



Maak kennis met

**aansprakelijkheid,
schade en
verzekeringsrecht**

Dirkzwager
advocaten & notarissen

Inleiding

In de afgelopen periode hebben de juridische specialisten van Dirkzwager er weer voor gezorgd dat veel mensen de antwoorden op juridische vraagstukken hebben weten te vinden. Via onze juridische kennisportal **www.partnerinkennis.nl** en in het bijzonder op de kennispagina van onze sectie aansprakelijkheid, schade en verzekeringen (www.dirkzwagerasv.nl).

In deze bundel vindt u alle artikelen die in het eerste half jaar van 2014 door onze specialisten zijn gepubliceerd op die betreffende kennispagina. Voor zover u die nog niet heeft kunnen lezen, overzichtelijk gebundeld op volgorde van plaatsingsdatum.

Veel leesplezier

Dirkzwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

Inleiding	1
Concrete schadeberekening en doorbreking causaal verband	3
Affectieschade	6
Inroepen opschortingsrecht voor oplevering is mogelijk	8
Het regresverbod ex artikel 7:962 lid 3 bw en inleen	11
Vergoeding smartengeld: 10% hoger vanwege discussie in literatuur	13
Zorgplicht verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering: mededelingsplicht over uitlooprisico	15
Regresrecht voor gemeenten voor WMO vanaf 2015	19
Het Europees paspoort voor verzekeraars, tussenpersonen en gevolmachtigden	20
IBAN en het risico van een fout bij overboekingen	22
Vrije advocaatkeuze bij een rechtsbijstandsverzekering	26
Dekkingsweigering is alleen geoorloofd indien verzekeraar in zijn belangen is geschaad door het niet-meewerken van verzekerde!	27
Kabel- en leidingschade. Let op de rente!	30
Bim praktijkdag 2014: uitwisselen van ervaringen met het bouw informatie model	34
Kabel- en leidingschade. Twijfel bij de Klic-tekening	37
De WION en de derde benadeelde	41
Kabel- en leidingschade. De WION en aansprakelijkheid van de opdrachtgever	43
Kabel- en leidingschade. De huisaansluiting als uitzondering op de WION	45
Nieuwe app voor juridische kennisdeling op internationaal niveau	48
Kabel- en leidingschade. Lokaliseren is een resultaatsplicht	50
Kabel- en leidingschade – verzekeringsrechtelijke verjaring – de derde verzekerde	52
De verjaringstermijn in asbestzaken in Nederland is volgens de minister van veiligheid en justitie niet in strijd met het EVRM!	54
Klachtplicht (art. 7:23 Bw): aanvang termijn waarbinnen moet worden geklaagd	55
Uitleg polisvoorwaarden bij consumentenverzekeringen	58
Brandverzekering. Waardering bewijs brandstichting	64
Kabel- en leidingschade. Netten met gevaarlijke inhoud en grote waarde	66
(Tweede) uitbreiding van de regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers	69
Nieuw wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade	71
Aansprakelijkheid notaris – uitleg beleidsregels KNB	73
Buitengerechtelijke incassokosten zijn na de 'veertiendagenbrief' door de consument verschuldigd	77
Sport & recht: de beet van Luis Suarez en andere onrechtmatige gedragingen op het voetbalveld	79
Verzekeringsfraude: voorwaarden voor registratie in extern verwijzingsregister Stichting CIS	82
Dochtermaatschappij geen verzekeringnemer na wijziging van activiteiten	85

Concrete schadeberekening en doorbreking causaal verband

De rechtbank Oost-Brabant heeft op 20 november 2013 een uitspraak gewezen op het gebied van concrete schadeberekening en het leerstuk van doorbreking van het causaal verband.

Casus

Een directeur van een woningstichting had groen licht gegeven voor een bouwproject. Voor dit bouwproject was toestemming nodig van de verantwoordelijke minister. Deze ontbrak aanvankelijk maar werd later toch verleend onder enkele voorwaarden. De bouw was vervolgens gestart en de directeur gaf uit naam van de woningstichting enkele betalingsgaranties af. Na vertrek van de directeur bij de woningstichting werd vanwege de oplopende en onvoorziene kosten van het project, de onzekere opbrengsten en de economische crisis op de vastgoedmarkt het project door de woningstichting stilgelegd. Als gevolg hiervan heeft de woningstichting vermogensschade geleden. Omdat de woningstichting van mening was dat de directeur zijn taak onbehoorlijk had vervuld en hem hiervan een verwijt viel te maken (ex art. 2:9 Burgerlijk Wetboek) stelde zij de voormalig directeur aansprakelijk voor haar schade.

Doorbreking causaliteit: het oordeel van de rechtbank

De rechtbank kwam na uitgebreide overwegingen (rechtsoverwegingen 5.2.1–5.2.31) tot de conclusie dat de directeur inderdaad fouten had gemaakt en hiervoor aansprakelijk was. Vervolgens diende de schade die het gevolg was van deze fout te worden berekend. Het debat spitste zich toe op de vraag of er sprake was van een doorbreking van het causaal verband. De schade was immers volgens de directeur niet alleen ontstaan door het (onbehoorlijk) handelen van de directeur, maar ook doordat de woningstichting had besloten het project stop te zetten.

De rechtbank oordeelt hierover (rechtsoverweging 5.3.10 en verder) dat de door de directeur overtreden normen strekken tot bescherming van de woningstichting tegen te grote financiële risico's. Nu dit risico zich heeft verwezenlijkt, is de schade in beginsel als een gevolg van zijn onbehoorlijk bestuur aan de directeur toe te rekenen. Dat de schade zich eerst heeft gemanifesteerd na de beslissing van de woningstichting (genomen na het vertrek van de directeur) om het project te stoppen, doorbreekt die causaliteit niet. De woningstichting heeft deze beslissing gezien de omstandigheden (oplopende kosten, financiering kwam niet rond, onzekere opbrengsten) in redelijkheid kunnen nemen.

Concrete schadeberekening: het oordeel van de rechtbank

De rechtbank bekijkt vervolgens welke schade door de woningstichting is geleden. Zij overweegt over de concrete schadeposten, dat niet van alle posten kan worden geoordeeld dat zij hun oorzaak vinden in het onbehoorlijk handelen van de bestuurder. Dit geldt bijvoorbeeld voor de schadeposten die samenhangen met het voorbereiden van het project. Ook zonder de onrechtmatige handeling van de bestuurder zouden deze immers zijn gemaakt en als nodeloos gemaakte kosten zijn afgeboekt. Ook een deel van de kosten die zijn gemaakt in verband met het afwickelen van het project staan niet in oorzakelijk verband met de handelingen van de directeur. Ook zonder deze handeling hadden deze immers moeten worden gemaakt om het project stop te zetten.

Schadeberekening en causaal verband

Op het eerste gezicht lijkt de rechtbank tegenstrijdig te oordelen. Eerst overweegt ze namelijk dat de gehele schade aan het handelen van de directeur is toe te rekenen. Vervolgens oordeelt ze echter dat niet alle schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen omdat ze niet door de directeur zijn veroorzaakt. Deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid laat zich verklaren vanuit de leerstukken van de concrete schadeberekening en de doorbreking van het causaal verband.

Doorbreking van de causaliteit betreft de situatie dat, voordat de schade die het te verwachten gevolg is van een gebeurtenis (gebeurtenis 1) zich heeft verwezenlijkt, zich een andere gebeurtenis (gebeurtenis 2) voordoet waardoor de schade die als gevolg van gebeurtenis 1 zou zijn ingetreden ook daadwerkelijk intreedt. In de zaak bij de rechtbank bestond gebeurtenis 1 uit het (onbehoorlijk) handelen van de directeur. Voordat hierdoor de schade – die bestond uit het stopzetten van het bouwproject met alle gevolgen van dien – kon ontstaan, trok de woningstichting zelf de stekker uit het bouwproject (gebeurtenis 2) waardoor de schade daadwerkelijk intrad. Door welke gebeurtenis is de schade nu ontstaan (en wie moet daar dus de consequenties van dragen): door het handelen van de directeur of het handelen van de woningstichting? De rechtbank is hier duidelijk over: dat gebeurtenis 2 heeft plaatsgevonden zorgt er niet voor dat de veroorzaker van gebeurtenis 1 (de directeur) vrijuit gaat. Ook als gebeurtenis 2 niet had plaatsgevonden zou de schade namelijk toch zijn ingetreden als gevolg van gebeurtenis 1. Alle schade had dus in beginsel het gevolg kunnen zijn van gebeurtenis 1.

Wanneer vervolgens moet worden berekend hoe groot de schade is, komt de causaliteitsproblematiek echter weer om de hoek kijken. Schade dient namelijk zo concreet mogelijk te worden berekend. Dat betekent dat de situatie zoals die zou zijn geweest zonder de onrechtmatige gedraging (de hypothetische situatie) moet worden vergeleken met de concrete situatie zoals die is met de schadeveroorzakende gedraging. Met andere woorden: als de directeur geen fouten had gemaakt, hoe was de situatie dan geweest en waarin verschilt die van de situatie zoals die nu is?

De rechtbank bekijkt daarom per schadepost of de kosten door de woningbouwvereniging ook zouden zijn gemaakt als de directeur geen fout had gemaakt (hypothetische situatie). In de hypothetische situatie was het bouwproject (eerder) afgeblazen. Kosten gemaakt ter voorbereiding van het project, zouden dan echter nog steeds zijn gemaakt. Hetzelfde geldt voor de kosten die samenhangen met het stopzetten van het project. Deze kosten zouden sowieso zijn gemaakt en vormen dus geen schade die veroorzaakt is door de directeur.

Conclusie

Niet alle schade die kan worden toegerekend aan een gebeurtenis, is dus automatisch vergoedbare schade. Er dient per schadepost gekeken te worden of dit niet kosten zijn die sowieso zouden zijn gemaakt als alles goed was gegaan. Hierbij dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de concrete situatie en de hypothetische situatie. Dit is een zeer feitelijke afweging waarbij de standpunten van partijen van groot belang zijn.

Maud van Lent

T +31 (0)26 353 83 22

E vanlent@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Affectieschade

Met affectieschade wordt de immateriële schade bedoeld die bestaat uit het verdriet om het overlijden of het letsel van een naaste als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. In Nederland komt affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking, of toch wel? De uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 december 2013 doet hier wel aan denken.

Waarom geen vergoeding van affectieschade?

Het idee is dat het stelsel van de wet geen bepalingen kent voor vergoeding van immateriële schade als gevolg van het verdriet om verwonding of overlijden van anderen. De wetsbepalingen waaraan derden een schadevergoeding kunnen ontlenen als gevolg van het letsel of het overlijden van een ander (de artikelen 107 en 108 van boek 6 van het BW) bieden geen uitkomst als het aankomt op affectieschade. Ook de Hoge Raad ziet voor vergoeding van affectieschade geen mogelijkheden (zie hierover zijn uitspraak van 22 februari 2002, NJ 2002, 240). Enkel wanneer de aansprakelijke partij het oogmerk had dergelijk verdriet om een naaste toe te brengen is een dergelijke vergoeding mogelijk. De redenen waarom affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt ligt bij een beduchtheid voor 'commercialisering' van verdriet, onsmakelijke procespraktijken en een stroom van processen, aldus de wetsgeschiedenis. Wetsvoorstellen om de vergoeding van affectieschade toch mogelijk te maken zijn tot op heden gestrand.

De rechtbank Rotterdam

De meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 18 december 2013 een vordering tot immateriële schadevergoeding toegewezen, terwijl die vordering op grond van de feiten en omstandigheden in die zaak veel weg heeft van een vordering tot vergoeding van affectieschade.

Het ging om een vordering van een moeder en twee kinderen als nabestaanden van een vader die door doodslag om het leven was gekomen. De moeder kwam in aanmerking voor shockschade vanwege een vastgestelde posttraumatische stressstoornis na een directie confrontatie met haar verminkte en stervende echtgenoot waardoor haar vordering werd toegewezen op grond van artikel 6:106 lid 1 onder b BW (aantasting in de persoon).

Beide kinderen vorderden eveneens vergoeding van immateriële schade op grond van artikel 6:106 lid 1 onder b BW. Een psychiater heeft beide kinderen onderzocht.

Bij kind X werd geen psychiatrische stoornis of ziekte aangetroffen. Bij kind Y wel, namelijk een posttraumatische stressstoornis na de confrontatie waardoor de rechtbank ook ten aanzien van kind Y een vergoeding op grond van shockschade toewijsbaar achtte.

Echter, ten aanzien van beide kinderen heeft de rechtbank de vorderingen op grond van artikel 6:106 lid 1 onder b BW toegewezen zonder de criteria voor shockschade te verlangen (psychisch letsel en een directe confrontatie). De rechtbank overwoog:

“Voor aantasting in de persoon, zoals bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW kan echter ook sprake zijn zonder geestelijk letsel. Zoals de deskundige opmerkt heeft het wegvallen van de vaderfiguur voor beide kinderen nadelige gevolgen voor hun ontwikkeling en zelfvertrouwen. Beide kinderen moeten hun vader missen en hun moeder heeft ernstig psychisch letsel bekomen, zo blijkt uit het door dr. Notten uitgebrachte rapport. Ook dit laatste zal zijn weerslag hebben op de ontwikkeling van de kinderen. Deze ernstige aantasting van de persoon geeft recht op vergoeding van immateriële schade. Voor [kind X] is een bedrag van € 30.000,- een billijke schadevergoeding. Het zelfde geldt voor [kind Y].”

Conclusie

Hoewel het er op het eerste gezicht op lijkt dat de rechtbank hier een vordering tot affectieschade heeft toegewezen, is het niet het verdriet om het gemis van een overleden naaste, maar de door de rechtbank aangenomen nadelige gevolgen van dat gemis die de toewijzing op grond van artikel 6:106 lid 1 onder b rechtvaardigen, namelijk de nadelige gevolgen voor de ontwikkeling en het zelfvertrouwen van beide kinderen.

Er is dus eerder sprake van een uitbreiding dan wel invulling van artikel 6:106 lid 1 onder b BW dan van het toewijzen van een gevorderde vergoeding van zuivere affectieschade. Toch zal deze uitspraak misschien in andere procedures wel worden gelezen als een mogelijkheid een vergoeding van affectieschade te vorderen aangezien de gehanteerde criteria voor de aantasting in de persoon: ‘nadelige gevolgen voor de ontwikkeling en het zelfvertrouwen’ niet duidelijk zijn af te bakenen. Bovendien rekent de rechtbank deze nadelige gevolgen ook toe aan het psychische letsel van de moeder. Het is nog afwachten of hoger beroep wordt ingesteld.

Peter van Huizen

T +31 (0)26 353 84 41

E vanhuizen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Inroepen opschortingsrecht voor oplevering is mogelijk

De Hoge Raad heeft op 17 januari 2014 een arrest gewezen over de vraag of het mogelijk is om een beroep te doen op een opschortingsrecht als de contractuele wederpartij het afgesproken werk nog niet heeft opgeleverd en de geconstateerde gebreken zich dus nog voor herstel lenen.

Casus

Eiser (hierna: de opdrachtgever) had verweerder (hierna: de dakdekker) opdracht gegeven tot het vernieuwen van de dakbedekking van zijn woning. Gedurende de periode waarin de dakdekker zijn werkzaamheden heeft verricht, heeft deze een tweetal facturen naar zijn opdrachtgever gestuurd. Beide facturen zijn door de opdrachtgever voldaan, waarbij deze er bij de dakdekker op heeft aangedrongen om de werkzaamheden spoedig af te ronden. De dakdekker slaat deze aansporing echter in de wind en staakt niet lang daarna zijn werkzaamheden aan het dak. Op dat moment waren de werkzaamheden nog niet afgerond en het dak niet gereed.

Enkele weken nadat de dakdekker het dak in onvoltooide staat heeft verlaten, stuurt hij opnieuw een factuur naar zijn opdrachtgever. Op deze factuur is vermeld: *“Hierbij doen wij u de rekening toekomen van de werkzaamheden welke tot nu toe bij u zijn uitgevoerd.”* Voor de opdrachtgever is de maat inmiddels vol en hij neemt een advocaat in de arm. Deze stuurt de dakdekker een brief waarin hij er op wijst dat zijn cliënt (de opdrachtgever) van mening is dat de werkzaamheden te lang hebben geduurd, onzorgvuldig zijn verricht en dat er nog steeds het één en ander schort aan de tot op dat moment door de dakdekker uitgevoerde werkzaamheden (deze zijn als gezegd in het geheel nog niet afgerond). De opdrachtgever is dan ook van mening dat de laatste factuur van de dakdekker prematuur is; hij wil deze daarom pas voldoen op het moment dat alle nog openstaande gebreken en tekortkomingen naar tevredenheid door de dakdekker zijn hersteld. Totdat het zover is schort de opdrachtgever de betaling op van de laatste factuur die de dakdekker hem heeft gestuurd.

Gerechtelijke procedure: twistpunt opschorting

Nadat een laatste overleg tussen de dakdekker en de opdrachtgever over de betaling van de factuur en de nog te verrichten werkzaamheden is mislukt, stapt de

opdrachtgever naar de rechter. Hij vordert schadevergoeding van de dakdekker wegens het ondeugdelijk aanbrengen van de dakbedekking op zijn woning, alsmede een gedeeltelijke ontbinding van de tussen hen geldende overeenkomst. De dakdekker heeft op zijn beurt in reconventie betaling van zijn laatst gestuurde factuur gevorderd.

In de gerechtelijke procedure ontstaat – voor zover relevant voor deze bijdrage – discussie over de vraag of de opdrachtgever zich wel kon beroepen op een opschortingsrecht. Na bij de rechtbank Haarlem nul op het rekest te hebben gekregen, tekent de opdrachtgever hoger beroep aan bij het gerechtshof Amsterdam. Het oordeel van het gerechtshof Amsterdam luidt dat de (on)deugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden niet van belang is voor het antwoord op de vraag of de opdrachtgever zich op een opschortingsrecht kon beroepen, omdat er nog geen sprake was van oplevering. Eventuele gebreken zouden immers voor de oplevering nog door de dakdekker hersteld kunnen worden. Dit had volgens het gerechtshof Amsterdam wellicht anders kunnen zijn als er sprake was geweest van ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden die zich niet meer voor herstel leenden, maar er was niet gesteld of gebleken dat daarvan sprake was.

Volgens het gerechtshof Amsterdam was het dan ook onredelijk van de opdrachtgever om niet op het voorstel van de dakdekker in te gaan. Dit voorstel van de dakdekker kwam er in de kern op neer dat hij zijn werkzaamheden alsnog zou afronden en, waar nodig, zou herstellen, maar dat de opdrachtgever dan op zijn beurt zijn opschortingsrecht zou prijsgeven en zou overgaan tot betaling van de laatste factuur. Het oordeel van het gerechtshof Amsterdam dat het onredelijk van de opdrachtgever was om niet in te gaan op het voorstel van de dakdekker had grote gevolgen voor het opschortingsrecht van de opdrachtgever; aanvaarding van het aanbod betekende immers verval van het opschortingsrecht.

Het arrest van de Hoge Raad

De opdrachtgever laat het er niet bij zitten en stelt cassatie in tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam. De Hoge Raad oordeelt dat het gerechtshof Amsterdam ten onrechte niet heeft vastgesteld in hoeverre de klachten van de opdrachtgever over het werk van de dakdekker terecht zijn. In dat licht is het oordeel dat het onredelijk van de opdrachtgever was om niet op het voorstel van de dakdekker in te gaan onvoldoende gemotiveerd, in welk verband de Hoge Raad er waarde aan hecht dat het voorstel van de dakdekker erop neer kwam dat de opdrachtgever zijn opschortingsrecht ter zake van de betaling van de laatst verzonden factuur zou hebben moeten prijsgeven voordat de dakdekker tot het uitvoeren van de herstelwerkzaamheden zou overgaan.

De kernoverweging (ro. 3.5) luidt als volgt:

“Om tot zijn bestreden oordeel te kunnen komen had het hof echter moeten onderzoeken of de door [opdrachtgever] gestelde tegenvordering, strekkende tot het uitvoeren van herstelwerkzaamheden, bestaat en of de omvang van die tegenvordering voldoende is om het beroep op een opschortingsrecht te kunnen rechtvaardigen. Anders dan het hof oordeelde, staat aan het invoeren van het opschortingsrecht door [opdrachtgever] op grond van de ondeugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden (en aan het oordeel dat het voorstel van [de dakdekker] niet redelijk is) niet in de weg dat nog geen sprake was van oplevering van het werk door [de dakdekker] en dat de gebreken zich voor herstel leenden. Het opschortingsrecht strekt immers juist ertoe druk op [de dakdekker] uit te oefenen om de tegenvordering na te komen, en heeft, voor het geval [de dakdekker] daarmee in gebreke zou blijven, mede het karakter van zekerheid voor de voldoening (door middel van verrekening) van de uit zijn verzuim voortvloeiende schadevordering.”

Gelet hierop treffen de klachten van de opdrachtgever doel en vernietigt de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam.

Conclusie

Dit arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat aan het invoeren van een opschortingsrecht op grond van de ondeugdelijkheid van reeds uitgevoerde werkzaamheden niet in de weg staat dat het overeengekomen werk (zoals in dit geval de dakdekkerswerkzaamheden) nog niet is opgeleverd en dat de gebreken zich dus nog voor herstel lenen. De Hoge Raad komt tot dit oordeel door nauw aan te sluiten bij de ratio achter het opschortingsrecht, te weten:

- 1 een dwangmiddel om druk uit te kunnen oefenen op een contractuele wederpartij met als doel dat deze zijn tegenvordering nakomt;
- 2 het bieden van zekerheid voor de voldoening van de uit het verzuim voortvloeiende schadevordering (in het geval een wederpartij ondanks de uitgeoefende dwang toch in gebreke blijft).

Dirkzwager ASV

E secretariaat-asv@dirkzwager.nl
www.dirkzwagerasv.nl

Het regresverbod ex artikel 7:962 lid 3 bw en inleen

In de moderne maatschappij komt het veelvuldig voor dat rechtspersonen (een deel van) hun werkzaamheden uitbesteden aan derden met wie zij geen arbeidsovereenkomst hebben. Denk bijvoorbeeld aan ZZP'ers. De voordelen – zoals het niet hoeven sluiten van een arbeidsovereenkomst met vergaande verplichtingen, ook als er bijvoorbeeld geen werk te vergeven is – die dit voor inleners biedt, die zijn bekend.

De rechtspositie van deze flexibele werkrachten zelf is door de wetgever vergaand beschermd. Denk bijvoorbeeld aan ongevallen op het werk. Als zo'n flexibele werknemer een arbeidsongeval overkomt, waarbij een werkgever (inlener) een verwijt treft zoals bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW, dan heeft deze flexibele werknemer dezelfde rechten richting deze werkgever als zijn eigen werknemer(s) – als die het ongeval was/waren overkomen – met wie hij wel een arbeidsovereenkomst heeft. Dit volgt uit artikel 7:658 lid 4 BW.

Stel nu dat de zorgverzekeraar van het slachtoffer (de ZZP'er) als gevolg van het arbeidsongeval zoals hiervoor bedoeld de zorgkosten vergoedt. Mag deze zorgverzekeraar dan die uitkeringen verhalen op de inlener? Deze vraag houdt de rechtspraak al enige tijd (druk) bezig.

Artikel 7:962 lid 3 BW stelt dat – kort samengevat en voor zover hier relevant – de verzekeraar geen vordering verkrijgt op de werkgever van de verzekerde. Aldus geen subrogatie. Dat de wet geen tekstueel onderscheid maakt tussen de formele werkgever (met wie er een arbeidsovereenkomst is) en de materiële werkgever (met wie er geen arbeidsovereenkomst is; de inlener), is naar mijn oordeel een aanwijzig dat het regresrecht in beide instanties (en aldus onverkort) geldt. Anders had de wetgever toch wel in 2005 (titel 17 van boek 7 waarin het Verzekeringsrecht is vervat, is per 1 januari 2006 van toepassing) een tekstueel onderscheid gemaakt? De vraag stellen is hem beantwoorden, zo komt mij voor.

In de jurisprudentie in de rechtspraak wordt ook wel gesteld dat het doel van het regresverbod hier niet aan de orde is. Kort gezegd zou met het regresverbod bedoeld

zijn 'gedonder op de werkvloer' te voorkomen. Men zou niet willen dat de werkgever tegenover de werknemer zou komen te staan, omdat de verzekeraar van de werknemer verhaal neemt op de werkgever. Dit zou niet aan de orde zijn bij flexibele arbeidskrachten. Enkel indien er sprake zou zijn van een duurzame verhouding tussen de werkgever en de werknemer zou het regresverbod gelden. Nog daargelaten dat de werkgever veelvuldig verzekerd is tegen aanspraken zoals hier bedoeld, blijkt van deze eis niet in de wettekst van artikel 7:962 lid 3 BW. Bovendien, wat is duurzaam? In de relatie tussen echtgenoot en geregistreerde partner enerzijds en de verzekeraar van de andere echtgenoot/geregistreerde partner geldt ook een regresverbod. Die relatie hoeft bepaald niet duurzaam te zijn en kan van het één op het andere moment tot een einde komen. Immers, één op de drie relaties strandt. Bovendien, de eis van de duurzaamheid sluit geenszins aan bij de praktijk van alledag.

De rechtbank Amsterdam heeft inmiddels bij vonnis van 28 november 2012 (zaaknummer/rolnummer: 514340 / HA ZA 12-431) bepaald dat er mede gelet op de toenemende flexibilisering van de arbeidsmarkt geen aanleiding bestaat om in het kader van artikel 7:962 lid 3 BW onderscheid te maken tussen de formele en de materiële werkgever (inlener). Vanuit de jurisprudentie zijn er ook wel andere (lagere) uitspraken bekend met een andere inhoud en uitkomst. Bepaald van belang is dan ook dat nu het gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 29 oktober 2013 (ECLI: NL: GHANS: 2013: 3717) de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank Amsterdam heeft bekrachtigd. Kortom, geen regres indien er sprake is van inleen. Een gedachtegang die ik al geruime tijd onderschrijf én in en buiten rechte bepleit.

Waar er nu tegengestelde jurisprudentie voorhanden is, maar (uit)eindelijk ook een gerechtshof over deze kwestie heeft beslist, is het wachten op een uitspraak van de Hoge Raad. In zoverre is het te hopen dat er in voornoemde kwestie door de in het ongelijk gestelde zorgverzekeraar cassatieberoep bij de Hoge Raad wordt ingesteld. De materie leent zich uitstekend voor een principiële uitspraak van de Hoge Raad. De praktijk is met een dergelijke uitspraak gebaat. Aan de hand van die uitspraak kunnen immers de nodige dossiers ofwel direct gesloten worden ofwel (financieel afgewikkeld worden, terwijl er dan in de toekomst over deze rechtsvraag niet verder geprocedeerd hoeft te worden.

René Wildenburg

T +31 (0)26 353 83 46

E wildenburg@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Vergoeding smartengeld: 10% hoger vanwege discussie in literatuur

In een procedure over de omvang van de schadevergoeding na een medische fout heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2014:81) geoordeeld dat de smartengeldvergoeding 10% hoger moet zijn vanwege de daarover in de literatuur gevoerde discussie.

Het gaat in de procedure om het volgende. Vanaf medio 1988 woonde moeder in bij het gezin van haar dochter. Op een avond is moeder in de woning van haar dochter van de trap gevallen en op haar hoofd terechtgekomen. Aansluitend is zij opgenomen in het St. Antonius Ziekenhuis. Er is CT-scan van de hersenen gemaakt, waarbij een hematoom is waargenomen. Die nacht verslechterde de situatie van moeder. Dat is eerst onderschat en pas na enkele uren werd de diagnose subduraal hematoom gesteld. Moeder is met spoed overgeplaatst naar het UMC Utrecht. Aldaar heeft een neurochirurgische operatie plaatsgevonden. Als het gevolg van het delay in de behandeling heeft moeder verscheidene ernstige rest verschijnselen overgehouden.

Het ziekenhuis waar moeder in eerste instantie is opgenomen betwist niet dat zij aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het delay in de behandeling. Over diverse schadeposten bestaat tussen partijen echter wel discussie. In deze bijdrage belicht ik in dat verband alleen de smartengeldvergoeding.

De rechtbank heeft bij beschikking in het gevoerde deelgeschil een bedrag van € 100.000 aan smartengeld toegewezen. Deze beslissing is in de bodemzaak in stand gebleven (ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7503). In de appelprocedure grieft het ziekenhuis tegen dit oordeel.

Ten aanzien van het smartengeld begint het hof met de standaardoverwegingen dat de hoogte van de immateriële schadevergoeding (ex artikel 6:106 lid 1 BW) naar billijkheid moet worden vastgesteld, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. Bij de beoordeling van de hoogte van dit bedrag neemt het hof mede in aanmerking de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend alsmede de sinds de betreffende uitspraak opgetreden geldontwaarding (HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR2000:AA8358).

Vervolgens weegt het hof de feiten en omstandigheden af die een rol zouden moeten spelen bij het bepalen van de hoogte van de smartengeldvergoeding. Moeder was 79 jaar ten tijde van het incident. Zij was in (relatief, gelet op haar leeftijd) goede gezondheid toen het medisch incident plaatsvond. Zij heeft als gevolg van het incident stoornissen op het gebied van mentale, zintuiglijke, lichamelijke en cognitieve functies. Moeder is aangewezen op intensieve verzorging. Op basis van het ingewonnen medisch advies kan volgens het hof worden geconcludeerd dat sprake is van 73% blijvende invaliditeit van de gehele persoon.

Het hof slaat voorts acht op de bedragen die door de Nederlandse rechter in vergelijkbare gevallen zijn toegekend en verwijst naar de zaak onder nummer 245 van de Smartengeldgids 2012. In dat geval ging het om een 64-jarige vrouw die ernstig letsel opliep door een verkeersongeval. De immateriële schadevergoeding is in die zaak (geïndexeerd) bepaald op € 61.050. Het hof acht een smartengeldvergoeding van dat bedrag in beginsel ook passend in deze zaak en wijkt daarmee behoorlijk af van de door de rechtbank toegekende smartengeldvergoeding.

Een bedrag van rond de € 100.000 is toegewezen als het gaat om een opzettelijk, vaak gaat het om ernstiger letsel en in het algemeen worden hogere bedragen toegekend aan mensen met een lagere leeftijd.

Tot zover weinig nieuws onder de zon. Het meer bijzondere in deze zaak zit echter in het feit dat het hof rekening houdt met de discussie over de hoogte van het smartengeld die gaande is in de literatuur en om die reden het bedrag van € 61.050 met 10% verhoogt tot € 67.155.^[1]

De rechter heeft de vrijheid om de hoogte van de immateriële schade naar billijkheid te bepalen. Daarbij kan ook rekening worden gehouden met maatschappelijke ontwikkelingen. Waarom een verhoging van de smartengeldvergoeding met een percentage van 10% in dit geval redelijk is, wordt echter door het hof niet toegelicht. Een nadere motivering daarvan was in mijn ogen op zijn plaats geweest. De enkele verwijzing naar de discussie in de literatuur is wel erg summier.

Annelijn Kroes

T +31 (0)26 353 84 16

E kroes@dirkwager.nl

www.dirkwagerasv.nl

[1] Vgl. onder (veel) meer: S.D. Lindenbergh, De waarde van smartengeld, Verkeersrecht Aankelen 2013, 97; T. Hartlief, Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water? in de Smartengeldgids 2012, p. 6-11 en N. Frenk & C.C. van Dam, Stagnerende smartengeldbedragen. Kan de Hoge Raad er wat aan doen?, NJB 2012, 2299.

Zorgplicht verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering: mededelingsplicht over uitlooprisico

Bij vonnis in kort geding van 12 februari 2014 (ECLI:NL:RBMNE:2014:507) heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland verzekeraar MediRisk gelast in onderhandeling te treden met de curatoren in het faillissement van de Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis te Spijkenisse (“het RVP”) over de verzekering van het uitlooprisico onder de polis die tussen hen heeft gelopen tot 1 juli 2013. In het licht van de feiten en omstandigheden zoals die blijken uit de uitspraak, is dat opvallend te noemen.

Claims made

De polis van het RVP bij MediRisk kent de dekkingsgrondslag claims made. Aanspraken die voortvloeien uit een handelen of nalaten zijn alleen gedekt wanneer dat handelen of nalaten plaatsvond tijdens de looptijd van de verzekering, terwijl die aanspraken ook tijdens die looptijd moeten worden ingesteld. Daardoor ontstaat niet alleen een zogenaamd inlooprisico, maar ook het (in casu relevante) uitlooprisico: als het handelen of nalaten plaatsvond tijdens de looptijd van die verzekering, maar de aanspraak pas nadien geldend wordt gemaakt, bestaat geen dekking.

Het uitlooprisico

Het uitlooprisico kon in het onderhavige geval worden meeverzekerd op Rubriek F van de polis bij MediRisk. In dat geval zou na het beëindigen van de verzekering anders dan op verzoek van de verzekeringnemer een aanbod gelden tot het verzekeren van het uitlooprisico tegen nader te bepalen premie en condities.

Het RVP heeft er evenwel voor gekozen Rubriek F niet mee te verzekeren.

Faillissement van verzekerde en prepack-periode

De polisvoorwaarden kennen daarnaast een (gebruikelijk) beding op grond waarvan de verzekering eindigt in geval van faillissement van de verzekeringnemer en wel op de datum waarop het faillissement wordt uitgesproken.

De verzekeringnemer is op grond van diezelfde polisvoorwaarde verplicht MediRisk

onmiddellijk van een faillissement in kennis te stellen. Dat heeft het RVP in het onderhavige geval niet gedaan, terwijl het daartoe voldoende gelegenheid had. Aan het faillissement is namelijk een prepack voorafgegaan: de latere curatoren zijn begin juni 2013 aangesteld als stille bewindvoerders om een eventuele doorstart uit insolventie voor te bereiden.

Curatoren lijken zich tijdens de prepack-periode niet gerealiseerd te hebben dat de verzekeringssituatie in kaart diende te worden gebracht en hebben ook geen melding aan MediRisk gedaan van het faillissement op 24 juni 2013. Uit de uitspraak blijkt dat de directrice van MediRisk zelf contact heeft opgenomen met een van de bestuurders van het RVP om te wijzen op de polisbepaling waarin is bepaald dat de verzekering eindigt op de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken.

Daarop hebben curatoren direct contact gelegd met MediRisk, aangegeven dat het RVP een doorstart zou maken en dat het RVP derhalve een tijdelijke verlenging van de dekking nodig zou hebben. MediRisk is (morrend, maar na een afweging van de belangen van de patiënten, haarzelf en haar leden – MediRisk is een Onderlinge) akkoord gegaan met een verlenging van de dekking, eerst tot 29 juni en later tot 1 juli 2013. Daarbij is als expliciete voorwaarde gesteld dat curatoren dienden in te stemmen met de beëindiging van de betreffende polis per 1 juli 2013, hetgeen ook is gebeurd.

Vaststaat dat het uitlooprisico door geen van beide partijen ter sprake gebracht.

Wel is door MediRisk voorzien in eerst een voorlopige dekking en daarna een definitieve verzekering voor de nieuwe entiteit. Volgens curatoren is dat gebeurd teneinde een “onafgebroken dekking” te bewerkstelligen.

Nadat de nieuwe entiteit een aantal aanspraken had ontvangen over de vóór 1 juli 2013 liggende periode heeft MediRisk laten weten die niet in behandeling te willen nemen omdat er geen inloopdekking was voor de nieuwe entiteit, terwijl zij curatoren van het RVP heeft laten weten dat er ook geen dekking was onder de polis van het RVP bij MediRisk vanwege het feit dat het uitlooprisico niet was meeverzekerd. Daarop zijn curatoren een kort geding tegen MediRisk gestart.

Verplichting tot onderhandelen over uitlooprisico

Uiteindelijk heeft de Voorzieningenrechter bepaald dat MediRisk binnen vier weken na betekening van het vonnis een aanbod aan curatoren diende te doen voor het verzekeren van het uitlooprisico, ervan uitgaande dat het aanbod gedaan had moeten

worden op de kortst mogelijke termijn na het uitspreken van het faillissement van het RVP, waarbij factoren die zich vóór het aflopen van die termijn hebben voorgedaan, mogen worden verdisconteerd in het aanbod en daaropvolgende onderhandelingen. Aanspraken die na die termijn zijn ingediend, mogen evenwel niet worden meegewogen bij het doen van het aanbod.

De mededelingsplicht van de verzekeraar

De Voorzieningenrechter heeft blijkbaar doorslaggevend geacht dat MediRisk het ontbreken van uitlooptekking niet ter sprake heeft gebracht terwijl dat in andere gevallen (entiteitswisselingen van zorginstellingen door bijvoorbeeld een fusie) nooit een bezwaar is geweest voor het onderhandelen over het verlenen van uitlooptekking en plaatst dat in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid.

Mijns inziens is de Voorzieningenrechter behoorlijk welwillend geweest ten opzichte van de curatoren in het faillissement van het RVP, waarbij niet uit te sluiten valt dat het belang van de patiënten bij verzekeringsdekking van het ziekenhuis doorslaggevend is geweest.

Natuurlijk valt er wat voor te zeggen dat als MediRisk – onverplicht – wijst op het risico dat de verzekeringsdekking door het uitspreken van het faillissement per direct is komen te vervallen, zij dan ook een mededeling moet doen over het uitlooptekking. Tegelijkertijd is de vraag wat er zou zijn gebeurd als MediRisk wel op dat risico had gewezen. Rubriek F was immers niet meeverzekerd en dan valt op goede gronden te betogen dat MediRisk niet gehouden was een aanbod te doen voor de dekking van het uitlooptekking.

De onderzoeksplicht van de verzekerde

Tegenover de mededelingsplicht van MediRisk staat een onderzoeksplicht van de curatoren van het RVP. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat curatoren zich in het geheel niet hebben bekommerd om verzekeringsdekking, niet hebben gezien dat Rubriek F (over het uitlooptekking) niet was meeverzekerd, niet wisten van de mededelingsplicht bij faillissement van het RVP en de prepack-periode niet hebben benut om zich desnoods door externen over de verzekeringspositie van het RVP te laten voorlichten.

Mijns inziens had van de curatoren als professionele partij mogen worden verwacht dat zij de risico's inzake de verzekeringsdekking hadden onderkend.

De zorgplicht van de verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering

Hoewel het om een kort gedingvonnis gaat en niet om een bodemprocedure en de omstandigheden van het geval een belangrijke rol hebben gespeeld, waag ik mij toch aan twee algemene opmerkingen die voor de praktijk relevant zijn.

- 1 De zorgplicht van de verzekeraar (bestaande uit een onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht) is met name in de precontractuele fase onderwerp van diverse procedures geweest. Met deze uitspraak is de zorgplicht van de verzekeraar ook tijdens de looptijd van de verzekering nader ingekleed: op de verzekeraar rust een mededelingsplicht ten aanzien van het uitlooprisico in geval de verzekering door faillissement wordt beëindigd.
- 2 De mededelingsplicht van de verzekeraar weegt zwaarder dan de onderzoeksplicht van de verzekeringnemer, ook al wordt die vertegenwoordigd door – juridisch onderlegde – curatoren.

Annet van Duijn

E duijn@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Regresrecht voor gemeenten voor WMO vanaf 2015

Met de nieuwe Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) die in 2015 moet worden ingevoerd krijgen gemeenten meer verantwoordelijkheden voor het organiseren van passende ondersteuning aan huis voor mensen die niet zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen. De wet beoogt het voor mensen mogelijk te maken langer thuis te blijven wonen en te participeren in de samenleving.

Een van de nieuwe aspecten waarin het wetsvoorstel WMO 2015 voorziet is een regresrecht voor gemeenten. De gemeente krijgt de bevoegdheid om de kosten van een door hem verstrekte maatwerkvoorziening of daaraan gekoppeld persoonsgebonden budget te verhalen op de aansprakelijke persoon. In het wetsvoorstel is het regresrecht opgenomen onder artikel 2.4.3.

De regeling is gelijkloidend aan de regresrechten zoals die in de sociale verzekeringswetten zijn opgenomen.

Het regresrecht zal beperkt zijn tot het civiele plafond. Dat betekent dat het verhaal ten hoogste het bedrag kan zijn, waarvoor aansprakelijke persoon bij het ontbreken van de maatwerkvoorziening of het persoonsgebonden budget aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag, gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de cliënt is gehouden.

Voorts zal het nemen van regres op de werkgever en de collega-werknemer worden beperkt tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid.

Het regresrecht zal verder doorgaans beperkt zijn tot gevallen van schuldaansprakelijkheid. De gevallen van risicoaansprakelijkheid blijven daarom in de meeste gevallen buiten toepassing. Om dit te bewerkstelligen, zal in artikel 6:197 BW een verwijzing naar artikel 2.4.3 worden opgenomen (artikel 6.33).

Annelijn Kroes

T +31 (0)26 353 84 16

E kroes@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Het Europees paspoort voor verzekeraars, tussenpersonen en gevolmachtigden

Met de steeds verdergaande harmonisatie van de Europese Unie, onderzoekt menig levens- en schadeverzekeraar de mogelijkheden om zijn diensten op een eenvoudige manier in andere lidstaten op de markt te brengen. In tegenstelling tot wat de kernwaarde vrij verkeer van diensten doet vermoeden, staat het verzekeraars echter niet vrij dit zonder meer te doen. Dit is terug te voeren op de uiteenlopende vereisten die de verschillende nationale toezichthouders hanteren. Om de toegang tot andere lidstaten – en daarmee tevens een vrije dienstverrichting alsook de concurrentie – te bevorderen, is echter bij de Richtlijnen 2002/83/EG en 92/49/EG het zogenaamde Europees paspoort ingevoerd.

Het Europees paspoort is mogelijk het meest belangrijke uitvloeisel van deze richtlijnen. Zij is gebaseerd op de binnen in de Europese Economische Ruimte (EU plus Liechtenstein, IJsland en Noorwegen) geldende principes van *'home country control'* en *'single license'* die bepalen dat een verzekeraar met een zetel in een lidstaat enkel onder het toezicht staat van de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat die hem een vergunning heeft verleend.

In feite is het Europees paspoort een aanvulling op een reeds door DNB aan de verzekeraar afgegeven vergunning om verzekeringsactiviteiten te mogen ontplooiën op de Nederlandse markt. De verzekeraar hoeft dan geen separate vergunning(en) aan te vragen voor activiteiten in andere 'Europese' landen, doch kan een Europees paspoort verkrijgen door een notificatieprocedure te doorlopen (artikel 2:117 juncto 2:116 Wft).

Bij de (kosteloze) notificatieprocedure maakt de verzekeraar aan DNB haar voornemen tot grensoverschrijdende werkzaamheden kenbaar, met een opgave van landen waarin zij voornemens is deze activiteiten te ontplooiën. De verzekeraar dient daarbij te vermelden welke werkzaamheden dit zijn (inclusief een opgave van de aard van de risico's van de verzekeringen die worden aangeboden) en een verklaring te overleggen dat zij over de vereiste solvabiliteitsmarge beschikt.

De verzekeraar dient een keuze te maken of dat hij de diensten 'cross border' vanuit Nederland wil gaan aanbieden, of dat hij vanuit een fysiek bijkantoor in de beoogde lidstaat wil gaan werken. In het eerste geval is, voordat de verzekeraar voor het eerst in een andere lidstaat activiteiten gaat verrichten, instemming van DNB vereist. Gezien artikel 2:119 Wft, stemt DNB echter in beginsel in met de aanvraag. Binnen een maand dient DNB een besluit te nemen over de aanvraag tot instemming. Het (instemmende) besluit wordt vervolgens binnen een werkdag medegedeeld aan de toezichthouder(s) van de lidstaat/lidstaten waar de verzekeraar de diensten wil gaan ontplooiën

Voor het openen van een bijkantoor in een andere lidstaat gelden aanvullende vereisten. Ook dan zal DNB de aanvraag allereerst zelf – maar nu binnen drie maanden – beoordelen. DNB blijft namelijk de toezichthoudende instantie voor de activiteiten die de verzekeraar in het buitenland ontplooit. Dit komt voort uit het eerder genoemde 'home country control' principe. Wel zullen meer gegevens door de verzekeraar moeten worden overgelegd aan DNB, waaronder over de dagelijks beleidsbepalers, de bedrijfsvoering en de kapitaalsvereisten (artikel 47 Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft). Tevens kan de toezichthouder van de andere lidstaat – binnen twee maanden na de mededeling van DNB – nadere voorwaarden verbinden aan het uitvoeren van werkzaamheden in die lidstaat, die aan DNB worden doorgegeven.

Overigens kan het Europees paspoort kan ook een vereiste zijn voor andere dienstverleners uit de verzekeringssector, waaronder assurantietussenpersonen en gevolmachtigden, die in andere lidstaten willen opereren en onder de reikwijdte van de Wft vallen. Dirkzwager advocaten & notarissen kan uw organisatie adviseren op het gebied op vergunningverlening en andere Wft gerelateerde kwesties.

Wim Weterings

T +31 (0)26 353 83 22

E weterings@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

IBAN en het risico van een fout bij overboekingen

Een foutje is snel gemaakt, zeker met het invullen van rekeningnummers bij overboekingen via internetbankieren. De lange IBAN (International Bank Account Number) nummers (18 cijfers en letters) maken het er niet gemakkelijker op. PvdA-Kamerlid Henk Nijboer stelt hier vragen over aan minister Jeroen Dijsselbloem van Financiën.

Fout van de bank

Wanneer de bank bij een overschrijving een fout of vergissing maakt, kan de cliënt/rekeninghouder daar aanzienlijke hinder van ondervinden. Op de eerste plaats zal de cliënt dat zelf (tijdelijk) in zijn portemonnee merken. Ook kan dat voor de rekeninghouder in verhouding tot anderen tot problemen leiden. Zo is degene die bij de uitvoering van zijn verbintenis gebruik heeft gemaakt van de hulp van de bank, voor bankgedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk (aansprakelijkheid voor een hulppersoon). Wanneer de rekeninghouder door een fout van de bank te laat heeft betaald bijvoorbeeld (hetgeen in het verleden in een procedure aan de orde is geweest bij een huurder), is hij doorgaans zelf jegens die derde (in dat geval de verhuurder) aansprakelijk en draagplichtig. Uiteindelijk kan de rekeninghouder die negatieve gevolgen op de bank afwikkelen.

In de algemene bankvoorwaarden is geregeld dat de bank een fout of vergissing van de bank zal zo spoedig mogelijk zal proberen te herstellen. Dit mag de bank ook doen zonder instemming van de cliënt/rekeninghouder (zie artikel 19 van de Algemene Bankvoorwaarden). In artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden is bepaald dat de bank in het verkeer met de cliënt de nodige zorgvuldigheid in acht neemt. Het mag duidelijk zijn dat een bank op basis van reguliere contractuele verplichtingen (zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek) een fout zo snel mogelijk moet herstellen, en de gevolgen van die fout moet dragen.

Fout van de cliënt/rekeninghouder

Ook de cliënt/rekeninghouder gaat wel eens de fout in. Te denken valt aan het invullen van een onjuist rekeningnummer bij overboekingen via internetbankieren. IBAN-nummers maken gezien de lengte daarvan, het risico op een fout groter. IBAN bestaat in Nederland uit 18 tekens, namelijk het reeds bestaande bankrekeningnummer, vooraf

gegaan door de landcode, een controlegetal, letters die de bank aanduiden en een aanvulling met nullen.

Veranderingen van de rekeningnummers (en het converteren naar IBAN) zijn actueel, maar IBAN is niet nieuw. De acceptgiro is per 1 juli 2013 aangepast aan het gebruik van IBAN en aan de nieuwe Europese standaarden voor een gezamenlijke betaalmarkt, SEPA (Single Euro Payments Area). Rekeningnummers, overschrijvingen en incasso's zijn dan zowel voor binnenlandse als voor grensoverschrijdende eurobetalingen te gebruiken. Uiterlijk 1 augustus 2014 zijn de rekeningnummers en betaalmiddelen niet meer zonder IBAN te gebruiken.

Henk Nijboer zegt dat hij verschillende klachten heeft ontvangen van mensen die een fout hebben gemaakt bij het invullen van de lange IBAN-nummers. De rekeninghouder zal moeten aankloppen bij degene die ten onrechte de overschrijving (dus onverschuldigd betaald) heeft ontvangen. Een voorbeeld daarvan is het kort geding dat in 2009 bij de rechtbank Almelo was aangespannen door een man die door verschrijving van één cijfer in een oud-Postbanknummer een bedrag van € 43.000,- niet aan zijn zoon overmaakte, maar aan een wildvreemde. Degene die het geld ontving werd (vanwege onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking) bij verstek veroordeeld het betreffende bedrag te retourneren. In die zaak speelde wel een aanzienlijk restitutie-risico: de ontvanger had het geld verbrast.

In dergelijke gevallen weigeren banken uit het oogpunt van privacy soms de naam van de ontvanger door te geven. Wanneer de ontvanger het bedrag niet uit eigen beweging terug stort naar degene die hem onverschuldigd heeft betaald, levert dat een extra complicatie op voor degene die zijn geld geretourneerd wil zien.

Bank medeverantwoordelijk voor fout rekeninghouder?

Naar aanleiding van voornoemd kort geding in 2009 werd de vraag al gesteld of een bank niet medeverantwoordelijk is voor de eventuele schade wanneer degene aan wie onverschuldigd is betaald, geen verhaal biedt. Richting de bank heeft de rekeninghouder die de fout heeft gemaakt weinig mogelijkheden. De bank zal volgens de Algemene Bankvoorwaarden zoals gezegd naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening moeten houden. Omgekeerd wordt ook van de cliënt verwacht dat hij zorgvuldig is tegenover de bank. Voor eigen fouten is de rekeninghouder dus zelf verantwoordelijk. Volgens de Algemene Bankvoorwaarden hoeven banken niet de naam en het rekeningnummer te controleren.

Als het aan Henk Nijboer ligt, wordt dat laatste anders. Van Jeroen Dijsselbloem wil weten hoe vaak rekeninghouders per abuis naar een rekeningnummer overboeken waarnaar zij niet bedoeld hebben over te boeken. Verder vraagt hij de minister met de banken te overleggen over de aanpak van het probleem. De PvdA vindt dat banken moeten controleren of naam en IBAN-nummer bij elkaar horen bij overboekingen via internetbankieren. Controle van naam en rekeningnummer kan 'veel ellende' voorkomen, aldus Henk Nijboer.

Naam Nummer Controle en elfproef

Wanneer wordt gedoeld op de zogenoemde Naam Nummer Controle die ING voor oud-Postbankrekeningnummers hanteert, zal dat niet tot een oplossing leiden. De Postbank rekeningdatabase is opeenvolgend gevuld met gironummers, dus bijna elke cijfercombinatie is een geldig rekeningnummer. Bij het per ongeluk invoeren van een verkeerd cijfer (zoals de vader overkwam die in 2009 € 43.000,- aan zijn zoon wilde overmaken), is de kans groot dat aan een ander Postbankrekeningnummer wordt overgemaakt. De Postbank heeft die kwetsbaarheid in haar systeem opgelost door aan het nummer de naam te koppelen. De ING heeft dat controlesysteem gehandhaafd, hoewel dit fraudegevoelig is. In 2012 bleek bijvoorbeeld dat op grote schaal rekeningnummers en namen werden achterhaald met behulp van het door ING bij internetbankieren gebruikte Naam Nummer Controlesysteem.

Andere banken hanteren de zogenoemde 11-toets of elfproef. Een typfout in het rekeningnummer wordt bij deze toets opgespoord door een rekensom toe te passen op het nationale bankrekeningnummer (9 of 10 cijfers). Wanneer het bankrekeningnummer na die rekensom (waarbij het eerste cijfer van het rekeningnummer met 9 wordt vermenigvuldigd, het tweede cijfer met 8, het derde cijfer met 7 etc., en vervolgens alles bij elkaar wordt opgeteld) niet door 11 deelbaar is, is het geen geldig rekeningnummer, en wordt er direct een foutmelding gegeven. Op oud-Postbankrekeningnummers kan de 11-toets niet worden uitgevoerd. Ook na de invoering van IBAN (en toevoeging van controlenummers), kan op een oud-Postbanknummer de gewogen elfproef overigens niet worden uitgevoerd.

Bij langere rekeningnummers (dus na invoering van de IBAN-nummers) komt een typfout eerder voor, maar anderzijds neemt het risico op een fouten bij het invoeren van het langere IBAN-nummer af door de toevoeging van het controlegetal in het IBAN nummer. Of er sinds de invoering van de IBAN-nummers de foutkans daadwerkelijk is verhoogd, en per saldo meer foutieve overboekingen plaatsvinden door een typfout van de rekeninghouder, zal nog moeten blijken.

Een waterdichte oplossing voor verschrijvingen/typfouten bij rekeningnummers is niet zomaar gegeven. Zeker gezien de Europese gezamenlijke betaalmarkt, zullen de banken onderling een systeem moeten overeenkomen om dergelijke fouten van rekeninghouders te ondervangen. De vraag is of banken daartoe bereid zijn. Daarbij dient namelijk niet alleen te worden afgewogen waar welke verantwoordelijkheid ligt (van de rekeninghouder zelf kan en mag immers ook oplettendheid worden gevergd), maar dient bovendien een afweging plaats te vinden tussen het belang van bescherming tegen verschrijvingen en het belang van privacybescherming resp. veiligheid van het systeem.

Mascha Timpert-de Vries

T +31 (0)26 353 83 11

E timpert@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Vrije advocaatkeuze bij een rechtsbijstandsverzekering

Ten volge op de op deze kennispagina verschenen artikelen inzake de vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekeringen kan inmiddels worden gemeld dat ook de Hoge Raad in het arrest van 21 februari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:396) naar aanleiding van de uitspraak van het HvJEU heeft geoordeeld dat het recht op vrije advocaatkeuze van een rechtshulpverlener niet afhankelijk is van een besluit van de rechtsbijstandsverzekeraar dat de zaak door een externe rechtshulpverlener zal worden behandeld.

Judith van der Vlies

T +31 (0)26 353 83 02

E vandervlies@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Dekkingsweigering is alleen geoorloofd indien verzekeraar in zijn belangen is geschaad door het niet-meewerken van verzekerde!

Op 7 maart 2013 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin werd geoordeeld dat dekkingweigering wegens niet- meewerken van verzekerde, alleen is toegestaan indien de verzekeraar daardoor in zijn belangen is geschaad.

Feiten & omstandigheden

Eiser c.s. hebben met Aegon N.V. een rechtsbijstandverzekering gesloten. De uitvoering van deze overeenkomst heeft Aegon opgedragen aan SRK.

Eiser c.s. hebben op 5 februari 2009 van verkopers een woning gekocht. Eiser c.s. hebben zich tot de verkopers gewend vanwege non-conformiteit. Tijdens de verbouwwerkzaamheden op 11 april 2009 bleek (een deel van) de vloer van de woning, inclusief de onderliggende steunbalken, namelijk verrot te zijn. Verkopers hebben aansprakelijkheid van de hand gewezen, waarna eiser c.s. hun geschil bij SRK hebben gemeld.

SRK achtte geen redelijke kans aanwezig om met succes verkopers aan te spreken op de door eiser c.s. ontdekte gebreken. SRK was desalniettemin bereid verkopers nog éénmaal aan te schrijven. Wederom werd de aansprakelijkheid door verkopers van de hand gewezen.

Eiser c.s. hebben op een gegeven moment een klacht ingediend bij Aegon die op haar beurt eiser c.s. gewezen hebben op de mogelijkheid van een deskundigenrapport in de zin van artikel 6.3 van de polisvoorwaarden, alsmede op de mogelijkheid van een beroep op de geschillenregeling in artikel 16.1 van de polisvoorwaarden. Wanneer een verzekerde het niet eens is met het eindstandpunt van SRK omtrent de redelijke kans van slagen van een bepaald geschil, dan kan de verzekerde een beroep doen op voornoemde mogelijkheden.

Vervolgens hebben eiser c.s. – met instemming van SRK – Bureau voor Bouwpathologie BB te Montfoort een deskundigenonderzoek laten verrichten naar de gebreken van de door hen gekochte woning. De slotsom van het naar aanleiding daarvan op 12 oktober 2010 uitgebrachte rapport was dat het merendeel van de gebreken tijdens de bezichtiging en de overdracht van de woning al zichtbaar waren.

Na kennis te hebben genomen van het rapport heeft SRK eiser c.s. verschillende keren gevraagd om instructies over de verdere be- c.q. afhandeling van de zaak. Ongeveer drie maanden later heeft SRK eiser c.s. bericht dat de dekking in het betreffende dossier wordt beëindigd omdat eiser c.s. geen gehoor hebben gegeven aan de verscheidene verzoeken van SRK.

Eiser c.s. hebben toen een kort geding aanhangig gemaakt. Zij hebben gevorderd dat SRK verplicht moet worden om een externe advocaat in te schakelen die – voor rekening van SRK – een bindend advies geeft met betrekking tot het door SRK ingenomen standpunt en de juridische aanpak van de zaak, en/of dat SRK de behandeling van het geschil voortzet.

SRK voert het verweer dat zij niet meer gehouden is het geschil van eiser c.s. met verkopers verder in behandeling te nemen, omdat eiser c.s. geen gehoor hebben gegeven aan de verzoeken van SRK hun standpunt mee te delen met betrekking tot de voortzetting van het geschil. SRK beroept zich daarmee op een schending van de medewerkingsplicht, die is opgenomen in de polisvoorwaarden.

De voorzieningenrechter heeft de vordering van eisers c.s. afgewezen en het hof heeft die uitspraak bekrachtigd. Het hof was kort gezegd van oordeel dat uit de inschakeling van de deskundige (in plaats van het volgen van de geschillenprocedure) bleek dat partijen het kennelijk alsnog eens waren over de verdere behandeling door SRK en de wijze van afdoening. Het hof overweegt dan dat sprake moet zijn van schending van de belangen van de verzekeraar, wil een beroep op schending van de medewerkingsplicht gerechtvaardigd zijn en komt tot de conclusie dat daarvan sprake is.

Is verzekeraar in zijn belangen geschaad?

In cassatie wordt – onder meer – geklaagd tegen het oordeel van het hof dat SRK zich kan beroepen op de bepalingen in de polisvoorwaarden die de verzekerde de rechten uit de polis ontzeggen indien deze zijn verplichtingen uit de verzekering, waaronder het verlenen van zijn volle medewerking, niet nakomt. Het onderdeel richt een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat de belangen van SRK zijn geschaad door het vermeend 'niet reageren' van eiser c.s., en wel dusdanig dat van

SRK niet meer kon worden geveerd dat zij dekking zou blijven bieden.

Deze klacht slaagt:

“Overeenkomstig hetgeen is beslist in HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9705, NJ 2008/57, voor het geval waarin een verzekeraar zich op een contractueel vervalbeding wenst te beroepen op de grond dat een schademelding te laat is gedaan, dient de verzekeraar in een geval als het onderhavige onder opgave van redenen te stellen dat hij door de niet-nakoming door de verzekerde van zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst in zijn redelijke belangen is geschaad. Het hof had derhalve, gelet op de evengenoemde stelling van [eiser] c.s., aan de hand van hetgeen SRK daaromtrent heeft aangevoerd, dienen te onderzoeken of SRK door de handelwijze van [eiser] c.s. in haar redelijke belangen is geschaad. Hetgeen het hof aan het slot van rov. 5.3.2 heeft overwogen (aangehaald hiervoor in 3.2), geeft er geen blijk van dat het hof dat heeft onderzocht, althans vormt niet een toereikende motivering voor het oordeel dat de door SRK aangevoerde nadelen – dat zij door het uitblijven van een reactie meer werk moest verrichten, en dat de vertraging de kans op een schikking verkleinde – voldoende klemmend waren.”

Het hof heeft derhalve onvoldoende onderbouwd dat de door de verzekeraar aangevoerde nadelen – dat zij door het uitblijven van een reactie meer werk moest verrichten en dat de vertraging de kans op een schikking verkleinde – voldoende klemmend waren. Het verwijzingshof zal derhalve de vraag dienen te beantwoorden of door het schenden van de medewerkingsplicht SRK in haar belangen is geschaad.

Sanne Rutten

T +31 (0)26 353 83 45

E rutten@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. Let op de rente!

Kabel- en leidingschade komt veelvuldig voor in Nederland. Deze schade is in meer of in mindere mate het gevolg van de schending van een zorgplicht door de gravende partij. Over de door de beheerder/ eigenaar van een kabel of leiding geleden schade wordt rente berekend vanaf het moment dat de schade wordt geleden. Deze kosten kunnen door het enkele verloop van tijd hoog oplopen.

Inleiding

Er wordt in Nederland heel wat afgegraven. De grond in Nederland is inmiddels aardig vol gelegd met kabels en leidingen. Het gaat hierbij om kabels en leidingen voor het transport van elektra, gas, telecom (waaronder sinds kort ook glasvezel), olie, (hemel) water en menselijk afval. Voor een groot deel zijn deze kabels en leidingen in kaart gebracht.

Voordat een partij (in de literatuur aangeduid als: "de grondroerder") begint met haar graafwerkzaamheden dient zij zich te vergewissen van de eventuele aanwezigheid van kabels en leidingen in het tracé. Dit doet zij door een Klic-melding (Kabels en Leidingen Informatie Centrum). De melding wordt feitelijk gedaan aan het Kadaster. Vervolgens moeten kabel- en leidingbeheerders die in het desbetreffende tracé kabels en/of leidingen hebben liggen, in een tekening aangeven waar hun kabels en/of leidingen zich bevinden. Dit alles ter voorkoming van graafschade. Het is meestal de hoofdaannemer die zorgt voor de Klic-melding. Het is vervolgens aan de hoofdaannemer om de Klic-tekeningen aan de onderaannemer (en uiteindelijk aan de onderste partij in de keten die feitelijk de grond gaat roeren) ter hand te stellen. De Klic-melding moet maximaal 30 en minimaal 3 dagen voorafgaande aan de graafwerkzaamheden worden gedaan. Het doen van de Klic-melding is onderdeel van de onderzoeksplicht die op een hoofdaannemer rust en onderdeel uitmaakt van de zorgvuldigheidsplicht die (een keten aan) partijen hebben jegens alle kabel- en leidingbeheerders.

Door louter tijdsverloop kunnen de op de Klic-tekeningen aangegeven locaties van de kabels en leidingen niet meer accuraat zijn. Het is mede daarom aan de grondroerder om op locatie nader onderzoek te doen naar de precieze ligging van de op de Klic-tekening aangegeven kabels en/of leidingen.

De grondroerder dient de op de Klic-tekening ingetekende kabels en/of leidingen feitelijk te lokaliseren. Dit gebeurt in de regel door het graven van proefsleuven en door het steken met een spade in de grond om te 'voelen' of er iets ligt. Het proces van het lokaliseren wordt ook wel de verificatieplicht genoemd. De verificatieplicht is een onderdeel van de onderzoeksplicht die op de uiteindelijke grondroerder rust en onderdeel uitmaakt van de zorgvuldigheidsplicht.

Schending van de onderzoeksplicht, zowel voor wat betreft het nalaten van het doen van een Klic-melding en/of het bestuderen van de Klic-tekeningen als het op locatie niet voldoen aan de verificatieplicht, levert een onrechtmatige daad op jegens de desbetreffende kabel- en/of leidingbeheerder in de situatie dat er tijdens de werkzaamheden schade wordt toegebracht aan een kabel of leiding.

De zorgplicht rust op alle schakels in de keten van de grondroerder. De zorgplicht hebben partijen jegens de kabel- en leidingbeheerder. In de situatie dat er sprake is van een hoofdaannemer en een onderaannemer heeft de hoofdaannemer jegens de kabel- en/of leidingbeheerder een onderzoeksplicht die concreet ziet op het in kaart brengen van de ligging van de kabels en/of leidingen, en heeft de onderaannemer jegens de kabel- en/of leidingbeheerder een verificatieplicht. Mocht er schade ontstaan aan een kabel en/of leiding en er wordt geconcludeerd dat de onderzoeksplicht is geschonden, waarvan op grond van de jurisprudentie al vrij snel sprake is, dan kan een kabel- en/of leidingbeheerder zowel de hoofdaannemer als de onderaannemer aanspreken. De aansprakelijkheid is hoofdelijk. Vervolgens moeten de hoofdaannemer en de onderaannemer zelf uitmaken wie intern welke kosten voor haar rekening neemt.

De zorgplicht van een grondroerder is gecodificeerd in artikel 2 van de WION (Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten).

De casus

Vrij recentelijk is al het bovengenoemde nog eens door de rechtbank Amsterdam uitgelegd. De casus was als volgt:

ING Real Estate heeft aan X BV (graaf)werkzaamheden in opdracht gegeven. X BV heeft Y BV als onderaannemer ingeschakeld voor de uitvoering van de (graaf) werkzaamheden. ING Real Estate heeft een Klic-melding gedaan. Liander heeft vervolgens aan X BV aangegeven dat zij in het graaftracé kabels heeft liggen. X BV heeft aan de hand van de Klic-tekeningen proefsleuven in het graaftracé gemaakt om

de ligging van de kabels inzichtelijk te maken. Vervolgens heeft X BV aan Y BV een verklaring afgegeven waaruit blijkt dat alle in het graaftracé aanwezige kabels op deugdelijke wijze waren opgezocht, beschermd en gemarkeerd. Aan de hand van die informatie is Y BV begonnen met haar (graaf)werkzaamheden. Al bij de eerste werkzaamheden ging het mis. Bij het intrillen van de damwandplanken werden vier kabels van Liander doorkliefd.

Liander vordert dat X BV en Y BV hoofdelijk worden veroordeeld tot vergoeding van de schade. De rechtbank overweegt dat vaststaat dat X BV de kabels van Liander niet (afdoende) heeft gelokaliseerd zodat X BV jegens Liander haar onderzoeksplicht heeft geschonden. Ook op Y BV rust een zelfstandige onderzoeksplicht die in deze situatie betekent dat Y BV de deugdelijkheid van het onderzoek van X BV had behoren te verifiëren. Meer concreet had Y BV de Klic-tekeningen moeten opvragen bij X BV, had zij deze moeten bestuderen en had zij zelfstandig moeten en kunnen oordelen dat de kabels van Liander niet (afdoende) waren gelokaliseerd. Y BV mocht, voor wat betreft haar aansprakelijkheid jegens Liander, zich niet verschuilen achter de verklaring die zij van X BV heeft ontvangen waarin X BV heeft aangegeven dat alle kabels afdoende waren gelokaliseerd. De rechtbank overweegt dat X BV en Y BV jegens Liander tekort zijn geschoten in hun zorgplicht. Deze schending levert jegens Liander een onrechtmatige daad op. X BV en Y BV worden hoofdelijk veroordeeld tot voldoening van de schade van Liander. Tussen X BV en Y BV overweegt de rechtbank dat in die verhouding de schade voor rekening van X BV dient te komen nu Y BV, voor deze 'interne' (in de keten) aansprakelijkheid, mocht vertrouwen op de verklaringen van X BV. De verificatieplicht van Y BV gold namelijk enkel in haar relatie tot Liander.

De rente

Liander heeft over haar vordering tevens rente gevorderd. De rechtbank overweegt dat X BV en Y BV wettelijke rente over de schade van Liander verschuldigd zijn vanaf het moment dat de kabels werden doorkliefd. De schade van Liander wordt namelijk gevorderd op grond van de onrechtmatige daad. Bij een onrechtmatige daad treedt het verzuim vanaf het schadebrengend feit in (artikel 6:83 sub b BW). Nu de hoogte van de schadevergoeding bij kabel- en leidingschade abstract wordt berekend, is de vordering terstond opeisbaar ook al staat het bedrag van de schade nog niet vast. Dit is ook logisch omdat, vanaf het moment dat de kabels werden geraakt, Liander schade heeft geleden. Vanaf dat moment zijn de kabels namelijk minder waard geworden. Dit is een logische, maar voor X BV en Y BV dure, overweging. De schade werd namelijk 'al' in 2008 veroorzaakt terwijl het vonnis in 2014 is geweest.

Conclusie

Alle schakels in de keten van de grondroerder hebben een zorgplicht jegens een kabel- en/of leidingbeheerder. De invulling van deze zorgplicht wordt bepaald door de positie binnen deze keten. Groot belang wordt daarbij gehecht aan het correct doen van een Klic-melding en het feitelijk lokaliseren op locatie van de kabels en leidingen die uit de Klic-tekeningen blijken. Mocht er op enig moment toch schade worden toegebracht aan een kabel of leiding, dan is het goed om te realiseren dat vanaf dat moment de wettelijke rente gaat lopen. Dit kan een incentive zijn om schade 'snel' te regelen. De rente kan immers hoog oplopen. X BV en Y BV werden namelijk veroordeeld tot betaling van EUR 48.858,17 aan rente.

Mocht de aansprakelijkheid inmiddels vaststaan, maar zijn partijen het nog oneens over de hoogte van de schade, dan kan het voor wat betreft de rente uitkomst bieden om als aansprakelijke partij een voorschot onder algemene titel te betalen. Daarmee wordt het schadebedrag verlaagd zodat de wettelijke rente over een lager nog eventueel resterend schadebedrag wordt berekend en/of, als het gaat om schades die op verschillende tijdstippen worden geleden, de wettelijke rente over de 'oudste' schade wordt voorkomen of beperkt.

Sebastiaan van de Kant, advocaat Ondernemingsrecht. Peter van Huizen, advocaat Aansprakelijkheid, Schade en Verzekering.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Bim praktijkdag 2014: uitwisselen van ervaringen met het bouw informatie model

Op donderdag 19 maart 2014 hebben Joost Bindels en Annet van Duijn (advocaten binnen de sectie Aansprakelijkheid, Schade en Verzekering met een focus op technische schades) de BIM praktijkdag 2014 bijgewoond.

Diverse gebruikers van het Bouw Informatie Model, zowel van de zijde van opdrachtgevers als van de zijde van opdrachtnemers (architecten, raadgevend ingenieurs, aannemers en installateurs), hebben ervaringen, valkuilen en successen gedeeld.

Het was een nuttige bijeenkomst, waarin de actuele stand van zaken met betrekking tot BIMmen uitgebreid aan bod is gekomen.

De voordelen van BIMmen

De voordelen van BIMmen kwamen uiteraard veelvuldig aan bod. BIM is veel meer dan alleen een methode om in 3D te modelleren. Door de samenwerking van de bij het project betrokken adviseurs en uitvoerders worden in de voorfase al problemen onderkend waarvoor een oplossing kan worden gevonden voordat met het werk wordt begonnen. Daardoor krijgt de opdrachtgever een beter bouwwerk, kan hij gerichter aanbesteden en zijn de faalkosten lager.

Om de voorbereiding compleet te maken, kunnen aan het BIM 3D-model de kosten (4D) en planning (5D) worden gehangen.

Toekomstmuziek: BIM na oplevering inzetten voor onderhoud

Het model zou ook de basis moeten vormen voor de werkzaamheden die ná oplevering in het verschiep liggen: onderhoud, renovatie en sloop. Dat gebeurt op dit moment niet of nauwelijks, met name in afwachting van de juiste software op dat gebied.

Valkuil: vele softwarepakketten in omloop

De software is ook meteen een belangrijke valkuil: de diverse partijen maken nativebestanden en gebruiken daarvoor een variëteit aan software. Die bestanden worden geëxporteerd naar het IFC model (Industry Foundation Classes, een open bestandsformaat), maar de praktijk leert dat daarbij technische problemen ontstaan. Een goede controle of alle informatie is overgenomen in het IFC model is daarmee onontbeerlijk.

Clash controles

Op basis van het IFC model worden ook de zogenaamde clash controles uitgevoerd door de BIM-regisseur: met speciale software worden de diverse modellen op elkaar afgestemd. Worden knelpunten gesignaleerd, dan kunnen die al voor de aanvang van de bouw worden opgelost.

Het BIM protocol

Ruime aandacht was er ook voor het BIM protocol. Opdrachtgever Eigen Haard heeft een overkoepelend protocol dat wordt aangepast aan het specifieke project, maar het komt ook voor dat het protocol ad hoc wordt opgesteld met de betrokken bouwpartijen. In het protocol wordt onder meer vastgelegd wat het gezamenlijke nulpunt is binnen het BIM en hoe het versiebeheer dient plaats te vinden. Ook de taken en rollen van de diverse BIM-partijen worden daarin aangegeven, alsmede bijvoorbeeld de frequentie van de clash controles door de BIM-regisseur.

Level Of Development

Vragen uit de zaal hadden veelal te maken met de gebruikte software, maar ook betrekking op de rol van leveranciers: wat wordt van hen verwacht in het kader van detaillering (Level Of Development). Een concreet antwoord werd daarop overigens niet gegeven, maar wel werd duidelijk dat over het algemeen de voorkeur wordt gegeven aan LOD300 boven LOD500 omdat het BIM anders te groot wordt en daarmee traag en minder makkelijk hanteerbaar.

Juridische aspecten van BIMmen

Tijdens de praktijkdag zijn slechts kort de juridische aspecten van BIMmen aan bod gekomen, waaronder de noodzaak tot het maken van (niet alleen technische, maar ook juridische) afspraken, beveiliging van gegevens, versiebeheer en de waarschuwingsplicht.

De komende maanden zullen Joost en Annet uitgebreider op de juridische aspecten van BIMmen ingaan. Houd daarom de Kennispagina of KennisApp in de gaten!

Annet van Duijn

E duijn@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. Twijfel bij de Klic-tekening

Een grondroerder is op grond van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (hierna: "WION") gehouden om voorafgaand aan graafwerkzaamheden een graafmelding te doen (de Klic-melding). Als er uit de verkregen Klic-tekening niet blijkt dat er kabels en/of leidingen in het graaftracé aanwezig zijn en er wordt tijdens het graven toch een kabel of leiding geraakt, is de grondroerder dan tegenover de netbeheerder toch aansprakelijk voor de schade?

Inleiding

Een grondroerder is op grond van de WION verplicht zorgvuldig te graven. Deze zorgvuldigheid is tweeledig. Ten eerste moet de grondroerder een Klic-melding doen bij het Kadaster waarna de grondroerder een Klic-tekening krijg waarop alle kabels en leidingen die zich binnen het graaftracé bevinden zijn ingetekend. Ten tweede moet de grondroerder de ingetekende kabels en leidingen op de graaflocatie traceren. Dit gebeurt onder andere door het graven van proefsleuven en het steken in de grond met houten spaanders. Als de kabels eenmaal zijn gelokaliseerd, gemarkeerd en veilig zijn gesteld heeft de grondroerder in de regel voldaan aan zijn zorgplicht richting de netbeheerder.

Het intekenen

Ter voorkoming van graafschades is er in artikel 6 en artikel 10 van de WION de plicht opgenomen voor netbeheerders om hun kabels en leidingen aan te geven en in te tekenen. Dit intekenen is nog lang niet overal gebeurd. Uit de evaluatie van de WION (de WION is ingevoerd in 2008 en moet op grond van artikel 51 WION binnen vijf jaar worden geëvalueerd) blijkt dat de aangeleverde liggingsinformatie in ongeveer 40% van de gevallen niet volledig of correct is, bijvoorbeeld omdat er meer leidingen zijn dan is ingetekend of omdat leidingen ontbreken. Hiervoor worden de volgende redenen genoemd:

- In de jaren '60 en '70 werd geen goede registratie bijgehouden, dat was toen nog niet verplicht;
- Kaartmateriaal is verloren gegaan bij de vele fusies en overnames in de branche;
- Sommige gemeenten hebben een behoorlijke achterstand bij het intekenen van riolen en hemelwaterafvoeren;
- Netbeheerders zijn soms afhankelijk van topografisch materiaal alvorens een revisie te kunnen doorvoeren.

Gezien het bovenstaande heeft zowel een grondroerder een zorgvuldigheidsplicht (het doen van een Klic-melding als het feitelijk lokaliseren) als een netbeheerder (het in kaart brengen van haar kabels en leidingen en deze informatie actualiseren). De vraag welke zorgvuldigheidsplicht zwaarder weegt zorgt voor veel discussie.

De casus

Recentelijk heeft het hof Arnhem-Leeuwarden moeten oordelen over een graafschade-kwestie. De casus was als volgt.

Particulier A heeft aan hoofdaannemer X de opdracht gegeven om een aanbouw voor zijn privéwoning te realiseren. X heeft tijdens de werkzaamheden geconstateerd dat het peil van de grondwaterstand vrij hoog was. X heeft geoordeeld dat het noodzakelijk was voor de uitvoering van de bouwwerkzaamheden om heipalen te slaan. X heeft onderaannemer Y ingeschakeld voor de heiwerkzaamheden. Y is met de heiwerkzaamheden aangevangen zonder dat er een Klic-melding was gedaan (zowel X als Y heeft nagelaten een Klic-melding te doen). De werkzaamheden werden afgerond.

Drie jaar na afronding van de bouwwerkzaamheden kwam de gemeente er achter, die lokale riolering in beheer heeft, dat het riool op de locatie van de woning van A is verstopt. Deze verstopping is het gevolg van de bovengenoemde bouwwerkzaamheden. De gemeente heeft een bypass van het riool moeten realiseren. De kosten voor de bypass wenst de gemeente op X in haar hoedanigheid van hoofdaannemer te verhalen. X heeft vervolgens alsnog een Klic-melding gedaan. Op de Klic-tekening die X kreeg stond het riool niet ingetekend.

De vordering van de gemeente wordt in eerste aanleg en in hoger beroep afgewezen. Het hof oordeelt dat de gemeente schade heeft geleden die als onrechtmatig is aan te merken. Deze schade is, uitzonderingen daargelaten, toe te rekenen aan een partij die heeft nagelaten een Klic-melding te doen. Het doen van een Klic-melding is bij uitstek een plicht die de grondroerder heeft. Het hof oordeelt dat deze plicht niet ook op

hoofdaannemers rust. Voor een dergelijke uitbreiding van de aansprakelijkheid is volgens het hof geen wettelijke grondslag aanwezig. Nu de gemeente enkel X heeft gedagvaard, en niet Y als feitelijke grondroerder, werd de vordering van de gemeente afgewezen nu X geen plicht had om een Klic-melding te doen. Ook de vordering op grond van artikel 6:171 BW werd afgewezen nu de gemeente had nagelaten aan te geven wat de fout van Y was waar X jegens de gemeente voor aansprakelijk zou moeten zijn. De gemeente moet haar eigen schade dragen.

Op de procedure valt nog wel het een en ander aan te merken. Zo kan bijvoorbeeld worden afgevraagd waarom Y niet ook werd gedagvaard, waarom er niet is aangevoerd dat de fout van Y ziet op het nalaten van het doen van een Klic-melding en dus een overtreding is van artikel 2 WION, of er door X aan Y mededeling zijn gedaan waardoor Y er op mocht vertrouwen dat er veilig geheid kon worden en of er geen andere grondslag aanwezig is voor aansprakelijkheid van X. Nu draagt de gemeente haar schade immers zelf. De vraag die hier echter wordt gesteld is een hypothetische: hoe zou de uitkomst zijn geweest in de situatie dat Y voorafgaand aan de werkzaamheden wél een Klic-melding had gedaan, uit de Klic-tekening niet bleek dat er een riool aanwezig was en de gemeente Y wél hoofdelijk had gedagvaard? In die situatie was Y misschien alsnog vrijuit gegaan op grond van het volgende.

Mogen vertrouwen

Een grondroerder heeft de plicht om de ingetekende kabels en leidingen te lokaliseren. Als er in de Klic-tekening geen kabels of leidingen zijn ingetekend valt er in beginsel niks te lokaliseren en mag een grondroerder vertrouwen op die informatie. De grondroerder moet daarbij wel acht slaan op uiterlijke kenmerken ter plaatse waaruit de aanwezigheid van een kabel of leiding min of meer naar voren komt. Als een grondroerder twijfelt, bijvoorbeeld omdat er geen kabels zijn ingetekend op een locatie waar wel een elektriciteitskast wordt aangetroffen, dan moet hij navraag doen.

Het is nog maar de vraag of in bovengenoemde kwestie Y had mogen vertrouwen op de Klic-tekening. De bouwwerkzaamheden vonden plaats aan een privéwoning. Het is een feit van algemene bekendheid dat een woning is aangesloten op het riool.

Conclusie

Grondroerders en de netbeheerders hebben op grond van de WION beide een zorgvuldigheidsplicht. Welke zorgvuldigheidsplicht zwaarder weegt zal van geval tot geval verschillen. Het is daarbij zaak voor een grondroerder om tijdig een Klic-melding te doen, de Klic-tekening goed te bestuderen, de op de tekening ingetekende kabels

en/of leidingen feitelijk te lokaliseren en op locatie acht te slaan op uiterlijke kenmerken die een indicatie kunnen vormen voor (niet ingetekende) kabels of leidingen. Het is voor netbeheerders zaak om de kaarten zo actueel mogelijk te houden. Revisies zullen met enige spoed moeten worden doorgevoerd. Met een kabel of leiding die niet is ingetekend kan men immers ook geen rekening houden.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

De WION en de derde benadeelde

De Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION) richt zich tot een beperkt aantal partijen: de opdrachtgever tot het uitvoeren van graafwerkzaamheden, de partij onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht (de grondroerder) en de kabel- en leidingbeheerder.

De verantwoordelijkheden (onder meer) ter preventie van kabel- en leidingschade is met de bepalingen in de WION over deze partijen verdeeld. Toch wordt er met grote regelmaat tijdens graafwerkzaamheden schade toegebracht aan kabels en leidingen. Niet alleen de beheerders van die kabels en leidingen lijden daardoor schade. Ook derden kunnen schade lijden door een beschadigde kabel of leiding. Te denken is aan bedrijven die schade lijden doordat zij hun werkzaamheden niet meer kunnen uitoefenen als gevolg van een beschadigde kabel of leiding. Deze derden worden in dit kader ook wel derde benadeelden genoemd omdat zij buiten de verhouding van de in de WION genoemde partijen staan.

Kunnen de specifieke bepalingen van de WION dan een grondslag zijn voor de aansprakelijkheid van een grondroerder jegens een derde benadeelde? Anders gezegd: kan een derde benadeelde succesvol schadevergoeding vorderen van een grondroerder vanwege het schenden van een specifieke bepaling van de WION?

De rechtbank Zutphen oordeelde van niet. In haar uitspraak van 23 december 2009 (ECLI:NL:RBZUT:2009:BL4916), oordeelde zij over een vordering tot schadevergoeding van een accountantskantoor genaamd Kab. Kab sprak twee aannemers aan die betrokken waren bij grondwerkzaamheden. Daarbij werd schade toegebracht aan een aansluitkabel met daarin vier glasvezelkabels ten behoeve van de datalijnverbinding met Kab. Als gevolg van deze beschadiging is het centrale computersysteem van Kab uitgevallen.

Eén van de verwijten van Kab was dat de aannemers hun onderzoeksplicht zoals bedoeld in de WION hadden geschonden door de aanwezige kabels niet te lokaliseren. De rechtbank oordeelde over de toepasselijkheid van de WION als volgt.

“Met het bepaalde in de WION en het BION is uitdrukkelijk geen wijziging gebracht in de aansprakelijkheidsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Met deze regeling is slechts beoogd de verantwoordelijkheidsverdeling tussen grondroerder, opdrachtgever en kabelbeheerder te verduidelijken (MvT Tweede Kamer Vergaderjaar 2005–2006, nr. 30 475). Dat betekent dat de WION en het BION niet van toepassing zijn op de verhouding jegens derden zoals Kab.”

In de parlementaire geschiedenis waarop door de rechtbank Zutphen is gewezen staat het volgende:

“Schade aan kabels en leidingen wordt afgewikkeld op grond van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsregime, waarvan artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek de basis vormt. (...) Dit wetsvoorstel beoogt meer evenwicht te brengen in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen grondroeders en kabel en leidingbeheerders. Het betreft geen wijziging van de aansprakelijkheidsbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Deze verduidelijking van de verantwoordelijkheidsverdeling maakt duidelijker wie op grond van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk kan worden gesteld voor schade aan kabels en leidingen.”

De rechtbank Zutphen achtte de WION dus niet van toepassing op de verhouding jegens derden benadeelden.

Dit neemt uiteraard niet weg dat, zoals in de zaak van Kab ook het geval was, grondroeders ook zonder een beroep op de WION kunnen worden verweten dat zij onzorgvuldig hebben gehandeld en dus onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Het schenden van meer algemene verplichtingen uit de WION kunnen immers worden beschouwd als het schenden van algemene zorgvuldigheidsnormen die in de zin van artikel 6:162 BW ook jegens derden onrechtmatig zijn.

Peter van Huizen

T +31 (0)26 353 84 41

E vanhuizen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. De WION en aansprakelijkheid van de opdrachtgever

Graafwerkzaamheden worden meestal uitgevoerd door een keten van gravende partijen. Bovenaan de keten staat een opdrachtgever, onderaan de keten staat de grondroerder. Op de grondroerder rust, op grond van artikel 2 lid 3 Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION), de plicht om een Klic-melding te doen en om zorgvuldig te graven. Bij nalaten van deze wettelijke plicht staat bij graafschade aansprakelijkheid van de grondroerder, behoudens uitzonderingen, vast. In sommige situaties kan de opdrachtgever (mede-)aansprakelijk zijn voor de schade.

Inleiding

In de WION zijn de zorgplichten van de diverse partijen die betrokken zijn bij graafwerkzaamheden vastgelegd. Zo wordt in de WION geregeld hoe een grondroerder aan zijn wettelijke zorgplicht moet voldoen en hoe een leidingbeheerder informatie aan moet bieden en moet actualiseren om graafschades te voorkomen. De WION regelt voor wat betreft de opdrachtgever in artikel 2 lid 1 dat deze er voor dient te zorgen dat de graafwerkzaamheden waartoe hij opdracht geeft, op zorgvuldige wijze kunnen worden verricht. De wetgever heeft in de memorie van toelichting op de WION aangegeven wat hiermee wordt bedoeld:

“Dat betekent dat de opdrachtgever, onder meer bij het vaststellen van de prijs van het te verrichten werk en de tijd die hij daarvoor geeft, rekening moet houden met het feit dat de grondroerder een melding moet doen en dat er mogelijk voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen”.

Het oriëntatieverzoek

De zorgplicht van de opdrachtgever komt mede voort uit de discrepantie die tussen opdrachtgevers en grondroeders is ontstaan door een overvloed aan aanbod van grondroerende partijen. Aan de ene kant wordt door opdrachtgevers van grondroeders verwacht dat er zo snel en goedkoop mogelijk wordt gegraven, terwijl aan de andere kant door de wetgever in de vorm van de WION een zorgvuldig graafproces wordt voorgeschreven. In de praktijk bijt dit elkaar.

Artikel 7 WION bepaalt dat een opdrachtgever voorafgaand aan het werk gebieds-informatie bij het Kadaster kan opvragen (het oriëntatieverzoek). Zo wordt voor een opdrachtgever in een vroeg stadium duidelijk of er kabels of leidingen in het toekomstige graaftracé aanwezig zijn. Dit is van belang voor het ramen van de kosten en de tijd voor een project. Artikel 7 WION kleurt zodoende de zorgplicht van artikel 2 lid 1 WION in.

Artikel 7 WION is echter vrijblijvend. Er wordt geen verplichting voor de opdrachtgever opgenomen en de bepaling ontslaat de grondroerder niet van zijn eigen (onderzoeks)plichten. In de praktijk zal dus de invulling van artikel 2 lid 1 WION, bij het uitblijven van een oriëntatieverzoek, zeer casuïstisch zijn. Er kunnen echter wel handvatten worden gegeven. Zo zijn in het evaluatierapport van de WION als aanbevelingen opgenomen dat de zorgplicht van de opdrachtgever kan worden ingekleurd door:

- Bij het bestek een oriëntatiemelding mee te leveren aan de opdrachtnemer;
- Door in het bestek eisen te stellen voor de voorbereidingen;
- Door in het bestek te vragen naar door de opdrachtnemer te nemen maatregelen ter voorkoming van graafschades;
- Door bijvoorbeeld op te nemen hoe diep de proefsleuven moeten zijn;
- Door een maximum op te nemen aan het aantal keren dat het werk mag worden 'doorverkocht' aan onderaannemers.

Conclusie

De wetgever heeft in de WION opgenomen dat ook een opdrachtgever een taak heeft om graafschades te beperken. Het is aan een opdrachtgever om de werkzaamheden zo te plannen en te faciliteren dat de grondroerder tijd heeft om aan zijn plicht tot zorgvuldig graven te kunnen voldoen. Deze faciliterende rol kan worden ingevuld door het vooraf doen van een oriëntatieverzoek. De wet laat nog grote onduidelijkheden over de gevolgen voor een opdrachtgever bij het nalaten van zijn zorgplicht. Een casus waarbij het Agentschap Telecom (de toezichthoudende instantie die op grond van artikel 24 WION belast is met het toezicht op de naleving van de WION) handhavend tegen een opdrachtgever op grond van artikel 2 WION heeft opgetreden is nog niet bekend. Dat laat onverlet dat opdrachtgevers civielrechtelijk wel (mede-)aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schade aan kabels en/of leidingen als gevolg van het schenden van de zorgplicht.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. De huisaansluiting als uitzondering op de WION

Beheerders van kabels en leidingen zijn op grond van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION) verplicht om hun ondergrondse kabels en leidingen (de netten) in kaart te brengen. Mocht een grondroerder willen graven, en hij doet een Klic-melding, dan blijkt uit de Klic-tekening welke kabels en leidingen hij in het graaftracé zal aantreffen. Hij kan dan voorzorgsmaatregelen treffen. Huisaansluitingen zijn uitgezonderd van deze registratieplicht waardoor een huisaansluiting niet uit de Klic-tekening blijkt. Mocht een huisaansluiting worden geraakt bij grondroerende werkzaamheden, dan kan de grondroerder toch aansprakelijk zijn voor de schade.

Netten en huisaansluitingen

Beheerders van kabels en leidingen moeten op grond van de WION ligginggegevens verstrekken over hun netten. Een net wordt daarbij in artikel 1 sub e WION omschreven als:

“Een ondergrondse kabel of leiding, daaronder mede begrepen lege buizen, ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie”.

Een huisaansluiting zorgt voor de aansluiting van een eindverbruiker op het net. Volgens de minister van Economische Zaken (EZ) zijn huisaansluitingen als het ware de haarvaten van de ondergrondse netten in de vorm van bijvoorbeeld een aftakking van een elektriciteitsnet, die onder de weg ligt, naar de meterkast van een huis, flatgebouw of kantoor. Een aftakking is een huisaansluiting zolang het net waarop is aangesloten naar zijn aard ook open staat voor aansluiting aan een huishouden. Een aftakking van een elektriciteitsnet naar een bedrijf is zodoende een huisaansluiting zolang het net ook open staat voor aansluiting van huishoudens. Een huisaansluiting is volgens de toelichting op de WION enkel de laatste aftakking van een net naar de eindgebruiker.

De beheerders hebben na de invoering van de WION aangegeven dat de kosten onredelijk hoog zouden zijn als zij zouden worden verplicht om alle huisaansluitingen met terugwerkende kracht te lokaliseren en te registreren. Deze disproportionaliteit was de reden dat de wetgever heeft besloten om huisaansluitingen uit te zonderen van de registratieplicht zoals opgenomen in de WION. Dit was de reden dat artikel 1 lid 2 WION is opgenomen die bepaalt:

“Onder net als bedoeld in het eerste lid, onderdeel e, wordt niet begrepen de niet met andere kabels of leidingen samengebonden delen van kabels of leidingen die een verbinding vormen tussen een net dat naar zijn aard voor aansluiting van huishoudens wordt opengesteld, en één onroerende zaak als bedoeld in artikel 16, onderdeel a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken”.

De aansluitschets

Op grond van artikel 1 lid 2 WION is een beheerder niet verplicht om, met terugwerkende kracht, alle huisaansluitingen te registreren. Dit zorgt er voor dat huisaansluitingen niet op een Klic-tekening zichtbaar zijn. Om toch (enige) zekerheid te bieden aan een grondroerder kunnen bij de Klic-melding ook aansluitschetsen van de huisaansluitingen worden opgevraagd. Dit zijn afzonderlijke detailtekeningen van een huisaansluiting. Het risico bestaat echter dat deze aansluitschetsen niet aanwezig of niet actueel zijn. Het opvragen van aansluitschetsen kan daarnaast compliceren werken omdat bij de Klic-melding de grondroerder dan meerdere kaarten krijgt, namelijk van ieder huisadres en elk net een aparte kaart.

Aansprakelijkheid bij schade

De kans bestaat dat de aanwezigheid van een huisaansluiting in een graafracé niet uit de Klic-tekening of aansluitschets blijkt. Dit betekent niet dat een grondroerder vrijuit gaat bij het toebrengen van schade aan een niet ingetekende huisaansluiting. Een grondroerder heeft namelijk de wettelijke plicht om zorgvuldig te graven. Een grondroerder moet daarbij, naast wat uit een Klic-tekening blijkt, bedacht zijn op de aanwezigheid van andere kabels of leidingen. Een grondroerder moet daarbij letten op uiterlijke kenmerken ter plaatsen die een indicatie kunnen zijn voor de aanwezigheid van kabels en leidingen. Over het algemeen moet een grondroerder bedacht zijn op huisaansluitingen. Het is een feit van algemene bekendheid dat een huis, flatgebouw of kantoor is aangesloten op verschillende netten. Het is onderdeel van de zorgplicht om deze kabels en leidingen (de huisaansluitingen) feitelijk te lokaliseren. Wordt dit nagelaten en wordt er schade berokkend aan een huisaansluiting, dan kan een schending van deze (ongeschreven) zorgplicht een onrechtmatige daad jegens de beheerder opleveren.

Conclusie

Uit rapportage van het kabel en leiding overleg (KLO) blijkt dat, op basis van door 11 grote netbeheerders verstrekte informatie, 50% van de graafschades wordt veroorzaakt aan huisaansluitingen. Deze schade vloeit voor het overgrote deel voort uit het feit dat huisaansluitingen niet in de Klic-tekening zijn ingetekend, en een grondroerder op locatie niet bedachtzaam is op de aanwezigheid van een huisaansluiting. Het is disproportioneel voor beheerders om alle huisaansluitingen met terugwerkende kracht in te tekenen, maar het is wel zaak om alle nieuw aan te leggen huisaansluitingen in te tekenen. Een grondroerder dient ter voorkoming van schade bedacht te zijn op de aanwezigheid van huisaansluitingen. Het nalaten van een onderzoek naar de aanwezigheid hiervan kan in sommige gevallen aansprakelijkheid opleveren in geval van schade.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Nieuwe app voor juridische kennisdeling op internationaal niveau

Dirkzwager deelt al jaren actief en pro-actief juridische kennis. O.a. via de Nederlandstalige kennispagina's en via de app KennisBoek. Speciaal voor bedrijven die zaken doen met internationale ondernemingen lanceert Dirkzwager in samenwerking met de internationale alliantie van advocatenkantoren in Europa, Trans-European Law Firms Alliance (TELFA) nu ook de eerste internationale, juridische kennisapp Global Law. Deze Engelstalige app maakt het vanaf heden voor iedere onderneming mogelijk om wereldwijd kennis te vergaren over juridische zaken. De app geeft internationaal opererende ondernemingen te allen tijde mobiele toegang tot relevante informatie over wet- en regelgeving in de markten waarin zij zakendoen. Naast de app is ook het bestaande digitale platform www.legalknowledgeportal.com in een nieuw jasje gestoken.

De app heeft als doel internationale artikelen makkelijker vindbaar en leesbaarder te maken. De app selecteert informatie op basis van de persoonlijke voorkeuren van de gebruiker die zelf de rechtsgebieden en de landen kiest. Het platform is zo ontwikkeld dat het goed te lezen is op zowel desktop computers, tablets en smartphones. De basis is een steeds groeiend bestand van actuele artikelen over internationale wetgeving. Ongeveer 70 aangesloten advocatenkantoren in Europa, Amerika en de BRIC-landen, waaronder de bij advocatennetwerk USLAW aangesloten kantoren uit de VS, Canada en Zuid Amerika leveren in de app kennis over hun eigen jurisdictie. Het aantal aangesloten kantoren breidt zich voortdurend uit. Dirkzwager advocaten & notarissen is verantwoordelijk voor de redactionele bijdragen uit Nederland. "We zijn zeer verheugd over de lancering van de app die juridische kennisdeling nu naar een nog hoger niveau tilt. Wij zetten ons actief in voor het delen van kennis en beschouwen dit als een essentieel onderdeel van onze dienstverlening aan onze cliënten. De samenwerking met TELFA en USLAW is uniek en maakt kennisdeling op internationaal niveau mogelijk", aldus Marcel Hielkema, Managing Director bij Dirkzwager advocaten & notarissen.

De app Global Law kan gratis worden gedownload via de officiële Apple store onder de naam “Global Law” of via de website www.legalknowledgeportal.com.

Dirkzwager

T +31 (0)26 353 83 00

E webmaster@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. Lokaliseren is een resultaatsplicht

Een grondroerder moet op basis van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (hierna: "WION") de kabels en leidingen die uit de Klic-tekening blijken feitelijk lokaliseren. Doet een grondroerder dit niet en ontstaat er schade, dan staat in principe de aansprakelijkheid van de grondroerder vast.

Positief lokaliseren

Voor aanvang van grondroerende werkzaamheden moet een grondroerder een Klic-melding doen bij het Kadaster. Uit de Klic-tekening blijkt vervolgens of en waar in het werktracé kabels en leidingen zich bevinden. Op grond van artikel 2 van de WION heeft een grondroerder de plicht om de kabels en leidingen die uit de Klic-tekening blijken ook daadwerkelijk te traceren. Dit heet de lokaliseringsplicht. Deze lokaliseringsplicht houdt een resultaatsplicht in en wordt ook wel 'positief lokaliseren' genoemd. Deze positieve lokalisering wordt soms door grondroerders wel eens ten onrechte vervangen door 'negatief lokaliseren'; de grondroerder gaat over tot grondroerende werkzaamheden omdat hij na intensief zoekwerk de kabels en/of leidingen die uit de Klic-tekening blijken niet heeft kunnen vinden. Als er in die situatie toch schade wordt toegebracht aan een kabel of leiding dan staat over het algemeen de aansprakelijkheid van de grondroerder vast.

De inspanningen die een grondroerder zal moeten verrichten om succesvol te kunnen lokaliseren zal afhangen van de bodem en de feitelijke situatie. Feit blijft wel dat grondroerders er van uit moeten gaan dat kabels en leidingen enkel door verloop van tijd niet meer op de exacte locatie liggen zoals in de Klic-tekening is opgenomen. De Klic-tekeningen geven namelijk enkel de leggingslocatie, de locatie waar de kabel of leiding in het verleden werd gelegd, weer en niet de huidige leggingslocatie. De WION spreekt daarom ten onrechte over het verstrekken van leggingsgegevens omdat uit een Klic-tekening enkel blijkt waar de kabels en leidingen in het verleden zijn gelegd; de leggingsgegevens. De actuele leggingslocatie van kabels of leidingen kan door een veelvoud van oorzaken, zowel door mens als natuur, verschillen van de leggingslocatie. Dat is de reden dat een grondroerder moet onderzoeken waar de kabel of leiding op het moment van de werkzaamheden ligt.

Een voorbeeld

Een voorbeeld van de sanctie op het enkel negatief lokaliseren wordt gegeven in een kwestie die diende bij het gerechtshof Leeuwarden.

De provincie Groningen had opdracht gegeven aan aannemersbedrijf X om walbeschoeiing aan te brengen nabij het sluishoofd te Delfzijl. Voor dit doel zouden stalen damwanden in de bodem worden geplaatst (ingetrild). X had een Klic-melding gedaan en uit de Klic-tekening bleek dat in het werktracé een waterleiding van Waterbedrijf Groningen N.V. aanwezig was. Op locatie was de aanwezigheid van de leiding ook aangegeven door zinkerborden (gele borden met een grote zwarte "Z" er op getekend die aangeven dat er op die locatie een kabel of leiding in het water is 'afgezonken').

X heeft geprobeerd de leiding te traceren met een spuitlans. X heeft na veel traceerwerk moeten constateren dat zij de leiding niet heeft kunnen lokaliseren. X is vervolgens toch begonnen met het intrillen van de damwanden. Op enig moment is gebleken dat de damwanden de desbetreffende waterleiding hadden doorkliefd. De rechtbank en het hof oordeelde dat X aansprakelijk is voor de schade van Waterbedrijf Groningen N.V. omdat uit de Klic-tekening, en de zinkerborden op locatie, bleek dat er een leiding in de grond lag. Nu deze leiding niet feitelijk is gelokaliseerd staat vast dat X tekort is geschoten in de op haar rustende zorgplicht zoals opgenomen in artikel 2 WION.

Conclusie

Lokaliseren is een van de belangrijkste verplichtingen die een grondroerder heeft. Deze lokaliseringsplicht is geen inspanningsplicht maar een resultaatsplicht. Als er niet feitelijk wordt gelokaliseerd en er ontstaat schade aan een kabel of leiding door grondroerende werkzaamheden, dan staat in principe de aansprakelijkheid van de grondroerder vast. Mocht de kabel of leiding echt niet worden gevonden, dan kan in sommige gevallen contact worden opgenomen met de beheerder van de kabel of leiding die vervolgens op locatie de exacte ligging aanwijst.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade – verzekeringsrechtelijke verjaring – de derde verzekerde

De wet kent voor verschillende gevallen verschillende verjaringstermijnen. Zo geldt voor een vordering op grond van onrechtmatige daad, zoals bijvoorbeeld het geval is bij kabel- en leidingschades, een verjaringstermijn van 5 jaar. Is de aansprakelijke schadeveroorzaker verzekerd tegen aansprakelijkheid, dan geldt voor de vordering van de schadeveroorzaker op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar een termijn van 3 jaar (artikel 7:942 BW). Bij bekendheid van de vordering van de aansprakelijke verzekerde op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar gaat de driejarige verjaringstermijn in en zal de verzekerde zich dus tot zijn verzekeraar moeten wenden om die verjaring te stuiten. Een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar begint vervolgens pas weer te lopen, de dag nadat de verzekeraar de aanspraak op dekking erkent of afwijst.

Bij kabel- en leidingschades zijn er echter vaak andere aansprakelijke partijen die eveneens op de polis van de verzekerde tegen aansprakelijkheid zijn verzekerd (denk aan onderaannemers). Deze partijen worden daarom derden verzekerden genoemd. Moeten deze derden verzekerden zich bij bekendheid van de vordering op de verzekeraar zelf ook tot die verzekeraar wenden om de verjaring te stuiten, of doet de verzekerde bij zijn aanspraak op dekking meteen ook namens de derden verzekerden aanspraak op dekking, waardoor de verjaring ook ten aanzien van die derden verzekerden wordt gestuit?

Over deze vraag heeft het hof Amsterdam op 15 april 2014 uitspraak gedaan door middel van het volgende oordeel:

“In dat verband heeft [geïntimeerde] nog aangevoerd dat de enkele melding van de schade door [X] als mede namens [geïntimeerde] gedaan moet worden beschouwd, omdat op grond van het wettelijk stelsel zowel de verzekeringnemer als de tot uitkering gerechtigde de verzekeraar op de hoogte kan stellen van de verwezenlijking van het risico. Of de melding door [X] ook als namens [geïntimeerde] gedaan kan worden opgevat, hangt af van de omstandigheden van het geval. De aard van de verzekering

en de positie van [X] als verzekeringnemer en [geïntimeerde] als medeverzekerde spelen daarbij onder andere een rol. In dat verband geldt dat volgens de onderhavige verzekering niet een door de kraan veroorzaakt voorval is verzekerd, maar de aansprakelijkheid wordt verzekerd van bepaalde bij de kraan betrokken personen. Aldus brengt de aard van de verzekering mee dat de verzekerden elk een eigen specifieke aanspraak op de verzekeraar hebben. Reeds daarom kan melding door verzekerde [X] niet zonder meer hebben te gelden als een melding (ook) namens [geïntimeerde], die immers een derde-verzekerde is. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, die zijn gesteld noch gebleken.”

Als de derde verzekerde al bekend is met de vordering op de verzekeraar van de verzekerde bij wie hij op de polis als medeverzekerde staat vermeld, dan is het in het algemeen dus mogelijk dat de verzekerde ook namens de derde verzekerde melding doet, waarmee ten aanzien van zowel de verzekerde als de derde verzekerde de verjaring is gestuit. Echter, zoals blijkt uit de uitspraak van het hof zal, indien sprake is van een aansprakelijkheidsverzekering, de derde verzekerde ten aanzien van zijn eigen aansprakelijkheid niet zomaar kunnen verwijzen naar de melding door de verzekerde. Met de melding door de verzekerde is immers niet altijd ook melding gemaakt van de aansprakelijkheid van de derde verzekerde.

Peter van Huizen

T +31 (0)26 353 84 41

E vanhuizen@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

De verjaringstermijn in asbestzaken in Nederland is volgens de minister van veiligheid en justitie niet in strijd met het EVRM!

Op 11 maart 2014, ECHR (069)2014) deed het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak 'Moor and others vs. Switzerland' een uitspraak. Het persbericht van deze uitspraak is hier te lezen.

In deze uitspraak werd geoordeeld dat het recht op toegang tot het recht was geschonden doordat een werkgever een beroep deed op een verstreken verjaringstermijn van 10 jaar bij een asbestslachtoffer, waarbij wetenschappelijk vaststond dat het slachtoffer pas na het verstrijken van voornoemde verjaringstermijn de oorzaak van zijn ziekte kon hebben geweten.

Naar aanleiding van deze uitspraak heeft Tweede Kamerlid De Wit van de SP Kamer-vragen gesteld aan de Minister van Veiligheid en Justitie over de gevolgen van voor-noemde uitspraak voor Nederland en/of de verjaringstermijn zoals deze geldt in het Nederlands recht wellicht ook in strijd kan zijn met het EVRM. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft deze vragen inmiddels beantwoord.

Kort gezegd, komt het erop neer dat de Nederlandse wet- en regelgeving erg verschilt van de Zwitserse en derhalve wel in overeenstemming is met het EVRM. De antwoorden kun je hier raadplegen.

Sanne Rutten

T +31 (0)26 353 83 45

E rutten@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Klachtplicht (art. 7:23 Bw): Aanvang termijn waarbinnen moet worden geklaagd

Rechtsvraag: kan, indien een gebrek groter of van andere aard is dan aanvankelijk gedacht, aan een beroep op dat andere gebrek in de weg staan dat is nagelaten onderzoek te doen na ontdekking van het aanvankelijke gebrek?

Op 9 mei 2014 heeft de Hoge Raad wederom een arrest gewezen op het gebied van de klachtplicht, ditmaal die van artikel 7:23 BW (klachtplicht bij non-conformiteit), maar de door de Hoge Raad gegeven rechtsregel is evengoed van toepassing op artikel 6:89 BW (de 'generieke' klachtplicht).

Aan de orde was de vraag op welk moment de termijn begint te lopen, waarbinnen de koper er de verkoper kennis van dient te geven dat hetgeen is afgeleverd (volgens de koper) niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. Deze bepaling (art. 7:23 BW) beschermt de verkoper tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, door voor de koper een korte termijn voor te schrijven om over het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst te klagen, op straffe van verlies van het recht om zich op non-conformiteit te beroepen. De vraag wanneer binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 BW is gereclameerd kan niet in algemene zin worden beantwoord, maar is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waarbij de termijn waarbinnen is geklaagd een substantiële rol speelt.

In de onderhavige kwestie ging het om de koop van een gebouw. Na de levering was bij een asbestinventarisatie d.d. 16 april 1999 op diverse plaatsen in het gebouw hechtgebonden asbest geconstateerd en in de kelder ook niet-hechtgebonden asbest. Die laatste vorm van asbest heeft het risico dat vezels vrijkomen, die – bij inademing – tot asbestbesmetting kunnen leiden. De koper achtte de aard, omvang en locatie van het aangetroffen asbest niet dermate relevant, dat ter zake bij de verkoper geklaagd moest worden. De geconstateerde aanwezigheid van asbest bracht niet mee dat het gebouw niet overeenkomstig de bestemming als kantoorpand te gebruiken was (in die zin leverde het dus geen gebrek op).

Tijdens verbouwwerkzaamheden is, eind oktober 2000, ook niet-hechtgebonden asbest aangetroffen in het gebouw boven de kelder.

Na een aanvullend onderzoek direct na de ontdekking van het niet-hechtgebonden asbest heeft de koper ter zake bij de verkoper op 7 december 2000 gereclameerd c.q. de verkoper aansprakelijk gesteld. De verkoper beriep zich onder meer op art. 7:23 BW, stellende dat de koper niet tijdig had geklaagd.

Nadat de rechtbank de vordering van de koper had afgewezen op de grond dat niet tijdig was geklaagd, oordeelde het hof anders. Het hof overwoog dat – anders dan bij hechtgebonden asbest – de aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest in het gebouw, aan het gebruik daarvan als kantoorpand in de weg staat. Dat gebrek is (pas) eind oktober 2000 ontdekt en de klacht – na een kort onderzoek – op 7 december 2000 was naar het oordeel van het hof daarom tijdig, tenzij uit het asbestinventarisatie-rapport uit april 1999 door de koper had moeten worden opgemaakt dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestond dat zich ook in het gebouw boven de kelder niet-hechtgebonden asbest zou bevinden, in welk geval het op haar weg had gelegen om daarnaar onderzoek te laten verrichten. Om te kunnen beoordelen of dat het geval was, had het hof een deskundige benoemd die oordeelde dat voor de gemiddelde deskundige niet uit het asbestinventarisatie-rapport uit april 1999 viel op te maken dat bedoelde kans bestond. Daarvan uitgaand had de koper volgens het hof tijdig geklaagd en was de vordering tot schadevergoeding toewijsbaar.

Verkoper ging in cassatie bij de Hoge Raad en stelde dat de klachttermijn reeds ging lopen na de ontdekking in april 1999 van de hechtgebonden asbest in het gebouw en niet-hechtgebonden asbest in de kelder. Daartoe stelde de verkoper dat een koper de aanvang van de in art. 7:23 lid 1 BW bedoelde klachttermijn niet kan opschuiven door zich selectief te beroepen op non-conformiteit. Aangezien reeds in april 1999 is ontdekt dat asbest aanwezig was in het gebouw, had moeten worden beoordeeld of de koper binnen bekwame tijd na die datum (en dus niet na oktober 2000) heeft geklaagd, aldus de verkoper.

De Hoge Raad laat echter het oordeel van het hof in stand. Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en het is evenmin onbegrijpelijk. De Hoge Raad motiveert zijn beslissing door te overwegen dat de koper niet elk door hem ontdekt gebrek aan de verkoper moet melden. Het is aan de koper om te bepalen of hij zich jegens de verkoper op een gebrek wil beroepen. Wel laat dat, aldus de Hoge Raad, onverlet dat indien de koper later ontdekt dat het gebrek van groter omvang of van

andere aard is dan hij aanvankelijk dacht, of een (volgens hem) ander gebrek constateert, aan een beroep op dat gebrek in de weg kan staan dat hij na zijn aanvankelijke ontdekking geen nader onderzoek heeft gedaan of laten doen, terwijl dat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van hem kon worden verwacht.

Bij de beoordeling of aan de klachtplicht is voldaan, dient dus het door de koper aan haar vordering ten grondslag gelegde gebrek tot uitgangspunt te worden genomen, met dus de nuance daarbij dat als dit gebrek in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs eerder ontdekt had kunnen worden, de klachttermijn toch eerder kan zijn gaan lopen dan de dag waarop het gebrek feitelijk is ontdekt.

Aernout Baarsma

T +31 (0)26 353 83 45

E baarsma@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Uitleg polisvoorwaarden bij consumentenverzekeringen

Wanneer een verzekerde schade heeft geleden en voor deze schade op grond van de verzekeringsovereenkomst uitkering vordert van zijn verzekeraar, geldt in beginsel dat eerstgenoemde moet stellen en zo nodig bewijzen dat deze schade valt onder het risico waarvoor de verzekering dekking biedt en dat dit risico zich heeft verwezenlijkt. Met andere woorden, de verzekerde dient aan te tonen dat de schade valt onder een in de polisvoorwaarden opgenomen verzekerd evenement. Indien de verzekerde hierin slaagt, maar de verzekeraar van oordeel is dat de schade niet is gedekt vanwege het van toepassing zijn van een uitsluitingsgrond, rust de bewijslast van hiervan op de schouders van de verzekeraar.

Dikwijls komt het bij de bovenstaande bewijsopdrachten aan op de uitleg van bewoordingen van de polisvoorwaarden. In beginsel geldt dat contractuele bepalingen dienen te worden uitgelegd aan de hand de in het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158) geschapen uitlegnorm: bepalend is hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De Haviltex-norm zoekt daarmee naar de subjectieve bedoelingen van partijen.

Na het Haviltex-arrest is echter een trend ontstaan waarbij steeds vaker een objectieve uitlegmethode wordt gehanteerd en de subjectieve bedoeling van partijen een veel kleinere rol is gaan spelen. Zo ook bij de uitleg van bepalingen uit verzekeringsovereenkomsten. Dit is ondermeer bepaald in het Chubb/Dagenstaed-arrest. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij verzekeringsvoorwaarden waarover niet tussen partijen pleegt te worden onderhandeld (en ook niet onderhandeld is), de uitleg daarvan met name afhankelijk is van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van een eventuele bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.

Hoewel aan dit arrest een ter beurze gesloten verzekering ten grondslag ligt, sluit deze objectieve uitlegmethode tevens aan bij de zogenaamde verzekeringsovereenkomsten van de provinciale tekening, zoals consumentenverzekeringen en niet ter beurze

gesloten bedrijfsmatige verzekeringen, aangezien ook over de totstandkoming van de op deze verzekeringen van toepassing zijnde algemene polisvoorwaarden niet wordt onderhandeld. Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, 'Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Uitleg in het verzekeringsrecht', AV&S 2012/9.

Het uitgangspunt voor de objectieve uitleg is volgens de Hoge Raad dat het een verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen. Dat brengt ook de vrijheid mee om daarbij – op een wijze die voor de verzekeringnemer op grond van voormeld objectieve factoren voldoende duidelijk kenbaar is – binnen een samenhangend feitencomplex slechts aan bepaalde feiten of omstandigheden (rechts)gevolgen te verbinden en aan andere niet, dan wel onderscheid te maken tussen gevallen die feitelijk zeer dicht bij elkaar liggen. Het voldoende duidelijk kenbaar zijn voor de verzekeringnemer is met name van belang als het gaat om consumentenverzekeringen. Indien bepalingen uit de polisvoorwaarden van consumentenverzekering niet voldoende kenbaar of onduidelijk zijn en twijfel bestaat over de betekenis van een bepaling, dan dient volgens artikel 6:238 lid 2 BW niet de objectieve, maar de voor de consument (verzekerde) meest gunstigste uitleg te prevaleren. Deze uitleg sluit weer aan bij de eerder genoemde subjectieve Haviltex-norm, die haar betekenis niet in het geheel is verloren.

De bovengenoemde uitlegmaterie komt aan de orde in het arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 juli 2013, welke ik hieronder zal bespreken. In dit arrest komt goed naar voren dat in beginsel de objectieve uitleg bij consumentenverzekeringen wordt gehanteerd maar dat de grens tussen wanneer de objectieve uitleg en wanneer de voor de consument zo gunstig mogelijk (subjectieve) uitleg dient te gelden, erg dun is.

Casus

Verzekerde in deze zaak is eigenaar van een woonark. Voor deze woonark heeft verzekerde een schadeverzekering afgesloten waarop de polisvoorwaarden voor Pleziervaartuigen, Woonschepen en Vaartuigen van toepassing zijn. In deze voorwaarden zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

'Artikel 8 lid 1

Gevaren waartegen verzekerd:

Schade door alle gevaren van de vaart, als storm, blikseminslag, schipbreuk, stranden, aanvaren, brand, ontploffing, diefstal en alle andere plotseling van buiten komende onheilen.

Artikel 9

Eigen gebrek:

Het eigen gebrek van een verzekerd vaarttuig, alsmede hieruit voortvloeiende gevolgschade, is medeverzekerd.

Artikel 23

De vereniging vergoedt geen schade: (...)

11. ontstaan door vorst wanneer onvoldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen.'

Op 7 oktober 2009 heeft de verzekeraar een brief gestuurd aan verzekerde om te waarschuwen voor de gevaren van vorst en scheurvorming bij leidingen bij leegstaande en niet verwarmde woonboten. Tevens is in de brief vermeld dat deze schade niet door de verzekeraar wordt vergoed.

Op 26 december 2009 is de centrale verwarming van de woonboot van verzekerde uitgevallen. Dit is gemeld bij de verzekeraar. De woonboot van verzekerde was tussen 26 december 2009 en 1 januari 2010 onbewoond. Tussen partijen is op 26 december 2009 afgesproken dat verzekerde gedurende deze tijd de woonboot in de gaten zou houden.

Op 1 januari 2010 is de woonboot gezonken en verloren gegaan, evenals de inboedel.

Uit onderzoek blijkt dat de oorzaak van het zinken is dat een waterleiding van de woonboot is stuk gevoren waardoor een drijfbak is volgelopen met water.

Nadat verzekerde een beroep deed op de schadeverzekering heeft de verzekeraar de schade afgewezen. In de brief staan de volgende woorden: '*dat wij formeel gezien de gehele schade kunnen afwijzen, waarvoor wij u o.m. verwijzen naar (...)*'. Vervolgens verwijst de verzekeraar in haar brief naar artikel 23 sub 11 met daarin de voornoemde uitsluitingsgrond. Volgens de verzekeraar waren door verzekerde onvoldoende voorzorgsmaatregelen getroffen.

De verzekerde heeft de verzekeraar vervolgens gedagvaard en vordert een verklaring voor recht dat de verzekeraar dekking dient te verlenen onder de verzekeringspolis.

De verzekeraar verweert zich door te stellen dat verzekerde niet gesteld of bewezen heeft dat sprake is van een gedekt evenement (een van buiten komend onheil/ eigen gebrek), en voor zover daarvan wel sprake van zou zijn de uitsluitingsgrond van artikel 23 lid 11 geldt.

De rechtbank Zwolle-Lelystad heeft verzekerde in eerste aanleg in het gelijk gesteld. Volgens de rechtbank mocht verzekerde op grond van de afwijzingsbrief van de verzekeraar verwachten dat dekking zou worden verleend, indien het beroep van de verzekeraar op de uitsluitingsgrond niet juist zou worden bevonden. De afwijzingsbrief verwees alleen expliciet naar artikel 23 lid 11 en niet naar andere afwijzingsgronden. Dat in de afwijzing de afkorting 'o.m' is opgenomen, maakt dit volgens de rechtbank niet anders. Deze afkorting zou volgens de rechtbank alleen betrekking kunnen hebben op eventuele andere (niet genoemde) uitsluitingsgronden. Het beroep van de verzekeraar dat geen sprake is van een gedekt evenement zou volgens de rechtbank in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid nu deze gronden niet in de afwijzing waren genoemd. Of sprake is van een verzekerd evenement als 'een van buiten komend onheil' of een 'eigen gebrek', doet volgens de rechtbank dan ook niet ter zake.

Volgens de rechtbank is slechts aan de orde of het beroep van de verzekeraar op de uitsluitingsgrond van artikel 23 lid 11 al dan niet gehonoreerd kan worden. Met betrekking tot de uitsluitingsgrond (geen schade wordt vergoed wanneer onvoldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen) oordeelt de rechtbank dat deze onvoldoende duidelijk en begrijpelijk was voor de verzekerde als niet-professionele partij om uitkering te weigeren nu de verzekeraar niet had vermeld wat zij precies met voorzorgsmaatregelen bij woonarken bedoeld. Het beroep van de verzekeraar op deze uitsluitingsgrond wordt dan ook door de rechtbank verworpen. Vervolgens wijst zij de verklaring voor recht – dat de verzekeraar dient uit te keren – toe.

Hoger beroep

De verzekeraar is na aanleiding van het vonnis in hoger beroep gegaan. In hoger beroep voert de verzekeraar wederom aan dat niet hoeft te worden uitgekeerd op grond van de voorwaarden omdat geen sprake is van een verzekerd evenement en verzekerde onvoldoende maatregelen heeft genomen om de schade te beperken en dat schade ontstaan door vorst bij onvoldoende voorzorgsmaatregelen niet wordt vergoed.

Verzekerde stelt zich wederom op het standpunt dat het de verzekeraar niet vrij staat om dekking te weigeren op een andere grond dan de eerder door de in de afwijzing genoemde uitsluitingsgrond. Verzekerde stelt dat zelfs indien andere afwijzingsgronden kunnen worden meegenomen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van dekking, de schade gewoon gedekt is en geschaard kan worden onder 'een van buiten komend onheil' (artikel 8). Indien de schade niet valt aan te merken als een van buiten komend onheil, dient deze volgens verzekerde in ieder geval als 'eigen gebrek' (in de zin van artikel 9) te worden aangemerkt.

Het hof beoordeeld eerst de afwijzingsbrief van de verzekeraar. In tegenstelling tot de rechtbank, meent het hof dat de afkorting 'o.m.' niet anders kan worden gelezen dan dat er naast de genoemde uitsluitingsgrond nog andere afwijzingsgronden waren. Het hof trekt de uitleg van de afkorting dan ook ruimer dan de rechtbank aangezien het begrip afwijzingsgronden zowel het niet voldoen aan een verzekerd evenement, als het voldoen aan uitsluitingsgronden omvat.

In tegenstelling tot de rechtbank komt het hof dan wel toe aan de beoordeling of sprake is van een verzekerd evenement. Het hof heeft daarbij gekeken naar bewoordingen van artikel 8 (een van buiten komend onheil) en artikel 9 (dekking wegens een eigen gebrek) en wat de verzekerde hierover in het kader van zijn bewijsopdracht hierover heeft aangevoerd.

Het hof meent dat scheuren die zijn ontstaan aan de drijvers van de woonboot waardoor de woonboot volgens de ingeschakelde expert is komen te zinken, niet hun oorzaak vinden in een van buiten komende oorzaak. Volgens het hof kan het niet verwarmen van de boot als oorzaak voor de scheurvorming worden gezien. Doordat de verwarming aan boord tijdelijk niet was ingeschakeld is de waterleiding uiteindelijk bevroren en gaan lekken. Voorts is volgens het hof geen sprake van een plotselinge oorzaak.

Het hof oordeelt verder dat tevens geen sprake is van een eigen gebrek. Dat geen sprake is van een van buiten komende omstandigheid betekent volgens het hof namelijk niet dat er dan automatisch wel sprake is van een eigen gebrek. Het begrip eigen gebrek ziet volgens het hof toe op negatieve kwaliteit van het vaartuig in haar materiaal of constructie. Scheurvorming is volgens het hof niet altijd een eigen gebrek. Uit de feiten en omstandigheden volgt niet dat het materiaal van de woonboot kwalitatief minder waardig was. Was dat wel zo geweest dan zou volgens artikel 9 van de polisvoorwaarden wel sprake van dekking zijn geweest voor de daaruit voortvloeiende gevolgschade.

Het hof stelt vast dat nu geen sprake is van een van buiten komend onheil en/of een eigen gebrek verzekerde geen aanspraak kan maken op dekking van zijn schade. Dat geldt volgens het hof te meer nu de verzekeraar bij brief van 7 oktober 2009 verzekerde heeft gewaarschuwd dat schade als gevolg van in de vorst periode bevroren en gebarsten waterleidingen niet onder de dekking van de polis vallen. Aan de bespreking van de uitsluitingsgrond komt het hof vanzelfsprekend niet meer toe.

Conclusie

In de bovenstaande zaak komen dan ook drie uitlegkwesties aan bod. Allereerst de uitleg van de afkorting 'o.m.' uit de afwijzingsbrief van de verzekeraar waarmee de zaak in beginsel lijkt te staan of te vallen. De rechtbank kiest in eerst instantie voor een enge uitleg van de afkorting 'o.m.' waardoor enkel speelt of de verzekeraar een beroep kan doen op een uitsluitingsgrond. Omdat de rechtbank van oordeel is dat de uitsluitingsgrond onvoldoende duidelijk is, dient deze (subjectief) in het voordeel van de consument te worden uitgelegd.

Het hof kiest er zoals gezegd voor om aan de afkorting een ruime uitleg te geven waardoor de verzekeraar het verweer behoudt dat geen sprake is van een verzekerd evenement volgens de polisvoorwaarden. Bij de beoordeling of sprake is van een verzekerde evenement heeft het hof vervolgens met name gekeken naar de taalkundige betekenis van de bewoordingen. Het hof zal van oordeel zijn geweest dat deze bepalingen voldoende duidelijk kenbaar waren voor de verzekerde waardoor er voor een voor de consument zo gunstig mogelijke uitleg geen ruimte is, zoals dit reeds eerder in eerste aanleg nog wel het geval was bij de uitsluitingsgrond.

Deze zaak illustreert dan ook goed de verschillende uitlegnormen waarbij uiteindelijk de objectieve uitleg volgens het hof de voorkeur verdient. Verder wordt ook duidelijk dat de grens tussen wanneer de objectieve uitleg en wanneer de subjectieve uitleg gehanteerd moet worden, erg dun kan zijn.

Voor een goede algehele vergelijking is het jammer dat het hof geen overweging ten overvloede heeft besteed aan de uitleg van de uitsluitingsgrond. Wel is duidelijk dat de rol van de subjectieve uitleg niet dient te worden uitgevlakt bij consumentenverzekeringen. Het gevaar bestaat dat bij hanteren van de verschillende uitlegnormen verschillende (onverwachte) uitkomsten kunnen ontstaan en dat zowel verzekerde als verzekeraar bij onduidelijke polisvoorwaarden het schip in kunnen gaan. Verduidelijking van deze voorwaarden door bijvoorbeeld het opnemen van definities of voorbeelden verdient vanuit het oogpunt van beide partijen dan ook navolging.

Robin Schrijver

T +31 (0)26 353 83 02

E schrijver@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Brandverzekering.

Waardering bewijs brandstichting

In dit artikel zal de zaak die ten grondslag heeft gelegen aan het arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2014, (ECLI:NL:HR:2014:268) besproken worden.

In de woning annex café van verzekeringnemer is in 2003 brand uitgebroken. De verzekeringnemer vordert uitkering onder de bij Interpolis afgesloten verzekering. Daarop wordt door de verzekeraar dekking ontzegd wegens opzettelijke brandstichting, althans merkelijke schuld van de verzekeringnemer. De brandexpert had namelijk gerapporteerd dat de brand met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is ontstaan door een brandversneller. Er was ook geen verklaarbare technische oorzaak voor de brand anders dan brandstichting. Daarnaast was de brand ontstaan kort na vertrek van verzekeringnemer uit het café. De toegangsdeur van het pand was nog steeds op slot toen de brandweer arriveerde en er waren geen sporen van braak. Verder had de verzekeringnemer tegenover de politie aangegeven dat het hem financieel niet goed ging en waren pogingen om het café te verkopen niet geslaagd. Ook waren in een stationskluis door de spoorwepolitie goederen aangetroffen, waarvan de verzekeringnemer had aangegeven dat deze door de brand verloren waren gegaan.

Volgens de rechtbank zijn er inderdaad veel omstandigheden die wijzen op betrokkenheid van de verzekeringnemer bij de brand, maar de verzekeraar wordt opgedragen om te bewijzen dat de verzekeringnemer de brand daadwerkelijk had gesticht. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de verzekeraar niet in dat bewijs is geslaagd. In hoger beroep overweegt het Hof dat sprake is van opzettelijke brandstichting, maar dat ook anderen dan verzekeringnemer een sleutel hadden van het pand en dus ook bij de brand betrokken kunnen zijn geweest. De verzekeraar dient daarom te bewijzen dat geen van de andere sleutelhouders de brand heeft gesticht. Tegelijkertijd wordt de verzekeringnemer opgedragen te bewijzen dat hij ten tijde van de brand geen financiële problemen meer had. In het kader van deze bewijsopdrachten zijn veel getuigen gehoord. Na de getuigenverhoren oordeelt het Hof dat sprake is van merkelijke schuld van de verzekeringnemer. Het Hof stelt op grond van de afgelegde getuigenverklaringen vast dat de sleutels van de andere personen niet voor de brandstichting zijn gebruikt, terwijl deze personen hebben verklaard de brand niet te hebben gesticht. Daarmee kan volgens het Hof in voldoende mate worden uitgesloten dat anderen dan de verzekeringnemer bij de

brand betrokken zijn geweest. Tevens acht het Hof op basis van de getuigenverklaringen de verzekeringnemer niet erin geslaagd om te ontzenuwen dat hij financiële problemen had.

De verzekeringnemer is het niet eens met de waardering van het getuigenbewijs door het Hof en gaat in cassatie. AG Spier overweegt dat het Hof zich na het horen van tientallen getuigen (negenentwintig) een oordeel heeft kunnen vormen over de afgelegde verklaringen en tot de conclusie kon komen dat verzekeringnemer de brand heeft gesticht. De Hoge Raad volgt de AG en verwerpt het cassatieberoep op grond van 81 lid 1 RO. De Hoge Raad laat zich derhalve niet inhoudelijk over de zaak uit. Dat is terecht aangezien het oordeel van het Hof geheel feitelijk is en zich derhalve niet leent voor toetsing in cassatie. Bovendien betekent de verwijzing naar art. 81 RO dat de Hoge Raad meent dat de cassatieklachten geen kwesties raken die van belang (zouden kunnen) zijn voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling; De Hoge Raad geeft daarmee aan de waardering van het getuigenbewijs in het algemeen aan het Hof is en in deze zaak in het bijzonder.

Wim Weterings

T +31 (0)26 353 83 22

E weterings@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Kabel- en leidingschade. Netten met gevaarlijke inhoud en grote waarde

Bij sommige netten is er door hun aard een verhoogd risico op grote externe schade bij een graafincident. Voor het uitvoeren van graafwerkzaamheden in de buurt van deze netten is er in de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION) een aparte zorgplicht opgenomen.

Een net met gevaarlijke inhoud en een net met grote waarde

In artikel 13 van de WION is een aparte zorgplicht opgenomen voor het uitvoeren van graafwerkzaamheden in de buurt van een net met gevaarlijke inhoud of een net met grote waarde. Een net met gevaarlijke inhoud is een buisleiding die bijvoorbeeld gas of delfstoffen transporteert. Deze netten zijn door hun aard en door de te transporteren inhoud gevaarlijk voor zowel de beheerder van dat net, de directe omgeving, de grondroerende partij(en) als voor de eindgebruiker. Het risico van schade aan deze netten wordt bijna volledig bepaald door graafwerkzaamheden.

Een net met een grote waarde is een kabel of leiding die het risico met zich draagt dat bij beschadiging de indirecte gevolgen van zeer ernstige aard zijn. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld gegeven de economische gevolgschade bij beschadiging van de kabels waarvan het functioneren van de verkeerstoren op Schiphol afhankelijk is.

Zorgplicht

Op grond van de WION geldt er voor het verrichten van grondroerende werkzaamheden in de buurt van netten met een gevaarlijke inhoud en netten met grote waarde een zwaarder regime voor wat betreft het zorgvuldige graafproces. Op grond van artikel 10 van de WION doet een grondroerder een Klic-melding bij het Kadaster voordat wordt aangevangen met de grondroerende werkzaamheden. De beheerder moet vervolgens informatie verstrekken over de ligging van haar zich in het graafpolygoon bevindende net, de relevante eigenschappen van het net (zoals het type leiding) en welke eventuele voorzorgsmaatregelen de beheerder wenst te treffen voordat er grondroerende werkzaamheden kunnen worden getroffen (artikel 10 lid 1 sub c WION). Als de beheerder aangeeft dat er voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen, dan vangt de grondroerder niet eerder aan met zijn werkzaamheden dan dat die voorzorgsmaatregelen door de beheerder zijn verricht. De beheerder moet deze maatregelen wel

binnen drie dagen na het eerste contact met de grondroerder hebben uitgevoerd (het is overigens de grondroerder die het contact met de beheerder dient te zoeken). Blijft dit uit, dan kan de beheerder aansprakelijk zijn voor eventuele vertragingsschade van de grondroerder. Deze zorgplicht is vastgelegd in artikel 13 WION. De rechter heeft zich in 2012 moeten buigen over de ratio van artikel 13 WION. De rechter heeft, in de casus dat de beheerder enkel aan de grondroerder had medegedeeld dat de grondroerder niet mocht beginnen met haar werkzaamheden voordat nadere informatie was verschaft, als volgt geoordeeld:

“In het geval de beheerder niet heeft aangegeven voorzorgsmaatregelen te treffen, dan is de grondroerder op grond van artikel 13, derde lid, van de Wion niet verplicht de aanvang van de werkzaamheden uit te stellen”.

En

“Artikel 13 noch enige andere bepaling van de Wion bepaalt dat de grondroerder toestemming van de beheerder nodig heeft alvorens hij de graafwerkzaamheden mag gaan uitvoeren”.

Een grondroerder hoeft zich dus niet te verantwoorden aan een beheerder of enige toestemming af te wachten. Alleen wanneer een beheerder uitdrukkelijk aan de grondroerder heeft aangegeven voorzorgsmaatregelen te willen treffen, zal de grondroerder moeten wachten met het aanvangen van de grondroerende werkzaamheden.

Naleving van artikel 13 WION

In 2013 heeft een evaluatie van de WION plaatsgevonden in opdracht van het ministerie van EZ. Uit de evaluatie blijkt dat bij circa 12% van de Klic-meldingen er een leiding met gevaarlijke inhoud binnen het graafpolygoon blijkt te liggen. Ook blijkt dat in sommige gevallen grondroerders nalaten contact te zoeken met de beheerder nadat er door een beheerder was aangegeven dat er voorzorgsmaatregelen zouden worden getroffen. Zo zijn er situaties voorgekomen dat een medewerker van de beheerder op locatie arriveert om een leiding aan te wijzen terwijl de graafwerkzaamheden al waren uitgevoerd.

Tot slot blijkt uit de evaluatie dat er gemiddeld 100 keer per jaar schade ontstaat aan een hoge druk gasleiding, een hoogspanningskabel of een buisleiding met gevaarlijke inhoud. Gezien de ernst van de gevolgen, moeten deze cijfers omlaag. Dit is ook een speerpunt van de toezichthoudende instantie Agentschap Telecom.

Conclusie

Bij een net met een gevaarlijke inhoud en een net met grote waarde ontstaan er 'nieuwe' zorgplichten voor alle partijen. Zo moet een beheerder informatie over het net verschaffen, aangeven of hij voorzorgsmaatregelen wenst te treffen (die binnen een termijn moeten worden volbracht) voordat zal worden gegraven en dient de beheerder bij een net met gevaarlijke inhoud een medewerker te sturen die op locatie de exacte ligging van het net aanwijst. Aan de andere kant dient een grondroerder een beheerder gelegenheid en tijd te geven om voorzorgsmaatregelen te treffen en dient een grondroerder aan de beheerder aan te geven welke voorzorgsmaatregelen de grondroerder zal treffen. Dit alles ontslaat een grondroerder uiteraard niet van de eigen verplichting om zorgvuldig te graven op grond van artikel 2 WION.

Sebastiaan van de Kant

T +31 (0)26 353 83 71

E vandekant@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

(Tweede) uitbreiding van de regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers

Wanneer iemand de ziekte mesotheliom of de ziekte asbestose heeft, komt hij/zij via het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) onder bepaalde voorwaarden in aanmerking voor een tegemoetkoming die wordt uitgekeerd door de Sociale Verzekeringsbank (SVB) . Voor 2014 is de tegemoetkoming vastgesteld op € 19.201,-. Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd.

Aanvankelijk (sinds 26 januari 2000) kwamen alleen werknemers met de ziekte mesotheliom op grond van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (ook wel: 'de TAS-regeling') daarvoor in aanmerking. Huisgenoten (van werknemers die met asbest hebben gewerkt) die lijden aan de ziekte mesotheliom kunnen sinds 1 juli 2003 ook voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien zij via de kleding van de werknemer aan asbestdeeltjes zijn blootgestaan en daardoor de ziekte mesotheliom hebben opgelopen. De sinds 2003 geldende regeling wordt de Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesotheliom (ook wel: 'de TNS-regeling') genoemd.

Per 1 april 2014 zijn de TAS-regeling en de TNS-regeling (verder) uitgebreid ten behoeve van werknemers resp. niet-loondienstgerelateerde slachtoffers die door intensieve en langdurige blootstelling aan asbeststof de ziekte asbestose hebben gekregen. In bijlage 1 bij de TAS-regeling wordt op de ziekte asbestose (en de diagnoseregels) ingegaan. Daarbij wordt aangesloten bij het Protocol Asbestose van de Gezondheidsraad uit 1999. Minister Asscher heeft de Tweede Kamer middels een Kamerbrief eind maart 2014 geïnformeerd over deze uitbreiding.

Onlangs verschenen er in diverse media, waaronder ook op www.nu.nl, artikelen over het vorenstaande.

Wanneer u(w bedrijf) stuit op (problemen met) asbest of bijvoorbeeld door een ex-werknemer of een niet-loondienstgerelateerde slachtoffer wordt aangesproken wegens een asbestziekte, kan Dirkwager u adviseren over de meest actuele stand van zaken. Uiteraard kunt u bij vragen hierover contact met ons opnemen.

Sanne Rutten

T +31 (0)26 353 83 45

E rutten@dirkwager.nl

www.dirkwagerasv.nl

Nieuw wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade

In het regeerakkoord is vastgelegd dat slachtoffers en hun naaste omgeving een sterkere positie moeten krijgen. In lijn hiermee wil Staatssecretaris Teeven de vergoeding van schade als gevolg van letsel en overlijden verruimen. In het nieuwsbericht van 28 mei 2014 laat het Ministerie van Veiligheid en Justitie weten dat er een nieuw wetsvoorstel voor vergoeding van zorgkosten en affectieschade voor advies naar verschillende instanties is gestuurd. Het wetsvoorstel alsmede de memorie van toelichting is hier te lezen.

Ruimere vergoeding zorgkosten

In het nieuwe wetsvoorstel kunnen slachtoffers een ruimere vergoeding van de kosten voor verzorging, verpleging en begeleiding krijgen als naasten deze zorgtaken op zich nemen. De aansprakelijke partij zal ook het inkomensverlies van naasten die minder moeten gaan werken om zorg te kunnen verlenen moeten gaan betalen. De huidige regeling vergoedt enkel de kosten tot het bedrag dat men kwijt zou zijn als professionele hulp wordt ingeschakeld. Die vergoeding kan lager uitvallen dan het inkomensverlies van naasten die besluiten om zorgtaken op zich te gaan nemen.

Vergoeding affectieschade

In het nieuwe wetsvoorstel is verder een vergoeding voor affectieschade opgenomen voor naasten en nabestaanden van slachtoffers met ernstig en blijvend letsel of die zijn overleden door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Er is gekozen voor een regeling met vaste bedragen als vergoeding en een vaste kring van gerechtigden. Door te variëren in categorieën en omvang van de vergoeding beoogt het systeem voldoende rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van naasten en nabestaanden. De vergoeding ligt tussen de 12.500 en 20.000 euro. Tot de kring van gerechtigden behoren de echtgeno(o)t(e) van het slachtoffer, de geregistreerd partner, de levensgezel, kinderen en ouders. Het doel van de regeling is om naasten en nabestaanden van slachtoffers erkenning, genoegdoening en hulp bij de verwerking te bieden.

Voegen in het strafproces

Naar aanleiding van de Amsterdamse zedenzaak is in het nieuwe wetsvoorstel geregeld dat ouders van een misbruikt kind, die de kosten voor medische behandeling en begeleiding van hun kind op de dader willen verhalen, zich kunnen voegen in het strafproces. Volgens de huidige regeling kunnen alleen slachtoffers zelf een verzoek tot schadevergoeding indienen. Het wetsvoorstel ziet overigens niet enkel op misbruik, maar ook op andere strafbare feiten.

Tot slot kunnen ook naasten en nabestaanden in het geval van een geweldsmisdrijf zich met hun vordering tot vergoeding van affectieschade in het strafproces voegen.

Fantine Polman-Groenewoud

T +31 (0)26 353 84 16

E polman@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Aansprakelijkheid notaris – uitleg beleidsregels KNB

Op 29 april 2014 heeft het Gerechtshof Den Haag een arrest gewezen over de aansprakelijkheid van een notaris voor het uitbetalen van een bedrag dat vrijkwam na verhoging van een hypotheek aan de wederpartij van een beslaglegger op onroerend goed.

Achtergrond

De achtergrond van de procedure is kort als volgt. Geïntimeerden hebben een vordering verkregen op betrokkene. Betrokkene heeft die vordering erkend. Betrokkene heeft aangegeven dat hij bereid is de hypotheek op zijn woning te verhogen waardoor hij de vordering van geïntimeerden zou kunnen voldoen. Betrokkene had de notaris al opdracht gegeven om de hypotheekakte te passeren. Geïntimeerden hebben kort voor het passeren van de akte beslag gelegd op de woning van betrokkene ter zekerheidsstelling van hun vordering.

Geïntimeerden waren bereid het beslag op te heffen na ontvangst op de derdengeldrekening van hun advocaat van het saldo dat betrokkene over zou houden wegens de oversluiting van de hypotheek. De advocaat van geïntimeerden heeft de deurwaarder vervolgens opdracht gegeven het beslag op de woning van betrokkene op te heffen. Aan de opheffing geen voorwaarden verbonden. Nog diezelfde dag is de hypotheekakte door de notaris gepasseerd. Nadien heeft de notaris het saldo van € 50.125,26 overgemaakt aan betrokkene. Betrokkene heeft de vordering van geïntimeerden daarna niet voldaan.

Betrokkene is bij vonnis van 17 februari 2010 van de rechtbank 's-Gravenhage bij verstek veroordeeld tot betaling van de vordering van geïntimeerden. Na de executoriale verkoop van de woning van betrokkene hebben geïntimeerden een betaling ontvangen van € 11.633,67. Voor het overige is hun vordering onbetaald gebleven.

Geïntimeerden vorderen nu van de notaris betaling van het saldo dat aan betrokkene is doorbetaald. Volgens geïntimeerden heeft de notaris onrechtmatig jegens hen gehandeld door het bedrag dat vrijkwam bij de verhoging van de hypotheek niet aan hen, maar aan betrokkene te betalen.

De notaris stelt zich op het standpunt dat het standaardpraktijk is dat eerst betaling aan de beslaglegger plaatsvindt en vervolgens pas het beslag wordt doorgehaald. In dit geval heeft de beslaglegger het beslag eerder doorgehaald en daarmee zijn rechten prijsgegeven, zodat de notaris aan betrokkene (de rechthebbende) diende uit te betalen. Daarbij heeft de notaris benadrukt dat de advocaat van geïntimeerden in een telefoongesprek heeft bevestigd dat de opheffing van het beslag onvoorwaardelijk was. Dat wordt door geïntimeerden betwist.

Eerste aanleg

De rechtbank laat de inhoud van het telefoongesprek in het midden. Volgens de rechtbank geldt dat ook als zou komen vast te staan dat de lezing van de notaris van de inhoud van het telefoongesprek juist is, daaruit niet volgt dat de notaris het geld mocht storten op de rekening van betrokkene.

De rechtbank overweegt daarbij dat de notaris wist dat geïntimeerden het beslag hadden gelegd als zekerheid voor de voldoening van hun vordering, dat de opdracht tot de opheffing van het beslag uitsluitend werd gegeven om de weg vrij te maken voor het passeren van de hypotheekakte en dat de notaris derhalve bij geïntimeerden had moeten navragen of het de bedoeling was dat het geld aan betrokkene zou worden betaald. De notaris mocht in de gegeven omstandigheden niet alleen afgaan op de verklaring van haar opdrachtgever, de betrokkene, dat het geld aan hem moest worden overgemaakt.

Hoger beroep

De notaris gaat tegen het vonnis in hoger beroep. Volgens de notaris heeft de rechtbank de notariële beslagpraktijk miskend. Voor de hypotheekverhoging hoefde het beslag echter nog niet te zijn opgeheven voor het passeren van de akte, maar is het voldoende dat (de advocaat van) degene die het beslag heeft gelegd, toezegt dat het beslag na de uitbetaling, en dus na het passeren van de akte, wordt opgeheven. De advocaat van geïntimeerden zou met deze praktijk bekend zijn geweest. Daarnaast mag een notaris op grond van een notariële praktijk in het kader van een onroerend-goedtransactie in beginsel alleen maar uitbetalen aan de rechthebbende, in dit geval de betrokkene. Dit volgt volgens de notaris uit de beleidsregels van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB).

Het hof volgt de notaris niet. Het hangt van de concrete omstandigheden van het geval af of alleen nog aan de rechthebbende mag worden uitbetaald als een beslag kort voor het moment van het passeren van de akte is opgeheven en daarom op dat moment niet meer bestaat. Dit wordt bevestigd in de beleidsregel Beperking uitbetaling van gelden aan derden van de KNB^[1]. Daarin is kortweg vermeld dat op de regel dat aan de rechthebbende moet worden uitbetaald een uitzondering kan worden gemaakt bij betalingen die in nauw verband staan met de transactie zelf en waarvan het bestaan ook eenvoudig controleerbaar is. Als uitzondering wordt genoemd: betalingen ingevolge een beslag gelegd op een onroerende zaak. Niet juist is aldus dat uit de beleidsregel volgt dat alleen mag worden uitbetaald aan een beslaglegger zolang deze nog beslaglegger is.

Voorts weegt het hof mee dat de notaris wist dat het de bedoeling was dat het bedrag dat uit de hypotheekverhoging zou vrijkomen aan geïntimeerden zou worden betaald. Uit het feit dat geïntimeerden nog kort voor de datum van de hypotheekverhoging beslag hadden laten leggen op het onroerend goed volgt volgens het hof dat de notaris had moeten begrijpen dat bij geïntimeerden de vrees bestond dat betrokkene zich aan verduistering zou schuldig maken, welke vrees later is bewaarheid.

Het hof oordeelt dat de notaris het saldo aan geïntimeerden had moeten uitbetalen. Het betreft een betaling die nauw samenhangt met de transactie in kwestie (het passeren van de akte van hypotheekverhoging) en het bestaan van die betaling was eenvoudig controleerbaar.

Met toezending van de concept nota van afrekening is namens de notaris aan geïntimeerden bevestigd dat zij als notaris het bedrag aan hen zou uitbetalen, op voorwaarde dat zij de bereidheid zouden uitspreken om het beslag na het passeren van de hypotheekakte op te heffen. Hiermee heeft de notaris in haar hoedanigheid van notaris jegens geïntimeerden de (zorgvuldigheids-)verplichting op zich genomen om dienovereenkomstig te handelen. Het argument van de notaris dat aan die voorwaarde niet was voldaan, omdat het beslag voor het passeren van de akte was opgeheven, kan niet worden aanvaard. Er bestond geen enkele reden waarom geïntimeerden de aanspraak op uitbetaling niet langer zouden willen handhaven. Gelet op de voor haar geldende maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris had zij hieromtrent navraag moeten doen bij geïntimeerden. Met het betoog dat het risico van onwetendheid bij de advocaat van geïntimeerden niet op haar kan worden afgewenteld ziet de notaris volgens het hof over het hoofd dat dit geen afbreuk kan doen aan haar eigen verantwoordelijkheid als notaris, maar hooguit aanleiding zou kunnen geven voor een

beroep op eigen schuld van geïntimeerden. Een dergelijk beroep is echter niet (voldoende duidelijk) gedaan.

Dirkzwager

T +31 (0)26 353 83 00

E webmaster@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

[1] De beleidsregel is vervangen door het Reglement beperking uitbetaling derdengelden.

Buitengerechterlijke incassokosten zijn na de ‘veertiendagenbrief’ door de consument verschuldigd

De Hoge Raad heeft in een arrest van 13 juni 2014 een prejudiciële vraag beantwoord aangaande het moment waarop de buitengerechterlijke incassokosten – door een consument – verschuldigd zijn.

Achtergrond informatie

In artikel 6:96 lid 2 onder c BW is bepaald dat als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

De buitengerechterlijke incassokosten zijn verder uitgewerkt in het Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke kosten. Dit besluit is van toepassing op een uit overeenkomst voortvloeiende verbintenis tot betaling van een geldsom en dient ter uitwerking van de wettelijke grondslag die in artikel 6:96 BW is opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen voor de vergoeding van buitengerechterlijke incassokosten. Het besluit normeert de incassokosten van geldvorderingen. De vergoeding van incassokosten wordt berekend als percentage van het verschuldigde bedrag, waarbij het percentage trapsgewijs lager wordt naarmate de vordering hoger wordt. Artikel 6:96 lid 5 BW bepaalt dat niet ten nadele van de consument van deze regeling afgeweken mag worden. In lid 6 van artikel 6:96 BW is bepaald dat buitengerechterlijke incassokosten eerst door de consument verschuldigd zijn na de brief waarbij de schuldenaar na het intreden van het verzuim wordt aangemaand om binnen een termijn van veertien dagen tot betaling over te gaan. In de praktijk wordt deze brief ook wel de ‘veertiendagenbrief’ genoemd.

In de praktijk is toen de vraag ontstaan of de consument al gelijk na de veertiendagenbrief (en bij het uitblijven van betaling binnen die gestelde termijn) incassokosten verschuldigd is of dat voor die verschuldigdheid nog nadere incassomaatregelen nodig zijn.

In een door Fa-Med aangespannen procedure jegens een consument, heeft de kantonrechter van de rechtbank Gelderland zich genoodzaakt gezien hierover aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag voor te leggen:

“Dient art. 6:96 lid 6 BW aldus te worden uitgelegd dat na het verzenden van de daarin genoemde veertiendagenbrief vergoeding van buitengerechtigke incassokosten is verschuldigd, dus zonder dat de crediteur na het verzenden van die (veertiendagen)brief nog een nadere incassohandeling verricht?”

Er zijn geen nadere incassohandelingen nodig

Thans heeft de Hoge Raad deze prejudiciële vraag beantwoord.

De Hoge Raad gaat eerst in op de wetwijziging die per 1 juli 2012 van kracht is geworden. Het gaat hier om de wetwijziging van de leden 5 t/m 7 van artikel 6:96 BW en het Besluit vergoeding voor buitengerechtigke incassokosten.

De Hoge Raad komt uiteindelijk tot het oordeel dat na het versturen van de veertiendagenbrief en wanneer betaling wederom uitblijft, de genormeerde vergoeding voor buitengerechtigke kosten verschuldigd wordt. Nadere incassohandelingen zijn daarvoor dus niet nodig:

“art. 6:96 lid 6 BW aldus moet worden uitgelegd dat, indien de schuldeiser in redelijkheid tot het verrichten van incassohandelingen is overgegaan en de daarin genoemde veertiendagenbrief aan de consument-schuldenaar heeft gestuurd, bij uitblijven van de betaling binnen de termijn van veertien dagen de in het Besluit genormeerde vergoeding voor buitengerechtigke incassohandelingen door de consument-schuldenaar verschuldigd wordt, zonder dat de schuldeiser gehouden is daartoe nog nadere incassohandelingen te verrichten;”

Sanne Rutten

T +31 (0)26 353 83 45

E rutten@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Sport & Recht:

De beet van Luis Suarez en andere onrechtmatige gedragingen op het voetbalveld

Natrappen, kopstoten, ellebogenwerk, een doodschop en zelfs bijten van een topvoetballer zoals Suarez, we zien het niet alleen bij recreatieve en professionele sporters in Nederland, maar ook bij voetballers tijdens het WK in Brazilië. Maar waar ligt (naar Nederlandse recht) nu de grens tussen een ruwe sportieve strijd en een onrechtmatig handelen?

Het WK 2014

De poulewedstrijd Italië – Uruguay van het WK 2014 in Brazilië belooft op voorhand een waar spektakel te worden. Beide teams werden bij de start van het WK gezien als favoriet voor de poulewinst, maar moesten tegen de verwachting in de laatste poulewedstrijd onderling gaan uitmaken wie in navolging van outsider Costa Rica de achtste finales zou halen.

Hoewel een ieder, gezien de reputatie van beide voetbalmachten, kon verwachten dat deze wedstrijd gepaard zou gaan met behoorlijke overtredingen en de nodige schwalbes, hadden de meeste kijkers geen rekening gehouden met de aanval van ster-speler Luis Suarez op Giorgio Chiellini in de 80ste minuut van de wedstrijd. Helaas zijn excessen op het voetbalveld, waaronder de tweebenige tackles, de ellebogen, kopstoten en zelfs bijtincidenten ook een WK niet vreemd.

Sanctiebevoegdheid FIFA

Om zware overtredingen te bestrijden heeft de FIFA als internationale bond de bevoegdheid om spelers (voornamelijk) op het sportieve vlak te straffen door schorsingen op te leggen. Deze mogelijkheid wordt hen geboden doordat spelers via hun nationale bond en overkoepelende internationale bond, door middel van een getrapte lidmaatschap verenigingsrechtelijk zijn gebonden aan de FIFA reglementen.

Relevant is echter ook de vraag in hoeverre dergelijke overtredingen in het civiele recht tot aansprakelijkheid zouden kunnen leiden indien er daadwerkelijk (blijvend) letsel zou zijn toegebracht bij een andere speler.

Stand van zaken aansprakelijkheidsrecht in het voetbal naar Nederlands recht

In het Tennisbal arrest is aangenomen dat er in geval van sport- en spelsituaties een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel bestaat in vergelijking tot aansprakelijkheid in het algemeen. Sporters, met name die contactsport beoefenen, hebben gedurende een wedstrijd immers van elkaar gevaarzettende gedragingen te verwachten die niet voorkomen bij willekeurige alledaagse activiteiten. Het risico op blessures is dan ook inherent aan de sport.

Dit door de Hoge Raad gecreëerde uitgangspunt is voor het eerst op een voetbal gerelateerde zaak toegepast in het Natrap arrest van 28 juni 1991. In de zaak die leidde tot dit arrest heeft een voetballer van Drachten een trap gehad van een speler van Achilles '94, waardoor de eerste een blijvend knieletsel heeft opgelopen.

'De deelnemers aan een sport als voetballen hebben immers tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt over en weer van elkaar te verwachten, terwijl gedragingen die een overeenkomstig gevaar in het leven roepen, buiten het kader van de sport door de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer als regel niet van elkaar behoeven te worden verwacht en mede daarom veelal niet aanvaardbaar zijn.'

Om aansprakelijkheid aan te nemen moet er dan ook sprake zijn van een abnormaal en onvoorzien gevaarlijke gedraging. Daarbij geldt dat het enkel overtreden van spelregels op zichzelf nog niet doorslaggevend is. Wel wordt dit meegenomen bij de beoordeling of sprake is van een onrechtmatige gedraging. In het Natrap arrest werd aansprakelijkheid van de speler Achilles '94 aangenomen omdat de bal niet in de buurt was ten tijde van de overtreding en daarbij een abnormaal gevaarlijke tackle was gemaakt op de knie van zijn tegenstander.

Een ander (meer recent) voorbeeld volgt uit de lagere rechtspraak. In de zaak van rechtbank Den Haag van 6 februari 2008 heeft een ervaren verdediger in de achtervolging van zijn doorgebroken tegenstander een tackle ingezet terwijl de bal al weg was. In deze actie heeft hij de rechtersvoet van zijn tegenstander geraakt met het gevolg dat de tegenstander zijn enkel brak en 80 tot 100% werd afgekeurd in het kader van de

Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Ook hier heeft de rechtbank geoordeeld dat geen sprake was van een zogenaamde scimmage, maar van een zware overtreding in een overzichtelijke spelsituatie. Zij achtte de verdediger dan ook aansprakelijk voor de schade die hij bij zijn tegenstander heeft toegebracht.

Heetst van de strijd

In het heetst van de strijd kan en moet dus van de medesporter meer worden verdragen dan daarbuiten. En dat laatste was nu juist in het geval van de beet van Luis Suarez aan de orde. Hij beet Giorgio Chiellini toen de bal niet in de buurt was. Dat was ook de reden waarom scheidsrechter Marco Rodríguez het bijtincident niet heeft waargenomen.

Maar ook bij een bijtincident 'in het heetst van de strijd' kan, indien letsel wordt veroorzaakt, stellig worden gezegd dat sprake is van abnormaal gedrag op een voetbalveld, dat niet van een tegenstander hoeft te worden verwacht. De drempel voor aansprakelijkheid zal hoogstwaarschijnlijk dan ook eenvoudig kunnen worden genomen.

Geschilbeslechting op internationaal niveau

De bovengenoemde aansprakelijkheidszaken speelden op nationaal niveau. Soortgelijke kwesties op internationaal niveau zullen voor het merendeel buiten de rechter om of via het Hof voor Arbitrage voor de Sport (CAS) worden geregeld. Daarnaast heeft de FIFA sinds 2012 voorzorgsmaatregelen genomen door voor interland gerelateerde wedstrijden een verzekering af te sluiten waarmee de eventuele schade die de speler en zijn club lijdt (grotendeels) zal worden vergoed. De speler zal daarnaast verzekerd zijn tegen eventuele arbeidsongeschiktheid en zijn club zal verzekerd zijn tegen de schade die zij lijdt door het moeten doorbetalen van het loon van de speler. Voor de clubs zelf bestaat er bovendien de mogelijkheid om de schade als gevolg van het verlies van een eventuele transfersom door arbeidsongeschiktheid van een speler te verzekeren door middel van een zogenaamde transferwaarde verzekering.

Robin Schrijver

T +31 (0)26 353 83 02

E schrijver@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Verzekeringsfraude: Voorwaarden voor registratie in extern verwijzingsregister Stichting Cis

In dit artikel zal het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 28 mei 2014 worden besproken. Het draaide in deze zaak om de rechtmatigheid van het opnemen van de gegevens van een frauderende verzekerde in zowel de interne registers van de verzekeraar als in het Extern Verwijzingsregister (EVR) van Stichting CIS.

Casus

Appellant had bij ABN AMRO een inboedelverzekering afgesloten. Onder deze verzekering meldde hij vervolgens een schade die verband zou houden met een gaslek in zijn woning. Nadat ABN AMRO aanvankelijk een voorschot uitbetaalde wees zij dekking af wegens vermoedelijke fraude. Tevens heeft zij alle verzekeringen die appellant had lopen bij ABN AMRO per direct beëindigd en zijn appellantes gegevens opgenomen in zowel het interne incidentenregister van ABN AMRO alsmede in het EVR.

Appellant is vervolgens bij de voorzieningenrechter van de rechtbank een kort geding gestart om de interne en externe registratie ongedaan gemaakt te krijgen. Tevens heeft hij een aanvullend voorschot op de schade-uitkering gevorderd. De voorzieningenrechter wijst deze vorderingen af.

Appellant legt zich hier niet bij neer en start bij het hof een hoger beroep in kort geding. In hoger beroep wijzigt appellant zijn eis. Hij vordert zodoende niet langer betaling van een voorschot maar wel ongedaanmaking van de registratie en ongedaanmaking van de beëindiging van de verzekeringen.

Spoedeisend belang

In een kort geding procedure dient er – voordat aan een inhoudelijke beoordeling wordt toegekomen – sprake te zijn van een spoedeisend belang. Indien hiervan geen sprake is dan dient een rechtszoekende immers een gewone procedure te starten die meer tijd in beslag neemt.

Het hof oordeelt dat er ten aanzien van de (interne én externe) registratie wel sprake is van een spoedeisend belang. Van appellant kan namelijk niet worden verwacht dat hij een langdurige bodemprocedure afwacht en ondertussen niet op zou kunnen komen tegen een in zijn ogen foutieve registratie. Er is echter geen spoedeisend belang ten aanzien van de eis tot ongedaanmaking van de tussentijdse opzegging van de verzekeringen. Appellant kan zich namelijk (weliswaar tegen een hogere premie) nog altijd verzekeren bij Rialto.

Criteria voor registratie in frauderegisters

Het hof komt zodoende (enkel) toe aan een inhoudelijke beoordeling van de interne en externe registratie. Ten aanzien van met name de registratie in het externe register bij stichting CIS overweegt het hof dat deze registratie verstrekkende consequenties kan hebben voor appellant. Alle deelnemende financiële instellingen kunnen hierdoor immers vaststellen dat er sprake is van een registratie in het interne register van ABN AMRO. Zij kunnen bij ABN AMRO extra informatie aanvragen met betrekking tot de inschrijving en hun diensten aan appellant weigeren.

Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat er hoge eisen dienen te worden gesteld aan de opname in de registers. Het hof verwijst in dit kader naar artikel 5.2.1. van het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen en de uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 20 februari 2006, nr. 2006/013 Re. Hierin is bepaald dat de verzekeraar die tot een registratie in het EVR overgaat moet voldoen aan de volgende drie criteria:

- 1 De verzekeraar moet de gerechtvaardigde overtuiging hebben gekregen dat door de betrokken is gefraudeerd. Een enkel vermoeden daartoe is niet voldoende;
- 2 De verzekeraar moet een afweging maken van het belang van de verzekeringsbranche bij de registratie en het belang van verzekerde om juist niet te worden geregistreerd;
- 3 De verzekeraar dient te onderzoeken of door de bijzondere omstandigheden van het concrete geval de externe registratie bij Stichting CIS onevenredig hard zou zijn (proportionaliteitstoets).

Eindoordeel hof

Het hof dient dan ook te beoordelen of ABN AMRO in een bodemprocedure aannemelijk zal kunnen maken dat aan deze drie criteria is voldaan. Omdat appellant wisselende verklaringen heeft afgelegd over het ontstaan van de schade en omdat van de schade ieder tastbaar bewijs ontbreekt, oordeelt het hof dat aannemelijk is dat ABN

AMRO hierin zal slagen. De registratie in zowel het interne als externe register is dan ook terecht en mag worden gehandhaafd. Dat er geen aangifte van fraude is gedaan door ABN AMRO en dat appellant niet voorafgaand aan de registratie is gehoord over het voornemen tot registratie, leidt niet tot een ander oordeel.

Conclusie

In de databank die Stichting CIS beheert, kunnen meerdere soorten meldingen worden geplaatst (zie artikel 13 van het CIS Gebruikersprotocol. Een van die meldingen is de EVR registratie. Indien een verzekeraar ervoor kiest over te gaan tot een EVR registratie, dan moet hij verzekerde hiervan op de hoogte stellen. Verzekerde kan zich vervolgens op drie mogelijke manieren verzetten tegen een EVR registratie, namelijk door:

- 1 een klacht in te dienen bij de verzekeraar die de melding heeft gemaakt,
- 2 een klacht in te dienen bij Stichting CIS (zie artikel 30 CIS Gebruikersprotocol),
- 2 door de registratie aan te vechten bij de civiele rechter.

In de zaak bij het hof Arnhem-Leeuwarden heeft appellant voor dit laatste gekozen, vermoedelijk omdat hij ook andere vorderingen in wilde stellen. De uitspraak leert ons echter dat de civiele rechter bij zijn beoordeling van de registratie aansluiting zal zoeken bij de toetsingscriteria zoals opgenomen in de protocollen uit de verzekeringswereld en zal kijken naar het oordeel van De Raad van Toezicht Verzekeringen in soortgelijke gevallen.

De uitspraak bevestigt voorts nogmaals dat aan een EVR registratie hoge eisen worden gesteld vanwege het ingrijpende karakter ervan voor een verzekerde. De omstandigheden van het geval alsmede de dossieropbouw zijn hierbij van groot belang. De advocaten van de sectie aansprakelijkheid, schade en verzekering van Dirkszager hebben ervaring met de beoordeling van (registraties van) fraudegevallen en helpen u graag.

Maud van Lent

T +31 (0)26 353 83 22

E vanlent@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Dochtermaatschappij geen verzekeringnemer na wijziging van activiteiten

De Hoge Raad heeft op 27 juni 2014 een arrest gewezen, waarin een dekkingweigering ten gevolge van een wijziging van activiteiten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar wordt geacht.

Het gaat in deze zaak om een groothandel in poot- en consumptieaardappelen die via een Holding en twee dochtermaatschappijen wordt gedreven. In 2005 wordt de onderneming beëindigd. Na de beëindiging gaat een van de dochtermaatschappijen in opdracht van de andere dochtermaatschappij een aantal loodsen aan derden verhuren als opslagruimten voor particulieren en boten. In de periode van 2001 tot 2006 zijn de activiteiten van alle betrokken vennootschappen verzekerd onder een aansprakelijkheidsverzekering bij Aegon. Met ingang van 1 januari 2006 wordt de met Aegon gesloten aansprakelijkheidsverzekering gewijzigd. In de gewijzigde polis wordt de Holding als verzekeringnemer gemeld en als verzekerd risico de aansprakelijkheid van de verzekeringnemer in de hoedanigheid van "eigenaar/exploitant van een uitzendbureau, tevens verhuur van onroerend goed". Op 17 november 2007 is in twee loodsen brand uitgebroken. In deze loodsen bevinden zich zaken van huurders van deze loodsen. Deze huurders stellen vervolgens de dochtermaatschappij die de loodsen heeft verhuurd aansprakelijk voor de schade die zij als gevolg van de brand hebben geleden. Aegon weigert vervolgens dekking onder de polis te verlenen.

Volgens het hof zijn er geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat Aegon bekend was of kon zijn met de bedoeling om per 1 januari 2006 onder dezelfde polis ook de onderhavige opslagactiviteiten van de dochtermaatschappijen te doen verzekeren. Evenmin is gebleken dat Aegon zich zodanig heeft gedragen dat daaruit mocht worden begrepen dat volgens Aegon ook de dochtermaatschappijen als verzekeringnemer hadden te gelden. Uit het feit dat Aegon in 2009 zonder premieverhoging alsnog de dochtermaatschappijen op de polis heeft bijgeschreven volgt niet zonder meer dat Aegon daarmee ook per 1 januari 2006 de opslagactiviteiten van de dochtermaatschappijen zou hebben verzekerd. Aegon mocht bovendien afgaan op de informatie die aan haar is verstrekt en er was volgens het hof geen aanleiding voor Aegon om nadere informatie in te winnen. Het hof oordeelt dat de weigering van dekking door Aegon naar maatstaven

van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Aan de gestelde omstandigheid dat jarenlang premie is betaald voor een risico dat niet heeft bestaan komt in dit verband geen betekenis toe, aangezien dit niet aan Aegon is te wijten of voor haar rekening dient te komen.

In cassatie wordt het arrest van het hof bekrachtigd. De Hoge Raad acht doorslaggevend dat er sprake is van een wijziging van activiteiten. Er zijn geen omstandigheden gesteld die erop wijzen dat Aegon bij de opgave van wijziging met ingang van 1 januari 2006 heeft moeten begrijpen dat beoogd werd om ook de onderhavige opslagactiviteiten mee te verzekeren. Indien Aegon premie heeft geïnd voor een risico dat achteraf niet heeft bestaan, kan dat volgens de Hoge Raad meebrengen dat zij gehouden is tot premierestitutie (art. 7:938 BW). De enkele inning van premie noopt evenwel niet de conclusie dat Aegon op grond van art. 6:248 lid 2 BW dekking moet verlenen voor schade als gevolg van de onderhavige opslagactiviteiten.

Het is niet zo, zoals de uitkomst van dit arrest wellicht doet vermoeden, dat degene die in de polis als verzekerde staat vermeld altijd de enige verzekerde is. De vraag wat de gedekte belangen zijn in de zin van artikel 7:946 BW is een kwestie van uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen. De polis is daarbij belangrijk, maar niet zonder meer beslissend. Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW kan afhankelijk van de omstandigheden van het geval tot een andere uitkomst leiden.

Fantine Polman-Groenewoud

T +31 (0)26 353 84 16

E polman@dirkzwager.nl

www.dirkzwagerasv.nl

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Advocatuur Arnhem

Postbus 3045
6802 DA Arnhem
Kantoor Velperpoort
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 353 83 00
F +31 (0)26 351 07 93

Notariaat Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Kantoor Velperpoort
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 365 55 55
F +31 (0)26 365 55 00

Advocatuur Nijmegen

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Kantoor Stella Maris
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 31 31
F +31 (0)24 322 20 74

Notariaat Nijmegen

Postbus 1104
6501 BC Nijmegen
Kantoor Stella Maris
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 27 27
F +31 (0)24 324 07 26

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl