in het kader van de omkeringsregel als bijvoorbeeld een norm is geschonden die de constructieve veiligheid beoogt te waarborgen en het pand is ingestort.

10. Daarnaast kunnen brandvoorschriften uit een aan een exploitant vergunde gebruiksvergunning in aanmerking komen voor een beroep op de omkeringsregel en kan - ook voor andere type schades - gedacht worden aan montage- en onderhoudsvoorschriften/-handleidingen van producenten, niet in wet- of regelgeving verankerde NEN-normen, voorschriften uit een productcertificaat (zie in dit verband het vonnis van de Rechtbank Breda van 27 februari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC5875, waarin toepassingsvoorwaarden uit een KOMO-attest bij het aanbrengen van dakbedekking waren

geschonden) of richtlijnen (voor schade aan gebouwen bij funderingswerkzaamheden bijvoorbeeld de richtlijn SBR-A; zie bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 13 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR0591).

11. Regreszoekende verzekeraars en experts doen er, kortom, goed aan in kaart te brengen of specifieke normen ter voorkoming van het verwezenlijkte gevaar zijn geschonden. Aan de andere zijde is het aan gebouweigenaren/aannemers/installateurs steeds goed voor ogen te hebben en te houden welke normen ter bescherming van welke gevaren van belang zijn. Daarbij behoren zij er rekening mee te houden dat die normen zich niet noodzakelijkerwijs beperken tot in wet- en regelgeving verankerde normen.

12. De praktijk zal steeds moeten uitwijzen welke norm voor een rechter nog relevant wordt geacht voor een beroep op de omkeringsregel. Maatschappelijke en technische ontwikkelingen zullen daarbij een rol spelen. Met nieuwe technologische ontwikkelingen komen namelijk ook nieuwe zorgen. Zo creëren elektrische auto's niet alleen files bij de laadpalen op weg naar wintersportland, maar vormen zij ook een bedreiging voor de brandveiligheid als die in ondergrondse parkeergarages staan geparkeerd. Recent is in de media in dit verband daarvoor de nodige aandacht gevraagd, waarbij is aangekondigd dat het Instituut voor Fysieke Veiligheid voor de zomer een richtlijn zal/wenst te publiceren waaraan ondergrondse parkeergarages moeten voldoen. Afhankelijk van de daarin vervatte normen acht ik het goed mogelijk dat schending daarvan toepassing van de omkeringsregel mogelijk maakt. Dat is wat mij betreft (ook) rechtvaardig en bevordert maatschappelijk gewenst gedrag door gebouweigenaren/-beheerders aan te sporen risico's, waaraan hun bouwwerken bloot staan en daarmee ook het publiek, adequaat te onderzoeken/observeren en robuuste maatregelen te treffen.

Vindplaatsen

ECLI:NL:HR:2020:27

Toepassing van abstracte schadebegroting bij leidingschade. Mag een netbeheerder uitgaan van haar eigen tarief voor storingsherstel?

Hugo Slootweg

Hoge Raad

21 februari 2020, 18/03080

mr. Streefkerk, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh
P-G Langemeijer

Rechtsvraag

Moet in het kader van de abstracte schadebegroting worden uitgegaan van de (hogere) gemiddelde (eigen) tarieven van netbeheerders of van het (lagere) gemiddelde tarief dat Nederlandse aannemingsbedrijven hanteren?

In het kort

Bij grondwerkzaamheden veroorzaken aannemers regelmatig schade aan de gas- en elektriciteitsnetten van Liander. Bij het herstellen van die schades verricht Liander zelf het storingsherstel. Zij vordert van de veroorzakende aannemers vergoeding conform het door haar gehanteerde tarief. Meeùs is verzekeringstussenpersoon en wikkelt die schades, namens de via haar verzekerde aannemers, af. Meeùs is van mening dat zij niet het – hogere – tarief dat Liander hanteert hoeft te vergoeden, maar dat conform de abstracte schadebegroting uit moet worden gegaan van het tarief dat een representatieve groep Nederlandse aannemingsbedrijven voor soortgelijke werkzaamheden hanteert. Partijen hebben afgesproken die vraag bij prorogatie (zie artikel 329 Rv) aan het hof voor te leggen. Het hof heeft de vordering van Liander afgewezen. Het hof heeft geoordeeld dat bij toepassing van de abstracte schadeberekening zoveel mogelijk zal

moeten worden geabstraheerd van de omstandigheid dat werkzaamheden die zien op storingsherstel verricht worden in een beperkte en zeer sterk gereguleerde markt. Liander gaat in cassatie. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht van Liander terecht is. Bij zijn oordeel gaat de Hoge Raad ervan uit dat het storingsherstel alleen door eigen medewerkers van Liander kunnen worden verricht. Als dat het geval is, mag van die omstandigheid niet worden geabstraheerd. Dat zou te veel in strijd komen met het uitgangspunt dat de werkelijke schade van de benadeelde moet worden vergoed.

Noot

1. Dit arrest gaat over de toepassing en reikwijdte van de hoofdregel en uitzondering bij het begroten van schade. In het schadevergoedingsrecht geldt de hoofdregel dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Dit betekent dat concrete schadebegroting uitgangspunt is: bij begroting van de schade wordt rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval. Als uitzondering kan worden genoemd dat bij bepaalde vormen van schade wordt geabstraheerd van de situatie van de benadeelde. Dit is het geval bij zaakschade. Een bekend voorbeeld is het berekenen van autoschade. De eigenaar van een beschadigde auto heeft recht op vergoeding van de objectieve herstellkosten. Dat de eigenaar automonteur is en de schade (goedkoper) zelf herstelt blijft buiten beschouwing. Ook de Hoge Raad verwijst in het arrest naar twee uitspraken over autoschade: HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357

(waarin het ging over de vraag of een leasemaatschappij recht had op vergoeding volgens de standaardprijzen, waarbij de korting die zij bij een schadeherstelbedrijf had bedongen buiten beschouwing bleef) en HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208 (waarin vergoeding van de dagwaarde bij total loss centraal stond).

2. In deze casus zijn Liander en Meeùs het erover eens dat een abstracte schadeberekening moet worden gehanteerd en dat het erom gaat welk bedrag een 'bekwaam reparateur' in rekening zou hebben gebracht. Partijen verschillen alleen van mening over hoe het tarief dat voor die werkzaamheden in rekening mag worden gebracht moet worden berekend.

3. Liander heeft bij het hof een verklaring voor recht gevorderd, dat de door haar gehanteerde uurtarieven aan de geldende rechtsmaatstaven voldoen als die tarieven niet wezenlijk afwijken van die, welke door *'een representatieve groep van Nederlandse beheerders van gas- en elektriciteitsnetten voor de werkzaamheden van het eigen personeel in rekening worden gebracht'*. Meeùs heeft in reconventie een grotendeels gelijke verklaring voor recht gevorderd, met dit verschil dat de tarieven die Liander hanteert voldoen aan de geldende maatstaven als deze niet hoger zijn dan het gemiddelde tarief *'dat een representatieve groep Nederlandse aannemingsbedrijven in soortgelijke gevallen in rekening brengt'*.

4. Het hof heeft de vordering van Liander afgewezen. Volgens het hof moet bij toepassing van de abstracte schadeberekening zoveel mogelijk worden geabstraheerd van de omstandigheid dat werkzaamheden die zien op storingsherstel in een beperkte en zeer sterk gereguleerde markt. Het hof vervolgt (weergegeven in de samenvatting van de Hoge Raad in 2.5): *'Met dit uitgangspunt is niet goed verenigbaar om rekening te houden met de omstandigheid dat Liander (en de andere netbeheerders) bij uitsluiting in eigen beheer storings detecteren en herstellen, waarbij zij geen rekening houden met de objectief te berekenen kosten die gemiddeld op de vrije markt met dergelijke herstelreparaties gemoeid zijn.'* Volgens het hof moeten niet de tarieven die netbeheerders zelf hanteren het uitgangspunt zijn, maar zou moeten worden gezocht naar wat

commerciële bedrijven voor dergelijke werkzaamheden in rekening zouden brengen als een dergelijke vrije markt wel zou bestaan. Het hof geeft daarbij als suggestie te kijken naar de loonkosten van de storingsmonteurs bij netbeheerders, afgezet tegen de loonkosten van vergelijkbare monteurs bij andere bedrijven. Een oordeel heeft het hof hierover echter niet gegeven, omdat Liander dat niet had gevorderd.

5. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht van Liander terecht is. Bij zijn oordeel gaat de Hoge Raad ervan uit dat het storingsherstel alleen door eigen medewerkers van Liander kunnen worden verricht. Als dat het geval is, mag van die omstandigheid niet worden geabstraheerd. Dat zou te veel in strijd komen met het uitgangspunt dat de werkelijke schade van de benadeelde moet worden vergoed.

6. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad een principieel oordeel gegeven over de grenzen aan een abstracte schadebegroting. Van bijzondere omstandigheden, die ertoe leiden dat de benadeelde meer dan de abstract begrote schade lijdt, mag niet worden geabstraheerd. Deze redenering is goed te volgen. De abstracte schadebegroting is tenslotte de uitzondering op de hoofdregel dat alle schade van de benadeelde moet worden vergoed.

7. Liander had ook geklaagd over het oordeel van het hof dat een vrije markt ontbreekt en dat Liander onvoldoende objectieve aanknopingspunten heeft aangevoerd om de door haar te hanteren tarieven als juist te aanvaarden. Die klacht faalt. Volgens de Hoge Raad is het niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat de tarieven die Liander voor storingsherstel hanteert niet in een vrije markt tot stand komen omdat een dergelijke markt ontbreekt. In dit oordeel ligt volgens de Hoge Raad besloten dat de vergelijking met tarieven van andere netbeheerders onvoldoende objectief is, omdat niet duidelijk is waarop die tarieven berusten. Ook het oordeel van het hof over de toelichting van Liander op haar tarieven achtte de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Liander had wel factoren genoemd die haar tarief mede bepalen, maar geen inzicht heeft gegeven in de daaraan verbonden kosten of in de opbouw van de gehanteerde tarieven.

8. Het is de vraag in hoeverre partijen geholpen zijn met deze uitspraak. Liander en Meeùs wilden weten hoe het tarief voor storingsherstel moet worden vastgesteld. Zij wilden antwoord op dezelfde vraag, die door P-G Langemeijer in (2.1 van) zijn conclusie treffend wordt samengevat met: *'wie is hier 'de maatman'?*' Die vraag is slechts ten dele beantwoord.

9. Liander zal blij zijn dat de Hoge Raad *in beginsel* toestaat dat het eigen tarief als 'maatman' kan gelden. Maar de Hoge Raad hanteerde bij dat oordeel wel de veronderstelling dat storingsherstel alleen door de eigen medewerkers van Liander kunnen worden verricht. Nu Meeùs dat (vermoedelijk nog steeds) betwist, is het debat daarover nog niet ten einde.

10. Daarnaast is het slot van r.o. 3.3.2 interessant: *'De door een storing veroorzaakte*

schade dient in zo'n geval te worden begroot op de naar objectieve maatstaven vast te stellen kosten die een netbeheerder maakt om een dergelijke storing met inzet van eigen medewerkers te verhelpen.'

11. De Hoge Raad geeft hier aan dat de schade moet worden begroot door te kijken naar de *kosten* die een netbeheerder maakt en dat die kosten naar objectieve maatstaven moeten worden vastgesteld. Het simpelweg hanteren van het eigen *tarief* is dus niet toegestaan. En uit de overwegingen ten aanzien van de niet gehonoreerde klacht (zie hiervoor onder 7) volgt dat Liander nog het nodige zal moeten doen om de hoogte van haar tarief te onderbouwen.

Vindplaatsen

ECLI:NL:HR:2020:315
ECLI:NL:PHR:2019:1081

VAST 2020 / N-0019

De betekenis van de term ‘in een vlaag van acute waanzin’ in de overlijdensrisicoverzekering

Peter van Huizen

Rechtbank Amsterdam
15 januari 2020, C/13/662414 / HA ZA 19-227
mr. Jongeneel
BW artikel 6:233 sub a

Rechtsvraag

Wat valt er onder de betekenis van een ‘vlaag van acute waanzin’ met betrekking tot suïcide en de overlijdensrisicoverzekering?

In het kort

Een man pleegt suïcide. Zijn vrouw maakt als begunstigde aanspraak op dekking door de overlijdensrisicoverzekeraar. Die verzekeraar weigert dekking met een beroep op de polisvoorwaarden. Daarin staat dat er geen recht op dekking bestaat indien het overlijden het gevolg is van zelfdoding binnen twee jaar na het tot stand komen van de verzekering, tenzij aan de verzekeraar wordt aangetoond dat de verzekerde bij de zelfdoding handelde in een vlaag van acute waanzin.

De vrouw stelt dat haar man handelde in een vlaag van acute waanzin. De verzekeraar betwist dat.

De rechtbank oordeelt eerst wat moet worden verstaan onder ‘een vlaag van acute waanzin’. Daaronder moet worden verstaan een ‘acuut psychotische toestand’.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat een voorgeschiedenis met psychische klachten, medicatie en behandelingen nog niet betekent dat er geen sprake zou kunnen zijn van een ‘vlaag van acute waanzin’, zelfs niet als een verzekerde een voorgeschiedenis had waarin suïcide is

overwogen en ook al een afscheidsbrief heeft geschreven, zoals in deze zaak het geval is. Nog steeds zou dan sprake kunnen zijn van een acuut psychotische toestand.

Om daarover nader te worden geïnformeerd acht de rechtbank het noodzakelijk een deskundige (psycholoog of psychiater) te benoemen en om aan die deskundige te vragen of het aannemelijk is dat de man suïcide heeft gepleegd als gevolg van een acuut psychotische toestand.

Tip voor de praktijk

Wat er wordt verstaan onder de term ‘een vlaag van acute waanzin’ zoals kan zijn gehanteerd bij de uitsluiting van zelfdoding in de overlijdensrisicoverzekering, lijkt in de rechtspraak nog niet volledig uitgekristalliseerd. Daarmee kan rekening worden gehouden bij het formuleren van een vraagstelling aan een te benoemen deskundige of bij het opmaken van de polisvoorwaarden.

Noot

1. Een standaardbeding in overlijdensrisicoverzekeringen is de uitsluiting van zelfdoding binnen twee jaar nadat de verzekering is gesloten. Na een overlijden van een verzekerde is het niet altijd duidelijk óf sprake is van zelfdoding en zo ja, of het een zelfdoding betreft zoals bedoeld in het uitsluitingsbeding. In die gevallen zal daarover kunnen worden geprocedeerd.
2. Een aanzienlijk gedeelte van die procedures wordt gevoerd in de Amsterdamse Rechtbank en het Amsterdamse Hof. Lange tijd volgde de Rechtbank Amsterdam de lijn zoals uitgezet in de

uitspraken van het Hof Amsterdam van 26 juni 1953 (*NJ* 1953, 743) en 5 april 2007 (ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4836).

3. Het ging dan om een uitsluitingsbeding waarin slechts stond dat overlijden door zelfdoding was uitgesloten van dekking. De vraag rees of daarmee iedere vorm van zelfdoding werd bedoeld. Het hof Amsterdam gaf in 1953 een maatstaf. Volgens die maatstaf is dekkingsuitsluiting slechts aanvaard in gevallen van opzettelijke en welbewuste zelfdoding. Als iemand handelt in ijlkoorts of in een vlaag van waanzin of gedreven door een ziekelijke waan, dan kan van zelfdoding in de zin van de uitsluiting eigenlijk niet worden gesproken.

4. Later voegde datzelfde hof er in 2007 nog aan toe dat de zelfdoding, weliswaar opzettelijk en welbewust moet zijn geweest om te mogen uitsluiten van dekking, maar dat die zelfdoding niet ook 'welovertogen' hoeft te zijn.

5. Dit werd vaste rechtspraak. Een belangrijke consequentie daarvan was dat het aan de verzekeraar die zich beriep op de uitsluiting was, om aan te tonen dat sprake was van opzettelijke en welbewuste zelfdoding. De bewijslast daarvan kwam dus te liggen bij de verzekeraar.

6. Dat bewijs kan moeilijk te leveren zijn aangezien achteraf met vaak beperkte informatie moeilijk is te beoordelen wat er in iemand is omgegaan voorafgaand aan de zelfdoding. Ook psychische en psychiatrische deskundigen, al dan niet benoemd door een rechter, worstelen daarmee, zo blijkt uit de rechtspraak.

7. Dat gaf mogelijk aanleiding voor overlijdensrisicoverzekeraars om het uitsluitingsbeding aan te passen. Er werd een nieuw beding gehanteerd waarin zelfdoding werd uitgesloten, tenzij sprake was van zelfdoding in 'een vlaag van acute waanzin' (of bewoordingen van gelijke strekking). Daarmee zou zelfdoding zijn uitgesloten, tenzij de begunstigde bij de verzekering zou aantonen dat sprake was van zelfdoding in een vlaag van acute waanzin.

8. Daardoor ontstond er in de rechtspraak ten aanzien van die nieuwe uitsluitingsbedingen het uitgangspunt dat het aan de verzekeraar is om aan te tonen dat sprake is geweest van

zelfdoding, waarna het aan de begunstigde is om aan te tonen dat sprake is geweest van zelfdoding in een vlaag van acute waanzin.

9. Het gevolg is dat er wordt geprocedeerd over de vraag wat er moet worden verstaan onder het begrip 'vlaag van acute waanzin'. Wederom is door het Amsterdamse Hof hierover geoordeeld. Het hof neemt aan dat met 'een vlaag van acute waanzin' wordt bedoeld een psychose.

10. Dit is het arrest waar de rechtbank in deze zaak uit 2020 naar verwijst voor de uitleg van de term 'een vlaag van acute waanzin'. Maar de uitleg die de rechtbank vervolgens hanteert, komt eigenlijk van haar zelf. Dat is immers de uitleg die rechtbank zelf geeft in 2015 en waarover in 2018 het hoger beroep ging. Waar de rechtbank in 2015 zelf spreekt van een 'een situatie vergelijkbaar met een acute psychose waar een verminderde wilsbekwaamheid als gevolg van depressie en bijkomende factoren niet aan gelijk gesteld kan worden', spreekt het hof in die zaak slechts van 'een psychose'.

11. Het hof lijkt daartoe te zijn gekomen omdat de verzekerde in die zaak de stellingen van de verzekeraar daarover onvoldoende had weersproken en de eigen voorgestane uitleg onvoldoende had onderbouwd. Het laatste woord over de betekenis van de term 'een vlaag van acute waanzin' is in de rechtspraak dus misschien nog niet gezegd.

12. De rechtbank lijkt de term in deze zaak overigens niet te beperkt te willen uitleggen, aangezien zij benadrukt dat een voorgeschiedenis met psychische klachten, medicatie en behandelingen nog niet betekent dat er geen sprake zou kunnen zijn van een 'vlaag van acute waanzin', zelfs niet als een verzekerde een voorgeschiedenis had waarin suicide zelfs al is overwogen en waarin ook al een afscheidsbrief is geschreven. Nog steeds zou dan sprake kunnen zijn van 'een vlaag van acute waanzin' in de zin van de polisvoorwaarden, aldus de rechtbank.

13. Het is volgens de rechtbank aan de begunstigde om aan te tonen dat sprake is van 'een vlaag van acute waanzin'. Daartoe zal een deskundige worden benoemd.

14. Hier is de omslag van het bewijsrisico te zien,

als gevolg van een kleine aanpassing van het uitsluitingsbeding. Niet langer is het aan de verzekeraar om aan te tonen dat sprake is geweest van een opzettelijke en welbewuste zelfdoding, maar het is nu aan de begunstigde om aan te tonen dat de zelfdoding het gevolg is geweest van een vlaag van acute waanzin, waarbij deze term met de uitspraak van de rechtbank weer wat nader omschreven is.

15. Dat neemt niet weg dat de begunstigde het risico draagt van het feit dat achteraf en met (soms ook voor een nabestaande) beperkte informatie een geestestoestand van een overledene moeilijk te beoordelen is, ook voor een te benoemen deskundige psycholoog of psychiater.

16. De vraagstelling aan zo'n deskundige wordt dan nog belangrijker, waarbij ook weer de betekenis van de term 'een vlaag van acute waanzin' een rol speelt. Immers, zoals te zien in deze uitspraak, stelt de rechtbank aan partijen voor om de te benoemen deskundige te vragen of het aannemelijk is dat de man suïcide heeft gepleegd als gevolg van een 'acuut psychotische toestand'.

17. Waar de rechtbank in de eerdere zaak uit 2015 nog oordeelde dat onder 'een vlaag van acute waanzin' moet worden begrepen 'een situatie vergelijkbaar met een acute psychose', stelt zij in deze zaak voor aan de te benoemen deskundige te vragen of sprake is geweest van een acute psychose en (mogelijk onbedoeld) dus

niet ook iets vergelijkbaars daarmee.

18. Een begunstigde bevindt zich door het nieuwere uitsluitingsbeding al in een moeilijkere positie omdat de bewijslast is verschoven, maar door de formulering van de vraagstelling aan een deskundige kan de kans op het kunnen leveren van dat bewijs mogelijk nog meer worden verkleind.

19. Gelet op alle discussie over de term 'een vlaag van acute waanzin' is het de vraag of het beding met die term nog wel voldoende duidelijk is geformuleerd. De rechtbank begint in deze zaak haar beoordeling weliswaar met het oordeel dat dit het geval is, maar zij wijdt daar verder geen overwegingen aan.

20. Mogelijk in een poging om discussie over de uitleg en toepassing van deze term te voorkomen bestaan er tegenwoordig ook uitsluitingsbedingen waarin zelfmoord is uitgesloten van dekking en waarbij 'De psychische toestand van de verzekerde bij de beoordeling van het overlijden buiten beschouwing blijft'.

21. Maar ook hier blijft het de vraag of het beding voldoende duidelijk is. Immers, als van zelfmoord slechts kan worden gesproken als sprake is van opzettelijke en welbewuste zelfdoding, is het dan niet weer alsnog eerst aan de verzekeraar om dat aan te tonen?

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBAMS:2020:3

ECLI:NL:GHAMS:2018:3491

ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4836

Eenzijdig fietsongeval en betrokkenheid motorrijtuig: voldoende 'betrokken' in de zin van de SVI-polis?

Lennard Esveld

Rechtbank Gelderland
2 december 2019, NL19.11350
mr. Strens-Meulemeester, mr. Klaasen, mr.
Boot
WVW artikel 185

Rechtsvraag

Een schadeverzekering voor inzittenden (SVI) dekt schade van een fietser als bij het verkeersongeval een motorrijtuig 'betrokken' is, maar hoe moet het begrip 'betrokken' worden uitgelegd?

In het kort

Eiser fietst op een nachtelijk tijdstip met circa dertig kilometer per uur op zijn mountainbike over een parallelweg. Hij ziet vanuit een zijweg van rechts op hoge snelheid een auto naderen en meent dat tijdig remmen geen optie meer is. Teneinde een ongeval te voorkomen, stuurt hij die zijweg in met de bedoeling achter de auto langs weer terug naar de parallelweg te sturen, en zijn route te hervatten. Hij rijdt daartoe een klein stukje door de berm, waarbij hij een greppel over het hoofd ziet. Daarin komt hij ten val, met een dwarslaesie tot gevolg. In voorliggende zaak eist het slachtoffer dekking onder de door hem bij ASR afgesloten SVI.

Voor dekking is (onder meer) vereist dat een motorrijtuig bij een verkeersongeval 'betrokken' is. De rechtbank volgt ASR in haar stelling dat dit begrip moet worden uitgelegd in de context van artikel 185 WVW. Aan de hand van een deskundigenbericht komt de rechtbank tot de conclusie dat tussen het naderen van de auto en de val in de greppel te veel handelingen zijn verricht en een te grote afstand is afgelegd. Daardoor kan niet worden gesproken van een

rechtens relevant verband tussen de betrokkenheid van de auto en de val. Nu aan de vereisten voor dekking niet is voldaan (en de overige stellingen van eiser hem evenmin kunnen baten), wordt het gevorderde afgewezen.

Noot

1. Het verwondert wellicht dat de fietser een beroep doet op zijn SVI. Die schadeverzekering voor *inzittenden* vormt namelijk een module op de WA-verzekering voor motorrijtuigen. Veelal blijft de dekking beperkt tot inzittenden van het verzekerde motorrijtuig en aanpalende situaties als tanken, het opladen van de accu en het uitvoeren van noodreparaties. Een enkele SVI noemt expliciet dat tevens gedekt is schade door een verkeersongeval tijdens deelname aan het verkeer op andere wijze dan met een motorrijtuig, waarbij gedacht kan worden aan een fietser, voetganger of passagier van metro, tram of trein.

2. Ook de hier centraal staande SVI van ASR biedt dekking voor schade van een fietser ten gevolge van een verkeersongeval. Het begrip 'verkeersongeval' wordt (voor zover hier relevant) in de begrippenlijst gedefinieerd als '*een gebeurtenis waarbij schade wordt veroorzaakt door (...) van de weg raken, (...) [waarbij] minstens één motorrijtuig (...) betrokken [is]*'. Bij de val in de greppel is schade veroorzaakt door het van de weg raken, maar is bij die gebeurtenis ook een motorrijtuig 'betrokken' geweest?

3. Primair voert eiser aan dat hij die definitie van 'verkeersongeval' niet behoefde te verwachten, zodat dat begrip in zijn voordeel (contra proferentem) moet worden uitgelegd. De rechtbank gaat daarin niet mee en houdt de definitie in de begrippenlijst aan. Mijns inziens

terecht; de begrippenlijst was duidelijk onderdeel van de polisvoorwaarden.

4. Op de subsidiaire stelling van eiser ga ik dieper in. Eiser stelt dat 'betrokken' duidt op een ruim causaliteitscriterium, zodat een kaal *condicio sine qua non*-verband tussen motorrijtuig en gebeurtenis voldoende is. In die visie zou in onderhavige situatie de uit de zijweg van rechts naderende auto betrokken zijn bij het verkeersongeval van de fietser, en daarmee zijn schade gedekt zijn. Zonder die auto had de fietser immers niet hoeven uit te wijken. ASR stelt daartegenover dat bedoeld is aansluiting te zoeken bij het betrokkenheidsvereiste in artikel 185 Wegenverkeerswet 1994 (WVW). Die bepaling legt - kort gezegd - de aansprakelijkheid voor verkeersongevallen waarbij een motorrijtuig 'betrokken' is, behoudens overmacht bij de houder van het motorrijtuig. Die bedoeling wordt door eiser kennelijk niet weersproken en komt de rechtbank begrijpelijk en overtuigend voor, zodat zij daarvan uitgaat.

5. Ervan uitgaande dat eiser - zoals de rechtbank stelt - zich inderdaad heeft neergelegd bij de door ASR gestelde bedoeling van de polis, is het de vraag of het oordeel van de rechtbank anders zou hebben uitgepakt als eiser dat niet zou hebben gedaan. Het betreffen hier - naar ik veronderstel - polisvoorwaarden waarover niet is onderhandeld, zodat de uitleg daarvan in het bijzonder afhankelijk zal zijn van objectieve factoren, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel (Hoge Raad 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793). Voor niet-kenbare bedoelingen van de verzekeraar is daarbij niet veel plaats (bijvoorbeeld Hof Amsterdam 16 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2601, r.o. 3.10-3.11). Levert de visie van eiser een tweede heldere lezing op van het begrip 'betrokken', dan is het begrip niet duidelijk en moet een uitleg *contra proferentem* de doorslag geven (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/338).

6. Volgens de rechtbank brengt die aansluiting bij artikel 185 WVW met zich dat 'een *rechtens relevant verband*' tussen motorrijtuig en verkeersongeval is vereist, waaruit zij afleidt dat een kaal *condicio sine qua non*-verband onvoldoende is. Een dergelijke invulling van het betrokkenheidsvereiste maakt de dekking onder

deze polis onbegrensd, aldus de rechtbank.

7. Ik deel het oordeel van de rechtbank dat een dergelijke uitleg van het betrokkenheidsvereiste tot een ruime dekking leidt, maar zie niet in waarom de dekking *onbegrensd* zou worden. Denkbaar zijn (niet onder de dekking vallende) eenzijdige fietsongevallen waarbij een motorrijtuig geen *condicio sine qua non* vormt, zoals een fietser die met zijn wiel in een tramrail terecht komt, tegen een paaltje rijdt of uitglijdt over los zand. Dit is mijns inziens dus geen argument dat zelfstandig de conclusie kan dragen dat in dit geval geen dekking bestaat.

8. Daarnaast is het de vraag of de door de rechtbank bij artikel 185 WVW gezochte aansluiting overtuigt, zodat we dáár te rade moeten gaan voor de geldende maatstaf voor het betrokkenheidsvereiste. In het kader van artikel 185 WVW is van betrokkenheid in elk geval sprake bij contact tussen fietser en een (rijdend) motorrijtuig. De voorliggende kwestie kenmerkt zich echter door afwezigheid van contact tussen de fietser en het motorrijtuig. Is het motorrijtuig alsnog betrokken?

9. De rechtbank komt, op basis van een deskundigenbericht, tot de conclusie dat eiser niet de controle over zijn fiets heeft verloren - hij heeft namelijk na het inzetten van de uitwijkmanoeuvre een zevental handelingen verricht - en dat hij ten minste dertig meter uit de bocht ten val is gekomen. Volgens de rechtbank kan daarom niet worden gesproken van een rechtens relevant verband tussen 'de *betrokkenheid (sic!) van de auto en de val*', zodat kennelijk van betrokkenheid in de zin van de polis toch geen sprake is.

10. Zoals aangegeven, is het de vraag of de maatstaf die de rechtbank in dit verband aanlegt wel aansluit bij die van artikel 185 WVW. Dat artikel vindt zijn oorsprong in artikel 25 Motor- en rijwielwet, dat in geval van een '*botsing, aan- of overrijding met een motorrijtuig*' in beginsel de eigenaar of houder voor de daardoor ontstane schade aansprakelijk hield. De rechtvaardiging werd gevonden in de gewenste bescherming van zwakke verkeersdeelnemers tegen het verhoogde gevaar dat de mechanische voortbewegingskracht van een motorrijtuig voor het verkeer meebrengt (het *Betriebsgefahr*) (Wansink, Schaderegeling

Motorrijtuigen 220.2). Het verwondert dan ook niet dat de reikwijdte na verloop van tijd werd uitgebreid naar andere situaties waarin het *Betriebsgefahr* tot uitdrukking kwam, zoals botsingen met zaken die aan het motorrijtuig verbonden waren, waaronder met uitstekende lading (Hoge Raad 11 mei 1934, *NJ* 1934, 1041), een aangekoppelde aanhangwagen (Hoge Raad 4 februari 1937, *NJ* 1937, 489) of het lichaam van een bromfietser (Hof Amsterdam 10 april 1964, *VR* 1969/32). Datzelfde gold voor afvallende lading (Rechtbank Utrecht 17 juni 1942, *NJ* 1943, 169), een losgeschoten aanhangwagen (Rechtbank Dordrecht 22 juni 1966, *VR* 1967/114) en een afgeslingerde bestuurder (Rechtbank Amsterdam 13 juni 1961, *NJ* 1962, 250). Omdat in die gevallen van een 'botsing, aan- of overrijding met een motorrijtuig' naar de letter geen sprake was, werd ervoor gekozen die zinsnede bij de invoering van de opvolger, artikel 31 WVV (oud), te vervangen door het ruimere 'betrokken is bij een verkeersongeval'. Daarmee werd niet direct een ruimere werking beoogd, maar wenste de wetgever uitdrukking te geven aan de ruime uitleg die de jurisprudentie aan de bepaling gaf (*Kamerstukken II* 1990/91, 22030, nr. 3 (MvT), p. 152).

11. Opgemerkt zij dat voor de vereiste 'betrokkenheid' niet is vereist dat sprake is van een fout van de bestuurder. Dat volgt uit de systematiek van artikel 185 WVV, waar de houder van het betrokken motorrijtuig aansprakelijk wordt gehouden, *tenzij* aannemelijk is dat het ongeval is te wijten aan overmacht. Zou van 'betrokkenheid' slechts sprake zijn indien de bestuurder een verwijt valt te maken, dan is die *tenzij*-clausule overbodig.

12. De vraag is evenwel of het *Betriebsgefahr* ook tot uiting komt in gevallen als het hier centraal staande. In de situatie waarin een fietser bij het uitwijken voor een motorrijtuig ten val kwam zonder dat een fysieke aanraking had plaatsgevonden, oordeelde het Hof Amsterdam recent (11 februari 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:377](#)) - overigens zonder nadere toelichting - dat artikel 185 WVV van toepassing was, en daarmee dat het motorrijtuig bij het ongeval 'betrokken' was. Wansink schrijft in 2016 dat de destijds hernieuwde redactie van artikel 185 WVV alle twijfel wegneemt en dat dat artikel ook van toepassing is op een

uitwijkmanoeuvre of schrikreactie van een fietser of voetganger (Wansink, *Schaderegeling Motorrijtuigen 220.2*), en ook Van Dam lijkt die opvatting toegedaan (Van Dam, *VRA* 2005, p. 301). Ik heb de neiging daarin mee te gaan, omdat een dergelijke reactie zal zijn geënt op de vrees met het motorrijtuig in botsing te komen.

13. Dit wordt ondersteund door de parallel die in het wetsvoorstel Verkeersongevallen 1997 wordt getrokken tussen het begrip 'betrokken' in artikel 185 WVV en het begrip '*implication*' in de Franse *Loi Badinter* (*Kamerstukken II* 1997/98, 25759, nr. 3 (MvT), p. 38). In de daarop geënte jurisprudentie wordt dat begrip ruim uitgelegd. Ik volsta met enkele casus (zie verder: Sterk, *VRA* 1997, p. 197 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25759, nr. 3 (MvT), p. 38 e.v.).

14. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat een achteruitrijdend motorrijtuig betrokken was bij een voetganger die achteruit stapte om de auto te ontwijken en ten val kwam, ondanks dat van aanraking geen sprake was (Cour de Cassation 2e Civ. 20 januari 1993, nr. 91-15707). Betrokkenheid werd eveneens aangenomen voor het motorrijtuig dat plots van rijbaan wisselde, waardoor een ander motorrijtuig moest uitwijken om een ongeval te voorkomen (Cour de Cassation 2e Civ. 14 januari 2016, [ECLI:FR:CCASS:2016:C200061](#)). Eind vorig jaar werd aan het Hof van Cassatie de casus voorgelegd waarin een motorrijtuig sterk vertraagde en daarom door een ander motorrijtuig werd ingehaald, waarna dit laatste motorrijtuig tijdens de inhaalmanoeuvre een plots overstekende geit aanreed. Wederom stelde het Hof voorop dat van betrokkenheid van een motorrijtuig reeds sprake is als dat rijtuig een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van het ongeval:

'un véhicule terrestre à moteur est impliqué dans un accident de la circulation dès lors qu'il a joué un rôle quelconque dans sa réalisation' (Cour de Cassation 2e Civ. 19 december 2019, [ECLI:FR:CCASS:2019:C202119](#), en bijvoorbeeld ook Cour de Cassation 2e Civ. 14 juni 2016, nr. 04-20830).

15. Het vereiste van betrokkenheid vormt aldus in het Franse recht geen hoge drempel; een conclusie die, onder verwijzing naar eerdere

jurisprudentie, ook al werd getrokken door Sterk (VRA 1998, p. 65, par. 6) en Van Dam (VRA 2005, p. 301, par. 4). Nu de wetgever kennelijk waarde hecht aan de Franse jurisprudentie en Nederlandse jurisprudentie en literatuur in dezelfde richting wijzen, valt veel te zeggen voor het in onderhavige situatie aannemen van betrokkenheid.

16. Indachtig het bovenstaande bevreemdt het dat de rechtbank zegt aan te sluiten bij het toetsingskader van artikel 185 WvW, maar vervolgens dat toetsingskader niet daadwerkelijk

kenbaar lijkt te hebben toegepast. Dat zou hebben geleid tot een degelijker onderbouwing die meer bevredigt dan de nu gevolgde eigen methodiek van het tellen van het aantal handelingen en het meten van de afgelegde afstand. Gegeven de structuur van artikel 185 WvW en de opvattingen in de literatuur en het Franse recht, lijkt mij in ieder geval twijfelachtig of de uitspraak eventueel in hoger beroep standhoudt.

Vindplaatsen

ECLI:NL:RBGEL:2019:6253

De kunst om claims jegens uitvoerenden effectief buiten de deur te houden

Taraneh Riyazi

Het oordeel van het hof in de uitspraak *Finsens Planning c.s./Accountants* van 7 mei 2019 lijkt niet in lijn met het oordeel van het hof in 2014 in het arrest *Breeweg/Wijnkamp*. In *Breeweg/Wijnkamp* wordt een beroep op artikel 6:162 BW jegens de uitvoerende beroepsbeoefenaar gehonoreerd en de gehanteerde exoneratie kan de persoonlijke aansprakelijkheid van de uitvoerder/ niet-contractant niet tegenhouden. Een gelijklopende exoneratie heeft in *Finsens Planning c.s./Accountants* echter wel geleid tot een succesvolle uitsluiting van de aansprakelijkheid van de uitvoerende beroepsbeoefenaar op grond van artikel 6:162 BW. Dit artikel bespreekt of er een rechtvaardiging bestaat in de verschillende uitkomsten en gaat in op de vraag op welke wijze de aansprakelijkheid van de uitvoerder/niet-contractant kan worden uitgesloten.

Door het door de Hoge Raad in 2015 gewezen arrest *Breeweg/Wijnkamp*¹ is menige pen in beweging gezet. Met dit arrest is de drempel verdwenen voor het persoonlijk aansprakelijk stellen van de beroepsbeoefenaar die geen partij is bij de overeenkomst van opdracht maar die de overeenkomst wel uitvoert. De tot dan geldende regel van de Hoge Raad dat het enkele feit dat wanprestatie is gepleegd in beginsel geen beroep op onrechtmatige daad rechtvaardigt, is met dit arrest verlaten. Een beroep op artikel 6:162 BW jegens de uitvoerende beroepsbeoefenaar wordt in dit arrest gehonoreerd en de gehanteerde exoneratie kan de persoonlijke aansprakelijkheid van de uitvoerder/niet-contractant niet tegenhouden.

Opvallend is dat het Hof Arnhem-Leeuwarden recentelijk in de zaak *Finsens Planning c.s./Accountants* van 7 mei 2019² een exoneratie vergelijkbaar met de exoneratie in de zaak

Breeweg/Wijnkamp geheel anders uitlegt. Dit terwijl in beide zaken nagenoeg dezelfde exoneratie wordt gehanteerd. De vraag is aldus of het verschil in uitkomsten gerechtvaardigd is. Hierna wordt ingegaan op de exoneratie zoals gehanteerd in zowel de zaak *Breeweg/Wijnkamp* als die in *Finsens Planning c.s./Accountants*. Vervolgens wordt stilgestaan bij de manieren waarbij claims jegens uitvoerende beroepsbeoefenaren gebaseerd op artikel 6:162 BW buiten de deur kunnen worden gehouden.

Breeweg/Wijnkamp

De zaak *Breeweg/Wijnkamp* betreft de beroepsaansprakelijkheid van twee advocaten. Breeweg, de opdrachtgever, heeft niet de opdrachtnemer - zijnde de maatschap - gedagvaard, maar de uitvoerende advocaat - stagiaire in dienst van de maatschap alsmede de bestuurder van een van de maten. De vordering is gebaseerd op zowel wanprestatie als onrechtmatige daad. Het hof heeft geoordeeld dat de opdrachtgever niet alleen de opdrachtnemer contractueel kan aanspreken voor de gemaakte beroepsfout, maar ook de uitvoerende advocaat - niet zijnde contractant - op grond van onrechtmatige daad. Aangezien de overeenkomst niet is aangegaan met de uitvoerende advocaten kan er ook geen sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, aldus het hof. De vraag is vervolgens of de uitvoerende advocaten wel uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag - in tegenstelling tot het hof dat ten onrechte een verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf van een persoonlijk 'ernstig verwijt' had aangenomen - bevestigend.

Voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoerende advocaat zijn, aldus de Hoge Raad, geen bijkomende omstandigheden vereist. Nu bij zowel de aansprakelijkheid op grond van wanprestatie als die van onrechtmatige daad dezelfde toets van de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot wordt gehandhaafd, worden beide grondslagen op dezelfde wijze beoordeeld. Van een onderscheid tussen onrechtmatige daad of wanprestatie kan dan ook niet meer worden gesproken. Daarmee wordt de vaste rechtspraak dat een beroep op onrechtmatige daad niet uitsluitend gebaseerd kan worden op de stelling dat de verbintenis met de opdrachtnemer is geschonden, verlaten.³ De stelling van Breeweg dat de uitvoerende partijen onrechtmatig hebben gehandeld, behelst niet meer dan dat er sprake is van een tekortkoming in de uitvoering van de overeenkomst. Er zijn geen omstandigheden die met zich brengen dat het handelen van de uitvoerende advocaten onafhankelijk van de schending van de verbintenis een onrechtmatige daad oplevert.⁴

In het kader van dit artikel is interessant dat de opdrachtnemer/advocatenmaatschap algemene voorwaarden hanteert. Alhoewel deze voorwaarden in cassatie geen rol meer spelen, daar tegen de beslissing van het hof op dat punt geen middelen zijn gericht, zijn de voorwaarden in feitelijke instantie wel degelijk een discussiepunt geweest.⁵ De betreffende aansprakelijkheidsbeperkende bepaling luidt als volgt:

“Alle opdrachten worden geacht uitsluitend te zijn verstrekt aan en aanvaard door Weinans & Wijnkamp Advocaten. In afwijking van de artikelen 7:404, 7:407 lid 2 en 7:407 lid 2 en 7:409 van het Burgerlijk Wetboek zijn de vennoten, hun bestuurders, alsmede degenen die voor Weinans & Wijnkamp Advocaten werkzaam zijn niet persoonlijk gebonden of aansprakelijk (...).”⁶

Het hof beslist in r.o. 4.11 als volgt ter zake het beroep van Wijnkamp op de exoneratie:⁷ “Het beroep van Wijnkamp c.s. op artikel 3 van de algemene voorwaarden (Wijnkamp c.s. betoogt dat Weinans op grond van artikel 3 niet aansprakelijk is omdat hij bij de uitvoering van de werkzaamheden niet betrokken is geweest) faalt. (...) Uit artikel 3 kan (zonder nadere toelichting, die ontbreekt) slechts worden afgeleid dat de genoemde wetsartikelen (over persoonlijk te

verlenen diensten, hoofdelijke verbondenheid bij gezamenlijk aanvaarde opdracht, en de dood van een opdrachtnemer) niet gelden. Uit artikel 3 volgt (zonder nadere toelichting, die ontbreekt) niet dat de maten in de maatschap alleen verantwoordelijk zijn voor werkzaamheden die zij zelf uitvoeren en derhalve niet - ieder voor een gelijk deel - aansprakelijk zijn voor fouten die in de door de maatschap uitgevoerde werkzaamheden door anderen worden begaan. Wijnkamp c.s. heeft artikel 3 (bij gebreke van een nadere toelichting) redelijkerwijs niet mogen oppvatten in de thans door hem verdedigde zin.”

Kort gezegd, de in casu gehanteerde algemene voorwaarden beletten volgens het hof niet dat de uitvoerende partijen op grond van artikel 6:162 BW kunnen worden aangesproken. In cassatie is er geen middel gericht tegen r.o. 4.11 van de uitspraak van het hof zodat deze kwestie - logischerwijze - in cassatie verder niet meer aan de orde komt.

Finsens Planning c.s./Accountants⁸

Op 7 mei 2019 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld ter zake van een beroepsfout van een accountant bij het uitvoeren van een opdracht en de gehanteerde exoneratie. De overeenkomst van opdracht is aangegaan met de maatschap. De voormalige cliënt, Finsens, spreekt naast de maatschap en de maten van de maatschap, tevens degenen aan die de opdracht hebben uitgevoerd. Niet in discussie is dat de maten en de uitvoerende accountants niet de contractuele wederpartij van Finsens zijn. Als verweer tegen het dagvaarden van de maten en de uitvoerende accountants wordt een beroep gedaan op artikel A lid 2 van de algemene voorwaarden van de maatschap. Daarin is bepaald:

“Opdrachtnemer: de (accountants)praktijk die de Overeenkomst sluit en deze algemene voorwaarden hanteert. Alle Overeenkomsten komen, met uitsluiting van de artikelen 7:404 en 7:407 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, tot stand met Opdrachtnemer en worden uitsluitend door Opdrachtnemer uitgevoerd. Dit geldt ook indien het de uitdrukkelijke dan wel stilzwijgende bedoeling van de Opdrachtgever is dat de Werkzaamheden door een bepaalde persoon of bepaalde personen zal worden uitgevoerd. Dit betekent kort gezegd dat alleen de maatschap

opdrachtnemer is, met uitsluiting van de maten en de uitvoerenden.”

In r.o. 3.9 memoreert het hof uit het arrest *Breeweg/Wijnkamp* dat uitvoerende beroepsbeoefenaren - die geen contractant zijn - uit hoofde van onrechtmatige daad aangesproken kunnen worden indien zij als beroepsbeoefenaren niet de zorgvuldigheid betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. In r.o. 3.10 gaat het hof in op de betekenis van artikel A lid 2 AV. Het hof stelt voorop dat niet is weersproken dat dit artikel de aansprakelijkheid van de maten en de uitvoerenden uitsluit. Vervolgens komt het hof Haviltexend tot het volgend oordeel:

“De uitsluiting van artikel 7:404 BW in artikel A lid 2 AV heeft als gevolg dat Finsens c.s. niet heeft kunnen afdwingen dat een of meer bepaalde personen de werkzaamheden in persoon zouden uitvoeren. Finsens c.s. heeft er voorts mee ingesteld dat uitsluitend de maatschap als opdrachtnemer moet worden beschouwd, ook al zijn alle contacten met de uitvoerenden in persoon geweest. Dat heeft als gevolg dat Finsens c.s. er mee heeft ingestemd dat uitsluitend de maatschap kan worden aangesproken op grond van de overeenkomst (voor nakoming of wegens een tekortkoming in de nakoming). Een redelijke uitleg van de uitsluiting van de artikelen 7:404 BW en 7:407 lid 2 BW in de AV bezien in onderling verband en samenhang met de bepaling in de AV dat de maatschap als opdrachtnemer moet worden beschouwd, brengt daarenboven met zich dat het ervoor moet worden gehouden dat Finsens c.s. ermee heeft ingestemd dat de uitvoerenden in persoon niet kunnen worden aangesproken, ook niet uit hoofde van onrechtmatige daad voor zover die erin bestaat dat zij als beroepsbeoefenaren niet de zorgvuldigheid hebben betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, en dat de uitvoerenden zich op (de derdenwerking van) de AV mogen beroepen indien zij uit dien hoofde worden aangesproken. Daarbij weegt mee dat het aansprakelijkheidsrisico dat een beroepsbeoefenaar loopt aanzienlijk is. Voorts is het de maatschap die een aansprakelijkheidsverzekering heeft gesloten ten behoeve van de uitvoering van de aan haar gegeven opdrachten. Zoals hierboven overwogen is alleen de maatschap opdrachtnemer, zodat in

verband met de uitsluiting van artikel 7:407 lid 2 BW (ook) de individuele maten niet kunnen worden aangesproken.”

In r.o. 3.10 van het arrest staat het hof voorts stil bij de omstandigheid dat het aansprakelijkheidsrisico dat een beroepsbeoefenaar loopt, aanzienlijk is. Het hof overweegt dat bij de uitleg van de exoneratie het aansprakelijkheidsrisico dat een beroepsbeoefenaar loopt aanzienlijk is aangezien het de maatschap is die de aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. Deze uitleg van de algemene voorwaarden, die qua redactie niet wezenlijk lijken te verschillen van de door Wijnkamp c.s. gehanteerde algemene voorwaarden, beschermt - anders dan in de zaak *Breeweg/Wijnkamp* - wel de uitvoerende beroepsbeoefenaar, niet zijnde contractpartijen. De bekende feiten en omstandigheden rechtvaardigen mijns inziens niet het verschil in uitleg van de nagenoeg identieke bepalingen. Het enige verschil tussen de twee arresten dat aangewezen kan worden, is dat Breeweg in tegenstelling tot Finsens niet als een professionele, commerciële partij is aangemerkt. In r.o. 3.10 overweegt het hof ook uitdrukkelijk dat het in dit geval aan beide zijden gaat om professionele, commerciële partijen. Ik betwijfel echter of dit verschil voldoende rechtvaardiging oplevert voor de andersluidende uitkomsten. De vraag is of de rechtvaardiging in uitkomst verklaard kan worden door de overweging van het hof dat het de maatschap is die de aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. Los van het feit dat dat argument altijd geldt en dus ook in de zaak *Breeweg*, kan men zich afvragen of de enkele omstandigheid dat de maatschap de aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten als factor mee dient te wegen bij de uitleg van de overeenkomst. Immers in geval van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen vallen ook de uitvoerende partijen/niet-contractanten in beginsel onder de dekking van de polis vallen ook al is de maatschap de verzekeringnemer. Alhoewel er uitzonderingen zijn op dit beginsel,⁹ lijkt daarvan in de zaak *Finsens Planning c.s./Accountants* geen sprake van te zijn. Het hof heeft het immers slechts over het aansprakelijkheidsrisico dat een beroepsbeoefenaar in zijn algemeenheid loopt in verband met de verzekering. Door de verschillende uitkomsten in de bovengenoemde zaken, lijkt de uitleg van de

bepaling ter uitsluiting van de aansprakelijkheid van niet-contractuele uitvoerende partij op grond van artikel 6:162 BW, een willekeurig karakter te krijgen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Om die rechtszekerheid zoveel mogelijk te beperken, zal ik hierna stilstaan bij de vraag op welke wijze deze aansprakelijkheid van de uitvoerende beroepsbeoefenaar/niet-contractant het best kan worden uitgesloten.

Uitsluiting van aansprakelijkheid in overeenkomst van opdracht

De vraag of aansprakelijkheid in de algemene voorwaarden kan worden uitgesloten, hangt af van de omstandigheden van het geval. Tevens is van belang of de wederpartij al dan niet een particulier is.¹⁰ Over de vraag of beperking van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag toelaatbaar wordt geacht, wordt in de rechtspraak niet eenduidig geoordeeld.¹¹ In ieder geval zijn de specifiek voor de beroepsgroep in het leven geroepen normen ter zake van de beperking van aansprakelijkheid van belang. Zo geldt bijvoorbeeld voor advocaten dat *De Verordening op de Advocatuur* de beperking van aansprakelijkheid toestaat onder de voorwaarde dat het kantoor adequaat verzekerd is en de verzekering voldoet aan een aantal minimumeisen voor een adequate verzekering. Voor accountants is in de door de NBA bij de Rechtbank Amsterdam geponeerde modelvoorwaarden in artikel 11 lid 3 een vergelijkbare bepaling opgenomen.¹² De aansprakelijkheid van de accountant¹³ is in dit model – kort gezegd – beperkt tot het bedrag dat volgens de aansprakelijkheidsverzekeraar van opdrachtnemer voor het betreffende geval wordt uitgekeerd. Voor het antwoord op de vraag of notarissen in rechte een beroep kunnen doen op exoneraties, is relevant of de notaris zich naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid voldoende heeft verzekerd.¹⁴ Voor notarissen is in de toelichting van artikel 16 Notarisambt bepaald dat in ieder geval ontoelaatbaar is een uitsluiting van aansprakelijkheid beneden het bedrag dat door de verzekering is gedekt dan wel – bij het ontbreken van een (redelijke) verzekeringsdekking – het bedrag dat verzekeraar (i.e. dekking die tegen een redelijke premie te verkrijgen) is.¹⁵ Ten tweede zal, zo mag worden aangenomen, een

beding dat aansprakelijkheid van de contractant of van de met de leiding van het bedrijf belaste personen uitsluit of beperkt in geval van opzet of grove schuld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.¹⁶

Zijn er algemene voorwaarden rechtsgeldig overeengekomen, dan is vervolgens van belang dat deze niet alleen de eigen aansprakelijkheid van de opdrachtnemer uit hoofde van wanprestatie of wettelijke aansprakelijkheid beperken, maar tevens die van degene die geen contractspartij is en de opdracht feitelijk uitvoert. Dat kan bewerkstelligd worden door in de algemene voorwaarden een derdenbeding op te nemen.

Derdenbeding

De aansprakelijkheid van de uitvoerende beroepsbeoefenaar – niet zijnde contractant – kan berusten op artikel 7:404 BW of op artikel 6:162 BW. Met een derdenbeding ten behoeve van de niet contractuele bij de overeenkomst betrokken niet-ondergeschikte beroepsbeoefenaren, kan een claim van opdrachtgevers jegens hen buiten de deur worden gehouden. De mogelijkheid van een derdenbeding is opgenomen in artikel 6:253 BW; welk artikel een uitzondering vormt op de regel dat overeenkomsten alleen tussen partijen gelding hebben. Dit artikel schept ten behoeve van een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen. Met een derdenbeding kan een derde van aansprakelijkheid wordt geëxonerend. De opdrachtgever doet als het ware afstand van het recht de uitvoerende partij uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad aan te spreken. Alhoewel een dergelijke bepaling op de ‘grijze lijst’ van artikel 6:237 BW staat en ten opzichte van particulieren aldus vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn, zou ik menen dat een dergelijke bepaling stand zou kunnen houden indien de opdrachtgever voldoende mogelijkheden overhoudt zijn schade op de opdrachtnemer te verhalen. De enige voorwaarde voor een rechtsgeldig derdenbeding is dat de overeenkomst een beding dient in te houden met de strekking dat een derde het recht krijgt jegens de derde een beroep op de overeenkomst te doen en dat de derde het beding aanvaardt. Bij

exoneraties gemaakt ten behoeve van de derde is de vraag wanneer van aanvaarding kan worden gesproken. In de praktijk accepteert de maatschap of vennootschap de opdracht en laat de opdracht door haar medewerkers uitvoeren. De uitvoerende medewerker neemt doorgaans pas kennis van de overeenkomst op het moment dat zij/hij aansprakelijk is gesteld. Dit behoeft echter geen problemen op te leveren. Volgens artikel 6:254 BW kan de derde, ondanks het feit dat de aanvaarding niet ex tunc werkt, ook rechten ontlenen aan de overeenkomst over de periode vóór de aanvaarding als dit met de strekking van het beding in overeenstemming is. Hof Amsterdam heeft op 3 december 1959,¹⁷ zelfs geoordeeld dat van een aanvaarding van een derdenbeding door een derde kan worden gesproken als deze derde bij wijze van verweer in een procedure tegen de wederpartij contractant een beroep doet op het beding.

Ter vermijding van een discussie over de vraag of met het derdenbeding al dan niet is beoogd de aansprakelijkheid van de uitvoerende – niet zijnde de contracterende – beroepsbeoefenaar uit te sluiten, verdient het de voorkeur om uitdrukkelijk op te nemen dat het beding tevens ziet op claims gebaseerd op artikel 6:162 BW. In dat geval zal er minder ruimte bestaan voor de rechter om Haviltexend op een andere uitkomst uit te komen.

Paardensprong

Als er een derdenbeding in het exoneratiebeding ontbreekt, kan artikel 6:257 BW (blokkering paardensprong) nog soelaas bieden als de uitvoerende beroepsbeoefenaar een ‘ondergeschikte’ is.

Dit artikel geeft de ondergeschikte die door de wederpartij van zijn werkgever wordt aangesproken de mogelijkheid zich op de verweermiddelen te beroepen die zijn werkgever jegens de wederpartij kan invoeren uit hoofde van de overeenkomst. Voorwaarde voor de gelding van dit artikel is dat de aangesprokene een ondergeschikte dient te zijn.

Het begrip ‘ondergeschikte’ in artikel 6:257 BW is hetzelfde als in artikel 6:170 BW.¹⁸ Beslissend is aldus om de vraag of de ‘werkgever’¹⁹ de bevoegdheid heeft, om bij de opgedragen werkzaamheden aanwijzingen en bevelen te geven.

Per geval zal aldus beoordeeld dienen te worden of de uitvoerende partij al dan geen ondergeschikte is. In beginsel wordt aangenomen dat notarissen, advocaten, aannemer, (zelfstandige) vervoerder niet-ondergeschikten zijn ten opzichte van hun opdrachtgevers. Weliswaar handelen deze beroepsbeoefenaren in opdracht, maar de werkzaamheden worden in beginsel zelfstandig verricht.²⁰ De verhouding waarnaar moet worden gekeken ter beoordeling van de toepasselijkheid van de paardensprong, is de verhouding opdrachtnemer en de uitvoerder. In de literatuur wordt aangenomen dan van ondergeschiktheid (bijna) altijd sprake zal zijn wanneer er tussen deze personen een arbeidsrelatie bestaat, ook al komt de beroepsbeoefenaar in loondienst bij de uitoefening van zijn taak vaak grote vrijheid toe.²¹

Aanbeveling voor de praktijk

De uitsluiting in algemene voorwaarden van artikel 7:404 BW, waarmee wordt beoogd de persoonlijke aansprakelijkheid tegen te houden, houdt in beginsel een succesvol beroep op onrechtmatige daad niet tegen. Met het arrest *Breekamp/Wijnkamp* waarin is geoordeeld dat uitvoerenden niet zijnde contractanten ook via een beroep op artikel 6:162 BW aansprakelijk kunnen worden gehouden terwijl er geen omstandigheden zijn die met zich brengen dat het handelen van de uitvoerende advocaten onafhankelijk van de schending van de verbintenis een onrechtmatige daad oplevert, is de drempel om de uitvoerenden eventueel naast de contractanten aan te spreken verlaagd. De kans dat de uitvoerenden – naast de contractuele wederpartij – uit hoofde van onrechtmatige daad worden aangesproken is dan ook groot. Een aanbeveling voor de praktijk is om in het derdenbeding in de algemene voorwaarden expliciet op te nemen dat de exoneratie tevens ziet op claims jegens de uitvoerende medewerkers die op artikel 6:162 BW zijn gebaseerd.

Noten

1. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, NJ 2016, 66, m.nt. P. van

- Schilfgaard (Breweg/Wijnkamp),
ECLI:NL:PHR:2015:711, 14/03391.
2. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 7 mei 2019,
ECLI:NL:GHARL:2019:3992.
3. HR 20 januari 2012,
ECLI:NL:HR:2012:BT7596, HR 19 februari 1993,
LJN ZC0870, NJ 1994, 290 en HR 9 december
1955, NJ 1956, 157
4. HR 26 maart 1920, NJ 1920, 576, HR 9
december 1955, NJ 1956, 157 en HR 6 april 1990,
NJ 1991, 689, HR 19 februari 1993, LJN ZC0870,
NJ 1994, 290.
5. Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013,
ECLI:NL:GHSHE:2014:811, r.o. 4.11.
6. HR 18 september 2015,
ECLI:NL:HR:2015:2745, NJ 2016, 66, r.o. 7.4.
7. Zie voetnoot 5.
8. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019,
ECLI:NL:GHARL:2019:3992
9. Boer, N. de, 'De beroepsaansprakelijkheid van
de advocaat: Barbertje moet hangen?', *ORP*
2016/2, p. 22.
10. Een beding dat de aansprakelijkheid beperkt
of uitsluit in een overeenkomst met particulieren
wordt vermoed kennelijk onredelijk bezwarend te
zijn wanneer het is opgenomen in algemene
voorwaarden (art. 6:237 onder f BW). Ten aanzien
van overeenkomsten met niet-particulieren zal
aan art. 6:237 onder f (via art. 6:233 onder a BW)
een zekere reflexwerking toekomen, zeker waar
het gaat om kleine ondernemingen (bijvoorbeeld
de detailhandel).
11. Rechtbank Amsterdam 1 februari 2012
ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1137 (ontoelaatbaar
geacht) en Rechtbank Den Haag van 15 oktober
2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12620 (toelaatbaar).
- Duyvensz, J.H., Verzekering en exoneratie, *AV&S*
2015/18,
12. *Model Algemene Voorwaarden NBA 2017*.
Gedeponneerd bij de Griffie van de
Arrondissementsrechtbank te Amsterdam op 19
juni 2017 onder nummer 39/2017.
13. Voor directe schade.
14. Zie Melis/Waaijer 2003, p. 378, waarin
verwezen wordt naar de *Kamerstukken* bij de Wet
op het Notarisambt (23706, nr. 6, p. 43-44).
15. Wet op het Notarisambt art. 16, zie toelichting
op p. 15, www.wet-en-regelgeving-notariaat.nl.
16. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019,
ECLI:NL:GHARL:2019:3992 r.o. 3.11 en conclusie
A-G bij HR 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:253
en HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 noot
Brunner.
17. NJ 1960, 500 en Rechtbank Amsterdam 31
mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3738; de
aanvaarding bleek uit het feit dat de derde in
reconventie nakoming van het derdenbeding
vorderde.
18. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk
Wetboek*, artikel 6:257 aant. 2b en Y.R.R.R. de
Mul, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:257 BW, aant.
3.
19. Het gaat niet alleen om de dienstbetrekking
uit een arbeidsovereenkomst.
20. Van Emden en M. de Haan,
Beroepsaansprakelijkheid (serie *Recht en Praktijk
Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht*,
Deventer: Kluwer 2014, § 4.3 Buitencontractuele
aansprakelijkheid voor ondergeschikten alsmede
Asser/Hartkamp & Sieburgh 4-III/139-140.
21. Asser/Hartkamp & Sieburgh 4-III/139-140.
Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/183.

Portefeuille, portefeuilleoverdracht, intermediairwijziging en aansprakelijkheid

Cees de Jong

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de dubbele betekenis van het Wft-begrip 'portefeuille' zoals dat recentelijk is ingevuld in het *Sinterklaas*-arrest van de Hoge Raad. Ook ga ik in op de verschillende wijzen van overdracht respectievelijk overgang van een portefeuille of een deel daarvan, waaronder de overboeking van een verzekering als gevolg van een verzoek tot intermediairwijziging. Mede aan de hand van jurisprudentie laat ik vervolgens zien op welke verzekeringstussenpersoon de aansprakelijkheid rust voor tekortkomingen van een verzekeringstussenpersoon, die kleven aan verzekeringen die tot de portefeuille van een opvolgende verzekeringstussenpersoon zijn gaan behoren.

1. De portefeuille van een verzekeringstussenpersoon

Een verzekeringstussenpersoon moet, naar thans algemeen wordt aangenomen, worden beschouwd als opdrachtnemer van zijn klant. Dit in navolging van de Hoge Raad, die zich hierover voor het eerst uitliet in het *Bral/Octant*-arrest.² De betreffende passage luidt:

“Een assurantietussenpersoon dient *tegenover zijn opdrachtgever* [cursivering, CJJ] de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.”

De strekking van de aan een verzekeringstussenpersoon te verlenen opdracht hangt af van diens dienstverleningsconcept. Daarbij kan het gaan om een adviesopdracht, een bemiddelingsopdracht, een nazorgopdracht³ of een combinatie van twee of drie van deze deelopdrachten.⁴ Ingevolge artikel 7:401 BW moet

een verzekeringstussenpersoon bij de uitvoering van zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. In de rechtspraak en in uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening wordt ook voor de invulling van dit 'goed opdrachtnemer'-criterium aansluiting gezocht bij het *Bral/Octant*-arrest. Aan de hiervoor geciteerde zin voegde de Hoge Raad namelijk een tweede zin toe:

“Het is zijn taak te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen.”⁵

Dit roept de vraag op wat onder het begrip 'portefeuille' moet worden verstaan. In geen van de wetten die regelingen bevatten met betrekking tot de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon is een definitie van dit begrip opgenomen. En in de parlementaire geschiedenis is evenmin een definitie daarvan te vinden. De totstandkomingsgeschiedenis van de Wet Assurantiebemiddeling (WAb) bevat enkel een passage waaruit blijkt wat in het begin van de jaren vijftig van vorige eeuw in het spraakgebruik onder een portefeuille werd verstaan. Deze passage is te vinden in de aan de Eerste Kamer gerichte memorie van antwoord, welke is opgenomen in het Eindverslag der Commissie van Rapporteurs:⁶

“Elke tussenpersoon die zijn beroep goed uitoefent, ongeacht of hij al dan niet de premiën int of daarvoor verantwoordelijk is, zal al de door hem gesloten verzekeringen regelmatig toetsen aan de werkelijkheid en daartoe de verzekeringnemers bezoeken; zijn taak is voor de belangen van deze verzekeringnemers te waken en zodoende de vertrouwenspositie, die hij behoort in te nemen, te bevestigen en te versterken. Hij zal zich beijveren elk contact

tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer via hem te leiden. Het gevolg is natuurlijk mede, dat door de gevestigde relatie de verzekeringnemers vaak nieuwe verzekeringen door zijn bemiddeling zullen afsluiten. *Het op deze wijze gevormde geheel van relaties en meer concreet van de bestaande overeenkomsten wordt in het spraakgebruik met het woord 'portefeuille' aangeduid.*" [cursivering, CJJ]

De burgerlijke rechter beperkt zich niet tot wat is vastgelegd in de *Brals/Octant*-regel. Uit de zorgplichtjurisprudentie blijkt dat de door een verzekeringstussenpersoon in acht te nemen zorgplicht niet enkel geldt met betrekking tot bestaande, tot diens portefeuille behorende verzekeringen. Deze zorgplicht moet zowel jegens verzekeringnemers als aspirant-verzekeringnemers in acht worden genomen – dus ook wanneer er nog geen verzekering tot stand is gebracht. Een verzekeringstussenpersoon kan derhalve niet alleen aansprakelijk worden gehouden voor zorgplichtschendingen ná het sluiten van een verzekering (in de nazorgfase, dus), maar ook in de daaraan voorafgaande fasen van het bemiddelingsproces dat er nog geen verzekering is gesloten: de adviesfase en de bemiddelingsfase.⁷

1.1 Dubbele betekenis portefeuille

Welke verzekeringen in de relatie tot de betrokken verzekeraar tot de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon behoren is thans te vinden de Wet op het financieel toezicht (Wft). Ingevolge artikel 4:102 Wft gaat het enerzijds om de verzekeringen die door bemiddeling van een verzekeringstussenpersoon tot stand zijn gekomen en anderzijds om verzekeringen die naar diens portefeuille zijn overgeboekt.⁸ In beide gevallen behoren deze verzekeringen tot diens portefeuille zolang zij daaruit niet zijn overgeboekt. Dit is voor het eerst medio vorige eeuw vastgelegd in een vestigingsregeling, de WAb. Aan deze wet lag de gedachte ten grondslag dat een verzekeringstussenpersoon bescherming behoeft in zijn relatie met verzekeraars. Dit kwam het meest pregnant tot uitdrukking in een bepaling volgens welke het overboeken van een verzekering naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon slechts geoorloofd

was als dit gebeurde met toestemming van de verzekeringstussenpersoon of diens rechtverkrijgenden tot wiens portefeuille de verzekering behoorde. Hiermee werd voorkomen, dat een verzekeringstussenpersoon door toedoen van een verzekeraar zijn recht op provisie verspeelde.

Hoewel het wettelijk recht op provisie sinds 1 april 2002 niet meer bestaat, kent de Wft dit toestemmingsvereiste nog steeds. Het eerste lid van artikel 4:103 Wft luidt: "Een verzekeraar boekt niet zonder toestemming van de bemiddelaar of diens rechtverkrijgenden een deel of het geheel van diens portefeuille over naar de portefeuille van een andere bemiddelaar." Bij overtreding van deze bepaling kan de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een boete opleggen van categorie 2, waarvan het basisbedrag € 500.000 bedraagt.

Na het van kracht worden van de WAb heeft een enkele auteur zich gewaagd aan het geven van een invulling van het begrip portefeuille.⁹ De Hoge Raad sprak zich hierover uit in 1968. Hij oordeelde dat een portefeuille bestond uit het geheel van de relaties van verzekeringstussenpersonen met de verzekeringnemers, die zij als hun cliënten beschouwen.¹⁰ De meeste publicaties, waarin aandacht werd besteed aan de betekenis van het begrip portefeuille verschenen echter in het begin van het huidige decennium. Veelal stond daarin de vraag centraal of verpanding van een portefeuille mogelijk was.¹¹ Deze vraag werd verschillend beantwoord. In zijn *Sinterklaas*-arrest verwierp de Hoge Raad de opvatting dat verpanding van een portefeuille mogelijk is, omdat de daaraan te stellen eisen dit verhinderen:¹²

"Omdat een assurantieportefeuille als zodanig niet een goed is in de zin van artikel 3:1 BW, is hij niet vatbaar voor overdracht of verpanding. Artikel 4:103 lid 4 Wft, dat bepaalt dat een verzekeraar aan een verzoek van een bemiddelaar tot overdracht van diens portefeuille in beginsel moet meewerken, leidt niet tot een ander oordeel."¹³

Een reeks ontwikkelingen noodzaakte, zoals ik eerder heb betoogd,¹⁴ tot een andere invulling van het begrip portefeuille. Het inmiddels

gebruikelijke ‘opknippen’ van het oorspronkelijk uit adviseren, bemiddelen en het plegen van nazorg bestaande bedieningsconcept van verzekeringstussenpersonen gaf aanleiding om de daaruit voortvloeiende privaatrechtelijke, op de overeenkomst van opdracht gebaseerde, rechtsverhouding tussen verzekeringstussenpersonen en hun opdrachtgevers daarin mee te nemen. Onder een portefeuille moest naar mijn mening daarom mede worden verstaan ‘het geheel van relaties van een verzekeringstussenpersoon, die hij adviseert en/of voor wie hij bemiddelt en/of nazorg pleegt op grond van een met hen gesloten overeenkomst van opdracht ter zake van een of meer verzekeringen’. Vijf jaar geleden werd dit bevestigd in de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer bij HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:525:

“Met het woord ‘assurantieportefeuille’ kan zowel worden bedoeld op het object van bemiddeling (de verzekeringen die via de verzekeringstussenpersoon zijn gesloten) als op het geheel van contractuele relaties die de verzekeringstussenpersoon met de verzekeringnemers onderhoudt.”¹⁵

De Hoge Raad heeft zich in deze zaak niet hoeven uitspreken over deze dubbele betekenis, omdat de aangevoerde klachten naar zijn oordeel niet tot cassatie konden leiden. Enkele jaren nadien heeft de Hoge Raad zich wél uitgesproken. Op 6 december 2019 aanvaardde ons hoogste rechtscollege in zijn *Sinterklaas*-arrest, dat het Wft-begrip portefeuille een dubbele betekenis heeft. Anders dan Langemeijer neemt de Hoge Raad hierin niet de bij een bepaalde verzekeraar gesloten verzekeringen als uitgangspunt maar de met die verzekeraar en andere verzekeraars gesloten samenwerkingsovereenkomsten:

“In cassatie dient tot uitgangspunt de niet bestreden vaststelling van de rechtbank dat tot een assurantieportefeuille de samenwerkingsovereenkomsten behoren die een assurantietussenpersoon heeft gesloten met verzekeraars en de overeenkomsten van opdracht die hij heeft gesloten met zijn cliënten, alsmede de goodwill bestaande in de verwachting dat de cliënten verzekeringsovereenkomsten die zij in de toekomst willen sluiten, via deze assurantietussenpersoon zullen sluiten.”¹⁶

1.2 Intermediarwijzing en verzoek tot overdracht

Artikel 4:102 Wft bepaalt dat een verzekering, die door bemiddeling van een bemiddelaar tot stand is gekomen of naar de portefeuille van een bemiddelaar is overgeboekt, in de relatie tot de betrokken verzekeraar tot de portefeuille van deze bemiddelaar behoort zolang die verzekering daaruit niet is overgeboekt.

De Wft bevat twee bepalingen op grond waarvan een (verzekering die deel uitmaakt van een) portefeuille van een verzekeringstussenpersoon in handen van een andere verzekeringstussenpersoon kan komen. Ingevolge artikel 4:103 lid 2 Wft is een verzekeraar gehouden om een schriftelijk verzoek tot intermediairwijziging, waaronder te verstaan het verzoek van een verzekeringnemer om zijn verzekering(en) over te boeken naar de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon. De betreffende verzekeraar is gehouden dit aan hem gericht verzoek te honoreren, tenzij hij gegronde bezwaren heeft tegen die bemiddelaar. En op grond van artikel 4:103 lid 4 Wft moet hij op schriftelijk verzoek van een verzekeringstussenpersoon meewerken aan de overdracht van diens portefeuille of een deel daarvan aan een andere tussenpersoon. De verzekeraar kan evenals bij een verzoek tot intermediairwijziging zijn medewerking aan de gevraagde overdracht onthouden, indien hij gegronde bezwaren heeft tegen de aangewezen verzekeringstussenpersoon.

In beide gevallen gaat het jegens de betrokken verzekeraar geldend te maken portefeuillerecht over op deze andere tussenpersoon. Dit portefeuillerecht is een vermogensrecht. Het omvat het recht op beheer van de portefeuille, waarvan het – in belang afnemend – recht op premie-incasso een onderdeel vormt, alsmede het recht om de portefeuille geheel of gedeeltelijk over te dragen aan een andere verzekeringstussenpersoon.

Niet alleen portefeuilles en jegens de betrokken verzekeraar geldend te maken portefeuillerechten zijn vatbaar voor overdracht van de ene

verzekeringstussenpersoon naar de andere. Datzelfde geldt voor (het geheel van) overeenkomsten van opdracht van een verzekeringstussenpersoon met zijn klanten/opdrachtgevers.

2. Verkrijging van een portefeuille

Een verzekeringstussenpersoon kan de portefeuille van een andere verzekeringstussenpersoon verkrijgen onder algemene titel of onder bijzondere titel. Bij verkrijging onder algemene titel gaat een rechtsverhouding - in casu de rechtsverhouding met de verzekeraars met wie een verzekeringstussenpersoon een samenwerkingsovereenkomst heeft respectievelijk diens rechtsverhouding met zijn klanten met wie hij een overeenkomst van opdracht heeft - van rechtswege over. Bij een overdracht onder bijzonder titel, daarentegen, ontstaat een nieuwe rechtsverhouding.

De verkrijging onder algemene titel is geregeld in artikel 3:80 lid 2 BW. Zij geschiedt door erfopvolging, boedelmenging, juridische fusie of juridische splitsing.¹⁷ Bij erfopvolging en boedelmenging gaat het om vermogens van natuurlijke personen, terwijl de juridische fusie en juridische splitsing betrekking hebben op vermogens van rechtspersonen. De overgang van rechten en verplichtingen vloeit voort uit het overlijden van de erflater, de voltrekking van het huwelijk respectievelijk het verlijden van de fusie- of splitsingsakte. Het feit dat zowel de rechten als de verplichtingen overgaan op de verkrijger brengt met zich dat de verkrijger is gebonden aan de verplichtingen die voor zijn rechtsvoorganger golden.

Bij verkrijging onder bijzondere titel gaan de rechten en verplichtingen niet van rechtswege over - op enkele uitzonderingen na. Artikel 3:80 lid 3 BW bepaalt op welke wijze de verkrijging onder bijzondere titel zijn beslag krijgt: door overdracht, door verjaring en door onteigening alsook door overige in de wet genoemde wijzen van rechtsverkrijging. Anders dan bij de overgang onder algemene titel staan daarbij niet de natuurlijke of rechtspersoon en hun volledige vermogen centraal, maar een of meer specifieke vermogensbestanddelen. Deze

vermogensbestanddelen worden onttrokken aan het vermogen en overgedragen aan een derde. Voor het overige blijft het vermogen in dezelfde handen.

3. Contractoverneming

Een in het kader van de overdracht van een portefeuille relevante wijze van verkrijging onder bijzondere titel is te vinden in artikel 6:159 BW. Op grond van het eerste lid van dit artikel is contractoverneming mogelijk. "Contractoverneming is", aldus de ultra-korte omschrijving van Hof Amsterdam, "een overeenkomst tussen drie partijen. Voor de overeenkomst tussen de overdragende en overnemende partij is een akte¹⁸ vereist (artikel 6:159 lid 1 BW), de wederpartij kan haar medewerking in elke vorm verlenen, hetzij vooraf, hetzij achteraf."¹⁹

Een uitvoeriger en niettemin bondige omschrijving van de contractoverneming is te vinden in de conclusie van advocaat-generaal Hammerstein²⁰ bij HR 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3039:

"De contractoverneming is een driezijdige rechtshandeling tussen overdrager, overnemer en de wederpartij, waarbij de overgang pas plaatsvindt - zonder terugwerkende kracht - op het moment van wilsovereenstemming tussen alle drie betrokken partijen. Voor de geldigheid van de contractoverneming is een tussen de overdrager en de overnemer opgemaakte akte vereist. De wetgever heeft het niet noodzakelijk geacht ook de medewerking van de wederpartij van de overdrager [de klant/opdrachtgever van de overdragende verzekeringstussenpersoon, CJJ] aan het opmaken van de akte voor te schrijven; de noodzakelijke medewerking van de wederpartij, hetzij vooraf, hetzij achteraf - is vormvrij. De Hoge Raad heeft in HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, NJ 1999, 497, r.o. 3.3.2 (met betrekking tot de overdracht van een portefeuille van een assurantietussenpersoon), onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 3:37 lid 1 BW, geoordeeld dat medewerking ook in een of meer gedragingen van de wederpartij (van in dat geval verzekeringnemers), dus ook in een stilzwijgen, besloten kan liggen.²¹ Of daarvan sprake is, is

afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De medewerking behoeft dus niet in de vorm van een uitdrukkelijke verklaring te worden gegeven. Door de contractsovername gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde, voor zover niet ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen anders is bepaald (artikel 6:159 lid 2 BW)."

Dat de (koop)overeenkomst die verzekeringstussenpersonen sluiten om de door hen beoogde portefeuilleoverdracht te bewerkstelligen kan kwalificeren als contractovername kwam tot uitdrukking in een uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Arnhem:

"De voorzieningenrechter overweegt dat de overdracht of overvoer van een assurantieportefeuille juridisch moet worden geduid als contractovername met betrekking tot een verzameling verzekeringen. Ingevolge artikel 6:159 BW is voor contractovername een akte vereist tussen de partij die overdraagt en de partij die overneemt en is daarnaast noodzakelijk dat de wederpartij, in casu de verzekeraar - en afhankelijk van de aard van de bemiddeling ook de verzekerde -, toestemming verleent voor de overdracht. Die toestemming is derhalve een totstandkomingsvereiste voor de contractovername, tenzij de toestemming bij voorbaat reeds is gegeven, hetgeen niet is gesteld of gebleken."²²

Hierbij teken ik aan dat de voorzieningenrechter eraan voorbijging dat het bij het overdragen van een verzekeringsportefeuille gaat om een dubbele rechtspositie. Dit wil zeggen dat niet alleen wordt beoogd dat de op artikel 4:102 Wft gebaseerde rechtsverhouding tussen de verzekeringstussenpersoon en de betrokken verzekeraar(s), die tot uitdrukking komt in de door hen gesloten samenwerkingsovereenkomst, overgaat op een andere tussenpersoon maar tevens de op artikel 7:400 BW gebaseerde contractuele rechtspositie met de verzekeringnemers van de tot de portefeuille behorende verzekeringen.

Evenals bij verkrijging onder algemene titel gaan bij contractovername, waarbij sprake is van verkrijging onder bijzondere titel, alle rechten en verplichtingen van de overdragende

verzekeringstussenpersoon over op de overnemende verzekeringstussenpersoon. Zij kunnen essentiële rechten en verplichtingen niet buiten de overgang houden, in dat geval gaat de gehele rechtsverhouding niet over.²³ Enkel ten aanzien van bijkomstige of reeds opeisbaar geworden rechten of verplichtingen kunnen zij ingevolge artikel 6:159 lid 2 BW anders overeenkomen.

Overigens deel ik de opvatting dat de op artikel 4:103 lid 4 Wft stoelende publiekrechtelijke portefeuilleoverdracht gerealiseerd kan worden met gebruikmaking van het privaatrechtelijk instrument contractovername niet. Immers, waar voor contractovername een tripartiete overeenkomst is vereist, waarbij de betreffende verzekeringnemers instemmen met de door de overdragende en de overnemende verzekeringstussenpersoon beoogde portefeuilleoverdracht, is dat bij de gehele of gedeeltelijke overdracht van een portefeuille overeenkomstig artikel 4:103 lid 4 Wft niet het geval. De enkele schriftelijke mededeling van de verzekeringstussenpersoon tot wiens portefeuille de over te dragen verzekeringen behoren volstaat. Voor de verzekeraar geldt geen instemmingsvereiste. Integendeel, hij is verplicht om zijn medewerking te verlenen door de betreffende verzekeringen over te boeken naar de portefeuille van de door de overdragende verzekeringstussenpersoon opgegeven overnemende verzekeringstussenpersoon.²⁴

Waar het gaat om de instemming van de betreffende verzekeringnemers, die de wederpartij zijn van de met de verzekeringstussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht, kan niet worden volstaan met een enkele kennisgeving:

"Een verzekerde dient niet alleen te worden geïnformeerd over de contractovername, hij dient ook in de gelegenheid gesteld te worden hieraan al dan niet mee te werken. Deze medewerking kan onder omstandigheden stilzwijgend geschieden, maar of dat het geval is hangt af van de concrete omstandigheden. Daarbij moet worden bedacht dat contractovername een driepartijencontract is, zodat de overgang van de rechtsrelatie tussen appellant en AAG niet zonder wilsuiking van appellant kan plaatsvinden. Het enkele feit dat

een verzekerde niet uitdrukkelijk reageert op de mededeling dat de verzekeringsportefeuille wordt overgenomen, kan daarom slechts toereikend zijn indien de verzekerde heeft begrepen dat hij de keuze had al dan niet met de contractsoverneming in te stemmen.”²⁵

Evenmin kan veronderstellenderwijs worden uitgegaan van de aanwezigheid van de vereiste medewerking.²⁶

4. Verzoek tot intermediairwijziging

In de jurisprudentie ontbreekt veelal een juridische kwalificatie van de portefeuilledoorgaans niet duidelijk wordt gemaakt of het gaat om de overdracht van een ‘losse’ verzekering of alle verzekeringen van een klant²⁷ als gevolg van een verzoek tot intermediairwijziging als bedoeld in artikel 4:103 lid 2 Wft of om de overdracht van de gehele portefeuille van een verzekeringstussenpersoon of een deel daarvan als bedoeld in art 4:103 lid 4 Wft.

In civielrechtelijke zin kan het verzoek tot intermediairwijziging worden opgevat als (een uitvloeisel van) de door de verzekeringnemer gedane opzegging van de met zijn verzekeringstussenpersoon gesloten overeenkomst van opdracht.²⁸ Dit brengt met zich dat met de overnemende verzekeringstussenpersoon een nieuwe overeenkomst van opdracht moet worden gesloten. De verzekeringnemer zal dan duidelijk moeten maken wat hij van zijn nieuwe verzekeringstussenpersoon verlangt. Diens opdracht zal minimaal moeten inhouden, dat hij de verzekering voortaan zal beheren en in het kader daarvan de ingevolge artikel 4:20 lid 3 Wft verplichte nazorg zal plegen. Een bijkomende taak zou kunnen zijn dat hij nagaat of de naar zijn portefeuille overgeboekte verzekeringen nog adequaat zijn en of daar tekortkomingen aan kleven. Dit laatste is, blijkens een arrest van Hof Arnhem, geen vanzelfsprekendheid:

“Anders dan waarvan Car Sales kennelijk uitgaat, reikt in het licht van de onder 5.30 geformuleerde maatstaf de zorgplicht van de assurantietussenpersoon, die een reeds bestaande

verzekering als de onderhavige desverzocht [cursivering, CJJ] in zijn portefeuille opneemt, in beginsel niet zover dat hij onderzoek dient te verrichten naar de juistheid van de gegevens die tot de eerdere totstandkoming van die verzekering hebben geleid; het valt daarentegen in beginsel binnen de risicosfeer van de verzekeringnemer dat hij op het moment waarop hij een verzekering als de onderhavige onderbrengt bij een andere assurantietussenpersoon aan deze assurantietussenpersoon kenbaar maakt welke dekking voor hem essentieel is.”²⁹

In casu betrof het, zoals blijkt uit het woord ‘desverzocht’ een intermediairwijziging: de verzekering is op verzoek van de verzekeringnemer overgenomen van de aanvankelijke verzekeringstussenpersoon. Rechtbank Rotterdam verbindt aan zo’n intermediairwijziging de conclusie, dat de nieuwe verzekeringstussenpersoon niet aansprakelijk is voor eventuele tekortkomingen van de vorige verzekeringstussenpersoon.³⁰

5. Oude tekortkomingen

Aan tot de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon behorende verzekeringen kunnen tekortkomingen kleven. Deze tekortkomingen kunnen bestaan uit (advies)fouten, waardoor de dekking achteraf niet in overeenstemming blijkt te zijn met hetgeen de verzekeringnemer voor ogen stond of waardoor de verzekeraar zich kan beroepen op een wettelijke of contractuele uitsluiting. Het is de vraag of de nieuwe tussenpersoon daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden als deze verzekeringen behoren tot de van een andere verzekeringstussenpersoon overgenomen portefeuille.

Indien er sprake is van een verkrijging onder algemene titel gaan niet alleen de rechten maar ook de verplichtingen van rechtswege over. Dit brengt met zich dat ook de gehoudenheid tot het vergoeden van de door een toerekenbare tekortkoming veroorzaakte schade overgaat.

Dit is – los van de vraag of de overdracht van de tot een portefeuille behorende verzekeringen door contractsoverneming überhaupt mogelijk is – eveneens het geval bij contractsoverneming, want

ook daarbij gaan alle rechten en verplichtingen over. Indien de tekortkoming van de overdragende verzekeringstussenpersoon dateert van vóór de contractoverneming en de schade zich nog niet heeft gemanifesteerd ten tijde van de contractoverneming, dan is niet voldaan aan het in artikel 6:159 lid 2 BW opgenomen opeisbaarheidsvereiste. Overigens kunnen partijen met betrekking tot de opeisbaarheid van rechten en verplichtingen anders overeenkomen. Zij kunnen, bijvoorbeeld, de verplichting tot het vergoeden van de door een tekortkoming van de overdragende verzekeringstussenpersoon veroorzaakte, ten tijde van de contractoverneming reeds bekende, schade uitsluiten.

Indien de aandelen van een als verzekeringstussenpersoon optredende BV of NV worden overgenomen, brengt dit geen portefeuilleoverdracht met zich. Immers, de portefeuille – en daarmee ook de aan die portefeuille klevende tekortkomingen – is en blijft in handen van die BV of NV.

Bij de verkrijging van een portefeuille onder bijzondere titel in de vorm van activa/passiva-transactie gaan van daarvóór daterende zorgplichtschendingen niet automatisch over op de verkrijgende verzekeringstussenpersoon. Bepalend is wat daarover is vastgelegd in de koopovereenkomst. Doorgaans wordt daarin geregeld dat de overdragende verzekeringstussenpersoon verantwoordelijk blijft voor tekortkomingen van vóór de levering van de portefeuille. Een voorbeeld van zo'n regeling is te vinden in Uitspraak 2019-174 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. De bij de overdracht van een uit particuliere verzekeringen bestaande portefeuille betrokken partijen verklaren:

“Poliservice [de overnemende verzekeringstussenpersoon, CJJ] niet aansprakelijk is voor vorderingen van derden (met inbegrip van verzekerden) op de [naam financieel dienstverlener I] en/of [naam financieel dienstverlener II] op grond van de schending van enige (bijzondere) zorgplicht door de [naam financieel dienstverlener I] en/of [naam financieel dienstverlener II] in relatie tot de Particuliere Verzekeringssportefeuille (al dan met verband houdend met door de [naam financieel

dienstverlener I] en/of [naam financieel dienstverlener II] gegeven advies). De [naam financieel dienstverlener I] en [naam financieel dienstverlener II] vrijwaren Poliservice, ieder hoofdelijk en voor het geheel, voor de hiervoor bedoelde vorderingen en zullen Poliservice ter zake op haar eerste verzoek volledig schadeloosstellen.”

Met het oog op het feit dat de overdragende verzekeringstussenpersoon verantwoordelijk blijft wordt deze veelal verplicht om op zijn ingevolge artikel 4:75 lid 1Wft verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering gedurende een aantal jaren het uitlooprisico mee te verzekeren.

Een portefeuille kan ook worden ingebracht in een BV of NV. In een zaak waarin de verzekeringstussenpersoon zich verweerde met de stelling dat een uit een zorgplichtschending voortvloeiende schade zich pas openbaarde na de inbreng overwoog Rechtbank Utrecht volgt:

“Moritz meest verstrekkende verweer is dat [eiser] niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard omdat zij haar assurantieportefeuille met ingang van 1 januari 2008 heeft overgedragen aan Moritz & Partners B.V. en dat de geclaimde schade daarna is ontstaan. Moritz heeft niet nader onderbouwd dat door de overdracht van de portefeuille de aansprakelijkheden verbonden aan het beheer van de assurantieportefeuille vóór 1 januari 2008 zijn overgegaan op Moritz & Partners BV. Dat de door [eiser] geclaimde schade na 1 januari 2008 is opgetreden kan niet afdoen aan de omstandigheid dat een eventuele tekortkoming van Moritz in 2006 en/of 2007 jegens [eiser] in beginsel voor haar rekening blijft. Gelet op de omstandigheid dat er geen begin van bewijs voorligt dat Moritz & Partners de aansprakelijkheid voor tekortkomingen en/of fouten van Moritz begaan voor het tijdstip van de overname van de portefeuille op zich genomen heeft passeert de Rechtbank het niet-ontvankelijkheidsverweer.”³¹

Rechtbank Utrecht stelt zich dus kennelijk op het standpunt dat de – in casu door middel van inbreng – overdragende verzekeringstussenpersoon ook na de portefeuilleoverdracht in beginsel aansprakelijk

blijft. Verwijzend naar de uitspraak van Hof Arnhem (zie noot 22), stelt zij naar mijn mening ten onrechte, omdat in die zaak geen sprake was van een portefeuilleoverdracht maar van een intermediairwijziging – dat het in beginsel binnen de risicosfeer van de verzekeringnemer valt om de nieuwe verzekeringstussenpersoon kenbaar te maken welke dekking voor hem essentieel is.³²

5.1 Onderverzekering

In de meeste procedures, waarbij sprake was van een opvolgende verzekeringstussenpersoon, was de vraag aan de orde of de gevolgen van onderverzekering voor rekening van de nieuwe verzekeringstussenpersoon dienen te komen. Rechtbank Limburg oordeelde dat de nieuwe tussenpersoon onderverzekering moet voorkomen:

“De zorgplicht van de assurantietussenpersoon brengt naar het oordeel van de Rechtbank ook met zich dat bij de overdracht van een verzekeringsportefeuille aan hem, de nieuwe assurantietussenpersoon dient te onderzoeken of er sprake is van onderverzekering in de overgenomen portefeuille. De opvolgend assurantietussenpersoon mag er niet zonder meer op vertrouwen dat zijn voorganger de overgedragen portefeuille correct heeft beheerd. Het is een eigen verplichting van de opvolgend assurantietussenpersoon om dat te onderzoeken. Zou hij dat niet doen, dan zou de verzekeringnemer alsnog kunnen worden geconfronteerd met de gevolgen van onderverzekering als zich een schadegeval voordoet. Taak van de assurantietussenpersoon is juist om te waken over de belangen van de verzekeringnemer, waaronder het voorkomen van gevaar van onderverzekering.”³³

Volgens de rechtbank dient een verzekeringstussenpersoon niet alleen op gezette tijden (minimaal eenmaal per jaar) de verzekeringnemer te wijzen op het gevaar van onderverzekering en in verband daarmee moeten informeren of zich (gebouwelijke) wijzigingen hebben voorgedaan die van invloed kunnen zijn op de verzekerde som, maar zal hij daarnaast meer in het algemeen jaarlijks moeten onderzoeken of er gevaar dreigt van onderverzekering op andere gronden dan gebouwelijke wijzigingen, bijvoorbeeld door

stijging van het algemene prijspeil (r.o. 3.2). In casu was er tussen de portefeuilleovername en het schadevoorval twee jaar en acht maanden verstreken, waardoor er naar het oordeel van de Rechtbank onvoldoende juridisch relevant causaal verband was om de eventueel ten tijde van die overdracht bestaande onderverzekering aan de oude verzekeringstussenpersoon toe te rekenen.

Uit een arrest van Hof Den Haag blijkt dat er voor de overnemende verzekeringstussenpersoon een overgangperiode of ‘respijttermijn’ geldt. Een bepaalde tijd waarin deze kan nagaan of de verzekeringen die deel uitmaken van een overgenomen portefeuille aanpassing behoeven en waarbij hij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor zich binnen die termijn manifesterende schaden als gevolg van tekortkomingen van de oude tussenpersoon. In casu vond het schadevoorval elf maanden na de portefeuilleovername plaats.

“Overigens is het hof van oordeel dat van SAA redelijkerwijs niet verwacht kon worden dat zij de portefeuille voorafgaand aan het moment van de waterschade (28 juli 2008) reeds volledig had gecontroleerd en appellant naar aanleiding van die controle had kunnen wijzen op de bestaande onderverzekering.”³⁴

Beide uitspraken laten ruimte voor de gedachte dat de verzekeringstussenpersoon die zijn portefeuille overdraagt aan een andere verzekeringstussenpersoon na de overdracht nog gedurende een beperkte periode aansprakelijk kan worden gehouden voor tekortkomingen zijnerzijds. Over de duur daarvan bestaat echter geen duidelijkheid.

“Er is geen algemene rechtsregel, inhoudende dat op een assurantietussenpersoon ook zonder concrete aanleiding altijd de verplichting rust eigener beweging minstens elke twee jaar c.q. periodiek de hoogte van de verzekerde som te toetsen en daartoe contact op te nemen met de verzekerde. Zo’n vergaande algemene verplichting volgt niet uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en ook in de literatuur wordt die niet zomaar aangenomen.”³⁵

Het ligt naar mijn mening voor de hand om in beginsel een termijn aan te houden, die overeenkomt met de tijd die bij de nieuwe verzekeringstussenpersoon is gelegen tussen

twee periodieke controles. Het hangt van de omstandigheden van het geval af wat de maximale duur van die termijn zou mogen zijn. Beslissend zijn daarbij onder andere de omvang van de overgenomen portefeuille, de samenstelling van deze portefeuille en het feit dat er een concrete aanleiding is om bepaalde verzekeringnemers met voorrang te benaderen teneinde te toetsen of hun verzekering nog voldoende dekking biedt.

6. Aanwijzingen voor de praktijk

Ontlopen van aansprakelijkheid voor tekortkomingen van de vorige verzekeringstussenpersoon is slechts beperkt mogelijk. Dat is het geval wanneer de portefeuilleoverdracht door middel van een activa/passiva-transactie wordt gerealiseerd en bij een intermediairwijziging.

De verzekeringstussenpersoon die als overnemende verzekeringstussenpersoon is betrokken bij een portefeuilleoverdracht in de vorm van een activa/passiva-transactie kan zijn aansprakelijkheid enkel ontlopen als de rechter de overdragende verzekeringstussenpersoon aansprakelijk houdt voor diens tekortkomingen. Hij kan wel schadebeperkende maatregelen nemen. Enerzijds door na de overdracht op zo kort mogelijke termijn na te gaan of aan de overgenomen verzekeringen tekortkomingen kleven die kunnen leiden tot het geheel of gedeeltelijk afwijzen van een schade. Anderzijds door in de overeenkomst, waarin de overdracht wordt geregeld, een vrijwaringsbeding te zijnen gunste op te nemen alsmede de verplichting voor de overdragende verzekeringstussenpersoon om bij diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar een uitlooptekking van bijvoorbeeld vijf jaar te realiseren. Het vrijwaringsbeding moet hem de mogelijkheid bieden om, indien hij wordt aangesproken op grond van een tekortkoming van de overdragende verzekeringstussenpersoon, deze claim neer te leggen bij deze overdragende verzekeringstussenpersoon. Indien het bij de nieuwe verzekeringstussenpersoon bekend is of de vrees bestaat dat de overdragende verzekeringstussenpersoon na de portefeuilleoverdracht ophoudt te bestaan, anderszins 'uit beeld verdwijnt' of zich aan zijn

verplichtingen zal onttrekken, verdient het aanbeveling om bij zijn eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dekking te realiseren voor de aansprakelijkheid die voor hem voortvloeit uit tekortkomingen van de overdragende verzekeringstussenpersoon. De verzekeringstussenpersoon die als overnemende verzekeringstussenpersoon is betrokken bij een intermediairwijziging, die meestentijds door hemzelf is geïnitieerd, kan de aansprakelijkheid voor door de vorige verzekeringstussenpersoon begane zorgplichtschendingen uitsluiten. Daartoe moet hij met zijn (nieuwe) klant een op schrift gestelde overeenkomst van opdracht sluiten, waarin duidelijk is vastgelegd dat zijn opdracht enkel bestaat uit het beheer van de betreffende verzekeringen en de wettelijk verplichte nazorg ingevolge artikel 4:20 lid 3 Wft en niet mede omvat de opdracht om te controleren (a) of aan de overgenomen verzekeringen door de vorige verzekeringstussenpersoon gemaakte fouten kleven en (b) of deze verzekeringen ten tijde van de intermediairwijziging (nog) de beoogde dekking bieden.

* Dit artikel is een geactualiseerde en uitgebreide versie van het artikel van deze auteur dat eerder verscheen in *TAV* 2015/22.

Noten

1. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR: 2019:1909.
2. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, r.o. 3.4.1, *NJ* 2003, 375, m.nt. M.M. Mendel; «JOR» 2003/76, m.nt. R. Feunekes (*Bral/Octant*).
3. Een verzekeringstussenpersoon kan de in art. 4:20 lid 3 Wft geformuleerde nazorgplicht niet uitsluiten.
4. C.J. de Jong, 'Aansprakelijkheid van een verzekeringstussenpersoon als gevolg van een zorgplichtschending', *NTHR* 2019, afl. 2/3, p. 115 (hierna: De Jong 2019).
5. De Hoge Raad ontleende deze zin aan zijn overweging in een vijf jaar eerder gewezen arrest: HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, r.o. 3.3, *NJ* 1998, 586, m.nt. M.M. Mendel (*Erven Van Dam/Rabobank*).
6. *Kamerstukken I* 1951/52, 870, nr. 11a, p. 10.
7. Voor een overzicht van de voor een verzekeringstussenpersoon in elk van deze fasen geldende zorgplicht, zie: De Jong 2019, p.

119-122.

8. Dit overboeken vormt de rechtsgrond voor het ontstaan van een rechtsverhouding tussen de betreffende verzekeraar en de

verzekeringstussenpersoon naar wiens portefeuille de verzekering wordt overgeboekt.

Zie: C.J. de Jong, 'Portefeullierecht, een privaatrechtelijke paragraaf in de Wft', *NTHR* 2009/1, p. 19 (hierna: De Jong 2009).

9. W.J. van Eijkern, P.D. Pestman, H.J. Cohen Jehoram en R.M. Vriesendorp-van Seumeren.

10. HR 15 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB4950, *NJ* 1969, 25 (*Woudsend/Koobs de Hartog*).

11. In haar conclusie bij het *Sinterklaas*-arrest (noot 22) geeft advocaat-generaal Rank-Berenschot een (incomplete) opsomming van de onder het Wft-regime verschenen artikelen, waarin werd ingegaan op de betekenis van het begrip portefeuille.

12. Voor een beschouwing over het *Sinterklaas*-arrest, zie C.J. de Jong, 'Hoge Raad: verpanding assurantieportefeuille als zodanig is niet mogelijk', *NTHR* 2020, afl. 1, p. 10-16.

13. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, r.o. 3.5.

14. Zie: C.J. de Jong, 'De reikwijdte van de privaatrechtelijke zorgplicht van de verzekeringstussenpersoon' in: Hendrikse & Rinkes (red.), *Knelpunten in het verzekeringsrecht. Deel 3*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 37.

15. Conclusie van A-G F.F. Langemeijer d.d. 23 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:28, punt 2.2.

16. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, r.o. 3.2.2.

17. Art. 3:80 lid 2 BW noemt tevens de - in het kader van dit artikel niet relevante - goedkeuring van een overdrachtsplan inzake deposito-overeenkomsten of de activa en passiva van een bank of verzekeraar die naar het oordeel van De Nederlandsche Bank in de problemen dreigt te geraken.

18. Een akte is een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1

Rv).

19. Gerechtshof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4307, r.o. 3.6.

20. Conclusie van wnd. A-G A. Hammerstein d.d. 8 augustus 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1876, punt 2.25.

21. HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2897, *NJ* 1999, 497, r.o. 3.3.2 (*Jut/Aegon c.s.*).

22. Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 28 februari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA2020, r.o. 4.4.

23. Parl. Gesch. Boek 6, p. 585.

24. Tenzij het gaat om het overboeken van een deel van de tot de portefeuille van een verzekeringstussenpersoon behorende verzekeringen, brengt dit met zich dat er een einde komt aan de samenwerkingsovereenkomst met de overdragende verzekeringstussenpersoon.

25. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:506, r.o. 2.17, *NJF* 2015/240.

26. Hoge Raad 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2014:AN9686, *NJ* 2014, 316, m.nt. P.A. Stein.

27. Veelal aangeduid als de portefeuille van een klant.

28. De Jong 2009, p. 20.

29. Gerechtshof Arnhem 19 februari 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD1306, r.o. 5.41. Zie ook: Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012/327, waarbij kennelijk eveneens sprake is van een intermediairwijziging.

30. Rechtbank Rotterdam 9 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5664, r.o. 4.2.

31. Rechtbank Utrecht 26 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9246, r.o. 4.16.

32. Rechtbank Utrecht 15 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7106, r.o. 4.8.

33. Rechtbank Limburg 10 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4887, r.o. 3.3.

34. Gerechtshof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:506, r.o. 2.24, *NJF* 2015/240.

35. Rechtbank 's-Hertogenbosch 27 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR4102, r.o. 2.7.4.

WAMCA in actie: hoe zal dat er uit zien? Enkele praktische overwegingen

Berber Bosch, Vivan IJzerman, Jasper Leedeckerken

Op 1 januari 2020 trad de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (hierna: WAMCA) in werking. De WAMCA biedt nieuwe regels voor de afwikkeling van collectieve acties. Belangenorganisaties kunnen – anders dan voorheen – nu een collectieve actie tot schadevergoeding instellen. De eisen aan belangenorganisaties zijn aangescherpt op het gebied van governance, representativiteit en financiering. De WAMCA biedt kansen de procedure te stroomlijnen met het oog op finaliteit. In dit artikel bespreken we de WAMCA met concrete aanbevelingen voor de praktijk.

Collectieve verhaalsmogelijkheden: van WCA tot WCAM naar WAMCA

Met de inwerkingtreding van de Wet collectieve actie (hierna: WCA)¹ in 1994 werd de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve actie wettelijk verankerd.² Het belangrijkste artikel dat de WCA introduceerde is artikel 3:305a BW. Op basis daarvan kon (en kan) een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (hierna: belangenorganisatie) een vordering instellen die strekt tot de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. De belangenorganisatie kon een verbod, gebod en verklaring voor recht vorderen. Een vordering tot schadevergoeding behoorde niet tot de mogelijkheden. Als er eenmaal een uitspraak lag, stond de vraag naar de (omvang van) de schade dus nog open. Gedupeerden waren daardoor genoodzaakt alsnog een individuele procedure te starten om hun schade daadwerkelijk vergoed te zien. Voor de (finale) afwikkeling van massaschade voorzag de WCA met andere woorden niet in een ‘directe’ oplossing.

De Wet collectieve actie afwikkeling massaschade (hierna: WCAM) maakte het in 2005 mogelijk een

collectieve schikking tussen gedupeerden en een aangesproken partij algemeen verbindend te laten verklaren door het Gerechtshof Amsterdam.³ Voor het beproeven van zo’n WCAM-schikking zijn gedupeerden volledig afhankelijk van de onderhandelingsbereidheid van de aangesproken partij. Een stok achter de deur, om tot collectieve afwikkeling te komen indien deze onderhandelingsbereidheid ontbrak, was er niet.⁴

Bovengenoemde ervaringen met de WCA en WCAM hebben de invulling van de WAMCA in belangrijke mate bepaald. De wetgever heeft gezocht naar een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om te worden beschermd tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims.⁵ De WAMCA lijkt een zekere professionalisering te beogen gezien de aangescherpte eisen die aan belangenorganisaties worden gesteld, de stroomlijning van belangenorganisaties door middel van de aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger én de mogelijkheid tot collectieve afwikkeling van massaschade.

De ontwikkelingen in Nederland staan overigens niet op zichzelf. Ook de Europese Unie onderhandelt momenteel over een richtlijnvoorstel voor de collectieve afwikkeling van massaschade. Het voorstel voor de Richtlijn representatieve vorderingen richt zich op de bescherming van consumenten.⁶ Het voorstel lijkt de WAMCA vooralsnog niet te bijten.⁷ De definitieve tekst van de richtlijn is echter nog niet vastgesteld.⁸

De WAMCA in een notendop

De WAMCA voorziet in één regime voor collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW,

ongeacht de grondslag van de vordering van de belangenorganisatie en ongeacht of deze al dan niet strekt tot schadevergoeding. Dat betekent dat belangenorganisaties op grond van artikel 3:305a BW onder andere vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad, wanprestatie, of mededingingsinbreuken kunnen instellen. De procedure kan worden onderscheiden in drie fasen: (i) de toetsing van de ontvankelijkheid en de aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger; (ii) het beproeven van een schikking en, indien dat niet slaagt, de aanvulling van de gronden van de vordering en het verweer; en (iii) de inhoudelijke behandeling. Deze procedure geldt zowel voor de collectieve actie tot een verklaring voor recht, gebod of verbod als de collectieve actie tot schadevergoeding.⁹ Hierna behandelen wij de drie fasen van de collectieve schadevergoedingsactie achtereenvolgens.

Ad (i) de aanvang van de procedure, de ontvankelijkheidstoets en de Exclusieve Belangenbehartiger

De collectieve (schadevergoedings)actie is een dagvaardingsprocedure. Na de betekening van de dagvaarding is de belangenorganisatie verplicht om de dagvaarding binnen twee dagen in te schrijven bij het centraal register voor collectieve acties bij de Raad voor rechtspraak (hierna: centraal register).¹⁰ De aantekening gaat vergezeld van een uittreksel van de dagvaarding.¹¹ Na aantekening van de zaak in het centraal register volgt een periode van drie maanden waarin andere belangenorganisaties een collectieve vordering kunnen instellen voor dezelfde gebeurtenis.

De dagvaarding moet onder meer een omschrijving bevatten van (i) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft; (ii) de personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt; en (iii) de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn.¹² Aan de hand van deze informatie toetst de rechter of de vordering zich leent voor een collectieve actie. Om een lang en kostbaar debat te voorkomen als de vordering toch niet tot toewijzing kan leiden, toetst de rechter eerst of (i) de belangenorganisatie voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW; (ii) de belangenorganisatie voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het voeren van een collectieve

procedure efficiënter en effectiever is dan het instellen van individuele vorderingen; en of (iii) niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt op het moment waarop het geding aanhangig wordt.¹³

De ontvankelijkheidsvereisten waaraan een belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a BW moet voldoen zijn ten opzichte van het oude regime flink aangescherpt. De wetgever heeft deze vereisten grotendeels overgenomen uit de Claimcode 2011.¹⁴ Een belangenorganisatie moet 'voldoende representatief' zijn, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen en voldoen aan de in artikel 3:305a lid 2, 3 en 5 BW opgenomen vereisten. De daarin opgenomen ontvankelijkheidseisen zien onder meer op *governance*, financiering en representativiteit van de belangenorganisatie. De rechter toetst of de bestuurders geen winstoogmerk hebben, of de vordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft en of eerst voldoende is getracht overeenstemming met de aangesproken partij te bereiken. De rechter kan minder streng toetsen¹⁵ vanwege de aard van sommige vorderingen, bij vorderingen met een ideëel doel of een zeer beperkt financieel belang (mits die vordering niet strekt tot schadevergoeding).¹⁶ Denk hierbij aan vorderingen die een maatschappelijk belang dienen, bijvoorbeeld collectieve acties over het milieu.¹⁷

Indien zich binnen de hiervoor genoemde drie maanden meerdere belangenorganisaties melden voor dezelfde gebeurtenis, dan wijst de rechter uit hun midden een Exclusieve Belangenbehartiger (hierna: EB) aan.¹⁸ De rechtbank wijst de 'meest geschikte eiser' aan als EB. Bij de beoordeling hiervan neemt hij verschillende omstandigheden in aanmerking. Onder meer de omvang van de groep, de grootte van het financiële belang, andere werkzaamheden die de eiser verricht voor groep voor wie hij opkomt en eerdere door de eiser ingestelde collectieve vorderingen zijn van belang. Tegen de uitspraak tot aanwijzing van EB staat geen rechtsmiddel open. De aanwijzing van de EB biedt gedupeerden de eerste mogelijkheid tot een *opt-out*. De rechter stelt hiervoor een termijn van ten minste één maand vanaf het moment dat de rechtbank uitspraak heeft gedaan over de

aangewezen EB.¹⁹ Voor buitenlanders geldt een *opt-in* systeem.²⁰

De aanwijzing van een EB heeft geen gevolgen voor de overige belangenbehartigers: deze blijven partij in de procedure.

Ad (ii) uitnodiging tot het beproeven van een schikking en indien dit niet slaagt: aanvulling gronden

Na aanwijzing van de EB stelt de rechter partijen in de gelegenheid de mogelijkheden van een schikking te verkennen.²¹ Partijen krijgen hiervoor een door de rechter gestelde termijn.²² Indien partijen een schikking bereiken, moet deze ter goedkeuring worden voorgelegd aan de rechter. Die toetst of de hoogte van de toegekende vergoeding redelijk is en of de belangen van de gedupeerden daarin voldoende zijn gewaarborgd. Op de goedkeuring van de overeenkomst zijn een (groot) deel van de bepalingen van de WCAM²³ van overeenkomstige toepassing.²⁴ De regeling zoekt daarmee aansluiting bij de bepalingen die gelden voor een vaststellingsovereenkomst onder de WCAM.²⁵ Na de verbindendverklaring krijgen de gedupeerden een tweede mogelijkheid tot een *opt-out*.²⁶

Als partijen na het verstrijken van de termijn geen schikking hebben bereikt, dan kan de EB de gronden van de vordering aanvullen met de gronden van de vorderingen van de niet als EB aangewezen belangenorganisaties. Ook kan de aangesproken partij de gronden van verweer in eerste instantie beperken tot de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie(s) en na de termijn voor schikking de gronden alsnog aanvullen.²⁷

Ad (iii) de inhoudelijke behandeling

Indien geen schikking wordt bereikt, vangt de inhoudelijke behandeling van de vordering(en) aan. Daarvoor geldt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de 'gewone' collectieve actie (verklaring voor recht, verbod of gebod) en de collectieve schadevergoedingsactie.

Indien het namelijk een vordering tot schadevergoeding betreft, kan de rechter de partijen bevelen een voorstel voor een collectieve schadeafwikkeling te doen.²⁸ Als partijen niet aan dit bevel voldoen, dan kan de rechter hieruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Bij het vaststellen van de collectieve schaderegeling houdt de rechter er rekening mee dat de hoogte

van de toegekende vergoedingen redelijk is en dat de belangen van de personen voor wie de collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld voldoende gewaarborgd zijn. Waar mogelijk wordt de schadevergoeding in categorieën vastgesteld, maar dit is niet verplicht.²⁹ De uitspraak van de rechter is bindend voor alle gedupeerden die geen gebruik hebben gemaakt van de *opt-out* mogelijkheid. Overigens verandert de WAMCA het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht niet.³⁰ De rechter dient de aansprakelijkheid, causaal verband en schade vast te stellen per gedupeerde of categorie.

WAMCA in actie: aanbevelingen voor de praktijk

In de vorige paragraaf hebben wij de WAMCA-procedure in vogelvlucht beschreven. Op hoofdlijnen is ons daarbij het volgende opgevallen.

Ad (i) de aanvang van de procedure, de ontvankelijkheidstoets en de Exclusieve Belangenbehartiger

De praktijk leert dat de 'ontvankelijkheidsfase' van een collectieve actie geen sinecure is.³¹ Dat geldt - naar verwachting - temeer voor de ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA, waar de procedure tot en met de benoeming van de EB nogal wat voeten in de aarde heeft. De rechter moet - indien zich meerdere belangenbehartigers melden - voor elk van deze toetsen of aan de ontvankelijkheidseisen is voldaan.³² De aangescherpte vereisten op het gebied van *governance*, representativiteit en financiering houden onder meer in dat de belangenorganisatie een toezichthoudend orgaan,³³ passende interne besluitvormingsmechanismen moet hebben³⁴ (*governance*) en over voldoende middelen moet beschikken om de kosten van de procedure te kunnen dragen (*financiering*). De verwachting is dat enkele bestaande representatieve belangenorganisaties, zoals de Consumentenbond en de VEB, worden geacht te voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria.³⁵ De rechter zal de *trackrecord* van dergelijke organisaties mede in aanmerking nemen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid. Ook kunnen belangenbehartigers in de voorfase al een samenwerking aangaan door bijvoorbeeld de

gezamenlijke oprichting van een stichting.

Wat betreft de financiering geldt dat de rechter aan het financiële model van belangenorganisaties en derdenfinanciers toetst.³⁶ Het is steeds gebruikelijker dat collectieve acties worden gefinancierd door een derdenfinancier. Die derdenfinancier heeft veelal een commercieel doel. De wetgever hecht er om die reden belang aan dat de zeggenschap over de vordering in voldoende mate bij de belangenorganisatie ligt. Om dit te waarborgen kan de rechter de financieringsovereenkomst opvragen. De rechter toetst (ambtshalve) of de gemaakte financieringsafspraken de belangen van de gedupeerden voldoende waarborgen en de vergoedingen redelijk zijn. Ook de aangesproken partij kan gevraagd worden welke vergoedingen zij acceptabel acht.³⁷ Zodoende moeten ongewenste financiële prikkels worden voorkomen. Ontoelaatbaar wordt bijvoorbeeld geacht het geval dat de financier mag besluiten of wordt ingestemd met een schikking of dat hoger beroep wordt ingesteld tegen een afwijzende beslissing.³⁸

De positie van derdenfinanciers kwam onder meer aan bod in de procedure over de algemeen verbindend verklaring van de schikking tussen Fortis en Ageas op grond van de WCAM. Het Hof Amsterdam benadrukte dat in het kader van de toetsing van een schikking, waarin de beloning voor derdenfinanciers is geregeld, ook die vergoedingen aan een redelijkheidstoets onderworpen zijn. Transparantie over de identiteit van procesfinanciers en de gemaakte (financiële) afspraken is van belang om een oordeel te kunnen vormen over de gegoedheid, reputatie en verdienmodellen van financiers mede met het oog op mogelijke belangentegenstellingen.³⁹ In artikel 3:305c lid 2 onder c BW is die transparantie opgenomen.⁴⁰ Alhoewel het hof kritisch is over de vergoedingen voor belangenorganisaties en derdenfinanciers, laat het ruimte voor (redelijke) vergoedingen voor belangenorganisaties. Uit het arrest blijkt dat de rechter bereid is tot een activistische en kritische rol bij de beoordeling van vergoedingen. De WAMCA bevat overigens geen duidelijk kader voor de redelijkheid van die vergoedingen.⁴¹

De vraag is hoe aantrekkelijk het is voor derdenfinanciers om WAMCA procedures te

financieren als zij beperkte invloed op een procedure mogen uitoefenen, mede gelet op de financiële risico's die zij daarbij lopen, en hun financieringsmodel moeten openbaren. Procedures op basis van een volmacht of cessie blijven namelijk mogelijk, waardoor een collectieve schadevergoedingsactie wellicht minder aantrekkelijk is. Let wel, de Rechtbank Amsterdam heeft een 'verkapte collectieve actie' reeds afgewezen.⁴² De rechtbank oordeelde dat de belangenorganisatie primair niet-ontvankelijk was in haar 3:305a-vordering. De subsidiaire vordering op basis van volmachten vormde volgens de rechtbank een (niet-toegestane) verkapte collectieve actie.

Ad (ii) uitnodiging tot het beproeven van een schikking en indien dit niet slaagt: aanvulling gronden

Alhoewel de WAMCA de mogelijkheid tot het collectief vorderen van schadevergoeding introduceert, blijft de collectieve afwikkeling van schade middels een schikking het uitgangspunt. De rechter faciliteert de onderhandelingen tussen partijen door een termijn voor een schikking te bepalen. Daarmee formaliseert de rechter in feite het onderhandelingsproces. De verplichte termijn voor het beproeven van een schikking betekent niet dat partijen niet alsnog op een later moment kunnen schikken. Dat kan te allen tijde.⁴³

Daarvoor hebben partijen enkele - reeds bestaande - 'tools' tot hun beschikking, zoals de processuele comparitie, *mediation* en de WCAM.⁴⁴ Een eventuele schikking moeten partijen ter goedkeuring voorleggen aan de rechter. Als de rechter goedkeuring weigert, staat daartegen cassatieberoep open. Dat kan uitsluitend door partijen gezamenlijk worden ingesteld.⁴⁵ Er kan geen hoger beroep of cassatie ingesteld worden tegen een goedgekeurde collectieve schikking.⁴⁶ Na de goedkeuring van de schikking, hebben gedupeerden een laatste mogelijkheid zich aan de collectieve actie te onttrekken (*opt-out*). De gedupeerden mogen vervolgens geen nieuwe collectieve actie instellen.⁴⁷

Tenzij de vordering is verjaard, kunnen gedupeerden tot het moment van de *opt-out* rechten ontlenen aan een collectieve stuiting. Na de *opt-out* moeten zij binnen zes maanden een stuitingshandeling verrichten om niet alsnog 'in het zwaard van verjaring' te vallen.⁴⁸

Ad (iii) inhoudelijke behandeling

De inhoudelijke behandeling van de collectieve (schadevergoedings-)actie vangt aan wanneer partijen bij het verstrijken van de gestelde termijn geen (door de rechter goedgekeurde) schikking overeengekomen zijn. Partijen krijgen echter eerst de gelegenheid voor het aanvullen van de gronden van de vordering en het verweer. Ook hiervoor stelt de rechter een termijn.⁴⁹

Voor de collectieve schadevergoedingsactie zal, na het vaststellen van aansprakelijkheid, de schadebegroting een nieuwe uitdaging vormen. Om tot een collectieve schadeafwikkeling te komen kan de rechter bevelen dat partijen een voorstel voor de collectieve schadeafwikkeling indienen.⁵⁰ De EB zal daarbij rekening moeten houden met de belangen van de groep gedupeerden en (eventueel) met de inbreng van de andere belangenbehartigers in de procedure. Van de niet-aangewezen belangenbehartigers wordt verwacht dat zij de EB in staat stellen zijn coördinerende rol te vervullen en de EB voorzien van inbreng voor processtukken en suggesties voor de strategie. Als de belangenbehartiger(s) een verschillende visie hebben over het voorstel van de EB, kan de rechter ingrijpen door deze belangenbehartigers de ruimte te geven om aanvullingen te doen. In overleg met partijen zal de rechter de volgende stap van de procedure moeten bespreken. Dit kan een nadere schriftelijke ronde zijn, een mondelinge uitwisseling of de benoeming van een deskundige. Met het oog op hoor en wederhoor kunnen partijen in die volgende fase reageren op elkaars voorstellen.⁵¹

De uitspraak waarbij de rechter de collectieve schadeafwikkeling vaststelt, is in beginsel een einduitspraak. In zaken met veel gedupeerden en een hoge schadevergoeding kan het lastig zijn om een zorgvuldige verdeling en betaling aan gedupeerden te waarborgen. De minister ziet hier een taak voor de rechter. De rechter kan de regie nemen als het gaat om de collectieve afwikkeling van de schade. In overleg met partijen dient de rechter een praktische afwikkeling vast te stellen en onder meer te bepalen naar welke claims administrator het bedrag van de schadevergoeding moet worden overgemaakt.⁵²

Ruimte voor maatwerk?

Uit het voorgaande blijkt dat de WAMCA meer duidelijkheid schept en, althans op papier, een goed evenwicht biedt voor het recht van gedupeerden tot vergoeding van massaschade en de bescherming van de aangesproken partij tegen lichtvaardige massaclaims. Tegelijkertijd zal van veel aspecten nog moeten blijken hoe deze in de praktijk uitwerken. Vooral een efficiënte ontvankelijkheidstoetsing, de aanwijzing van de EB, het onderling samen- dan wel tegenwerken van belangenorganisaties en de zorgvuldige collectieve schadeafwikkeling zijn aandachtspunten. De te onderscheiden fasen vormen ieder voor zich voer voor discussie, waarmee het gevaar van een lange, stroperige procedure op de loer ligt. Dit kan een efficiënte afwikkeling in gevaar brengen. Daarnaast is het – vanwege de beperkte controle over de vordering en kritische toetsing van de financieringsmodellen van de belangenorganisaties – de vraag of belangenorganisaties de WAMCA zullen inzetten.

Daar staat tegenover dat de rechter meer mogelijkheden heeft de regie te nemen en zo de procedure vorm te geven.⁵³ De rechter zal daarbij vele rollen moeten vervullen, waaronder die van procesbegeleider in het bereiken van een schikking en de rol van beslisser in de collectieve schadeafwikkeling. Zowel de belangenorganisaties als de aangesproken partij(en) moeten hier rekening mee houden, maar dit ook als een kans te zien. Partijen kunnen zelf een voorstel voor afwijkende procesvoering doen. Afhankelijk van de inhoud van de zaak kan een meer gefaseerde behandeling of juist een behandeling die meer lijkt op een reguliere procedure wenselijk zijn. De wetgever legt daarmee een grote verantwoordelijkheid bij partijen om invulling te geven aan de procedure en invloed uit te oefenen op de uitkomst daarvan.

Noten

1. Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 269.
2. Een voorbeeld dat ook voor de inwerkingtreding van de WCA collectieve acties succesvol zijn ingesteld is ECLI:NL:HR:1986:AD3741. Dit betrof een

collectieve actie over het storten van bagger uit de Amsterdamse grachten in het Nieuwe Meer. Hierover ook: I. Tillema, 'Commerciële actoren in massaschadezaken: pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur', AA 2019/06, p. 507.

3. Wet van 23 juni 2005, *Stb.* 2005, 340. De volgende schikkingen zijn door het Hof Amsterdam op grond van de WCAM algemeen verbindend verklaard: Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440 en Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2372 (*DES*); Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (*Dexia*); Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 (*Vie d'Or*); Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (*Shell*), Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691 (*Vedior*), Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*); Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560 (*DSB*), en Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*).

4. W.H. Boom, WCA -> WCAM -> WAMCA, *TvCh* 2019/4.

5. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

6. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD).

7. Een meer uitvoerige behandeling van het richtlijnvoorstel gaat het bestek van dit artikel te buiten. Wij verwijzen hiervoor naar het artikel van B.M. Katan en D.L. Barbiers, 'De richtlijn representatieve vorderingen komt eraan. Wat te doen met de WAMCA?', *NTBR* 2019/27 en naar het nadien gepubliceerde voorstel van de Raad van de Europese Unie.

8. De verantwoordelijk minister van Rechtsbescherming beschouwt het richtlijnvoorstel als 'een steun in de rug'. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 11.

9. De bepalingen van de WAMCA zijn van toepassing op gebeurtenissen op of na 15 november 2016 en collectieve acties ingesteld na 1 januari 2020 (art. 119a Overgangswet Nieuw BW).

10. Art. 3:305a lid 7 BW en art. 1018c Rv; Besluit

register collectieve vorderingen, 20 november 2019.

11. Art. 1018c lid 2 Rv. Een geanonimiseerde (niet-betekende) versie van de dagvaarding dient de belangenorganisatie te e-mailen naar register.massaschade.ldcr@rechtspraak.nl.

12. Art. 1018c lid 1 Rv.

13. Art. 1018c lid 5 Rv.

14. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 7, p. 13.

15. De rechter kan een belangenorganisatie ontvankelijk verklaren zonder dat aan de vereisten van lid 2 subonderdelen a tot en met e en lid 5 van artikel 3:305a BW behoefte te zijn voldaan.

16. Art. 3:305a lid 6 BW.

17. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

18. Art. 1018e Rv.

19. Art. 1018f lid 1 Rv.

20. Art. 1018f lid 5 Rv: *opt-in* voor personen die geen woonplaats of verblijf hebben in Nederland. Buitenlanders hebben maar één *opt-in* mogelijkheid.

21. Art. 1018g Rv.

22. Art. 1018h Rv.

23. Art. 1013, eerste en tweede lid, en vierde tot en met achtste lid, 1014, 1016 en artikel 7:907 BW.

24. Art. 1018h lid 2 BW.

25. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 48 en 49. Art. 1013 lid 3 Rv is uitgezonderd in WAMCA procedures. Bij WCAM-procedures is bij uitsluiting het Hof Amsterdam bevoegd om kennis te nemen van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van de schikking (art. 1013 lid 3 Rv). Dat is bij WAMCA procedures niet het geval.

26. De rechter stelt hiervoor een termijn van minimaal één maand (art. 1018h lid 5 jo 1018f lid 1 Rv). Partijen moeten in dit voorstel alle gegevens opnemen die ook een WCAM-overeenkomst moet bevatten (art. 7:907, tweede lid, onderdelen b tot en met e BW). *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 51.

27. Art. 1018c, vijfde lid, laatste zin en art. 1018g Rv.

28. Art. 1018i Rv.

29. Art. 1018i Rv.

30. Een uitgebreide behandeling van het materiële aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in collectieve procedures gaat het bestek van dit artikel te buiten. Wij

verwijzen naar C.M.D.S. Pavillon, 'Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade?', *RMT* 2019/4, p.163-174.

31. De sjoemelsoftware-uitspraak van Rechtbank Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741 laat zien hoe de rechter de ontvankelijkheidsvereisten van het oude art. 3:305a BW op grond van de WCA (en Claimcode 2011) uitvoerig toetst en schematisch de ontvankelijkheid per vordering in de uitspraak opneemt.
32. De aangesproken partij heeft verschillende mogelijkheden om de betwisting van de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie(s) op voet van art. 3:305a BW of andere gronden op te werpen: als incident, in een tot de ontvankelijkheid beperkte conclusie van antwoord (art. 1018c lid 5 laatste volzin Rv) of in de 'gewone' conclusie van antwoord. Aanbeveling 15, Aanbevelingen Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie, gepubliceerd op: <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>. De WAMCA-werkgroep merkt daarbij op dat het in het algemeen aanbeveling verdient incidenten zoveel mogelijk tegelijkertijd op te werpen. In voorkomend geval kan het echter, om de procedure niet te veel te belasten, juist beter zijn om incidenten later op te werpen.
33. Bijvoorbeeld door het instellen van een raad van commissarissen of een 'one tier board-structuur' waarbij niet-uitvoerende bestuurders worden benoemd die toezicht houden op de uitvoerende bestuurders.
34. Bij een vereniging kan dit bijvoorbeeld in de ledenvergadering. Een stichting zal een andere manier moeten vinden, bijvoorbeeld door gedupeerden in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over bepaalde besluiten.
35. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, 18.
36. Art. 3:305a lid 2 sub c BW.
37. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 26.
38. Art. 3:305c lid 2 onder c. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 10 (tweede nota van wijziging).
39. Hof Amsterdam 13 juli 2018,

- ECLI:NL:GHAMS:2018:2422, r.o. 5.43.
40. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12.
41. De niet bindende Claimcode 2019 formuleert extra aandachtspunten voor externe financiering en de financieringsovereenkomst waaronder de plicht om informatie over de vergoedingen aan de externe financier openbaar te maken op de website van de belangenorganisatie (Principe III). Een wettelijke verankering van deze waarborgen is uitgebleven: de minister heeft het (nog) niet aangedurfd om expliciete bepalingen over derdenfinanciers op te nemen in de WAMCA (*Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11).
42. Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.54.
43. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4 en 10.
44. Ook kan de rechter een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stellen.
45. Art. 1018h lid 5 Rv, conform art. 1018 Rv.
46. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 31.
47. Reeds bestaande individuele procedures kunnen worden geschorst als één van de partijen daarom verzoekt. De procedure moet betrekking hebben op gelijksoortige rechtsvragen en feitelijke vragen voor dezelfde gebeurtenis(sen) als in de collectieve procedure (art. 1018m Rv, *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, 12.) Art. 1015 Rv bepaalt dat in WCAM-procedures de individuele procedures altijd van rechtswege worden geschorst.
48. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 47. Een belangenorganisatie kan door het sturen van een aanmaning of mededeling op de voet van art. 3:317 lid 1 BW de verjaring stuiten (HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (*VEB NCVB/Deloitte Accountants*)).
49. Art. 1018g Rv.
50. Dit voorstel bevat in ieder geval hetgeen bepaald in art. 7:907 lid 2 onderdelen a tot en met f BW.
51. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 17.
52. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 31-32.
53. *Stb.* 2019/241.

Garanties en abonnementen: niet altijd meer gereguleerd

Gijs Hamelijncx, Jan Pieter Uittenbroek

De discussie tussen De Nederlandsche Bank (DNB) en de brancheorganisatie voor autohandelaren en garagehouders, de BOVAG, omtrent de garantie voor gebruikte voertuigen, de zogeheten BOVAG-garantie deed medio 2017 veel stof opwaaien. De discussie was aanleiding voor DNB om de uitleg van de verzekeringsdefinitie, met name in relatie tot garanties (en abonnementen), verder te concretiseren. DNB heeft hiertoe eerst de Q&A 'Garanties; wel of geen verzekering' (hierna: 'Q&A Garanties') en de Q&A 'Abonnementen; wel of geen verzekering' (hierna: 'Q&A Abonnementen') ter consultatie voorgelegd en later ook definitief gepubliceerd. In deze Q&A's geeft DNB een aantal concrete handvatten en voorbeelden aan de hand waarvan getoetst kan worden in hoeverre een product of dienst kwalificeert als verzekering.

Inleiding

In eerdere publicaties is stilgestaan bij de wettelijke en bovenwettelijke garantie en de zienswijze van DNB ten aanzien van de juridische kwalificatie van dergelijke producten.³ Na publicatie van DNB van haar beleid over de kwalificatie van garantieproducten ontstond discussie omtrent de BOVAG-garantie.⁴ Daarbij leek het of DNB ook de BOVAG-garantie als een verzekering aanmerkte, waardoor de aanbieders van de garantie deze niet zonder meer konden aanbieden. Inmiddels lijkt DNB een nieuwe richting ingeslagen. Waar DNB voorheen een (te) strikt beleid hanteerde met betrekking tot de toepassing van de verzekeringsdefinitie, zoals vervat in artikelen 1:1 Wft en 7:925 BW, heeft zij intussen haar beleid genuanceerd. In dit artikel wordt ingegaan op de beleidswijziging van DNB ten aanzien van garantieproducten en (service)abonnementen, zoals neergelegd in de gepubliceerde Q&A Garanties en de Q&A

Abonnementen.

Juridisch kader

Definitie verzekering

Om de Q&A Garanties en de Q&A Abonnementen in perspectief te plaatsen, is het belangrijk om eerst te kijken naar de definitiebepalingen van (schade)verzekeringen. De definitiebepaling van schadeverzekering in artikel 1:1 Wft verwijst naar artikel 7:944 BW. Het schadeverzekeringsbegrip is daar als volgt gedefinieerd: '*Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden.*' Wat een verzekering is, is gedefinieerd in artikel 7:925 BW: '[Een] Verzekering is **een overeenkomst** waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich **tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen**, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen **geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren** (...).'⁵ [vetgedrukte door auteurs]

Hierbij is het goed te vermelden dat de wetgever bij de introductie van dit artikel heeft aangegeven dat de definitieomschrijving in artikel 7:925 BW te ruim is. De wetgever merkte hierover op dat '*niet beoogd is een voor alle gevallen sluitende definitie te geven. De aanhef van het lid "Verzekering is een overeenkomst..." maakt duidelijk dat de gegeven omschrijving in bepaalde gevallen te ruim is.*'⁶ Hier wordt later in dit artikel, bij de bespreking van het nieuwe beleid van DNB, nog op ingegaan.

In de verzekeringsdefinitie van artikel 7:925 BW kan een viertal elementen worden geïdentificeerd,

welke ook als zodanig door DNB worden aangemerkt als de kenmerkende elementen van een verzekering.⁷ Daarnaast kan uit de definitie van schadeverzekering in artikel 7:944 BW nog een vijfde element worden gedistilleerd. Het betreft de volgende elementen, die ieder ruim uitgelegd dienen te worden:

1. **Een overeenkomst:** dit betreft een overeenkomst tussen de aanbieder van het product of de dienst en degene die het product of de dienst afneemt.
2. **Een verbintenis tot premiebetaling:** waarbij premiebetaling wordt gezien als iedere vergoeding die door de verzekeringnemer aan de verzekeraar wordt voldaan voor het doen van een of meer uitkeringen. Om een vergoeding als premie te kwalificeren is daarbij niet van belang hoe de vergoeding wordt genoemd, wat de hoogte is of in hoeverre de vergoeding toereikend is. De premie kan zowel periodiek als eenmalig worden betaald en het is niet van belang wie de premie betaalt (de verzekeringnemer of een derde). Tot slot hoeft de premie niet individualiseerbaar te zijn, maar kan de premie ook verscholen zitten in de prijs die voor een bepaald product of een prestatie wordt betaald.⁸
3. **Een verbintenis tot uitkering:** van het door of in opdracht van verzekeraar uitgevoerde herstel of de verstrekte vergoedingen indien zich een schade voordoet. Een uitkering hoeft bovendien niet altijd geldelijk te zijn, maar kan ook in natura worden voldaan.
4. **Onzekerheid over de uitkering of de duur van de premiebetaling:** er is sprake van onzekerheid wanneer het voor beide partijen onduidelijk is of en wanneer zich schade zal voordoen of tot hoe lang de premiebetaling duurt.
5. **De uitkering moet strekken tot vergoeding van vermogensschade:** dit ziet op iedere vorm van vermogensschade zoals gedefinieerd in artikel 6:96 BW.

Zodra een product of dienst aan bovenstaande elementen voldoet en de aanbieder het product of dienst bedrijfsmatig (niet slechts incidenteel) en voor eigen rekening uitvoert, is volgens DNB sprake van het uitoefenen van het (schade)verzekeringsbedrijf. Het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf (c.q. aanbieden van verzekeringen) is een activiteit waarvoor in beginsel voor verzekeraars met zetel in Nederland een vergunningplicht geldt op grond van artikel 2:27 Wft. Bovendien moeten partijen

die beschikken over een vergunning voldoen aan groot aantal toezichtrechtelijke verplichtingen. Deze verplichtingen zullen verder buiten beschouwing worden gelaten in dit artikel.

Toepassing door DNB

Voorheen werden producten en diensten, zoals garantieproducten en (service)abbonementen, door DNB slechts getoetst aan bovenstaande elementen. Zodra een product of dienst (zoals een serviceabonnement) aan alle cumulatieve elementen voldeed en de aanbieder een dergelijk product of dienst bedrijfsmatig en voor eigen rekening aanbood, werd de aanbieder doorgaans als verzekeraar aangemerkt in de zin van artikel 1:1 Wft. Deze strikte benadering van DNB leidde in de praktijk tot enige discussie. Immers, de ruime uitleg van de verzekeringsdefinitie had tot gevolg dat een groot aantal (garantie)producten en (service)abbonementen aangemerkt moest worden als schadeverzekering, en daarmee de aanbieder (onbedoeld) als verzekeraar. Hierbij kon de vraag worden gesteld of dit wel een verzekering was en of de wetgever dergelijke producten wel als verzekering had willen bestempelen. In ieder geval konden hier vanuit het belang van de consumenten wel vraagtekens bij worden gezet, aangezien de producten in veel gevallen alleen maar duurder werden door de (verplichte) tussenkomst van een verzekeraar.

Om een beeld te geven van welke producten in het verleden als verzekering werden aangemerkt hieronder twee voorbeelden.

Voorbeeld serviceabonnement

Allereerst een abonnement voor fietsreparaties. De eigenaar van de fiets betaalt een vast bedrag per maand en kan vervolgens gratis gebruikmaken van onderhouds- of reparatiewerkzaamheden aan zijn fiets. Het betreft in dit geval een afspraak tussen de aanbieder van het abonnement, bijvoorbeeld een fietsenmaker, en de verzekeringnemer, de eigenaar van de fiets (de overeenkomst), waarbij de eigenaar tegen betaling van een maandelijkse vergoeding (de premie), gebruik kan maken van onderhouds- of reparatiewerkzaamheden (een uitkering in natura). De eigenaar zal doorgaans slechts gebruikmaken van deze dienst wanneer hij schade heeft aan zijn fiets, bijvoorbeeld het laten

spannen van de ketting. Hierdoor is het voor beide partijen niet voorzienbaar of, wanneer en hoe vaak de eigenaar gebruik zal maken van de dienst (onzekerheid). Als de eigenaar het abonnement niet had afgesloten had hij kosten moeten maken voor een fietsenmaker, waardoor hij vermogensschade had geleden. Geconcludeerd kan worden dat het abonnement dient ter dekking van vermogensschade. In dit geval is voldaan aan alle elementen van de verzekeringsdefinitie van de artikelen 7:925 jo 7:944 BW en gegeven het feit dat de aanbieder het abonnement voor eigen rekening en als onderdeel van zijn bedrijfsvoering aanbiedt, is sprake van het aanbieden van een verzekering in de zin van artikel 1:1 Wft, waarvoor in beginsel een vergunning benodigd is.

Voorbeeld garantieproduct

Op een verkoper rust een verplichting om een wettelijke garantie te verstrekken. Deze garantieverplichting ligt verankert in de non-conformiteitsbepaling van artikel 7:17 BW. Binnen de wettelijke garantieperiode kan de koper bij de verkoper succesvol aanspraak maken op herstel of vervanging, indien het product een gebrek vertoont dat de koper op basis van het normaal gebruik van de zaak niet hoefde te verwachten. Zodra een verkoper echter meer aanbiedt dan op basis van de wettelijke garantie verplicht is, bijvoorbeeld een uitgebreidere dekking of een langere duur van de garantie, dan geldt voor dit meerdere (c.q. de bovenwettelijke garantie) dat de garantie in beginsel aangemerkt dient te worden als verzekering. Immers, de bovenwettelijke garantie is onderdeel van de koopovereenkomst of wordt apart afgesloten (de overeenkomst), de bovenwettelijke garantie wordt 'gratis' verstrekt bij de aanschaf van het product - waarbij al snel aangenomen dient te worden dat de aanschafprijs verdisconteerd is in de koopprijs - of de koper kan de bovenwettelijke garantie apart aanschaffen (de premie). Op grond van de bovenwettelijke garantie kan de koper aanspraak maken op de verkoper voor schade, welke niet onder de wettelijke garantie zou worden gedekt (de uitkering) en het is voor beide partijen onzeker of, wanneer en in welke mate de schade zal optreden (onzekerheid). Bovendien zou de koper normaliter zelf opdraaien voor schade die niet onder de wettelijke garantie valt, maar wordt deze schade nu gedekt onder de bovenwettelijke garantie, dus is sprake van het dekken van vermogensschade. Nu is voldaan aan alle

elementen van de verzekeringsdefinitie (artikelen 7:925 jo. 7:944 BW) en gegeven het feit dat de aanbieder het abonnement voor eigen rekening en als onderdeel van zijn bedrijfsvoering aanbiedt, is sprake van het aanbieden van een verzekering in de zin van artikel 1:1 Wft, waarvoor in beginsel een vergunning benodigd is.

Daarnaast zijn nog een tal voorbeelden te bedenken, waarbij is voldaan aan de elementen van de verzekeringsdefinitie, maar waarvan de wetgever nooit beoogd lijkt te hebben dat dergelijke activiteiten onder het toezicht van DNB zouden vallen. Neem bijvoorbeeld de situatie 'aanneming van werk', waarbij de aannemer een vast bedrag overeenkomt. Hierbij verplicht de aannemer zich tegenover de opdrachtgever (de overeenkomst), om tegen een vaste prijs (de premie) het werk op te leveren. Doordat de aannemer een vaste prijs is overeengekomen, komen de kosten voor meerwerk - welke normaliter voor rekening komen van de opdrachtgever nu voor rekening van de opdrachtnemer (de uitkering), terwijl het voor beide partijen op voorhand onzeker is of, wanneer of tot welke hoogte deze kosten zullen oplopen (onzekerheid).⁹

Nieuw beleid DNB

Voorwaarden uit de Q&A's

DNB heeft haar nieuwe beleid aangaande garantieproducten en (service)abbonementen, zoals verankerd in de Q&A Garanties en de Q&A Abbonementen, gebaseerd op het hierboven geschetste juridisch kader. Daarbij heeft DNB nu echter ook de toelichting van de wetgever bij de verzekeringsdefinitie meegenomen, op basis waarvan de wetgever ruimte heeft gelaten aan de rechtspraak om de grenzen van de verzekeringsdefinitie nader te bepalen. DNB stelt dat zij binnen de grenzen die de artikelen 7:925 jo. 7:944 BW bieden, dient te beoordelen of een garantie of (service)abonnement aangemerkt kan worden als schadeverzekering. DNB hanteert bij haar beoordeling een nieuwe maatstaf, te weten de vraag '*of een garantie of (service)abonnement naar maatschappelijke opvatting als schadeverzekering pleegt te worden aangemerkt*'. Daarbij merkt DNB tevens op dat ook de rechtsverhouding tussen betrokken partijen en de omstandigheden van het geval worden

meegewogen.

Vervolgens gaat DNB verder en concretiseert zij wanneer een garantie of (service)abonnement in beginsel *niet* als schadeverzekering dient te worden aangemerkt. Hiertoe heeft zij de volgende (cumulatieve) voorwaarden geformuleerd:¹⁰

- de garantie of het (service)abonnement is een ondergeschikt onderdeel van de koopovereenkomst (van het product) en wordt daardoor als het ware geabsorbeerd;
- de garantie heeft uitsluitend betrekking op de aard of een gebrek van het gekochte product en het (service)abonnement ziet op reparatie van gebreken die betrekking hebben op de aard van het product (hieronder valt expliciet geen schade die is ontstaan door (toekomstige) externe factoren of oorzaken, zoals diefstal of verlies); en
- de garantieperiode of de duur van het abonnement is niet evident langer dan de levensduur die redelijkerwijs van het gekochte product mag worden verwacht.

De consultatie van de Q&A's heeft geleid tot een aantal vragen vanuit de markt met betrekking tot de toepassing van bovenstaande voorwaarden. DNB heeft de consultatievragen beantwoord in de Feedback statement Q&A Garanties en de Feedback statement Q&A Abonnementen (hierna: de 'Feedback Statements').¹¹ Een aantal elementen uit de Feedback Statements is vervolgens verwerkt in de toelichting bij de Q&A's. Deze toelichting bevat waardevolle aanknopingspunten voor de praktijk. Wij zullen de belangrijkste onderwerpen hieronder per voorwaarde nader uitwerken.

Toelichting bij Q&A

(i) *'de garantie of het (service)abonnement is een ondergeschikt onderdeel van de koopovereenkomst (van het product), en wordt daardoor als het ware geabsorbeerd'*

Ten aanzien van de 'ondergeschiktheid' heeft DNB met betrekking tot garanties opgemerkt dat zij geen sluitend antwoord kan geven op de vraag wanneer een garantie ondergeschikt is aan de koopovereenkomst. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hiervoor dient gekeken te worden of de koopovereenkomst een dermate overheersend

karakter heeft dat de betreffende garantie een zodanig ondergeschikt karakter krijgt dat het verzekeringselement van de transactie zelfstandige betekenis verliest en als het ware wordt geabsorbeerd door de koopovereenkomst. Hoewel het voorgaande geen eenduidig antwoord biedt, interpreteren wij dit als dat gekeken dient te worden naar de aard van het product (waaronder mede begrepen de prijs) in relatie tot de garantie. In het geval dat de dekking van de garantie (in omvang of tijd) zeer ruim is, terwijl de kosten van het product slechts beperkt zijn, of indien de kosten van de garantie de kosten van het product benaderen of overstijgen, zijn dit onzes inziens indicatoren dat de garantie geen ondergeschikt karakter heeft ten opzichte van de koopovereenkomst.

Voorts merkt DNB zowel ten opzichte van garanties als van (service)abonnementen op dat de aanschaf van de garantie of het (service)abonnement niet noodzakelijkerwijs gelijk hoeft te geschieden met de aanschaf van het product of de dienst. Ten aanzien van (service)abonnementen benoemt DNB expliciet dat wanneer een abonnement afzonderlijk wordt afgesloten dit in beginsel in het verlengde ligt van de koopovereenkomst. Met betrekking tot garanties is DNB iets terughoudender, hierbij merkt zij op dat een garantie die na het sluiten van de overeenkomst wordt overeengekomen of wanneer bijvoorbeeld een eerdere garantie wordt verlengd, dit nog steeds als ondergeschikt kan worden aangemerkt als de garantie een uitvloeisel is van de koopovereenkomst. Daarbij dient gekeken te worden of het element 'koopovereenkomst' overheersend is. Wij menen dat hierbij gedacht kan worden aan de situatie dat de koper van een product in de koopovereenkomst de mogelijkheid geboden krijgt om een garantie op een later tijdstip af te sluiten. In een dergelijk geval vloeit het recht om de garantie te verschaffen direct voort uit de koopovereenkomst. Echter, het voorgaande is als zodanig niet bevestigd door DNB, bovendien zijn ook andere voorbeelden denkbaar op basis waarvan de garantie kan worden afgesloten na de aanschaf van het product.

Een van de belangrijkste elementen die DNB heeft opgenomen bij de toelichting op de ondergeschiktheid ziet op de mogelijkheid voor een derde om de garantie of het

(service)abonnement aan te bieden. Ook in een dergelijk geval kan sprake zijn van een product of dienst dat een ondergeschikt onderdeel vormt van de koopovereenkomst; ook als de koopovereenkomst dus door een andere partij is gesloten. Hiervoor wordt echter wel als voorwaarde gesteld dat de derde die de garantie of het (service)abonnement aanbiedt een rechtsverhouding heeft met de leverancier van het product (c.q. de contractpartij bij de koopovereenkomst) en aan alle overige voorwaarden, zoals omschreven in de Q&A's, is voldaan. Gedacht kan worden aan de volgende situaties:

- groepsmaatschappijen, waarbij verschillende partijen binnen dezelfde groep verantwoordelijk zijn voor de levering van het product en voor het verstrekken van de garantie of het (service)abonnement, zoals de verhouding dealer-importeur;
- een reparateur, voor zover deze een rechtsverhouding heeft met de leverancier van het product, bijvoorbeeld aangesloten garagehouders (c.q. de aanbieder van de garantie of het (service)abonnement) die een contract hebben met de autodealer (leverancier); of
- de leverancier van een product en een importeur of fabrikant buiten een groepsverhouding (c.q. de aanbieder van de garantie of het (service)abonnement), waarbij de leverancier verantwoordelijk is voor de levering van het product, maar de importeur/fabrikant van het product de garantie of het (service)abonnement verstrekt.

(ii) 'de garantie heeft uitsluitend betrekking op de aard of een gebrek van het gekochte product en het (service)abonnement ziet op reparatie van gebreken die betrekking hebben op de aard van het product. Hieronder valt expliciet geen schade die is ontstaan door (toekomstige) externe factoren of oorzaken, zoals diefstal of verlies'

Deze voorwaarde ziet op de aard van de dekking onder de garantie of de aard van de diensten die worden geleverd onder het (service)abonnement. Ten aanzien van de garanties merkt DNB op dat de dekking van een garantie in beginsel ziet op bestaande eigenschappen en tekortkomingen van het product, en in meer algemene zin op de kwaliteit die van het product verwacht mag worden. Dit terwijl verzekeringen juist vaak dekking bieden tegen schade veroorzaakt door

toekomstige (onzekere) externe factoren. In het verlengde daarvan merkt DNB ten aanzien van (service)abonnementen op dat reparaties enkel mogen zien op gebreken die betrekking hebben op de aard van het product. Immers, abonnementen die ook gebreken repareren die betrekking hebben op externe factoren (waaronder mede begrepen gebreken door eigen toedoen), bieden een vergelijkbare dekking als een verzekering.

Voorts bespreekt DNB in het bijzonder nog de (juridische) dienstverleningsabonnementen. Ten aanzien van deze diensten wordt gezegd dat de werkzaamheden die hieronder worden uitgevoerd, kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een (rechtsbijstands)verzekering. Hierbij kan gedacht worden aan abonnementen, waarbij de abonnee voor een vast bedrag per maand onbeperkt gebruik kan maken van bepaalde diensten, zoals het behartigen van de belangen van de abonnee bij schade, juridische conflicten of juridische diensten. Ten aanzien van de juridische dienstverlener wordt dit enkel niet als rechtsbijstandsverzekering gekwalificeerd wanneer de dienstverlening zeer beperkt is. Hierbij kan gedacht worden aan het in korte tijd beantwoorden van simpele vragen of het leveren van standaardmodellen (bijvoorbeeld template contracten). DNB noemt dit ook wel eerstelijnsdienstverlening. Door de juridische dienstverlening zodanig te beperken kan beargumenteerd worden dat het verzekeringskarakter ondergeschikt is aan het service-element van de dienstverlening.

Tot slot geeft DNB aan dat (juridische) diensten die tevens kwalificeren als bemiddelen in de zin van artikel 1:1 Wft, in beginsel niet worden aangemerkt als een rechtsbijstandsverzekering, voor zover geen uitgebreidere diensten worden verleend dan de bemiddelingsactiviteiten.

(iii) 'de garantieperiode of de duur van het abonnement is niet evident langer dan de levensduur die redelijkerwijs van het gekochte product mag worden verwacht.'

Ten aanzien van de verwachte levensduur heeft DNB opgemerkt dat gekeken dient te worden naar de levensduur van het product als geheel, en niet naar de levensduur van losse onderdelen. De verwachte levensduur is volgens DNB niet

noodzakelijk gelijk te stellen aan de periode waarin de koper een beroep kan doen op de conformiteitseis/wettelijke garantie van artikel 7:17 BW. De verwachte levensduur kan die periode overstijgen. De verwachte levensduur is volgens DNB in beginsel te omschrijven als de periode die eindigt op het tijdstip waarop de koper in het algemeen geacht wordt te besluiten tot vervanging van het product in kwestie (c.q. de economische levensduur).

Dit houdt dus in dat een aangeboden garantieproduct een langere duur kan hebben dan de wettelijke garantie van artikel 7:17 BW, maar dan toch niet als verzekeringsproduct hoeft te worden aangemerkt. Deze duur is wel beperkt, maar wordt pas geacht te zijn overschreden indien duidelijk sprake is van een voor het desbetreffende product ongebruikelijk lange periode.

Verder merken wij nog op dat het aanbieden van een garantie tegen betaling, welke feitelijk dezelfde dekking heeft als de wettelijke garantie, kan worden aangemerkt als een misleidende handelspraktijk zoals bedoeld in artikel 6:193c BW. Het verrichten van oneerlijke handelspraktijken is verboden op grond van artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming en kan leiden tot de oplegging van boetes of een last onder dwangsom door de ACM.

Aanbevelingen voor de praktijk

Met de publicatie van de Q&A Garanties en Q&A Abonnementen is DNB een nieuwe route ingeslagen. Het door DNB gepubliceerde beleid biedt marktpartijen de mogelijkheid om binnen de voorwaarden zoals geformuleerd door DNB bepaalde type producten en diensten aan te bieden die voorheen werden gekwalificeerd als (schade)verzekering. Het nieuwe beleid van DNB lijkt ook beter aan te sluiten bij de beoogde doelstelling van de wetgever, dat niet ieder product of dienst waarbij partijen contractueel een risicoverdeling overeenkomen en niet voorshands duidelijk is of en hoe dergelijke risico's zich materialiseren, dienen te worden gekwalificeerd als verzekering.

Niet gereguleerde partijen

Het nieuwe beleid van DNB biedt mogelijkheden voor partijen die niet beschikken over een verzekering- of bemiddelingsvergunning om garantieproducten of (service)abonnementen aan te bieden die bepaalde onzekerheden dekken. Wanneer overwogen wordt om een dergelijk product of dienst aan te bieden, verdient het aanbeveling om eerst goed te kijken naar kenmerken van het product of de dienst. Hierbij moeten de voorwaarden zoals geformuleerd door DNB goed in acht worden genomen. De aanbieder dient in het bijzonder aandacht te besteden aan de dekking onder de garantie of de dienstverlening onder het abonnement. De dekking en de dienstverlening mogen met betrekking tot schade enkel zien op schade welke is gelegen in de aard van het product. Tevens mag de looptijd van de garantie of het (service)abonnement niet evident langer zijn dan de economische levensduur van het product. Verder dient gekeken te worden hoe en door wie het product wordt aangeboden. Hoewel DNB heeft aangegeven dat de garantie of het (service)abonnement niet noodzakelijkerwijs gelijktijdig met het product moeten worden aangeboden, moet - met name bij garanties - wel gekeken worden of het product of de dienst kan worden aangemerkt als een uitvloeisel van de koopovereenkomst. Tot slot merken wij op dat de garantie of het (service)abonnement ook door een derde partij mag worden aangeboden, voor zover deze derde een rechtsverhouding heeft met de verkoper van het product.

Gereguleerde partijen

Voor gereguleerde partijen, zoals verzekeraars of bemiddelaars, geldt dat zij zich bewust moeten zijn van het feit dat de Q&A Garanties en Q&A Abonnementen meebrengen dat veel garantieproducten en (service)abonnementen nu ook door de verkoper van het product of zelfs een daarmee verbonden derde mogen worden aangeboden. Nu het aanbieden van deze garanties of diensten onder voorwaarden niet meer onderworpen is aan een vergunningplicht, zal het veelal de voorkeur van verkopers genieten om dergelijke producten of diensten zelf aan te bieden. Om ervoor te zorgen dat de verzekeringsproducten zich onderscheiden van de niet gereguleerde garanties of (service)abonnementen verdient het daarom aanbeveling om de verzekeringsproducten zodanig te structureren dat zij niet onder het

verruimde beleid van DNB vallen door bijvoorbeeld een uitgebreidere dekking te bieden. Daarbij merken wij tot slot op dat als een garantie of een abonnement wordt aangeboden door een gereguleerde verzekeraar, welke in beginsel geen andere activiteiten mag verrichten dan het verzekeringsbedrijf,¹² deze garantie of abonnement vermoedelijk wel zal worden aangemerkt als verzekering.

Noten

1. Zie

<https://fd.nl/ondernemen/1219871/dnb-haalt-stree-p-door-bovag-garantie-en>
<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-295.html>.

2. Zie Q&A Garanties

<https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237463.jsp> en
Q&A Abonnementen
<https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237807.jsp>.

3. Uittenbroek, J.P. en B.M. van Wijk (2018), 'Garantie: wel of geen verzekering? DNB: wel of geen nieuw beleid?', *TAV* 2018/2.

4. Zie

<https://fd.nl/ondernemen/1219871/dnb-haalt-stree>

p-door-bovag-garantie en

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-295.html>.

5. Zie ook artikelen 1:1 Wft en 7:944 jo. 7:925 BW.

6. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 6.

7. Zie de DNB factsheet, 'Garantie: wel of geen verzekering?' d.d. 17 juli 2017,
<http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-236049.jsp>.

8. Zie de DNB factsheet, 'Garantie: wel of geen verzekering?' d.d. 17 juli 2017,
<http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-236049.jsp>.

9. Zie Jonk-van Wijk, B.M. en N. de Boer (2012), 'Wanneer is er sprake van een 'verzekering'?', *TvFR* 2012/7/8, p. 249.

10. Zie Q&A Garanties:

<https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237463.jsp> en
Q&A Abonnementen:

<https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237807.jsp>.

11. Zie Feedback statement Q&A Abonnementen:
<https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237810.pdf>

en Feedback statement Q&A Garanties:

<https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237460.pdf>.

12. Zie artikel 3:36 Wft.

Premiewijzigingen per contractvervaldatum

Sanne Rutten, Roos Blom

In dit artikel worden de uitspraken over wijzigingen per contractvervaldatum van zowel de Geschillencommissie als de Commissie van Beroep onder de loep genomen.

Een onrustig leerstuk

Premiewijzigingen per contractvervaldatum, de praktijk van het Klachteninstituut financiële dienstverlening (hierna: het 'Kifid') wijst uit dat het leerstuk volop in beweging is. Onlangs heeft de Geschillencommissie weer een aantal uitspraken gewezen waarin zij ingaat op de eisen voor het wijzigen van de verzekeringsvoorwaarden per contractvervaldatum. De auteurs nemen u mee in dit leerstuk. Meer in het bijzonder wordt stilgestaan bij het wijzigen van de premie per contractvervaldatum. Eerst wordt stilgestaan bij het juridisch kader en de situatie tot aan de uitspraak van de Geschillencommissie van 7 november 2019. Daarna wordt uitgebreid ingegaan op de uitspraak van 7 november 2019 en enkele uitspraken van na die datum. We nemen ook de ruimte om stil te staan bij andere interessante kwesties die dit leerstuk raken. Tot slot geven we u enkele tips en tricks voor wanneer u met dit leerstuk te maken krijgt in uw eigen praktijk.

Het wettelijk kader

De vraag of een verzekeraar de verzekeringsovereenkomst mag wijzigen aan het einde van een contractperiode moet worden beantwoord aan de hand van artikel 7:940 lid 1 Burgerlijk Wetboek ('BW'). In dit artikel is bepaald dat tegen het einde van de verzekeringsperiode teneinde verlenging van de verzekeringsovereenkomst te verhinderen, een opzegtermijn van twee maanden in acht dient te

worden genomen. Hieruit volgt ook dat wanneer deze bevoegdheid niet wordt gebruikt, de verzekering voor eenzelfde periode wordt verlengd. Ingevolge de 'Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen particuliere schade- en inkomensverzekeringen' (hierna: de 'Gedragscode') van het Verbond van Verzekeraars,¹ dient de verzekeraar de verzekerde tijdig voor het verstrijken van de eerste contractstermijn in duidelijke en eenvoudige bewoordingen te informeren over de verlenging van de verzekeringsovereenkomst. Wanneer de wijziging minimaal één maand voor de verlengingsdatum door verzekeraar is aangekondigd, is voldaan aan de Gedragscode. De mogelijkheid om per contractvervaldatum een wijziging door te voeren moet niet worden verward met de mogelijkheid van verzekeraar om - mits dit bedongen is in de voorwaarden bij het sluiten van de verzekering - een wijziging door te voeren voor alle bij verzekeraar lopende verzekeringen, zie artikel 7:940 lid 4 BW.² Dit artikel regelt de mogelijkheid om de verzekering ten nadele van de verzekeringnemers of de tot uitkeringsgerechtigden te wijzigen.

Altijd in beweging

Hoe wordt in de praktijk omgegaan met artikel 7:940 lid 1 BW? De jurisprudentie van het Kifid op dit gebied is talrijk. Wij staan eerst stil bij de belangrijkste ontwikkelingen tot aan de uitspraak van 7 november 2019.³

Op 2 september 2016 heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat een verzekeraar zijn verzekeringsproducten per contractvervaldatum mag aanpassen als het gaat om aanpassingen van beperkte omvang en beperkt financieel belang. Ter illustratie werd aangegeven dat hiervan sprake is wanneer de

premieverhoging ten hoogstens 10 procent bedraagt. In de zaak die ter beoordeling lag, was de jaarpremie voor de inboedel- en opstalverzekering van € 374,55 verhoogd naar € 450,29; een stijging van 20,22 procent. De Geschillencommissie heeft toen geoordeeld dat een premiestijging van meer dan 10 procent een zodanig ingrijpende wijziging van de overeenkomst is, dat sprake is van een nieuwe overeenkomst welke tot stand dient te komen door aanbod en aanvaarding. Stilzwijgende verlenging is derhalve niet aan de orde. Nu de consument niet heeft gereageerd op het aanbod en de oude verzekering door geen van beide partijen is opgezegd, is de verzekering verlengd met één jaar onder dezelfde voorwaarden.⁴ Op diezelfde datum heeft de Geschillencommissie een soortgelijke uitspraak gedaan waar het een premiestijging van 173,4 procent betrof.⁵ De uitspraken hebben in de media veel stof doen opwaaien. Zowel bij consumentenprogramma's als Radar,⁶ maar ook bij de grote nieuwsbladen⁷ en vakbladen⁸ binnen de juridische wereld. Het Verbond van Verzekeraars twijfelde aan de juridische juistheid van de uitspraak en heeft met de betrokken verzekeraars overleg gevoerd over de mogelijkheid van hoger beroep. Uiteindelijk is door een verzekeraar besloten om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van de Geschillencommissie. Op 15 juni 2017 heeft de Commissie van Beroep uitspraak gedaan.⁹ De Commissie van Beroep overweegt:

'4.9 Tegenover de bevoegdheid van Verzekeraar om op de verlengingsdatum de premie en de voorwaarden te wijzigen staat dus enerzijds haar informatie- en motiveringsplicht en anderzijds de bevoegdheid van Belanghebbende om na het eerste verzekeringsjaar te allen tijde de verzekeringen te beëindigen. Daarmee zijn de wederzijdse rechten en verplichtingen voldoende in evenwicht. In dit stelsel is er geen goede reden om onderscheid te maken tussen meer of minder ingrijpende wijzigingen. In de eerste plaats bestaat aan de eis van uitdrukkelijke aanvaarding van wijzigingen geen behoefte, omdat Belanghebbende daaraan geen extra bescherming ontleent. Hij heeft immers alle gelegenheid om, nadat hij naar behoren is voorgelicht over de verlenging, de wijzigingen en de reden daarvan, op elk gewenst moment zijn instemming daaraan te onthouden door de verzekeringen te beëindigen. In de tweede plaats mist een dergelijk

onderscheid een heldere afbakening en leidt het dus tot rechtsonzekerheid en onvoorspelbaarheid. Ten slotte geldt dat, in het bijzondere geval dat een wijziging van de premie en voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, Verzekeraar de verzekerde geheel of gedeeltelijk niet aan de wijziging kan houden.'

De Commissie van Beroep oordeelt - anders dan de Geschillencommissie - dat een wijziging van de verzekeringsvoorwaarden, ongeacht of deze wijziging beperkt of ingrijpend is, per contractvervaldatum kan worden doorgevoerd mits een verzekeraar een consument tijdig en in duidelijke bewoording informeert over de verlenging, de wijzigingen en de redenen daarvoor. Daartegenover staat dat een consument op zijn beurt de mogelijkheid moet hebben om de wijziging niet te accepteren en de verzekering op te zeggen. De Commissie van Beroep sluit hiermee aan bij de *Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen*.¹⁰ De Commissie van Beroep merkt wel op dat in een bijzonder geval een wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, wat als gevolg kan hebben dat de wijziging niet rechtsgeldig is doorgevoerd. In welke gevallen hiervan sprake is, laat de Commissie van Beroep onbesproken. Met deze uitspraak is de zogenoemde 10 procent norm voor premiestijgingen komen te vervallen. Naar aanleiding van de uitspraak van de Commissie van Beroep heeft het Verbond van Verzekeraars een circulaire opgesteld waarin deze uitspraak wordt toegelicht en enkele tekstsuggesties worden gedaan die Verzekeraars in hun verzekeringsvoorwaarden kunnen opnemen.¹¹

Meer duidelijkheid in 2019

Ondanks de uitspraak van de Commissie van Beroep uit 2017 en de daarop gebaseerde circulaire van het Verbond van Verzekeraars, zijn over sommige aspecten van dit leerstuk onduidelijkheden blijven bestaan. Bij het Kifid bleven over deze materie klachten binnenkomen. Met de uitspraak van 7 november 2019¹² heeft de Geschillencommissie (nog) meer duidelijkheid gegeven over de invulling van de (premie)wijzigingsbevoegdheid per

contractvervaldatum. De Geschillencommissie moest in deze zaak de vraag beantwoorden of verzekeraar bevoegd was tot een eenzijdige aanpassing van de premie in de mate en op de wijze zoals verzekeraar per contractvervaldatum heeft gedaan. Consument was het niet eens met een stijging van de maandpremie van € 30,13 naar € 44,90. De Geschillencommissie heeft in deze zaak aanleiding gezien om het artikel uit de verzekeringsvoorwaarden waaraan verzekeraar zijn (premie)wijzigingsbevoegdheid ontleent, te toetsen aan de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: 'Richtlijn Oneerlijke Bedingen').¹³ In de verzekeringsvoorwaarden van verzekeraar was bepaald dat wanneer er een reden was aan te wijzen voor verzekeraar om de premie of de voorwaarden aan te passen, hem die bevoegdheid toekwam. Daarbij werden door verzekeraar enkele voorbeelden beschreven. Zo mocht de premie of de verzekeringsvoorwaarden worden aangepast per contractvervaldatum als er in een bepaald jaar veel schades waren. De conclusie van de Geschillencommissie is dat, onder verwijzing naar een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 16 juli 2019,¹⁴ geen sprake is van een oneerlijk beding. De Geschillencommissie heeft hierbij naar alle omstandigheden van het geval gekeken, waaronder of de voorgenomen premiewijziging zo spoedig mogelijk aan de consument kenbaar is gemaakt, of de consument de overeenkomst onmiddellijk kon opzeggen en of het voor hem daadwerkelijk mogelijk was (en is) om de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen en bij een andere aanbieder een overeenkomst te sluiten. De Geschillencommissie overweegt vervolgens dat in de desbetreffende voorwaarde voldoende inzicht is gegeven in de (premie)wijzigingsbevoegdheid.¹⁵ Verder is in de voorwaarden bepaald dat consument de verzekering te allen tijde kan beëindigen en ook is vast komen te staan dat consument de mogelijkheid had om elders een verzekering te sluiten. Alles tezamen genomen, bracht dit de Geschillencommissie tot het oordeel dat door deze voorwaarden het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen niet aanzienlijk ten nadele van consument was verstoord.¹⁶ Vervolgens toetst de Geschillencommissie op grond van artikel 7:940 lid 1 BW of verzekeraar de verzekeringsovereenkomst heeft mogen

wijzigen zoals hij dat heeft gedaan. Op grond van dit artikel en de Gedragscode dient een verzekeraar een verzekerde tijdig voor het verstrijken van de eerste contracttermijn in duidelijke en eenvoudige bewoordingen te informeren over de verlenging van de verzekeringsovereenkomst. Van tijdigheid is sprake als de voorgenomen wijziging per verlengingsdatum minimaal één maand voor de verlengingsdatum door verzekeraar wordt aangekondigd.¹⁷ Hieraan had Verzekeraar in dit geval voldaan.

Verzekeraar heeft zichzelf opgelegd via de verzekeringsvoorwaarden dat hij de voorwaarden alleen mag wijzigen als hij daarvoor een reden heeft. De Geschillencommissie heeft hierin aanleiding gezien om te bezien of verzekeraar een en ander aan consument heeft toegelicht. De Geschillencommissie vindt, gelet op hetgeen over en weer is gecorrespondeerd, van wel. Daarbij heeft de Geschillencommissie opgemerkt dat deze informatie- en motiveringsplicht niet zo ver rijkt dat een verzekeraar inzicht moet geven in de mate waarin elk genoemd aspect is meegewogen bij de vaststelling van een nieuwe premie. Tot slot oordeelt de Geschillencommissie, in lijn met hetgeen ook de Commissie van Beroep al eerder heeft bepaald, dat het niet aan het Kifid is om de redelijkheid te beoordelen van de premies waartegen de verzekeraars de risico's onder de verzekering wenst te verzekeren. Dit kan anders zijn in het bijzondere geval dat een wijziging van de premie en voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het enkele feit dat de premie met 50 procent is gestegen en de omstandigheid dat een andere verzekeraar een lagere premiestijging hanteert, is daartoe onvoldoende. De vordering van consument is door de Geschillencommissie afgewezen.

Nadien heeft de Geschillencommissie meerdere uitspraken gedaan met eenzelfde oordeel als de uitspraak van 7 november 2019, nr. 2019-894.¹⁸ In al deze zaken ging het om een gelijklopend (premie)wijzigingsbeding, waarbij het oordeel van de Geschillencommissie was dat geen sprake was van een oneerlijk beding. Dat het oordeel ook anders kan zijn, blijkt uit een uitspraak van 27 november 2019.¹⁹ De voorwaarde waar verzekeraar in deze zaak zijn (premie)wijzigingsbevoegdheid op had gebaseerd luidde als volgt: *'7. Wanneer kunt u de verzekering opzeggen? U kunt de verzekering*

dagelijks opzeggen. (...) 10. Wanneer mogen wij uw premie en de voorwaarden veranderen? Wij mogen alleen iets veranderen dat voor iedere verzekerde met dezelfde verzekering geldt. Wij laten het op tijd aan u weten als er iets verandert. De verandering gaat dan per direct in of op een datum die wij noemen. (...). Nadat de Geschillencommissie nadere vragen aan verzekeraar had gesteld, zag verzekeraar in dat deze voorwaarde onduidelijk zou kunnen zijn geweest voor consumenten. Verzekeraar is consument toen tegemoetgekomen in zijn vordering.

Overige interessante aspecten

Ondanks dat de uitspraak van de Geschillencommissie van 7 november 2019²⁰ al een interessante is, is er nog een aantal andere interessante open eindjes die wellicht in de toekomst bij de Geschillencommissie ter beoordeling komt of recentelijk is beslecht. Een eerste interessante situatie ontstaat wanneer een verzekeraar er voor kiest de consument geheel in zijn vordering tegemoet te komen. In de praktijk komt het bij de zogenoemde 'premiestijgingszaken' regelmatig voor dat de verzekeraar aanbiedt de oude premie met een jaar te continueren, maar dat een consument toch een uitspraak van de Geschillencommissie wenst. In de hiervoor vermelde uitspraak heeft de Geschillencommissie in een dergelijke situatie geoordeeld dat - uiteraard afhankelijk van de exacte vordering van de consument - de consument dan geen belang meer heeft bij een inhoudelijke beoordeling en de klacht afgewezen.²¹

Een andere vraag die in de uitspraak met nummer 2019-894 niet is beantwoord, is de vraag wanneer sprake is van een nieuwe overeenkomst, waardoor de regels van aanbod en aanvaarding gelden en dus geen sprake kan zijn van een stilzwijgende verlenging. Hierover heeft de Geschillencommissie in 2017 een uitspraak gedaan.²² Uit deze uitspraak volgt dat sprake is van een nieuwe verzekeringsovereenkomst indien het object van de verzekeringsovereenkomst wijzigt en de verzekering voortaan betrekking heeft op het nieuwe object (in dit geval betrof het een auto met andere kenmerken dan de 'vorige' auto).²³

Verder is nog ongewis wanneer sprake is van

bijzondere omstandigheden die maken dat de doorgevoerde premiewijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Geschillencommissie heeft in meerdere premiestijgingszaken in ieder geval wel geoordeeld dat de enkele stijging van de premie met een percentage van 95 procent of meer niet automatisch betekent dat daarmee de premiewijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁴ Dit is in lijn met de uitspraak van de Commissie van Beroep 15 juni 2017, want er mag geen onderscheid gemaakt worden tussen meer en minder ingrijpende wijzigingen als de mogelijkheid bestaat om de verzekeringsovereenkomst dagelijks op te zeggen.

Tot slot vinden wij nog interessant de situatie dat vast is komen te staan dat verzekeraar niet bevoegd was de wijziging door te voeren. Bijvoorbeeld omdat hij de wijziging niet tijdig heeft kenbaar gemaakt aan consument dan wel geen enkele motivering over de reden van wijziging heeft gegeven. De vraag die dan opkomt, is wat de gevolgen hiervan zijn. Wij denken dat het antwoord hierop zal zijn dat de verzekeringsovereenkomst onder de oude voorwaarden moet worden voortgezet.

Aanbevelingen voor de praktijk

Wanneer u te maken krijgt met een zaak waarbij de verzekeraar eenzijdig een premiewijziging per contractvervaldatum heeft doorgevoerd, spelen de volgende aspecten:

- Waarop heeft verzekeraar zijn wijzigingsbevoegdheid gebaseerd?
- Er van bewust zijn dat aan de Richtlijn Oneerlijke Bedingen getoetst dient te worden.
- Is dit beding te kwalificeren als een oneerlijk beding?
- Heeft verzekeraar voldaan aan artikel 7:940 lid 1 BW?
- Meer in het bijzonder; heeft verzekeraar tijdig de wijziging bij consument bekend gemaakt? En heeft verzekeraar de reden van wijziging enigszins gemotiveerd?
- Zijn er bijzondere omstandigheden die de (premie)wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken?

Noten

1. Verbond van Verzekeraars, 'Gedragscode Geïnformeerde verlenging en contractstermijnen particuliere schadeverzekeringen', 1 januari 2019. Deze gedragscode is opgesteld in het kader van zelfregulering binnen de verzekeringsbranche en geldt voor alle bij het Verbond van Verzekeraars aangesloten leden. Voor leden aangesloten bij het Verbond van Verzekeraar die zich bezighouden met zakelijke schade- en inkomensverzekeringen geldt een aparte gedragscode, te weten: de Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen zakelijke schade- en inkomensverzekeringen.
2. Hendrikse, M.L. e.a. (2019), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk Verzekeringsrecht), Deventer: Wolters Kluwer, p. 407 e.v.
3. GC 27 november 2019, nr. 2019-974.
4. GC 2 september 2016, nr. 2016-401.
5. GC 2 september 2016, nr. 2016-448.
6. 'Forse premiestijging autoverzekering', *Radar* 14 november 2016.
7. D. Mebius, 'Verzekeraar mag premie niet al te veel verhogen', *De Volkskrant* 7 oktober 2016 en H.de Zeeuw, 'Verzekeraar mag polis maximaal 10 procent verhogen' *NRC* 7 oktober 2016.
8. G.T. Baak en M. de Vries, 'Het doolhof der premiestijgingen: the way out?', *AV&S* 2017/4.
9. CvB 15 juni 2017, nr. 2017-021.
10. Verbond van Verzekeraars, 'Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen particuliere schadeverzekeringen', 1 januari 2010.
11. 'Tekstsuggesties van het Verbond naar aanleiding van de 10 procent uitspraken van het Kifid', *nysingh.nl*, 21 februari 2018.
12. GC 7 november 2019, nr. 2019-894.
13. Uit de uitspraak van de Geschillencommissie blijkt dat rechtstreeks wordt getoetst aan de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Hieruit volgt,

- ondanks dat het niet expliciet door de Geschillencommissie wordt benoemd, dat het wijzigingsbeding kan worden gekwalificeerd als het een algemene voorwaarde betreft. Dit wordt onderstreept door de verwijzing die door de Geschillencommissie is gedaan naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5877. In dat arrest werd een wijzigingsbeding ook gekwalificeerd als een algemene voorwaarde.
14. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5877.
 15. Vgl. GC 7 november 2019, nr. 2019-894, r.o. 4.5.
 16. In een arrest van de Hoge Raad van 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 en een uitspraak van de Commissie van Beroep van 5 februari 2020, nr. CvB 2019-005B, wordt het wijzigingsbeding ook gezien als een algemene voorwaarde. In beide zaken is tevens geoordeeld dat het wijzigingsbeding niet als een oneerlijk beding kan worden beschouwd.
 17. De Geschillencommissie heeft hierbij aansluiting gezocht bij de circulaire van het Verbond van Verzekeraars van 29 november 2017, Verbond van Verzekeraars, circulaire MSS-2017-29.
 18. GC 19 december 2019, nr. 2019-061. GC 19 december 2019, nr. 2019-1056, GC 18 december 2019, nr. 2019-053 en GC 14 november 2019, nr. 2019-911.
 19. GC 27 november 2019, nr. 2019-974.
 20. GC 7 november 2019, nr. 2019-894.
 21. GC 27 november 2019, nr. 2019-974. Zie in diezelfde zin GC 4 december 2019, nr. 2019-1000.
 22. GC 15 november 2017, nr. 2017-760.
 23. Andere zaken van de Geschillencommissie waarin deze kwestie speelt zijn bij de auteurs niet bekend.
 24. GC 19 december 2019, nr. 2019-061 en GC 19 december 2019, nr. 2019-1056.

De invloed van ex post getroffen maatregelen op het aansprakelijkheidsoordeel

Femke Uijen

Als het kalf verdronken is, dempt men de put. Het komt regelmatig voor dat een aansprakelijkgestelde werkgever of wegbeheerder na een ongeval maatregelen treft om de situatie veiliger te maken. Deze ex post getroffen maatregelen kunnen van invloed zijn op het aansprakelijkheidsoordeel van de rechter. Momenteel bestaat er in de wet of rechtspraak geen duidelijk antwoord op de vraag of dergelijke maatregelen moeten worden meegewogen bij het nemen van de aansprakelijkheidsbeslissing. In dit artikel onderzoek ik hoe rechters door wegbeheerders en werkgevers ex post getroffen maatregelen beoordelen en op welke wijze de daarmee verband houdende rechtsonzekerheid kan worden voorkomen.

Juridisch kader

Allereerst zal ik ingaan op het wettelijk kader ter zake werkgeversaansprakelijkheid en wegbeheerdersaansprakelijkheid. Een werknemer die schade oploopt in de uitoefening van zijn werkzaamheden kan zijn werkgever aansprakelijk stellen op grond van artikel 7:658 BW. Deze bepaling ziet op een schuldaansprakelijkheid. Op grond van artikel 7:658 lid 1 BW rust op de werkgever een zorgplicht. Op grond van deze zorgplicht dient de werkgever maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt op het werk. Artikel 7:658 lid 1 BW beoogt geen absolute waarborg te scheppen, maar de zorgplicht heeft wel een ruime strekking. De zorgplicht is in feite een tweetrapsraket: allereerst dient de werkgever gevaarlijke situaties te voorkomen en pas secundair komen de waarschuwingsplicht en instructieplicht van de werkgever aan de orde.

Een wegbeheerder kan op grond van artikel 6:162

BW en 6:174 BW aansprakelijk worden gesteld voor een gebrek aan de weg. Artikel 6:174 BW wordt bij wegbeheerdersaansprakelijkheid het meest toegepast. Dit artikel betreft een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen. Een verharde weg kan worden aangemerkt als een opstal. Een wegbeheerder, vaak een overheidslichaam, is degene die belast is met het beheer van de weg. Een weg kan als gebrekkig worden aangemerkt wanneer deze niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.

Het Kelderluik-arrest

In het *Kelderluik*-arrest heeft de Hoge Raad vier gezichtspunten geformuleerd die van belang zijn bij de beoordeling of sprake is van een onrechtmatige gevaarzettende situatie.¹ De Hoge Raad noemde de volgende maatstaven: de mate van waarschijnlijkheid dat iemand niet steeds de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht zal nemen, de hoegrootheid van de kans op ongevallen, de ernst van de mogelijke gevolgen van een ongeval en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. De vier gezichtspunten zijn niet limitatief, maar in het algemeen wordt aangenomen dat de vier gezichtspunten even belangrijk zijn.² Geen van de gezichtspunten is op zichzelf van doorslaggevende invloed op het aansprakelijkheidsoordeel.³ Zo kan een situatie waarin er slechts een kleine kans op ongevallen was alsnog onrechtmatig zijn, namelijk wanneer het nemen van veiligheidsmaatregelen niet bezwaarlijk was of wanneer de schade zeer ernstig is. De heersende opvatting is dan ook dat de *Kelderluik*-gezichtspunten in onderling

verband dienen te worden beschouwd en tegen elkaar moeten worden afgewogen bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.

Ondanks dat deze gezichtspunten in het kader van artikel 6:162 BW in het leven zijn geroepen, zijn de gezichtspunten in de loop der tijd ook toegepast op andere aansprakelijkheden. Bij werkgeversaansprakelijkheid zijn de criteria uit het *Kelderluik*-arrest van belang bij het antwoord op de vraag of de zorgplicht door de werkgever is geschonden.⁴ Bij wegbeheerdersaansprakelijkheid spelen de gezichtspunten een rol bij de invulling van het gebreks criterium.⁵ Voor een overheidslichaam als wegbeheerder komt tevens betekenis toe aan de bestaande beleidsvrijheid en de aan het overheidslichaam ter beschikking staande financiële middelen. Ex post getroffen maatregelen kunnen van belang zijn bij het vierde *Kelderluik*-gezichtspunt. Wanneer na een ongeval door de aansprakelijk gestelde partij aanvullende maatregelen worden getroffen, zou dit iets kunnen zeggen over de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van veiligheidsmaatregelen voorafgaand aan het ongeval, oftewel het vierde *Kelderluik*-gezichtspunt.

Jurisprudentie inzake werkgeversaansprakelijkheid

In 1978 heeft de Hoge Raad zich expliciet uitgelaten over de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel. In het arrest *Messaoudi/Hoehst* ging het om een werknemer die het slachtoffer is geworden van een bedrijfsongeval.⁶ Hij kwam tijdens de bediening met zijn hand vast te zitten tussen twee automatische en sneldraaiende rollen van de machine. Na het ongeval heeft de werkgever een ijzeren beveiligingsstrip aangebracht tussen de twee draaiende rollen van de machine. Eiser voert aan dat uit het feit dat na het ongeval door verweerster maatregelen zijn getroffen, voortvloeit dat de werkgever zijn verplichtingen uit artikel 7A:1638x BW (oud) heeft geschonden. Allereerst volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad dat de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest van belang zijn bij het antwoord op de vraag wat van een werkgever kan worden verwacht. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat wanneer vast komt te staan dat ten tijde van het

ongeval bepaalde maatregelen mogelijk waren waardoor het ongeval zou zijn voorkomen, onderzocht moet worden waarom het aanbrenge van deze maatregelen niet voor het ongeval van de werkgever kon worden gevegd. Uit dit arrest volgt dat gedragingen van de aansprakelijkgestelde partij van ná het ongeval van invloed kunnen zijn bij het beantwoorden van de vraag of de werkgever zijn zorgplicht heeft verzaakt voordat het ongeval plaatsvond. Kortom blijkt uit dit arrest dat gedragingen ex post een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.

In het arrest *Bayar/Wijnen* heeft de Hoge Raad zich wederom uitdrukkelijk uitgelaten over de betekenis die kan toekomen aan maatregelen die na het ongeval door de laedens zijn getroffen.⁷ In deze zaak ging het om een werknemer die met zijn hand in een machine klem kwam te zitten toen hij handmatig probeerde een storing te verhelpen. De werknemer stelt zijn werkgever aansprakelijk op grond van artikel 7:658 BW. Na het ongeval heeft de werkgever een extra beveiligingsstrip aangebracht op de richel, zodat deze voortaan volledig was afgedicht. De Hoge Raad overweegt dat van de werkgever moet worden verwacht dat hij onderzoekt of een veiligere werking van de machine mogelijk is of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn. Dat na een ongeval maatregelen worden getroffen, geeft dan ook aanleiding tot het verrichten van onderzoek naar de vraag waarom het treffen van veiligheidsmaatregelen niet voor het ongeval kon worden gevegd van de werkgever. Hierbij is tevens van belang in hoeverre het treffen van voorzorgsmaatregelen voor de hand lag voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt.

Uit de hiervoor genoemde arresten volgt dat veiligheidsmaatregelen die na het ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen van invloed kunnen zijn bij het antwoord op de vraag of een werkgever ex artikel 7:658 BW aansprakelijk is. Dergelijke maatregelen worden door de Hoge Raad ingepast in de criteria die voortvloeien uit het *Kelderluik*-arrest. Vervolgens dient een afweging gemaakt te worden tussen de verschillende criteria. Het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen, betekent dus niet dat dergelijke maatregelen ook voorafgaand aan het ongeval van de werkgever konden worden

gevergd. Het enkele feit dat een werkgever na het ongeval veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, hoeft dus niet direct te leiden tot aansprakelijkheid.

In de lagere rechtspraak wordt bij het aansprakelijkheidsoordeel door rechters niet consequent een bepaalde maatstaf gehanteerd ten aanzien van maatregelen die na het ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen. Een aantal lagere gerechten leidt uit het feit dat de aansprakelijkgestelde partij na het ongeval maatregelen heeft getroffen om de situatie veiliger te maken af dat dergelijke maatregelen ook voor het ongeval al genomen hadden kunnen en moeten worden.⁸ Deze maatstaf komt niet overeen met de gedachtegang van de Hoge Raad. De Hoge Raad geeft juist aan dat dergelijke maatregelen wel van belang kunnen zijn, maar dat onderzocht moet worden of dergelijke maatregelen voorafgaand aan het ongeval van de werkgever konden worden geleverd en of het treffen van voorzorgsmaatregelen voor de hand lag voor de werkgever.⁹ Daarnaast zijn er vonnissen waarin enkel wordt geoordeeld dat gedragingen ex post van belang kunnen zijn bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag, maar waarin onduidelijkheid bestaat over enerzijds de precieze invloed van dergelijke maatregelen op het aansprakelijkheidsoordeel en anderzijds hoe deze maatregelen zich tot de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest verhouden.¹⁰ Ook zijn er enkele uitspraken waarin slechts wordt overwogen dat het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen door de aansprakelijkgestelde partij, niet leidt tot de conclusie dat de aansprakelijkgestelde partij voorafgaand aan het ongeval niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Deze gedachte is op zichzelf niet onjuist, maar op grond van de maatstaf van de Hoge Raad moet getoetst worden of dergelijke maatregelen ook voor het ongeval al van de werkgever geleverd hadden kunnen worden. Deze toetsing wordt door de lagere gerechten nagelaten, althans wordt er in de vonnissen geen blijk van gegeven dat deze toetsing heeft plaatsgevonden.¹¹ Tot slot zijn er enkele lagere gerechten die, gezien de uitspraken van de Hoge Raad, de juiste maatstaf hanteren ten aanzien van gedragingen ex post. In deze uitspraken wordt onderzocht of de maatregelen die na het ongeval zijn getroffen ook voorafgaand aan het ongeval al van de aansprakelijkgestelde

werkgever geleverd konden worden. Dergelijke maatregelen worden ingepast in de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest en vervolgens wordt een beslissing genomen waarin alle relevante omstandigheden van het geval worden meegewogen.¹²

Jurisprudentie inzake wegbeheerdersaansprakelijkheid

In het arrest *Foekens/Naim* heeft de Hoge Raad zich in het kader van artikel 6:174 BW expliciet uitgelaten over de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel.¹³ In deze zaak ging het om een aantal werknemers die in een loods asbestverwijderingswerkzaamheden aan treinstellen verrichtte voor hun werkgever. Tijdens het autogeen snijden is in de loods brand uitgebroken. De werknemer heeft zijn werkgever op grond van artikel 6:174 BW in verbinding met artikel 6:181 BW aansprakelijk gesteld voor zijn schade. De werknemer verwijt zijn werkgever dat de loods bekleed was met brandbaar isolatiemateriaal waardoor de loods een gevaar opleverde voor personen. Bij de herbouw van de loods is vervolgens niet brandbaar isolatiemateriaal gebruikt. Het hof heeft overwogen dat de loods niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen wegens het daarin aangebrachte brandbare isolatiemateriaal. Aan deze overweging legt het hof ten grondslag dat in de loods brandgevaarlijke werkzaamheden plaatsvonden en ander, minder brandbaar isolatiemateriaal had kunnen worden gebruikt. De Hoge Raad beslist dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste opvatting. Het hof heeft juist geoordeeld door te stellen dat uit het herbouwen van de loods met onbrandbaar isolatiemateriaal mag worden afgeleid dat voor de brand in ieder geval minder brandbaar isolatiemateriaal in de loods had kunnen worden gebruikt. Uit dit arrest volgt dat uit maatregelen die door de aansprakelijkgestelde partij na een ongeval zijn getroffen, kan worden afgeleid dat de situatie voorafgaande aan het ongeval onveilig was. Het is aan de bezitter van de opstal of aan degene die de opstal gebruikt in de uitoefening van zijn bedrijf om aan te voeren dat dergelijke maatregelen voorafgaand aan het ongeval niet mogelijk waren, althans niet geleverd konden worden op basis van

de kennis van dat moment. Alhoewel dit arrest niet ging over een wegbeheerder, stond in dit arrest wel artikel 6:174 BW centraal.

In 2006 heeft de Hoge Raad zich wel specifiek in het kader van wegbeheerdersaansprakelijkheid uitgelaten over de invloed van maatregelen die na het ongeval zijn genomen door de laedens.¹⁴ Het ging in deze zaak over een motorrijder die op 2 november 1996 het slachtoffer werd van een ernstig ongeval. De motorrijder werd van zijn motor geslingerd nadat hij een vluchtheuvel raakte op een voor openbaar verkeer openstaande weg binnen de bebouwde kom. Deze weg wordt ook wel aangeduid als het tunneltracé. Al in maart 1996 besloot de gemeente de weginrichting van het tunneltracé te wijzigen ten behoeve van de verkeersveiligheid. Met de uitvoering daarvan is de gemeente uiteindelijk op 5 november 1996, slechts drie dagen na het ongeval, begonnen. Het slachtoffer stelt de gemeente als wegbeheerder primair op grond van artikel 6:162 BW en subsidiair op grond van artikel 6:174 BW aansprakelijk. Het hof heeft overwogen dat van de gemeente wordt verlangd dat zij bij de constatering van een gevaarlijke verkeerssituatie deze zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is, zal verbeteren. De gemeente mag hierbij rekening houden met de haar ter beschikking staande middelen en de mate van prioriteit van de gevaarlijke verkeerssituatie ten opzichte van andere gevaarlijke situaties. Dat de gemeente korte tijd na het ongeval de opdracht heeft gegeven aan het stadsdeelbestuur om het tunneltracé te verbeteren, rechtvaardigt niet de conclusie dat de gemeente onvoldoende voortvarend is opgetreden. De Hoge Raad beslist dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Uit dit arrest volgt dat van een overheidslichaam als wegbeheerder juist wordt verlangd dat een gevaarlijke verkeerssituatie wordt verbeterd. Wanneer de wegbeheerder na een ongeval dus maatregelen treft om in de toekomst ongevallen te voorkomen, betekent dit niet per definitie dat hij aansprakelijk is voor het ongeval. Uit dit arrest komt duidelijk naar voren dat een overheidslichaam als wegbeheerder rekening mag houden met de haar ter beschikking staande middelen en dat zij beleidsvrijheid heeft ten aanzien van de mate van prioriteit van de ene gevaarlijke situatie ten opzichte van andere gevaarlijke situaties. Gezien de arresten van de Hoge Raad is het dus van

belang of er sprake is van een overheidslichaam. Een overheidslichaam komt immers beleidsvrijheid toe. Bij wegbeheerdersaansprakelijkheid gaat het doorgaans inderdaad om een overheidslichaam. Wanneer het niet gaat om een overheidslichaam, is het volgens de Hoge Raad aan de bezitter van de opstal om aan te voeren dat de getroffen maatregelen voorafgaand aan het ongeval niet van hem konden worden geveerd. Nu in dit artikel de aansprakelijkheid van wegbeheerders centraal staat, wordt onderzocht of in de lagere rechtspraak aansluiting wordt gezocht bij de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf ten aanzien van wegbeheerders.

Bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag wordt er in de lagere rechtspraak geen eenduidige maatstaf gehanteerd ten aanzien van de invloed van gedragingen ex post. Een aantal lagere gerechten weegt eerst de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest tegen elkaar af. Vervolgens beoordelen deze rechters of de maatregelen die na het ongeval door de wegbeheerder zijn getroffen leiden tot een andere conclusie.¹⁵ Deze maatstaf sluit niet aan bij de beslissing van de Hoge Raad van 9 juni 2006. In dit arrest is de Hoge Raad namelijk stilliger. De Hoge Raad oordeelde immers dat het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen niet de conclusie rechtvaardigt dat de wegbeheerder onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁶ Een aantal lagere rechters hanteert een soortgelijke maatstaf als de Hoge Raad in zijn arrest van 2006 ten aanzien van gedragingen ex post. In deze uitspraken wordt geoordeeld dat uit het enkele feit dat de wegbeheerder na het ongeval maatregelen heeft getroffen, niet kan worden afgeleid dat de situatie ter plekke onveilig was en derhalve niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.¹⁷ Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt dat het plaatsen en verwijderen van wegwitruiting in beginsel tot de normale beleidsvrijheid van de gemeente als wegbeheerder behoort. Het treffen van veiligheidsmaatregelen na een ongeval behoort tevens tot deze beleidsvrijheid.¹⁸ Ook deze gedachtegang sluit aan bij de maatstaf van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft immers overwogen dat een overheidslichaam als wegbeheerder rekening mag houden met de middelen die hem ter beschikking staan. Ook mag

het overheidslichaam als wegbeheerder zelf de mate van prioriteit bepalen ten opzichte van andere gevaarlijke situaties. Uit deze bewoordingen van de Hoge Raad volgt dat er sprake is van een bepaalde mate van beleidsvrijheid.¹⁹ Tot slot heeft de Rechtbank Haarlem zich op het standpunt gesteld dat een redelijk handelende wegbeheerder juist maatregelen zal treffen om herhaling van een ongeval te voorkomen. Wanneer een wegbeheerder dan ook maatregelen neemt om de situatie veiliger te maken voor de toekomst, mag hieruit geen aansprakelijkheid worden afgeleid.²⁰ Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat juist van een wegbeheerder verlangd wordt dat hij een gevaarlijke verkeerssituatie zal verbeteren door veiligheidsmaatregelen te treffen.²¹

Vergelijking werkgeversaansprakelijkheid en wegbeheerdersaansprakelijkheid
Uit voorgaand jurisprudentieonderzoek blijkt dat rechters momenteel grotendeels zelf bepalen hoe zij gedragingen ex post meewegen in hun aansprakelijkheidsoordeel. Ondanks dat de Hoge Raad bij zowel werkgeversaansprakelijkheid als bij wegbeheerdersaansprakelijkheid heeft beslist dat uit het enkele feit dat een aansprakelijkgestelde partij na het ongeval veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, niet direct aansprakelijkheid hoeft te worden aangenomen, lijkt er wel sprake te zijn van een verschil in de te hanteren maatstaf. Zo hoeft er bij wegbeheerdersaansprakelijkheid niet direct te worden onderzocht of het treffen van veiligheidsmaatregelen voorafgaand aan het ongeval van de aansprakelijkgestelde wegbeheerder kon worden gevergd. Ook is bij wegbeheerdersaansprakelijkheid in mindere mate van belang in hoeverre het treffen van voorzorgsmaatregelen voor de hand lag voor de wegbeheerder. De maatstaven die gezien de uitspraken van de Hoge Raad gehanteerd dienen te worden, lijken dus wel te verschillen. Dit verschil kan mogelijk worden verklaard doordat er bij een overheidslichaam als wegbeheerder betekenis toekomt aan de bestaande beleidsvrijheid en de aan het overheidslichaam ter beschikking staande financiële middelen. Wat tevens opvalt is dat gedragingen ex post van wegbeheerders zelden tot aansprakelijkheid leiden, terwijl zulke gedragingen van werkgevers juist wel tot aansprakelijkheid lijken te leiden. De verklaring hiervoor zou kunnen liggen in de

stellige maatstaf die door de meeste rechters wordt gehanteerd ten aanzien van gedragingen ex post bij wegbeheerdersaansprakelijkheid. Al met al leidt de bestaande huidige situatie tot rechtsonzekerheid. Dit komt doordat rechters verschillende maatstaven hanteren ten aanzien van de invloed van gedragingen ex post.

Voordelen van het meewegen van gedragingen ex post

Naar mijn mening is een van de voordelen van het meewegen van gedragingen ex post gelegen in het zoveel mogelijk voorkomen van onveilige situaties. Wanneer er een ongeval plaatsvindt, zal de laedens de onveilige situatie hoogstwaarschijnlijk aanpassen om soortgelijke ongevallen in de toekomst te vermijden. De aansprakelijkgestelde partij wil immers meer ongevallen en mogelijke daaropvolgende claims voorkomen. Wanneer een laedens echter wetenschap heeft van het feit dat maatregelen die na het ongeval zijn getroffen kunnen leiden tot aansprakelijkheid, zal hij juist op voorhand maatregelen treffen om de situatie veiliger te maken. Voorkomen is immers beter dan genezen. Daar komt bij dat het in het eigen belang van de laedens is om voorafgaand aan een ongeval veiligheidsmaatregelen te treffen die mogelijk en niet-bezwaarlijk zijn. Het treffen van dergelijke maatregelen kan er immers in bepaalde gevallen toe leiden dat aan aansprakelijkheid wordt ontkomen.

Een tweede voordeel ziet op het vertrouwen van de gelaedeerde in de rechtspraak. Regelmatig wordt er door het slachtoffer van een ongeval expliciet aangevoerd dat de aansprakelijkgestelde partij na het ongeval maatregelen heeft getroffen of de situatie heeft gewijzigd waardoor de situatie veiliger is geworden.²² Slachtoffers stellen zich vervolgens op het standpunt dat dergelijke maatregelen ook voorafgaand aan het ongeval al genomen hadden kunnen worden. Dat de laedens deze maatregelen niet eerder heeft genomen, neemt de gelaedeerde hem kwalijk. Wanneer de rechter gedragingen ex post bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag meeweegt, zal dit een positief effect kunnen hebben op het rechtsgevoel van de gelaedeerde. Dit zal er vervolgens toe kunnen leiden dat de gelaedeerde

meer vertrouwen heeft in de rechtspraak.

Het derde en belangrijkste voordeel van het meewegen van gedragingen ex post is dat deze gedragingen een belangrijk bewijsmiddel voor de gelaedeerde kunnen zijn. Wanneer een aansprakelijkgestelde partij namelijk na het ongeval bepaalde maatregelen neemt, zou dit iets kunnen zeggen over de bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen voorafgaand aan het ongeval. Deze gedragingen vormen dan ook een bewijsmiddel voor de gelaedeerde ten aanzien van de stelling dat voorafgaand aan het ongeval het nemen van veiligheidsmaatregelen niet bezwaarlijk was. Wanneer gedragingen ex post niet mogen worden meegewogen door de rechter bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag, wordt een belangrijk bewijsmiddel van de gelaedeerde weggenomen. Op grond van artikel 6 EVRM heeft iedereen recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen.²³ Artikel 6 EVRM kent onder andere het principe van 'equality of arms'. Dit beginsel brengt met zich dat partijen in een civiele procedure gelijke kansen dienen te hebben en de gelegenheid moeten krijgen om hun standpunten, inclusief het bewijs, te presenteren, te onderbouwen en te verdedigen. De ene partij mag dan ook niet in een slechtere positie komen te verkeren dan de andere partij.²⁴ Het niet meewegen van bepaalde bewijsmiddelen zonder gegronde reden kan derhalve in strijd zijn met artikel 6 EVRM.²⁵ Daar komt bij dat artikel 152 lid 1 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd. Het geheel niet mogen meewegen van gedragingen ex post als bewijsmiddel staat dan ook op gespannen voet met deze bepaling. Wel bepaalt artikel 152 lid 2 Rv dat de waardering van het bewijs is overgelaten aan het oordeel van de rechter. De rechter is in beginsel dus vrij om te beslissen dat de ex post genomen maatregelen niet relevant, althans niet doorslaggevend, zijn voor het uiteindelijke aansprakelijkheidsoordeel. Het niet meewegen van na het ongeval getroffen maatregelen levert dan ook niet telkens een schending op van artikel 6 EVRM of artikel 152 Rv. Dat neemt echter niet weg dat dergelijke maatregelen een belangrijk bewijsmiddel vormen voor de gelaedeerde.²⁶

Ten vierde wordt er door het meewegen van

gedragingen ex post rekening gehouden met psychologische factoren. Wistrich, Guthrie en Racklinski hebben in Amerika psychologisch onderzoek gedaan naar de mogelijkheid om bepaalde informatie niet mee te wegen bij het nemen van een beslissing. Uit dit onderzoek blijkt dat het onderdrukken van bepaalde gedachten en/of informatie juist een averechts effect kan hebben.²⁷ Wanneer een rechter bepaalde informatie dient te negeren, is het derhalve mogelijk dat aan deze informatie juist meer gewicht toe wordt gekend bij de uiteindelijke beslissing. Het verbieden van het meewegen van gedragingen ex post bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag kan juist leiden tot een averechts effect. Het mogelijke gevolg is namelijk dat rechters bij een verbod juist meer gewicht toekennen aan de ex post getroffen maatregelen dan wanneer deze gedragingen binnen de Kelderluik-factoren worden ingepast en afgewogen.

Nadelen

In de literatuur wordt het meewegen van ex post getroffen maatregelen bij het aansprakelijkheidsoordeel om verschillende redenen bekritiseerd. Critici wijzen op de nadelen van het meewegen van dergelijke maatregelen. Allereerst is Bosschaart van mening dat afbreuk wordt gedaan aan de onderlinge samenhang tussen de Kelderluik-gezichtspunten wanneer het feit dat na het ongeval door de aansprakelijkgestelde partij maatregelen zijn getroffen, (bijna) direct leidt tot het aannemen van aansprakelijkheid. Geen van de gezichtspunten hoort op zichzelf van doorslaggevende invloed te zijn bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. De Kelderluik-criteria dienen in onderling verband beschouwd te worden en moeten tegen elkaar worden afgewogen bij het nemen van een beslissing. Deze onderlinge samenhang moet niet uit het oog worden verloren.²⁸

Ten tweede kunnen ex post getroffen maatregelen aanleiding geven tot de gedachte 'indien blijkt dat het achteraf anders kan, dan had dat ook van tevoren gekund'. Deze gedachtegang is echter niet altijd juist. Wanneer dergelijke maatregelen worden meegewogen bij het beantwoorden van de

aansprakelijkheidsvraag bestaat het risico van hindsight bias. In essentie gaat de hindsight bias om het feit dat het zeer moeilijk is om je te verplaatsen in een bepaalde situatie wanneer je inmiddels al wetenschap hebt over het uiteindelijke verloop. Na een ongeval is het vaak gemakkelijk om aan te geven hoe het ongeval voorkomen had kunnen worden door preventieve maatregelen te nemen. Het ligt dan voor de hand om te stellen dat het nalaten van het treffen van die veiligheidsmaatregelen voorafgaand aan het ongeval onzorgvuldig was. Dit is echter slechts wijsheid achteraf. Daar komt bij dat een ex post aansprakelijkheidsoordeel onder andere de vraag behelst of de aansprakelijkgestelde partij in een bepaalde situatie voorafgaande aan een ongeval maatregelen had moeten nemen om de situatie veiliger te maken. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de in de desbetreffende periode geldende normen en de toen geldende maatschappelijke opvattingen.²⁹ Hierbij spelen tevens de kennis en het inzicht zoals die van de aansprakelijkgestelde partij vóór het ongeval verwacht mochten worden een rol. Het feit dat na een ongeval de situatie veiliger is geworden, betekent dan ook niet per definitie dat de situatie ten tijde van het ongeval onveilig was.³⁰ Indien je weet dat een ongeval heeft plaatsgevonden, is het verleidelijk om sneller te oordelen dat iemand onzorgvuldig heeft gehandeld. In het kader van gedragingen ex post gaat het om de gedachte dat de veiligheidsmaatregelen die na het ongeval zijn getroffen om de situatie veiliger te maken, ook voorafgaand aan het ongeval al genomen hadden kunnen en moeten worden. Bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag staat echter niet de vraag centraal of iemand achteraf gezien onzorgvuldig heeft gehandeld, maar of iemand voorafgaand aan een ongeval voldoende zorgvuldig gehandeld heeft. Er dient dan ook gewaakt te worden voor de invloed van de hindsight bias op het aansprakelijkheidsoordeel. Om de invloed van wijsheid achteraf bij een rechterlijk oordeel beperkt te houden, is een duidelijk toetsingskader wenselijk.

Ten derde zou de laedens ontmoedigd kunnen worden om na een ongeval de situatie veiliger te maken wanneer ex post getroffen maatregelen worden meegewogen en dus van invloed kunnen zijn op het aansprakelijkheidsoordeel. Dit is maatschappelijk gezien onwenselijk aangezien

(mogelijke) gevaarlijke situaties dan voort blijven bestaan. Lindenbergh wees er in 2006 op dat het niet de bedoeling kan zijn dat een laedens door het treffen van maatregelen na een ongeval bijdraagt aan de fundering van zijn eigen aansprakelijkheid.³¹ Ook Heerma van Voss wijst op het gevaar van het meewegen van maatregelen die na een ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen. Volgens hem zou de laedens niet meer geneigd zijn dit soort maatregelen te treffen, aangezien hij dan bij voorbaat zijn aansprakelijkheid lijkt te erkennen.³² Mijns inziens dient te worden voorkomen dat een aansprakelijkgestelde partij nalaat na een ongeval maatregelen te treffen, aangezien potentiële slachtoffers dan nog steeds aan dezelfde gevaren worden blootgesteld. Wel ben ik van mening dat dit nadeel in de praktijk slechts van geringe betekenis is. Er zijn namelijk diverse kanttekeningen bij dit nadeel te plaatsen. Allereerst is het onwaarschijnlijk dat een aansprakelijkgestelde partij een onveilige situatie in stand zal houden. Een laedens wil immers voorkomen dat hij meer claims krijgt en zal derhalve aanvullende maatregelen treffen om in de toekomst soortgelijke ongevallen te voorkomen. Bovendien spelen verzekeraars bij dit nadeel ook een rol. Een verzekeraar kan namelijk onder omstandigheden weigeren dekking te bieden bij latere ongevallen indien na een ongeval geen aanvullende veiligheidsmaatregelen zijn genomen.³³ Om deze redenen ben ik van mening dat het nalaten van het treffen van aanvullende veiligheidsmaatregelen in de praktijk niet vaak zal voorkomen.

Wanneer het feit dat na het ongeval veiligheidsmaatregelen zijn getroffen direct zou leiden tot het aannemen van aansprakelijkheid, is een vierde nadeel dat moral hazards in het leven worden geroepen. Moral hazard betekent dat iemand die minder risico's loopt, bijvoorbeeld vanwege een verzekering, zich minder voorzichtig gedraagt. In het kader van gedragingen ex post betekent moral hazard dat de algemene verwachting van schadevergoeding ertoe leidt dat potentiële slachtoffers minder voorzichtig en oplettend zijn. De mogelijke schade kan het slachtoffer immers verhalen op de aansprakelijke partij.³⁴ Ik acht het niet aannemelijk dat een potentiële gelaedeerde de kans op lichamelijk letsel voor lief neemt louter omdat de schade te verhalen is op de aansprakelijke partij.

Huidige problematiek

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat er momenteel twee problemen zijn ten aanzien van het meewegen van ex post getroffen maatregelen door rechters. Het eerste probleem is dat er, ondanks duidelijke arresten van de Hoge Raad, door lagere rechters geen eenduidig antwoord wordt gegeven op de vraag of dergelijke maatregelen moeten worden meegewogen bij het nemen van de aansprakelijkheidsbeslissing. Door de huidige situatie lijken rechters te beschikken over vrijheid ten aanzien van de beslissing hoe zij omgaan met gedragingen ex post bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag, terwijl dit gezien de arresten van de Hoge Raad niet het geval is. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Zo lijken de maatregelen die na een ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen bij werkgeversaansprakelijkheid juist wel tot aansprakelijkheid te leiden, terwijl dit bij wegbeheerdersaansprakelijkheid niet het geval is. Dit kan mogelijk worden verklaard door het verschil in de aard van de aansprakelijkheid. Een ander probleem is gelegen in de maatstaf die wordt gehanteerd door rechters indien besloten wordt de ex post getroffen maatregelen mee te wegen. De manier waarop het meewegen van dergelijke maatregelen juridisch wordt vormgegeven, verschilt namelijk per rechter en per aansprakelijkheidsgrondslag. Daarnaast wordt in de lagere rechtspraak per aansprakelijkheidsgrondslag ook geen eenduidige maatstaf gehanteerd ten aanzien van de invloed van ex post genomen maatregelen. Lagere rechters hanteren diverse maatstaven en een aantal van deze maatstaven sluit niet of slechts gedeeltelijk aan bij de maatstaf die door de Hoge Raad wordt gehanteerd. Al met al leidt de huidige situatie tot rechtsonzekerheid ten aanzien van de vragen of en hoe ex post getroffen maatregelen meegewogen moeten worden bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. Vanwege deze rechtsonzekerheid wordt duidelijk dat een aanpassing van de huidige situatie ten aanzien van het meewegen van gedragingen ex post wenselijk is.

Mogelijke oplossingen ten behoeve van de rechtszekerheid

Een aanpassing van de huidige situatie ten aanzien van de invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel kan mijns inziens op zes verschillende manieren worden bewerkstelligd. Allereerst zou kunnen worden besloten dat ex post getroffen maatregelen altijd meegewogen dienen te worden door de rechter bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. Deze oplossing is gunstig voor de gelaedeerde aangezien maatregelen die na het ongeval getroffen zijn de stelling kunnen ondersteunen dat het treffen van voorzorgsmaatregelen niet bezwaarlijk was. Toch is deze oplossing mijns inziens niet wenselijk aangezien er ook nadelen verbonden zijn aan het altijd meewegen van gedragingen ex post. Het belangrijkste nadeel is het risico van hindsight bias. De gedachtegang 'als het achteraf anders kan, had dat ook voorafgaand aan het ongeval gekund' is immers niet altijd juist. Er wordt dan bijvoorbeeld geen rekening gehouden met nieuwe inzichten en maatschappelijke ontwikkelingen. Ook wordt met deze oplossingsrichting niet meteen duidelijk hoe het meewegen van dergelijke gedragingen juridisch moet worden vormgegeven en wat de maatstaf behoort te zijn. Derhalve blijft één van de twee problemen ten aanzien van de rechtszekerheid bestaan.

Een tweede oplossing zou gelegen kunnen zijn in een regel waarin wordt besloten dat ex post getroffen maatregelen geheel niet van invloed mogen zijn op het aansprakelijkheidsoordeel. Deze manier heeft als voordelen dat hindsight bias wordt voorkomen en dat de laedens niet ontmoedigd wordt om maatregelen te nemen ter voorkoming van soortgelijke ongevallen in de toekomst. Deze oplossingsrichting kent echter ook belangrijke nadelen. Een verbod om bepaalde informatie te gebruiken kan juist leiden tot een averechts effect.³⁵ Het gevolg van een verbod zou dan ook kunnen zijn dat de rechter juist meer gewicht toekent aan de maatregelen van de aansprakelijkgestelde partij van na het ongeval bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. Daarnaast doet deze oplossingsrichting afbreuk aan hetgeen is bepaald in artikel 6 EVRM en artikel 152 lid 1 Rv. Om de hiervoor genoemde redenen acht ik het geheel verbieden van het meewegen van dergelijke

maatregelen niet wenselijk.

Een derde manier zou kunnen zijn dat eerst een beslissing wordt genomen op basis van een afweging van de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest en dat vervolgens wordt beoordeeld of de maatregelen die na het ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen leiden tot een andere conclusie. De ex post getroffen maatregelen zouden bij deze oplossingsrichting dus een aanpassing kunnen verlangen van het eerdere oordeel dat is genomen op basis van de afgewogen *Kelderluik*-gezichtspunten. Uit jurisprudentieonderzoek bleek dat deze manier regelmatig door rechters werd gehanteerd bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag in het kader van wegbeheerdersaansprakelijkheid.³⁶ Allereerst merk ik op dat deze manier slechts rechtsonzekerheid zal kunnen tegengaan indien duidelijk wordt wanneer de gedragingen ex post zouden moeten leiden tot een bijstelling van het eerdere oordeel op basis van de gezichtspuntenafweging. Deze oplossingsmanier acht ik op twee redenen echter niet wenselijk. Allereerst worden naar mijn mening de *Kelderluik*-gezichtspunten zinledig indien het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen door de aansprakelijkgestelde partij kan leiden tot een andere beslissing dan het oordeel dat volgt uit de gemaakte gezichtspuntenafweging. Ten tweede dienen ex post getroffen maatregelen mijns inziens ingepast te worden in het vierde gezichtspunt. Dergelijke maatregelen kunnen namelijk iets zeggen over de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Indien gedragingen ex post buiten het vierde gezichtspunt worden behandeld, wordt er naar mijn mening afbreuk gedaan aan de veronderstelling dat de gezichtspunten in beginsel even belangrijk zijn en geen van de gezichtspunten op zichzelf van doorslaggevende invloed behoort te zijn op het aansprakelijkheidsoordeel.

Een vierde oplossing zou juist gelegen kunnen zijn in de onderlinge verhouding tussen de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest. Deze oplossingsrichting sluit aan bij de visie van Tjong Tjin Tai. De visie van Tjong Tjin Tai ten aanzien van onrechtmatigheid bij gevaarstelling bestaat uit twee achtereenvolgende stappen. Het eerste stadium behelst de risicodrempel. Deze drempel

houdt in dat de daad pas onrechtmatig is, indien iemand met zijn handelen meer risico neemt dan redelijkerwijs verantwoord is. Normale handelingen moeten immers gewoon kunnen worden verricht zonder risico. Door het aanleggen van een risicodrempel wordt voorkomen dat ieder risico als onrechtmatig wordt aangeduid. De laedens heeft onrechtmatig gehandeld indien vast komt te staan dat de risicodrempel is overschreden. Dan pas komt men toe aan het tweede stadium. Het tweede stadium ziet op de voorzorgsmaatregelen. De in het eerste stadium vastgestelde onrechtmatigheid kan worden weggenomen door het nemen van voorzorgsmaatregelen. Wanneer een laedens preventieve en redelijke maatregelen treft, is hij gevrijwaard van aansprakelijkheid. Tjong Tjin Tai zet de voorzorgsmaatregelen die mogelijk zijn af tegen de mate van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid van de potentiële gelaedeerde. Indien de laedens de maatregelen heeft genomen die van hem konden worden gevergd, wordt de onrechtmatigheid van zijn gedraging opgeheven. Het risico op gevaar dat na de voorzorgsmaatregelen nog bestaat, behoort dan tot het algemene maatschappelijke risico dat iedereen heeft te dragen.³⁷ Wanneer de visie van Tjong Tjin Tai als oplossing wordt gebruikt spelen de ex post getroffen maatregelen een rol bij het tweede stadium. De maatregelen die na het ongeval door de laedens zijn getroffen zouden dan een aanwijzing kunnen zijn voor de stelling dat de laedens voorafgaand aan het ongeval maatregelen had kunnen treffen om het risico op een ongeval te verkleinen. De ex post getroffen maatregelen zouden in dat geval kunnen voorkomen dat de onrechtmatigheid van het handelen van de laedens wordt weggenomen. De gedragingen ex post hebben bij deze visie dus geen beslissende invloed op het vaststellen van de onrechtmatigheid zelf. Aangezien de onrechtmatigheid van een gedraging samenhangt met de aansprakelijkheid van de laedens, wordt door deze oplossingsmanier voorkomen dat maatregelen die na het ongeval zijn getroffen het aansprakelijkheidsoordeel van de rechter beïnvloeden. Mijns inziens is het onjuist om te stellen dat de mogelijkheid veiligheidsmaatregelen te treffen niet van invloed is op het vaststellen van de onrechtmatigheid zelf. Deze stelling sluit ook niet aan bij een arrest van de Hoge Raad. In het *Bussluis*-arrest concludeerde de Hoge Raad namelijk dat de

gemeente juist onrechtmatig handelde doordat er slechts beperkte veiligheidsmaatregelen waren getroffen tegen de gevaarlijke situatie.³⁸ Ook nadelig aan deze visie als oplossing is dat een belangrijk bewijsmiddel van de gelaedeerde wordt ontnomen. Een ander nadeel aan deze oplossingsmanier is dat een hiërarchische verhouding tussen de Kelderluik-maatstaven tot gevolg heeft dat het onderlinge verband tussen deze maatstaven uit het oog wordt verloren. Ondanks dat deze visie meer duidelijkheid kan scheppen ten aanzien van de vragen of en hoe ex post getroffen maatregelen meegewogen moeten worden bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag, acht ik deze manier dus niet wenselijk.

Een vijfde Kelderluik-gezichtspunt zou mijns inziens op alle aansprakelijkheidsgebieden een oplossing kunnen bieden voor de huidige problematiek rondom het meewegen van gedragingen ex post bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. Door dit vijfde gezichtspunt wordt allereerst een antwoord gegeven op de vraag of ex post getroffen maatregelen van invloed mogen zijn op het aansprakelijkheidsoordeel. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend aangezien het vijfde gezichtspunt juist ziet op de maatregelen die achteraf mogelijk blijken te zijn en de effectiviteit van deze maatregelen. Ook op de vraag hoe dergelijke maatregelen moeten worden meegewogen wordt met deze oplossingsrichting een antwoord gegeven. Gedragingen ex post dienen namelijk toegepast te worden in een vijfde Kelderluik-criterium. Ook ten aanzien van de te hanteren maatstaf wordt het een en ander duidelijk. Er dient immers onderzocht te worden of dergelijke maatregelen voorafgaand aan het ongeval voor de aansprakelijkgestelde partij voor de hand lagen en of deze gedragingen ook daadwerkelijk van de laedens hadden kunnen worden gevergd. Indien uit dit onderzoek blijkt dat de antwoorden op deze vragen ontkennend luiden, leiden de ex post getroffen maatregelen niet direct tot aansprakelijkheid. Doordat ex post getroffen maatregelen niet direct leiden tot aansprakelijkheid wordt rekening gehouden met het feit dat een laedens kan worden ontmoedigd de situatie veiliger te maken indien dergelijke maatregelen worden meegewogen. Dit neemt uiteraard niet weg dat op grond van de andere gezichtspunten wel aansprakelijkheid kan worden

aangenomen. De invloed van de maatregelen die na het ongeval door de laedens zijn getroffen, blijft echter door deze oplossingsrichting beperkt. Toch plaats ik ook enkele kanttekeningen bij deze mogelijke oplossing. Allereerst heeft een vijfde Kelderluik-gezichtspunt dat ziet op ex post getroffen maatregelen tot gevolg dat twee van de vijf gezichtspunten zien op de mogelijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen. Aangezien het vierde en vijfde gezichtspunt allebei samenhangen met het nemen van maatregelen, lijkt er door een extra gezichtspunt meer gewicht toegekend te worden aan het treffen van voorzorgsmaatregelen dan voorheen. Hierdoor is de kans groot dat afbreuk wordt gedaan aan de veronderstelling dat alle maatstaven in beginsel even belangrijk zijn.

Ten slotte zou het inpassen van ex post getroffen maatregelen in het vierde Kelderluik-gezichtspunt een oplossing kunnen zijn voor de huidige rechtsonzekerheid op dit punt. Wanneer een aansprakelijkgestelde partij na het ongeval bepaalde maatregelen treft, zou dit immers iets kunnen zeggen over de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen voorafgaand aan het ongeval. In de rechtspraak vindt deze inpassing ook regelmatig plaats.³⁹ Een dergelijke inpassing dient ten behoeve van de rechtszekerheid wel door de rechter onderbouwd en gemotiveerd te worden. Door dergelijke maatregelen in een bestaand gezichtspunt in te passen wordt er niet gesleuteld aan jurisprudentie die al sinds 1965 bestendig is. Er vindt echter wel een nadere concretisering plaats van één specifiek door de Hoge Raad geformuleerd gezichtspunt. Door deze oplossingsrichting staat het de gelaedeerde vrij om ex post getroffen maatregelen als bewijsmiddel te gebruiken ter onderbouwing van de stelling dat het treffen van maatregelen niet bezwaarlijk was. Het belangrijkste voordeel van het meewegen van dergelijke maatregelen blijft daardoor intact. Daartegenover staat dat dergelijke maatregelen niet direct tot aansprakelijkheid leiden, aangezien een afweging gemaakt dient te worden tussen alle vier de Kelderluik-maatstaven. Het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen rechtvaardigt dan ook niet de conclusie dat de aansprakelijkgestelde partij onrechtmatig heeft gehandeld, maar dergelijke maatregelen kunnen wel van invloed zijn op de

aansprakelijkheidsbeslissing. Deze stelling sluit aan bij arresten van de Hoge Raad.⁴⁰ Deze oplossingsrichting acht ik het meest wenselijk aangezien rekening wordt gehouden met de nadelen die samenhangen met het meewegen van ex post getroffen maatregelen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de voordelen van het meewegen van gedragingen ex post. Deze oplossing komt tevens ten goede aan de huidige rechtsonzekerheid aangezien duidelijkheid wordt gegeven ten aanzien van de huidige vragen die momenteel bestaan ten aanzien van het meewegen van ex post getroffen maatregelen. Allereerst wordt duidelijk dat ex post getroffen maatregelen meegewogen dienen te worden bij het nemen van de aansprakelijkheidsbeslissing. Ten tweede wordt ook duidelijk hoe het meewegen van deze maatregelen juridisch moet worden vormgegeven, namelijk door een inpassing in het vierde Kelderluik-gezichtspunt.

Handvatten voor inpassing ex post getroffen maatregelen in het vierde Kelderluik-gezichtspunt

Aangezien ex post getroffen maatregelen niet bij ieder ongeval aan de orde zijn en derhalve slechts in bepaalde situaties meegewogen dienen te worden, is het van belang dat aan de rechter handvatten worden gegeven die zien op het meewegen van dergelijke maatregelen en de motivering en onderbouwing daarvan. Handvatten kunnen de precieze invloed van gedragingen ex post op het aansprakelijkheidsoordeel verduidelijken en derhalve de rechtszekerheid bevorderen. Door middel van handvatten wordt een concreet toetsingskader geschetst. Ten aanzien van de inhoud van de handvatten die zien op de ex post getroffen maatregelen onderscheid ik drie verschillende stappen.

Allereerst dient de rechter te onderbouwen of de ex post getroffen maatregelen het eerdere ongeval hadden kunnen voorkomen, indien deze maatregelen voorafgaand aan het ongeval zouden zijn getroffen. Indien het antwoord op deze eerste vraag ontkennend luidt, dienen de ex post getroffen maatregelen niet meegewogen te worden in het aansprakelijkheidsoordeel.⁴¹ Ten tweede dient de rechter vast te stellen of het

treffen van maatregelen door de aansprakelijkgestelde partij een direct gevolg is van het ongeval. Tot slot dient de rechter te beslissen of de maatregelen die na het ongeval zijn getroffen al voorafgaand aan het ongeval redelijkerwijs van de aansprakelijkgestelde partij konden worden geleverd. Het enkele feit dat na het ongeval maatregelen zijn getroffen, betekent dus niet per definitie dat dergelijke maatregelen ook voorafgaand aan het ongeval van de werkgever geleverd konden worden. Bij deze afweging dient de rechter alle relevante omstandigheden van het geval mee te wegen. Hierbij komt onder andere betekenis toe aan de aspecten eenvoudigheid, kosten, tijd, moeite, kenbaarheid en inspanning. Aan de hand van deze factoren, die zien op de bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen, dient de rechter te beslissen of de ex post getroffen maatregelen al voorafgaand aan het ongeval van de laedens konden worden geleverd. In deze stap staat het de aansprakelijkgestelde partij zelf uiteraard vrij om aan te voeren en te bewijzen dat dergelijke maatregelen voorafgaand aan het ongeval niet mogelijk waren of niet van hem konden worden geleverd. De rechter dient de relevante factoren die leiden tot zijn oordeel, ongeacht welk oordeel dit is, uiteen te zetten.

Het moge duidelijk zijn dat deze stappen betrekking hebben op het vierde Kelderluik-gezichtspunt. Na deze drie stappen dient de rechter de overige gezichtspunten en andere relevante factoren tegen elkaar af te wegen alvorens een antwoord wordt gegeven op de aansprakelijkheidsvraag. Ik ben van mening dat deze oplossingsrichting voor zowel werkgeversaansprakelijkheid als wegbeheerdersaansprakelijkheid en andere aansprakelijkheidsgebieden de rechtszekerheid kan bevorderen ten aanzien van het meewegen van ex post getroffen maatregelen. Op deze manier worden de ex post getroffen maatregelen namelijk onder concrete omstandigheden wel meegewogen, maar wordt tevens voorkomen dat er teveel gewicht wordt toegekend aan deze maatregelen.

Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk

In dit artikel ging ik eerst in op het juridisch kader en vervolgens op de vraag hoe rechters momenteel omgaan met ex post getroffen maatregelen bij het nemen van de aansprakelijkheidsbeslissing. Daarna zijn de voor- en nadelen van het meewegen van ex post getroffen maatregelen behandeld. Vervolgens ben ik ingegaan op de mogelijke oplossingen die de huidige rechtsonzekerheid op dit punt zouden kunnen inperken.

Op dit moment ontbreken wettelijke bepalingen die voldoende duidelijkheid geven over het meewegen van gedragingen die na een ongeval door de aansprakelijkgestelde partij zijn getroffen. De maatstaf die de Hoge Raad ten aanzien van de invloed van gedragingen ex post in zijn arrest *Bayar/Wijnen* hanteert in het kader van werkgeversaansprakelijkheid verschilt van de maatstaf die in het arrest *Foekens/Naim* in het kader van opstalaansprakelijkheid is geformuleerd op dit punt. Ook in de lagere rechtspraak wordt bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag niet consequent een bepaalde maatstaf gehanteerd ten aanzien van ex post getroffen maatregelen. De diversiteit in de lagere rechtspraak ten aanzien van de manier waarop wordt omgegaan met ex post getroffen maatregelen leidt tot rechtsonzekerheid. Het is dan ook wenselijk om de huidige situatie aan te passen.

Het belangrijkste voordeel van het meewegen van gedragingen ex post is dat deze gedragingen een belangrijk bewijsmiddel voor de gelaedeerde vormen ten aanzien van de stelling dat het treffen van veiligheidsmaatregelen voorafgaand aan het ongeval niet bezwaarlijk was. Het belangrijkste nadeel is dat hindsight bias het oordeel van de rechter kan beïnvloeden. Een ander nadeel is dat de laedens ontmoedigd kan worden om na een ongeval de situatie veiliger te maken wanneer ex post getroffen maatregelen worden meegewogen bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. In de praktijk acht ik dit nadeel echter slechts van geringe betekenis.

Een oplossingsrichting waarin de ex post getroffen maatregelen worden ingepast in het vierde Kelderluik-gezichtspunt heeft mijn voorkeur. Ten behoeve van de rechtszekerheid dient deze inpassing wel door de rechter te worden onderbouwd en gemotiveerd. Door deze

oplossingsrichting wordt derhalve rekening gehouden met de mogelijke nadelen van het meewegen van ex post getroffen maatregelen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de voordelen hiervan. Wel is het bij deze manier van belang dat er aan de rechter handvatten worden gegeven die zien op de inpassing van ex post getroffen maatregelen bij het vierde Kelderluik-gezichtspunt en de onderbouwing daarvan. Door deze handvatten wordt een concreet toetsingskader geschetst. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Allereerst wordt duidelijk dat dergelijke maatregelen onder omstandigheden meegewogen dienen te worden bij het aansprakelijkheidsoordeel. Ten tweede wordt ook duidelijk hoe het meewegen van dergelijke gedragingen juridisch moet worden vormgegeven. Door deze oplossingsrichting wordt meer duidelijkheid geschapen omtrent de vragen of en hoe ex post getroffen maatregelen moeten worden meegewogen bij het aansprakelijkheidsoordeel. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

Noten

1. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*).
2. Het eerste gezichtspunt, dat ziet op de mate van onoplettendheid van anderen, is lange tijd ondergesneeuwd. Dit gezichtspunt kreeg echter in 2013 hernieuwde aandacht door het arrest *Verzoeker/Het Land Curaçao*. Zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, r.o. 3.6, NJ 2013, 366 (*Verzoeker/Het Land Curaçao*).
3. J. Spier, conclusie voor HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4315, «JA» 2006.99, punt 5.3.
4. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008, 460 (*Bayar/Wijnen*).
5. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).
6. HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, NJ 1979, 245 (*Messaoudi/Hoehst*).
7. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, r.o. 3.3.2 en 3.4.4, NJ 2008, 460, m.nt. W.H. van Boom (*Bayar/Wijnen*).
8. Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006,

- ECLI:NL:GHSHE:2006:AW4164, r.o. 4.4.4, «JA» 2006/95; Rb. Midden-Nederland 14 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5255, r.o. 4.3, «JA» 2013/97, m.nt. D.M. Gouweloos; Rechtbank Overijssel 16 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4559, r.o. 5.5.7; Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3803, r.o. 3.5.6.
9. HR 14 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3514, *NJ* 1979, 245 (*Messaoudi/Hoehst*); HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, r.o. 3.3.2 en 3.4.4, *NJ* 2008, 460, m.nt. W.H. van Boom (*Bayar/Wijnen*).
10. Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4772, r.o. 4.4.1; Rb. Rotterdam 18 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6147, r.o. 5.9; Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:454, r.o. 3.10.5 en 3.10.6, «JA» 2015/60, m.nt. J.P. Quist; Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4088, r.o. 7.5.3, «JA» 2016/51.
11. Rb. Rotterdam 8 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5348, r.o. 2.5; Rb. Limburg 29 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:873, r.o. 4.12.3, «JA» 2014/42.
12. Hof Arnhem 9 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4354, r.o. 5.10, «JA» 2009/138; Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9805, «JAR» 2010/305.
13. HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, r.o. 3.3, 3.5 en 3.6, *NJ* 2000, 700 (*Foekens/Naim*).
14. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV4315, r.o. 3.2.4 en 3.3.4, *VR* 2007/10.
15. Rechtbank Haarlem 22 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4555, r.o. 4.8, *VR* 2011/74; Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9555, r.o. 4.16; Rb. Rotterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1219, r.o. 5.3, *VR* 2016/161; Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4184, r.o. 4.7, *VR* 2017/30; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8497, r.o. 3.10, *VR* 2017/117.
16. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV4315, r.o. 3.2.4, *VR* 2007/10.
17. Rechtbank Haarlem 22 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4555, r.o. 4.8, *VR* 2011/74; Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5381, r.o. 4.11; Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:667, r.o. 3.5.8, *VR* 2017/24; Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4184, r.o. 4.4, *VR* 2017/30; Rb. Limburg 16 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2598, r.o. 4.10.3.
18. Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:667, r.o. 3.5.8, *VR* 2017/24.
19. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV4315, r.o. 3.2.4, *VR* 2007/10.
20. Rb. Haarlem 22 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4555, r.o. 4.8, *VR* 2011/74.
21. HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV4315, r.o. 3.2.4, *VR* 2007/10.
22. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 9 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4354, r.o. 5.4, «JA» 2009/138; Rb. Midden-Nederland 14 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5255, r.o. 3.2, «JA» 2013/97, m.nt. D.M. Gouweloos; Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5381, r.o. 3.3; Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4184, r.o. 3.2, *VR* 2017/30.
23. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 95.
24. EHRM 27 oktober 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1977, r.o. 33, *NJ* 1994, 534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombobehoor*).
25. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 115.
26. R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (serie van der Heijden Instituut nr. 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 502-503.
27. A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review* 2005/153, p. 1262-1270.
28. Y. Bosschaart, 'Achteraf is het makkelijk praten', in: S.D. Lindenberg & H.N. Schelhaas (red.), *Precies privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 34.
29. HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721, r.o. 3.3.2, *NJ* 1999, 683, m.nt. J.B.M. Vranken (*Cijwbouw II*).
30. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5348, r.o. 2.5; Rechtbank Haarlem 22 september 2010,

- ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4555, r.o. 4.8, VR 2011/74.
31. S.D. Lindenbergh, 'Arbeid, schade, zorgplicht en eigen schuld', *MvV* 2006/2, p. 41.
32. G.J.J. Heerma van Voss, annotatie bij HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225, *NJ* 2008, 465 (*Tarioui/Vendrig*).
33. L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. UU), Deventer: Kluwer 1991, p. 184.
34. I. Helsloot, R. Pieterman & J.C. Hanekamp, *Risico's en redelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 101-102.
35. A.J. Wistrich, C. Guthrie & J.J. Rachlinski, 'Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding', *University of Pennsylvania Law Review* 2005/153, p. 1262-1264.
36. Rechtbank Haarlem 22 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO4555, r.o. 4.8, VR 2011/74; Rb. Amsterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9555, r.o. 4.16; Rb. Rotterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1219, r.o. 5.3, VR 2016/161; Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4184, r.o. 4.7, VR 2017/30; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8497, r.o. 3.10, VR 2017/117.
37. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005, afl. 6620, p. 370-374.
38. HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993, 547, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis*).
39. Zie bijvoorbeeld HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, r.o. 3.3.2 en 3.4.4, *NJ* 2008, 460, m.nt. W.H. van Boom (*Bayar/Wijnen*); Hof Arnhem 9 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4354, r.o. 5.10, «JA» 2009/138; Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9805, «JAR» 2010/305.
40. Zie HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, r.o. 3.3.2 en 3.4.4, *NJ* 2008, 460, m.nt. W.H. van Boom (*Bayar/Wijnen*); HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AV4315, r.o. 3.2.4, VR 2007/10.
41. Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 9 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5381. In deze zaak is het nog maar de vraag of het ongeval zou zijn voorkomen indien de trottoirband voorafgaand aan het ongeval wit zou zijn geverfd.

Integere bedrijfsvoering en de Wwft en Wft

Jac Rinkes, Mark Nelemans

De strijd tegen witwassen wordt mede gevoerd vanuit een preventief ondernemingsperspectief. Een integere en beheerste bedrijfsvoering is gericht op het tegengaan van integriteits- en wetsovertredingen. Witwassen heeft zich ontwikkeld tot een centraal thema binnen het financieel toezichtrecht. Zowel de Wft als de Wwft stellen gedetailleerde eisen aan de interne controle en beheersingsinstrumenten, het bestuur en het klantbeleid. Een overkoepelende factor daarbij is het 'ken uw klant' beginsel (KYC) en het daarmee samenhangende Customer Due Dilligence (CDD). Deze bijdrage is gericht op de verschillen en overeenkomsten tussen de Wwft en Wft, in het licht van de Leidraad Wwft en Sw.

1. Inleiding

Het bestrijden van het witwassen van crimineel verkregen vermogensbestanddelen is een steeds sterker wordende prioriteit van nationale en Europese wetgevers en toezichthouders. De redenen hiervoor zijn divers. Vanuit strafrechtelijke perspectief is de achtergrond het adagium 'misdadig mag en zal niet lonen'. Om bruikbaar te zijn in de bovenwereld dient misdadig geld van zijn onwettige herkomst te worden ontdaan en witwassen vormt hierin een onmisbare schakel. De zelfstandige strafbaarstelling van witwassen in Nederland in 2001 is hierbij een belangrijke ontwikkeling (invoering (artikel 420 bis Sr e.v.).¹ Reeds lang hiervóór stond witwassen hoog op de internationale agenda. De strijd tegen witwassen heeft bijzondere kenmerken. De sterk toenemende opbrengsten uit (grensoverschrijdende) drugsproductie en -handel maakten een effectieve wereldwijde aanpak van witwassen noodzakelijk. Dit resulteerde in de oprichting in 1989 van de Financial Action Taskforce (FATF). De FATF bracht in 1990 zijn eerste lijst met witwastypologieën uit, een lijst die

(in gereviseerde vorm) nog steeds bepalend is voor de materiële invulling van witwaspreventie en -bestrijding. In Nederland heeft dit geleid tot brede samenwerking tussen toezicht- en opsporingsinstanties, met de Financial Intelligence Unit Nederland als centraal platform. In deze bijdrage ligt de nadruk op de preventie van witwassen en de daarmee verband houdende regulering van een beheerste en integere bedrijfsvoering in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de Wet op het financieel toezicht (Wft).

De Wft legt financiële ondernemingen de plicht op om te beschikken over een beheerste en integere bedrijfsvoering.² Tevens dienen financiële ondernemingen een goed functionerend *customer due dilligence* (CDD)-beleid te voeren. Het daaraan gekoppelde 'ken uw klant' (know-your-customer, ofwel 'KYC') beginsel is gebaseerd op de artikelen 3:10 lid 1 sub c Wft en 4:11 lid 1 sub c Wft.³ De regels inzake een beheerste en integere bedrijfsvoering in de Wft zijn gericht op het beschermen van de integriteit van het financieel-economisch verkeer, van de individuele instellingen en van de sector als geheel. In de financiële toezichtwetgeving kan het begrip integriteit breed worden opgevat. Het heeft betrekking op klantselectie, productontwikkeling, naleving van gedrags- en prudentiële regels en de preventie van zaken als handel met voorwetenschap, marktmanipulatie en witwas-facilitering.⁴ In deze bijdrage geven we een overzicht van de verschillen tussen de Wwft en Wft ten aanzien van de eis van een beheerste en integere bedrijfsvoering. Deze analyse is met name ingegeven door de publicatie van de herziene Leidraad Wwft en Sw in december 2019.⁵ Financiële ondernemingen zijn sinds de inwerkingtreding van de Wft (en daarmee samenhangende wet- en regelgeving) in 2007

gehouden aan een steeds verder uitdijend pakket aan wet- en regelgeving. De bescherming van de integriteit en betrouwbaarheid van financiële instellingen en de financiële sector is niet uniform geregeld: deels is dit geïncorporeerd in de Wft en het Bpr, maar misbruik van financiële instellingen door criminelen die hun onwettige vermogensbestanddelen wensen wit te wassen is als integriteitsschending separaat centraal komen te staan in de Wwft. De Wwft werkt daarmee ook direct door in de financiële toezichtwetgeving. Deze ontwikkeling roept de vraag op in hoeverre *de nalevingsverplichtingen die voortvloeien uit de Wwft en Wft verschillen en hoe deze verschillen geduid moeten worden mede in het licht van de gereviseerde Leidraad Wwft en Sw*. In de volgende paragraaf geven we een kort overzicht van de internationale en Europese dimensie van witwasbestrijding. Paragraaf drie bevat een overzicht van Nederlandse wet- en regelgeving inzake witwaspreventie. In paragrafen vier en vijf behandelen we de eis van een integere bedrijfsvoering zoals neergelegd in respectievelijk de Wft en de Wwft. We sluiten deze analyse af met een conclusie en enkele aanbevelingen.

2. De internationale en Europese dimensie van witwaspreventie

De internationale historie met witwassen heeft twee kenmerkende mijlpalen, het Verdrag van de Verenigde Naties tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, dat op 19 december 1988 in Wenen werd aangenomen en het in 1990 aangenomen Verdrag van de Raad van Europa betreffende witwassen, opsporing, inbeslagneming en confiscatie van vruchten van criminele activiteiten (8 november 1990 te Straatsburg). De 40 aanbevelingen (en typologieën) van de FATF uit 1990 zijn in Europa opgenomen in de eerste anti-witwasrichtlijn.⁶ De belangrijkste drijfveer voor het uitvaardigen van de richtlijn was de wens om de soliditeit en stabiliteit van financiële instellingen en het vertrouwen in de sector te beschermen. Witwassen werd begin jaren negentig bijna uitsluitend gekoppeld aan drugsgelden.⁷ De richtlijn verplichtte de lidstaten slechts tot het bestrijden van witwassen van drugsgeld door middel van de nationale financiële sectoren. In 1991 ontbraken communautaire maatregelen tegen witwassen, een leemte die moeilijk

verenigbaar was met de eenmaking van de Europese markten.

De eerste Europese anti-witwasrichtlijn was uitsluitend op financiële ondernemingen en de financiële sector gericht. De bepalingen uit de tweede Europese anti-witwasrichtlijn uit 2001 zijn ruimer omdat deze tevens zijn gericht op niet-financiële sectoren.⁸ Voorts was er sprake van een verruiming van het begrip witwassen. Oorspronkelijk was witwassen met name gekoppeld aan drugshandel, maar rond de eeuwwisseling ontstond het besef dat ook andere criminelen hun onwettig verkregen vermogen van een schijnbaar wettige herkomst wilden voorzien. De delicten waarmee het criminele inkomen werd verworven (de 'gronddelicten') konden allerlei vermogensdelicten of 'crime for profit' betreffen, en waren in beginsel niet limitatief.⁹ De bestrijding van witwassen als misdrijf diende daarom losgekoppeld te worden van de gronddelicten (die natuurlijk evenzeer moesten worden bestreden). Een belangrijke schakel in het daadwerkelijk opsporen en vervolgen van het misdrijf witwassen en de daarmee samenhangende gronddelicten werd de meldplicht ongebruikelijke transacties. In Nederland is deze meldplicht oorspronkelijk neergelegd in de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (de toenmalige Wet Mot).

Een belangrijke drijfveer achter het uitbreiden van de reikwijdte van het misdrijf witwassen is in de huidige tijd ook de bescherming van de integriteit van financiële sector en de preventie van misbruik van financiële instellingen.¹⁰ Dit speelde een rol bij de invoering van de derde Europese anti-witwasrichtlijn.¹¹ Mede naar aanleiding van de terroristische aanslagen aan het begin van het millennium zijn de benadering en de aanpak van witwassen in de derde richtlijn uitgebreid: de bestrijding van terrorisme(financiering) werd gekoppeld aan witwasbestrijding. Over de (juridische) wenselijkheid hiervan kan men van mening verschillen: bij witwassen gaat het om onwettig vermogen waarvan men de misdadige oorsprong wenst te verhullen. De discussie over wat 'verhullen' en het 'voorwenden van een wettige herkomst' zijn fluctueerde de afgelopen twintig jaren, maar terrorismefinanciering is een misdrijf met een specifiek oogmerk en doel. Verdedigbaar is dat een eigen regime gericht op de bestrijding

van terrorismebestrijding vanuit juridisch en functioneel oogpunt logisch zou zijn geweest. Witwastypologieën verschillen; het is de vraag of onderscheid moet worden gemaakt tussen 'reguliere' criminelen en degenen die witwassen met een terroristisch motief. Daarentegen is het ook verdedigbaar dat de instrumenten waarmee witwassen wordt aangepakt ook hun waarde behouden als het doel is bestrijding van onwenselijke geldstromen met een terroristisch motief.

Het zou tien jaar duren voor de vierde Europese anti-witwasrichtlijn werd uitgevaardigd, namelijk op 20 mei 2015.¹² Deze richtlijn kende een uitbreiding van het wettelijke instrumentarium gericht op de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering. Ook kende de richtlijn een verruiming van de instellingen die onder toezicht vallen (aanbieders van kansspelen, grootwaardehandelaren en wisselinstellingen) en een uitbreiding van de risicogebaseerde benadering. Onder toezicht staande instellingen dienen op grond van de richtlijn te beschikken over een beleid, gebaseerd op risicoprofielen, om witwas- en terrorismefinancieringsrisico's te beheersen en te voorkomen. Om het nieuwe regime kracht bij te zetten is in de richtlijn de grondslag opgenomen voor een strenger bestuursrechtelijk boeteregime. Daarmee is de handhavingsbevoegdheid van de verantwoordelijke toezichthouders uitgebreid. Een significante uitbreiding van het anti-witwasregime is de verplichting voor lidstaten om een register in te voeren voor Ultimate Beneficiary Ownership (een UBO-register).¹³ Het register is een antwoord op misdadigers die via ondoorzichtige eigendom- en zeggenschapsstructuren belangen hebben in wettige ondernemingen. Omdat witwassen ook plaatsvindt via aandeelhoudersbezit, leningen en financiële constructies dienen UBO-registers ervoor te zorgen dat ondermijning van wettige ondernemingen en het handelsverkeer wordt tegengegaan.

Relatief kort na de vierde anti-witwasrichtlijn werd op 30 mei 2018 de vijfde Europese anti-witwasrichtlijn gepubliceerd.¹⁴ De meest opvallende wijzigingen ten opzichte van de vierde richtlijn zijn een verbetering van de toegang tot de UBO-registers, witwasmaatregelen gericht op virtuele valuta en een uitbreiding van de

reikwijdte van de regelingen zodat belastingadviseurs en vastgoedmakelaars tevens onder het toezicht vallen. Een verscherpt cliënten-onderzoek gericht op een risicoanalyse maakt daarvan deel uit. Virtuele valuta vallen buiten het traditionele financiële toezicht en zijn vooralsnog minimaal gereguleerd. De vijfde anti-witwasrichtlijn beoogt de poortwachters van deze virtuele sector binnen het bereik van de richtlijn te brengen. Dit betreft de wisselplatforms en de virtuele-portemonneeaanbieders.

Een klein halfjaar na de vijfde anti-witwasrichtlijn is op 23 oktober 2018 de zesde Europese anti-witwasrichtlijn uitgevaardigd.¹⁵ Aanleiding was de voortdurende zorg over de kwetsbaarheid van virtuele valuta bij witwassen en over de gebreken in de uniforme aanpak en bestrijding van witwassen. De zesde anti-witwasrichtlijn introduceert minimumregels ten aanzien van de strafbaarstelling van witwassen. De uitbreiding van de strafbaarstelling van witwassen brengt 22 aanvullende gronddelicten, waaronder begrepen racketeering, fiscale misdrijven, deelname aan georganiseerde misdaad en milieucriminaliteit. Tevens dienen in alle lidstaten de medeplichtigheid en het uitlokken en poging tot het plegen van een witwasdelict strafbaar te worden gesteld. Ook ten aanzien van de sancties vindt een aanscherping plaats; de gevangenisstraf voor witwasdelicten dient verhoogd te worden van minimaal één jaar naar minimaal vier jaar. De uitbreiding van de sancties heeft ook betrekking op bestuurlijke boetes en maatregelen jegens rechtspersonen en feitelijk leidinggevend. Het sluitstuk in het verzwaarde sanctieregime is een verbetering van de samenwerking tussen EU-lidstaten bij het vervolgen van witwassen.¹⁶

3. Witwaspreventie in Nederland

De preventie van witwassen in Nederland is sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw neergelegd in opeenvolgende regelingen voor financiële toezichtwetgeving. De inhoud en vorm ervan is hoofdzakelijk bepaald door de Europese anti-witwasrichtlijnen, en daarmee steeds in ontwikkeling. Een beschouwing van de wetgeving laat een dynamische ontwikkeling zien, waarin wordt ingespeeld op nieuwe uitdagingen en technologische ontwikkelingen die van invloed zijn op witwaspraktijken. De meldplicht bij

verdachte transacties gold voor financiële instellingen vanaf de inwerkingtreding op 1 februari 1994 van de Wet identificatie dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijk transacties (Wet Mot). Zoals Stouten stelt in haar proefschrift (2012) leidde de scherpere controle op financiële instellingen ertoe dat witwassende misdadigers uitweken naar andere sectoren.¹⁷ De tweede Europese anti-witwasrichtlijn resulteerde in een aanpassing van de WID en de Wet Mot. De identificatieplichten en meldplichten die reeds golden voor financiële dienstverleners werden uitgebreid naar juridische en fiscale dienstverleners. De invoering van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) in 2007 bracht een scala aan integriteitsverplichtingen met zich mee. De wettelijke grondslag van de plicht om een beheerste en integere bedrijfsvoering te hebben is voor financiële ondernemingen neergelegd in de artikelen 3:10 Wft en 3:17 Wft, voor financiële dienstverleners artikel 4:11 lid 2 Wft, voor pensioenfondsen artikel 143 Pw en voor trustkantoren artikel 14 Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). Door DNB wordt ten aanzien van de bedrijfsvoering toezicht gehouden op banken, elektronische geldinstellingen, clearinginstellingen en verzekeraars. De AFM houdt integriteitstoezicht op beleggingsondernemingen en beleggingsinstellingen. Het vereiste dat financiële instellingen een goed en volledig genoeg beeld hebben van hun cliënten is onlosmakelijk verbonden met een integere bedrijfsvoering. Financiële ondernemingen dienen kort gezegd te voorkomen dat ze zakendoen met criminelen en een CDD-beleid is hierbij de belangrijkste verdedigingslinie. CDD-beleid is het vereiste waarmee de Wft en de Wwft verbonden zijn, en dat geldt ook voor de Sanctiewet 1977 (Sw 1977). De Sw 1977 is, evenals de Wwft gericht op het tegengaan van witwassen, ongewenste handel en terrorismefinanciering. De Sw 1977 is onder meer van toepassing op banken, verzekeraars, wisselinstellingen, pensioenfondsen, trustkantoren, leasemaatschappijen en casino's. De verantwoordelijke toezichthouders zijn DNB en de AFM die hun bevoegdheden uitoefenen op grond van de Regeling Toezicht Sanctiewet 1977 jo. Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977. De naleving van de Wft, Wwft en Sw 1977 komt aan de orde in de navolgende paragrafen.

Toen in 2005 de derde Europese anti-witwasrichtlijn in werking trad, ontstond voor Nederland de noodzaak voor een nieuwe wet, hetgeen resulteerde in de Wwft. Deze wet trad op 1 augustus 2008 in werking en verving de WID en Wet Mot. Ingegeven door de aanbevelingen van de FATF en de internationale inspanningen gericht op het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering legt de Wwft een nog grotere nadruk op de melding van ongebruikelijke transacties. De kenmerken van transacties, die op grond van de Wet Mot als ongebruikelijk werden aangemerkt, stonden op een lijst met indicatoren. Deze benadering stamde nog uit de tijd dat alleen financiële instellingen verplicht waren om ongebruikelijke transacties te melden. De Wwft verving de Wet Mot en een groot deel van de bepalingen uit de Wet Mot is overgenomen in de Wwft. Een belangrijk verschil zijn de open normen en risico-gebaseerde benadering van de Wwft. Tot 2006 dienden meldingen gedaan te worden bij het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties, onderdeel van het Ministerie van Justitie. Na 2006 is de Financial Intelligence Unit - Nederland (FIU-Nederland) de instantie die ongebruikelijke transacties registreert. Sinds 2013 is FIU-Nederland een onafhankelijke en zelfstandige organisatie, beheersmatig ressorterend onder de Nationale Politie. FIU-Nederland beheert, analyseert en levert informatie over ongebruikelijke transacties aan een scala aan toezichthouders en opsporingsinstanties, in binnen- en buitenland. Naast de FIU-Nederland is ook de FIOD zeer actief op het gebied van witwasbestrijding. Samen met de politie en het OM kunnen de FIOD en FIU-Nederland gezien worden als de kernorganisaties bij de preventie en bestrijding van witwassen. Vanwege de complexiteit waarmee witwassen zich manifesteert is in 2013 gekozen voor deze brede en geïntegreerde aanpak.

De oprichting van het Anti Money Laundering Centre (AMLC) is hier een sprekend voorbeeld van.¹⁸ Het AMLC hanteert het wettelijke instrumentarium bij de bestrijding van witwassen, dat verloopt in drie stappen: vooronderzoek door de intakeafdeling van het AMCL, het opsporingsonderzoek door de FIOD en de vervolging door het Openbaar Ministerie. In de praktijk wordt tijdens het vooronderzoek informatie verzameld over feiten en verdachten en wordt gekeken naar de financiële en

maatschappelijke gevolgen van het eventueel vervolgen. Tevens worden de haalbaarheid en bewijsmogelijkheden onderzocht en wordt gekeken naar ontnemingsmogelijkheden.

Een richtinggevend document ten aanzien van de nalevingsverplichtingen van de Wwft en Sw 1977 is de genoemde gereviseerde Leidraad Wwft en Sw, in december 2019 gepubliceerd door DNB. Aan de publicatie van de richtlijn is een consultatie voorafgegaan. In 2011 was de eerste Leidraad Wwft en Sw door DNB uitgebracht naar aanleiding van aanbevelingen van de FATF. De Leidraad is geen juridisch bindend document, het heeft niet de status van uitvoeringsregeling of besluit (zoals het BGfo of Bpr). Het document biedt echter praktische handgrepen voor financiële instellingen bij de uitvoering van de wettelijke integriteitsverplichtingen. De versie die in december 2019 is gepubliceerd betreft de vierde versie van de leidraad. De recente aanpassingen van de Wwft, met name na implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn, zijn de voornaamste aanleiding voor de gereviseerde leidraad.

4. Integere bedrijfsvoering en de Wft

Integriteitstoezicht en prudentieel toezicht (gericht op financiële stabiliteit) zijn de belangrijkste pijlers van DNB. Een overlappend kenmerk tussen stabiliteit en integriteit is het fenomeen vertrouwen. Het is niet eenvoudig om toezicht te houden, het gezegde luidt niet voor niets: 'vertrouwen komt te voet en gaat te paard'. Financiële crises tonen aan dat vertrouwen in de economie in snel tempo kan wegvallen en een veelvoud aan problemen oplevert voor financiële instellingen en markten. Als vertrouwen wegvalt in de stabiliteit van banken dan kan dit resulteren in een zogenoemde 'bank run' of het stilvallen van het interbancair leenverkeer. De rol van DNB als 'lender of last resort' is daarbij een belangrijke factor die bijdraagt aan het vertrouwen. De resolutie- en afwikkelingsinstrumenten die voortvloeien uit de Europese Bankenunie beogen ook bij de dragen aan het vertrouwen in het financiële stelsel: het vertrouwen dat bij zwaar weer een crisis voorkomen of afgewend kan worden. Liquiditeitsproblemen en systemschokken kunnen de stabiliteit van financiële sectoren in gevaar brengen en in het

slechtste geval resulteren in een diepere crisis. De impact van integriteitsschendingen is minder evident, aangezien geld op zich generiek is. De herkomst van geld (wettig of onwettig) tast het functioneren van het geld niet aan, economisch gezien. Integriteitsschendingen kunnen echter neveneffecten hebben die ingrijpend zijn voor het functioneren en voortbestaan van financiële instellingen. Zo kunnen vergunningen worden ingetrokken en boetes worden uitgedeeld. Financiële criminaliteit is echter ook in tijden van crises vaak complex en niet eenvoudig te bestrijden.

Handel met voorwetenschap en marktmanipulatie waren tot de inwerkingtreding op 3 juli 2016¹⁹ van de Verordening marktmisbruik²⁰ geregeld in artikelen 5:56 Wft en 5:58 Wft (die daarmee inmiddels zijn vervallen). Handel met voorwetenschap en marktmanipulatie zijn misdrijven waarvan de gedraging en kenmerken duidelijk omschreven zijn.²¹

Het misdrijf witwassen is niet op een vergelijkbare wijze geregeld. Dit verschil kan mede verklaard worden door het ingewikkelde karakter van witwassen: het zijn bijna uitsluitend de cliënten van financiële instellingen die een witwasbehoefte hebben, niet - mag men aannemen - de financiële instellingen zelf. Het bewust of onbewust faciliteren van witwassende misdadigers is het voornaamste aandachtspunt van witwasbestrijding. Financiële ondernemers vervullen daarbij een poortwachtersrol en zij dienen hun onderneming en dienstverlening niet ter beschikking te stellen voor witwashandelingen.²² Dit geldt overigens tevens voor andere professionele dienstverleners zoals accountants, notarissen en advocaten, die echter niet onder het Wft-toezicht vallen. Dit aspect moest daarom separaat geregeld worden. Voor financiële instellingen geldt dat witwaspreventie onderdeel is van zowel de eis van een integere bedrijfsvoering alsook van een beheerste bedrijfsvoering.

In de artikelen 3:10 Wft-3:17c Wft is geregeld wat verstaan dient te worden onder een *integere* bedrijfsvoering. Deze omvat minstens: het tegengaan van belangenverstrengeling, het tegengaan van strafbare feiten gepleegd door de financiële instelling en/of haar medewerkers, het tegengaan dat cliënten het vertrouwen in de financiële onderneming of de financiële markten

schaden en (ruim geformuleerd) dat wordt tegengegaan dat ander handelen door financiële ondernemingen en haar medewerkers worden verricht die op dusdanige wijze ingaan op hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, waardoor het vertrouwen in de onderneming of de financiële markten ernstig kan worden geschaad. Het voorkomen dat criminelen hun onwettige opbrengsten witwassen via de producten en diensten van financiële instellingen valt integraal onder de reikwijdte van de artikelen 3:10-3:17c Wft.

De eisen die gesteld worden aan een *beheerste* bedrijfsvoering zijn neergelegd in hoofdstuk 4 van het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr). Artikel 17 Bpr bepaalt dat onder een beheerste bedrijfsvoering minstens wordt verstaan: een duidelijke en adequate organisatiestructuur, duidelijke verdeling van taken en bevoegdheden, adequate vastlegging van rechten en plichten, eenduidige rapportageverplichtingen en een adequaat systeem van informatievoorziening en communicatie. Hierbij ligt de prioriteit op interne controle, transparantie en risicomanagement.

De achtergrond van de vereiste beheerste en integere bedrijfsvoering van financiële instellingen is het beschermen van de integriteit van en het vertrouwen in de financiële sector. Het bestrijden van strafbare feiten is daarbij een logische voorwaarde. De eis van een integere bedrijfsvoering in de Wft is breder dan het verplicht weigeren van criminelen als klant. Dit omvat in wezen het hele compliance spectrum: vanuit de compliance verplichtingen in de Wft wordt van financiële instellingen gevergd dat zij opereren in lijn met geldende wet- en regelgeving, waaronder begrepen de financiële toezichtwetgeving, de Wwft en Sw 1977 en het WvSR (bewust of onbewust medeplegen).²³ Financiële instellingen, beleidsbepalers, leidinggevenden en werknemers dienen te handelen binnen de grenzen van de wet. Schending van toezichtrechtelijke en sanctiebepalingen kan leiden tot bestuurlijke boetes, andere sancties en ook tot strafrechtelijke vervolging. Ten aanzien van de interne preventie van strafbare feiten is een beheerste bedrijfsvoering daarom van cruciaal belang. Transparante bedrijfsprocessen en goed geoperationaliseerde functies als legal, compliance, riskmanagement en interne

accounting vervullen daarin een rol. Uiteindelijk wordt de toon gezet door de leidinggevenden, zij vervullen een voorbeeldrol en kunnen gevolgen verbinden aan integriteitsschendingen van werknemers. Dit verlangt de Wft ook als zodanig van hen.

Ten aanzien van het weren van criminele klanten en ter bestrijding van witwassen is een doeltreffend CDD-beleid als gezegd onmisbaar. Daarmee wordt ook de brug geslagen met de eisen die de Wwft en Sw 1977 stellen aan een integer cliëntbeleid. Ook fraudebestrijding is daarbij van belang: als een financiële instelling een cliëntrelatie is aangegaan en er blijkt sprake te zijn van fraude dan is de instelling verplicht om maatregelen te treffen. Ook fraude tast de integriteit van de instelling en de sector aan en het tegengaan van fraude kent daarom een aantal instrumenten, met name opname in het Intern Verwijzingsregister, het Incidentenregister en het Externe Verwijzingsregister. Het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen verplicht tot het nemen van deze maatregelen. Bescherming van de belangen en de integriteit van de eigen instelling en van de sector staat daarbij voorop. Het opnemen in een van de verwijzingsregisters levert op zich geen meldplicht op richting FIU-Nederland, de FIOD of het OM. Hierin is een verschil gelegen met de naleving van de Wwft-vereisten ten opzichte van het Wft-regime.

5. Integere bedrijfsvoering en de Wwft en Sw 1977

De Wwft heeft een breder toepassingsbereik dan de Wft: meer ondernemingen en sectoren vallen onder Wwft toezicht dan onder de Wft, in lijn met de verplichtingen uit de Europese anti-witwasrichtlijnen. Met het toezicht op de naleving en handhaving van de Wwft zijn belast de bij besluit van de toezichthoudende autoriteit aangewezen personen en de deken, bedoeld in artikel 45a, eerste lid, van de Advocatenwet (artikel 24 Wwft). Toezichthoudende autoriteiten (artikel 1d Wwft) zijn de bestuursorganen DNB, AFM, het Bureau Financieel Toezicht, de deken voornoemd, de minister van Financiën (lees: de Belastingdienst, voor met name natuurlijke personen), en de Kansspelautoriteit.

Integriteitsrisico's dienen door financiële instellingen te worden bestreden op grond van de Wft, Bpr, Wtt, Wwft en Sw 1977. Een doeltreffende naleving van deze verplichtingen vereist zoals reeds meermaals gezegd een bedrijfsvoering die gericht is op het beheersen van integriteitsrisico's. Corruptie, fraude, belangenverstrengeling en fiscale delicten vallen onder integriteitsschendingen,²⁴ maar de bepalingen in de Wwft richten zich vooral op witwassen en terrorismefinanciering. De Leidraad Wwft en Sw bevat de instructies en richtsnoeren die financiële instellingen dienen te hanteren bij de uitvoering van hun compliance verplichtingen. Met de Leidraad Wwft en Sw concretiseert DNB de eisen en criteria die gelden op grond van de Wwft en Sw 1977. Alleen de integriteitsrisico's die samenhangen met witwassen en terrorismefinanciering vallen onder de reikwijdte van de beheersingsmaatregelen die in de Leidraad vermeld worden. Het is echter ook zo dat volledige en doeltreffende naleving van de compliance verplichtingen in de Leidraad Wwft en Sw zal bijdragen aan de preventie van integriteitsschendingen die buiten de directe sfeer en het toepassingsbereik van Wwft en Sw 1977 liggen. De Leidraad Wwft en Sw eist van het beheersingskader voor integriteitsrisico's dat systematische analyses van integriteitsrisico's (SIRA's) plaatsvindt, daaronder begrepen de risico's van witwassen en terrorismefinanciering. Tevens dient een risicobereidheid te worden vastgesteld op grond van de analyse van de integriteitsrisico's. In de Leidraad Wwft en Sw (p. 11) is dit weergegeven in een vorm met vier schijven: (1) risico-identificatie (landen, cliënten en leveringskanalen, producten diensten en transacties, werknemers, interne cultuur en 'third parties'), (2) risicoanalyse (kans dat een risico zich voordoet, impact: kosten of schade wanneer een risico zich heeft voorgedaan), (3) risicomonitoring en herziening (herzien van risicoanalyse, compliance en auditprogramma's) en (4) risicobeheersing (beleid en procedures, systemen en controles). In het verlengde hiervan moet een toereikend groepsbeleid worden opgesteld, gericht op risicobeheersing en integer handelen. Dit beleid dient te worden uitgewerkt in gedragscodes, procedures en maatregelen. Deze maatregelen dienen regelmatig getoetst te worden en desnoods te worden aangepast aan de hand van de uitkomsten van de toets. Instellingen als bedoeld in artikel 2d Wwft dienen te

beschikken over een onafhankelijke en effectieve compliance functie en, indien van toepassing en voor zover passend bij de aard en de omvang van de instelling, draagt een instelling er zorg voor dat op onafhankelijke wijze een auditfunctie wordt uitgeoefend ten aanzien van haar werkzaamheden. De auditfunctie controleert de naleving door een instelling van de bij of krachtens deze wet gestelde regels en de uitoefening van de compliance functie. In de Leidraad wordt evenveel waarde gehecht aan integer bestuur en leiderschap als aan integere en beheerste processen en bedrijfsvoering. De dagelijks beleidsbepalers zijn verantwoordelijk voor het zorgdragen dat de instelling geen cliënten accepteert die integriteitsrisico's met zich brengen. Vanuit intern perspectief valt het opzetten, onderhouden en monitoren van een doeltreffend intern beheersingsbeleid onder de professionele en persoonlijke verantwoordelijkheid van beleidsbepalers en leidinggevendenden. De dagelijks beleidsbepalers dienen goedkeuring te geven aan gedragslijnen maatregelen en procedures die erop gericht zijn om witwasrisico's tegen te gaan. Deze instrumenten van zelfregulering vormen in wezen de materiële invulling van de normen uit de toezichtwetgeving.²⁵

Ten aanzien van de organisatorische maatregelen die getroffen dienen te worden om compliant te zijn met de Leidraad Wwft en Sw kan een vergelijking gemaakt worden met het hanteren van het 'three lines of defense' model.²⁶ Binnen dit model zijn de beleidsbepalers de eerste verdedigingslinie tegen wetsovertredingen en integriteitsschendingen. De compliance en risk functies vormen de tweede verdedigingslinie en de auditfunctie is de derde verdedigingslinie. De externe accountant kan nog genoemd worden als een vierde - externe - verdedigingslinie. Vanuit praktisch oogpunt zijn opleiding, training en awareness van personeel van groot belang. Op deze wijze kan kennis worden genomen van de inhoud van de Wwft en Sw 1977 en de wijze waarop met deze verplichtingen dient te worden omgegaan. Een interne klokkenluidersregeling is vereist op grond van artikel 20a Wwft en stelt medewerkers in staat om intern Wwft overtredingen te melden. De Wwft vereist dat een dergelijke melding op een onafhankelijke en anonieme wijze moet kunnen geschieden. Als back-up en ter aanvulling op interne

klokkenluidersregelingen is er het Meldpunt Misstanden DNB. Medewerkers van financiële instellingen kunnen daar verdenkingen van fraude, corruptie en overtredingen van wet- en regelgeving melden.

De Wwft, Sw 1977 en de Wft stellen vérgaande eisen aan het CCD-beleid van financiële instellingen. Uitgangspunt hiervan is de gedachte dat slechts op deze wijze instellingen in staat zijn om in voldoende mate kennis te nemen van hun actieve en potentiële klanten, en deze te weigeren als een vermoeden bestaat dat zij het vertrouwen in en de integriteit van de instelling kunnen schaden.

Het gewenste CDD-beleid valt uiteen in drie elementen: cliëntenonderzoek, transactiemonitoring en het melden van ongebruikelijke transacties. In de artikelen 3 tot en met 11 Wwft zijn de eisen neergelegd die gelden voor het cliëntenonderzoek. Het cliëntenonderzoek mag voor een groot gedeelte risico-gebaseerd zijn. In wezen betreft dit de toepassing van een soort typologieën: iedere cliënt wordt onderzocht, maar de intensiteit en omvang van het onderzoek wordt bepaald door de aanwezigheid van risicoverhogende factoren.

In het kader van cliëntenonderzoek is de invoering van het UBO-register een significante stap. Dit register beoogt een antwoord te zijn op ingewikkelde en verholde eigendoms- en zeggenschapsstructuren die opzettelijk zijn gecreëerd met als doel om de werkelijk belanghebbenden uit beeld te houden. Met name het gebruik van constructies met buitenlandse rechtspersonen om de identiteit van criminelen buiten beeld te houden moet daarbij worden tegengegaan (overigens is de voorgenomen invoering per 10 januari 2020 niet gehaald, het kabinet is voornemens invoering in het voorjaar 2020).²⁷ Het register zal de vaststelling van de identiteit van cliënten vergemakkelijken en daarmee het CCD-beleid versterken.

Transactiemonitoring is onmisbaar in een doeltreffend anti-witwasbeleid en risico-identificatie vormt hierin de eerste stap. Witwasrisico's worden geïdentificeerd en vastgelegd in de SIRA die vervolgens worden geïncorporeerd in de interne bedrijfsprocessen en het beleid en de procedures. De derde pijler van

het anti-witwasbeleid dat geldt voor instellingen die onder Wwft-toezicht vallen is de meldplicht ongebruikelijke transacties. De wettelijke grondslag van de meldplicht is artikel 16 Wwft en in het Uitvoeringsbesluit 2018 Wwft zijn de indicatoren opgenomen die aangeven welke transacties als verdacht aangemerkt dienen te worden. Voor banken zijn toepasselijke indicatoren als volgt:

‘Een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme. Een transactie van of ten behoeve van een (rechts)persoon die woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft in een staat die op grond van artikel 9 van de vierde anti-witwasrichtlijn in gedelegeerde handelingen van de Europese Commissie is aangewezen als een staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme. Een transactie voor een bedrag van € 10.000,- of meer, waarbij contante omwisseling in een andere valuta of van kleine naar grote coupures plaatsvindt. Een contante storting voor een bedrag van € 10.000,- of meer ten gunste van een credit card of een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card). Het gebruik van een credit card of een vooraf betaald betaalinstrument (prepaid card) in verband met een transactie voor een bedrag van € 15.000,- of meer. Een geldtransfer voor een bedrag van € 2.000, of meer, tenzij het een geldtransfer betreft door een instelling die de afwikkeling van bedoelde geldtransfer overlaat aan een andere instelling waarop de meldingsplicht, bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de wet, eveneens van toepassing is.’

Het witwasrisico van levensverzekeringsproducten wordt als beduidend lager ingeschat ten opzichte van bankproducten en dienstverlening. De FATF heeft voor levensverzekeraars ook indicatoren geformuleerd die in Nederland dienen te worden toegepast op grond van de Wwft, het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en de Leidraad Wwft en Sw. Enkele typologieën die duiden op het misbruik van verzekeringen voor witwassen zijn: eenmalige hoge stortingen op polissen, premiebetalingen uit een hoog-risicoland, verhuizingen van een premiebetaler of begunstigde naar een hoog-risicoland, het afkopen van polissen die slechts kort hebben gelopen. De overige typologieën zijn

na te lezen op pagina 40 van de Leidraad Wwft en Sw. De meldplicht wordt geoperationaliseerd door de processen en procedures die zijn gericht op het herkennen en identificeren van witwasrisico's.

Zodra een organisatie bekend is met een ongebruikelijke transactie dient deze direct gemeld te worden aan FIU-Nederland. Instellingen die onder toezicht staan melden zich aan bij FIU-Nederland, gericht op het verkrijgen van toegang tot het meldportaal. Het verzaken van de meldplicht en de daarvoor noodzakelijke interne processen en beheersingssystemen stelt de organisatie en haar leidinggevenden bloot aan het risico van boetes van de toezichthouders en, in ernstige gevallen, aan strafrechtelijke vervolging. Mede onder invloed van de vijfde Europese anti-witwasrichtlijn is de dreiging van punitieve sancties toegenomen, voor witwassers en de organisaties die witwassen bewust of onbewust faciliteren.

6. Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk

Centraal in deze bijdrage stond de vraag in hoeverre *de nalevingsverplichtingen die voortvloeien uit de Wwft en Wft verschillen en hoe deze verschillen moeten worden geduid mede in het licht van de gereviseerde Leidraad Wwft en Sw.*

Zowel de Wft als de Wwft stellen gedetailleerde eisen aan de bedrijfsvoering van financiële instellingen. Een verschil tussen beide regimes is dat (alleen) kort gezegd financiële ondernemingen onder Wft-toezicht vallen (artikelen 1:1-1:129 Wft), terwijl onder het Wwft-toezicht ook niet-financiële ondernemingen en andere entiteiten, natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen vallen (artikel 1a Wwft).

Wat beide toezichtregimes overeenkomstig hebben zijn de eisen gericht op het inrichten en voeren van een integere en beheerste bedrijfsvoering. Daarbij staat centraal een doeltreffend CDD-beleid gericht op het identificeren van cliënten en het waarnemen van integriteitsrisico's. Op grond van de Wwft en Sw 1977 is dit 'ken uw klant' beleid gericht op het beschermen van de integriteit van de

onderneming en sector (de poortwachtersfunctie) en op het melden van vermoedens van witwassen en daarmee samenhangende ongebruikelijke transacties en risicoanalyses. Deze meldplicht plaatst ondernemingen die onder Wwft-toezicht vallen feitelijk in een opsporingsrol. De daadwerkelijke opsporing en mogelijk daaruit voortvloeiende vervolging ligt echter bij overheidsinstanties, met name de politie, het OM en de FIOD. Een tekortkoming in de interne beheersingsprocessen en maatregelen gericht op het detecteren en voorkomen van witwassen stelt de betreffende organisaties zelf potentieel bloot aan boetes en vervolging. Hierin valt een wezenlijk verschil te herkennen tussen het Wwft en het Wft-toezichtregime. De eisen uit de Wft en het Bpr, gericht op het inrichten en voeren van een integere en beheerste bedrijfsvoering, vloeien primair voort uit het doel om de integriteit in en het vertrouwen van de sector te beschermen. Als financiële instellingen misbruikt worden door misdadigers en kwetsbaar zijn voor financiële misdaad dan tast dit de integriteit van de sector aan. Dit dient voorkomen te worden en de financiële instellingen en sector hebben hierin actieve compliance verplichtingen. Ook de Wft stelt eisen aan de inrichting van de bedrijfsvoering en de interne controle gericht op transparantie en een doeltreffende bestuursstructuur. De overkoepelende verantwoordelijkheid voor deze aspecten ligt bij de bestuurders en beleidsbepalers. Een goed functionerend CDD-beleid is een onmisbare schakel in de bescherming en borging van de integriteit van financiële ondernemingen. Cliënten die een risico vormen ten aanzien van strafbare feiten of andere malversaties dienen geweerd te worden. Het signaleren, herkennen en analyseren van verdachte cliëntdossiers en transacties zijn voorname CDD-instrumenten.

Ten aanzien de bedrijfsvoering, beheersingssystemen en het klantbeleid kan op hoofdlijnen gesteld worden dat de Wwft en Wft (en aanverwante financiële wetgeving) vergelijkbare eisen stellen. De Wwft en Sw 1977 operationaliseren het begrip onderneming echter op een andere wijze dan de Wft. Het belangrijkste doel van de Wft, het Bpr en het BGfo is de bescherming van de integriteit en betrouwbaarheid van de financiële sector, als onderdeel van het overkoepelende prudentiële financiële toezicht gericht op de stabiliteit en

continuïteit van financiële ondernemingen en sectoren. De Wwft en Sw 1977 hebben als voornaamste doelstellingen het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering en de compliance verplichtingen die voortvloeien uit deze wetgeving gaan verder dan de eisen uit de Wft. Dit verder reikende karakter blijkt met name uit de meldplicht en de 'ken uw klant' vereisten uit de Wwft, Sw 1977 en de Leidraad Wwft en Sw, die uitgebreider zijn dan artikelen 4:23 en 4:24 Wft. Voor grote financiële ondernemingen is het zaak dat de compliance, legal en risk-functies toereikend en voldoende operationeel zijn. Deze verdedigingslijnes zijn onmisbaar in een bedrijfsvoering die in lijn is met de huidige eisen die voortvloeien uit de Wwft en Wft. Uiteindelijk dienen het bestuur, de beleidsbepalers en feitelijk leidinggevend 'in control' te zijn over het beleid, de interne beheersingsprocessen, productontwikkelingen en alle facetten van het klantbeleid. In het licht van de aangescherpte en uitbreidende Europese anti-witwasrichtlijnen blijkt dit de enige prudente strategie te zijn. Voor natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen geldt dat de Wwft de bakens zet voor effectieve bestrijding van maatschappelijk onwenselijke criminele activiteiten.

Noten

1. Zie verder: F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen: een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van art. 420 bis Sr.*, Deventer: Kluwer 2016.
2. DNB, *De integriteitsrisicoanalyse - meer waar dat moet, minder waar dat kan*, Amsterdam: DNB 2015.
3. Deze vorm van het KYC-beginsel dient te worden onderscheiden van de verplichtingen die voortvloeien uit artikelen 4:23 Wft en 4:24 Wft (het KYC-beginsel in relatie tot zorgvuldige financiële dienstverlening). Zie: *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 512-515, K.W.H. Broekhuizen, in: *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:23 Wft, aant. 6.1.
4. DNB, *Visie op toezicht 2018-2022*, Amsterdam: DNB p. 33, DNB, *Good Practice Integrity Risk Appetite*, Amsterdam: DNB 2017, p. 7.
5. Na een consultatie van DNB in juni en september 2019.

6. Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.
7. Zie: P.C. van Duyne & M. Levi, *Drugs and money. Managing the drug trade and crime-money in Europe*, Abingdon, UK: Routledge 2005, zie ook: P.C. van Duyne, J.H. Havey & L.Y. Gelemrova, *The critical handbook of money laundering: policy, analysis and myths*, London: Palgrave Macmillan 2018.
8. Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.
9. J. Ferwerda, *The Economics of Crime and Money Laundering - Does Anti-Money Laundering Policy Reduce Crime?*, Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 08-35 (2008), L. Gelemerova, *The anti-money laundering system in the context of globalisation*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
10. Zie ook: M. van den Broek, *Preventing money laundering: a legal study on the effectiveness of supervision in the European Union*, The Hague: Eleven International Publishing 2015
11. Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.
12. Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie.
13. <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2019/04/04/ubo-register-vanaf-januari-2020-in-werking> en <https://www.amlc.nl/wetgeving-ubo-register/>
14. Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

15. Richtlijn (EU) 2018/1673 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 inzake de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld.
16. Zie ook:
<https://www.ploum.nl/update-de-zesde-anti-witwa-srichtlijn/>
17. M. Stouten, *De witwasmeldplicht - Omvang en handhaving van de Wwft-meldplicht voor juridische en fiscale dienstverleners*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.
18.
<https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/anti-mon-ey-laundering-centre-amlc-lanceert-website>
19. *Kamerstukken II* 2015/16, 34455, nr.3, p. 1.
20. Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik.
21. AFM, *Handel met voorwetenschap*, Amsterdam: AFM 2019.
22. D.A. Apperloo, T. van den Bergh & mr. R. Niewijk, 'De poortwachtersfunctie van banken: jongleren met wettelijke normen en maatschappelijke verwachtingen', *TvC* 2019-1.
23. M.D.H. Nelemans, 'Facilitators in financiële instellingen: de rol van governance, compliance en ethiek', *Strafblad* 2018-3.
24. E. Kolthoff & S. Khonraad, 'Ondermijnende aspecten van georganiseerde criminaliteit en de rol van de bovenwereld', *Tijdschrift voor Criminologie*, 58:2, 2016.
25. Zie tevens: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 22.
26. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Internal control - integrated framework - Framework and Appendices*, New York: COSO 2012, p. 144, DNB, Good Practice Integrity Risk Appetite, Amsterdam: DNB 2017, p. 7.
27. T.J. van Koningsveld, *De offshore wereld ontmaskerd*, Zeist: Kerckebosch Uitgeverij 2016.