

NJB

Tijdschrift voor

Redactioneel /481

Appels en peren – *J.H. Nieuwenhuis*

Artikelen /482

Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles? – *C.L.G.F.H. Albers*

Europese klassiekers /497

Denk om de burens! De Belgische burenhinderleer na de Cassatiearresten van 6 april 1960 – *R.I.R. Hoop*

Kronieken /502

Kroniek Algemeen – *E.H. Hondius*

(Schade)verzekeringsrecht – *N. van Tiggele-van der Velde*

Rechtspraak /520

Het startpunt van de subjectieve verjaringstermijn bij een vordering uit onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad – *H. Schelhaas*

Rechtspraak kort /525



10052990

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

Ere-redacteur

prof. mr. E.H. Hondius

Hoofredactie

prof. mr. G.E. van Maanen

Redactie

prof. mr. S.E. Bartels
mr. W.Th. Braams
prof. mr. F.W. Grosheide
prof. mr. K.F. Haak
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. H.J. Snijders
mr. W.L. Valk
prof. mr. A.F. Verdam

Redactiesecretaris

mr. drs. G.G. Heslen
Capgroep privaatrecht
Universiteit Maastricht
Postbus 616
6200 MD Maastricht
e-mail: G.Heslen@pr.unimaas.nl
tel.: 043-3883542
fax: 043-3884868

Medewerkers

mr. A.L. Croes
mr. E.F.D. Engelhard
mr. N. Frenk
prof. mr. T. Hartlief
prof. mr. W.G. Huijgen
prof. mr. C.E.C. Jansen
mr. Y. Konijn
mr. M.E. Koppenol-Laforce
mr. R.J.P. Kottenhagen
prof. mr. C.H. van Rhee
prof. mr. G.J. Rijken
prof. mr. J.G.J. Rinkes
mr. A.C. van Schaick
mr. H.N. Schelhaas
prof. mr. E.J.H. Schrage
prof. mr. J.M. Smits
prof. dr. F. Sonneveldt
mr. L.P.W. van Vliet
prof. mr. B. Wessels
mr. L.F. Wiggers-Rust
prof. mr. M.H. Wissink

Grafische vormgeving

Bert Arts BNO

Standaardpublicatievoorwaarden

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Abonnementenadministratie:

Kluwer Afdeling Klantcontacten
Postbus 878
7400 AW Deventer
tel. 0570-673449
automatische bestellijn 0570-673511
telefax 0570-691555
e-mail juridisch@kluwer.nl
Ook adres-/naamwijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Abonnementsprijs 2005:

€ 122,50 per jaar, incl. BTW en verzendkosten
Opbergband € 22,58
Losse nummers: € 16,36
NTBR verschijnt 10 x per jaar

Abonnementen:

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen. Abonnementen kunnen, alleen schriftelijk, tot uiterlijk drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

Citeerwijze:

Aangezien van dit tijdschrift ook een elektronische versie verschijnt/zal verschijnen, zijn met ingang van 2004 de bijdragen (artikelen, rubriek(sonderdelen) e.d.) voorzien van publicatienummer en zijn de bronvermeldingen gestandaardiseerd. Dit brengt ook

een wijziging voor de citeerwijze van het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht met zich mee: NTBR 2005, 1, p. ... (afkorting tijdschrift, jaartal, publicatienummer, paginering).

NTBR is een uitgave van Kluwer BV

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

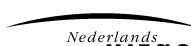
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

KLUWER 

Reprorecht:

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

ISSN 0927-2747


Nederlands
uitgeversverbond
**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Appels en peren*

Recent empirisch onderzoek bracht aan het licht dat het voor rechtenstudenten lastig valt te bepalen wat zwaarder is: een kilo appels of een kilo peren. De één schatte een kilo appels op anderhalve kilo. De ander wist het zeker: een zak met een kilo peren woog beslist niet meer dan één pond. Is dit verontrustend nieuws? Later, als rechter, worden zij geacht in staat te zijn het *juridisch* gewicht te bepalen van de appels en peren van Lekkerkerker. Diens Golden Delicious (appels) en Gieser Wildeman (peren) werden aangevreten door vogels die, aangelokt door stadsvuilnis dat Vermeulen met vergunning van de overheid in de Mastwijkerplas stortte, zich ook te goed deden aan het op stam staand fruit in de boomgaard van Lekkerkerker.¹

Alom wordt een ontwikkeling geconstateerd in de rede-
neertrant van de rechter: van regeltoepassing naar afwe-
ging.² Ter beantwoording van de vraag of Vermeulen jegens
Lekkerkerker onrechtmatig heeft gehandeld, moet de
weegschaal worden gehanteerd. Hoe ernstig is de door
Lekkerkerker geleden schade? Ook zonder geavanceerde
rekenapparatuur is de boekhoudkundige voorlichting
nog wel te volgen. 'Inkomensschade: gemiddelde op-
brengst van appels en peren over 2 ha, 15 000 kg/ha à 30
ct per kg = f 9000.' Lastiger wordt het als volstrekt ongelijk-
soortige grootheden moeten worden gewogen. In het bur-
gerlijk recht valt heel wat af te wegen: belangen, kansen,
rechten. Zij vergen elk een eigen weegkunst.

Belangen; hoe zwaar weegt het belang van NS reizigers BV
om in geval van dood of letsel van een reiziger haar aan-
sprakelijkheid te kunnen beperken tot € 137 000? Is het voor
het 'beheersbaar houden van het ondernemersrisico' inder-
daad nodig de vergoeding van schade, geleden door de rei-
ziger die door schuld van NS beide benen verloor, te beper-
ken tot een fractie van de werkelijke schade?³ Welke vragen
moeten wetgever en rechter stellen als zij de hulp van de
natte vinger te mager achten?

Kansen; een jonge vrouw heeft haar man verloren door een
verkeersfout van een ander. Aangesproken tot vergoeding
van haar inkomensderving, voert de ander aan dat één op
drie huwelijken eindigt in echtscheiding. De kans is dus
aanzienlijk dat, ook indien het ongeval niet had plaatsge-
vonden, de vrouw toch niet levenslang door haar man
zou zijn onderhouden. Moet dit niet leiden tot een evenre-
dige vermindering van de schadevergoeding? Welke afwe-
ging moet worden gemaakt als we een iets ruimere bocht

willen nemen dan het Belgische Hof van Cassatie: 'Een der-
gelijk argument komt het Hof in het kader van huidig ge-
schil als niet pertinent dienend en zelfs eerder als ongepast
voor'?⁴

Rechten; Story publiceert een foto van Paul de Leeuw, zit-
tend achter het raam van zijn Amsterdamse woning met
zijn recent geadopteerde kind op schoot. Paul de Leeuw ziet
hierin een onrechtmatige daad. De rechtbank gaat na welk
recht zwaarder weegt: het recht van Paul de Leeuw op eer-
biediging van zijn persoonlijke levenssfeer of de vrijheid
van meningsuiting van het weekblad Story, dat de foto
had voorzien van een begeleidende tekst: 'Gewoon even
knuffelen met je baby zonder ook maar iets anders aan je
hoofd te hebben.' De rechtbank is van oordeel dat in dit ge-
val het eerste recht (eerbiediging van de persoonlijke le-
venssfeer) zwaarder weegt.⁵ Mag hierbij het soortelijk ge-
wicht van dit type drukpers een rol spelen? Verdient
infotainment minder bescherming dan een opiniërend arti-
kel waarin de foto dient ter illustratie van een bijdrage over
de (on-)wenselijkheid van adoptie door homoparen?

Belangen, kansen, rechten; het dagelijks rantsoen van advo-
caten en rechters. Wat opvalt in de aanzwellende stroom
rechtsvindingsliteratuur, is de geringe aandacht die daarin
wordt besteed aan de methode van het wegen van deze drie
grondstoffen van het rechtsoordeel. Als deze intellectuele
verwaarlozing berust op de gedachte dat buiten regeltoe-
passing in strikte zin slechts plaats is voor irrationele facto-
ren, zoals de 'sprong' van Scholten en 'de door ervaring ge-
schoolde intuïtie' van Bregstein, is sprake van misverstand.
Rechtseconomen laten ons weten dat de geldwaarde van
'een statistisch mensenleven' € 2 000 000 bedraagt.⁶ Welk
gewicht moeten we aan deze informatie hechten in het de-
bat over het al dan niet vergoeden van affectieschade? Een
oude, doch springlevende wet over het afwegen van belan-
gen wijst hier de weg. De categorische imperatief van Kant
houdt het verbod in om aan het leven van één verkeers-
slachtoffer – statistisch of niet – evenveel waarde toe te ken-
nen als aan twintig *Range Rovers*. Kortom, waar thans zeker
een markt voor is, is een rechtgeleerde Simon Stevin, dit-
maal met een rechtgeleerde versie van zijn *Beghinselen
der Weeghconst*, Leiden 1586.

J.H. Nieuwenhuis

* Citeerwijze: J.H. Nieuwenhuis, 'Appels en peren', *NTBR* 2005, 79.

1 HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278.

2 Zie bijv. R. de Lange, *Publiekrechtelijke Rechtsvinding*, p. 243 en W.J. Witteveen, *Van wetstoepassing naar belangenafweging?*

3 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *Njf.* 2004, 543.

4 Hof van Cassatie 16 december 2004, nr. RC 04CG7.

5 Rb. Amsterdam 7 mei 2003, LJN: AF8332.

6 G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1935.

Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving

De geest uit de fles?*

Nr. 80

C.L.G.F.H. Albers**

1. Inleiding

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van een overheidslichaam¹ voor schade die (mede) het gevolg is van gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving trekt, getuige de recentelijk hierover verschenen literatuur², de aandacht. Op zich is dat niet vreemd. De vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam hebben ongetwijfeld de discussie (verder) in gang gezet.

Veel rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht³ en ontoereikende handhaving is er nog niet.⁴ Uit de voorhanden zijnde jurisprudentie volgt dat het tot op heden zelden tot een succesvolle aansprakelijkheidsstelling van een overheidslichaam is gekomen.⁵ De uitspraken waarin wel is geoordeeld tot aansprakelijkheid bieden niet veel algemene aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag wanneer een openbaar lichaam gehouden is schade te vergoeden. Bovendien is de rechtspraak soms tegenstrijdig.

In deze bijdrage worden, gelet op de bestaande onduidelijkheid, enige materiële criteria in kaart gebracht die de rechter als uitgangspunt zou kunnen nemen bij beantwoording van de vraag of een openbaar lichaam, náást de overtreder⁶, (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade die een burger (niet zijnde de vergunninghouder) geleden heeft ten gevolge van gebrekkig toezicht dan wel ontoereikende handhaving. De nadruk zal in deze bijdrage liggen op toezicht en handhaving door de 'klassieke overheden'⁷ die zich met name bezig houden met toezicht en handhaving op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht⁸ en het milieurecht.

2. Afbakening ten opzichte van de 'besluitenaansprakelijkheid'

De in deze bijdrage aan de orde zijnde aansprakelijkheid staat in beginsel lós van de zogenaamde 'besluitenaanspra-

* Citeerwijze: C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?', *NTBR* 2005, 80.

** Karianne Albers is als universitair docent bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage is een – op verzoek van de redactie van *NTBR* – geactualiseerde, ingrijpende bewerking van een in juni 2004 in het *NTB* verschenen artikel (C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, 32, p. 201-211 (hierna: Albers (2004a)).

1 Naast overheidslichaam zal hierna ook soms worden gesproken over, (het meeromvattende begrip) rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht, overheid en het openbaar lichaam (de overigens belangrijke dogmatische verschillen tussen genoemde begrippen worden in het kader van deze bijdrage buiten beschouwing gelaten).

2 Zie o.m. Albers (2004a); I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005 (met verdere verwijzingen); A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, *Handelingen NJV*, 2005-I, Deventer: Kluwer 2005 (NJV-preadvies), p. 1-124; T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter?' (bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum), *NJB* 2005/22 (hierna Hartlief (2005a)) en T. Barkhuysen en M. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in de bundel: *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, red. T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak, Deventer: Kluwer 2005, p. 282-321.

3 De nadruk zal in deze bijdrage liggen op gebrekkig 'handhavings-toezicht' in de zin dat: 'bij burgers (...) wordt nagegaan of zij de voorschriften die op hen van toepassing zijn, metterdaad naleven.' Zie: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuurs-*

recht, dertiende druk, Den Haag 2005, p. 426. Zie over de begrippen toezichthouder en toezicht ook Van Rossum (2005) hfdst. 2 en Giesen (2005) hfdst. 2.

4 Vgl. B.P.M. van Ravels in zijn kroniek: 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2003, p. 232-245, i.h.b. p. 239.

5 Vgl. bijv. de Rechtbank Den Haag inzake de vuurwerkramp te Enschede (Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers). Anders: Giesen (2005) p. 143. Hij vat de term 'toezicht' daarbij wel veel ruimer op (zie Giesen (2005) p. 120-134). Bij zijn analyse betreft hij bijv. ook het toezicht van een kleuterleidster op de speelplaats en de aansprakelijkheid van de school als het dan mis gaat (zie: Rb. Zwolle 27 januari 1999, *VR* 2000, 26 (Bijlefeld/Vereniging van Scholen met de Bijbel voor Basisonderwijs in de Noordoostpolder)). In zijn jurisprudentieanalyse gaat veel aandacht uit naar 'toezicht' in 'zuiver' privaatrechtelijke relaties (psychiatrische instellingen, sportverenigingen en recreatieoordelen) terwijl de *overheidsaansprakelijkheid* voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving in het kader van het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht (denk aan Enschede en Volendam) buiten beschouwing blijft.

6 Het spreekt voor zich dat deze – als primaire dader – óók aansprakelijk is voor schade ontstaan tengevolge van de door hem begane overtreding.

7 Zoals bijv. het college van burgemeester en wethouders (met de rechtspersoon gemeente als privaatrechtelijk toerekeningsobject). De term 'klassieke overheden' is ontleend aan Hartlief (2005a) die spreekt over 'klassieke overheden' en 'nieuwe toezichthouders'. Deze laatste categorie opereert met name in de financiële- en economische sfeer (denk aan OPTA, Nma, AFM, en de Voedsel en Warenautoriteit).

8 Waaronder o.m. valt: ruimtelijke ordening (bestemmingsplan), milieu (milieuvergunning), bouwen en wonen (bouwvergunning, gebruiksvergunning) en brandveiligheid.

kelijkheid'. Van 'besluitenaansprakelijkheid'⁹ is sprake als een openbaar lichaam aansprakelijk wordt gesteld omdat het (daartoe bevoegde bestuursorgaan) bij besluit (in de zin van art. 1:3 Awb) ten onrechte heeft geweigerd niet handhavend op te treden of als er sprake is van het nemen van een ontoereikend handhavingsbesluit. Heeft de bestuursrechter een besluit (waarin bijvoorbeeld wordt geweigerd te handhaven) vernietigd dan staan daarmee, in het kader van een vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter, voor deze rechter onrechtmatigheid en schuld in beginsel vast.¹⁰ Hij moet immers het (onrechtmatigheids)oordeel van de bestuursrechter naar geldend recht volgen.¹¹ In deze bijdrage gaat het primair om 'zelfstandige' aansprakelijkheid buiten de sfeer van (genomen) handhavingsbesluiten. De gelaedeerde burger zou mijns inziens indien hij schade lijdt tengevolge van gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving (een nalaten), dat los staat van besluitvorming als zodanig, in de regel bij de civiele rechter ontvangen moeten worden.¹² Van belang is dat de civiele rechter in ieder geval het *volgen* van de bestuursrechtelijke weg (bijvoorbeeld door het uitlokken van een handhavingsbesluit) niet noodzakelijk acht voor aansprakelijkheidsstelling. Is ten onrechte geen, dan wel onvoldoende, toezicht gehouden of niet gehandhaafd

en ontstaat dientengevolge schade dan staat de weg naar de civiele rechter open.¹³ Deze opvatting, die ook de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt te zijn toegedaan¹⁴, verdient instemming. Soms heeft het uitlokken van een handhavingsbesluit namelijk geen zin (meer). Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de 'ramp' zich al heeft voltrokken.¹⁵ Bovendien is de toegang tot de civiele rechter van belang om de burger een mogelijkheid te bieden tot vordering van schade indien een bestuursorgaan structureel weigert te handhaven en de burger reeds bij herhaling tot in hoogste instantie succesvol een weigeringsbesluit heeft aangevochten.¹⁶ Tenslotte verdient opmerking dat de burger (vooralsnog) meestal niet terecht kan bij de bestuursrechter met een klacht over ontoereikend toezicht aangezien de toezichthoudende taak in de regel een feitelijk handelen (eventueel *ter voorbereiding* van een handhavingsbesluit) betreft.¹⁷

Maar ook indien de burger wél een bestuursrechtelijke procedure heeft gevolgd of had kunnen volgen tegen een handhavings- of gedoogbesluit moet hij zich met een vordering tot schadevergoeding kunnen wenden tot de (civiele) rechter.¹⁸

Van belang is verder dat de formele rechtskracht¹⁹ van bijvoorbeeld een gedoogbesluit mijns inziens in de regel niet

9 Door Van Rossum (2005) weinig subtiel aangeduid als 'de gewone overheidsaansprakelijkheid' (zie o.m. p. 71). De aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten vormt slechts een van de vormen van overheidsaansprakelijkheid. Denk bijv. ook aan aansprakelijkheid voor: feitelijk handelen; rechtmatige besluiten (nadeelcompensatie); onrechtmatige rechtspraak en onrechtmatige wet- en regelgeving. Slechts ten aanzien van de 'besluitenaansprakelijkheid' kan worden gesproken van – wat Van Rossum noemt – een 'risico-aansprakelijkheid' (Van Rossum (2005), p. 75).

10 Zie: HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 m.nt. Borman (St. Oedenrode-Driessen) en HR 31 mei 1991, *AB* 1992, 290 m.nt. Van der Brug (Van Gog-Nederweert). Hiermee wordt – om redenen van procesdoelmatigheid – ten onrechte een onderscheid tussen onrechtmatigheid (in subjectieve zin) en ongeldigheid (in de zin van strijd met het objectieve recht) van een besluit ontkend. Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wonder wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?', in de bundel: *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, onder redactie van, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge en L. Timmerman, Deventer 2003, p. 515-545, i.h.b. p. 520 e.v. Zie ook Van Maanen die in zijn noot onder CRvB 28 augustus 2001 (*JB* 2001/259) spreekt over een 'simplistische gelijkshakeling van vernietiging van het besluit met civielrechtelijke onrechtmatigheid'. Anders dan Van Rossum meent is deze – door haar op p. 75 als 'risico-aansprakelijkheid' aangeduide – besluitenaansprakelijkheid niet (primair) het uitvloeisel van de verdelende rechtvaardigheid (Van Rossum (2005), p. 71 (een uitgangspunt dat aan schadevergoeding bij rechtmatige besluiten (nadeelcompensatie) wel ten grondslag lijkt te liggen (vgl. het beginsel *égalité devant les charges publiques*)). De verplichting tot schadevergoeding bij vernietigde besluiten houdt primair verband met de *vergeldende rechtvaardigheid* (zie over de – op de rechtvaardigheidsleer van Aristoteles terug te voeren – verdelende en vergeldende rechtvaardigheid: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, achte Auflage, Herausgegeben von E. Wolf und H-P. Schneider, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1973, p. 121 e.v.). De Hoge Raad heeft deze vorm van 'risico-aansprakelijkheid' bij vernietigde besluiten *met name* geïntroduceerd met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel, de rechtseenheid en de proceseconomie (de civiele (schadevergoedings)rechter is gebonden aan het onrechtmatigheidsoordeel van de bestuursrechter).

11 Vgl. G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, vierde druk, Deventer 2005, p. 99 e.v. Dit geldt overigens ook voor de bestuursrechter indien deze oordeelt over een schadeclaim terzake een vernietigd besluit.

12 Wat schade veroorzaakt door feitelijke (voorbereidings)handelingen of nalaten betreft kan de gelaedeerde zich in de regel tot de civiele rechter wenden (zie in dit kader: HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 561 (Janse/Noord-Brabant); Hof Arnhem 16 december 2003, *Gst.* 7201, nr. 26 m.nt. R.J.N. Schlössels (Winterswijk); HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 m.nt. M. Scheltema (V&D Groningen) en HR 2 februari 1990, *Gst.* 6915, nr. 6 m.nt. L.J.A. Damen (Bolsius)).

13 Zie bijv. HR 22 juni 2001, nr. C99/265HR, LJN-nr: AB2237 (Restaurant 'Boeddha'), Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 m.nt. Moesker (Ruurlo); Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Oudewater) en Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam).

14 ABRvS 15 januari 1998, *JB* 1998/36 m.nt. E. v.d. Linden (Stuiver-Waterschap Friesland), zie ook ABRvS 1 september 2004, *AB* 2004, 369 m.nt. De Gier (Illegale overslagactiviteiten loswal Nieuwegein).

15 Aangezien bij dergelijke rampen vaak geen (bestuursrechtelijk) handhavingsbesluit voorligt zal een gelaedeerde zich tot de civiele rechter wenden. Het bestuursrechtelijk traject wordt veelal gevolgd als er nog geen schade is of als er sprake is van overlast (stank, geluid) of waardevermindering van bijv. de woning van degene die het verzoek tot handhaving indient.

16 Illustratief in dit kader is de casus in: HR 25 oktober 2002, *JB* 2002/349 (Heeze-Leende) (i.h.b. r.o. 6.4.).

17 Vgl. ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004/58. Zie voorts: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005), p. 427.

18 Tenzij zich een in het arrest Groningen/Raatgever (HR 17 december 1999, *JB* 2000/4 m.nt. F.A.M. Stroink) uitgezonderde situatie voordoet. Dit laatste zou het geval zijn indien de gelaedeerde reeds een uitspraak van de bestuursrechter heeft verkregen betreffende de schade veroorzaakt door een appellabel besluit.

19 Zie m.b.t. het leerstuk van formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid Van Maanen en De Lange (2005), p. 95 e.v. Zie voorts: HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (Heesch/Van de Akker) en HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 m.nt. M. Scheltema (Aharchi/Bedrijfsvereniging).

afdoet aan een actie bij de civiele rechter.²⁰ In dat opzicht onderschrijf ik de opvatting dat de geldigheid van een besluit in objectieve zin niet zonder meer met zich brengt dat het besluit ook in alle opzichten jegens iedere burger rechtmatig is.²¹ Een besluit vormt bovendien slechts een ‘momentopname’ in het gehele bestuurlijke toezichts- en handhavingsproces. Het geeft dan ook geen pas een vordering – die niet is gericht op het aantasten van de geldigheid van een besluit – zonder meer af te wijzen met een beroep op de formele rechtskracht van het gedoogbesluit of wegens ‘eigen schuld’ van de gelaedeerde omdat hij geen gebruik heeft gemaakt van een bestuursrechtelijke rechtsgang.²² Steun voor deze opvatting kan indirect óók worden gevonden in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtsspraak. In een uitspraak van 17 juli 2002²³ heeft de Afdeling overwogen dat een gedoogbesluit niet in de weg staat aan handhaving. Ter beantwoording van de vraag of – ondanks de aanwezigheid van een gedoogbesluit²⁴ – gehandhaafd moet worden (en niet handhaven onrechtmatig is) hanteert de Afdeling de ‘beginselplicht-formule’.²⁵ Dit brengt mij tot de volgende slotsom. Bij beantwoording van de vraag of een openbaar lichaam aansprakelijk is in verband met gebrekkig toezicht of niet-handhaven dient de rechter naar mijn mening het handelen in zijn geheel te beoordelen. Een gedoogbesluit of een eerdere uitspraak van een bestuursrechter inzake de (on)rechtmatigheid van een handhavingsbesluit kán daarbij gewicht in de schaal leggen maar sluit aansprakelijkheid zeker niet uit.²⁶ Het gaat immers slechts om een momentopname. Dit klemt te

meer als een gedoogbesluit of rechterlijke uitspraak van oudere datum is.²⁷

3. Relevante rechtspraak

De schaarse bestaande rechtspraak over overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving²⁸ kan worden onderverdeeld in een aantal categorieën.²⁹ Enige uitspraken zien specifiek op de aansprakelijkheid van een openbaar lichaam voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving (zie par. 3.1.).³⁰ De gelaedeerde is in die gevallen een ander dan de vergunninghouder. Daarnaast zijn er uitspraken over aansprakelijkheid van het openbaar lichaam in geval de (bouw)vergunninghouder zélf schade lijdt doordat van overheidswege niet in voldoende mate gebruik is gemaakt van toezichts- dan wel handhavingsbevoegdheden (zie par. 3.2.).³¹ Voorts kan gewezen worden op rechtspraak die verband houdt met de aansprakelijkheid van een openbaar lichaam vanwege een bepaalde beheerstaak ten aanzien van een bepaalde (openbare) zaak (bijvoorbeeld een terrein, weg of watergang). Op aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder kom ik in par. 4 terug. De aansprakelijkheid van waterschappen in het kader van de zorg voor de waterkering en/of de waterhuishouding biedt weinig aanknopingspunten. Wat de zorgplicht van het waterschap inhoudt en hoever deze strekt wordt door de Hoge Raad van geval tot geval beoordeeld.³² Algemene aansprakelijk-

20 Vgl. B.J. van Ettekov en B. Schueler, ‘De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht’, in de bundel: *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, onder redactie van R.M. van Male e.a., Den Haag 2003, p. 155-175, i.h.b. p. 161-163 en p. 175; C.C. van Dam, ‘Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving’, in de bundel: *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* (A. Akkermans en E. Brans red.), Nijmegen 2002, p. 103 e.v. i.h.b. p. 106-107 en G.E. van Maanen, ‘Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)’, in de bundel: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag 2004, p. 45-66.

21 Zie R.J.N. Schlössels, ‘Weg met de besluiten aansprakelijkheid?’ in de bundel: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag 2004, p. 67-85, i.h.b. p. 74-75. Zie ook noot 10. In het kader van nadeelcompensatie lijkt de Afdeling reeds een dergelijk onderscheid te maken (zie ABRvS 12 november 2003, JB 2004/12, m.nt. R.J.N. Schlössels (Straatprostitutiegebied Heerlen)).

22 Zie hierover ook par. 4.3.4.4.

23 ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 404 m.nt. Neerhof (Illegale ontsluitingsweg Almen).

24 Dit gedoogbesluit zou, indien appellanten zich zouden hebben gewend tot de civiele rechter, zijn aangemerkt als een besluit met ‘formele rechtskracht’ omdat appellanten pas ruim negen maanden na afgifte van het gedoogbesluit gingen procederen (zie r.o. 2.5, de Afdeling vindt echter, evenals de rechtbank, dat er sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding).

25 Zie ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 404 m.nt. Neerhof (Illegale ontsluitingsweg Almen) r.o. 2.6. Zie m.b.t. de ‘beginselplicht’ tot handhaving voorts par. 4.1.

26 Vgl. Van Maanen (2004).

27 Zo ook: Vz. ABRvS 22 augustus 2005, LJN-nr. AU1743 (Gedoogbesluit ‘Vereniging Nationaal Jachtschietcentrum Berkenhorst’ Elspeet).

28 Zie voor een overzicht van rechtspraak die – op enigerlei wijze – in

verband kan worden gebracht met aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving Giesen (2005), p. 120 e.v.

29 De nadruk zal in deze bijdrage niet liggen op de rechtspraak betreffende aansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht in het financieel- en economisch bestuursrecht (denk bijv. aan aansprakelijkheid van toezichthouders als de Nederlandse Bank, De Pensioen- en Verzekeringkamer, de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandse Mededingingsautoriteit). Deze rechtspraak zal slechts zijdelings aan bod komen. Zie in dit kader o.m. de ‘Vie d’Or’ zaken: Hof Amsterdam 9 juli 1998, NJ 1998, 882; HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555 m.nt. Ma; Rb. Den Haag 13 juni 2001, NJ 2001, 445 en Hof Den Haag, 7 mei 2004, NJ 2004, 470. Zie ook: Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000/153 (Nusse Brink).

30 Ik wijs op HR 22 juni 2001, nr. C99/265HR, LJN-nr. AB2237 (Restaurant ‘Boeddha’); Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, p. 308 m.nt. Moesker (Ruurlo) en Rb. Utrecht 26 augustus 2003, JB 2003/304 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Oudewater). Buiten dit bestek valt bijvoorbeeld Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003, 169 (belaging SP-statenlid Oosterparkbuurt) waarin de gemeente Groningen en de politieregio Groningen hoofdelijk aansprakelijk werden gehouden voor onvoldoende bescherming van een statenlid en zijn gezin tegen relschoppers.

31 Zie: Roermond 23 december 1982, BR 1983, p. 533 (Onjuist peil); Rb. Leeuwarden 19 november 1997, BR 2000, p. 159 m.nt. Moesker (Sint Nicolaasga) en Hof Den Haag 7 februari 1989, BR 1989, p. 637 (Rijswijk). Zie ook het oude ‘Vijzelstraat-arrest’ waarin het Hof te Amsterdam concludeerde tot niet-aansprakelijkheid van de gemeente Amsterdam (Hof Amsterdam 28 juni 1962, NJ 1964, 228 (Vijzelstraat)).

32 Vgl. C.H.J. Brunner in zijn noot onder HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen). Zie m.b.t. aansprakelijkheid van een waterschap ook HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 (Waterschap Bargerbeek/Juurlink) en HR 30 januari 2004, NJ 2004, 270 (Boomkwekerij Poppelaars/Waterschap Mark en Weerij).

heidscriteria biedt de rechtspraak nauwelijks³³ en tot aansprakelijkheid heeft de Hoge Raad als ik het goed zie tot op heden vrijwel nooit geoordeeld.³⁴ Tenslotte kan de rechtspraak die ziet op 'besluitenaansprakelijkheid' soms van dienst zijn. Voorzover deze laatstgenoemde rechtspraak relevant is zal daar aandacht aan worden besteed.³⁵

■ 3.1. Aansprakelijkheid jegens derden

Wat betreft aansprakelijkheid voor schade die een derde (d.w.z. niet de vergunninghouder) lijdt ten gevolge van gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving is een aantal uitspraken van de civiele rechter relevant. Met name de uitspraken in de zaken 'Oudewater', 'Vuurwerk-ramp Enschede' en 'Caldic Chemie BV'³⁶ bieden enkele aanknopingspunten met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid voor schade ontstaan door gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving. Voordat ik daar op in ga komen eerst nog de zaken 'restaurant Boeddha' en 'Ruurlo' aan de orde.³⁷

In het Hilversumse restaurant Boeddha brak op 24 november 1988 brand uit waarbij doden en gewonden te betreuren waren. Eisers – die zich ten tijde van de brand in het restaurant bevonden – stellen onder meer de gemeente Hilversum aansprakelijk wegens onzorgvuldige en/of nalatige uitoefening van haar publieke taak om burgers tegen brand te beveiligen. Het restaurant was al jaren niet meer gecontroleerd op brandveiligheid evenmin had (het daartoe bevoegde bestuursorgaan van) de gemeente gecontroleerd of een voorgenomen verbouwing had plaatsgevonden en of daarbij conform de brandveiligheidsvoorschriften was verbouwd. De Hoge Raad gaat, gelet op de cassatiemiddelen, niet op de aansprakelijkheidskwestie in.³⁸ Daarmee houdt de opvatting van het Amsterdamse Hof, dat de gemeente niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade tengevolge van de brand, stand. In essentie komt de uitspraak van het hof er op neer dat uit de wettelijke regeling (de Brandveiligheidsverordening) in casu geen *verplichting* voor de gemeente voortvloeide om tussen het moment van de brand (november 1988) en de laatste brandveiligheidscontrole (uitgevoerd in 1983) wederom te controleren op brandveiligheid.³⁹ Van Dam heeft mijns inziens terecht kritiek op dit oordeel van het hof.⁴⁰ Dat uit een wettelijke regeling voor een overheidslichaam geen verplichting tot toezicht of handhaving voortvloeit sluit immers niet uit dat gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid kan leiden.⁴¹

Zowel in de zaak Ruurlo als in de zaak Oudewater wordt het openbaar lichaam wél aansprakelijk gehouden voor schade ontstaan door gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. In de zaak Ruurlo⁴² was sprake van zonder bouwvergunning gebouwde slaapkamers op een zolder van een vakantieboerderij. De zolderkamers hadden dakramen die zich bevonden op een hoogte van ongeveer 60 cm vanaf de vloer en die in strijd met de bouwverordening niet voorzien waren van een doorvalbeveiliging. De met bouw- en woningtoezicht belaste ambtenaar die de illegale verbouwing constateerde deelde niet aan de eigenaar van de boerderij mee dat er een doorvalbeveiliging moest worden aangebracht. In zijn rapport aan burgemeester en wethouders maakte hij evenmin melding van deze met de bouwverordening strijdige situatie (omdat hem niet duidelijk was dat er sprake was van een met de bouwverordening strijdige situatie, zo wordt namens de gemeente achteraf gesteld).

Enkele maanden later viel vervolgens, tijdens een stoeipartij, de 14-jarig Astrid Sterkenburg door het zolderraam. De verzekeringsmaatschappij, waarbij de ouders van de 14-jarige verzekerd zijn, spreekt naast de eigenaar van de kampeerboerderij ook de gemeente Ruurlo aan. Het Amsterdamse Hof komt aan de hand van een aantal sterk op de casus gerichte overwegingen tot de conclusie dat 'de fout om geen aandacht te besteden aan de ramen en in plaats daarvan zonder onderzoek van de ramen te vermelden dat de boerderij voldeed aan de eisen van de bouwverordening als een onrechtmatige daad aan de gemeente is toe te rekenen'.⁴³ Als ik het goed zie komt het hof in de zaak Ruurlo op basis van toepassing van de kelderluik-criteria⁴⁴ tot de conclusie dat de gemeente aansprakelijk is.⁴⁵ Het argument van de gemeente Ruurlo dat zij, gelet op de haar in het kader van de toezichtbevoegdheid toekomstige beleidsvrijheid, niet (snel) aansprakelijk kan worden gehouden treft geen doel.

In de zaak Oudewater⁴⁶ werd aangevangen met bouwwerkzaamheden zonder dat de bouwer beschikte over een adequate bouwvergunning. De in de onmiddellijke nabijheid van het bouwperceel wonende eisers spraken tegenover gemeentelijke ambtenaren herhaaldelijk hun bezorgdheid uit met betrekking tot bepaalde voorgenomen werkzaamheden (graafwerkzaamheden ten behoeve van een parkeerkelder). Zij vreesden voor schade aan hun woning (bijvoorbeeld verzakkingen en scheurvorming). Van

33 Opmerking verdient dat in het kader van de aansprakelijkheid van waterschappen een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen algemeen en concreet falen (zie hierover Giesen (2005), p. 116 e.v., i.h.b. p. 129-130). Een onderscheid dat soms ook wordt gemaakt in typische toezichts- en handhavingzaken (zie bijv. Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerk-ramp Enschede) r.o. 3.5.2).

34 Zie bijv. HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 446, *AB* 2002, 20 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen) en HR 19 november 1999, *AB* 2002, 21 m.nt. Th. G. Drupsteen (De Haas/Waterschap De Dommel).

35 Een arrest in het kader van deze 'besluitenaansprakelijkheid' dat zijdelings verband houdt met aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en niet handhaven is: HR 25 oktober 2002, *JB* 2002/349 (Heeze-Leende). Zie uitvoerig over dit arrest Albers (2004a) p. 204-205.

36 Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam).

37 Het (gekritiseerde) arrest inzake Duwbak Linda (HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67) zal in par. 4.3.3 aan bod komen.

38 HR 22 juni 2001, nr. C99/265HR, LJN-nr: AB2237 (Restaurant 'Boeddha'), zie r.o. 3.6 – 3.8.

39 Zie rechtsoverweging 3.5 van het arrest van de Hoge Raad.

40 Van Dam (2002), p. 103 e.v.

41 Zie hierover par. 4.

42 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 m.nt. Moesker (Ruurlo).

43 Overigens stelt het hof dat het onvoorzichtige handelen van het 14-jarige meisje in gelijke mate heeft bijgedragen aan het ongeval en de daardoor ontstane schade. De gemeente hoeft derhalve slechts de helft van het schadebedrag te vergoeden.

44 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik-arrest), zie hierover ook par. 4.3.1.

45 Zie r.o. 5.19.

46 Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003/304 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Oudewater).

gemeentewege werd echter niet opgetreden tegen de bouwactiviteiten (onder meer heiwerkzaamheden). Dientengevolge zijn delen van de woning en schuur van eisers verzakt, hetgeen heeft geleid tot ernstige scheurvorming in en rondom het huis van eisers. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht achtte de gemeente Oudewater aansprakelijk voor de door eisers geleden schade. Dit omdat sprake was van een 'in zeer ernstige mate tekortschieten'. Eisers hadden immers herhaaldelijk hun zorgen kenbaar gemaakt bij de met toezicht en handhaving belaste gemeenteamtens. Bovendien had zij verzocht om handhavend op te treden. Desondanks werd van de zijde van de gemeente (door het daartoe bevoegde bestuursorgaan – namelijk het college van burgemeester en wethouders –) geen actie ondernomen.

Van belang is ook een uitspraak, afkomstig van de Rechtbank Den Haag⁴⁷, die ziet op de vuurwerkramp die zich in mei 2000 voltrok in Enschede. Eisers vorderen een schadevergoeding van de Staat en de gemeente Enschede onder meer in verband met gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving. De Haagse rechtbank komt tot de conclusie dat zowel de Staat als de gemeente Enschede niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die het gevolg is van de vuurwerkramp. Om aansprakelijkheid te kunnen vaststellen moet volgens de Haagse rechtbank vooral worden gekeken naar de oorzaken van de ontploffingen op 13 mei 2000, met als uitgangspunt de wetenschap die de Staat en de gemeente tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprakelijkheid kan, zo stelt de Haagse rechtbank, niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan. De Haagse rechtbank zoekt dus duidelijk aansluiting bij de 'kelderluik-criteria'.⁴⁸

De Haagse rechtbank past genoemde criteria niet ruimhartig toe. Genoemd college lijkt er veel aan gelegen te zijn *niet* te komen tot aansprakelijkheid van de gemeente Enschede in verband met gebrekkig toezicht en niet-handhaven.⁴⁹ Ik wijs bijvoorbeeld op de overweging dat stelselmatig gedogen en legaliseren van gevaarlijk te noemen activiteiten van een inrichting die midden in een woonwijk ligt jegens

eisers niet onrechtmatig is.⁵⁰ Ten eerste strookt deze opvatting, anders dan de rechtbank ons wil doen geloven, *niet* met de bestuursrechtelijke handhavingsjurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat immers al geruime tijd uit van de beginselplicht tot handhaving.⁵¹ Voorts vraag ik me af hoe deze uitlating van de rechtbank zich verhoudt tot het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Öneryildiz*.⁵² Uit genoemd arrest⁵³, waarnaar de Haagse rechtbank overigens in overweging 3.1.3 verwijst, volgt dat schending van art. 2 EVRM (het recht op leven) door gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid van de overheid kan leiden.⁵⁴ Ten slotte gaat hier aandacht uit naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *Caldic Chemie BV* tegen de gemeente Rotterdam.⁵⁵ De feiten liggen kort als volgt. CMI exploiteert een op- en overslagbedrijf van koopmansgoederen en chemicaliën, waaronder gevaarlijke stoffen. Tussen 11 mei 1995 en februari 1996 vindt bij CMI een aantal controles plaats door de DCMR Milieudienst Rijnmond namens de gemeente Rotterdam. Vele voorschriften uit de milieuvergunning van CMI worden overtreden. Het gaat met name om voorschriften die verband houden met brandpreventie (bijvoorbeeld aanwezigheid van slanghaspels en poederblussers) of het anderszins voorkomen van calamiteiten (bijvoorbeeld beperking van de opslag van gevaarlijke stoffen). Naar aanleiding van de geconstateerde overtredingen wordt overleg gevoerd en gedreigd met het opleggen van een last onder dwangsom. Daadwerkelijke handhaving blijft echter – bij herhaling – achterwege. Op 28 februari 1996 breekt vervolgens brand uit. Bij de brand zijn de loodsen van CMI en een aangrenzend bedrijf verloren gegaan. In een van de loodsen was een partij chroomzuur van *Caldic Chemie BV* opgeslagen. *Caldic Chemie BV* stelt (naast CMI) de gemeente Rotterdam en DCMR Milieudienst Rijnmond aansprakelijk voor de door haar geleden schade (bestaande uit het bij de brand verloren gaan van een partij chroomzuur en de kosten om chroomdioxide te laten vernietigen).

Evenals de Haagse rechtbank lijkt de Rotterdamse rechtbank in deze zaak aansluiting te zoeken bij de kelderluik-criteria.⁵⁶ De rechtbank geeft aan dat er sprake is van een plicht tot handhaving maar ook van beleidsvrijheid.⁵⁷ Op basis van een weging van de kelderluik-factoren komt de Rotterdamse rechtbank tot de conclusie dat de gemeente Rotterdam en DCMR milieudienst Rijnmond onrechtmatig hebben gehandeld door niet handhavend op te treden.⁵⁸ Er was immers sprake van een gevaarlijke situatie en het risico op het ontstaan van ernstige schade was groot.

47 Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerkramp Enschede).

48 Zie hierover par. 4.2.1.

49 Zie de (soms nogal gekunsteld aandoende) overwegingen onder 3.5.

50 Zie r.o. 3.5.6.

51 Zie hierover par. 4.1.

52 EHRM 18 juni 2002, *EHRC* 2002, 64 m.nt. H. Janssen (*Öneryildiz* I).

53 Inmiddels bevestigd door de Grand Chamber in een uitspraak van 30 november 2004 (EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43 m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Öneryildiz* II)).

54 Zie hierover ook: T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak *Öneryildiz* tegen Turkije: 'Europese grenzen aan het ge-

dogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen' in: *Overheid en Aansprakelijkheid* 2003, p. 109-121, i.h.b. p. 118-119 e.v. Auteurs wijzen er op dat de Hoge Raad, gelet op het arrest *Öneryildiz*, in de zaak *Boeddha* te terughoudend is geweest met zijn oordeel betreffende de aansprakelijkheid (a.w. 2003, p. 118-119). Zie over art. 2 EVRM, positieve verplichtingen en schadevergoeding voorts: Barkhuysen en Diepenhorst (2005), p. 290 e.v.

55 Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (*Caldic Chemie BV* / Rotterdam).

56 Zie r.o. 5.16.

57 Zie r.o. 5.13, 5.14, en 5.17.

58 Zie r.o. 5.16.

■ 3.2. Aansprakelijkheid jegens de vergunninghouder

De rechtspraak van de civiele rechter die ziet op aansprakelijkheid van het openbaar lichaam jegens de vergunninghouder⁵⁹ biedt weinig aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag in hoeverre een openbaar lichaam aansprakelijkheid is voor schade die een derde lijdt ten gevolge van gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving. Alleen in de zaken 'Onjuist peil'⁶⁰ en 'Sint Nicolaasga'⁶¹ oordeelde de rechter tot aansprakelijkheid van het openbaar lichaam. Beide uitspraken leveren echter weinig op.⁶²

Voor de zaak Sint Nicolaasga en de zaak Rijswijk⁶³ geldt, dat daar weliswaar sprake was van fouten van medewerkers van de afdeling bouw- en woningtoezicht maar dat het daarbij niet ging om de (onrechtmatige) uitoefening toezichthoudende bevoegdheid in de strikte zin van het woord (repressief toezicht). In de zaak Sint Nicolaasga ging om het verkeerd uitzetten van een woning door een medewerker van bouw- en woningtoezicht waardoor de woning op de verkeerde plek gebouwd werd. In de zaak Rijswijk ging om de goedkeuring van een ondeugdelijk bouwplan in het kader van de beoordeling van een bouwvergunning-aanvraag (met als gevolg dat het conform de vergunning gebouwde bouwwerk na een jaar weer deels moest worden afgebroken wegens enorme scheurvorming door het gebruik van een onjuiste funderingstechniek). Het is dan ook de vraag in hoeverre deze uitspraken van belang zijn voor (ontwikkeling van) het leerstuk van aansprakelijkheid van overheidslichamen voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving.

Echter, ook in het algemeen moet aan de uitspraken met betrekking tot aansprakelijkheid van het openbaar lichaam jegens de vergunninghouder naar mijn mening weinig waarde worden gehecht in gevallen waarin niet de vergunninghouder zelf maar een derde een schadevergoeding vordert. Dit klemmt te meer nu een openbaar lichaam aansprakelijkheidsstelling door de vergunninghouder lijkt te

kunnen afweren op basis van de overweging dat het aan haar organen opgedragen toezicht strekt tot behartiging van het algemeen belang en niet is bedoeld om een aanvrager van een vergunning te vrijwaren van schade (relativiteitsvereiste).⁶⁴ De rechter onderschrijft dit standpunt in ieder geval in zaken waarin sprake is van aan de aanvrager te wijten onvolkomenheden in bouwvergunningen⁶⁵ of het bouwen in afwijking van een bouwvergunning.⁶⁶ Naar mijn mening is er overigens geen plaats voor een dergelijk 'relativiteitsverweer' als de schade het gevolg is van actief (onjuist) handelen namens of door de toezichthoudende overheid, bijvoorbeeld door (expliciete) goedkeuring van een 'onjuist overgebracht' (d.w.z. van de bouwvergunning afwijkend) peil door een ambtenaar van bouw- en woningtoezicht.⁶⁷

4. Aanknopingspunten voor aansprakelijkheid

Veel algemene aanknopingspunten betreffende overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving zijn in de jurisprudentie niet te traceren. Bovendien wijkt de opvatting van de civiele rechter over de uitoefening van toezichts- en handhavingsbevoegdheden af van die van de bestuursrechter. Juist de bestuursrechtelijke handhavingsjurisprudentie zou de civiele rechter echter tot inspiratie moeten dienen.

■ 4.1. Beginselplicht als uitgangspunt

4.1.1. Civiele rechter; handhavingsbevoegdheid

Vaak worden toezicht en handhaving in de wet geformuleerd als een aan de toezichthouder/handhaver toekomende *bevoegdheid*.⁶⁸ De civiele rechter ziet deze *handhavingsbevoegdheid* in de regel (nog steeds) als een discretionaire (in het bijzonder beleidsvrije⁶⁹) bevoegdheid.⁷⁰ Ter illustratie wijs ik op de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht. Hij geeft in de zaak Oudewater

59 In deze bijdrage blijft buiten beschouwing de situatie waarin een vergunninghouder of overtreders schade lijdt doordat ten onrechte gehandhaafd is. Vgl. de kwestie 'Onur Air'. Volgens de advocaat van de luchtvaartmaatschappij heeft de Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW) ten onrechte een vliegverbod opgelegd aan de Turkse maatschappij. Om die reden wordt namens 'Onur Air' een schadeclaim ingediend bij de IVW (bron: NRC, 25 mei 2005, 'Onur Air mag weer vliegen op Nederland'). Op 25 juli 2005 heeft de IVW het bezwaar van Onur Air tegen het vliegverbod overigens ongegrond verklaard. Uit het besluit op bezwaar van de IVW volgt dat het vliegverbod volgens de IVW terecht is opgelegd (bron: www.ivw.nl).

60 Rb. Roermond 23 december 1982, BR 1983, p. 533 (Onjuist peil).

61 Rb. Leeuwarden 19 november 1997, BR 2000, p. 159 m.nt. Moesker (Sint Nicolaasga).

62 Zie hierna.

63 Hof Den Haag 7 februari 1989, BR 1989, p. 637 (Rijswijk).

64 Bij schade geleden door een derde ligt dit, naar in het algemeen wordt aangenomen, minder voor de hand. Zie daarover par. 4.3.3. Zie voorts het niet van kritiek verstoken gebleven arrest van de Hoge Raad inzake duwbak Linda (HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67).

65 Vgl. de zaak Rijswijk.

66 Vgl. Rb. Maastricht 22 januari 2003, LJN-nr. AF4026 (Bezwijkende keermuur). De Maastrichtse rechtbank stelt dat de vergunninghouder schade tengevolge van onvoldoende toezicht bij de uitvoering van de bouwwerkzaamheden niet kan verhalen op de gemeente

omdat niet voldaan wordt aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). De toezichtsbevoegdheden dienen volgens de rechtbank ter bescherming van het algemeen belang en niet ter controle of de bouw-er zich zelf geen schade toebrengt.

67 Vgl. Rb. Roermond 23 december 1982, BR 1983, p. 533 (Onjuist peil). De aannemer had reeds een deel van de woning gebouwd toen het college van burgemeester en wethouder tot de ontdekking kwam dat het, door de ambtenaar van bouw- en woningtoezicht goedgekeurde, bouwpeil onjuist was. Nadat de bouw was stilgelegd werd een nieuwe bouwvergunning afgegeven. Op basis van deze nieuwe vergunning moest het reeds gerealiseerde deel van de bouw ingrijpend worden gewijzigd. Bovendien week het uiteindelijke bouwwerk af van het bouwwerk dat de vergunninghouder had willen realiseren.

68 Dit is meestal het geval in het ruimtelijk bestuursrecht maar ook vaak in het financieel- en economisch bestuursrecht (zie Van Rossum (2005), p. 17 e.v.).

69 Kort gezegd is er (in het bestuursrecht) sprake van beleidsvrijheid als een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit belangen af moet wegen. N.a.v. die belangenafweging kan het bestuursorgaan meerdere rechtens juiste besluiten nemen (bijv. het weigeren of toekennen van een vergunning – afhankelijk van het gewicht dat aan de in het geding zijnde belangen wordt toegekend –). Beleidsvrijheid is in een wettelijke bepalingen te herkennen aan het woord 'kan/kunnen' of aan de frase 'is/zijn bevoegd'.

70 Zie voor een andere benadering: Hof Den Haag, 7 mei 2004, NJ 2004, 470 (Vie d'Or), r.o. 7.5.

aan dat het niet gebruiken van een handhavingsbevoegdheid in een situatie waarin dat wel had *gekund* niet zonder meer met zich brengt dat het openbaar lichaam aansprakelijk is als tengevolge van het niet handhaven schade ontstaat. 'Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan, in dit geval een gemeente, aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid', zo stelt de rechtbank. Een vergelijkbaar standpunt wordt ingenomen door het Amsterdamse Hof in de zaak Boeddha en de door de Rechtbank Den Haag in de zaak Vuurwerkramp Enschede.⁷¹

Omdat genoemde rechters de handhavingsbevoegdheid opvatten als een beleidsvrije bevoegdheid toetsen zij 'terughoudend'.⁷² De civiele rechter neemt (evenals de bestuursrechter) het standpunt in dat handelen van de overheid in het kader van de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid in beginsel niet onrechtmatig is.⁷³ Dit is slechts anders als gebruik van de bevoegdheid leidt tot willekeur of misbruik van die bevoegdheid (vgl. art. 3:3 Awb) of anderszins strijd op levert met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur.⁷⁴ Vanuit dit opzicht is de 'afstandelijke' onrechtmatigheidstoets in de zaak Ouderwater goed te plaatsen.⁷⁵

4.1.2. De Afdeling bestuursrechtspraak; beginselplicht

De opvatting van de handhavingsbevoegdheid als beleidsvrije bevoegdheid strookt niet met de huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie. Hoewel handhavingsbevoegdheden in de wet vaak geformuleerd zijn als beleidsvrije bevoegdheid wijst de bestuursrechtspraak in een andere

richting. Als algemeen uitgangspunt geldt (in elk geval in het ruimtelijk bestuursrecht) dat er sprake is van een beginselplicht tot handhaving.⁷⁶

Opmerking verdient dat het kabinet een vergelijkbaar standpunt uitdraagt in nota's die zien op de (on)wenselijkheid van gedogen.⁷⁷ Waar het op neer komt is dat handhaving in een rechtsstaat een kerntaak vormt van de overheid. Uitgangspunt is dan ook dat de door de wetgever of het bestuur uitgevaardigde normen gehandhaafd worden. Op die manier wordt recht gedaan aan de bindende kracht van (democratisch gelegitimeerd tot stand gekomen) wetten.⁷⁸

De door de Afdeling bestuursrechtspraak ontwikkelde beginselplicht-jurisprudentie brengt met zich dat het bestuursorgaan in beginsel verplicht is handhavend op te treden tenzij zich een bijzondere omstandigheid voordoet. Dit is niet alleen het geval als door een derde een 'uitdrukkelijk' verzoek tot handhaving is gedaan; ook in het kader van ambtshalve handhaving kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak slechts in bijzondere gevallen van handhaving worden afgezien.⁷⁹ Bestudering van de handhavingsjurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak leert dat zij veel gewicht toekent aan het handhavingsbelang.⁸⁰ Bijgevolg zijn er weinig uitspraken waarin volgens haar een bijzondere omstandigheid aanleiding geeft tot het gedogen van een onrechtmatige toestand.⁸¹ Voorbeelden uit de rechtspraak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat niet gehandhaafd hoeft te worden (omdat handhaving evident onevenredig zou uitpakken), houden bovendien meestal verband met het gedogen van 'pietluttige' overtredingen die het 'algemeen belang' geen schade toebrengen en veelal ter kennis van de Afdeling komen als gevolg van een uit de hand gelopen burenruzie.⁸² Duidelijk

71 Zie wat de zaak Vuurwerkramp Enschede betreft r.o. 3.5.6.

72 Zie bijv. ook: Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (Vijzelstraat).

73 Dit is niet vreemd. Het was immers de Hoge Raad die de 'willekeurformule' destijds ontwikkelde (vgl. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558 (Doetinchemse woonruimteverbod)).

74 Zie ook: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer 2003, p. 171; *Asser-Hartkamp 4-III*, elfde druk, Deventer 2002, p. 294-295; en Van Dam (2002), p. 116-118.

75 Opmerking verdient dat Van Rossum meent dat hier een onjuist – in de zin van té afstandelijk/streng – criterium wordt gehanteerd (Van Rossum (2005), p. 76, zie ook p. 55 en p. 123). Dat is vreemd omdat zij zelf aangeeft dat er naar haar mening géén sprake is van een *handhavingsplicht* maar van een (beleidsvrije) *handhavingsbevoegdheid*. Indien sprake is van een beleidsvrije bevoegdheid is dergelijke marginale toetsing – zoals hierboven reeds is aangegeven – dogmatisch gezien op haar plaats.

76 Zie ABRvS 2 februari 1998, *Gst.* 1998, 7082, nr. 8, m.nt. Teunissen (Lisse); ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 406 (Kampwinkel Garderen) en ABRvS 22 maart 2001, *BR* 2001, p. 778 (Camping Nunspeet). Inmiddels is de beginselplicht-formule ter verduidelijking tekstueel aangepast (zie ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers). Deze nieuwe formulering leidt niet tot andere uitkomsten in de rechtspraak. Zie voorts: C.L.G.F.H. Albers, De beginselplicht tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?, in *Gst.* 2004, 7206, nr. 68, p. 233-243 (hierna: Albers (2004b)). Opmerking verdient dat de Afdeling in haar rechtspraak *uitdrukkelijk* aangeeft dat een bestuursorgaan in de regel gehouden is handhavend op te treden tenzij er sprake is van een bijzondere omstandigheid (Van Rossum lijkt zich dit niet te realiseren, zie Van Rossum (2005) p. 38).

77 Zie bijv. de nota 'Grenzen aan gedogen', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085 nr. 1 en 2. Zie hierover meer uitvoerig: Albers (2004b) p. 234

e.v.

78 In dit opzicht lijkt van een daadwerkelijke beleidsvrijheid geen sprake te zijn. De beginselplicht tot handhaving komt in dat opzicht goed overeen met de in Duitsland gehanteerde figuur van het 'intendierte Ermessen'. Van intendiertes Ermessen (voorgeschreven gebruik) is sprake als de wijze waarop een bestuursorgaan van zijn beleidsvrijheid gebruik moet maken reeds impliciet door de wettelijke regeling is 'voorgeschreven' omdat een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening in beginsel de voorkeur verdient en slecht in bijzondere omstandigheden van deze wijze van bevoegdheidsuitoefening mag worden afgeweken (zie hierover uitvoerig Albers (2004b), p. 242).

79 Vgl. ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 406 (Kampwinkel Garderen); ABRvS 18 juni 1998, *AB* 1999, 28 m.nt. Struiksma (Veco Verlichting Oss) en ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

80 De Rechtbank Rotterdam lijkt zich dit in de zaak Caldic Chemie te realiseren getuige de 'worsteling' met het fenomeen beleidsvrijheid in relatie tot de plicht tot handhaving (zie r.o. 5.13, 5.14, en 5.17). De rechtbank geeft aan dat er sprake is van een plicht tot handhaving maar ook van beleidsvrijheid. De rechtbank worstelt vervolgens met de vraag hoe de plicht zicht tot de vrijheid verhoudt en komt in r.o. 5.14 met een redelijkheidsmaatstaf die door de bestuursrechter slechts wordt toegepast als hij de uitoefening van een *beleidsvrije* bevoegdheid marginaal toetst.

81 Zie hierover uitvoerig: Albers (2004b).

82 Zie in dezelfde zin: J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?' in de bundel: *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.), Deventer: Kluwer 2005, p. 201-214, i.h.b. p. 205-206. Zie ter illustratie: ABRvS 21 juli 2004, *AB* 2004, 293, m.nt. Jst (Leipatanen Nederweert) en 19 januari 2005, *JB* 2005/78 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Illegaal hekwerk Stoomweg Breezand).

is in ieder geval dat gedogen géén optie is als daardoor een gevaarzettende toestand blijft voortbestaan.⁸³

Ook aan de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kunnen aanknopingspunten voor het bestaan van een beginselplicht tot handhaving worden ontleend. Ik wijs op de (reeds eerder besproken) zaak Öneriyildiz⁸⁴ en op de zaak Gómez.⁸⁵ In de zaak Öneriyildiz stelt het hof, na eerst te hebben overwogen dat art. 2 EVRM het recht op leven in het algemeen garandeert, dat art. 2 in bepaalde nauwkeurig omschreven situaties een *verplichting* voor de lidstaat met zich brengt *maatregelen te treffen* teneinde het leven van zijn inwoners te beschermen. Een staat is met name verplicht (handhavend) op te treden als er sprake is van een daadwerkelijk levensbedreigend risico (real and immediate risk) voor (een) inwoner(s) en de staat dit risico kende of behoorde te kennen. In de zaak Gómez staat art. 8 EVRM centraal. Gómez woont in de Spaanse stad Valencia. In de wijk waar zij woont is sprake van onacceptabele geluidsoverlast van bars en discotheken. Nationale geluidsnormen worden (ruimschoots) overtreden. Daartegen wordt echter niet handhavend opgetreden. Gómez ontwikkelt intussen serieuze slaap- en gezondheidsproblemen. Om die reden begint zij in 1997 een juridische procedure tegen het gemeentebestuur ter verkrijging van schadevergoeding. Uiteindelijk komt Gómez bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) terecht. Het EHRM oordeelt dat op een lidstaat een positieve verplichting rust om het privé-leven en huisrecht te verzekeren (art. 8 EVRM). Dit zal onder meer moeten geschieden door (nationale) regels die zien op bescherming van een dergelijk EVRM-recht op deugdelijke wijze te handhaven.⁸⁶

4.1.3. Afsluitend; beginselplicht als aanknopingspunt

Bij beantwoording van de vraag of de overheid aansprake-

lijk kan worden gehouden voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving wordt door de civiele rechters meestal over het hoofd gezien dat er sprake is van een 'beginselplicht tot handhaving'.⁸⁷ Deze 'beginselplicht' vormt echter wél een belangrijk aanknopingspunt voor een verdergaande aansprakelijkheid van het openbaar lichaam in het kader van gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving.⁸⁸ Marginale toetsing van het overheidshandelen, en de daarmee samenhangende beperktere aansprakelijkheid, is dus – ook als een toezichts- en handhavingsbevoegdheid als beleidsvrije bevoegdheid is geformuleerd – niet op zijn plaats. Er lijkt geen sprake te zijn van een 'daadwerkelijke' beleidsvrije bevoegdheid. De wetgever heeft, met de formulering van de toezichts- en handhavingstaken als *bevoegdheid*, als ik het goed zie, met name ruimte willen bieden om in uitzonderlijke gevallen af te kunnen zien van handhaving. Dit brengt met zich dat een overheidslichaam ook in gevallen waarin geen sprake is van 'een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle', aansprakelijk moet kunnen worden gesteld voor schade ontstaan door gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving.⁸⁹

■ 4.2. Ruimere aansprakelijkheid

De 'beginselplicht jurisprudentie' biedt, zoals gezegd, aanknopingspunten voor het aanvaarden van een ruimere toezichts- en handhavingsaansprakelijkheid.⁹⁰ Ook Van Dam toont zich een voorstander van een ruimere aansprakelijkheid.⁹¹ Hij wijst niet direct op de uit de Afdelingjurisprudentie voortvloeiende beginselplicht tot handhaving maar baseert zich op een uit ongeschreven recht⁹² voortvloeiende toezichts- en handhavingplicht.⁹³ Dat deze toezichts- en handhavingplicht bestaat volgt volgens Van Dam uit

83 Om die reden is in de Awb ook bepaald dat een last onder dwangsom niet mag worden opgelegd als het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daartegen verzet (zie art. 5:32 lid 3 Awb). Is bijvoorbeeld sprake van een gevaarlijke situatie dan zal er meteen ingegrepen moeten worden. Toepassing van bestuursdwang is dan aangewezen. In spoedeisende gevallen kan immers direct – d.w.z. zonder het bieden van een begunstigingstermijn aan de overtreder en zonder opschriftstelling vooraf – bestuursdwang worden toegepast (zie art. 5:24 lid 5 en 6 Awb).

84 Zie daarover uitvoerig Albers (2004b), p. 236-237.

85 EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453 m.nt. T. Barkhuysen (Gómez tegen Spanje).

86 Zie r.o. 61, 62, en 63.

87 Ook anderszins kunnen schadeclaims bij de civiele rechter daarop – ten onrechte – afketsen. Dit blijkt duidelijk bij bestudering van het door Van Rossum aangehaalde ongepubliceerde arrest (zie: Van Rossum (2005), p. 53 e.v.) van het Amsterdamse gerechtshof (Hof Amsterdam, 12 augustus 2004, rolnr. 1670/02 (Waterland/Tump)). In genoemd arrest wordt de bestuursrechtelijke rechtspraak inzake de beginselplicht tot handhaving volkomen miskend (r.o. 4.7). Er lag in genoemde zaak immers een uitspraak van de bestuursrechter waaruit volgde dat gehandhaafd *moest* worden en dat legalisering uitgesloten was omdat er geen sprake was van concreet zicht op legalisering (één van de bijzondere omstandigheden om af te zien van handhaving). Deze uitspraak had formele rechtskracht. Desalniettemin oordeelt het hof dat de gemeente Waterland niet aansprakelijk is wegens het niet handhaven maar legaliseren van het (deels) onrechtmatige bouwwerk.

88 Opmerking verdient dat ik Van Rossum niet kan volgen als zij stelt dat daarmee de beginselplicht uit het bestuursrecht te gemakkelijk wordt omgezet naar het civiele recht (Van Rossum (2005) p. 40). Centraal staat de vraag naar de onrechtmatigheid van bestuursrechtelijk gedrag. Is sprake van onvoldoende toezicht en/of ten onrechte niet handhaven en leidt dit tot aansprakelijkheid? Ter beantwoording van die vraag zal *juist* gekeken moeten worden naar bestuursrechtelijke criteria waaronder de beginselplicht tot handhaving. Van een 'overheveling' is dan ook geen sprake (bovendien vraag ik me af hoe het door Van Rossum op p. 40 gestelde zich verhoudt tot hetgeen zij later op p. 54 en 73 stelt; 'Aangezien de toezichthouders een publiekrechtelijke taak uitoefenen past bij de bepaling van de civielrechtelijke normen voor aansprakelijkheid een meer publiekrechtelijke invalshoek' (Van Rossum (2005) p. 73)).

89 Vgl. Van Dam (2002) p. 121.

90 Voor de duidelijkheid: daarmee doel ik op een ruimere aansprakelijkheid dan de aansprakelijkheid die wordt aangenomen als er sprake is van een beleidsvrije bevoegdheid (zie bijv. (nogmaals) de zaak Oudewater waarin in feite een marginale toetsing plaats vindt (i.v.m. de opvatting van de Rechtbank Utrecht dat er sprake is van een (beleidsvrije) handhavingsbevoegdheid)). Zo bezien is van Rossum het op dit punt met mij eens (ook al heeft zij dat zelf kennelijk anders opgevat (Van Rossum (2005), p. 77)).

91 Een verdergaande aansprakelijkheid komt overigens niet neer op onbeperkte aansprakelijkheid. Zo ook Giesen (2005), p. 223.

92 Vgl. art. 6:162, lid 2 BW ('maatschappelijke zorgvuldigheid').

93 Van Dam (2002) p. 112-114.

het vertrouwensbeginsel⁹⁴ en uit het kennis- en kundeoverschot⁹⁵ aan de zijde van het bevoegde bestuursorgaan.⁹⁶ Daarnaast ligt aan deze plicht volgens hem een rechtspolitieke rechtvaardiging ten grondslag. Hij licht dit als volgt toe. Vanwege de 'ons kent ons' mentaliteit wordt vaak ten onrechte gedoogd. Een ruimere aansprakelijkheid voor schade ontstaan door dit gedogen kan leiden tot een betere controle en handhaving van de wet- en regelgeving.⁹⁷ Met de toezichts- en handhavingsplicht in het achterhoofd kunnen algemene aanknopingspunten voor de vaststelling van aansprakelijkheid van een overheidslichaam voor gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving worden geformuleerd. Uitgangspunt bij het formuleren van deze algemene aanknopingspunten vormt het gewone aansprakelijkheidsrecht.⁹⁸

■ 4.3. Toepassing van het aansprakelijkheidsrecht

4.3.1. Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid

Het onrechtmatigheidscriterium 'strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid'⁹⁹ zal in de regel door de civiele rechter als uitgangspunt moeten worden genomen. Zolang er sprake is van (wettelijke) toezichts- en handhavingsbevoegdheden kan immers, onverminderd de in de jurisprudentie ontwikkelde 'beginselplicht tot handhaving', niet worden gesproken van 'strijd met een wettelijke plicht'.¹⁰⁰ Bij beantwoording van de vraag of onrechtmatig is gehandeld zou aansluiting moeten worden gezocht bij de 'kelderluik-criteria'.¹⁰¹ Daarbij moeten mijns inziens niet de striktere criteria die de Hoge Raad toepast bij een '(zuiver) nalaten' (in het kader van een *ongeschreven zorgplicht*) tot uitgangspunt worden genomen.¹⁰² De overheid is immers niet voor niets uitgerust met wettelijke toezichts- en handhavingsbevoegdheden. Het is de bedoeling dat er gehandhaafd wordt. Dat blijkt zowel uit beleidsnota's over het ge-

doogbeleid (waaruit volgt dat gedogen slechts in zeer uitzonderlijke situaties is toegestaan) als uit de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde 'beginselplicht tot handhaving' (waaraan eenzelfde boodschap ten grondslag ligt). Bij toepassing van de kelderluik-criteria moet worden gekeken naar de verhouding tussen de omvang van het risico en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen (in de vorm van toezicht en handhaving). Wat betreft de omvang van het risico is niet alleen relevant of er een kans is dat er schade ontstaat maar ook de omvang en de aard (bijvoorbeeld letselschade of vermogensschade) van de schade. Met andere woorden, hoe groter het risico dat er iets 'fout' gaat (waarschijnlijkheid van de schade) en hoe groter de 'impact' als het fout gaat¹⁰³, hoe meer (duurdere, intensievere) voorzorgsmaatregelen¹⁰⁴ getroffen moeten worden. Wordt het treffen van die voorzorgsmaatregelen (ten onrechte) nagelaten en ontstaat schade dan heeft het bestuursorgaan – door niet toezichthoudend en/of handhavend op te treden – onrechtmatig gehandeld.

Bovendien is het verdedigbaar dat er, bij beantwoording van de vraag of er onrechtmatig is gehandeld, wordt uitgegaan van een verhoogde zorgplicht aan de zijde van de overheid. Er kan in dit opzicht een *parallel* worden getrokken met de aansprakelijkheid die rust op de overheid in het kader van het beheer van de openbare weg.¹⁰⁵ Op de overheid rust alsdan – als behartiger van het algemeen belang – een omvangrijkere zorgplicht dan op een burger in het algemeen.¹⁰⁶ In essentie komt het er op neer dat de wegbeheerder, teneinde aansprakelijkheid voor schade te voorkomen, (veiligheids)maatregelen moet treffen die ook adequaat zijn indien weggebruikers niet oplettend en voorzichtig gebruik maken van de weg.¹⁰⁷ In het kader van aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving zou men, mede gelet op de door de Afdeling

94 Een burger mag erop vertrouwen dat een bestuursorgaan toeziet op de naleving van regelgeving.

95 Het bestuursorgaan kan in beginsel op de hoogte zijn van risico's die zich in een vergunningplichtige inrichting voordoen. Bovendien kan het bestuursorgaan deze risico's voorkomen, beperken of opheffen.

96 Van Dam (2002) p. 112.

97 Van Dam (2002) p. 112.

98 Zie ook: Giesen (2005), p. 138-139.

99 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 40 e.v.

100 Opmerking verdient dat in het kader van het financieel en economisch toezicht er soms wel duidelijke wettelijke verplichtingen zijn. Maar ook op dat terrein zijn veel taken als *bevoegdheid* (en niet als *plicht*) geformuleerd (zie ook: Van Rossum (2005), p. 17 e.v.).

101 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik-arrest), zie hierover Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 44 e.v. en Van Rossum (2005), p. 64 e.v. Zie ook Rb. Den Haag 24 december 2003, JB 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerk-ramp Enschede), r.o. 3.1.2 en Rb. Rotterdam, 26 mei 2004, NJF 2004/508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam), r.o. 5.16. In beide uitspraken neemt de rechtbank de kelderluik-criteria tot uitgangspunt.

102 Vgl. Giesen (2005), hfdst. IV, i.h.b. p. 74 en 75, Van Rossum (2005), p. 100 en Hartlief (2005a). Zie over die striktere criteria (die overigens op de kelderluik-criteria zijn gebaseerd) voorts: het standdaararrest inzake de 'struikelende broodbezorger': HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Heddema/De Coninck) en Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 51-52.

103 Denk aan letselschade en overlijdensschade. In dat kader biedt art. 2 EVRM onder omstandigheden tevens een grond voor aansprakelijkheid bij gebrekkig toezicht en onvoldoende handhaving.

Zie: EHRM 18 juni 2002, EHRC 2002, 64 m.nt. H. Janssen (Öneryildiz I) en Barkhuysen en Van Emmerik (2003), p. 117 e.v. Zie voorts: Rb. Den Haag 24 december 2003, JB 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerk-ramp Enschede) (r.o. 3.1.3).

104 I.c. bijv. in de vorm van (intensief) toezicht of de uitoefening van handhavingsbevoegdheden.

105 Vgl. Van Dam (2002) p. 119-120, zie voorts Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 48. Van Rossum meent dat een dergelijke vergelijking geen hout snijdt omdat een 'primaire' beheerstaak 'nu eenmaal' een andere taak is dan een 'secundaire' toezichtstaak van een toezichthouder (Van Rossum (2005), p. 77 (zie ook p. 34)). Ik zie tussen beide taken – *juist waar het de zorgplicht betreft* – eerder de overeenkomsten dan de verschillen ongeacht het etiket 'primair' of 'secundair' (zie in dezelfde zin: Hartlief (2005a)). Daar komt nog bij dat handhaving moet worden beschouwd als een *kerntaak* van de overheid die mijns inziens niet als een 'secundaire' taak kan worden 'gelabeld'. Bovendien; 'parallel' impliceert niet dat het moet gaan om exact dezelfde vorm van bevoegdheid. Zie voorts Giesen (2005), p. 138 die ook voorstander is van aansluiting bij deze ruimere wegbeheerdersaansprakelijkheid.

106 Zie bijv. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. Brunner (Bussluis) en HR 6 september 1996, NJ 1998, 415 m.nt. Brunner (Slipgevaar). Vgl. Asser-Hartkamp 4-III (2002), p. 285.

107 Deze zorgplicht gaat overigens niet zover dat ook een (zeer) onvoorzichtig handelende beroepschauffeur de wegbeheerder aansprakelijk kan stellen als deze laatste bijvoorbeeld niet heeft gewaarschuwd dat een weg (zeer) smal is en de vrachtwagencombinatie van de beroepschauffeur bij het berijden van de weg kantelt en in een sloot terecht komt (zie HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagencombinatie)).

voorgestane beginselplicht tot handhaving, kunnen spreken van een verhoogde zorgplicht.¹⁰⁸ Het kennis- en kundeoverschot aan de zijde van het bestuursorgaan en het feit dat een burger er op mag vertrouwen dat een bestuursorgaan toeziet op naleving van regelgeving spelen tegen deze achtergrond een belangrijke rol.¹⁰⁹ Deze verhoogde zorgplicht zou voorts moeten gelden omdat de (wettelijke) toezichts- en handavingsbevoegdheden, als overheidstaken bij uitstek, *juist* de veiligheid van de burgers dienen te waarborgen¹¹⁰ terwijl als feit van algemene bekendheid mag gelden dat de economisch ingestelde vergunninghouder het niet altijd even nauw zal nemen met de vergunningvoorschriften. Het voorgaande komt er op neer dat uitgangspunt, bij de toetsing aan de bekende kelderluik-criteria, naar mijn oordeel de verhoogde zorgplicht van de overheid moet zijn.

Het door sommigen gehanteerde onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen¹¹¹ – waarbij concreet toezichtsfalen eerder tot aansprakelijkheid leidt dan algemeen toezichtsfalen – lijkt strikt genomen overbodig indien kelderluik-criteria als uitgangspunt worden genomen. Algemeen toezichtsfalen zal immers onder toepassing van de kelderluik-criteria minder snel tot aansprakelijkheid leiden dan concreet toezichtsfalen.¹¹² Daarmee bieden de kelderluik-criteria mijns inziens tevens ruimte voor het voeren van een handavingsbeleid (prioriteitstelling). Niet-handhaven op basis van beleid kan in dat opzicht worden gezien als een vorm van algemeen toezichtsfalen en zal dus evenals algemeen toezichtsfalen onder toepassing van genoemde criteria minder snel tot aansprakelijkheid leiden.¹¹³ Voorts vraag ik me af of er wel behoefte bestaat aan de figuur van de ‘redelijk handelende toezichthouder’¹¹⁴ als (abstracte en vage) norm voor aansprakelijkheid

als de kelderluik-criteria en de verhoogde zorgplicht van de overheid als uitgangspunt worden genomen.¹¹⁵ Evenmin zie ik een rol weggelegd voor ‘beginselen van behoorlijk toezicht’ ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 BW.¹¹⁶ Deze aspecten maken beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag nodeloos ingewikkeld.

4.3.2. Toerekening

De onrechtmatige daad moet aan het overheidslichaam kunnen worden toegerekend (art. 6:162 lid 3 BW). In beginsel zal toerekening, in het kader van gebrekkig toezicht en/of ontoereikende handhaving, geen problemen opleveren. In het algemeen geldt immers dat met de onrechtmatigheid veelal ook de toerekenbaarheid vast staat.¹¹⁷ Toerekening is mogelijk als de overheid het risico kende of behoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden.¹¹⁸

Toerekening levert in ieder geval geen problemen op als door een burger is geklaagd over een onveilige situatie (dus bij ‘concreet toezichtsfalen’). Dan kan een overheidslichaam immers niet meer stellen niet op de hoogte te zijn van het risico. In de zaak Oudewater was onmiskenbaar voldaan aan deze voorwaarde. Eisers hadden immers veelvuldig contact gehad met functionarissen van de gemeente Oudewater en hun zorg uitgesproken over de bouwwerkzaamheden.¹¹⁹ Bovendien was er een brief van het sectorhoofd grondgebiedzaken waaruit de voorzieningenrechter afleidt dat voor de gemeente voorzienbaar ‘moet zijn geweest, of behoorde te zijn’, dat de schade op zou treden als geen maatregelen zouden worden getroffen.

Maar ook indien burgers niet veelvuldig aan de bel hebben getrokken mag toerekening mijns inziens niet snel een probleem opleveren. Vanwege de verhoogde zorgplicht die

108 Vgl. Van Maanen en De Lange (2005), p. 72. Zij stellen dat aan de overheid in het algemeen ‘hoge eisen van zorg’ mogen worden gesteld. Idem: C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag 2000, nr. 813, p. 195 e.v.

109 Vgl. Van Dam (2002), p. 112-114. Zie voorts: Hartlief (2005a) en Giesen (2005), p. 149 e.v.

110 Hetgeen uiteraard geen ‘100% garantie’ impliceert (zie Van Rossum (2005) p. 77). Maar een burger moet er wel van uit kunnen gaan dat een op het terrein van toezicht en handhaving gespecialiseerd overheidsorgaan in het algemeen belang zorg draagt voor een adequate naleving van regelgeving door bijvoorbeeld vergunninghouders.

111 Vgl. Van Rossum (2005), p. 13-14 en Giesen (2005), p. 116 e.v. Zie voorts: Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerkramp Enschede) r.o. 3.5.2. Van Rossum formuleert het als volgt: ‘Van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van voldoende controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus om het afgaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen.’

112 Zie ook Van Rossum (2005) die op p. 123 die aangeeft dat onder toepassing van de Kelderluik-criteria een genuanceerd stelsel van overheidsaansprakelijkheid gerealiseerd kan worden waarbinnen rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval.

113 Vgl. Van Rossum (2005), p. 40 en Giesen (2005), p. 161. Zie ter illustratie het Boeddha-arrest (HR 22 juni 2001, nr. C99/265HR, LJN-nr: AB2237 (Restaurant ‘Boeddha’)). Hetgeen niet betekent dat overheidsaansprakelijkheid zonder meer uitgesloten kan worden door het maken van beleidsregels. Op die manier zou de overheid

immers aansprakelijkheid kunnen ontduwen en dat is mijns inziens niet gewenst. Onder toepassing van de kelderluik-criteria lijkt een dergelijke ‘ontduiking’ overigens niet eenvoudig omdat niet alleen het niet optreden tegen risico’s die het overheidsorgaan kende maar ook het niet optreden tegen risico’s die het overheidsorgaan *had behoren te kennen* (zélfs als zij niet de handavingsprioriteit hebben) kan leiden tot aansprakelijkheid.

114 Zie bijv. Rb. Den Haag 13 juli 2001, *JOR* 2001/215 en Hof Den Haag 7 mei 2004, *NJ* 2004, 470. Zie voorts over de norm van de ‘redelijk handelende toezichthouder’: Van Rossum (2005), p. 25 e.v. en Giesen (2005), p. 106 e.v.

115 In het aansprakelijkheidsrecht ligt, waar het de schending van een zorgvuldigheidsnorm betreft, immers besloten dat wordt gekeken naar hetgeen een ‘redelijk handelende persoon’ in de gegeven situatie zou hebben gedaan (vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 40 en Giesen (2005) p. 107). De abstracte en vage norm van de ‘redelijk handelende toezichthouder’ biedt in dat opzicht voor het concrete geval weinig houvast (zie de ‘gezichtspunten’ van Van Rossum (Van Rossum (2005), p. 26 e.v.)) en bijgevolg weinig toegevoegde waarde. Dit klemmt te meer nu de toezichthouders, hun taken, alsmede de door de afzonderlijke toezichthouders te beschermen belangen zeer divers zijn. Toepassing van de kelderluik-criteria in samenhang met de ‘verhoogde zorgplicht’ – waarin besloten ligt de vraag of de toezichthouder redelijk heeft gehandeld –, levert bijgevolg hetzelfde resultaat en dezelfde flexibiliteit op als ik het goed zie (zie ook Giesen (2005), p. 115).

116 Hierover: Van Rossum (2005), p. 36 e.v. Met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet wél rekening worden gehouden bij beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag.

117 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 75.

118 Van Dam (2002), p. 114.

119 Vgl. HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. Bloembergen (Waterschap West-Friesland/Kaagman).

zou moeten gelden bij deze vorm van overheidsaansprakelijkheid mag immers van de overheid eerder dan van een gemiddelde burger verwacht worden dat zij op de hoogte is (of behoort te zijn) van een risico. Aangezien (het van) de overheid (deel uit makend) bestuursorgaan beschikt over handhavingsbevoegdheden (waaronder in de regel de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang) hoort bovendien het ‘vermijden van het risico’ geen problemen op te leveren. Ten slotte verdient opmerking dat Scheltema en Scheltema¹²⁰ van oordeel zijn dat toerekenbaarheid hier – evenals in het kader van de besluiten aansprakelijkheid – geen rol speelt.¹²¹ Zo ver zou ik niet willen gaan. Rechtspraak in het kader van de besluiten aansprakelijkheid heeft immers uitgewezen dat het uitgangspunt, dat met de vernietiging van een besluit onrechtmatigheid en schuld gegeven zijn, onder meer leidt tot onwenselijke ‘gekunstelde causaal verband-ontbreken redeneringen’.¹²²

4.3.3. Relativiteit

Relativiteit speelt volgens sommigen géén rol in het kader van schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Gelet op de aard van de normschending is relativiteit dan gegeven.¹²³ Het voorgaande geldt in beginsel ook voor door de rechter vanwege strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid onrechtmatig geacht ontoereikend toezicht of niet-handhaven.¹²⁴

Gaat men er *niet* van uit dat met de onrechtmatigheid de relativiteit is gegeven¹²⁵ dan moet de relativiteitskwesie mijns inziens in de regel¹²⁶ evenmin problemen op leveren. Daarbij maakt het geen verschil of men de door de overtreder niet in acht genomen norm of het verzaken van de toezichts- of handhavingsplicht als uitgangspunt neemt. Duidelijk is dat de door de overtreder overtreden normen in de regel (mede) strekken tot bescherming van de geschonden belangen en de geleden schade.¹²⁷ Ter illustratie worden genoemd brandpreventievoorschriften die strekken ter bescherming (het voorkomen van (fatale) letselschade) van de bezoeker van bijvoorbeeld een bepaalde horeca-gelegen-

heid¹²⁸ en milieuvoorschriften die (mede) strekken ter bescherming van de gezondheid van omwonenden. Met de plicht tot toezicht en handhaving worden dezelfde doelen beoogd. Namelijk voorkomen dat personen slachtoffer worden van brand of een milieuramp doordat de relevante wet- en regelgeving wordt nageleefd. Een openbaar lichaam handelt mijns inziens dan ook onrechtmatig *jegens* een persoon die mede ten gevolge van (onrechtmatig) ontoereikend toezicht of niet-handhaven letselschade lijdt door een brand die ontstaat in een horeca-gelegenheid waar hij ten tijde van die brand aanwezig is.

Overigens lijkt een en ander lastiger te worden als er geen sprake is van letsel- of overlijdensschade maar van (zuivere) vermogensschade. Het – in de literatuur inmiddels fel bestreden¹²⁹ – arrest inzake duwbak Linda wijst in die richting.¹³⁰ Voor de Linda was een certificaat van onderzoek in de zin van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (RosR) afgegeven nadat hij¹³¹ was gekeurd door experts van de Scheepvaartinspectie en van een door de Staat erkend onderzoeksbureau. Ruim een jaar na de keuring zinkt de Linda tengevolge van de slechte staat van onderhoud waarin hij verkeert¹³² en beschadigt daarbij drie andere vaartuigen. De schade bedraagt f 3 696 766. De eigenaar van de drie beschadigde vaartuigen stelt (onder meer) de Staat der Nederlanden aansprakelijk wegens ondeugdelijke uitvoering van de keuring en afgifte van het certificaat. De Hoge Raad wijst aansprakelijkheid van de hand. Het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen. De uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting om zorgvuldig te werk te gaan bij de keuring van schepen met het oog op afgifte of verlenging van genoemd certificaat heeft niet de strekking een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen vermogensschade.¹³³ De, mijns inziens terecht, kritiek van Hartlief en Giesen op dit arrest is niet mals. Zo stelt Hartlief dat er sprake is van een ‘gele-

120 M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer 2003.

121 Scheltema en Scheltema (2003), p. 315.

122 De schadevergoedingsrechter probeert dan op een ‘gekunstelde’ manier de mogelijkheid tot schadevergoeding te beperken door geen causaal verband aan te nemen tussen de geleden schade en het vernietigde besluit terwijl er wél een oorzakelijk verband aantoonbaar is tussen beiden. Vgl. Van Maanen in zijn noot onder CRvB 28 augustus 2001, JB 2001/259, zie voorts: Van Maanen (2004, p. 48 e.v.) en C.N.J. Kortmann, ‘De uitkeringsinstantie gaat vrijuit. Waarom eigenlijk?’, *JBplus* 2003, p. 15-25. Zie ter illustratie: CRvB 7 april 1999, JB 1999/124 m.nt. Smits en ABRS 18 mei 1999, JB 1999/215 m.nt. Schlössels (Brethouwer/Beverwijk).

123 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 65-66 en O.K. Brahn, bewerkt door W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, zevende herziene druk, Deventer 2002, p. 401.

124 Zo ook Giesen (2005), p. 169-170.

125 Vgl. *Asser-Hartkamp 4-III*, nr. 99, p. 110.

126 Voor zover het niet gaat om schade geleden door de (verwijtbaar) onrechtmatig handelende vergunninghouder (overtreder) zelf (zie par. 3.1).

127 Dat dergelijke regels strekken ter bescherming van het ‘algemeen belang’ brengt niet met zich dat het niet naleven van deze regels niet *jegens* een specifieke burger (die in het concrete geval schade lijdt/slachtoffer wordt) onrechtmatig zou kunnen zijn (anders: Van Rossum (2005), p. 80). Rechtsregels die in het algemeen belang

worden geformuleerd dienen in de regel ook specifieke belangen van bepaalde groepen burgers.

128 Zoals in de zaak Boeddha en in Volendam.

129 Zie bijv. T. Hartlief, ‘Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?’, *NJB* 2005/16 (hierna: Hartlief 2005b); Hartlief (2005a) en Giesen (2005), p. 170.

130 HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004/67 (Duwbak Linda).

131 Zie het ‘groene boekje’: duw-bak, de (m.).

132 In het arrest wordt gesproken van ‘ernstige tot zeer ernstige corrosie van de bodemplaten waardoor lekkage is opgetreden.’

133 Het Haagse hof kwam tot hetzelfde oordeel. Zie r.o. 9.2. Zie ook Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam), r.o. 5.18 t/m 5.22. Vergoeding van vermogensschade wegens niet-handhaving van aan de milieuvergunning verbonden voorschriften lag daar volgens gedaagden (o.m. de gemeente Rotterdam) niet zonder meer in de rede. De Wet milieubeheer beoogt in ieder geval volgens gedaagden geen zuivere vermogensbelangen te beschermen. Of dit argument hout snijdt geeft de rechtbank niet expliciet aan. Caldic Chemie was echter voor twee ankers gaan liggen. De gemeente Rotterdam had volgens Caldic Chemie eveneens gehandeld in strijd met de Brandweerwet. Bij schending van de uit de Brandweerwet voortvloeiende zorgplicht zou schadevergoeding wel in de rede liggen. De Brandweerwet beoogt brandschade (vaak bestaand uit vermogensschade) te voorkomen. Dit beaamt de Rechtbank Rotterdam.

genheidsargument' en een door de Hoge Raad uitgesproken 'machtswoord'. De beperkte uitleg van het beschermingsbereik van het RosR lijkt volgens hem met name verband te houden met het voorkomen van een omvangrijke overheidsaansprakelijkheid jegens velen.¹³⁴ Giesen komt tot dezelfde conclusie.¹³⁵ Ook ik proef dat in het arrest van de Hoge Raad.¹³⁶ Van Rossum is positiever over het arrest. Zij ziet op basis van het duwbak Linda-arrest mogelijkheden om via het relativiteitsvereiste tot een beperking van aansprakelijkheid te komen.¹³⁷ Ik wijs er met klem op dat gewaakt moet worden voor het creëren van gekunstelde 'relativiteitsfuiken' teneinde de spreekwoordelijke geest van de alsmaar uitdijende overheidsaansprakelijkheid – iets waar Spier voor gewaarschuwd heeft – in de fles te houden.

4.3.4. Causaliteit

4.3.4.1. Meervoudige causaliteit, hoofdelijke aansprakelijkheid en 'afgeleide aansprakelijkheid'

In het kader van overheidsaansprakelijkheid voor gebrektoezicht en ontoereikende handhaving is veelal sprake van meervoudige (of samenloop van) causaliteit. Zowel de overtreder als de niet (adequaat) optredende overheid leveren door hun handeling een bijdrage aan het ontstaan van de schade. Zonder overtreding van de normen door de overtreder zou de schade niet zijn ontstaan. Indien adequaat was gehandhaafd, naar mag worden aangenomen, evenmin. In dit geval is in beginsel zowel de overheid als de overtreder *hoofdelijk* (voor de gehele schade) *aansprakelijk*.¹³⁸ Dit kan nadelige gevolgen hebben voor de aansprakelijke overheid. Immers, regres¹³⁹ op de overtreder zal dit in de praktijk soms slechts tot op zekere hoogte mogelijk zijn.¹⁴⁰ Dit geldt in het bijzonder indien sprake is van omvangrijke schade. Daar komt nog bij dat de gelaedeerde burger eerder de kapitaalkrachtige overheid aan zal spreken dan een lokale horeca-ondernemer (zie ook hierna).

De aansprakelijkheid van de toezichthouder wordt – onder andere door Giesen en Van Rossum – beschouwd als een 'afgeleide aansprakelijkheid'.¹⁴¹ Mede daarom wordt in de literatuur gezocht naar alternatieven voor de hoofdelijke

aansprakelijkheid die resulteren in een beperking of zelfs uitsluiting van aansprakelijkheid van de 'zijdelingse laedens'. Dit met name vanwege het (door sommigen onwenselijk geachte) feit dat een gelaedeerde eerder de kapitaalkrachtige overheid zal aanspreken dan de niet of minder solvabele 'primaire verantwoordelijke' (bijvoorbeeld de café-eigenaar).

Uitsluiting van aansprakelijkheid is mijns inziens niet gewenst. De toezichthouder heeft immers een eigen (wettelijke) taak en een daarbij behorende verantwoordelijkheid. Dat de toezichthouder/handhaver pas duidelijk in beeld komt/hoort te komen (door te handhaven) als bijvoorbeeld een vergunninghouder onrechtmatig handelt mag daarbij geen rol spelen. Giesen, Van Rossum, en Hartlief delen deze opvatting.¹⁴²

Voor een uitsluiting van aansprakelijkheid kan in de literatuur dus weinig steun gevonden worden. Dit ligt anders als het gaat om mogelijke *beperkingen* van de aansprakelijkheid van de (toezichthoudende) overheid. Zo wijst Giesen op *subsidiare aansprakelijkheid* van de toezichthouder.¹⁴³ De overheidsaansprakelijkheid kan dan alleen ingeroepen worden als de eerstverantwoordelijke om bepaalde redenen, zoals bijvoorbeeld onvindbaarheid of insolventie, niet (volledig) aansprakelijk gesteld kan worden.¹⁴⁴ Of dit winst is ten opzichte van de huidige situatie vraag ik me af. Evenals Hartlief heb ik niet de indruk dat van de huidige hoofdelijke aansprakelijkheid onvoldoende prikkelende werking uit gaat naar de overtreder (als 'primaire verantwoordelijke').¹⁴⁵ Bovendien lijkt, van de stok van de (hoofdelijke) aansprakelijkheid achter de deur van de toezichthouder, wél een nuttige prikkelende werking uit te gaan om de toezichts- en handhavingstaak serieus te nemen¹⁴⁶ (terwijl van deze prikkel tevens een reflexwerking uit gaat naar het gedrag van de 'primaire verantwoordelijke'¹⁴⁷). Het stelsel van subsidiare aansprakelijkheid moet mijns inziens, gelet op het bovenstaande, van de hand gewezen worden.

Van Rossum wijst in haar preadvies op een andere vorm van beperking van aansprakelijkheid. Namelijk het leerstuk van de *proportionele aansprakelijkheid*. Het gaat daarbij om een aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakings-

134 Hartlief (2005a). A-G Spier spreekt deze vrees in zijn conclusie expliciet uit. Bij het aannemen van een ruim geldingsbereik van 'allerlei keuringsbepalingen' bestaat volgens hem het 'geenszins te verwaarlozen risico dat de geest uit de fles raakt en daarna niet meer te bezweren valt.' Zie r.o. 4.42 (niet opgenomen in *RvdW* 2004/67, wel te raadplegen op rechtspraak.nl, LJN-nr. AO6012).

135 Giesen (2005), p. 170.

136 Zie bijv. r.o. 3.4.3.

137 Van Rossum (2005) p. 122-123, zie ook p. 78 e.v. Van Rossum pleit voor het in wet opnemen (lees: beperken) van het beschermingsbereik van normen (zie Van Rossum (2005) p. 123). Ik ben daar geen voorstander van. Een praktijk van 'Etiketenschwindel', teneinde aansprakelijkheid te ontduiken, ligt dan op de loer (vgl. Hartlief (2005a) die ook waarschuwt voor het 'op papier beperken tot algemene belangen').

138 Zie art. 6:102 lid 1 BW. Zie voorts: Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 246 e.v. en *Asser-Hartkamp 4-I*, elfde druk, Deventer 2000, nr. 88 e.v. Zie ook: HR 24 december 1999, *RvdW* 2000, 12; *NJ* 2000, 351 (Nugteren/Meskes).

139 Zie over de mogelijkheid van regres: *Asser-Hartkamp 4-I*, nr. 114 e.v.

140 Vgl. Van Dam (2002), p. 103 e.v.

141 Giesen (2005), hfdst. 3, Van Rossum (2005) p. 91 e.v. In de literatuur wordt ook wel gesproken over de overheid als *peripheral tortfeasor* of *zijdelingse laedens*.

142 Vgl. Giesen (2005), p. 41 en 196; Van Rossum (2005), p. 92 en Hartlief (2005a).

143 Giesen (2005), p. 43 e.v.

144 Giesen (2005), p. 43.

145 Hartlief (2005a) en T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief, S. Klosse (red.), *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Bju, Den Haag 2003, p. 1 e.v., i.h.b. p. 43. Zie ook: Van Rossum (2005), p. 93.

146 Zie ook: Van Rossum (2005), p. 93-94.

147 Als de toezichthouder – gelet op de op de loer liggende aansprakelijkheid – nauwgezet te werk gaat loopt de overtreder (de 'primaire verantwoordelijke') een groot risico gesanctioneerd te worden. Bijgevolg zal deze laatste eerder geneigd zijn normconform te handelen. Vgl. Hartlief (2005a) en Giesen (2005), p. 146 e.v.

aandeel.¹⁴⁸ Van Rossum meent dat deze vorm van beperking van aansprakelijkheid perspectieven voor de toekomst biedt.¹⁴⁹ Een nadere uitwerking van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid ontbreekt echter in haar preadvies. Volstaan wordt met een verwijzing naar de hierboven genoemde literatuur. Dat is jammer omdat dit leerstuk nog lang niet uitgekristalliseerd is. Het is afhankelijk van de uitleg die wordt gegeven aan het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid of het in het kader van gebrekkig toezicht een rol kan spelen. In de regel speelt het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid een rol als een *condicio sine qua non*-verband tussen de gewraakte gedraging (of het nalaten) en de geleden schade niet kan worden aangetoond.¹⁵⁰ Daarbij kan gedacht worden aan een situatie waarin een werknemer een werkgever aansprakelijk stelt voor schade die hij lijdt tengevolge van longkanker, terwijl hij gedurende zijn loopbaan blootgesteld is aan asbest maar ook al vanaf zijn zestiende jaar flink rookt. In geval van gebrekkige handhaving is van een dergelijke causaliteitsonzekerheid vaak geen sprake. Was wél gehandhaafd (door het café te sluiten op oudejaarsdag omdat het niet voldeed aan de brandveiligheidsvoorschriften) dan had de ramp niet plaatsgevonden. In dit opzicht kan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid mijns inziens dan ook geen diensten bewijzen.¹⁵¹ Wél zou de proportionaliteit bijvoorbeeld een rol kunnen spelen in het kader van de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW), dus bij het bepalen van de omvang van de voor vergoeding in aanmerking komende schade. Wellicht doelt Van Rossum dan ook op dit aspect. Als ik het goed begrijp acht Van Rossum het met name wenselijk degene die 'de meeste schuld heeft' / het grootste verwijt treft¹⁵², het grootste deel van de schade te laten betalen. Vaak zal dat, in haar optiek, de 'primaair verantwoordelijke' zijn.

Ik ben geen voorstander van het hanteren van een dergelijke proportionaliteitsmaatstaf ter beperking van de overheidsaansprakelijkheid. Ten eerste – en dat weegt mijns inziens het zwaarst – omdat op de overheid de belangrijke

afzonderlijke taak rust zorg dragen voor de veiligheid van de burgers. Zij beschikt daartoe over de nodige toezichten en handhavingsbevoegdheden. Maakt de overheid van deze bevoegdheden, geen, onvoldoende, dan wel onjuist gebruik dan kan haar van het ontstaan van de schade een *zelfstandig* verwijt worden gemaakt.¹⁵³ Zij komt immers haar ambtsplicht niet na. In dat opzicht kan mijns inziens ook niet gesteld worden dat de overheid een veel beperkter verwijt treft dat de 'primaair verantwoordelijke'.¹⁵⁴ Een tweede argument tegen het hanteren van een proportionaliteitsmaatstaf is dat de 'prikkelende werking' die uit gaat van de overheidsaansprakelijkheid veel beperkter zal zijn. Een ander belangrijk bezwaar tegen toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is tenslotte dat de gelaedeerde burger zich tot verschillende personen moet wenden om zijn schade vergoed te krijgen. Zo bezien is de gelaedeerde dubbel gedupeerd.

Ik kom dan ook tot de volgende slotsom. Een beperking van de hoofdelijke aansprakelijkheid, in welke vorm dan ook, is mijns inziens, gelet op het voorgaande, niet op zijn plaats. De toezichthoudende en handhavende overheid kan gelet op haar taak een *zelfstandig en apart verwijt* worden gemaakt en bijgevolg hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden.¹⁵⁵

4.3.4.2. *Vestiging van aansprakelijkheid*

Dat de vergunninghouder bepaalde regels heeft overtreden en er dientengevolge schade is ontstaan neemt, zoals gezegd, niet weg dat er in de regel causaal verband – in de zin van een *condicio sine qua non*-verband – bestaat tussen ontoereikend toezicht en/of niet-handhaven en de geleden schade.¹⁵⁶ Dit *condicio sine qua non*-verband is voldoende voor de *vestiging* van aansprakelijkheid.¹⁵⁷ Bij causaliteitsonzekerheid kan de 'omkeringsregel'¹⁵⁸ mijns inziens een nuttige functie vervullen.¹⁵⁹ De omkeringsregel speelt met name een rol bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen.¹⁶⁰ Genoemde regel brengt met zich dat, indien door een als onrechtmatige daad aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan

148 Zie over proportionele aansprakelijkheid in algemene zin: A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Schoordijk instituut, 1997 en de bundel: *Proportionele aansprakelijkheid*, red.: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief, Bju, Den Haag 2000. Zie voorts de nadere verwijzingen in het preadvies van Van Rossum. Het bepalen van de afzonderlijke veroorzakingsaandelen lijkt bovendien bepaald niet eenvoudig. Zie ter illustratie: M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en Aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, p. 2180 e.v.

149 Van Rossum (2005), p. 97 en 122.

150 Zie Akkermans (1997), p. 1 en Giesen (2005), p. 174-175. Zie voorts: A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van de proportionele aansprakelijkheid', in: *Proportionele aansprakelijkheid*, in: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief (red.), Bju, Den Haag 2000, p. 85 e.v.

151 Zo ook Giesen (2005), p. 174-175.

152 Van Rossum (2005), p. 91.

153 Of, zoals Giesen (2005) het op p. 187 stelt: 'Net zoals de aansprakelijkheid van de onder toezicht gestelde niets afdoet aan de aansprakelijkheid van de toezichthouder, zal de vraag of die onder toezicht gestelde al dan niet maatregelen nam, niets afdoen aan de vraag of de toezichthouder op zijn beurt maatregelen had moeten treffen.' Zie ook: Giesen (2005), p. 150 e.v.

154 In ieder geval kan mijns inziens niet gesproken worden van een minimaal aandeel in de veroorzaking van de schade (zie: Van Rossum (2005), p. 97).

155 Zie ook: Giesen (2005), p. 44-45 en Hartlief (2003), p. 44.

156 Zie bijv. Rb. Rotterdam, 26 mei 2004, *NJF* 2004/508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam), r.o. 5.24 t/m 5.27. Ook Giesen geeft aan dat er in het kader van de aansprakelijkheid van een toezichthouder niet snel causaliteitsproblemen zullen ontstaan (Giesen (2005), p. 171 e.v.).

157 Zie Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 215. Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade wordt in dit kader met name afgeleid uit art. 6:162 lid 1 BW (de schade die de ander *dientengevolge* lijdt). Vgl. J. Hijma en M.M. Olthof, *Compensatie van het Nederlands vermogensrecht*, achtste druk, Deventer 2002, p. 261-262 en Brahn/Reehuis (2002), p. 438. Anders: *Asser-Hartkamp 4-I*, elfde druk, Deventer 2000, nr. 432, p. 354.

158 Zie hierover uitvoerig: A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, (oratie VU), Den Haag 2002.

159 Giesen ziet geen reden om de omkeringsregel 'categoriaal' – dus zonder meer in alle gevallen waarin een toezichthouder aansprakelijk wordt gesteld wegens gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving – toe te passen. Ik deel die mening. Omdat, zoals gezegd het aantonen van een *condicio sine qua non*-verband in de regel niet problematisch zal zijn. Anders dan Giesen meen ik echter dat de omkeringsregel – zoals door de Hoge Raad geformuleerd – niet zonder meer 'categoriaal' werkt (of moet worden toegepast) maar juist in concrete gevallen, als er sprake is van causaliteitsonzekerheid, een rol speelt (en op die manier ook bij toezichthoudersaansprakelijkheid een rol kan spelen). Zie Giesen (2005), p. 209 e.v., i.h.b. p. 211 en p. 223.

160 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 216.

van schade in het leven is geroepen en dit risico zich verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de ontstane schade in beginsel is gegeven.¹⁶¹ Het ontbreken van causaal verband dient dan te worden aangetoond door degene die uit onrechtmatige daad wordt aangesproken. Ook nadat de Hoge Raad bij een tweetal arresten van 29 november 2002¹⁶² de omkeringsregel heeft verduidelijkt en aangescherpt kan deze mijns inziens nog worden toegepast in het kader van overheidsaansprakelijkheid bij gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De aanscherping van de omkeringsregel houdt in dat deze alleen van toepassing is indien er sprake is van een schending van een norm die ertoe strekt een *specifiek gevaar* ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.¹⁶³ Gelet op het feit dat het bestuursorgaan (vanwege het specialiteitsbeginsel) beschikt over doelgebonden toezichts- en handhavingsbevoegdheden zal het steeds gaan om het voorkomen van 'specifieke' gevaren. Bovendien zal gebrekkig toezicht of niet-handhaven het verwezenlijken van het gevaar aanmerkelijk vergroten. Logische gevolgtrekking lijkt dan ook dat, indien dit specifiek gevaar zich tengevolge van een toezichts- of handavingsgebrek voordoet, de omkeringsregel van toepassing is.

Ten slotte verdient opmerking dat aan toepassing van de omkeringsregel niet in de weg hoeft te staan dat naast de niet-handhavende overheid ook de vergunninghouder het risico 'in het leven roept' dat schade ontstaat.¹⁶⁴ Ter illustratie wijs ik op de zaak Sint Willibrord waarin de omkeringsregel werd toegepast ten aanzien van een psychiatrische inrichting. In genoemde zaak wordt de inrichting aansprakelijk gesteld wegens brandstichting (buiten de inrichting) door een van haar patiënten omdat de verpleegkundigen, door de patiënt 's-avonds de inrichting te laten verlaten, een verhoogd gevaar voor schade aan derden in het leven hebben geroepen.¹⁶⁵ Deze zaak vertoont tot op zekere hoogte een parallel met de situatie waarin een overheidslichaam aansprakelijk wordt gehouden voor schade wegens een toezichts- of handavingsgebrek.

4.3.4.3. Vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid

Nadat vastgesteld is dat er causaal verband is tussen de normschending en het ontstaan van schade dient vervol-

gens de omvang van de schadevergoeding te worden vastgesteld. Tegen die achtergrond moet art. 6:98 BW met name worden gezien. In het kader van de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding geldt de leer van de toerekening naar redelijkheid. Teneinde dit vage criterium in te vullen heeft Brunner een aantal deelregels ontwikkeld.¹⁶⁶ Uit die deelregels en uit rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat er in beginsel sprake is van een *ruime toerekening* voor zover door gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving personenschade (letselschade of overlijdensschade) is ontstaan.¹⁶⁷ Maar ook indien 'slechts' sprake is van zaaksschade, zoals in de zaak Oudewater, zal een openbaar lichaam, op grond van de leer van toerekening naar redelijkheid, mijns inziens veelal gehouden zijn de geleden schade te vergoeden. Dit neemt niet weg dat de leer van toerekening naar redelijkheid de rechter wel de ruimte biedt eventueel rekening te houden met het (soms beperkte) aandeel van de toezichthouder (als zijdelingse laedens) in het ontstaan van de schade.¹⁶⁸ Daarbij moet de rechter mijns inziens echter de nodige terughoudendheid betrachten. De toezichthouder heeft immers een eigen (belangrijke) taak. Hem kan ten aanzien van het ontstaan van de schade een *zelfstandig verwijt* worden gemaakt.

4.3.4.4. Eigen schuld

In het kader van aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving speelt in het bijzonder de vraag of het niet uitlokken van een handhavingsbesluit zou moeten leiden tot 'eigen-schuld' aan de zijde van gelaedeerde. Ik meen van niet.¹⁶⁹ In feite zou dan van toevalligheden afhangen of een benadeelde aanspraak kan maken op schadevergoeding. De burger moet immers bij toeval – een onderzoeksplicht kan hier immers niet van de gelaedeerde worden gevergd¹⁷⁰ – tot de ontdekking zijn gekomen dat onrechtmatig werd gehandeld en vervolgens ook de juiste weg hebben weten te bewandelen. Daar komt nog bij dat dit bij grote rampen als gevolg zou kunnen hebben dat sommige personen (de klagers) een volledige schadevergoeding krijgen terwijl anderen (die niet op de hoogte waren van de gevaarlijke situatie) onder het mom van 'eigen schuld' slechts een (beperkt) deel van de schade vergoed krijgen. Bovendien, en dit argument weegt wellicht zwaarder, is het (primair) de taak van de overheid toe te zien op naleving van vergunningsvoorschriften en andere

161 Zie o.m. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, m.nt. WMK (Dicky Trading II) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. C.H.J. Brunner (Sint Willibrord). Ook de bestuursrechter past – in navolging van de Hoge Raad – de 'omkeringsregel' toe in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht, zie: CRvB 12 mei 2005, JB 2005/200 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Scheepmaker Den Helder).

162 HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en HR 29 november 2002 (Lekkende tankcontainer), RvdW 2002, 191; NJ 2004, 305 m.nt. Asser (Kastelijn/Achtkarspelen).

163 Vgl. de parallel met het relativiteitsvereiste. Zie hierover Schlössels (2004), par. 7.3.

164 Vgl. Van Dam (2002), p. 122-123.

165 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. C.H.J. Brunner (Sint Willibrord) r.o. 3.6.

166 Zie hierover Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 219 e.v.

167 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 223 e.v. en Kortmann (2003), p. 17.

168 Vgl. Giesen (2005), p. 175-176.

169 Denkbaar is wel dat gedrag van de gelaedeerde dat het risico op

het ontstaan van de schade vergroot kan leiden tot de conclusie dat er sprake is van eigen schuld. Bijvoorbeeld in het geval dat de gelaedeerde in strijd met bepaalde voorschriften veel te zware plantenbakken op zijn balkon heeft geplaatst en dit balkon (dat in afwijking van het bouwplan op een goedkopere en minder degelijke wijze is verankerd) vervolgens afbreekt. Terughoudendheid lijkt in dat kader echter op zijn plaats.

170 Het veronderstellen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de gelaedeerde, in de zin dat hij zelf controleert of de primair aansprakelijke conform de vergunningsvoorschriften handelt, gaat in dat opzicht zeker véél te ver. Vgl. Rb. Rotterdam, 26 mei 2004, NJF 2004/508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam), r.o. 5.28. Uiteraard zal een burger die vermoedt dat er iets niet in orde is er goed aan doen de overheid te wijzen op de vermoedelijk onrechtmatige situatie. De overheid is immers mede afhankelijk van deze informatie van burgers. In dat opzicht is het ook logisch dat concreet toezichtsfalen eerder tot aansprakelijkheid leidt dan algemeen toezichtsfalen.

regelgeving.¹⁷¹ De bevoegde bestuursorganen beschikken in dit kader over expertise en moeten worden geacht op de hoogte te zijn van de risico's die een bepaalde inrichting met zich brengt. Van een burger kan dit in de regel niet verwacht worden.¹⁷² Derhalve kan hem in het kader van een onrechtmatige daadsactie niet snel worden tegengeworpen dat zijn schade (mede) te wijten is aan zijn 'eigen schuld' omdat hij een handhavingsbesluit uit had moeten lokken.¹⁷³ Ook als de gelaedeerde anderszins onvoorzichtig heeft gehandeld moet dit niet al te snel tot eigen schuld leiden.¹⁷⁴

Mocht de rechter al tot de conclusie komen dat er sprake is van eigen schuld aan de zijde van gelaedeerde dan is mijns inziens een billijkheidscorrectie op zijn plaats.¹⁷⁵ Dit gelet op de uiteenlopende ernst van de wederzijds gemaakte 'fouten'. Het niet volgen of doorzetten van een bestuursrechtelijke procedure staat in dat opzicht in een schril contrast tot het verzaken van een toezichts- of handhavingsbevoegdheid. Het voorgaande komt er op neer dat de overheid in de regel de schade aan de gelaedeerde zal moeten vergoeden.

4.3.4.5. Afsluitende opmerking over causaliteit

Tegen de achtergrond van het causaliteitsleerstuk wijs ik nogmaals op de verhouding tussen de vergunninghouder (als 'primair verantwoordelijke') en het bevoegde bestuursorgaan (als 'zijdelingse laedens'). Dat de vergunninghouder bestuursrechtelijke regelgeving heeft overtreden brengt, zoals gezegd, niet met zich dat de schade niet aan het openbaar lichaam kan worden toegerekend. Dat velen (waaronder de regering) huiveren voor een hoofdelijke aansprakelijkheid van een overheidslichaam naast de overtreder is echter begrijpelijk. Hoewel de overheid meestal de *mogelijkheid* van regres heeft op de overtreder zal dit in de praktijk, zoals gezegd, (soms) slechts tot op zekere hoogte mogelijk zijn. Dit geldt in het bijzonder bij grote(re) rampen zoals die zich voordeden in Enschede en Volendam.

Dát in een dergelijke situatie de overheid voor een groot deel van de kosten 'opdraait' mag echter geen reden zijn voor het toepassen van 'gekunstelde causaliteitsredeneringen'¹⁷⁶ of het anderszins 'ontduiken'¹⁷⁷ of (wettelijk) beperken dan wel uitsluiten van de aansprakelijkheid. In dat opzicht kan ik de opvatting van het kabinet dat een vergunninghouder in beginsel aansprakelijk is en dat de 'verantwoordelijkheid voor misstanden' niet mag worden 'afgewenteld' op de overheid in verband met gebrekkig

toezicht¹⁷⁸ dan ook niet onderschrijven. Er is niets mis mee om, zoals het kabinet wil, partijen in de samenleving op hun eigen verantwoordelijkheid aan te spreken. Maar het standpunt van de regering dat het overheidslichaam, ongeacht of er sprake is van gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving, buiten schot moet blijven gaat te ver.¹⁷⁹ Ook de overheid moet op *haar* verantwoordelijkheden kunnen worden aangesproken.

5. Conclusie: Geen beknotting van het aansprakelijkheidsrecht

In deze bijdrage is ingegaan op de aansprakelijkheid van overheidslichamen voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. Het betreft een actueel onderdeel van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zoals aangegeven biedt de rechtspraak van de civiele rechter tot op heden weinig algemene aanknopingspunten en tot een succesvolle aansprakelijkstelling is het nog zelden gekomen. Duidelijk is dat vaak terughoudend wordt getoetst door de civiele rechter. De rechter oordeelt dan dat er slechts ruimte is voor aansprakelijkheid als de overheid 'in ernstige mate tekort is geschoten'.

De civiele rechter zoekt ten onrechte geen aansluiting bij het 'gewone' aansprakelijkheidsrecht. Onder meer vanwege de in het bestuursrecht bestaande beginselplicht tot handhaving is aansluiting bij het gewone aansprakelijkheidsrecht recht zeer goed verdedigbaar. De 'kelderluik-criteria' zouden dan het uitgangspunt moeten vormen. Tevens zou uitgegaan moeten worden van een verhoogde zorgplicht voor de toezichthoudende en handhavende overheid. Op die wijze kan rekening worden gehouden met de bijzondere positie die de overheid inneemt als toezichthouder en handhaver. Juist vanwege het (algemeen) belang dat gediend is met goed toezicht en adequate handhaving mag van de overheid *méer* worden verwacht dan van de gemiddelde burger (of het nu gaat om de overtreder of het slachtoffer).

Tot slot verdient aantekening dat het voorkomen van overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht of ontoereikende handhaving een goed streven is, dat echter niet mag worden gerealiseerd door beknotting van het aansprakelijkheidsrecht.

171 Vgl. Giesen (2005), p. 180.

172 In dit opzicht wijkt deze vorm van overheidsaansprakelijkheid duidelijk af van bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor een vernietigde bouwvergunning. Er is m.i. niets op tegen 'eigen schuld' aan de schade toe te rekenen aan een houder van een bouwvergunning als deze gaat bouwen voordat de bouwvergunning onherroepelijk is geworden terwijl deze vergunning vervolgens vernietigd wordt (zie HR 29 april 1994, NJ 1997, 396 m.nt. Scheltema (Gemeenschappelijke Eigendom/Den Haag)).

173 Vgl. Rb. Rotterdam, 26 mei 2004, NJF 2004/508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam), r.o. 5.28. Zie voorts: Giesen (2005), p. 177 e.v.

174 Zie in dezelfde zin Giesen (2005), p. 180. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de gelaedeerde op de hoogte is van de overtreding en anderszins onvoorzichtig heeft gehandeld, bijvoorbeeld door

geen of te weinig voorzorgsmaatregelen te nemen omdat de toezichthouder aangeeft of de indruk wekt dat er niets aan de hand is (vgl. de zaak Oudewater).

175 Vgl. Spier/Hartlief/Van Maanen/Vriesendorp (2003), p. 234 e.v.

176 Vgl. de aansprakelijkheid-ontwijkende rechtspraak van de schadevergoedingsrechter in het kader van de 'besluitenaansprakelijkheid'. Zie hierover Schlössels (2004), par. 7.3.

177 Door uitsluiting van aansprakelijkheid via een 'gekunstelde relativeringsredenering' (vgl. de kritiek op het duwbak Linda-arrest).

178 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279 nr. 1 (nota: Rechtsstaat en Rechtsorde); reactie van het kabinet op het WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat', p. 6.

179 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279 nr. 1 (nota: Rechtsstaat en Rechtsorde), p. 6.

Denk om de buren! De Belgische burenhinderleer na de Cassatiearresten van 6 april 1960*

Nr. 81

R.I.R. Hoop**

1. Inleiding

Juridische conflicten tussen buren genieten bij de meeste rechtswetenschappers allicht niet meteen de uitstraling als zijnde het meest verheven werkgebied binnen het recht, maar zullen eerder worden gerangschikt onder de wat geringgeschatte huis-, tuin- en keukenjuristerij. Voor de alledaagse rechtspraktijk kan het belang van het burenrecht echter niet overschat worden. Zeker in een dichtbevolkt land als Nederland heeft het burenrecht een evidente maatschappelijke betekenis.¹ Dit geldt *a fortiori* voor de regels inzake burenhinder. Immers, 'In een land, waar de huizen zo dicht op elkaar gebouwd worden als in Nederland, kan men niet leven zonder zijn buren te hinderen'.² Ook voor België kan men gerust stellen dat het 'nabuuerschap' de eerste hoedanigheid is die men verwerft in deze wereld³ en aldus één van de meest voorkomende rechtsverhoudingen uitmaakt.⁴ Een uitspraak van het hoogste rechtscollege van een land dat een belangrijke wijziging teweegbrengt in de verhoudingen tussen buren, is dan ook voorbestemd om een klassieker te worden binnen de rechtspraak.

Dit is zeker het geval met het Schoorsteen- en kanaalarrest van 1960⁵ van het Belgische Hof van Cassatie. Dat dit reeds op het moment van de uitspraak zelf ten volle door de rechtsleer werd beseft, blijkt uit de enthousiaste commentaar van Jean Dabin die stelde: 'Voici deux arrêts dignes de figurer parmi les "grands arrêts de notre jurisprudence civile"'.⁶ De tijd zou bewijzen dat zijn reactie niet overdreven was: na meer dan 45 jaar vormen de arresten van 1960 nog steeds het uitgangspunt voor de behandeling van burenhinder naar Belgisch recht.

2. Burenhinder en het Belgische aansprakelijkheidsrecht

Vooraleer de eigenlijke bespreking van de twee cassatiearresten aan te vatten, is het mijn inziens nodig de precieze aard van het probleem te schetsen. Een duidelijke bepaling

van het soort feiten waarover het hier gaat en een korte introductie in het relevante Belgische recht is ook van belang om nadien een adequate vergelijking te kunnen maken met de wijze waarop het probleem benaderd wordt in het Nederlandse recht.

De arresten die ik hierna zal bespreken, hebben betrekking op burenhinder. Burenhinder kunnen we in algemene zin omschrijven als de hinder die wordt bezorgd aan omliggende erven bij de uitoefening van activiteiten op of de exploitatie van het eigen erf. Die hinder kan diverse oorzaken hebben en verschillende vormen aannemen: geuren, lawaai, trillingen, rook... Het recht dient te bepalen hoe de geschillen en betwistingen die tussen buren ontstaan naar aanleiding van en met betrekking tot die hinder, beslecht moeten worden. Belangrijk element daarbij is uiteraard de vraag in welke mate die hinder aan een bepaalde partij 'verwijtbaar' is of moet zijn. Het Schoorsteen- en kanaalarrest van 1960 behoort tot de klassiekers van de Belgische rechtspraak omdat het Hof van Cassatie juist op dit punt een radicale ommezwaai laat zien ten opzichte van de vroegere benadering van geschillen inzake burenhinder. Om aan te kunnen geven waaruit de gesignaleerde ommekeer precies bestaat, is het nodig terug te keren naar de juridische situatie van voor de arresten van 1960. Deze schets is evenwel weinig zinvol zonder voorafgaande kennis van het Belgische extra-contractuele of aquiliaanse aansprakelijkheidsrecht. Vandaar een tweede en laatste preliminaire beschouwing.

In het Belgische recht is de grondslag voor de onrechtmatige daad of fout-aansprakelijkheid te vinden in art. 1382-1383 BW.⁷ Net als in het Nederlandse recht geldt daarbij dat een slachtoffer aanspraak kan maken op volledige schadevergoeding wanneer hij kan aantonen dat een ander bij hem schade veroorzaakte door een deze dader toerekenbare fout. De fout is gelegen in het onrechtmatig gedrag van de dader. In tegenstelling tot de Nederlandse situatie, waar het tweede lid van art. 162 Boek 6 BW de onrechtmatigheidscriteria opsomt, wordt in de Belgische wet nergens uitdrukkelijk beschreven wat als onrechtmatig moet wor-

* R.I.R. Hoop, 'Denk om de buren! De Belgische burenhinderleer na de Cassatiearresten van 6 april 1960', *NTBR* 2005, 81.

** De auteur is als post-doctoraal onderzoeker verbonden aan de Universiteit Maastricht en aan de Vrije Universiteit Brussel, en is docent recht aan de Katholieke Hogeschool te Brugge (KHBBO).

1 Davids W.J.M., *Burenrecht*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1999, p. 4-5.

2 Reehuis W.H.M., Heisterkamp A.H.T., Van Maanen G.E. & De Jong G.T., *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 3, Goederenrecht*, 11e druk, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 361.

3 Fournel M., *Traité du voisinage*, I, Parijs, 1827, p. XIV.

4 In de Belgische kwaliteitskrant *De Standaard* kon men onlangs nog een mooie bloemlezing terugvinden van compleet uit de hand gelopen situaties van burenhinder: 'Buren in staat van oorlog', *De Standaard*, 3 september 2005.

5 Cass. 6 april 1960 (2 arresten), *Arr. Cass.*, 1960, 722.

6 Dabin J., noot bij Cass. 6 april 1960, *R.C.J.B.*, 1960, 286-292.

7 Deze stemmen overeen met art. 1401-1402 van het oude Nederlandse BW.

den beschouwd. Belgische rechtsleer en rechtspraak aanvaarden vandaag twee criteria inzake onrechtmatigheid.⁸ De eerste bestaat uit het niet-naleven van een wettelijke of reglementaire verplichting, dus: een inbreuk op of een strijdigheid met een wettelijke norm. Het tweede criterium is de zorgvuldigheidsnorm: elke handeling (of verzuim) die een normaal voorzichtig mens (d.i. de *bonus pater familias*, de goede huisvader) in dezelfde omstandigheden geplaatst niet zou hebben gesteld, maakt eveneens een fout uit in de zin van art. 1382 BW. De lichtste fout (*culpa levissima*) volstaat daarbij; zelfs de kleinste tekortkoming zal dus tot aansprakelijkheid leiden. Opvallend verschil met het art. 6:162 van het Nederlandse BW is dus het ontbreken van een derde onrechtmatigheidscriterium, meer bepaald het maken van een inbreuk op een recht. Deze mogelijkheid werd in de eerste helft van de vorige eeuw in België wel verdedigd door de toenmalige procureur generaal, Paul Leclercq⁹, maar heeft uiteindelijk geen navolging gekend in rechtsleer of rechtspraak.

Theoretisch gezien biedt het Belgische recht derhalve volgende mogelijkheden om situaties van burenhinder te beslechten. Een eerste optie bestaat in de kwalificatie van burenhinder als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 BW. Vereist is dan wel dat men de veroorzaker van de hinder een fout kan aanrekenen. Volgens de huidige stand van het Belgische recht is dat alleen mogelijk wanneer aangetoond kan worden dat de gedraging van de buur strijdig is met een wettelijke norm of met de algemene zorgvuldigheidsnorm. Incorporatie in de aquiliaanse aansprakelijkheid zou echter ook kunnen indien men een ruimere invulling zou kunnen geven aan het foutvereiste¹⁰ of indien men een wettelijke bepaling kan vinden die het verbod van bovenmatige burenhinder als norm bevat.¹¹ Een tweede mogelijkheid is om het probleem van burenhinder op te lossen op grond van een andere rechtsfiguur los van de aquiliaanse aansprakelijkheid.

3. Situatie voor 1960

In het tijdsvak dat de Cassatiearresten van 6 april 1960 voorafgaat, kan een verdere opdeling gemaakt worden in twee periodes waarbij een andere uitspraak van het Hof van Cassatie opnieuw het keerpunt vormt.¹²

In de eerste periode, die eindigt in 1949, vertoont de cassatierechtspraak weinig standvastigheid wat betreft de keuze van een juridische grondslag voor de oplossing van de burenhinderproblematiek.¹³ Wel kan geconcludeerd worden dat het hof in de meeste gevallen getracht heeft aansluiting te zoeken bij de aquiliaanse aansprakelijkheid van art. 1382 BW. In de meest recente arresten voor 1949 gebeurde dit aan de hand van het leerstuk over rechtsmisbruik.¹⁴ Ook in de rechtsleer bestond weinig eensgezindheid over de juiste rechtsgrond, hoewel de vooraanstaande rechtsgeleerden een duidelijke voorkeur bleken te hebben voor een foutloze aansprakelijkheidsleer.¹⁵

In een arrest van 7 april 1949¹⁶ maakt het Hof van Cassatie evenwel een duidelijke keuze, een keuze die het een decennium lang trouw zou blijven. In dat arrest verbreekt het hof een arrest van het Hof van Beroep te Brussel¹⁷ waarin in een zaak van burenhinder toepassing werd gemaakt van een foutloze aansprakelijkheid. Het Hof van Cassatie verwerpt heel duidelijk de redenering als zou men louter op grond van art. 544 BW – dat een definitie geeft van het eigendomsrecht¹⁸ – kunnen besluiten tot een aansprakelijkheid tot schadeloosstelling wegens de lasten door werken aan de naburige eigenaar opgelegd, welke de gewone bezwaren van de nabuurschap te boven gaan. Het hof stelt integendeel ‘dat artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek niet vermag afgezonderd worden van artikel 1382’ en ‘dat uit de samenvatting van deze twee bepalingen voortvloeit dat hij, die zijn goed derwijze gebruikt dat hij zijn buur een schade berokkent welke de gewone maat van de bezwaren van de nabuurschap te boven gaat, gehouden is tot de gehele schadeloosstelling *wegens de door zijn fout veroorzaakte schade*’.¹⁹

Ofschoon gediscussieerd kan worden over de vraag welke nu de precieze door het hof aanvaarde grondslag was – schending van de (aangescherpte) zorgvuldigheidsnorm of schending van een norm impliciet vevat in art. 544 BW²⁰ – duidelijk was wel dat het hof de burenhinderleer voortaan geïncorporeerd wilde zien in de aquiliaanse aansprakelijkheid van art. 1382 BW. Optreden tegen burenhinder zonder dat een foutieve gedraging kon worden aangewezen, werd niet langer aanvaard. In een arrest van 25 juni 1953²¹ zou het hof dit nog eens benadrukken door er op te wijzen dat de aansprakelijkheid gebaseerd op art. 1382 BW ‘noodzakelijkerwijze’ een fout veronderstelt. Toch zou in

8 De Corte R., *Overzicht van het Burgerlijk Recht*, Antwerpen: Kluwer 2003, p. 558.

9 Leclercq P., ‘Le conducteur d’une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite? Extrait du discours prononcé par M. Paul Leclercq, Procureur général, à l’audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 15 septembre 1927’, *R.G.A.R.*, 1927, nr. 164.

10 Zo zou men, zoals in Nederland, het inbreuk maken op een recht eveneens als fout kunnen aanduiden. Dit zou neerkomen op het aanvaarden van het hiervoor genoemde voorstel van Leclercq.

11 Zoals het oude art. 625 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, dat stelde: ‘Eigendom is het recht om van ene zaak het vrij genot te hebben...’, en *mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrengt...* (mijn cursivering).

12 Derine R., ‘Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1961-64)’, *T.P.R.*, 1965, p. 62; Derine R., ‘Hinder bij nabuurschap’, *R.W.*, 1967-68, 1695; Stijns S. & Vuye H., *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Deel V, Zakenrecht, Boek IV, Burenhinder, Antwerpen: Klu-

wer (E. Story-Scientia) 2000, p. 10.

13 Zie voor een uitvoerige en overzichtelijke bespreking: Stijns S. & Vuye H., *o.c.*, p. 9-22; Derine R., ‘Hinder bij nabuurschap’, *R.W.*, 1967-68, 1695.

14 Rechtsmisbruik wordt in het Belgische recht gezien als de schending van een algemeen rechtsbeginsel dat via art. 1382 BW gesanc-tioneerd wordt.

15 Zie eveneens Stijns S. & Vuye H., *o.c.*, p. 28-48.

16 Cass. 7 april 1949, *Arr. Cass.*, 1949, 242.

17 Brussel 13 juli 1946, *J.T.*, 1949, 509.

18 Art. 544 BW luidt: ‘Eigendom is het recht om op de meest volstrekke wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen.’

19 Cass. 7 april 1949, *Arr. Cass.*, 1949, 244. Mijn cursivering.

20 Stijns S. en Vuye H., *o.c.*, p. 98-100 en 111.

21 Cass. 25 juni 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 743.

sommige (lagere) rechtspraak en vooral in de rechtsleer de tegenovergestelde opvatting blijven opduiken.²² De rechtsvrede was nog niet bereikt.²³

4. De cassatiearresten van 6 april 1960

■ 4.1. feiten

In het zogenoemde Schoorsteen- en kanaalarrest van 6 april 1960²⁴ verandert het Hof van Cassatie echter radicaal het geweer van schouder. In het Schoorsteenarrest bevestigde het hof het vonnis van 2 juli 1956 van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel²⁵ waarbij deze toepassing had gemaakt van de foutloze burenhinderleer. De feiten waren als volgt. Bouwheer Thibaut en aannemer 'S.A. Entreprises Jacques Wolf' hadden in de Brusselse gemeente Vorst op hun grond een appartementsgebouw opgetrokken waarvan ze beiden onverdeeld mede-eigenaar waren. Daartoe hadden ze evenwel een bestaande gemene muur hoger moeten doen optrekken. Deze operatie had echter tot gevolg dat de schouw van een naburige eigendom, toebehorend aan baron en baronnes de Jamblinne de Meux, verstikt raakte. Tegen de eis om deze schouw eveneens hoger op te trekken tot een normale trek opnieuw bereikt zou zijn, verdedigden de bouwheer en de aannemer zich door erop te wijzen dat zij, bij het optrekken van de gemene muur, de bepalingen van art. 658 BW daaromtrent hadden gerespecteerd en bijgevolg niet aansprakelijk gesteld konden worden voor de verstikking van de schouw. Toch zou de Brusselse rechtbank hen verplichten tot compensatie in de vorm van het hoger doen optrekken van de naburige schoorsteen.

In het arrest van het Hof van Beroep²⁶ dat aan de basis lag van het Kanaalarrest, was de Belgische staat bouwheer en betrof het schade die was veroorzaakt aan het onroerend goed van een aangelande door verbredings- en uitdiepingswerken aan het Kanaal Brussel-Charleroi. Ook hier stond de miskennis van het fout-karakter van de aquiliaanse aansprakelijkheid centraal.²⁷

In beide gevallen oordeelde het Hof van Cassatie dat, hoewel overwegende dat de geviseerde partijen 'generlei aquiliaanse fout begaan hebben...'²⁸, de beslissing tot het toekennen van compensatie wettig was. Een duidelijker ommekeer met de arresten van 7 april 1949 en 25 juni 1953

waar juist de aanwezigheid van een aquiliaanse fout heel nadrukkelijk wél werd vereist, is haast niet denkbaar. Het hof zou voortaan in een tot op de dag van vandaag vaste rechtspraak de burenhinderleer benaderen als een foutloze aansprakelijkheid.²⁹ De reden voor de breuk met de interpretatie gevestigd sinds 1949 blijkt, luidens de conclusie van advocaat-generaal Mahaux³⁰, te liggen in een streven naar rechtsvrede, een rechtsvrede die men niet had kunnen bereiken met het cassatiearrest van 1949. Als mogelijke motieven voor de ommekeer suggereren Stijns en Vuye echter ook de impact van het enorme gezag van het *Traité* van Henri De Page – zowat de Bijbel voor Belgische civilisten – waarin een foutloze burenhinderleer verdedigd werd³¹, alsmede de onaangepastheid van de sanctie ex art. 1382 BW.³²

■ 4.2. rechtsoverwegingen

De visie die het Hof van Cassatie in het Schoorsteen- en kanaalarrest ontwikkelde, staat in de Belgische rechtsleer bekend als de 'evenwichtsleer'. Omdat het hier gaat om puur rechttersrecht en de door het hof aangevoerde rechtsgronden voor deze leer nogal discutabel zijn, lijkt het niet overbodig de overwegingen van het hof *in extenso* te citeren:

'Overwegende dat artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek aan elke eigenaar het recht toekent normaal het genot van zijn zaak te hebben;

Dat, aangezien naburige eigenaars mitsdien een gelijk recht op het genot van hun eigendom hebben, hieruit blijkt dat, wanneer eenmaal tussen hun eigendommen de betrekkingen vastgesteld zijn rekening houdende met de uit de buurschap voortvloeiende normale lasten, het aldus geschapen evenwicht in stand moet worden gehouden tussen de respectieve rechten van de eigenaars;

Overwegende dat de eigenaar van een onroerend goed die door een niet foutief feit dit evenwicht verbreekt, bij het opleggen aan een naburige eigenaar van een stoornis die de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt, hem een rechtmatige en passende compensatie waardoor het verbroken evenwicht hersteld wordt, verschuldigd is; Dat immers, daar hij zodoende het eigendomsrecht van de nabuur krenkt, hij hem moet schadeloos stellen overeenkomstig de traditie en het algemeen beginsel dat vastgelegd is, onder meer in artikel 11 van de Grondwet;'

22 Derine, R., 'Hinder bij nabuurschap', *R.W.*, 1967-68, 1695.

23 Stijns S. en Vuye H., *o.c.*, p. 111; Concl. A-G Mahaux bij Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 919-921.

24 In feite betreft het hier twee arresten die door het hof op dezelfde dag in voltallige zitting werden gewezen. Het eerste behandelde een zaak tussen burgers onderling; het tweede betrof de relatie burger-overheid.

25 Rb. Brussel, 2 juli 1956, *J.T.*, 1957, p. 130-131.

26 Brussel, 4 december 1956, *J.T.*, 1957, 530.

27 Het Hof van Beroep van Brussel maakte in zijn arrest nochtans geen toepassing van de foutloze burenhinder, maar volgde het cassatiearrest van 7 april 1949, zij het onder expliciete verwijzing naar de interpretatie van Piret daarvan (*J.T.*, 1957, 531). Deze rechtsgeleerde argumenteerde dat, hoewel de fout niet ligt in het schenden van andermans eigendomsrecht, de schade op zich wel de fout bewijst, zijnde een tekortkoming in het nemen van de nodige voorzorgen ter voorkoming van dergelijke schade. Zie Piret R., 'Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949', *R.G.A.R.*, 1949, nr. 4432.

28 Cass. 6 april 1960 (2 arresten), *Arr. Cass.*, 1960, 724 en 726. Mijn cursivering.

29 Eigenlijk moeten we zeggen 'eveneens' benaderen als een foutloze aansprakelijkheid. Zoals hierna duidelijk zal worden zorgen de cassatiearresten van 6 april 1960 er immers voor dat een duidelijk onderscheid gemaakt moet worden tussen twee soorten situaties: enerzijds burenhinder die voortspuit uit een foutieve gedraging en gesanctioneerd zal worden op grond van de aquiliaanse aansprakelijkheid van art. 1382 BW, en anderzijds de bovenmatige burenhinder (of overlast) die zonder schuld ontstaat maar toch gesanctioneerd kan worden op grond van art. 544 BW, dit is de eigenlijke burenhinder of burenhinder *sensu stricto*. Cf. Derine R., 'Hinder bij nabuurschap', *R.W.*, 1967-68, 1695; Concl. A-G Mahaux bij Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 919.

30 *Pas.*, 1960, I, 919.

31 De Page H. en Dekkers R., *Traité élémentaire de droit civil Belge*, V, ed. 1941, 796 e.v.

32 Stijns S. en Vuye H., *o.c.*, p. 127 e.v.

Het Hof van Cassatie aanvaardt nu dus dat wanneer er een oorzakelijk verband bestaat tussen een niet-foutieve gedraging³³ van de ene eigenaar en een stoornis in het normaal genot door de naburige eigenaar van diens zaak, de eerste ertoe gehouden is het geschonden evenwicht te herstellen. De niet-foutieve gedraging moet wel *bovenmatige* hinder veroorzaken, d.i. hinder die de normale uit het nabuurschap voortvloeiende lasten overtreft. Het komt aan de feitenrechter toe om dit op soevereine wijze vast te stellen.³⁴ Naast het ontbreken van het foutvereiste is een ander verschil met de aquiliaanse aansprakelijkheid ex art. 1382 BW, de omvang van de schadevergoeding. De aansprakelijke buur is niet gehouden tot het volledig herstel van de schade maar slechts tot het verlenen van een *compensatie* die het evenwicht tussen de burens dient te herstellen.

In haar arrest van 6 april 1960 tracht het Hof van Cassatie haar evenwichtstheorie een drievoudige juridische basis te geven. Het hof verwijst naar art. 544 BW, het algemeen beginsel zoals onder meer vastgelegd in art. 11³⁵ van de Grondwet en de traditie. In latere arresten zal enkel nog verwezen worden naar art. 544 BW dat als rechtsgrond ook het minst betwist wordt. Bepaalde rechtsleer stelde immers al langer dat art. 544 BW meer omvat dan een loutere definitie van het eigendomsrecht. Omdat dit eigendomsrecht aan alle eigenaars toekomt, hebben allen een gelijk recht om 'op de meest volstrekte wijze' het genot te hebben van hun zaak. Uit deze '*application multipliée*'³⁶ van de wetbepaling zou dan volgen dat de ene eigenaar het gelijke recht van de andere dient te eerbiedigen.

Het Hof van Cassatie bouwt op deze interpretatie verder en stelt dat uit dit gelijk recht blijkt dat tussen naburige eigenaars een evenwicht tot stand komt. Dit evenwicht houdt rekening met de gewone hinder uit nabuurschap. Wanneer de hinder evenwel de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt, dan is sprake van een verbreking van het evenwicht. Het opnieuw in balans brengen daarvan veronderstelt dan een passende compensatie voor de gehinderde buur.

Zoals blijkt uit het Kanaalarrest geldt deze evenwichtstheorie ook wanneer de naburige eigenaar de overheid is. Later zal het hof echter een verfijning aanbrengen wanneer het gaat om hinder in de relatie burger-overheid. Sinds 1991 geldt dat de rechter bij de beoordeling van de omvang van de hinder veroorzaakt door een overheid, ook rekening moet houden met *de lasten die een burger in het*

algemeen belang moet dragen, tenminste wanneer die overheid bij het veroorzaken van de hinder een taak van publiek belang uitoefende.³⁷ Van de overheid dient de burger dus iets meer te kunnen verdragen dan van een gewone buur.

5. En hoe is dat in Nederland?

De Belgische benadering van burenhinder anno 2005 luidt dus als volgt. Wanneer de hinderlijke gedraging een fout uitmaakt in de zin van art. 1382 BW, dan heeft het slachtoffer recht op volledige vergoeding van de geleden schade, hoe gering de schade door hinder ook is. Dit sanctioneeringsmechanisme zal toegepast kunnen worden wanneer de hinderlijke gedraging een wettelijke norm of de algemene zorgvuldigheidsnorm miskent, dan wel wanneer sprake is van rechtsmisbruik. Maar ook wanneer de hinder voortkomt uit een niet-foutieve gedraging heeft het slachtoffer mogelijk recht op schadevergoeding. Dit is het geval wanneer de hinder bovenmatig is en het bestaande evenwicht tussen de naburige eigendommen verbreekt. De schadevergoeding, aangeduid als compensatie, impliceert dan niet het volledig herstel van de schade maar wel het herstel van dat evenwicht.³⁸ Het janus-achtige karakter van het onderwerp burenhinder³⁹ blijkt in België dus nog sterker dan in Nederland: zowel in het goederenrecht⁴⁰ als het verbintenissenrecht vindt dit onderwerp een wettelijke basis. In de praktijk zal de vordering op grond van art. 544 BW meestal een subsidiair karakter vertonen ten opzichte van de vordering ex art. 1382 BW.

Ofschoon burenhinder ook in Nederland nog als afzonderlijk leerstuk bestaat en de plaatsing binnen het Burgerlijk Wetboek van het zogenoemde hinderartikel nog steeds dubbelzinnig of ongelukkig is, is de oplossing zelf van het probleem volledig geïncorporeerd in de theorie van de onrechtmatige daad. In het Nederlandse recht zal burenhinder enkel aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding wanneer deze onrechtmatig is. Dat is de strekking van art. 5:37 BW.⁴¹ Voor de omschrijving van het begrip onrechtmatig verwijst dit zogenoemde 'hinderartikel' naar art. 162 Boek 6 BW, de algemene regels dus inzake onrechtmatige daad. Art. 5:37 is in die zin een *lex specialis* t.o.v. art. 6:162 BW⁴²: het expliciteert een (mogelijke) categorie van onrechtmatige daden en geeft er een illustratieve omschrijving van. De beoordeling zelf alsmede de juridische

33 Later zou ook duidelijk worden dat dit niet noodzakelijk een positief handelen veronderstelt; ook een verzuim of een nalaten kan bovenmatige hinder veroorzaken: Cass. 7 december 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1388.

34 Cass. 21 december 1961, *Pas.*, 1962, I, 480.

35 Op heden is dit art. 16 Grondwet. Dit artikel bepaalt dat de burger bij onteigening door de overheid recht heeft op een voorafgaande en billijke schadeloosstelling.

36 Concl. A-G Mahaux bij Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 926.

37 Cass. 28 januari 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 572 en Cass. 23 mei 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 943.

38 Zo zal bij de bepaling van de compensatie ook rekening gehouden worden met de meerwaarde, de voordelen die voor de benadeelde

voortspruiten uit de totstandkoming van de hinderverwekkende zaak. Concl. A-G Mahaux bij Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 924-925.

39 Cf. Davids die stelt dat burenhinder een janus-achtig karakter heeft, waarbij één gezicht gekeerd is naar de eigendom en het andere naar de onrechtmatige daad (Davids W.J.M., *o.c.*, p. 18-19).

40 In België spreekt men eerder van 'zakenrecht'.

41 'De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.'

42 Davids W.J.M., *o.c.*, p. 18.

gevolgtrekkingen⁴³ worden echter geheel bepaald door de algemene regels inzake extracontractuele aansprakelijkheid van art. 6:162 BW.

Burenhinder zal bijgevolg onrechtmatig zijn wanneer de hinderlijke gedraging een inbreuk vormt op een recht, dan wel strijdig is met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Vooral op deze zorgvuldigheidsnorm zal men in de meeste gevallen een beroep kunnen doen. Het veroorzaken van hinder zal onrechtmatig zijn indien op grond van een belangenafweging geconcludeerd moet worden dat onbetamelijk is gehandeld.⁴⁴ Of een bepaald geval van hinder de tolerantiegrens overschrijdt en bijgevolg onrechtmatig is, hangt volgens de rechtspraak af van de omstandigheden van het geval. Relevante factoren daarbij zijn onder meer de aard, de ernst en de duur van de hinder, alsmede de toegebrachte schade en de omstandigheden waaronder de hinder plaatsvindt.⁴⁵ De Nederlandse oplossing vertoont dus het meeste gelijkenissen met de benadering die het Hof van Cassatie volgde in het arrest van 7 april 1949. Ook daar werd burenhinder bekeken vanuit de onrechtmatige daad en bood de schending van de (aangescherpte)⁴⁶ zorgvuldigheidsnorm de makkelijkste kapstok om tot onrechtmatigheid te besluiten.

Ook in de huidige stand van het Belgische recht kan burenhinder als schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm gesanctioneerd worden als onrechtmatige daad. Waarin ligt dan het verschil met de Nederlandse situatie? Dit heeft mijns inziens betrekking op de situaties die men in België als de eigenlijke burenhinder (de *troubles de voisinage proprement dits*) omschrijft. De zorgvuldigheidsnorm verplicht er enkel toe voldoende voorzorgen te nemen m.o.o. het vermijden van *voorzienbare* schade. Men kan immers enkel gehouden zijn de (redelijke) maatregelen te nemen om andermans belangen te beschermen, in de veronderstelling dat men weet of kan weten dat deze belangen bij een bepaalde handeling gevaar lopen. Dit heeft tot gevolg dat op basis van de onrechtmatige daad geen schadevergoeding kan worden toegekend wanneer er weliswaar schade is door hinder, maar de hinderveroorzaker

deze schade niet redelijkerwijze kon voorzien en dus ook niet kon voorkomen. De Belgische evenwichtstheorie biedt hier echter wél een oplossing: ook in dit geval zal er immers sprake kunnen zijn van een verbreking van het evenwicht tussen naburige eigenaars en zal op grond daarvan een compensatie aan het slachtoffer kunnen worden toegekend.

6. Een Belgische klassieker

De door het Hof van Cassatie ontwikkelde evenwichtstheorie werd positief onthaald door het merendeel van de rechtstheorie en kreeg bevestiging in talrijke arresten en vonnissen.⁴⁷ De evenwichtstheorie sloot immers aan bij de interpretatie die de vooraanstaande rechtsgeleerden reeds jarenlang hadden verdedigd. In de daarop volgende jaren zou de leer ook verder verfijnd en uitgebreid worden.⁴⁸ Niettegenstaande dat bepaalde van deze verfijningen op soms felle kritiek zijn gestuit, kan men toch stellen dat het hof met het Schoorsteen- en kanaalarrest de rechtstvrede met betrekking tot het leerstuk van de burenhinder heeft bereikt. Het hof heeft sindsdien immers een vaste lijn aangehouden.⁴⁹ Dat de burenhinderleer nog steeds geen expliciete regeling heeft gekregen in het Burgerlijk Wetboek, zoals dat in Nederland het geval is, wordt vandaag de dag⁵⁰ ook niet langer als bezwaarlijk ervaren. Integendeel, een wetgevend ingrijpen wordt nu eerder gevreesd als een onwenselijke rem op een leerstuk dat nog in volle beweging is.⁵¹ De constante cassatierechtspraak sinds 1960 biedt blijkbaar een voldoende solide basis voor de rechtspraktijk. Het Schoorsteen- en kanaalarrest is daarmee een mooi voorbeeld gebleken van levensvatbaar praetoriaans recht. Deze arresten werden dan ook terecht opgenomen in het lijstje van cassatiearresten die tot de rechtsvorming hebben bijgedragen.⁵² De korte vergelijking gemaakt met de Nederlandse regeling die op wettenrecht stoelt, toont dan misschien ook aan dat ook in het recht alle wegen naar Rome (kunnen) leiden, zij het sommige met wat meer zekerheid en langs een korter traject dan andere...

43 In zijn onlangs verdedigde proefschrift argumenteert Van Es dat met betrekking tot burenhinder ook een 'moderne *actio negatoria*' kan ingesteld worden, d.i. een zelfstandig recht om op te treden tegen niet met bezitsontneming gepaard gaande inbreuken op het eigendomsrecht. Het veroorzaken van hinder die de grens van het toelaatbare in de zin van art. 5:37 BW overtreft, kan volgens Van Es immers gezien worden als een vorm van het door art. 5:1 lid 2 BW verboden 'gebruik' van andermans erf en dus als een inbreuk op het eigendomsrecht. Een moderne *actio negatoria* zou vervolgens toelaten een op het eigendomsrecht zelf gebaseerde bevels- of verbodsvordering in te stellen gericht op het voorkomen van onrechtmatige handelen of het beëindigen van een onrechtmatige toestand (en niet het bekomen van schadevergoeding zoals bij art. 6:162 BW) (Van Es P.C., *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 221 e.v.). Van Es' interpretatie mag dan al de actiemogelijkheden verruimen, wat de grondslag van burenhinder betreft, helpt de *actio negatoria* ons niet vooruit. De daarvoor vereiste inbreuk op het eigendomsrecht blijft immers gekoppeld aan het onrechtmatigheidscriterium van art. 5:37 BW juncto art. 6:162 BW (p. 225).

44 Van Zeben C.J. & Du Pon J.W., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek, Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, 1981, p. 33/4.

45 Lindenbergh S.D., Boek 5, titel 4: Bevoegdheden en verplichtingen

van eigenaars van naburige erven (art. 5:37 BW-art. 5:59 BW)', in: Kleijn W.M. en Van Velten A.A. (red.), *Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer (losbladig), art. 37, aant. 6.

46 'Aangescherpt' vermits het hof overwoog 'dat de inachtneming van de gewone regelen der kunst, zowel in de opvatting als in de uitvoering, de fout niet uitsluit, wanneer blijkt dat *wegens de nabuurschap zich bijzondere voorzorgen opdrongen* ten einde een schending te vermijden van het recht van de nabuur op het rustig genot van zijn zaak'; Cass. 7 april 1949, *Arr. Cass.*, 1949, 244. Mijn cursivering.

47 Derine R., 'Hinder bij nabuurschap', *R.W.*, 1967-68, 1695; du Jardin J., 'Voltallige zittingen voor een eenduidige interpretatie van het recht, rede uitgesproken door de Heer Jean du Jardin, Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie bij de plechtige zitting van 3 september', *R.W.*, 2002, 660.

48 Voor een overzicht zie: Stijns S. en Vuye H., *o.c.*, p. 155-264.

49 Du Jardin, I.c., *R.W.*, 2002, 660.

50 Op een rechtscongres over hinder te Leuven op 11 mei 1968 werd door de deelnemers daarentegen nog gehoopt op een regeling in het Burgerlijk Wetboek: De Corte R., 'XXIIIste rechtscongres van de Vlaamse juristenvereniging. Beknopte verslagen van de werkzaamheden der secties. Sectie III-Hinder', *R.W.*, 1967-68, 2158-2159.

51 Stijns S. en Vuye H., *o.c.*, p. 11.

52 Du Jardin, I.c., *R.W.*, 2002, 659.

Nr. 82

1. Inleiding

Net als België krijgt ook Duitsland in deze jaargang een tweede maal aandacht voor in dat land geproduceerde feestbundels – het is er ditmaal overigens slechts één (nr. 2). In eigen land verscheen een bundel bij gelegenheid van het afscheid van de Leidse notariële Romanist Pleijsier (nr. 3). In Maastricht sprak Hartlief de diesrede uit over Amerikaanse toestanden (nr. 4). Na aandacht voor een nieuw commentaar op het Oostenrijks burgerlijk wetboek (nr. 5) laat ik het Franse contractenrecht de revue (*des contrats*) passeren (nr. 6). Lumney v Gye is een arrest dat wellicht nog eens in de reeks Europese klassieken in dit blad aan de orde zal komen; David Howarth, onlangs voor de liberaaldemocraten tot *Member of Parliament* voor Cambridge gekozen, werpt er een nieuw licht op (nr. 7). Chinees recht vormt het meer exotische onderdeel van deze Kroniek (nr. 8), die wordt afgesloten met een overzicht van Europees privaatrecht (nr. 9) en de jaarlijkse kerstlijst van aanbevolen juridische cadeauboeken (nr. 10).

2. Feest in Duitsland

Van 1970 tot zijn emeritaat in 2000 was *Gerhard Otte* verbonden aan de juridische faculteit van de in de jaren zestig van de vorige eeuw gestichte Universiteit van Bielefeld. Net als veel collega's had hij daar een dubbele leeropdracht. Zowel de rechtsgeschiedenis als het hedendaags privaatrecht behoorden tot zijn aandachtsgebieden. Dat komt tot uitdrukking in de bundel die hem bij

gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag werd aangeboden. Deze is ingedeeld in twee afdelingen: 1. rechtsdogmatiek, rechtsmethodologie en rechtspolitiek en 2. 'Rechts- und Zeitgeschichte'. Van de 27 opstellen in het eerste deel hebben diverse betrekking op het erfrecht. De tweede afdeling is met tien opstellen wat bescheidener uitgevallen.

Van de verschillende bijdragen noem ik die van Erhard Kausch, 'Kann das Gesetz klüger sein als der Gesetzgeber? – Überlegungen zu Gustav Radbruchs Auslegungstheorie' (p. 165-183), Bea Verschraegen, 'Das ungebohrte Kind und sein Recht auf Leben – Vo gegen Frankreich' (p. 417-425) en Justus Meyer, '„Zahlungsverzug“ im UN-Kaufrecht und EU-Vertragsrecht' (p. 241-264). Drie opstellen bestrijken verschillende facetten van het consumentenrecht. Bij twee hiervan blijkt dat reeds uit het opschrift. Het essay van Norbert Horn draagt als titel 'Zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts – Die Beispiele des Verbraucherschutz- und Kapitalmarkthaftungsrechts' (p. 135-144) en dat van Detlef Kleindiek 'Unternehmensleiter als Verbraucher' (p. 185-193). Daarnaast is ook de bijdrage van Okko Behrends, 'Die Unklarheitenregel des römischen Rechts – Rechtsphilosophischer Ursprung und juristische Ausarbeitung eines erfolgreichen Auslegungsprinzips' (p. 457-480) vooral voor het consumentenrecht – zie ons art. 6:238 lid 2 BW – van belang.

Mijn hart gaat in bundels als deze altijd uit naar opstellen zoals die over de servitutentheorie in 'Cosi fan tutte' of het domiciliebeginsel in 'Der fliegende Holländer'. Tot deze categorie behoort in deze bundel Heinz Holzhausers opstel 'Vom Recht im Nibelungenlied' (p. 551-561). Eigentijdse rechtshistorie is te vinden in de bijdrage van Harm Peter Westermann, 'Ein Rückerstattungsprozess nach 50 Jahren – vor einem amerikanischen Gericht' (p. 605-616).

(Wolfgang Baumann, Hans Jürgen von Dickhuhn-Harrach, Wolfgang

Marotzke (red.), *Gesetz – Recht – Rechtsgeschichte/Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag*, München: Sellier 2005, 637 p.)

3. Pleijsier in beperkte rechten

In september 2004 nam de Leidse universiteit afscheid van een van haar meest markante docenten, mr. A.J.H. (Bram) Pleijsier. Dat geschiedde met een symposium gewijd aan de problematiek van eigendom en beperkte rechten. Onlangs verschenen de bijdragen aan het symposium in druk. In een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend opgezet betoog preludeert W.J. Zwalm op een nog te verschijnen monografie van zijn hand over eigendom en tijd. In deze bijdrage signaleert hij de behoefte aan de mogelijkheid tot vestiging van zakelijke genotsrechten aanzien van roerende zaken onder eindtermijn die niet zijn gebonden aan het leven van de gerechtigde (p. 7-18). De opkomst van hybride lease-overeenkomsten kan voor een goed deel aan het ontbreken van deze mogelijkheid worden toegeschreven. H.W. Heyman geeft een verklaring voor de herkomst van de notariële *clause de style* 'De maan is niet van boterkoek' en signaleert voorts een inconsistentie in de wettelijke regeling van het opstalrecht met vervelende consequenties voor de combinatie van zakelijke rechten bij ondergronds en gestapeld bouwen (p. 19-31). H.D. Ploeger vraagt aandacht voor het probleem van de netwerkinfrastructuur (p. 33-52). De privatisering van de openbare nutsvoorzieningen en de liberalisering van de telecommunicatie- en energiesector werpt de vraag op wie eigenaar is van deze netwerken. De auteur is zeer kritisch over de verticale natrekking en bepleit dat iedereen die bevoegd bouwt op het erf van een ander eigenaar blijft van de constructie.

(W.G. Huijgen e.a., *2000 Jaar eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2005, 52 p.)

4. Dies irae in Maastricht?

Gaat het met onze claimcultuur de

* Citeerwijze: E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2005, 82.

verkeerde (Amerikaanse) kant uit? T. Hartlief betoogt in zijn Maastrichtse diesrede dat dit geenszins het geval is. In fraai Hartli(e)viaans proza – ‘Wat ooit als noodlot werd gedragen, wordt nu tot de verantwoordelijkheid van een ander gerekend’ – dat zowel burger (lees: de Amsterdamse taxichauffeur) als jurist zal aanspreken, komt de orator tot de conclusie dat een ‘stevige’ aansprakelijkheid haar voordelen heeft: ‘Lang leve daarom de claimcultuur!’ Stevig is wel de kritiek die hij heeft op het wetsvoorstel affectieschade (‘Een wetsvoorstel met een Achilleshiel’). Voorts waarschuwt hij tegen het hebben van al te grote verwachtingen van de preventieve waarde van het aansprakelijkheidsrecht. Vrede kan Hartlief daarentegen hebben met claims tegen banken wegens onjuiste beleggingsadviezen en tegen sigarettenfabrikanten wegens onjuiste informatie. Ook in de aansprakelijkheid van de toezichthouder kan hij zich vinden. Voor wie zich Hartliëfs Leidse intreedende herinnert, een verfrissend geluid. De rede is te vinden op de website van de Universiteit Maastricht (‘Unimaas’).

(T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?*, diesrede Maastricht, <http://www.unimaas.nl>, onder het kopje ‘Pers’.

5. Oostenrijks privaatrecht

Wie snel iets wil weten over Duits burgerlijk recht, grijpt naar zijn Paandt. Wie het nog sneller wil weten, pakt de Jauernig. In 1979 kwam deze voor het eerst uit en sindsdien volgen de drukken elkaar om de twee à drie jaar op. Nadat de Jauernig eerst in Nederland navolging kreeg – Tekst & Commentaar – is nu ook Oostenrijk zover. Helmut Koziol (de man van ECTIL), Peter Bydlinski – inderdaad een zoon – en Raimund Bollinger zetten een commentaar op het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* en twee nevenwetten op dat er zijn mag. Het is werkelijk een genoegen om deze editie ter hand te nemen. Ik bedoel dat letterlijk: het boek valt goed open; de samenstellers hebben het – in Duitsland gebruikelijke – afkorten van woorden (vrijwel) verboden; de ruimte tussen de regels is rustgevend; de lettergrootte is aangepast aan de(ze) lezer; de afwisseling van vet en gewoon is

plezierig; de registers zijn uitstekend. Ook inhoudelijk biedt dit commentaar een betrouwbare gids. Eén wens zou ik naar voren willen brengen. Hoewel het Oostenrijkse recht op vele punten door het Duitse stelsel is beïnvloed, is daar in dit commentaar weinig van terug te vinden. En voorzover al naar rechtspraak van het Europese Hof wordt verwezen, geschiedt dit zo geanonimiseerd dat alweer de(ze) lezer vaak niet vermoedt dat het om Océano of Simone Leitner gaat. Maar dat is kruimelkritiek, waar in een volgende druk mogelijk reeds kan worden tegemoetgekomen.

(Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (red.), *Kurzkomentar zum ABGB/Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch samt Ehegesetz und Konsumentenschutzgesetz*, Wien: Springer 2005, 1968 p.)

6. Frans contractenrecht

In het september-nummer van dit blad vroeg ik aandacht voor de (vrij) nieuwe *Revue des contrats*. Nadien verscheen een nieuw nummer dat voor de Nederlandse jurist interessant kan zijn. Het begint al meteen met kritische kanttekeningen bij een arrest van het Europees Hof voor de Bescherming van de Rechten van de Mens inzake het erfrecht van Andorra (p. 645-650) en bij een cassatie-arrest inzake Chronopost (p. 651-673). *Pièce de résistance* voor de Nederlandse lezer is denk ik echter het voorstel van de staatscommissie-Grimaldi tot hervorming van het Franse zekerhedenrecht (p. 782-838). De commissie eist maar liefst een eigen boek op voor dit rechtsonderdeel: livre IV Des sûretés. Dat zou onder meer voorschriften dienen te omvatten voor de ‘garantie autonome’ en de ‘lettre d’intention’. Voorts wordt in dit nummer nog wat nagemopperd over de minimalistische omzetting van de richtlijn consumentenkoop in het Franse recht.

Jaarlijks organiseert de *Revue* een symposium waarvan de bijdragen in een volgend nummer worden gepubliceerd. Dit jaar wijdden Denis Mazeaud en de zijnen hun bijeenkomst op 25 oktober jl. aan de mogelijk op handen zijnde herziening van het Franse verbintenissenrecht. Dat is nog een van die onderdelen van de *Code civil*, die de afgelopen twee eeuwen

nauwelijks verandering hebben ondergaan. Een werkgroep onder voorzitterschap van Pierre Catala is thans met voorstellen tot herziening gekomen, welke ook op het Internet – < www.justice.gouv.fr > – te vinden zijn.

(*Revue des contrats* 2005/3, Paris: Dalloz; *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil, Rapport 1a Monsieur Pascal Clément, garde des sceaux, ministre de la justice, 22 septembre 2005.)*

7. Europese – en Amerikaanse – klassieken revisited

Een procedure – of eigenlijk waren het er twee – die de *common law* wereld al anderhalve eeuw in haar ban houdt, is die van de *Lumley v. Wagner* en *Lumley v. Gye*, waarin het ging om de – toen – wereldberoemde operazangeres Johanna Wagner die een dubbel engagement was aangegaan. Eerder kondigde ik al eens een recente analyse van deze zaak door de Canadees Steve Waddams aan – zie *NTBR* 2001, p. 417. Thans heeft ook de bekende Engelse auteur David Howarth over de procedure geschreven. *Lumley* is in zijn ogen vooral van betekenis voor het stakingsrecht. Daar leidt het tot ongelukkige uitkomsten (‘*Lumley* is not a morally neutral rule when applied to strikes, but rather a substantive judgment that organising a strike is never justified’, p. 220). Howarth bepleit daarom herziening. Niet afschaffing bij wet: ‘a more plausible way forward is to extend the justification defence so that *Lumley* has no effect where it would not be fair, just and reasonable that it should apply’. De auteur ziet wel mogelijkheden om bestaande precedënten uit te bouwen: ‘one of the beauties of the common law is that it allows us to reflect on our experience and to use it to point ourselves in a new direction’ (p. 232).

(David Howarth, *Against Lumley v Gye*, (2005) 68 *Modern Law Review* 195-232.)

8. Chinees privaatrecht

Ooit bestond er in ons land een vereniging voor de bestudering van Chi-

nees recht – ik gebruik het (fraai ge-calligrafeerde) briefpapier nog als kladpapier – maar dat was vlak voor Tien-a-Min en nadien konden wij wel inpakken. Het lijkt daarna ook nooit helemaal goedgekomen. Dat straalt ook af op het recht: met Nederlandse studies over Chinees recht kan men geen bibliotheek vullen. Gelukkig zijn er voldoende Duits- en Engelstalige studies welke het gemis aan Nederlandse publicaties over het recht van de meest volkrijke natie ter wereld compenseren. Allereerst noem ik een tweetal Duitse dissertaties. Ping Shi wijdt haar Giessense proefschrift aan *Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts*. Dat zijn niet de Algemene beginselen (*Osnowie*) die de socialistische stelsels vroeger kenden als minicodificatie van het privaatrecht, maar beginselen in Vrankense zin. De auteur komt tot de conclusie dat de Chinese Contractenwet van 1999 qua systeem en rechtsbeginselen sterke gelijkenis met het Duitse recht vertoont. Een bijzonder aspect hiervan, de algemene voorwaarden, komt aan de orde in de Bremense dissertatie van Yan Zhu over *AGB*. Voor een goed begrip van het Chinese recht is evenwel meer achtergrondinformatie nodig. Die treft men aan in het boek van de Australische Deborah Cao, *Chinese law/A language perspective*. Hoofdstukken als 'What the Chinese said about law' (over het onderscheid tussen *li* en *fa*, p. 20-34), "'Ought to'" as a legal performative' (p. 56-70), 'Rights talk in Chinese' (p. 71-93) en 'Chinese law and imprecise language' (p. 94-121) geven denkelijk voldoende aan waar het in deze studie om gaat.

Het meest interessant is wellicht een boek dat al even terug verscheen: *Law without lawyers, justice without courts* met als ondertitel 'On traditional Chinese mediation'. In ons land pleegt men sinds enkele jaren alle mediationheil in de Verenigde Staten te zoeken. Dat is reeds daarom onbegrijpelijk, omdat de Amerikaanse rechtscultuur nogal afwijkt van de Europees-continentale. Dat is ook het geval met de Chinese rechtscultuur, maar anders dan de Amerikaanse is deze al enige duizenden jaren doordrongen van de waarde van mediation. Dat wordt ook tot uitdrukking gebracht in het Chinese procesrecht, dat sterk op schikken is gericht. Hoe de Chinese me-

diation precies werkt, wordt ons in deze studie voorgehouden, die gebaseerd is op veldonderzoek in agrarische Chinese gemeenschappen in Maleisië.

(Deborah Cao, *Chinese law/A language perspective*, Dartmouth: Ashgate 2004, 225 p.; Goh Bee Chen, *Law without lawyers, justice without courts/On traditional Chinese mediation*, Aldershot: Ashgate 2002, 149 p.; Ping Shi, *Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts/Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus deutscher Sicht*, diss. Gießen, 2003, Frankfurt: Lang 2005, 159 p.; Yan Zhu, *Rechtsvergleich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formulklauseln in China/Weiterentwicklung des chinesischen Formulklausel-Rechts unter Heranziehung des deutschen AGB-Rechts*, Frankfurt: Lang 2004, 365 p.)

9. Europees privaatrecht

De plannen van de Europese Commissie met een Europees Burgerlijk Wetboek blijven reacties oproepen. In het *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* verdedigt Kadner Graziano het tweesporen voorstel van de Europese Commissie: met de opstelling van een Europees BW kan een nuttige ervaring worden opgedaan, terwijl de handhaving van de nationale codificaties een breuk met nationale tradities voorkomt. Eerder heb ik wel eens gepleit voor de Amerikaanse stijl van schrijven: 'Dit is een vlammeend pleidooi voor ...', met als voordeel dat men meteen weet waar de auteur voor staat. Maar ik moet zeggen dat het toch ook zijn charme heeft als de auteur, zoals in dit geval, eerst lijkt af te koersen op verwerping van het ingewikkelde en moeizame tweesporen stelsel en dan bij verrassing toch tot de tegenovergestelde opvatting komt.

In de Nederlandse concurrent van *ZEuP*, de *European Review of Private Law* verschenen twee bijdragen van Nederlandse auteurs, over respectievelijk handelingsonbekwaamheid van Hesselink en de beëindiging van duurovereenkomsten door De Hoon.

Ten slotte houden ook Slowaken zich met het Europees privaatrecht bezig, blijkens een publikatie van de opstellen voor de *Dies Luby iurisprudientiae* nr. 8 (Stefan Luby was een bekende

Slowaakse civilist van de vorige eeuw) onder redactie van Balho en Svidron. De bundel heeft overigens niet alleen op Slowakije, maar ook op ontwikkelingen in Hongarije, Kroatië, Oostenrijk, Polen, Slovenië en Tsjechië en bij UNIDROIT betrekking. Ongeveer de helft van de opstellen is in het Duits geschreven: ik noem de bijdragen van Herbert Kronke over 'Strukturprobleme und Methodenfragen der Harmonisierung des Privat- und Wirtschaftsrechts' (p. 19-29), Peter Schlechtriem over 'Die UNIDROIT-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004' (p. 31-42), Philipp Paech over 'Recht der sammelverwerten Wertpapiere und Wertrechte' (p. 43-55), Martin Schauer over 'Das Herkunftslandprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht' (p. 83-104), Attila Harmathy over 'Die Entwicklung des ungarischen Privatrechts im Rahmen der Europäischen Union' (p. 139-147), Lajos Vekás 'Über die Grundzüge der ungarischen Privatrechtsreform' (p. 149-172), Zbigniew Radwanski over 'Kodifikationsprobleme des Zivilrechts in Polen' (p. 173-182), Maksymilian Pazdan en Bernadetta Fuchs over 'Die Neuregelung des internationalen Privatrechts in Polen' (p. 183-192), Rudolf Welser 'Zur Europäisierung des österreichischen Privatrechts' (p. 193-199), Ada Polajnar-Pavcnik over 'Neukodifikation des Privatrechts in Slowenien', Tatjana Josipovic over 'Rekodifizierung des Privatrechts in Kroatien' (p. 209-237) en Stanislaw Kalus over 'Möglichkeiten der Schaffung des europäischen Immobilienrechts' (p. 253-259). De overige bijdragen aan deze bundel zijn in het Slowaaks gesteld, maar tevens voorzien van een Duitstalige samenvatting.

(Peter Blaho, Ján Svidron (red.), *Kodifikácia, Europeizácia a Harmonizácia súkromného práva/Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts*, Bratislava (Iura) 2005, 450 p.; Martijn W. Hesselink, Capacity and capability in European contract law, *ERPL* 2005, p. 491-507; Machteld W. de Hoon, Effective unilateral ending of complex long-term contracts, *ERPL* 2005, p. 469-490; Thomas Kadner Graziano, Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen? – Über-

legungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil, ZEuP 2005, p. 523-540.)

10. De kerstlijst: The nightmare and the noble dream

Wat geven we met de kerst aan neef Kevin die zojuist zijn bachelor Nederlands recht heeft gehaald, maar nog niet weet of hij doorgaat voor een master? Vorig jaar moest de gebruikelijke aanbeveling voor juridische boeken onder de kerstboom vanwege het uitkomen van een themanummer een maand blijven liggen tot het januari-nummer. Dit jaar lukt het hopelijk weer om de kerstlijst in het december-nummer geplaatst te krijgen. Welke boeken staan er ditmaal op de nominatie? Waar men Kevin – mits hij nog Frans in zijn pakket had – zeker plezier mee zal doen, is met de *Dictionnaire de la Justice*. Zowel de keuze van de lemmata als de invulling daarvan zijn vaak verrassend. In mijn aankondiging in NTBR 2005, p. 72 noemde ik als voorbeeld het trefwoord *Epices*, waaronder in de periode van voor 1789 toen de honorering van de rechter uit de staatskas haar intrede deed, de betaling van de rechter door partijen werd verstaan. Aanvankelijk geschiedde dit in de vorm van *confitures et dragées*, die de helft van de emolumenten vormden; de andere helft kwam uit de opbrengst van zegelbelastingen. Het eclectisch karakter van de bundel heeft wel iets van wat aan veel feestbundels nu juist kan worden verweten, te weten het ontbreken van een rode draad. Een bundel die deze draad wel bevat is het boek *Europeanisering van het recht*, met opstellen voor W.E. Haak bij gelegenheid van diens afscheid als president van de Hoge Raad – zie de signalering in NTBR 2005, p. 165. Dat geldt ook voor de feestbundel voor Jacques Vanderlinden, die geheel in het teken van de *bicentenaire* van de *Code civil* staat – zie de aankondiging in NTBR 2005, p. 274.

Een must voor een ieder is het derde deel van het Algemeen deel van de

Asser serie – zie NTBR 2005, p. 209 –, net als het tweede deel van de hand van J.B.M. Vranken (het eerste deel is en blijft natuurlijk 'het' Algemeen deel van Paul Scholten). Ook een handboek dat wat mij betreft hoge ogen gooit, is het boek over Frans verbintenissenrecht van Muriel Fabre-Magnan dat ik aankondigde in NTBR 2005, p. 120. Frankrijk doet het dit jaar goed, want het levert nog twee nominaties voor de kerstprij op: het boek van Jestaz en Jamin over de doctrine als rechtsbron, aangekondigd in NTBR 2005, p. 395, en – nog niet eerder vertoond – de *Revue des contrats*, het tijdschrift dat hierboven in nr. 6 aandacht kreeg. Wederom is er een ECTIL-publicatie die een plaats op de lijst verdient: het *Yearbook European Tort Law* 2003, dat ik besprak in NTBR 2005, p. 77. Tenslotte is er de categorie biografieën. Twee boeken springen hier uit: de bundel *Jurists uprooted* over Joodse juristen die Centraal Europa van de eerste helft van de vorige eeuw ontvluchtten en in het Verenigd Koninkrijk een nieuw bestaan opbouwden – ik kondigde het aan in NTBR 2005, p. 113 – alsmede een hier nog niet eerder gememo-reerde biografie van de Britse rechtsfilosoof H.L.A. Hart, wiens levensbeschrijving door Nicola Lacey men in één ruk zal uitlezen. Hoewel deze laatste kerstsuggestie niet van privaatrechtelijke aard is, eindigt zij in mijn toptien bovenaan.

Het vorig jaar moeizaam totstandgekomen taalkundig evenwicht is met deze lijst geheel verstoord: vijf Frans-, drie Engels- en twee Nederlandstalige publicaties, waarbij wel dient te worden aangetekend dat twee van de drie Engelstalige uitgaven hun oorsprong in Duitsland (*Jurists uprooted*) en Oostenrijk (*Yearbook European Tort Law*) vinden.

(C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht/Algemeen deel, een vervolg*, door J.B.M. Vranken, Deventer: Kluwer 2005, 194 p.; Jack Beatson, Reinhard Zimmer-

mann (red.), *Jurists uprooted/German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford: University Press 2004, 850 p.; Régine Beauthier, Isabelle Rorive (red.), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré/Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Brussel: Bruylant 2004, 576 p.; Loïc Cadiet (red.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris: Presses Universitaires de France 2004, 1362 p.; G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids, M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht/Opstellen aangeboden aan mr W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, 495 p.; Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris: Presses universitaires 2004, 993 p.; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris: Dalloz 2004, 314 p.; Helmut Koziol, Barbara Steininger (red.), *Yearbook European Tort Law* 2002, Wien: Springer 2004, 493 p.; Nicola Lacey, *A life of H.L.A. Hart/The nightmare and the noble dream*, Oxford: University Press 2004, 422 p.; *Revue des contrats* 2005.)

E.H. Hondius

hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht

KRONIEK (SCHADE)VERZEKERINGS- RECHT 2004-MEDIO 2005^{*1}

Nr. 83

I. Inleidend

In deze kroniek zal ik over de periode 2004 tot heden de belangrijkste ontwikkelingen in het verzekeringsrecht bespreken. Vanzelfsprekend vormt daarbij, zo in het licht van de op handen zijnde invoering van titel 7.17, het nieuwe verzekeringsrecht als het hoofdgerecht.² Aandacht verdient ook de Wet Financiële Dienstverlening voor zover die voor de verzekeringsbranche en met name voor de civielrechtelijke positie van de verzekeraar en de assurantietussenpersoon veranderingen met zich brengt. Tot slot zal ik ingaan op relevante rechtspraak³

* Citeerwijze: N. van Tiggele-van der Velde, 'Kroniek (Schade)verzekeringsrecht, 2004-medio 2005', NTBR, 83.

1 Met dank aan prof. mr. J.H. Wansink voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Ik zal me daarbij beperken tot de afdelin-

gen 1 en 2 van titel 7.17: de algemene bepalingen en de schadeverzekering.

3 Bij de keuze voor de te bespreken rechtspraak, ben ik niet uitgegaan van de verschijningsdatum van de uitspraken, maar heb ik me laten leiden door de periode waarbinnen de uitspraken gepubliceerd

zijn. Die ruimte was er omdat er sinds geruime tijd geen kroniek Verzekeringsrecht meer verschenen was in NTBR. Wel heb ik me hierbij beperkt tot de algemene aspecten van het verzekeringsrecht; niet ingegaan is mitsdien op bijv. de WAM-gerelateerde uitspraken.

en, per besproken onderwerp, verschenen literatuur.

II. Wetgeving

■ 1. Invoering titel 7.17 per 1 januari 2006

Naar het zich laat aanzien zal het nieuwe Verzekeringsrecht binnen afzienbare termijn worden ingevoerd: naar aanleiding van vragen, gesteld door de eerste kamer, heeft de minister op 15 juni jl. nog een nadere memorie van antwoord genomen en er is een wetsvoorstel tot aanpassing en invoering van de wet tot vaststelling van titel 7.17 uitgegaan⁴, waarin de datum van invoering – vooralsnog – is vastgesteld op 1 januari 2006. Hieronder volgt een bespreking van de belangrijkste wijzigingen⁵, waarbij ik aandacht zal besteden aan het overgangrecht, zoals neergelegd in art. 221 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Uitgangspunt bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht is blijkens de MvT op de Invoeringswet⁶ de onmiddellijke werking. Dit vanuit de gedachte dat de wijzigingen die de invoering met zich brengt, niet zodanig ingrijpend zijn dat het reeds daarom wenselijk is om de nieuwe wet in haar geheel onmiddellijke werking te onthouden voor op het tijdstip van haar inwerkingtreding reeds gesloten overeenkomsten van verzekering en de bepalingen zich ook daar waar het verzekeringsrecht gewijzigd wordt zich in meerderheid goed lenen voor toepassing op reeds bestaande rechtsverhoudingen. Ik zal hierna dan ook uitsluitend ingeval van afwijking van deze hoofdregel daarop ingaan.

De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering

De verzwijgingsregeling in de art. 7:928-930 BW is goeddeels een codificatie van de rechtspraak zoals deze zich in de voorbije decennia op dit terrein heeft ontwikkeld. Dat geldt met name ten aanzien van de omvang van de mededelingsplicht, waarbij

onder het huidig recht al in belangrijke mate is geanticipeerd op de nieuwe regeling uit art. 7:928 BW. Nieuw is evenwel de regeling omtrent de gevolgen van verzwijging. Daarbij is een onderscheid gemaakt enerzijds naar de gevolgen voor de overeenkomst zelf en anderzijds de gevolgen voor het recht op uitkering.

De gevolgen van verzwijging op de overeenkomst zelf (art. 7:929 BW)

Uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat bij geconstateerde verzwijging de overeenkomst – anders dan onder het oude recht, waarbij op grond van art. 251 K vernietigbaarheid als sanctie gesteld was – in beginsel blijft bestaan, zij het vanzelfsprekend niet op basis van dezelfde dekking als zou zijn overeengekomen indien de verzekeraar de ware stand van zaken had gekend.⁷ Het opzegrecht komt de verzekeringnemer toe (lid 3) en de verzekeraar kan slechts in twee gevallen opzeggen, te weten indien hij ontdekt dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of wanneer hij bij kennis van de ware stand van zaken, geen verzekering zou hebben gesloten (lid 2).

De gevolgen van verzwijging op het recht op uitkering (art. 7:930 BW)

Bij geconstateerde verzwijging is de eerste vraag die beoordeeld dient te worden, of de niet of onjuist meege-deelde feiten van belang zijn voor de beoordeling van het risico, zoals dit zich heeft verwezenlijkt: het zogenoemde causaliteitsbeginsel. Zijn deze feiten van geen belang, dan vindt uitkering onverkort plaats, aldus lid 2. Zijn deze wél van belang, dan vindt afwikkeling plaats met inachtneming van het bepaalde in lid 3: zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een hogere premie hebben bedongen, of de verzekering tot een lager bedrag hebben gesloten, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen. Dit is het zoge-

noemde proportionaliteitsbeginsel. Zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken ook andere voorwaarden hebben gesteld ('difference in conditions'), dan is overeenkomstig lid 3 slechts een uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen.

Het oude recht kende deze 'tussenvorm' van sanctioneren niet: onder het regime van art. 251 K, dat gekenmerkt werd door het 'altijd-niets-beginsel', stond het ontbreken van causaliteit aan een beroep op de verzwijging niet in de weg, terwijl de vernietiging behalve op de overeenkomst zelf, ook verstrekkende gevolgen had voor de eerder gedane uitkeringen.

Overgangsrecht

Hoewel voor het nieuwe verzekeringsrecht de hoofdregel van onmiddellijke werking geldt, geldt dit niet voor de nieuwe regeling van de omvang van de mededelingsplicht. De omvang van de mededelingsplicht immers speelt bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst en in dat licht kan de nieuwe regeling toch uitsluitend gelden voor verzekeringen die zijn aangegaan na inwerkingtreding van de wet. Verzekeringen die zijn aangegaan vóór de inwerkingtreding van de wet, dienen mitsdien naar het oude recht te worden beoordeeld: eerbiedigende werking ex art. 221 lid 1 jo. 68a lid 2 Ow.

Ten aanzien van de sanctie-regeling uit art. 7:929 en 930 BW geldt eveneens een uitzondering op de hoofdregel. De gedachte hierachter is dat de nieuwe, genuanceerde regeling, waarbij met name het 'alles-of-niets-karakter' van de regeling uit 215 K is gemitigeerd⁸, beter aansluit bij de thans levende maatschappelijke opvattingen en die in meer gevallen een uitkering door de verzekeraar rechtvaardigen. Teneinde een evenwicht te vinden tussen enerzijds de positie van de verzekeraar, die bij de premiestelling van de lopende polissen met deze verruimde uitkeringsverplichting geen rekening heeft

4 Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 2; zie voor de memorie van toelichting daarop Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 3.

5 Zie voor een overzicht in breder verband *Het nieuwe verzekeringsrecht belicht*, onder redactie van J.G.C. Kamphuisen en J.H. Wansink, Deventer: Kluwer 2005.

6 Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 17.

7 Telkens weer zal een aanspraak op dekking moeten worden vastgesteld aan de hand van het bepaalde in art. 7:930 BW. Wel is er vanzelfsprekend ruimte voor partijen om 'de verzwijging' voor toe-

komstige gevallen te 'zuiveren', bijvoorbeeld door het bijbetalen van premie en/of het uitsluiten van dat bepaalde risico.

8 MvT Inv. wet, Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 18.

kunnen houden en anderzijds het belang om nog lang lopende verplichtingen niet aan de nieuwe genuanceerde sanctieregeling te (blijven) onttrekken, geldt op dit punt een uitgestelde werking van één jaar voor overeenkomsten die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet zijn gesloten (art. 221 lid 2 Ow). De facto betekent dit dat bij een beroep op verzwijging in het eerste jaar na invoering van het nieuwe recht de 'oude' sanctieregeling nog zal gelden.

Literatuur

F.H.E. van der Moolen, 'Het nieuwe verzekeringsrecht: een nader verslag', *NTHR* 2005, p. 95 e.v.

De positie van 'de derde'

Op een groot aantal punten wordt in titel 7.17 duidelijkheid geschapen in de rechten en verplichtingen van en de onderlinge verhouding tussen de verzekeraar, verzekeringnemer en de derde ten wiens behoeve de verzekering is gesloten. Zo is er voorzien in een uitbreiding van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer ten opzichte van de verzekeraar, in die zin dat, ongeacht de eigen wetenschap van de verzekeringnemer, de geobjectiveerde wetenschap van de derde aan hem wordt toegerekend⁹ (art. 7:928 lid 2 BW); geldt er juist 'bescherming' van de verzekeringnemer in die zin, dat de verzekeraar bij gebleken opzet tot misleiding de overeenkomst niet mag opzeggen indien slechts de tot uitkering gerechtigde met dat opzet handelde (art. 7:929 lid 2 BW) en geldt de sanctie van verval van het recht op uitkering tegenover de derde alleen indien hij zelf, of de verzekeringnemer *betreffende hem* heeft gehandeld met het opzet tot misleiding (art. 7:930 lid 5 BW).

Verder is naar het nieuwe verzekeringsrecht het begrip 'de tot uitkering gerechtigde' uitgebreid tot de derde die 'door aanvaarding van de aanwijzing recht op uitkering kan krijgen', aldus art. 7:926 lid 2 BW. Daaraan ten

grondslag ligt de in titel 7.17 geïntroduceerde rechtsfiguur van de *Obliegenheit*. De gedachte achter deze rechtsfiguur is dat de derde die zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard, krachtens de verzekering nog geen recht op uitkering heeft, maar evenmin verplichtingen. Hij is immers nog geen partij bij de overeenkomst. Een plicht voor deze derde om bij voorbeeld de schade te melden dient dan ook te worden opgevat als een *Obliegenheit* die bij niet-nakoming afbreuk doet aan het recht op uitkering voor het geval de derde na verwezenlijking van het risico alsnog aanvaardt. Er is dus sprake van een gehoudenheid waarbij – anders dan bij een verplichting, waarvan in beginsel de nakoming kan worden gevorderd en die in geval van niet-nakoming degene die daardoor schade lijdt recht geeft op schadevergoeding – niet-inachtname leidt tot vermindering of verval van de eigen rechten van degene op wie de *Obliegenheit* rust.¹⁰ Zie voor een toepassing hiervan art. 7:941 lid 3 BW (de mededelingsplicht bij verwezenlijking van het risico) en art. 7:957 lid 3 BW (de bereddingsplicht).

De begrenzing naar tijd van de contractuele gebondenheid

Over de contractuele gebondenheid van partijen naar de tijd geeft art. 7:940 BW nieuwe regels, die kort gezegd erop neerkomen dat de termijn, waartegen tegen het einde van de verzekeringsovereenkomst opgezegd kan worden, niet langer dan twee maanden mag bedragen (lid 1). De contractuele gebondenheid wordt in die zin aangepast, dat een overeenkomst door partijen voor langere periode mag worden aangegaan, doch dat ieder der partijen deze – binnen die langere periode – per blok van vijf jaar mag opzeggen (lid 2).¹¹ Dit opzegrecht komt niet toe aan de verzekeraar, indien de verzekering het leven of de gezondheid van een mens betreft¹² (de zogenoemde persoonsverzekeringen), terwijl de verzekeraar een per-

soonsverzekering evenmin kan beëindigen of wijzigen op grond van verzwaring van het gezondheidsrisico, aldus lid 5. Ook komen er op grond van lid 3 gelijke mogelijkheden tot opzegging voor de verzekeraar en de verzekeringnemer: indien de verzekeraar de bevoegdheid heeft bedongen de overeenkomst tussentijds op te zeggen, komt de verzekeringnemer een gelijke bevoegdheid toe. Voorts gold reeds onder het oude recht dat de verzekeraar in het hanteren van die bevoegdheid tot tussentijdse opzegging terughoudend diende te zijn. Niet alleen moet voldaan zijn aan de in de verzekeringsvoorwaarden gestelde vereisten, de verzekeraar zal voorts zorgvuldig moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en moeten nagaan of in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen (waarschuwing, instelling eigen risico).¹³ Een en ander heeft uiteindelijk in de Invoeringswet voor het nieuwe recht ook een wettelijke basis gekregen en wel in art. 7: 940 lid 3 BW: 'De verzekeraar kan slechts tussentijds opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd.'

Overgangsrecht

De leden 1 en 2, die zien op de opzegging teneinde een verlenging te voorkomen, resp. de mogelijkheid van een tussentijdse opzegging voor verzekeringen die zijn aangegaan voor een periode van meer dan vijf jaar, hebben onmiddellijke werking. Gelet op het bepaalde in art. 68a Ow¹⁴ kan de verzekeringnemer al vooruitlopend op het nieuwe recht reeds vóór de inwerkingtreding met inachtneming van een termijn van twee maanden opzeggen, indien de verlenging, respectievelijk het verstrijken van de zojuist genoemde

9 MvA, *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529 B, p. 5. Deze toerekening geldt de derde die de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt. Voor de derde die jonger is, geeft lid 3 een aparte regeling.

10 NvW, *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 19.

11 Een uitzondering geldt hierbij voor verzekeringen die in de uitoefening van een

beroep of bedrijf worden gesloten. Ten aanzien daarvan geldt dat in de polis van de dwingend voorgeschreven bepaling in art. 7:940 lid 2 BW kan worden afgeweken; zie MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 9.

12 Aldus art. 7:940 lid 3 BW.

13 Deze wijze waarop de verzekeraar gebruik maakt van een door hem bedongen

bevoegdheid tot tussentijdse opzegging van de verzekering is geregeld in de laatste zin van lid 3. Deze zin is toegevoegd bij MvT Inv. wet, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 7.

14 Zie MvT Inv. Wet, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 20.

periode zou plaatsvinden binnen twee maanden na deze inwerking-treding.

De sanctie van verval van uitkering bij bedrog

In art. 7:941 lid 1 en 2 BW is voorzien in een op verzekeringnemer/tot uitkering gerechtigde rustende verplichting tot schademelding en op de op ieder van hen rustende verplichting om alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te verschaffen. In lid 5 van dat artikel is op het niet nakomen van deze verplichtingen met het oogmerk de verzekeraar te misleiden in beginsel verval van elk recht op uitkering als sanctie gesteld; dit ook in gevallen van zogenoemde *partieel bedrog*, waarbij het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op een deel van de vordering tot schadevergoeding (b.v. niet alle opgegeven zaken zijn gestolen of de hoogte van de schade wordt verkeerd opgegeven). Wel kent de wet een hardheidsclausule: 'behoudens voor zover de misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt'. Cruciaal voor de praktijk is de invulling daarvan. Ten tijde van het opnemen van dit lid in het wetsvoorstel¹⁵ verwees de minister in zijn toelichting nog naar de genuanceerde benadering die de Raad van Toezicht Verzekeringen voorstond. Deze hield – kort gezegd – in dat de misleidende opgave van de verzekerde 'slechts' rechtvaardigde dat de verzekeraar over de gehele linie strenge eisen aan het bewijs van de opgegeven schade mocht stellen en dat hij ten aanzien van het verlies (diefstal) van de overige geclaimde zaken, dus niet die waarop het bedrog zag, tot uitkering gehouden was indien dat verlies langs andere weg dan via de verklaringen van de verzekerde zelf was komen vast te staan.¹⁶ Het is mijns inziens deze genuanceerde benadering die ervoor heeft gezorgd dat

in de wettekst de toevoeging 'behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt' is opgenomen. Deze bepaling schept – in de woorden van de minister – ruimte om met de bijzonderheden van elk geval rekening te houden, maar tegelijkertijd benadrukt de minister dat als uitgangspunt zal dienen te gelden dat gezien de opzet tot misleiding, *alleen in bijzondere omstandigheden* aangenomen kan worden dat het (gehele) verval van uitkering *niet* gerechtvaardigd is. Het ligt in de rede daarbij aan te sluiten bij de recente jurisprudentie van de Raad van Toezicht Verzekeringen en die van de Hoge Raad. Zo heeft de Raad van Toezicht in zijn uitspraak van 8 april 2002¹⁷ bij partieel bedrog het geheel verval van het recht op uitkering tot uitgangspunt genomen en als voorbeeld van bijzondere omstandigheden die tot een uitzondering op die regel kunnen leiden, genoemd (i) de omstandigheid dat de schadevorderingen onder verschillende rubrieken van de polis heeft ingediend en het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op één van de verschillende schadevorderingen, (ii) de ernst van het bedrog of de betrekkelijk geringe gevolgen ervan of (iii) gevallen waarin een algeheel verval van de uitkeringsplicht ontoelaatbaar hard zou zijn. Nog strenger voor de verzekerde lijkt de Hoge Raad daar waar hij in zijn arrest van 3 december 2004¹⁸ overweegt dat 'in 's Hof's oordeel dat geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot een ander oordeel nopen, ligt besloten dat het hof de enkele door (eiseres) in de feitelijke instanties aangevoerde omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof, niet een zodanige bijzondere omstandigheid acht dat op grond daarvan het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd is en dat dit oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.'

Nieuwe terminologie voor 'eigen schuld'
Naar de nieuwe regeling voor 'eigen schuld' worden de termen schuld en merkelijke schuld losgelaten: waarvoorheen voor het risico van alledag voor de verzekeraar 'opzet of merkelijke schuld' bewezen diende te worden om zich ontslagen te weten van diens verplichting tot voldoening van de schade (294 K), dient de verzekeraar naar nieuw recht 'opzet of roekeloosheid'¹⁹ te bewijzen (zie art. 7:952 BW). Daarmee komt de lat voor de verzekeraar in beginsel hoger te liggen, zij het dat het hem natuurlijk vrijstaat – art. 7:952 BW geeft regelend recht – om in de polisvoorwaarden daarvan af te wijken en eventueel aansluiting te blijven zoeken bij het begrip merkelijke schuld.

Overgangsrecht

Voor de nieuwe regeling inzake 'eigen schuld' geldt een uitzondering op de hoofdregel. De gedachte hierachter is dat voor die gevallen, waarin in de polisvoorwaarden van ten tijde van de invoering lopende verzekeringen niet is voorzien in enige bijzondere regeling, partijen geacht worden te hebben beoogd merkelijke schuld van dekking uit te sluiten. Teneinde te voorkomen dat door het in werking treden van art. 7:952 BW een ruimere dekking zou ontstaan, is gekozen voor eerbiedigende werking ex art. 221 lid 1 jo. 68a lid 2 Ow. De regeling als vervat in art. 294 K blijft dus bij gebreke van een zelfstandige regeling in de polisvoorwaarden van toepassing.

Invoering van de directe actie

Voor de benadeelde wordt naar nieuw recht, in art. 7:954 BW, een directe actie jegens de verzekeraar geïntroduceerd: de benadeelde krijgt daarmee – kort gezegd – de bevoegdheid om in geval van schade door dood of letsel rechtstreeks

15 De wijziging is voorgesteld bij NvW, *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5. Zie voor een toelichting hierop p. 27.

16 Zie onder meer RvT II-96/40, te kennen uit *Vrb* 1997, p. 43 e.v.

17 RvT 2002/ 11 Br. Zie voor de eerdere omslag bij vier van de vijf gerechtshoven J.H.Wansink, 'Partieel verzekeringsbe-

drog: het vertrouwensbeginsel herwint terrein', *AV&S* 2001, p. 67 e.v.

18 HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160, m.nt. MMM. Zie ook hierna onder '8. Verval van recht op uitkering bij partieel bedrog'.

19 De term 'roekeloosheid' beoogt – blijkens de MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25 – hetzelfde uit te drukken als

grove schuld in het Codam-Merwede arrest van de Hoge Raad van 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386, te weten een in lakbaarheid aan opzet grenzende vorm van schuld. Het begrip omvat zowel bewuste als onbewuste roekeloosheid en geldt als een zwaardere schuldgraad dan merkelijke schuld.

van de verzekeraar²⁰ betaling aan hem te vorderen van hetgeen degene die aansprakelijk is voor de schade van de benadeelde, van de verzekeraar te vorderen heeft (lid 1). Gekozen is daarbij voor een constructie waarin, anders dan bijvoorbeeld in de verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen WAM en de Flora- en Faunawet (voorheen de Jachtwet), de benadeelde zelf geen schuldeiser van de verzekeraar wordt (dat blijft de verzekeringnemer/verzekerde), maar waarin aan hem wel een *exclusief* vorderingsrecht toekomt: de benadeelde krijgt de bevoegdheid om nakoming van de verbintenis tussen de verzekeraar en de verzekerde te vorderen, en wel door rechtstreekse betaling aan hem.²¹ De vordering is in zoverre voor anderen dan de benadeelde niet vatbaar voor beslag en de verzekerde kan daar ook zelf niet ten nadele van de benadeelde over beschikken. (lid 4). Benadrukt zij dat de benadeelde anders dan bij de WAM nimmer op meer recht heeft dan waarop de aansprakelijke verzekerde zelf tegenover de verzekeraar aanspraak had kunnen maken. Anders gezegd, de verzekeraar blijft bevoegd zich ook tegenover de benadeelde te beroepen op wettelijke en contractuele verweren ter zake van de dekking. De regeling laat onverlet dat de benadeelde terzake van de vergoeding van de door hem geleden schade de keuze houdt om hetzij als schuldeiser de verzekerde, hetzij als vorderingsgerechtigde de verzekeraar aan te spreken. Indien de benadeelde de verzekeraar niet tot betaling van de schade heeft aangesproken, kan de verzekeraar eerst bevrijdend aan de verzekerde betalen indien hij de benadeelde heeft verzocht om binnen vier weken – lid 3 – mee te delen of hij rechtstreekse beta-

ling verlangt (en de verzekerde deze termijn laat verlopen of heeft aangegeven geen rechtstreekse betaling te verlangen). Ingeval de verzekeraar voornemens is een uitkering te doen, zonder het in lid 3 bedoeld verzoek te laten uitgaan, is hij overigens ook ingevolge art. 6:30 BW bevoegd om de uitkering aan de benadeelde (bevrijdend, ingevolge art. 6:32 BW) te voldoen.²²

De achtergrond van de invoering van de directe actie is dat de verzekeringspenningen zoveel als mogelijk bij de benadeelde terecht komen.

Overgangsrecht

Voor de directe actie geldt onmiddellijke werking, behalve voor zover de verzekeraar reeds vóór het tijdstip van inwerking treden van de wet de uitkering heeft voldaan (art. 221 lid 6 Ow). De verzekeraar moet er in dat geval immers op kunnen vertrouwen dat hij de uitkering bevrijdend aan de verzekerde heeft betaald.²³ Een benadeelde kan, voor zover de schade nog niet is afgewikkeld ook rechtstreekse betaling verlangen ter zake van een schadeval dat heeft plaatsgevonden vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet.

Literatuur

C.C. van Dam en E.A. Waal, 'De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht', VR 2005, p. 101-106.

Een bijzondere wettelijke verjaringsregeling

Van de mogelijkheid om (in verkortende zin) af te wijken van de in art. 3:307 lid 1 BW gestelde verjaringstermijn van vijf jaren, wordt in de huidige verzekeringspraktijk vrijwel altijd gebruik gemaakt: enerzijds door de verjaringstermijn in te korten, an-

derzijds door een zogenoemde vervaltermijn te bedingen, die gaat lopen nadat de verzekeraar een vordering (definitief) schriftelijk heeft afgewezen.

Ook naar het komend recht wordt binnen het verzekeringsrecht gekozen voor een bijzondere verjaringsregeling, zij het dat deze dan bij wet wordt geregeld. De wettelijke regeling komt, kort weergegeven, erop neer dat de verjaringstermijn is vastgesteld op drie jaar (art. 7:942 lid 1 BW). Voor de rechtsvordering bij verzekering tegen aansprakelijkheid is in de tweede volzin van lid 1 een nadere regeling opgenomen, die rekening houdt met het feit dat de tegen aansprakelijkheid verzekerde voor het instellen van zijn vordering afhankelijk is van de derde die hem aansprakelijk stelt²⁴: in die situatie heeft het mogelijk verlopen van de algemene verjaringstermijn voor de verzekerde geen gevolgen zolang hij nog niet is aansprakelijk gesteld. Gebeurt dit laatste na die drie jaar, dan geldt vanaf dat moment een zelfstandige verjaringstermijn van zes maanden. Deze laatste termijn komt dus niet in de plaats van de algemene termijn van drie jaar.²⁵

De stuiting van de verjaring van de rechtsvordering tot het doen van een uitkering tegen de verzekeraar, vindt ingevolge lid 2 van de regeling plaats door het doen van een schriftelijke mededeling, waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Een nieuwe verjaringstermijn begint eerst te lopen met de aanvang van de dag, volgend op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen onder eveneens ondubbelzinnige vermelding van het in lid 3 vermelde gevolg. In geval van een (on-

20 Voorwaarde is evenwel dat de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar is gemeld, aldus lid 1. Indien melding achterwege blijft, kan de benadeelde veilig stellen dat de uiteindelijke uitkering toch bij hem terecht komt door onder de verzekeraar beslag te leggen. Vóór de melding kan de verzekerde ook niet beschikken over zijn vordering op de verzekeraar.

21 MvT Inv. wet, *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 23.

22 Aldus NvW, *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 40.

23 MvT Inv. wet, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 21.

24 MvT *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 20.

25 In de *Kamerstukken* wordt de verlenging van de driejaarstermijn ingeval van een aansprakelijkheidsverzekering niet met zoveel woorden aan de orde gesteld, zij het dat in de MvT (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 20) wel vermeld wordt dat deze volzin de tot uitkering gerechtigde een ruimte geeft die titel 3.11 BW niet kent. Dat de zesmaandstermijn – indien toepasselijk – bovenop de reguliere driejaarstermijn komt (dus: als 'nieuwe' termijn, voorzover de driejaarstermijn reeds verstreken is), valt daarnaast af te leiden uit de strekking van de verjarings-

regeling: beoogd wordt toch met deze regeling de tot uitkering gerechtigde te beschermen. Een uitleg waarbij de zesmaandstermijn in de plaats van de driejaarstermijn zou komen doet aan die bescherming juist af. De gekozen terminologie ('Niettemin verjaart de rechtsvordering ... niet voordat...') wijst eveneens op een verlenging. Ook Asser/Clausing/-Wansink, nr. 174 gaat uit van een verlenging, waar zij aangeven dat de tweede volzin van lid 1 niet van betekenis is indien de verjaringstermijn (van drie jaren, NvT) nog niet is verstreken. Zie tot slot in goeddeels gelijke bewoordingen MvT *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 23.

dubbelzinnige) afwijzing bepaalt vervolgens het derde lid dat de rechtsvordering verjaart door verloop van zes maanden.

Rest erop te wijzen dat de regeling in art. 7:942 BW een dwingendrechtelijk²⁶ karakter heeft, ook in de zakelijke sfeer, met als gevolg dat de verzekeraar in dit geval niet met succes een vervaltermijn in plaats van een verjaringstermijn kan bedingen: een dergelijke vervaltermijn kan door de tot uitkeringsgerechtigde worden vernietigd, met het gevolg dat de wettelijke verjaringstermijn zal gelden.²⁷

Overgangsrecht

De overgang van de huidige verjaringstermijn van vijf jaren naar de toekomstige termijn van drie jaren wordt geregeld door art. 73 Ow: de verjaringstermijn van vijf jaren, aangetrokken vóór inwerkingtreding blijft nog gedurende een jaar van toepassing, zodat deze verjaringstermijn niet door de enkele inwerkingtreding is voltooid.

■ 2. Wet Financiële Dienstverlening

Algemeen

Eveneens gepland (eind 2005) is de inwerkingtreding van de Wet Financiële Dienstverlening (Wfd) die deel uitmaakt van de Wet Financieel Toezicht (Wft). De Wfd is een publiekrechtelijke regeling, waarin – kort gezegd – het toezicht op het gedrag van financiële instellingen wordt geregeld. Zij bevat regels voor het aanbieden van, het bemiddelen in en het adviseren over financiële producten aan consumenten en – in het geval van verzekeringen – ook aan bedrijven en stelt eisen aan financiële dienstverleners op het gebied van integriteit, deskundigheid, integere bedrijfsvoering, financiële zekerheid, transparantie en legt daartoe een aantal zorgplichten op. De algemene normen uit de wet zijn deels uitgewerkt in het Besluit financiële dienstverlening (Bfd).²⁸ De naleving van de Wfd zal in handen zijn van de Autoriteit Financiële Markten (AFM).

Voor het verzekeringsrecht zijn met name van belang de zorgplichten voor de verzekeraar als aanbieder van financiële producten en voor de assurantietussenpersoon als bemiddelaar bij het sluiten van verzekeringsovereenkomsten.²⁹ Deze zorgplichten zien op de te verstrekken productinformatie, een zorgvuldige advisering van de klant en het leveren van ‘nazorg’ in die zin dat de klant tijdens de looptijd van de verzekering geïnformeerd wordt over wezenlijke veranderingen die voor het product relevant zijn. Voor de tussenpersoon als bemiddelaar of adviseur geldt bovendien een verplichting om de klant te informeren omtrent zijn positionering tegenover de aanbieder wiens producten hij bemiddelt dan wel aanbeveelt. Resteert te benadrukken dat de zorgplichten die de Wfd in een bestuursrechtelijk kader schept, geen exclusief karakter hebben. Sterker nog, voor het merendeel van die zorgplichten geldt dat zij ook zonder de Wfd voortvloeien uit de civielrechtelijke norm van de redelijk bekwame en redelijk handelende dienstverlener in diens contractuele verhouding tot de klant.³⁰

Literatuur

J.H. Wansink, ‘Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening’, *AV&S* 2005, nr. 19.
R.M. Vriesendorp-van Seumeren, ‘Transparante bemiddeling door de Wet financiële dienstverlening’, *AV&S* 2005, nr. 18.
J.G.C. Kamphuisen, ‘De volmacht in de Wfd: een zoektocht’, *AV&S* 2005, nr. 20.
J.G.C. Kamphuisen, ‘Wfd en een nieuw verzekeringsrecht: twee vliegen...’, *AV&S* 2005, nr. 21.
C.J. de Jong, ‘Wet financiële dienstverlening: gedragstoezicht voor de verzekeringssector’, *NTHR* 2005-2, p. 83 e.v.
C.W.M. Lieveise en N. Vloemans, ‘De zorgplicht in de Wet financiële dienstverlening: een publiekrechtelijke normering van een privaatrechte-

lijke plicht?’ in *Tussen persoon en recht*, afscheidsbundel J.G.C. Kamphuisen, Deventer: Kluwer 2004, p. 151-162.
W.J. Hengeveld en B.M. Jonk-van Wijk, ‘De zorgplicht van de assurantietussenpersoon’ in *Tussen persoon en recht*, afscheidsbundel J.G.C. Kamphuisen, Deventer: Kluwer 2004, p. 131-134.

III. Rechtspraak en literatuur per onderwerp

■ 3. Totstandkoming

Jurisprudentie

Geweekte verwachtingen, toerekening van kennis aan hulppersonen

Het belang van hetgeen partijen bij het sluiten van een verzekering over en weer hebben verklaard en wat zij te dien aanzien in redelijkheid daaruit hebben mogen begrijpen staat centraal in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 20 november 2003.³¹ In de procedure beroept verzekeringnemer (een grond- en putboerderij/bronbemalingsbedrijf) zich erop dat hij van meet af aan de bedoeling heeft gehad – en via zijn eigen tussenpersoon (Den Hartog) ook aan de assurantietussenpersoon Rabobank heeft laten weten – het *werkrisico* van zijn rijdend werkmaterieel te laten verzekeren bij Interpolis, omdat het *rijrisico* van dat materieel al bij Delta Lloyd verzekerd was. Interpolis bestrijdt dat standpunt. De voorzieningenrechter oordeelt de zaak op de voet van de Haviltex-maatstaf en oordeelt het standpunt van de verzekeringnemer juist. De wetenschap van de Rabobank, van wie in ieder geval vaststaat, dat hij bekend was met de bedoeling van de verzekeringnemer, wordt daarbij als wetenschap aan Interpolis toegerekend, omdat Rabobank als assurantietussenpersoon van Interpolis optrad. Gelet op de inhoud van de contacten tussen (vertegenwoordigers van) partijen voor het sluiten van de overeenkomst mocht de verzekeringnemer ervan uitgaan dat het werkaansprakelijkheidsrisico van zijn rij-

26 In art. 7:943 lid 2 BW is bepaald dat van art. 7:942 BW niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde kan worden afgeweken.

27 *MvT Kamerstukken II* 1986/86, 19 529, nr. 3, p. 21.

28 In februari 2005 is het besluit door het

Ministerie van Financiën ter consultatie aan de markt voorgelegd.

29 De Wfd geldt voor alle financiële dienstverleners en voor alle financiële producten, dus bijvoorbeeld ook voor beleggingshypotheek, consumptief krediet en effecten. In deze kroniek zal ik uitsluitend

ingaan op aspecten die het verzekeringsrecht raken.

30 Zie meer uitgebreid het themanummer ‘Wet financiële dienstverlening’ *AV&S* 2005, nr. 4.

31 *Vzr. Rechtbank Arnhem* 20 november 2003, *NJF* 2004, 239.

dend werkmaterieel onder de AVB-polis van Interpolis viel. De gerechtvaardigde verwachting van verzekeringnemer dat dit juist was, werd bovendien nog versterkt door de hoogte van de premie die volgens zijn tussenpersoon Den Hartog beduidend hoger was dan de premie van een 'normale' AVB-verzekering en vervolgens door de omstandigheid dat een eerdere schade op 8 augustus 2002 met hetzelfde voertuig door Interpolis wel is vergoed. Aannemelijk is dat hierdoor reeds voor de schade op 26 november 2002 de zekerheid van verzekeringnemer dat het onderhavige risico (mede)verzekerd was, is gegroeid. Interpolis had als verzekeraar rekening behoren te houden met dit – voorshands gerechtvaardigd geoordeelde – verwachtingspatroon van verzekeringnemer. Het had op haar weg gelegen om, indien zij van mening was dat het specifieke werk-aansprakelijkheidsrisico niet mee-verzekerd was/kon worden, dit duidelijk aan verzekeringnemer zelf danwel aan Rabobank en/of de tussenpersoon Den Hartog kenbaar te maken. Dat heeft zij niet gedaan. Tot zover de voorzieningenrechter.

De uitkomst van de uitspraak van de voorzieningenrechter staat en valt mijns inziens met de toerekening van de kennis van de Rabobank aan Interpolis. Een toerekening die niet nader wordt onderbouwd, hetgeen te meer valt te betreuren omdat daardoor inzicht ontbreekt in de omstandigheden die in dit geval kennelijk rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de algemeen aanvaarde hoofdregel dat een tussenpersoon bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst geacht wordt namens de verzekeringnemer op te treden, in welk geval van toerekening van kennis aan de verzekeraar geen sprake kan zijn.

■ 4. Verzwijging: bestendiging van anticipatie op 7.17 BW *Jurisprudentie*

Verschoonbaarheid en rol (niet gebruikte) vragenlijst

In april 2003³² heeft de Hoge Raad zich

in een verzwijgingszaak uitgelaten over de vraag voor wiens rekening de dwaling dient te blijven ingeval zij zowel door de verzekeraar als door de verzekeringnemer zelf veroorzaakt is. In de onderhavige zaak werd de dwaling namelijk enerzijds veroorzaakt doordat de tussenpersoon een (aan de verzekeringnemer toe te rekenen) fout heeft gemaakt door de verzekeraar er bij de aanvraag van een schadeverzekering met betrekking tot een vliegtuig niet van op de hoogte te stellen, dat de verzekeringnemer niet over een vliegbrevet beschikte. Anderzijds was het zo dat de verzekeraar zelf hiernaar geen onderzoek had gedaan, ondanks dat het hier om voor hem essentiële informatie ging, waarnaar de verzekeraar in zijn vragenlijst – waarvan in het onderhavige geval evenwel geen gebruik was gemaakt – uitdrukkelijk had geïnformeerd. De Hoge Raad stelt bij zijn overweging voorop dat op de verzekeringnemer in beginsel een mededelingsplicht geldt, doch dat deze – ter bescherming van de verzekeringnemer – beperkt wordt indien de verzekering is gesloten aan de hand van een door de verzekeraar gehanteerde vragenlijst. De Hoge Raad oordeelt vervolgens, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, maar ook onder verwijzing naar art. 7:17.1.4 lid 6 (art. 7:928 lid 6 BW) ontwerp BW en de gunstige ontvangst die deze bepaling in de literatuur heeft gevonden, dat in de onderhavige zaak de dwaling 'naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de verzekeraar dient te blijven'. Daarmee heeft de Hoge Raad de op de verzekeraar rustende verplichting om de uiterste zorg te betrachten om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken de verzekeringsovereenkomst afsluit, van groter belang geoordeeld dan de op de verzekeringnemer rustende mededelingsplicht. Mendel maakt in zijn annotatie onder het arrest een vergelijking met de situatie waarin de verzekering is gesloten zonder gebruikmaking van een vragenlijst, zoals ter beurze de gewoonte is, en hij

concludeert dat de Hoge Raad de scherpe tegenstelling tussen verzekeringen die wel respectievelijk niet zijn gesloten op basis van een vragenlijst van de verzekeraar, door deze uitspraak enigszins heeft gerelativeerd. Die vaststelling lijkt juist, nu in de onderhavige zaak inderdaad geen vragenlijst is gebruikt en de Hoge Raad desalniettemin niet uit is gegaan van een op de verzekeringnemer rustende spontane mededelingsplicht die aan die situatie gewoonlijk eigen is. Zelf zou ik evenwel geneigd zijn ervan uit te gaan dat de Hoge Raad – juist vanwege zijn verwijzing naar art. 7:928 lid 6 BW – in de onderhavige situatie, waarin gebruikmaking van het aanvraagformulier regel was, maar de verzekeraar de verzekering toch sloot zonder te beschikken over de daarin gevraagde essentiële informatie, het ontbreken van het aanvraagformulier onder de gegeven omstandigheden heeft gezien als een geheel van onbeantwoorde vragen die voor de verzekeraar aanleiding had moeten geven de relevante informatie alsnog te vragen. Van een 'verzekering waarbij geen vragenlijst wordt gehanteerd' zou mijns inziens eerst sprake zijn indien het gebruik zou zijn dat dergelijke luchtvaartverzekeringen zonder aanvraagformulier zouden worden gesloten, maar dat is in de procedure gesteld noch gebleken.³³

Verschoonbaarheid

Een andere zaak waarin het zogenoemde verschoonbaarheidsvereiste (ook) een rol speelt, is die van de Rechtbank Rotterdam van 2 april 2003.³⁴ In het geding was allereerst³⁵ de vraag of verzekeraar een beroep op verzwijging toekwam ten aanzien van een tussen partijen gesloten pleziervaartuigverzekering. Het standpunt van verzekeraar, geconfronteerd met een claim door diefstal van de boot, kwam erop neer dat de verzekeringnemer verzwijging te verwijten viel, omdat in de polis was bepaald – en reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst ook aan verzekeringnemer bekend was – dat de maxi-

32 HR 18 april 2003, NJ 2004, 634.

33 Zie over de verhouding van de informatieplicht voor de tussenpersoon tot de onderzoeksplicht van de verzekeraar (verschoonbaarheidsvereiste) R. Feunekes in 'Het verschoonbaarheidsvereiste in de

verzwijgingsregeling', AV&S 2004, nr. 32.
34 S&S 2005, 33.

35 In de procedure wordt het verzwijgingsverweer op gronden als in de hoofdtekst besproken, verworpen, maar de verzekeraar wordt voorshands – tot op tegenbe-

wijs – gevolgd in zijn stelling dat verzekeringnemer onvoldoende zorg in de zin van de polisvoorwaarden heeft betracht teneinde diefstal te voorkomen.

mumsnelheid van de boot niet meer mocht bedragen dan 60 km/uur. De verzekeraar stelt dat uit de nota van de ingebouwde begrenzer, zoals deze ten tijde van het sluiten van de overeenkomst was overgelegd, niet kon blijken wat voor soort begrenzer dit was en of, en zo ja op welke wijze, deze begrenzer in- en uitgeschakeld kon worden. De rechtbank oordeelt in dit geval met recht dat het aan verzekeraar is om te voorkomen dat hij beschikt over onjuiste en/of onvolledige informatie. Het had ingeval de verzekeraar reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst twijfels had over het daadwerkelijk (al dan niet definitieve) effect van de snelheidsbegrenzer en dit gegeven voor hem essentieel was voor het sluiten van de overeenkomst, op de weg van de verzekeraar gelegen een inspectie- of keuringsrapport te laten opstellen, teneinde duidelijkheid hieromtrent te verkrijgen.

Literatuur

E.J. Wervelman, 'De spontane mededelingsplicht bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in de 'tussenperiode'', *AV&S* 2005, nr. 16.
R. Feunekes, 'Het verschoonbaarheidsvereiste in de verzwijgingsregeling', *AV&S* 2004, nr. 32.

■ 5. Uitleg polis

Jurisprudentie

Betekenis voorlichtende brochure

Bij de uitleg van een beding in een overeenkomst komt het aan op hetgeen partijen met dat beding hebben beoogd en, met name indien niet van een duidelijke gemeenschappelijke bedoeling blijkt – en pas dan zal de vraag naar uitleg in de regel actueel worden – wat een redelijke uitleg van het beding meebrengt.³⁶ Een zaak waarin ieder van partijen een verschillende uitleg geeft aan de omvang van de dekking (en waarin de zogenoemde Haviltex-maatstaf is toegepast), is die van het Hof Leeuwarden van 29 oktober 2003, *VR* 2005, 37. De vraag die in deze zaak een rol speelde is of het aan verzekerde tijdens het diepzeeduiken overkomen letsel

(verzekerde heeft de zogenoemde caissonziekte opgelopen en daar een partiële dwarslaesie en impotentie aan overgehouden) onder de dekking van doorlopende zakenreisverzekering valt. Verzekerde beroept zich daarbij op het tussen partijen vaststaande feit dat de verzekeraar in zijn brochure had vermeld dat het 'beoefenen van onderwater- en wintersport gratis meeverzekerd is'. Het standpunt van verzekeraar komt er evenwel op neer dat zij slechts tot uitkering is gehouden indien er sprake is van lichamelijk letsel in de zin van de 'Bijzondere voorwaarden betreffende reisongevallen', waar, naar zij stelt, geen sprake van is. Het hof komt als gezegd tot toetsing (met recht) aan de Haviltex-maatstaf en oordeelt dat 'bezien in het licht van de ongeclausuleerde en wervende zinsnede in de brochure betreffende het (gratis) meeverzekeren van het beoefenen van de onderwater- en wintersport, verzekerde er in beginsel van mocht uitgaan dat hij genoegzaam tegen alle risico's die aan het beoefenen van de onderwatersport verbonden zijn, verzekerd zou zijn.' Dit klemmt naar het oordeel van het hof nog te meer nu in de voorwaarden letsel als gevolg van de caissonziekte niet uitdrukkelijk van dekking is uitgesloten, terwijl toch de caissonziekte algemeen bekend staat als een van de grootste risico's die aan het beoefenen van het diepzeeduiken verbonden zijn.

Betekenis aanduiding 'uitgebreide opstalverzekering'; Haviltex-maatstaf onterecht aangelegd?

Een onterecht beroep op de zogenoemde Haviltex-maatstaf doet mijns inziens het Hof Amsterdam in zijn arrest van 26 februari 2004³⁷, waar hij verzekeringnemer te hulp is gekomen door de als gedekt omschreven gebeurtenis 12: 'Neerslag. Schade als gevolg van het woonhuis binnengedrongen neerslag', zodanig 'uit te leggen' dat daaronder ook valt de instorting van het dak van de schuur, met alle daaruit voor de verzekeringnemer ontstane schade. Het hof stelt daartoe allereerst vast dat de uitsluiting waarop de ver-

zekeraar zich beroept, gevonden moet worden in de omschrijving van het begrip 'neerslag' en niet in een van de expliciete uitsluitingen die bij de betreffende gebeurtenis onder het hoofde 'neerslag' zijn vermeld. Het hof overweegt dat nu de verzekering door de verzekeraar gepresenteerd wordt als een 'uitgebreide opstalverzekering', degene die van de polisvoorwaarden kennisneemt door het gebruik van het woord 'uitgebreid', minder bedacht (behoeven te) zijn op uitsluitingen met betrekking tot zich in het normale leven voordoende evenementen en in ieder geval niet zonder meer bedacht hoeven te zijn op 'verborgen' uitsluitingen in de positionele formulering van de dekking van de verzekering. Het hof acht voorts belangrijk dat door de opname van dekking van buitengewone evenementen, de indruk wordt gewekt dat de verzekering een ruime dekking biedt en dat de inzaking van het dak ten gevolge van (het gewicht van) neerslag in de vorm van sneeuw en ijsel niet zo uitzonderlijk is dat de verzekeraar daarmee bij het opstellen van de polis geen rekening heeft kunnen houden.

Hoewel ik de redenering die het hof gebruikt op zichzelf overtuigend vind, is het de vraag of het hof wel aan deze 'uitleg' toe had dienen te komen. Door de omschrijving van gebeurtenis 12 en de daarop volgende opsomming van van dekking uitgesloten schade en kosten ligt er mijns inziens een duidelijk beding voor, dat de omvang van de dekking duidelijk voorschrijft. Met die omschrijving kan een verzekeringnemer het al dan niet eens zijn en kan hij aanvoeren dat op dit punt – aanvoerend dat het een kernbeding betreft³⁸ – geen wilsovereenstemming bereikt is, maar een beroep op uitleg van de polisvoorwaarden als bedoeld in het Haviltex-arrest, rechtvaardigt zij mijns inziens niet. Dat is, als gezegd, allereerst niet zo omdat van een onduidelijke bepaling, die op goede gronden voor meer dan één uitleg vatbaar is, geen sprake is. De rechter dient niet over te gaan tot autonome aanvulling van de omschrijving van

36 Asser/Clausing/Wansink, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten, deel VI De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, nr. 181.

37 *NJF* 2004, 398.

38 Zie over de invulling van het begrip kernbeding in het verzekeringsrecht (d.i. een beding dat premiestelling bepalend is) N. van Tiggele-van der Velde, 'Toe-

passelijkheid afdeling 6.5.3 BW: kernbeding en 'Transparenzgebot', *AV&S* 2004, nr. 6.

een gedekt gevaar. Door een dergelijke 'uitleg' ziet de verzekeraar zich bovendien geconfronteerd met risico's, die hij niet bedoeld heeft en waar hij bij het sluiten evenmin op bedacht hoefde te zijn. Aan het voorgaande doet niet af dat de verzekeraar er wel goed aan doet om, gelijk het hof ook heeft aangegeven, dergelijke evenementen voor de toekomst van dekking uit te sluiten.

Exclusieve werking diefstalclausule in autopolis

'Uitleg' van een polisclausule en de vraag of het overdag achterlaten van fotoapparatuur en kleding (van buitenaf onzichtbaar) in de afgesloten kofferruimte van een auto, voldoende was om te voldoen aan de zorgplicht als bedoeld in de polisvoorwaarden is aan de orde in het arrest van het Hof Den Haag van 26 augustus 2003, VR 2004, 72. Het hof oordeelde in deze zaak dat ondanks dat de diefstalclausule (geen dekking bij diefstal uit auto) niet geldt tussen 8.00 en 22.00 uur, dit niet betekent dat in alle gevallen dekking dient te worden verleend indien verzekerde aantoonde dat de bagage van buitenaf onzichtbaar in een deugdelijk afgesloten kofferruimte was opgeborgen. Het hof oordeelt dat verzekerde onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid betere maatregelen ter voorkoming van schade had kunnen en moeten treffen, zoals het meenemen van de betreffende spullen naar zijn hotelkamer. Ook in deze zaak was een andere 'uitleg' evenzeer verdedigbaar geweest: de polisebepalingen bepalen immers dat de uitsluiting niet geldt voor de aangegeven uren en dan gaat het toch wel ver om wanneer het risico waartegen de polis dekking biedt, zich verwezenlijkt (in een situatie waarin er overdag ook nog [enig] toezicht uitgeoefend wordt op de parkeerplaats door de portier van het hotel), de verzekeraar nog ruimte te geven voor een aanvullend verweer dat hij met zo veel woorden in de polisvoorwaarden had kunnen opnemen.

Betekenis verwachtingen verzekeringnemer, informatieplicht verzekeraar
Hoe de polis uit te leggen in een situatie waarin een uitgebreide en

complexe polis met verschillende, elkaar aanvullende, verzekeringen is afgesloten, waarbij de verzekerde kennelijk beoogd heeft het geheel aan bedrijfshandelingen te verzekeren? Die vraag staat centraal in het vonnis van de Rechtbank Zwolle van 11 februari 2004 over de uitleg van de dekking op de Bedrijven Contact-polis van een autobedrijf.³⁹ Een polis met een ingewikkelde structuur, inhoudende onder meer de rubrieken 'Verkeer' (met daarin de modules objecten cliënten, opzicht, handelsvoorraad en diefstal) en 'Aansprakelijkheid' (met opzicht). De procedure draait, kort weergegeven, om de diefstal van een auto die in eigendom niet aan de verzekeringnemer, het autobedrijf, maar aan een van diens relaties toebehoort: de auto was na een proefrit door een derde, die voor de 'oude' auto van de relatie interesse toonde, op zondagavond – buiten de hekken – teruggezet bij het bedrijfsterrein van het autobedrijf. De rechtbank neemt als uitgangspunt dat juist in een situatie waarin een uitgebreide en complexe polis met verschillende, elkaar aanvullende, verzekeringen is afgesloten, waarbij de verzekerde kennelijk beoogd heeft het geheel aan bedrijfshandelingen te verzekeren, hij er – gezien de bedoelingen over en weer en hetgeen partijen op basis daarvan mochten verwachten – vanuit mag gaan dat in beginsel ook daadwerkelijk iedere gebruikelijke bedrijfshandeling gedekt is door een van de verzekeringen. Als een gebruikelijke of voorzienbare bedrijfshandeling niettemin niet is verzekerd, had het op de weg van verzekeraar gelegen de verzekeringnemer hierop reeds bij het afsluiten van de verzekering te wijzen, zodat de laatste op dat moment had kunnen beslissen al dan niet een aanvullende verzekering op dat punt af te sluiten. Nu niet is gesteld of gebleken dat er een 'gat' bestond in de verzekering (en de verzekeraar bij toetstandkoming daarop ook niet heeft gewezen), is naar het oordeel van de rechtbank het uitgangspunt dat tenminste een van de verzekeringen dekking behoort te bieden, mits uiteraard niet alleen aan de voorwaarden is voldaan, maar daarnaast geen uitsluitingsclausule van toepassing is.

De 'uitleg' in deze zaak ziet dus voornamelijk op de vraag naar de onderlinge verhouding tussen de verschillende rubrieken en modules; met recht dient het uitgangspunt in deze te zijn dat – behoudens in geval de verzekeraar de verzekeringnemer er reeds bij het afsluiten van de verzekering op gewezen heeft – de gebruikelijke en voorzienbare bedrijfshandelingen verzekerd zijn. Voor een automobielbedrijf hoort daar onmiskenbaar bij de mogelijkheid tot het maken van een proefrit en/of het 's avonds neerzetten van een auto buiten het terrein. Een uitgangspunt dat mijns inziens met name opgaat als het gaat om verzekeringen die door een direct writing-verzekeraar worden gesloten en de verzekeringnemer dus de deskundige begeleiding door een assurantietsuspersoon mist. Verwezen zij in dit verband ook op de eerder behandelde Wet financiële dienstverlening (Wfd), waarin juist ook op de direct writing-verzekeraar een zelfstandige informatieplicht rust ter zake van de inhoud van de te sluiten verzekering. Overigens is alleszins verdedigbaar de stelling dat ook de verzekeraar die verzekeringen sluit door tussenkomst van assurantietsuspersoon op dit punt niet – anders dan in de Wfd uitgangspunt lijkt te zijn – van elke verantwoordelijkheid is ontheven.⁴⁰

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat zaken die de verzekerde in het kader van de bedrijfsvoering onder zich heeft onder het niet nader gedefinieerde begrip 'handelsvoorraad' vallen, dus ook de gestolen auto, ook al was deze op naam van de relatie blijven staan. Ook de clausule 'Beperking diefstal risico' staat aan dekking niet aan de weg. Een clausule die ten aanzien van een buiten het bedrijfspand gestald motorrijtuig de verplichting oplegt het motorrijtuig voldoende af te sluiten en alle sleutels en bescheiden op een veilige plaats op te bergen. Met recht oordeelt de rechtbank dat ook aan die eis is voldaan. Het door de brievenbus naar binnenwerpen van de sleutel, is onder de gegeven omstandigheden (de sleutels kwamen hiermee terecht in een afgesloten ruimte, die door een alarminstallatie werd bewaakt) 'voldoende veilig op-

39 Prg. 2005, 30.

40 Vgl. J.H. Wansink, AV&S 2005, p. 117 e.v.

bergen' in de zin van de polis.⁴¹ Hetzelfde geldt voor de kentekenbewijzen I en II die in het handschoenenvakje van de auto lagen; daarmee was van de buitenkant niet zichtbaar dat deze bescheiden (niet deel III, het overschrijvingsbewijs) zich in de auto bevonden zodat daarin voor de dief geen aanleiding kan zijn gevonden de auto te stelen.

Betekenis van eigen gebruiken in de verzekerde handel, warranty in de zin van art. 6:22 BW?

Voor de uitleg van de zogenoemde 'stock records clause' (de verplichting tot het bijhouden van een voorraad-overzicht) in een tussen partijen gesloten verzekering tegen verlies en diefstal van onder meer gouden voorwerpen en edelstenen is door de Rechtbank Amsterdam⁴² eveneens aansluiting gezocht bij de voor die handel geldende gebruiken. De rechtbank overweegt in essentie dat de diamanthandel een bijzondere handel is met eigen gebruiken, waarin niet alles op administratief gebied volgens het boekje gaat. Uitgaande van het feit dat de verzekeraars ook met die wetenschap de verzekeringsovereenkomst is aangegaan, mocht de verzekeringnemer naar het oordeel van de rechtbank de clause opvatten zoals zij heeft gedaan: op haar rustte slechts de verplichting een administratie van aan- en verkopen bij te houden, welke administratie zij op verzoek van verzekeraars beschikbaar diende te stellen. Het registreren van de aankopen in een inkoopboekje en het bijhouden van de verkopen middels facturen, het bijhouden van een administratie met betrekking tot verwerking van stenen in sierraden en het jaarlijks opnemen van de voorraad achtte de rechtbank daartoe voldoende.

Vermeldenswaard is nog dat in de procedure door de verzekeraar wordt aangevoerd dat de 'stock records clause' gezien dient te worden als een ontbindende voorwaarde in de zin van art. 6:22 BW (een zogenoemde 'warranty'). Een dergelijk standpunt lijkt, gelet op de tekst van de clause ('It is a condition of this policy...') verdedigbaar en zou tot gevolg hebben dat de dekking vervalt zodra de 'warranty' niet nagekomen wordt. Ook, anders dan de rechtbank overweegt⁴³, zonder dat dat met zoveel woorden in de polisvoorwaarden staat.⁴⁴ Een en ander laat echter onverlet dat uiteindelijk bepalend is of de verzekerde de polis ook in die zin heeft mogen opvatten. Indien en voorzover de polis zonder deskundige bijstand is gesloten, lijkt gerede twijfel daaromtrent gerechtvaardigd.

■ 6. Eigen schuld

Jurisprudentie eigen schuld – verzekeringsrecht algemeen

Het is vaste jurisprudentie onder het regiem van het Wetboek van Koophandel dat in die gevallen waarin de verzekering ziet op het zogenoemde risico van alledag, het aan verzekeraar eerst toegestaan is een beroep te doen op eigen schuld (in de zin van art. 276 K), als er sprake is van 'merkelijke schuld'. Dat is een ernstige mate van schuld⁴⁵, maar niet zo ernstig 'dat zij gelijk te stellen is met opzettelijk handelen of in ernst daaraan grenst'.⁴⁶ In zijn arrest van 4 april 2003⁴⁷ heeft de Hoge Raad dit begrip nader omlijnd en met name ten aanzien van het vraagpunt of deze vorm van schuld al dan niet in subjectieve zin moet worden opgevat. De zaak betrof een brand in het bedrijf van verzekerde die is ontstaan toen een medewerker las-

werkzaamheden uitvoerde. Volgens de door de verzekeraar ingeschakelde expert moet de brand zijn ontstaan door bij het lassen vrijkomende vonken of gloeiende metaaldelen die in aanraking zijn gekomen met (de damp van) de wasbenzine in de nabijgelegen opvangbak. Aangesproken tot vergoeding van de schade verweerde de verzekeraar zich met een beroep op merkelijke schuld of nalatigheid van de verzekerde in de zin van art. 294 K. Het hof oordeelde dat verzekerde – gegeven de omstandigheid dat kort tevoren door een andere medewerker van een ingehuurd bedrijf onder gelijke omstandigheden (goed afgelopen) laswerkzaamheden waren verricht – geen voldoende ernstig verwijt te maken viel dat hij zich *niet* bewust was geweest van het gevaar. De Hoge Raad daarentegen sprak uit dat van merkelijke schuld in de zin van art. 294 K ook sprake is indien het gaat om een gedraging die, al is de verzekerde zich daarvan niet bewust, naar objectieve maatstaven een zodanige aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn en door zich van die gedraging niet te onthouden in ernstige mate tekortschiet in zorg ter voorkoming van schade. Voor het aannemen van merkelijke schuld in de zin van art. 294 K is derhalve niet vereist dat de verzekerde heeft gehandeld in het bewustzijn dat de schade het gevolg van zijn handelen kan zijn en dat hem in zoverre in subjectieve zin een verwijt treft.

Jurisprudentie opzetclause in de aansprakelijkheidsverzekering

Na de veel besproken (en bekritiseerde) uitleg die de Hoge Raad aan de 'oude' opzetsluiting heeft gegeven

41 De situatie is daardoor ook anders dan in HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272, waarin werd geoordeeld dat de persoon die ervoor kiest zijn auto de avond tevoren al bij de garage af te leveren en zijn autosleutels deponeren in een daarvoor speciaal bij de garage aanwezige sleutelbus – gelet op het van algemene bekendheid zijnde feit dat het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld en de daarbij behorende auto's die in de omgeving van die garage staan geparkeerd worden gestolen – met de mogelijkheid van autodiefstal rekening behoort te houden en dat de gevolgen

daarvan in beginsel voor zijn risico zijn. Dit tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de garagehouder een zodanig verwijt valt te maken dat hij voor de gevolgen van die diefstal aansprakelijk is. Zie ook *Nieuwsbrief Bb* 2004, p. 100-101.

42 Vonnissen van 14 juni 2000 en 26 februari 2003, beide te kennen uit S&S 2004, 128. De clause luidt: 'It is a condition of this policy that the insured shall keep a record of all business transactions relating to the Stock insured hereunder and these records shall be available for inspection by Insurers or their Representatives in case of a

claim being made under this Policy'.

43 De rechtbank overweegt dat op de niet-nakoming van de clause geen sanctie is gesteld en dat de niet-nakoming niet tot verval van de verzekeringsovereenkomst zou hebben geleid, zoals door verzekeraars bepleit.

44 Zie Asser/Clausing/Wansink (1998), nr. 304.

45 Hoge Raad 17 juni 1988, NJ 1988, 966, m.nt. G (Keulse autodiefstal-arrest).

46 Hoge Raad 3 februari 1989, NJ 1990, 477.

47 NJ 2004, 536, m.nt. MMM.

in het Aegon/van der Linden-arrest⁴⁸, heeft de (lagere) rechter zich in de afgelopen periode een aantal malen uitgesproken over zowel de 'oude' clausule als ook over de – inmiddels geïntroduceerde – 'nieuwe' clausule. Voor de oude clausule, die uitsloot 'aansprakelijkheid voor schade die voor de verzekerde het beoogde of zekere gevolg van zijn handelen is', zij allereerst gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2003, NJ 2003, 140. Kennelijk geschrokken van de uitwerking van het eerder genoemde Aegon/Van der Linden-arrest heeft hij in een op zichzelf vergelijkbare zaak wél gebruik gemaakt van de – in het eerdere arrest al geboden – mogelijkheid om uit de gedragingen van de verzekerde af te leiden dat deze het letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het zekere gevolg van zijn handelen zou zijn. De Hoge Raad is van oordeel dat in het licht van de feitelijke vaststelling van het hof (inhoudende dat de dader/verzekerde het slachtoffer heeft geslagen met een voorwerp, te weten een ijzeren staaf, dat geëigend is om ernstig letsel toe te brengen en dat hij met grote kracht tegen het bovenbeen van het slachtoffer heeft geslagen) het oordeel van het hof dat de dader/verzekerde zich ervan bewust was dat het in feite toegebrachte letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn, niet onbegrijpelijk is. Zie in dezelfde lijn, dus eveneens polisdekking afwijzend, het arrest van het Hof Arnhem van 8 juli 2003, NJ 2004, 10 en het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 13 oktober 2004, NJF 2004, 595.

De gereviseerde ('nieuwe') opzetclausule luidt⁴⁹ als volgt: 'niet gedekt

is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten.' Onder de 'nieuwe' opzetclausule is inmiddels gewezen het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 9 februari 2005, JA 2005, 38. In deze zaak heeft een man bij een buurenruzie zijn buurman zodanig met een ijzeren staaf op het hoofd geslagen, dat de buurman daardoor overlijdt. Met recht oordeelt de rechtbank dat het element 'opzettelijk' moet worden gekoppeld aan enerzijds het handelen, maar anderzijds aan het wederrechtelijk karakter daarvan.⁵⁰ Overigens rijst de vraag of hier geen sprake was van noodweer, dat het wederrechtelijk karakter aan de gedraging ontnemt. Zie ook de A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2005.⁵¹

Daarnaast zijn er ontwikkelingen op het terrein van de dekking voor aansprakelijkheid voor schade in verband met *seksuele gedragingen*. Tot de invoering van de specifiek daarop gerichte uitsluiting⁵² kon de verzekeraar bij een beroep op dekking daarvoor door een verzekerde uitsluitend terugvallen op de opzetclausule. De verzekeraar was daardoor – in lijn met Aegon/Van der Linden – belast met het bewijs dat de (verzekerde) dader met zijn seksuele daad het opzet had het slachtoffer psychisch schade toe te brengen, in welk bewijs hij in de regel niet slaagde omdat het handelen van de verzekerde/dader niet gericht was op het toebrengen van traumatische en psychologische gevolgen of klachten, maar op het eigen belang, te weten

het bevredigen van de eigen lustgevoelens.⁵³

Anders oordeelde evenwel het Hof Leeuwarden in zijn arrest van 19 mei 2004.⁵⁴ In een zaak waarin vaststaat dat de verzekeringnemer/vader gedurende vele jaren ontucht heeft gepleegd met zijn minderjarige dochter, bespreekt het hof allereerst de toepasselijke polisbepalingen en maakt hij vervolgens (in r.o. 5) een opening naar de in meergenoemd Aegon/Van der Linden-arrest aan de rechter geboden mogelijkheid om 'onder omstandigheden uit de gedragingen van de verzekerde af te leiden dat deze het letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.' Vervolgens oordeelt het hof allereerst dat de door de verzekerde dader gevorderde verklaring van recht⁵⁵ niet kan worden uitgesproken, welke overweging gevolgd wordt door een tweetal overwegingen ten overvloede. Met name deze laatste twee overwegingen verdienen in dit kader bespreking. In zijn eerste overweging ten overvloede overweegt het hof dat seksueel misbruik door een ouder van zijn minderjarige kind alleszins geëigend is om ernstige psychische klachten bij het kind te veroorzaken en zulks ook feitelijk pleegt te doen. Het hof grijpt dan terug naar de hiervoor bedoelde in het Aegon/Van der Linden-arrest geboden opening door – er veronderstellenderwijs van uitgaande dat bij de dochter daadwerkelijk psychische klachten bestaan en dat deze inderdaad door het seksueel misbruik zijn ontstaan – te overwegen dat uit de gedragingen van de verzekerde vader (het gedurende een periode van vele jaren meerdere malen seksueel mis-

48 HR 6 november 1998, NJ 1999, 220, m.nt. MMM. In dit arrest werd uitgemaakt dat de verzekeraar die zich beroept op de 'oude' opzetclausule ('niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem/haar het beoogde of zekere gevolg is van zijn/haar handelen of nalaten'), belast wordt met het bewijs dat het opzet van de dader gericht was op het werkelijk ontstane letsel. Door dit arrest is de opzetclausule gewijzigd in die zin dat het opzet niet langer gericht is op het gevolg, maar op de gedraging.

49 Op de eveneens ingevoerde alcoholbepaling en de clausule voor groepsaansprakelijkheid zal ik hier niet ingaan.

50 Verzekeraar had in de procedure bepleit dat de opzet niet ook gekoppeld is aan het

wederrechtelijk karakter van het handelen. Met recht oordeelt de rechtbank dat, gelet op de redactie van de nieuwe polisuitsluiting, de opzet ook op het wederrechtelijk karakter moet zijn gericht: enerzijds vanwege het feit dat de opzetclausule spreekt van 'opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten' en anderzijds omdat de laatste zin van de uitsluiting luidt: 'Aan het opzettelijk karakter van dit wederrechtelijk handelen of nalaten doet niet af...' en niet: 'Aan het opzettelijk karakter van dit handelen of nalaten doet niet af...'. De rechtbank oordeelt de opzetclausule uiteindelijk van toepassing, zodat verzekeraar niet tot uitkering onder de polis over hoeft te gaan.

51 C04/115HR.

52 Gelijktijdig met de invoering van de nieuwe opzetsluiting als noot 48 besproken, is er in het model AVP (Aansprakelijkheid voor Particulieren) 2000 een aparte uitsluiting voor seksuele gedragingen gekomen.

53 Zie o.m. pres. Rb. Arnhem 12 november 2001, KG 2001, 290.

54 NJF 2004, 510.

55 Uit het arrest kan niet worden opgemaakt wat de inhoud van de verklaring voor recht is. Uit de stellingen lijkt af te leiden dat de verzekerde vader vordert te verklaren voor recht, dat er van verzekeringsdekking sprake is.

bruiken van zijn dochter) kan worden afgeleid dat hij zich ervan bewust was, in de zin als in r.o. 5 bedoeld (de Aegon/Van der Linden-norm), dat psychische klachten van zijn dochter het gevolg van zijn handelen zouden zijn. Naar het oordeel van het hof kan hieraan niet afdoen dat op het moment van het seksuele misbruik – hetzij in het algemeen, hetzij subjectief aan de verzekerde vader – mogelijkwerwijs nog niet (exact) bekend was welke psychische klachten hierdoor bij de dochter zouden ontstaan. Voldoende acht het hof dat reeds op dat moment duidelijk was dat het seksuele misbruik psychische klachten teweeg zou (kunnen) brengen en hetgeen de verzekerde vader te dezer zake heeft gesteld is ten enenmale ontoereikend om tot een ander oordeel daaromtrent te komen. Door aldus te oordelen mist het hof dat in de lijn van het Aegon/Van der Linden-arrest de psychische klachten toch in ieder geval het zekere gevolg van verzekerdes handelen hadden moeten zijn.⁵⁶ Het hof oordeelt ten slotte nog meer ten overvloede dat de uitleg als door de verzekerde vader bepleit (dus: dekking van diens aansprakelijkheid onder de polis, NvT) ‘zozeer indruist tegen hetgeen als maatschappelijk wenselijk en moreel aanvaardbaar moet worden beschouwd, dat deze uitleg, zo deze niet reeds om die reden dient te worden verworpen, zou leiden tot een tussen partijen geldende regel, ten aanzien waarvan geoordeeld moet worden dat toepassing daarvan in het licht van de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zodat in elk geval de verzekerde vader geen uitkering onder de polis kan vorderen.’ Hoewel een oordeel over de maatschappelijke wenselijkheid en de mo-

rele aanvaardbaarheid over de dekkingsvraag in een casus als de onderhavige zeker aanspreekt, mag dat niet gebruikt worden ter afwending van de dekking. De verzekeringsovereenkomst immers biedt die opening niet en aan ‘uitleg’ zoals door de vader bepleit en door het hof verworpen wordt niet toegekomen. Voor zover de verzekeraar met zijn verweer dat ‘de verzekering schade wegens het willens en wetens bij herhaling seksueel vergrijpen aan zijn dochter niet bedoelt te dekken’ een beroep wenst te doen op de redelijkheid en billijkheid, is dat strijdig met het ‘Auto in kanaal’-arrest⁵⁷, waarin is uitgemaakt dat wanneer eenmaal is beslist dat de verzekeraar volgens de verzekeringsovereenkomst niet gerechtigd is om een uitkering te weigeren, hij zich op grond van diezelfde feiten niet op de goede trouw (thans: een onaanvaardbare uitkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) kan beroepen om dekking af te houden. Een beroep op de opzetclausule werd eveneens afgewezen in de uitspraak van het Hof Arnhem van 9 december 2003, VR 2004, 119, waarin het jarenlang ontucht plegen met een meisje, dat nog geen 16 jaar is, centraal staat. In deze uitspraak komt het hof, kort weergegeven, tot het oordeel – de juistheid van de veronderstelling van verzekeraar dat het ten tijde van de gepleegde ontucht (over de periode 1982-1989) een feit van algemene bekendheid was dat deze handelingen zouden leiden tot het in feite veroorzaakte letsel, daargelaten – dat de verzekeraar geen beroep op de ‘oude’ opzetclausule toekomt.⁵⁸ Een beroep op de ‘oude’ opzetclausule is eveneens afgewezen (en verzekeraar diende dus de schade van de verzekerde te vergoeden) in het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 2 maart 2005,

JA 2005, 52. De rechtbank oordeelde dat uit de verklaringen van de dader niet kon worden afgeleid dat hij zich ervan bewust is geweest dat het meisje, dat hij gedurende een periode van vijf jaren seksueel heeft misbruikt, daardoor psychische schade kon leiden. Inmiddels is op 6 juli 2005⁵⁹ door de Rechtbank Utrecht vonnis gewezen onder de nieuwe seksuele gedragingen-uitsluiting. In deze zaak was de vraag aan de orde of de verkrachting door de man – tijdens een toen lopende echtscheiding – van de vrouw onder de uitsluitingsclausule viel. Interessant aan dit vonnis is dat de vrouw stelt dat het weigeren van dekking in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat dat tot gevolg heeft dat slachtoffers van zedenmisdrijven veelal met schade blijven zitten die, mede in verband met het onvermogen van de dader, nergens kan worden verhaald.⁶⁰ De rechtbank overweegt op dit punt – kort weergegeven – dat zij begrijpt dat slachtoffers van zedendelicten er belang bij kunnen hebben dat de daders van zedendelicten voor de gevolgen daarvan verzekerd zijn maar daar staat tegenover dat een dergelijke aansprakelijkheid indruist tegen hetgeen als maatschappelijk wenselijk en moreel aanvaardbaar moet worden beschouwd. In algemene zin, zo oordeelt de rechtbank, is de maatschappij er immers bij gebaat dat daders van strafbare feiten zich tegen de gevolgen daarvan niet kunnen verzekeren. Gelet op de expliciete uitsluiting van schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zij/haar seksuele of seksueel getinte gedragingen, wijst de rechtbank de vordering af.

Literatuur

J.H. Wansink, ‘Eigen schuldperikelen in het perspectief van het nieuwe ver-

56 Zie in die zin ook M.J. Tolman in ‘Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden’, *AV&S* 2005, nr. 30, p. 159 e.v.

57 HR 10 december 1976, *NJ* 1978, 114 m.nt. BW.

58 Ik volsta hier met deze korte behandeling omdat de overwegingen die hebben geleid tot genoemd oordeel goeddeels zijn ingegeven door het voorlopige voorzieningskarakter van de uitspraak: het hof oordeelt als appelinstantie in kort geding (in welke procedure verzekeraar is veroordeeld tot betaling van een bedrag ad f 30 000 als voorschot op de schadevergoeding) dat de

informatie in het strafvonnis – de dader is veroordeeld terzake de gepleegde ontucht en in die procedure verminderd ontoerekeningsvatbaar verklaard – weliswaar aanwijzingen in die richting bevatten, maar dat het vonnis verder onvoldoende informatie bevat om te kunnen beoordelen of de dader, zijn stoornis in aanmerking genomen, het aan het meisje toegebrachte letsel daadwerkelijk heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn. Gelet op de aard van het kort geding heeft het hof evenwel geen aanleiding gezien om de rapporten van het Pieter Baan Centrum in

het geding te doen brengen. De ontoerekeningsvatbaarheid van de dader is eveneens van geen belang geoordeeld in de hiervoor door mij besproken uitspraak Hof Den Bosch 13 oktober 2004, *NJF* 2005, 595. Zie ook Hof Arnhem 9 december 2003, VR 2004, 119.

59 Zaak/rolnr. 18 4682 (n.g.).

60 Buiten de strekking van dit overzicht over de opzetclausule is het beroep van de vrouw dat de uitsluitingsclausule nietig is wegens strijd met art. 6 lid 1 van de Mededingingswet. Zie hierover r.o. 4.1 t/m 4.11.

zekeringsrecht', *AV&S* 2004, 12.
M.M.R. van Ardenne-Dick en A. Blom, 'Eigen schuld en opzet in het verzekeringsrecht' in *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, onder redactie van K.F. Haak en F.L. Koot, Kluwer (2004), p. 99-114.
M.J. Tolman, 'Opzetclausule scoort in blessuretijd; een beschouwing over de uitleg van polisvoorwaarden', *AV&S* 2004, 30.
P.J.M. Drion, 'Art. 294 Wetboek van Koophandel', *VA* 2004, p. 65-68.

■ 7. Vervalbeding instellen rechtsvordering

Jurisprudentie

Een veel voorkomend beding is dat waarbij door de verzekeraar bepaald is dat elk recht op schadevergoeding vervalt indien de verzekeringnemer niet binnen een bepaalde periode (veelal: zes maanden of een jaar) een rechtsvordering heeft ingesteld. Met het instellen van een rechtsvordering kan niet worden gelijk gesteld het indienen van een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht. Een procedure ex art. 202 Rv kan immers worden gedaan ofwel vóórdat een geding aanhangig is, dan wel tijdens een reeds aanhangig geding en heeft de strekking om belanghebbenden opheldering te geven over de feiten om hen in staat te stellen hun positie te beoordelen. De vervalltermijn wordt met het indienen van een verzoek dan ook niet veilig gesteld, aldus de Rechtbank Utrecht.⁶¹
In zijn arrest van 14 mei 2004⁶² heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een verzekeraar zich kon beroepen op een door hem gehanteerde

vervalltermijn⁶³ van één jaar, ingeval hij in de brief waarin hij de aanspraak heeft afgewezen, naar die (in de polisvoorwaarden vervatte) vervalltermijn niet heeft verwezen.⁶⁴ De Hoge Raad heeft bij de beantwoording van die vraag andermaal – onder verwijzing naar en onder handhaving van het eerder in het Kroymans/Sun Alliance-arrest⁶⁵ ingenomen standpunt – geoordeeld dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met, onder meer, de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Er bestaat volgens de Hoge Raad grond om voor de inhoud van die rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt van de Raad van Toezicht Verzekeringen. Dit ondanks dat de Raad van Toezicht beoordeelt of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het verzekeringsbedrijf heeft geschaad: het ligt volgens de Hoge Raad in de rede om te oordelen dat de gedraging die uit oogpunt van handhaving van de goede naam van het verzekeringsbedrijf niet kan worden aanvaard, onder dezelfde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid evenmin aanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft daarop, verwijzend naar het (tuchtrechtelijke) standpunt van de Raad, geoordeeld 'dat het beroep dat in die zaak door de verzekeraar jegens de verzekerde werd gedaan op een vervalbeding met een vervalltermijn van zes maanden in de omstandigheden van het geval, waaronder begrepen het feit dat de verzekerde ten tijde waarop die termijn een aanvang nam, door een advocaat werd bijgestaan,

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.' Decasus in de thans voorliggende zaak is 'slechts' anders ten aanzien van de termijn en de rechtsbijstandverlener: sprake was van een vervalltermijn van één jaar, terwijl de verzekerde in dit geval werd bijgestaan door een rechtsbijstandverzekeraar. Onder verwijzing naar het oordeel en de gronden waarop het Kroymans-arrest berustte, in samenhang met het feit dat de Raad van Toezicht blijkens zijn (door de P-G aangehaalde) uitspraken 'ook het beroep door een verzekeraar op een vervalltermijn van één jaar uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het verzekeringsbedrijf niet aanvaardbaar heeft geoordeeld, tenzij de verzekeraar bij zijn afwijzing van de claim van de verzekerde op niet mis te verstane wijze de zojuist bedoelde mededeling heeft gedaan, moet worden aangenomen dat ook een zodanig beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daaraan doet niet af dat de verzekerde zich in het onderhavige geval door haar rechtsbijstandverzekeraar heeft laten bijstaan.'

In de uitspraak is door de Hoge Raad niet verwezen naar art. 7:942 BW. Dat is niet verwonderlijk omdat de uitkomst naar nieuw recht⁶⁶ weliswaar 'gelijk' zal zijn, maar de weg daarnaar toe een andere is: naar nieuw recht immers is het gebruik van vervalbedingen in de polisvoorwaarden niet langer toegestaan, maar gaat de verjaringstermijn (van zes maanden) eerst lopen nadat de verzekeraar bij aangetekende brief zijn afwijzend standpunt⁶⁷ ondubbelzinnig heeft medegedeeld.

61 Aldus Rb. Utrecht, 17 maart 2004, *NJF* 2004/377.

62 *S&S* 2005, 39.

63 Een veel voorkomend beding is dat waarbij door de verzekeraar bepaald is dat elk recht op schadevergoeding vervalt indien de verzekeringnemer niet binnen een bepaalde periode (veelal: zes maanden of een jaar) een rechtsvordering heeft ingesteld. Met het instellen van een rechtsvordering kan niet worden gelijk gesteld het indienen van een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht. Een procedure ex art. 202 Rv kan immers worden gedaan ofwel vóórdat een geding aanhangig is, dan wel tijdens een reeds aanhangig geding en heeft de strekking om belanghebbenden opheldering te geven over de feiten om hen in staat te stellen hun positie te beoordelen. De vervalltermijn wordt met het indienen van een

verzoek dan ook niet veilig gesteld.

64 Het vervalbeding geldt alleen tussen verzekeraar en verzekerde en niet voor een derde(-assurateur). Zie, in een zaak waarin bij samenloop van verzekeringen, de eerst-aangesproken verzekeraar de andere verzekeraar – na ommekomst van de vervalltermijn – aanspreekt: Hof Den Haag 9 september 2003, *PRg.* 2004, 6279.

65 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 583, m.nt. MMM. In dit arrest was een vervalbeding met een termijn van zes maanden in de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden opgenomen, terzake van welk beding de Raad van Toezicht – en in navolging daarvan dus ook de Hoge Raad – heeft geoordeeld dat, ongeacht of de begunstigde door een advocaat werd bijgestaan, een beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomend beding waarin de termijn waarbinnen de begunstigde

zijn recht geldend moet maken, wordt verkort tot zes maanden (voor de RvT: uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het verzekeringsbedrijf) niet kan worden aanvaard indien de verzekeraar niet bij de weigering van betaling op niet mis te verstane wijze heeft medegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt.

66 Zie voor een bespreking van de 'nieuwe' regeling ook hiervoor onder 1. onder het kopje 'een bijzondere wettelijke verjarringsregeling'.

67 De verjaringstermijn gaat eveneens lopen nadat de verzekeraar de aanspraak heeft erkend, zij het dat het dan de verjaringstermijn van drie jaren betreft.

Zie voor toepassing van het hiervoor besproken arrest in de lagere rechtspraak Rechtbank Rotterdam, 17 november 2004, NJF 2005, 41.

Literatuur

E.M. Tjon-En-Fa, 'Verval van recht in de verzekeringsovereenkomst en de rol van de Raad van Toezicht' (bespreking van HR 14 mei 2004, RvdW 2004, 74 [Witte/Alte Leipziger]), NbBW september 2004, nr. 9, p. 133 e.v.

8. Verval van het recht op uitkering bij partieel bedrog

Jurisprudentie

Veel besproken is inmiddels de uitspraak van de Hoge Raad van 3 december 2004.⁶⁸ Al onder het hierboven weergegeven overzicht van belangrijkste wijzigingen die titel 7.17 met zich meebrengt, is de sanctie van geheel verval van het recht op uitkering bij partieel bedrog aan de orde gekomen. De sanctionering van de Hoge Raad past geheel in deze 'straffe' aanpak: in de polisvoorwaarden van de zogenoemde 'alles-onder-één-dak-polis', waaronder mede diefstal verzekerd was, was onder meer de volgende bepaling opgenomen: 'Elk recht op schadevergoeding vervalt als verzekerde bij schade opzettelijk onjuist gegevens verstrekt'. Wanneer verzekeringnemer aangifte doet van diefstal uit haar woning, claimt zij totaal ruim f 10 000 bij haar schadeverzekeraar, van welke schadeclaim deel uitmaakt de diefstal van een Lorus-horloge en een broche. Door de expert wordt tijdens het onderzoek vastgesteld dat verzekeringnemer over de waarde van deze twee voorwerpen onjuiste gegevens had verstrekt: het horloge had geen waarde van f 659, maar van f 59, terwijl de broche geen f 726, maar f 626 waard was. De Hoge

Raad oordeelt dat (a) gelet op de tekst van art. 7:17.1.14 lid 5 (art. 7:941 lid 5 BW, NvT), de toelichting daarop⁶⁹ en het feit dat de Raad van Toezicht zich hierbij heeft aangesloten⁷⁰ en (b) in aanmerking nemend dat er grond bestaat om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt van de Raad van Toezicht, dat ook voor het thans geldende recht moet worden uitgegaan van het bepaalde in art. 7:941 lid 5 BW. Door algeheel verval van schade-uitkering voorop te stellen bij verzekeringsbedrog heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het in oordeel van het hof besloten liggend standpunt dat hij de omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof, niet zodanige oordeelde dat op grond daarvan het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd was, heeft de Hoge Raad niet onjuist geoordeeld. Met deze uitspraak lijkt de door sommigen bepleitte 'harde' lijn bij partieel bedrog te zijn aangehangen⁷¹; het vertrouwensbeginsel weegt hier zwaarder dan de sociale functie van verzekering. Bepalend voor de 'hardheid' blijft evenwel vanzelfsprekend de invulling in concrete gevallen. In de uitspraak waar de Hoge Raad naar verwijst sprak de Raad van Toezicht het volgende uit:

'Een verzekeraar die aldus de sanctie van geheel verval van het recht op uitkering wil invoeren, is gehouden te onderzoeken of de bijzondere omstandigheden van het concrete geval nopen tot het toepassen van een minder vergaande sanctie. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn bij frauduleus handelen dat slechts betrekking heeft op één van de verschillende

*schadevorderingen die de verzekerde onder verschillende rubrieken van de polis heeft ingediend, terwijl de overige schades onder andere rubrieken met inachtneming van strenge eisen van bewijs zijn komen vast te staan. In zoverre handhaaft de Raad zijn eerdere rechtspraak. Ook kan bijvoorbeeld in aanmerking worden genomen de ernst van het bedrog of de betrekkelijk geringe gevolgen ervan en kan worden gedacht aan gevallen waarin een algeheel verval van de uitkeringsplicht ontoelaatbaar hard zou zijn.'*⁷²

In zijn arrest lijkt de Hoge Raad strenger voor de verzekerde daar waar hij overweegt dat 'in 's Hof's oordeel dat geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot een ander oordeel nopen, ligt besloten dat het hof de enkele door (eiseres) in de feitelijke instanties aangevoerde omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof, niet een zodanige bijzondere omstandigheid acht dat op grond daarvan het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd is en dat dit oordeel niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.'⁷³

Het ligt in de verwachting dat ondanks beide hierboven weergegeven uitspraken nog veel jurisprudentie zal volgen over de invulling van de in art. 7:941 lid 5 BW geboden uitzondering. Anders gezegd, het zoeken naar een evenwicht tussen een (al dan niet disproportioneel) zware sanctie en de bescherming van de (vanwege de lage pakkans en diens afhankelijkheid van de opgave van de verzekeringnemer: zwakke) verzekeraar⁷⁴ lijkt nog niet ten einde.

Literatuur

P. van den Broek, 'Algeheel verval van rechten bij partieel verzekeringsbe-

68 NJ 2005, 160, m.nt. MMM. Zie voor besprekingen van dit arrest hierna onder 8 onder het kopje 'literatuur'. Het arrest is onder meer besproken door Kamphuisen in AV&S nr. 1/2005: 'Ook de Hoge Raad aanvaardt verlies van dekking bij bedrog', p. 32 e.v., P. van den Broek, Bb 2005, nr. 15, M.L. Hendrikse, NTHR 2005-1: 'Eindelijk duidelijkheid over de fraudevervalclausule', p. 25 e.v.

69 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 27-28.

70 Zie ook hiervoor onder 2, onder het kopje 'De sanctie van verval van uitkering bij

bedrog'; de uitspraak waar de Hoge Raad naar verwijst is die van 8 april 2002, nr. 2002/11 Br.

71 Een overzicht geeft P. van den Broek, 'Algeheel verval van rechten bij partieel verzekeringsbedrog?', Nieuwsbrief Bb 7 maart 2005, nr. 5, p. 51-55. Zie over het fraudevervalbeding (in algemener zin) ook nog Hof Den Haag van 7 oktober 2003, te kennen uit PRg. 2004, 6196, m.nt. Hendrikse, in welk arrest het hof ten overvloede overweegt dat de opzettelijke onjuiste gegevensverstrekking door verzekeringnemer het recht op uitkering

zou doen vervallen.

72 RvT 8 april 2002, nr. 2002/11 Br.

73 De eerdere omslag bij vier van de vijf gerechtshoven is beschreven door J.H. Wansink in 'Partieel verzekeringsbedrog: het vertrouwensbeginsel herwint terrein', AV&S 2001, p. 67 e.v.

74 Zie voor een rechtseconomische beschouwing van de sanctionering op partieel bedrog het rechtseconomisch bijchrift van M.G. Faure (p. 71-72) bij meergenoemd artikel 'Partieel verzekeringsbedrog: het vertrouwensbeginsel herwint terrein', AV&S 2001, p. 67 e.v. van J.H. Wansink.

drog!?', *Nieuwsbrief Bb* 7 maart 2005, nr. 5, p. 51-55.

Kamphuisen, 'Ook de Hoge Raad aanvaardt verlies van dekking bij bedrog', *AV&S* nr. 1/2005, p. 32-34.

M.L. Hendrikse, 'Eindelijk duidelijkheid over de fraudevervalclausule', *NTHR* 2005-1, p. 25-28.

■ 9. Bewijs bij verwezenlijking risico

Jurisprudentie

Over de afgelopen periode is een aantal uitspraken gedaan over de invulling, respectievelijk de zwaarte van de bewijslast ingeval het risico waartegen de verzekering in beginsel dekking biedt, zich heeft verwezenlijkt. In beginsel zal de verzekerde die een uitkering van zijn verzekeraar vordert, moeten stellen en zo nodig bewijzen dat het risico zich heeft verwezenlijkt. Daarbij zal hij, voorzover het om een schadeverzekering gaat, inzicht dienen te geven in de schade die hij heeft geleden en de omvang daarvan. Zo ook in de hiervoor behandelde zaak voor de Rechtbank Amsterdam⁷⁵, waarin de bewijslast van de waarde, derhalve van de inhoud, van een tijdens een transport ontvreemd pakket aan gouden juwelen, rustte op het verzekerd diamantairbedrijf. De rechtbank oordeelde dat het bewijs is geleverd, met name door een gedetailleerde verklaring van de zaakvoerder van het bedrijf dat de gouden kettingen onder zich had om daar briljanten in te laten zetten. Ondanks de 'stock records clause'⁷⁶ stond het verzekerde vrij om het bestaan en de waarde van de verzekerde voorwerpen met andere middelen aan te tonen.

Een zaak waarin niet de waarde van de zaak, maar het evenement zelf (de diefstal) ter discussie stond, is die van de Hoge Raad van 11 maart 2003.⁷⁷

Het arrest bestendigt vaste rechtspraak dat het in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om diefstal van een geparkeerde auto, geen al te zware eisen mogen worden gesteld. In een dergelijk geval zal de verzekerde kunnen volstaan met het leveren van bewijs van feiten en/of omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat de gestelde diefstal heeft plaatsgevonden.⁷⁸ Afhankelijk van hetgeen door de verzekerde aangaande de toedracht van de diefstal is gesteld en van hetgeen de verzekeraar ter betwisting daarvan heeft aangevoerd, kan onder omstandigheden enkel de aangifte van diefstal in een door de politie opgemaakt proces-verbaal als voldoende bewijs worden aanvaard. Wat in de onderhavige zaak nog een rol speelde was dat de verzekeringnemer haar auto ten tijde van de diefstal had uitgeleend aan haar broer, die een aanzienlijk strafblad had. De Hoge Raad oordeelde op dit punt dat de omstandigheid dat degene die de auto ten tijde van de gestelde diefstal onder zich had een substantieel en relevant strafrechtelijk verleden heeft, het voorgaande op zichzelf niet anders maakt, zij het dat in een dergelijk geval gerede aanleiding zal kunnen bestaan het bewijs van de diefstal niet geleverd te achten zonder de betrokkene als getuige te horen.

In de onderhavige zaak heeft de broer met het strafblad ten overstaan van de politie en van de expert een verklaring afgelegd. Aan deze verklaring heeft het hof in feit het bewijs van de gestelde diefstal ontleend. De Hoge Raad overweegt op dit punt dat het hof daarmee geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt van het niet stellen van te zware eisen), maar, zo overweegt hij tevens, het hof had hetgeen verzeke-

raar, noodzakelijkerwijs weinig concreet, tegen dat relaas heeft ingebracht, niet zonder motivering voorbij mogen laten gaan.⁷⁹

■ 10. Premiebetaling: titel 7.17 ook hier al geldend recht

Jurisprudentie

Naar de bepalingen in titel 7.17 kan de verzekeraar ingeval van te late betaling van de premie de verzekeringsovereenkomst of de dekking eerst beëindigen of schorsen nadat de schuldenaar na de vervaldag is aangemaand tot betaling met daarbij een duidelijke waarschuwing voor de gevolgen van de te late betaling. Aldus art. 7:934 BW. In zijn uitspraak van 8 januari 2004⁸⁰ heeft het Hof Amsterdam deze regeling, die gebaseerd is op uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen, reeds als geldend recht aangemerkt.

IV. Literatuur overige onderwerpen

P.J.M. Drion, J.H. Wansink, H.Th. Vos, B.K.M. Lauwerier (red.), *Tussen persoon en recht, opstellen aangeboden aan J.G.C. Kamphuisen*, Deventer: Kluwer BV (2004).

E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering* (diss.), Deventer: Kluwer BV (2004).

J.G.C. Kamphuisen en J.H. Wansink (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht be- licht*, Kluwer: Deventer 2005.

M.J. Tolman, 'Keuzevrijheid in het zaakschaderecht', *AV&S* juni 2005, nr. 3, p. 93 e.v.

N. van Tiggele-van der Velde

universitair docent verzekeringsrecht, verbonden aan het Verzekeringsinstituut, Erasmus Universiteit Rotterdam

75 *S&S* 2004, 128.

76 Zie over de uitleg van deze bepaling hiervoor onder '5. uitleg polis' onder het kopje 'Betekenis van eigen gebruiken in de verzekerde handel, warranty in de zin van

6:22 BW?'.

77 *NJ* 2004, 568, m.nt. MMM.

78 Zulks in lijn met HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 141.

79 Navraag ten tijde van het opstellen van

deze kroniek leert dat de zaak, waarin de cascoschade door de verzekeraar uitgekeerd was, ondanks verwijzing (naar Hof Den Haag), daar niet aangebracht is.

80 *NJF* 2004, 298.

Nr. 84

Het startpunt van de subjectieve verjaringstermijn bij een vordering uit onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad, HR 10 december 2004, C03/254, JWB 2004, 448.*¹

1. Inleiding

Het is een oud beginsel: *ut sit finis litium*. De dreiging van een rechtsvordering ten aanzien van feiten uit een verleden, moet op een gegeven moment ten einde komen. De debiteur moet er na verloop van tijd op kunnen vertrouwen dat een crediteur zich niet meer bij hem meldt, vooral omdat het door het verstrijken der jaren steeds moeilijker wordt zich te verdedigen tegen claims. De belangrijkste ratio voor het verjaringsinstituut is hiermee de rechtszekerheid.²

De laatste jaren wordt flink geprocedeerd en gedelibereerd over het Nederlandse verjaringsregime. Dat regime laat een divers beeld zien: de verjaringsregeling is afhankelijk van de actie (bijvoorbeeld nakoming, schadevergoeding of onverschuldigde betaling) die wordt ingesteld. Vooral de verjaringstermijn bij acties ter vergoeding van letselschade was de laatste tijd vaak onderwerp van discussie. In antwoord hierop heeft de wetgever de lange verjaringstermijn voor letselschade-claims afgeschaft³ en heeft de Hoge Raad bepaald dat de korte termijn pas begint te lopen zodra de benadeelde 'daadwerkelijk in staat is' een rechtsvordering in te dienen.⁴ Onlangs deed de Hoge Raad uitspraak over het aanvangstijdstip van

de verjaringstermijn bij zowel een schadevergoedingsactie uit hoofde van onrechtmatige daad, als een actie op grond van onverschuldigde betaling. De uitspraak is niet heel opzienbarend, maar laat zien dat het verjaringsregime voor beide acties niet veel verschilt, ondanks het feit dat het Burgerlijk Wetboek hier verschillende artikelen aan wijdt. Dit sluit aan bij de verjaringsregeling in het nieuwe deel van de *Principles of European Contract Law* (hierna: PECL), waarin een uniform verjaringsregime wordt voorgesteld: als helder uitgangspunt geldt één verjaringstermijn met één aanvangspunt, waar slechts voor letselschade een kleine uitzondering op wordt gemaakt. Dat is voor mij de reden om de uitspraak tegen het licht te houden en te confronteren met de regeling in de PECL: is het versnipperde systeem in Nederland wel nodig?

2. De aanloop tot het geschil

De feiten die aanleiding gaven tot het geschil zijn niet helemaal helder. Zeker is wel dat op 5 januari 1995 de echtgenoot van mevrouw X is overleden. Buiten twijfel staat ook dat ruim drie weken later (op 31 januari) een bedrag van bijna €10 000 van de rekening van de overledene wordt overgeboekt naar de en/of-rekening van de moeder en broer van X. Hoe dit gebeurt en waarom is echter in nevelen gehuld. Wel blijkt in het verloop van de procedure dat de familieverhouding complex is. Behalve de broer is het gehele gezin zwak begaafd. X is bovendien psychiatrisch patiënt. In 1998 doet X jegens haar broer aangifte bij de politie wegens malversaties, wier herkomst en inhoud in de civiele procesgang niet nader worden toegelicht. Kort nadien overlijdt de moeder van X.

Op 19 september 2001 sommeert X haar broer om rekening en verantwoording af te leggen over het beheer van de en/of-rekening. Hierbij is X gesommeerd om het bedrag van €10 000 dat in januari 1995 was overgeboekt, terug te storten. Op 12 november 2001 dagvaardt X haar broer

en vordert zij de betaling van het bedrag ad €10 000. Zij voert aan dat haar broer dit bedrag indertijd (al dan niet met een volmacht) heeft opgehaald en gestort op zijn en/of-rekening. De toe-eigening van dit bedrag is volgens X echter een verduistering, althans een handeling in strijd met hetgeen jegens haar betaamde, althans onverschuldigde betaling van haar broer jegens haar. Haar broer stelt zich op het standpunt dat voor zover X jegens hem een vorderingsrecht zou hebben, dit vorderingsrecht is verjaard. Bovendien moest de betaling van het bedrag worden aangemerkt als het inlossen van een natuurlijke verbintenis, wegens jarenlange hulp en verzorging van haar en haar echtgenoot. De procedure spitst zich toe op de verjaringskwestie. De vraag naar de grondslag van de vordering (onrechtmatige daad en/of onverschuldigde betaling) is in alle instanties naar de achtergrond verdrongen.

3. Rechtbank en hof

De rechtbank wijst de vordering af, omdat deze verjaard is: vanaf februari 1995 wist X dat het gehele bedrag door haar broer zonder toestemming van haar rekening was afgeschreven en zonder enige rechtsgrond was gestort op de en/of-rekening. Pas op 19 september 2001 heeft zij haar broer tot terugbetaling aangespoord.

Het Hof Arnhem bevestigt de uitspraak en stelt vast dat X enkele dagen na 31 januari 1995 bekend is geworden met de overboeking en de persoon aan wie de overboeking is verricht. Immers, op het door haar ontvangen dagafschrift van haar girorekening was vermeld dat op 31 januari 1995 het bedrag was overgeschreven naar de girorekening van haar broer (althans de en/of-rekening). Bovendien heeft zij zelf in de dagvaarding gesteld dat zij ermee bekend was dat haar broer het bedrag bij de bank had opgenomen en dat het geld was terechtgekomen op de en/of-rekening. De verjaringstermijn van een vordering uit zowel onverschuldigde betaling als een vordering tot schadevergoeding

* Citeerwijze: H. Schelhaas, 'Het startpunt van de subjectieve verjaringstermijn bij een vordering uit onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad, HR 10 december 2004, C03/254, JWB 2004, 448',

NTBR, 84.

1 Met dank aan Hugo van Kooten voor kritisch commentaar op een eerdere versie van deze noot.

2 Zie o.m. Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 653.

3 Zie het nieuwe lid 5 bij art. 3:310 BW.

4 Onder meer HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169 (Saelman/VU): zie voorts hieronder, par. 5.

begint te lopen op het moment dat de schuldeiser zowel met het bestaan van de vordering als met de persoon van de ontvanger danwel aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dat was enkele dagen ná 31 januari 1995. Omdat zij haar vordering pas in september 2001 kenbaar heeft gemaakt, is de vordering volgens het hof verjaard. De stelling van X dat zij heeft beoogd het geld te 'parkeren' op de en/of-rekening, is naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd: niet is gebleken met wie en wanneer zij deze afspraak zou hebben gemaakt.

■ 4. De Hoge Raad

X gaat in cassatie. In de eerste plaats betoogt zij dat het hof is uitgegaan van een te beperkte lezing van haar stellingen met betrekking tot het 'parkeren' van de geldsom op de en/of-rekening. Het hof ging ervan uit dat hiervan pas sprake was indien er een 'afpraak' was om het bedrag op de en/of-rekening te plaatsen. De Hoge Raad volgt A-G Hartkamp en oordeelt dat louter de subjectieve perceptie van X van belang is (r.o. 3.3.1):

'De gedingstukken laten (...) geen andere uitleg toe dan dat [X] zich niet alleen heeft beroepen op een afspraak als door het hof bedoeld, maar dat zij daarnaast ook heeft gesteld dat het geld ten titel van beheer of bewaargeving en in elk geval zonder haar intentie om haar aanspraken op het geld prijs te geven, is overgemaakt naar de en/of-rekening van [haar broer] en [moeder]. Het beheren of bewaren van anderens geld zal weliswaar in de regel op een afspraak berusten, maar het betreft hier in die zin geen normaal geval dat het gaat om (i) een familieoverhouding, (ii) waarbij, zoals [de broer van X] heeft gesteld, het gehele gezin (behalve zichzelf) 'ten minste zwak begaafd' was en [X] psychiatrisch patiënte, en (iii) laatstgenoemde ten tijde van de overboeking net haar echtgenoot had verloren.'

Het tweede argument van X komt erop neer dat voor de aanvang van de verjaringstermijn van de vordering uit

onverschuldigde betaling en van de schadevergoedingvordering (slechts) van belang is hetgeen X heeft beoogd, en niet of er al dan niet een daadwerkelijke 'parkeer-afpraak' tot stand is gekomen. In de visie van X betekent de omstandigheid dat zij beoogde het geld te parkeren, dat zij nog niet in staat was een rechtsvordering in te stellen: zij dacht immers dat er een rechtsgrond voor de overboeking bestond. Daarom zou de verjaringstermijn nog niet behoren te lopen. In navolging van A-G Hartkamp oordeelt de Hoge Raad dat ook deze klacht slaagt.⁵ De Hoge Raad neemt in overweging dat X meende dat het bedrag op de en/of-rekening was geparkeerd en dat zij haar vordering tot teruggave geldend wilde maken in het kader van de afwikkeling van de erfenis van haar moeder. De Hoge Raad vervolgt (r.o. 3.3.2):

'Tegen deze achtergrond is het oordeel van het hof dat de bekendheid van [X] met de overboeking impliceerde dat zij bekend was met de vordering uit onverschuldigde betaling, onbegrijpelijk. In de optiek van [X] bestond immers ten tijde van de overboeking wel een rechtsgrond daarvoor, nu zij beheer van het geld via de en/of-rekening beoogde.'

Ook ten aanzien van de schadevergoedingsactie uit hoofde van onrechtmatige daad heeft X het recht aan haar zijde (r.o. 3.3.2):

'Voor de aanvang van de verjaringstermijn van de schadevergoeding is (...) van belang op welk moment [X] bekend is geworden met het feit dat [haar broer] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. [X] heeft gesteld dat zij pas in 2001 ermee bekend is geworden dat [haar broer] zich het bedrag heeft toegeëigend door het van de en/of-rekening af te halen. Het oordeel van het hof dat voor het bepalen van de aanvang van de verjaringstermijn uitgegaan moet worden van de bekendheid van [X] met de overboeking in januari 1995 is derhalve onbegrijpelijk.'

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst door naar het Hof Leeuwarden.

■ 5. Verjaring

5.1. Subjectieve korte verjaringstermijn

Om het arrest goed te kunnen duiden, moet nader op de verjaringsregels worden ingegaan. Zoals eerder opgemerkt, wordt het Nederlandse verjaringsregime gekenmerkt door een divers regime. De tekst van art. 3:306 BW doet weliswaar het bestaan van één centrale verjaringstermijn vermoeden ('Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren'), maar in de hierop volgende artikelen en in specifieke bepalingen in Boek 1, 6, 7 en 8 BW worden talrijke uitzonderingen gemaakt. Van een algemene verjaringsregel is zodoende geen sprake: zowel de termijn als diens aanvangsmoment verschilt per soort vordering.⁶

In de meeste gevallen bestaan twee verjaringstermijnen. Om te beginnen een subjectieve korte termijn van doorgaans vijf jaar die begint te lopen op het moment dat de eiser zich bewust is van een bepaalde omstandigheid (bijvoorbeeld het bestaan van schade). Dit is een subjectieve termijn, waarvan het startpunt louter afhankelijk is van de feitelijke kennis van de specifieke schuldeiser. Omdat het lang kan duren eer een schuldeiser daadwerkelijk wist dat een bepaald feit zich voordeed, is aan de subjectieve verjaringstermijn doorgaans een zogenaamde objectieve lange termijn gekoppeld. Deze termijn belooft meestal twintig jaar, en start op een objectief bepaalbaar tijdstip, zoals de opeisbaarheid van schade. Op deze wijze verjaart een vordering in ieder geval na twintig jaar, onafhankelijk van de subjectieve kennis van een schuldeiser. Alleen in het geval van letselschade bestaat geen objectieve lange verjaringstermijn (art. 3:310 lid 5 BW).

In de onderhavige uitspraak stond slechts de korte subjectieve verja-

5 Ten aanzien van de vraag wanneer X bekend was met de onverschuldigde betaling, meent de A-G dat de bekendheid met de overschrijving niet impliceerde dat zij ook bekend was met de onverschuldigde betaling. Voor de aanvang van deze verjaringstermijn is van belang wanneer X

bekend is geworden met het feit dat haar broer onrechtmatig heeft behandeld. Want pas op dat moment was zij daadwerkelijk in staat een rechtsvordering in te stellen.

6 Voor een overzicht van de belangrijkste termijnen o.m. Asser-Hartkamp 4-I (2004),

nr. 666 en 667; J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst et al. (ed.), *Termijnen, BWKJ* 20, Deventer: Kluwer 2004, p. 21.

ringstermijn van vijf jaar ter discussie, bij respectievelijk een vordering uit onverschuldigde betaling en een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad. De wet behandelt beide vorderingen separaat (art. 3:309 en 310 BW). Omdat in deze zaak niet vaststond om welk soort vordering het ging en de Hoge Raad op beide mogelijkheden ingaat, doe ik dat ook. Eerst analyseer ik de veelbesproken regeling voor schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad en vervolgens vorderingen die uit een actie uit onverschuldigde betaling voortvloeien.

■ 5.2. De schadevergoedingsactie

Volgens art. 3:310 lid 1 BW verjaart een schadevergoedingsvordering 'door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden'. Het artikel creëert ten aanzien van deze subjectieve verjaringstermijn op twee punten onduidelijkheid.

In de eerste plaats was enige tijd onduidelijk of het ging om objectieve (wat was 'redelijkerwijze' bekend bij de benadeelde?) of om subjectieve bekendheid (in welk geval het gaat om de kennis van deze bepaalde benadeelde). In het arrest Vellekoop/Wilton Feijenoord⁷ uit 2001 stelde de Hoge Raad buiten twiifel dat:

'(...) het criterium 'bekend is geworden' subjectief moet worden opgevat. Het komt er dus op aan dat degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en zonedig bewijst dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijke personen.'

In BASF/Rensink⁸ werd dit herhaald: het gaat om de daadwerkelijke bekendheid⁹ met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon.

Toegesplitst op het daar ter toetsing staande geval (werknemer had gezondheidsklachten, opperde bij zijn arts dat dit wellicht met zijn werk te maken had, maar deze achtte dat onaanneemelijk) overwoog de Hoge Raad dat zulks betekent dat met voldoende mate van zekerheid moet zijn vastgesteld waardoor de klachten zijn ontstaan. Dat is normaliter pas het geval indien de oorzaak door deskundige artsen is gediagnosticeerd.

In de tweede plaats is niet helder wat precies bekend moet zijn bij de benadeelde voordat de verjaringstermijn begint te lopen. Het gaat niet alleen om bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon, zo maakte de Hoge Raad duidelijk in het Saelman/AZ VU-arrest.¹⁰ In deze zaak vernamen de ouders van een gehandicapt ter wereld gekomen kind pas zeven jaar na de geboorte dat de handicaps niet een natuurlijke oorzaak hadden, maar door een medische fout waren ontstaan. Het ziekenhuis beriep zich op verjaring, omdat de ouders bij de geboorte van het kind reeds op de hoogte waren van de schade (bestaande uit de handicaps) en de eventueel aansprakelijke personen, als sprake zou zijn geweest van een onrechtmatige handeling. Gemeten vanaf dat moment zou de vordering volgens het ziekenhuis verjaard zijn. De Hoge Raad oordeelde anders en betrok de billijkheid nadrukkelijk in zijn oordeel: de korte subjectieve verjaringstermijn is ook op billijkheidsmotieven gestoeld en begint pas te lopen op de dag ná die waarop de benadeelde 'daadwerkelijk in staat is' een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen. In het ter toetsing staande geval was dat het moment dat duidelijk werd dat de medische fout de oorzaak was van het letsel van het kind. Op dat moment waren de ouders pas daadwerkelijk in staat een rechtsvordering in te stellen. Kan de benadeelde dan blijven stilzitten als hij niet zeker weet

of hij een rechtsvordering heeft, ook al vermoedt hij bijvoorbeeld dat een bepaalde persoon onrechtmatig tegen hem heeft gehandeld? Smeehuijzen en Hartlief ontkennen dit en betogen dat in dit kader op de benadeelde soms een zekere onderzoeksplicht rust. Hartlief stelt dat zodra de benadeelde weet dat hij *mogelijkerwijs* een vorderingsrecht heeft, van hem een actief optreden in de vorm van het doen van een nader juridisch onderzoek kan worden gevergd. Zodra de benadeelde voldoende reden heeft om werk te maken van een vordering tegen de dader zou de verjaringstermijn gaan lopen: dan kan reeds gesproken worden van het 'daadwerkelijk in staat zijn'.¹¹ Smeehuijzen meent in dit verband dat het er in wezen om gaat of van de benadeelde 'redelijkerwijze' verwacht mocht worden dat hij tot juridische actie kwam.¹² Dit vloeit volgens hem voort uit het feit dat de korte verjaringstermijn als een soort rechtsverwerking moet worden gezien: verjaring is slechts gerechtvaardigd indien het aan de benadeelde is te wijten dat hij geen actie onderneemt. De termijn behoort daarom pas te lopen op het moment dat de benadeelde in staat is zijn recht geldend te maken. Pas daarna kan hem een verwijt van inactiviteit worden gemaakt.¹³ Ofwel, de korte verjaringstermijn uit art. 3:310 BW start op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen. Uit de arresten BASF/Rensink en Saelman/AZ VU blijkt dat hiervoor nodig kan zijn dat er voldoende duidelijkheid is over de oorzaak van de schade en/of over het feit dat er überhaupt sprake was van onrechtmatig handelen.¹⁴ De onderhavige uitspraak beweegt zich in deze lijn. Ook hier benadrukt de Hoge Raad dat een subjectief criterium moet worden toegepast. En net als in het Saelman-arrest start de verjaringstermijn op het moment dat de

7 HR 6 april 2001, NJ 2002, 383, waarover J.L.H. Holthuijsen, 'De aanvang van de subjectieve verjaringstermijn', NTBR 2002/6, p. 258 e.v.

8 HR 24 januari 2003, NJ 2003, 300.

9 Zie nog wel het meer geobjectiveerde criterium in art. 6:191 BW voor verjaring bij productaansprakelijkheid.

10 HR 31 oktober 2003, RvdW 2003, 169 (Saelman/VU). Dit is herhaald in HR 20 fe-

bruari 2004, RvdW 2004, 37. Nader over dit arrest o.m. de noot van T. Hartlief in AA 2004/4, p. 266 e.v. en J.L. Smeehuijzen, 'De relatieve verjaringstermijn na het Saelman-arrest', WPNR 6572 (2004), p. 251 e.v.

11 T. Hartlief in zijn noot bij het Saelman-arrest, AA 2004/4, p. 273.

12 J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst et al. (ed.), Termijnen,

BWKJ 20, Deventer: Kluwer 2004, p. 21.

13 J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn', WPNR 2003/6549 en 6550, p. 759 e.v. en p. 781 e.v. en J.L. Smeehuijzen, 'De relatieve verjaringstermijn na het Saelman-arrest', WPNR 6572 (2004), p. 251 e.v. Zie voorts de noot van Hartlief bij het Saelman-arrest, AA 2004/4, p. 266 e.v.

14 Zo ook Hartlief, AA 2004/4, p. 271.

fout of onrechtmatige daad bekend was en het X duidelijk was dat geen sprake (meer) was van inbewaarneming van het geld. In wezen is dus ook hier het moment beslissend dat de benadeelde in staat was een vordering in te stellen. In ieder geval was het enkele feit dat X bekend was met de overboeking onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat zij dús op dat moment wist dat haar broer zich het geld valselijk had toegeëigend. Daarom was de maatstaf van het hof inderdaad onbegrijpelijk.

■ 5.3. Onverschuldigde betaling

Een tweede mogelijke grondslag van X was de vordering uit onverschuldigde betaling. De verjaringstermijn en het aanvangsmoment is in een ander artikel, namelijk art. 3:309 BW, gehuisvest. Volgens dit artikel verjaart een vordering uit onverschuldigde betaling door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van de vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden, en in ieder geval twintig jaar nadat de vordering is ontstaan.

De bewoordingen van deze bepaling geven aanleiding tot gelijklopende kwesties als die bij art. 3:310 BW hebben gespeeld en nog spelen: gaat het hier om een subjectieve of objectieve termijn en wanneer neemt de verjaringstermijn dan een aanvang? De termijn van art. 3:309 BW start niet op het moment dat de vordering in rechte is vastgesteld, maar later: volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is het aanvangsmoment van de verjaringstermijn de dag waarop de schuldeiser wist dat de betaling zonder rechtsgrond is verricht.¹⁵ Op de dag waarop de betaler met het bestaan van zijn vordering bekend is geworden begint de verjaringstermijn dus te lopen.¹⁶ Hijma meent dat dit zal neerkomen '(...) op de dag waarop bij de betaler (al dan niet na overleg met een juridisch adviseur) de gedachte

heeft postgevat dat een terugvorderingsactie een goede kans zou maken.'¹⁷ Ofwel, het criterium 'bekend geworden' moet subjectief worden opgevat, net als het criterium in art. 3:310 BW. Dat leidt ertoe dat de verjaringstermijn substantieel later kan aanvangen, dan het moment dat de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling feitelijk ontstaat. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld genoemd van de persoon die op basis van een nietige overeenkomst heeft betaald, maar pas (bijvoorbeeld vijf jaar) later kennis heeft genomen van de nietigheid.¹⁸ Hier is de betaling weliswaar direct opvorderbaar (want op basis van een niet-bestaande verbintenis geschied), maar pas vijf jaar later start de verjaringstermijn.

Ook in de onderhavige zaak is het oordeel van de Hoge Raad in lijn met de bestaande rechtspraak. Want het is niet relevant wanneer de vordering uit onverschuldigde betaling bestond (bijvoorbeeld op het moment van de overboeking). De termijn begint daarentegen te lopen op het moment dat deze betaler subjectief op de hoogte was van het feit dat hetgeen zij betaalde, onverschuldigd was. En omdat X aangaf er aanvankelijk vanuit te gaan dat er een rechtsgrond bestond voor de overboeking, namelijk het beheer van geld via de en/of-rekening, was het oordeel van het hof te kort door de bocht: het feit dat X bekend was met de overboeking betekent niet automatisch dat zij op de hoogte was van de vordering tot onverschuldigde betaling.

■ 5.4. Eén maatstaf

Op zichzelf zijn de overwegingen van de Hoge Raad dus niet vernieuwend. Wel wordt onderstreept dat de maatstaf uit art. 3:309 BW niet veel verschilt van die uit art. 3:310 BW. Voor het aanvangsmoment van de korte subjectieve verjaringstermijn is het in beide gevallen beslissend dat de benadeelde met het bestaan van zijn

vorderingen bekend is geworden. In beide gevallen kan pas dan worden verwacht dat een actie wordt ingesteld. Deze uniforme regeling is terecht en in lijn met de parlementaire geschiedenis.¹⁹ Er kan immers samenloop bestaan tussen een vordering uit onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad: de onderhavige uitspraak laat zien dat beide vorderingen op basis van hetzelfde feitencomplex kunnen worden ingesteld. Er bestaan geen goede redenen om een ander aanvangsmoment van de subjectieve verjaringstermijn te hanteren. De vraag die overblijft, is waarom de wet dan twee verschillende artikelen heeft ingeruimd voor in essentie dezelfde materie.

■ 6. De uniforme regeling in de Principles of European Contract Law

Dat het ook anders kan dan in Nederland, laat de verjaringsregeling in het laatste (derde) deel van de *Principles of European Contract Law* (PECL) zien.²⁰ Hoewel de PECL van oorsprong louter was gericht op contractuele vorderingen, is het gezichtsveld nu expliciet verbreed naar het verbintenissenrecht in het algemeen.²¹ De regels over verjaring zijn daarom van toepassing

*'(...) to claims of all kinds, including rights to performance under a contract and rights to damages for non-performance of a contract or for harm caused in a non-contractual situation.'*²²

Vele van de gebruikte voorbeelden in het officiële commentaar bij de PECL-bepalingen hebben dan ook een delictuele basis. Het is daarom gerechtvaardigd om de verjaringsregeling in de PECL af te zetten tegen het regime in Nederland.

De PECL kent slechts één uniforme verjaringstermijn van drie jaar, voor elk type vordering (art. 14:201 PECL).²³ Volgens de opstellers van de PECL is dit in lijn met een internatio-

15 Zie o.m. HR 17 november 2000, NJ 2001, 580 m.nt. JH.

16 Zie ook HR 28 november 2003, NJ 2004, 268.

17 Zie zijn noot bij HR 17 november 2000, NJ 2001, onder nr. 8.

18 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 922.

19 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 922.

20 De PECL is uitgebreid met regels over *Plurality of Parties* (hfdst. 10), *Assignment of claims* (hfdst. 11), *Transfer of contract* (hfdst. 12), *Set-off* (hfdst. 13), *Prescription* (hfdst. 14), *Illegality* (hfdst. 15), *Conditions* (hfdst. 16), *Capitalisation of Interest* (hfdst. 17).

21 O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann, *Principles of European Contract Law –*

Part III, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2003, p. xviii.

22 Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, a.w., p. xxviii en zie voorts p. 158 en 159.

23 Art. 14:201 PECL: *The general period of prescription is three years.*

nale trend naar het verkorten en uniformeren van verjaringstermijnen.²⁴ Ook het startmoment is in beginsel eenvormig: de verjaringstermijn begint te lopen op het moment van opeisbaarheid van de vordering. Slechts voor een schadevergoedingsvordering bestaat een uitzondering want hier begint de termijn te lopen op het moment dat de onrechtmatige daad of de niet-nakoming plaatsvond (art. 14:203 PECL). Het criterium van de opeisbaarheid van de vordering lijkt te duiden op een *puur* objectief criterium, waarbij de (redelijke) kennis van bijvoorbeeld de schade geen rol speelt. Dat is echter onjuist, want de verjaringstermijn (voor elk soort vordering) stopt namelijk²⁵ zolang de crediteur niet redelijkerwijze op de hoogte was van de identiteit van de debiteur óf van de feiten die aanleiding geven tot de vordering, inclusief de soort schade (art. 14:301 PECL).²⁶ Hoewel de precieze vorm afwijkt (in Nederland is de subjectieve kennis van de benadeelde beslissend voor het *aanvangsmoment*, terwijl de PECL kiest voor *suspension*, ofwel de verjaringstermijn stopt tijdelijk), is de achterliggende idee hetzelfde, want volgens de opstellers van de PECL is verjaring

*'(...) justifiable only if the creditor has previously had a fair chance of pursuing the claim.'*²⁷

De benadeelde moet dus een redelijke mogelijkheid hebben gehad om een rechtsvordering in te stellen. De regeling in de PECL geeft aanleiding tot twee opmerkingen. In de eerste plaats werkt de PECL met een meer geobjectiveerd kennisniveau van de benadeelde dan in Nederland: de benadeelde moet *redelijkerwijs* bekend zijn met de aansprakelijke persoon of andere feiten. Dit betekent dat op de benadeelde een zekere onderzoeksplicht rust. In Nederland gaat

het daarentegen om een subjectief criterium en is de subjectieve kennis van deze benadeelde maatgevend. Vervolgens gaat het er in Nederland om of de benadeelde 'daadwerkelijk in staat is' een rechtsvordering in te stellen. Zulks blijft een subjectievere maatstaf dan hetgeen onder de PECL geldt. Ten aanzien van dit verschil past echter enige nuancering. Om te beginnen is de subjectieve kennis van een persoon nooit echt kenbaar. De Nederlandse rechter zal dit natuurlijk afleiden uit feiten en omstandigheden, hetgeen altijd enige objectivering met zich brengt.²⁸ Bovendien pleiten Hartlief en Smeehuijzen ervoor²⁹ dat bij de vraag of de benadeelde 'daadwerkelijk in staat' was om een rechtsvordering in te stellen, soms van de benadeelde enig onderzoek mag worden verwacht. Laat hij dit na, dan begint de verjaringstermijn toch te lopen. Ook dit betekent enige objectivering. Toch is dit wel wat anders dan het geobjectiveerde bekendheidscriterium uit de PECL, omdat op de benadeelde volgens beide auteurs pas een onderzoeksplicht rust zodra de benadeelde subjectief weet dat hij een vorderingsrecht kan hebben. Om met de woorden van Hartlief te spreken:

*'Hij weet op zeker moment dat hij (...) mogelijkerwijs een vorderingsrecht heeft. Vanaf dat moment kan van de benadeelde actief optreden, bijvoorbeeld in de vorm van een nader juridisch onderzoek, worden verlangd.'*³⁰

Ofwel, in de visie van Hartlief is pas sprake van een zekere objectivering zodra vaststaat dat de benadeelde subjectief van zoveel feiten op de hoogte is, dat hij mogelijkerwijs een vorderingsrecht heeft. In de tweede plaats is de 'fair chance of pursuing a claim' in de PECL niet alleen belangrijk voor schadevergoedingsacties, maar voor alle vorderingen. Elke verjaringstermijn stopt

zolang de benadeelde niet redelijkerwijze op de hoogte was van de identiteit van de benadeelde, of de feiten die aanleiding gaven voor zijn vordering. Dat lijkt een redelijke gedachte, omdat de korte verjaringstermijn inderdaad pas een aanvang zou moeten nemen indien de benadeelde in staat is een rechtsvordering in te stellen. Bovendien heeft een uniforme regeling als voordeel dat het niet nodig is om, zoals in Nederland, eerst te beoordelen wel artikel van toepassing is op de rechtsvordering. Ofschoon ik een voorkeur heb voor het subjectievere bekendheidscriterium uit het Nederlandse recht omdat dit lastige en onzekere kwesties naar een onderzoeksplicht van de benadeelde overbodig maakt, heeft de uniforme regeling in de PECL dus voordelen.³¹ Het schept helderheid en voorkomt discussies over het toepasselijke regime.

7. Conclusie

De Hoge Raad heeft eens te meer duidelijk gemaakt dat de korte verjaringstermijn bij een schadevergoedingsvordering uit hoofde van onrechtmatige daad, en een vordering op basis van onverschuldigde betaling, start op het moment waarop de benadeelde op de hoogte was van de onrechtmatigheid en de vordering tot onverschuldigde betaling. Dat past in de lijn met het oordeel van de Hoge Raad in Saelman/AZ VU dat de benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn een rechtsvordering in te stellen. Smeehuijzen heeft al eerder betoogd dat dit criterium dienst moet doen ter bepaling van het aanvangsmoment van alle korte verjaringstermijnen omdat het verlies van rechten alleen gerechtvaardigd is indien dit aan het nalatige stilzitten van de benadeelde is te wijten. Dit argument geldt natuurlijk pas indien van hem redelijkerwijze juridische actie had mogen worden verwacht.³² De regeling in de PECL laat zien dat een uniforme verjarings-

24 Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, a.w., p. 164. Zie voorts E.H. Hondius, General Report, in: E. Hondius (ed.), *Extinctive Prescription – On the Limitation of Actions*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International: 1995, p. 7 en 20; R. Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge: Cambridge University Press: 2002, p. 86 e.v.

25 Met een maximum van tien jaar, of in geval

van 'claims for personal injuries' dertig jaar: art. 14:307 PECL.

26 Art. 14:301 PECL: *'The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably know of: a) the identity of the debtor; or b) the facts giving rise to the claim including, in the case of a right to damages, the type of damage.'*

27 Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, a.w., p. 175.

28 Zie in deze zin Hartlief, AA 2004/4, p. 273.

29 Zie hierboven onder par. 5.2.

30 Hartlief, AA 2004/4, p. 273.

31 Volgens Zimmermann (2002), p. 79-81 is een uniform verjaringsregime een internationale trend.

32 J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst et al. (ed.), *Termijnen*, BWKJ 20, Deventer: Kluwer 2004, p. 21 en 25.

regeling voor (in principe) elk soort rechtsvordering heel wel denkbaar is.³³ Ook de onderhavige uitspraak toont dat het aanvangsmoment van de verjaringstermijn bij een schadever-

goedingsvordering en een actie uit onrechtmatige daad, niet veel verschilt.

Harriët Schelhaas

advocaat te Amsterdam en honorair senior onderzoeker Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

33 Ook het nieuwe Duitse verjaringsrecht is met het *Schuldrechtreform* geüniformeerd en is gebaseerd op de regeling in de PECL: zie bijv. R. Zimmermann, 'The new Ger-

man Law of Prescription and Chapter 14 of the Principles of European Contract Law', in: A. Vaquer (eds.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*/-

The Principles of European Contract Law Part III, Valencia: Universitat de Lleida 2005, p. 451 e.v.

Rechtspraak kort

Nr. 85

HR 23 september 2005, C04/146HR, vervolg op HR 22 november 2002, *RvdW* 2002, 188, *NTBR* 2003, p. 223-224 (*Lisman van Raay Stichting/Sint Willibrordus*)*

■ Kern

Verhouding tussen beroep op dwaling en ongerechtvaardigde verrijking.

■ Feiten

De Lisman van Raay Stichting (LRS) heeft in 1986 aan de Sint Willibrordus Stichting (Sint Willibrordus) een kerkgebouw verkocht, de grond waarop het gebouw staat in erfpacht gegeven en enkele kunstvoorwerpen in de kerk aan Sint Willibrordus verhuurd. Dit alles is neergelegd in een viertal (met elkaar samenhangende) overeenkomsten. Sint Willibrordus heeft de huurovereenkomst per 12 november 1994 zonder instemming van LRS opgezegd. LRS vordert vervolgens in conventie de huur, dan wel schadevergoeding over de periode na de opzegging. Sint Willibrordus vordert in reconventie de van 1986 tot 1994 betaalde huur als onverschuldigd betaald terug, daar de huur-

overeenkomst volgens Sint Willibrordus non-existent of vernietigbaar op grond van dwaling is. De kunstvoorwerpen zouden namelijk door natrekking deel uitmaken van het kerkgebouw waarvan Sint Willibrordus eigenaar is en zij kan niet huurder van haar eigen goederen zijn.

■ Het recht

In de eerdere procedure, geëindigd met de uitspraak van de Hoge Raad van 22 november 2002, heeft het hof geoordeeld dat de verschillende overeenkomsten los van elkaar staan. Zij kunnen dan ook afzonderlijk worden vernietigd. Het hof stelt vast dat de overeenkomst die ziet op de huur van de kunstvoorwerpen terecht op grond van dwaling is vernietigd. De hiervan losstaande koopovereenkomst wordt daarmee niet vernietigd. Nu LRS zich het eigendom van de kunstvoorwerpen in deze koopovereenkomst met betrekking tot het kerkgebouw niet specifiek heeft voorbehouden, is Sint Willibrordus door natrekking eigenaar geworden van de kunstvoorwerpen. De vernietiging van de huurovereenkomst leidt er volgens het hof toe dat de te veel betaalde huur dient te worden terugbetaald. Anders dan LRS stelt komt dit niet neer op ongerechtvaardigde verrijking aan de kant van Sint Willibrordus, aangezien er geen grond was voor de huur. LSR stelt in cassatie dat het hof miskent dat van verarming ook sprake kan zijn zonder verlies van een goed en dat ook sprake kan zijn van schade indien men, anders dan verwacht, geen vergoeding ontvangt voor het verlies van een recht dat men zonder tegenprestatie heeft verkregen. De Hoge Raad oordeelt dat het hof in-

derdaad miskent dat LRS het beroep op ongerechtvaardigde verrijking niet op de huurverhouding baseerde maar op 'eigendomsverkrijging ten gevolge van natrekking van de kunstvoorwerpen of onbewuste althans ongewilde overdracht van die zaken, dan wel besparing van kosten of onbillijke bevoordeling.' Verder kan de motivering van het hof het oordeel dat LSR niet is verarmd, niet dragen. LSR beriep zich er voor het hof immers niet meer op de kunstvoorwerpen in bruikleen te hebben, maar stelde dat zij zelf, door natrekking als eigenaar van het gebouw eigenaar van deze voorwerpen was geworden, alvorens ze aan Sint Willibrordus te verhuren. Het slagen van deze en andere motiveringsklachten leidde tot cassatie van het arrest en tot verwijzing naar het Hof Den Haag.

Het Haagse hof komt op 12 februari 2004 echter tot eenzelfde beslissing als het (gecasseeerde) arrest van het Amsterdamse hof, namelijk terugbetaling van de al betaalde huurtermijnen t.a.v. de kunstvoorwerpen, waarna de Lisman van Raay Stichting opnieuw een beroep doet op de Kazernestraat. De klachten betreffen wederom de vraag of de vernietiging van de huurovereenkomst gevolgen moet hebben voor de (daarmee samenhangende) koopovereenkomst en erfpachtovereenkomst. Het Haagse hof meent dat er te veel contra-indicaties in de overeenkomsten waren voor dit standpunt. Het heeft daarbij volgens het cassatiemiddel te weinig aandacht besteed aan de feitelijke samenhang tussen deze overeenkomsten (lage koopprijs omdat partijen er van uit gingen dat de kunstvoorwerpen verhuurd zouden worden) en de daarin aanwezige

* Citeerwijze: G.E. van Maanen, 'HR 23 september 2005, C04/146HR, vervolg op HR

22 november 2002, *RvdW* 2002, 188, *NTBR* 2003, p. 223-224 (*Lisman van Raay Stichting/Sint Willibrordus*)', *NTBR* 2005, 85.

schakelbepalingen. De hiertegen gerichte motiveringsklacht treft doel. Ook de klacht tegen het niet honoreren van een beroep op ongerechtvaardigde verrijking treft doel. Het Haagse hof had hierover – in de woorden van de Hoge Raad – gesteld dat ‘niet in geschil is dat de kunstvoorwerpen (...) door natrekking onroerend zijn en dat deze dat ten tijde van de overeenkomsten van 1986 ook al waren, hetgeen volgens het hof meebrengt dat de gestelde verrijking niet is ontstaan door die natrekking, doch door de levering van het kerkgebouw met inbegrip van die voorwerpen ingevolge de koopovereenkomst, terwijl partijen in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat deze niet in die koop en levering waren betrokken, zodat de gestelde verrijking niet ongerechtvaardigd was. Daaraan voegt het hof toe dat, voor zover de verrijking en verarming zijn opgetreden doordat partijen hebben gedwaald, een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking derhalve niet de aangewezen weg is om de gevolgen van die dwaling op te heffen.’

De Hoge Raad is het eens met het middel (d.w.z. de onderdelen 2.1. en 2.2 ervan) dat het hof heeft miskend dat de aan de levering ten grondslag liggende titel geen betrekking had op de inventaris – waarmee, zo begrijpt de Hoge Raad, de in de huurovereenkomst betrokken kunstvoorwerpen zijn bedoeld – zodat de verrijking die in de van rechtswege gevolgde eigendomsovergang gelegen is, ongerechtvaardigd is, althans dat ‘s hofs oordeel dat de koopovereenkomst wel betrekking had op die voorwerpen, onbegrijpelijk is.

Waarom is dat onjuist? De Hoge Raad legt dat als volgt uit:

‘Dat naar de bedoeling van partijen de kunstvoorwerpen niet in de verkoop van het kerkgebouw waren betrokken was reeds door de rechtbank tot uitgangspunt genomen (vonnis van 31 december 1997, rov. 6.2 onder a), die voorts als vaststaand aannam dat partijen bij het sluiten van de huurovereenkomst inzake die voorwerpen ervan waren uitgegaan dat deze roerend waren (vonnis van 3 februari 1999, rov. 2.12). Die oordelen zijn in hoger beroep door partijen niet bestreden. In haar memorie na verwijzing (nr. 31) heeft de Lisman Van Raay Stichting, in overeenstemming daarmee, aangevoerd dat, waar

het die kunstvoorwerpen betrof, sprake is geweest van ‘onbewuste, althans ongewilde overdracht van deze zaken’. Dat was in zoverre ook in lijn met hetgeen St. Willibrordus in haar memorie na verwijzing (nr. 12) heeft gesteld, te weten dat zij met de (tegelijk met de koopovereenkomst en voorafgaand aan de overdracht van de kerk gesloten) huurovereenkomst akkoord was gegaan – hoezeer ook met tegenzin, daar zij meende dat de voorwerpen onder de haar verkochte inventaris waren begrepen – omdat [betrokkene 1] dreigde die kunstvoorwerpen anders te zullen laten terughalen. In het licht van dit een en ander is onbegrijpelijk ‘s hofs oordeel (rov. 11) dat de veronderstelling van partijen onjuist was dat de kunstvoorwerpen (niet alleen niet in de levering, maar ook) niet in de koop betrokken waren, welke vaststelling dragend is voor ‘s hofs oordeel dat de gestelde verrijking niet ongerechtvaardigd is geweest. Voor het geval de vermelding van de woorden ‘koop en’ in rov. 11 op een misslag berust – en het hof dus niet heeft bedoeld vast te stellen dat de kunstvoorwerpen voorwerp van de koopovereenkomst waren – geeft het bestreden oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien moet worden aangenomen dat volgens de bedoeling van partijen de kunstvoorwerpen niet in de koop waren begrepen, doch voorwerp waren van de gelijktijdig gesloten huurovereenkomst, werd de met de door eigendomsoverdracht van die zaken bewerkstelligde verrijking immers niet door de koopovereenkomst gerechtvaardigd. Dat de verrijking niet door de natrekking is ontstaan omdat die, zoals het hof voorts overweegt, in 1986 reeds een feit was, laat onverlet dat de gestelde verrijking is bewerkstelligd doordat de kunstvoorwerpen, als bestanddelen van het kerkgebouw ingevolge vóór 1986 plaatsgevonden hebbende natrekking, bij de levering in eigendom aan St. Willibrordus zijn overgegaan. Indien komt vast te staan dat zulks door partijen niet werd beoogd, is de mogelijk daarin gelegen verrijking dus ongerechtvaardigd geweest. De kennelijk op zodanige verrijking gebaseerde vordering van de Lisman van Raay Stichting staat haar ten dienste ook zonder dat de koopovereenkomst wegens dwaling wordt vernietigd.’

Volgt verwijzing naar het Hof Den Bosch.

■ Toelichting

Partijen waren overeengekomen dat de in de kerk aanwezige kunstvoor-

werpen, ook nadat het kerkgebouw aan St. Willibrordus verkocht en geleverd was, tegen vergoeding door deze laatste gebruikt mochten worden. Doordat echter het merendeel van deze kunstvoorwerpen op grond van natrekking als onderdeel (bestanddeel) van het gebouw moest worden gezien, is er geen sprake meer van zelfstandige eigendom van die voorwerpen. Dat zou dan weer (volgens St. Willibrordus) meebrengen dat er ook geen sprake meer kan zijn van een huurovereenkomst dienaangaande. Na de eerste procedure staat vast dat de huurovereenkomst vernietigd is wegens dwaling. Het is echter ongerijmd om daaruit de gevolgtrekking te maken dat LRS iedere aanspraak op vergoeding voor het gebruik (en het verlies van eigendom!) daarmee zou verliezen. Natrekking beoogt immers primair helderheid te scheppen in goederenrechtelijk opzicht; het is een goederenrechtelijke ordeningsregel. Die regel van art. 5:3 BW betreft niet de verbintenisrechtelijke relatie tussen partijen. De benadeelde heeft veelal recht op vergoeding op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Hij kan zelfs recht hebben op afscheiding en restitutie (art. 6:103 BW). Zie daarover Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen 1999, hoofdstuk 5 en Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, diss. Groningen 2002, p. 39 e.v.

Hoe kan het nu zijn dat zowel het Amsterdamse als het Haagse hof tot een uitkomst komen die tegen elk gevoel van gezond verstand indruist? Ik denk dat dat alles te maken heeft met de interpretatie van de koopovereenkomst van het kerkgebouw (en de daaropvolgende levering inclusief de nagetrokken kunstvoorwerpen). Vanuit goederenrechtelijk oogpunt kan men inderdaad de stelling betrekken dat deze overeenkomst (zolang die niet op grond van dwaling vernietigd is) een geldige titel oplevert voor de overdracht van het kerkgebouw. En omdat de kunstvoorwerpen nu eenmaal door natrekking bestanddeel zijn geworden van het gebouw, is ook de eigendom daarvan overgegaan. In het goederenrecht kan men dan in een dergelijke situatie niet de stelling betrekken dat ten aanzien van een deel van de levering een geldige titel ontbreekt. Het is alles of niets. Wil men

aan die situatie iets veranderen dan is een beroep op dwaling de enig juiste weg, zo lijken beide hoven te menen. Dat is juist ten aanzien van de consequentie met betrekking tot de – formele – eigendomsvraag van de betreffende kunstvoorwerpen, maar daarmee is nog niets gezegd over de – materiële – gerechtigdheid tot de waarde van die voorwerpen (zie onder 1).

Voor de beantwoording van die vraag is de uitleg van de koopovereenkomst relevant; moet die zo 'objectief' uitgelegd worden dat in de koopovereenkomst – vanwege het juridische feit van de natrekking – óók de kunstvoorwerpen begrepen zijn? Of, en dat lijkt in casu veel meer voor de hand te liggen, dat het niet de bedoeling was van partijen om die te verkopen (maar te verhuren)? Kennelijk hebben partijen dat laatste bedoeld en zijn ze op het verkeerde been gezet omdat ze ten onrechte geen rekening hebben gehouden met de door de natrekking

veroorzaakte eigendomsverschuiving. Als men uitgaat van de eerste uitleg – en dat lijkt het Haagse hof impliciet te doen – dan zal men eerder geneigd zijn om de oplossing te zoeken in het vernietigen van de koopovereenkomst wegens dwaling en de vordering gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking af te wijzen omdat de verrijking gelegitimeerd wordt door de koopovereenkomst (en de daaropvolgende levering). In de juistere, tweede uitleg legitimeert de koopovereenkomst niet de overgang van de *waarde* van de kunstvoorwerpen, maar wél – door de daarmee samenhangende natrekking en levering – de eigendomsovergang van die voorwerpen.

Dat betekent dat men inderdaad – zoals de Hoge Raad hier concludeert – ook als men de koopovereenkomst van het kerkgebouw niet wegens dwaling wenst aan te tasten, nog steeds een vordering kan instellen wegens ongerechtvaardigde verrij-

king met betrekking tot de nagetrokken en als bestanddeel meegeleverde kunstvoorwerpen. Dat betekent echter niet dat uit deze uitspraak volgt dat men *in het algemeen* de keuze heeft tussen de actie uit dwaling en die uit ongerechtvaardigde verrijking. In casu staan deze acties naast elkaar omdat ze op een ander doel gericht zijn en er derhalve ook niet van samenloop in technische zin gesproken kan worden. Ook qua resultaat is er in dit geval wezenlijk verschil: met een succesvolle dwalingsactie gaat het kerkgebouw weer terug naar de verkoper, terwijl met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding van de schade geleden door de (niet-beoogde) eigendomsovergang door de natrekking kan worden bewerkstelligd.

G.E. van Maanen

hoogleraar privaatrecht Universiteit Maastricht

Inhoud jaargang 2005

(de getallen verwijzen naar de publicatienummers)

Redactioneel

Een nieuw kinderspel: ranking, J.H. Nieuwenhuis, 2005/1, p. 1
Civiele rechtspleging in Pécuchet, W.J. Valk, 2005/9, p. 47
Wetgever, heb mededogen met ons Burgerlijk Wetboek, ook bij financiële zekerheidsovereenkomsten, H.J. Snijders, 2005/18, p. 91
De onderneming als een moderne Jericho, A.F. Verdam, 2005/26, p. 141
Het Erkenningsbeginsel, G.E. van Maanen, 2005/33, p. 189
Privaatrecht op maat: de handel in emissierechten, W. Th. Braams, 2005/41, p. 231
De waarde van een systeem en de noodzaak van handboeken, J.E. Fesevur, 2005/49, p. 287
Panta Rei, G.E. van Maanen, 2005/61, p. 349
Wie is van hout? Het persoonlijke gevoel van de rechter, F.W. Grosheide, 2005/71, p. 423
Appels en peren, J.H. Nieuwenhuis, 2005/79, p. 481

Artikelen

Een nieuwe aanpak van massaschade, H.B. Krans, 2005/2, p. 2
Regeling van massaschade via een vaststellingsovereenkomst, P. Abas en M. van Zijst, 2005/3, p. 14
Over derdenwerking van overeenkomsten en samenhangende rechtsverhoudingen: enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 24 september 2004, M.J. van Laarhoven, 2005/10, p. 48
Verslag van de themadag van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004, C.W.M. Lieveer en L.F. Wiggers-Rust, 2005/11, p. 59
Enige kanttekeningen bij de stand van het huwelijksvermogensrecht, G. van der Burght, 2005/19, p. 92
Een groeifonds of een grabbelton, F.W. Grosheide en G.E. van Maanen, 2005/27, p. 142
De financiële zekerheidsovereenkomst, een tussenbalans, L.P.W. van Vliet, 2005/34, p. 190
Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life', T. Hartlief, 2005/42, p. 232
Tekortschieten remedies voor te-

leurgestelde kopers van woningen, R.G.N. te Roy, 2005/43, p. 249
Het afnemend werkingsgebied van de ingebrekestelling, G.T. de Jong, 2005/50, p. 288
Vie d'Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht, N. Frenk, 2005/51, p. 296
Naar een ingrijpende herziening van het Franse goederenrecht vanuit een 'vision d'ensemble', J.H.M. van Erp, 2005/62, p. 350
Heroriëntatie op de ingebrekestelling, J.F.M. Janssen, 2005/63, p. 353
Een zwaktestod; over gestandaardiseerde differentiatie bij verkeersaansprakelijkheid, A.L.M. Keirse, 2005/64, p. 367
De Europese Executoriale Titel: een nieuw instrument ter verwezenlijking van het Europees procesrecht, X.E. Kramer, 2005/65, p. 375
Is een codificatie van het Nederlands IPR nog zinvol? Oftewel, geloven we nog in Boek 10 BW?, H.U. Jessurun d'Oliveira, 2005/72, p. 425
De verwijderingsleer: een gevaarlijke materie?, A.J.J. Smelt, 2005/73, p. 429
Beschouwingen over artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop, N.W.A. Tollenaar, 2005/74, p. 435
Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?, C.L.G.F.H. Albers, 2005/80, p. 482

Kort en bondig

Tegen een geïsoleerd insolventieproces, B. Wessels, 2005/12, p. 64
Nogmaals: onvoorziene omstandigheden of verandering van omstandigheden, P. Abas, 2005/20, p. 106
Schenking over de hand met buitenlandse elementen, F. Sonneveldt, 2005/28, p. 150
E-commerce, algemene voorwaarden en grote wederpartijen, M.H. Wissink, 2005/44, p. 262
De werknemer en secundair faillissement, J. Israël, 2005/66, p. 384
Ziekenfonds of particulier?, N. Frenk, 2005/75, p. 443

Europese klassiekers

Kleinwort Benson Ltd. V Lincoln City Council, H.J. van Kooten, 2005/4, p. 18

Hedley Byrne, negligent misstatements, A.E. Verschuur, 2005/13, p. 66
The Moorcock (1889) LR 14 P.D. 64, N. Kornet, 2005/21, p. 108
Sharp v Thomson and Burnett's Trustees v Grainger. Convergence van civil law en common law goederenrecht, J.M. Milo, 2005/29, p. 152
Productaansprakelijkheid en Europees privaatrecht: het ontplofende Duitse mineraalflesje, H. Schelhaas, 2005/35, p. 204
Phelps v Hillingdon London Borough Council (2001) 2 AC 619, E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, 2005/45, p. 267
BverfG 19 oktober 1993, BverfGE 89, 214; NJW 1994, 36 (Bürgschaft), Rieme-Jan Tjittes, 2005/52, p. 301
Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128, C. Bollen, 2005/67, p. 386
Denk om de burens! De Belgische burenhinderleer na de Cassatiarresten van 6 april 1960, R.I.R. Hoop, 2005/81, p. 497

Kronieken

Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/5, p. 23
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/14, p. 69
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/22, p. 113
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/30, p. 161
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/36, p. 209
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/46, p. 273
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/53, p. 309
Kroniek Erfrecht, W.G. Huijgen, 2005/54, p. 324
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/68, p. 393
Kroniek van het ondernemingsrecht, G.J.H. van der Sangen, 2005/69, p. 405
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/76, p. 446
Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2004-2005, T. Hartlief, 2005/77, p. 454
Kroniek Algemeen, E.H. Hondius, 2005/82, p. 502
(Schade)verzekeringsrecht, N. van Tiggele-van der Velde, 2005/83, p. 505

Recencies

D.W. Aertsen, De Trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlands recht, C.AE. Uniken Venema, 2005/55, p. 329
I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden, G.E. van Maanen, 2005/70, p. 415
S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, P. Klik, 2006/78, p. 470

Rechtspraak

Doorbraak van beperkte aansprakelijkheid in het openbaar vervoer: noot bij het Hof A'dam 12 augustus 2004, NJF 2004/543, K.F. Haak, 2005/6, p. 34
Pandhouderbeslag onder derden, Hof 's Hertogenbosch 11 november 2003, JOR 2004/27, NJF 2004/219, I.J.M. van der Hamsvoord, 2005/15, p. 81
Spoedeisendheid en vereisten van een ingebrekestelling, HR 22 oktober 2004, RvdW 2004/119 (Endlich/Bouwmachines), M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, 2005/23, p. 130
Van beslag op kredietruimte, de dingen die voorbij gaan, HR 29 ok-

tober 2004, RvdW 2004/123 (Van den Bergh/van der Walle en ABN AMRO), A. Steneker, 2005/31, p. 177
Automatische incasso en stornering, noot bij HR 3 december 2004, S.R. Damminga, 2005/37, p. 217
Kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen, HR 12 november 2004, NJ 2005, 138 m. nt. CHJB, F.T. Oldenhuis, 2005/56, p. 333
Het startpunt van de subjectieve verjaringstermijn bij een vordering uit onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad, HR 10 december 2004, C03/254, JWB 2004, 448, H. Schelhaas, 2005/84, p. 520

Rechtspraak kort

HR 26 september 2003, NJ 2003/660 (Waterschap Leeuwse eilanden/Royal Nederland), G.E. van Maanen, 2005/7, p. 39
HR 8 oktober 2004, LJN: AP1083, zaaknr C03/164HR, A.L.H. Ernes, 2005/8, p. 40
HR 25 juni 2004, C03/186HR, RvdW 2004/89 (Dupomex/Duijvelaar), G.E. van Maanen, 2005/16, p. 83
HR 5 november 2004, C03/281HR (Verweerster/Lozenhof), P.L.P. Meiser, 2005/17, p. 85
HR 3 december 2004, LJN AR0254, C03/188HR, JWB 2004/423 (Ohra/Epen), H. Schelhaas, 2005/24, p. 134
HR 3 december 2004, LJN AR0275,

C03/205HR, A.L.H. Ernes, 2005/25, p. 135
HR 26 november 2004, C03/227 (Eiser/Optimodal Nederland BV), E.F.D. Engelhard, 2005/32, p. 181
HR 11 maart 2005, LJN AR7344, Zaaknr. C04/021HR, A.L.H. Ernes, 2005/38, p. 225
HR 11 maart 2005, C04/021HR, LJN AR7344 (P&F/verweerders en coöperatie), A.L.H. Ernes, 2005/47, p. 280
HR 25 februari 2005, C03/303 HR, LJN AR 5383 (koper/verkoper), J.J. Ebbinga, 2005/48, p. 281
HR 20 mei 2005, C04/084, RvdW 2005, 75 (Werknemer/Zee Electronics), P.L.P. Meiser, 2005/57, p. 337
HR 11 maart 2005, C03/289HR, RvdW 2005, 37, H.J.M. Severeijns-Wijenbergh, 2005/58, p. 338
HR 23 september 2005, C04/146HR; vervolg op HR 22 november 2002, RvdW 2002, 188, NTBR 2003, p. 223-224 (Lisman van Raay Stichting/Sint Willibrordus), G.E. van Maanen, 2005/85, p. 525

Reactie

Reactie op 'Enige kanttekeningen bij de stand van het huwelijksvermogensrecht. Gr. Van der Burght', L.C.A. Verstappen, 2005/59, p. 341

Naschrift

Antwoord aan Verstappen, Gregor van der Burght, 2005/60, p. 342

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 6 december 2005

531

Wetgeving

Dit overzicht komt buiten verantwoordelijkheid van de redactie tot stand

Stand van zaken wetgeving t/m 6 december 2005

Wet Invoering en financiering Wet werk en inkomen naar

arbeidsvermogen (629, 631, 635, 658A, 658B, 660A, 670, 670B)

30034

Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (462)

30124

Wet maatschappelijke ondersteuning (255, 274)

30131

Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 BW (7.17.1.9, 7.17.11 t/m 7.17.1.16,

7.17.2.1 t/m 7.17.2.25A, 7.17.3.1 t/m 7.17.3.25, 7.18.1 t/m 7.18.3)

30137

Uitvoering Richtlijn nr. 2002/47/EG van Europees Parlement

en Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende

financiële zekerheidsovereenkomsten (51 t/m 56)

30138

Wijz. van de Woningwet (verbetering handhaafbaarheid en

handhaving bouwregelgeving) (243, 256, 305)

29392

Invoeringswet Wet medezeggenschap werknemers (665A, 670,

670A)

29945

Vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente)

van het nieuwe BW (17.1.1 t/m 17.1.16, 17.2.1 t/m 17.2.25A, 17.3.1 t/m 17.3.25,

18.1 t/m 18.3)

19529

Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk

Wetboek (800 t/m 837)

28746

Wet financiële dienstverlening (7, 46A, 46I, 46J, 428)

29507

Warmtewet (5)

29048

Structuur van de uitvoering werk en inkomen (SUWI)

26448

Wijziging art. 274, Boek 7 BW teneinde doorstroming in voor

studenten bestemde woonruimte te bevorderen (274)

29707

Wetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke

tussenkoms en vormgeving voortgezet ouderschap (266)

29676

Wijziging van o.m. enige bepalingen in het Burgerlijk Wetboek

omtrent de geneeskundige behandelingsovereenkomst (454, 464)

30049

Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (231)

30091

Wijziging Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

en Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn

2002/73/EG (646, 647)

30237

Wijziging van een aantal socialeverzekeringswetten en enige

andere wetten (Verzamelwet sociale verzekeringen 2006) (629)

30238

Aanpassings- en verzamelwet Werk en inkomen naar

arbeidsvermogen (629, 670)

30318

BOEK 8 BW

Wet publiekrechtelijke registratie zeeschepen (169, 171, 175, 194, 195A)

28180

Wet internationaal goederenvervoer over de binnen-

wateren (889, 890)

29943

Reparatieweg II Justitie (1220, 1680)

30171

Tweede Kamer

Eerste Kamer

Staatsblad

Voorstel van wet

(Voorlopig) verslag

Nota n.a.v. verslag

Nader (voorlopig) verslag

Eind verslag

Aangenomen

(Voorlopig) verslag

Memorie van antwoord

Nader (voorlopig) verslag

Eindverslag

Plaatsing

Inwerkingstreding

— nieuw wetsvoorstel of nieuw fase(n) in de parlementaire behandeling t.o.v. de vorige stand van zaken