

Redelijkheid en billijkheid in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW en 150 Rv

Annotatie

Hoge Raad, 12-01-2007, LJN AZ1581, Co5/289HR (Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering N.V.)

In het arrest Gemeente Eindhoven/Allianz bepaalt de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid of een verzekeraar verplicht is tot uitkering op basis van een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering. De volgende vragen komen aan bod: (1) Blokkeert het falen van een beroep op een opzetclausule tevens een beroep op onaanvaardbaarheid? (2) Wanneer is een beroep op uitkering naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? (3) Hoe moet de bewijslast worden verdeeld?

1 Feiten en geschilpunten

De gemeente Eindhoven wilde een nieuw woningbouwproject realiseren. Zij kocht daarom in 1986 een aantal bestaande woningen met het doel deze te slopen en op die zelfde grond nieuwe woningen te ontwikkelen en te bouwen. De bestaande woningen waren echter ten tijde van de koop voor de daaropvolgende acht jaar verhuurd aan St. Rochus Beheer. Na opzegging van de huur door de gemeente, bleek dat St. Rochus Beheer niet bereid was om de woningen op te geven. De gemeente vorderde daarom in rechte ontruiming van de woningen. In een vonnis van de kantonrechter van 18 augustus 1988 werd de ontruiming bevolen. Nog diezelfde maand executeerde de gemeente het vonnis en werden de woningen gesloopt. Reden voor deze (over)haastige beslissing was dat de gemeente medefinanciering van de Rijksoverheid kon verwachten als de nieuwe woningen snel werden gebouwd. Deze financiering zou de gemeente mislopen indien zij hier langer dan vier maanden mee zou wachten. St. Rochus Beheer had echter al de dag na het vonnis van de kantonrechter hoger beroep ingesteld. Bij vonnis van 21 december 1990 heeft de rechtbank te Den Bosch het vonnis van de kantonrechter vernietigd. St. Rochus Beheer heeft de Gemeente Eindhoven daarop aansprakelijk gesteld voor de geleden schade wegens onrechtmatige sloop en ontruiming.

De gemeente heeft in mei 1991 haar verzekeraar Allianz Nederland Schadeverzekering N.V. (toen: Royal Nederland Verzekeringsmaatschappij; hierna: 'Allianz') op de hoogte gesteld van deze vordering en haar vervolgens in vrijwaring gedagvaard. De gemeente heeft gevorderd Allianz te veroorde-

len aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld. De Gemeente beroept zich daarbij op de tussen hen geldende verzekeringsovereenkomst tegen het risico van wettelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Allianz stelt dat er geen dekking is en noemt daarbij twee stellingen van belang. Ten eerste beroept Allianz zich op de 'opzetclausule'. Deze clausule in de polisvoorwaarden sluit uit dat een verzekerde beroep op dekking kan doen indien de schade is veroorzaakt door opzet of goetvinden van deze verzekerde. Het tweede (subsidiare) beroep van Allianz is gebaseerd op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid: indien en voor zover het beroep op de opzetclausule faalt, is een beroep door de gemeente op de betalingsverplichting van Allianz naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW).

1.1 Hof te Den Bosch

De rechtbank heeft het beroep op de opzetclausule verworpen, maar het beroep op de redelijkheid en billijkheid gehonoreerd. Ook het hof verwerpt de incidentele grief van Allianz tegen het verwerpen van het beroep op de opzetclausule. Het feit dat de gemeente bewust was van het risico dat het vonnis zou worden vernietigd is zonder nadere motivering niet gelijk te stellen met opzet. Dit zou mogelijk anders kunnen zijn indien er bijzondere redenen waren gesteld om te twijfelen aan de instandhouding van het vonnis. Voor opzet is namelijk zekerheidsbewustzijn van schade vereist. Indien dit niet aanwezig is, kan er ook van opzet in de zin van de opzetclausule geen sprake zijn.

De gemeente meent dat de afwijzing van het beroep op de opzetclausule ook de afwijzing van het beroep op onaanvaardbaarheid op grond van artikel 6:248 lid 2 BW mee brengt. Allianz zou zich namelijk voor beide stellingen op dezelfde feiten beroepen. Het hof oordeelt echter dat de onaanvaardbaarheid op grond van 6:248 lid 2 BW zelfstandig dient te worden beoordeeld. Bij een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering is niet uitgesloten dat feiten en omstandigheden die niet voldoende zijn voor een beroep op een opzetclausule (of het art. 7:952 BW), toch mee kunnen brengen dat de aanspraak op uitkering door de verzekerde naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De afwijzing van het beroep op de opzetclausule betekent dus niet per definitie dat ook een beroep op onaanvaardbaarheid moet worden afgewezen. In dit concrete geval heeft het hof er bovendien op gewezen dat bij het beroep op de onaanvaardbaarheid ook een beroep op een onjuiste belangenafweging is gedaan. Allianz heeft bij haar beroep op de opzetclausule niet gewezen op deze onjuiste belangenafweging. De fei-

ten zijn dus niet geheel dezelfde feiten als die waarop Allianz zich heeft beroepen ten aanzien van de opzetclausule.

Allianz wijst ten aanzien van de belangenafweging op het volgende. Indien de gemeente de financiering van de Rijksoverheid niet wilde mislopen diende zij de woningen direct te ontruimen en te slopen. Een vrijwillige schadevergoeding aan St. Rochus Beheer had in dat geval een procedure kunnen voorkomen, maar de vergoeding aan St. Rochus Beheer zou dan niet gedekt worden door de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering wegens onrechtmatige daad. Doordat de gemeente koos om toch te ontruimen en te slopen voordat er een definitief vonnis was, behoefde de gemeente geen vrijwillige schadeloosstelling aan St. Rochus te betalen en kon de rekening van een eventuele gedwongen schadeloosstelling aan de verzekeraar worden gepresenteerd. Allianz stelt dat de gemeente de weg koos die in haar voordeel werkte, terwijl de eventuele nadelen bij vernietiging van het vonnis van de kantonrechter op de verzekering konden worden afgeschoven.

Voor zover een beroep op onaanvaardbaarheid niet wordt geblokkeerd door het afgewezen beroep op de opzetclausule, verzet de Gemeente zich tegen het oordeel van de rechtbank waarin het beroep op onaanvaardbaarheid wordt gehonoreerd. Dit echter zonder succes. Besef van risico van aansprakelijkheid mag volgens het hof worden verondersteld van een overheidsorgaan – zoals de gemeente – indien er sprake is van een besluit tot executie van een niet definitief en aan hoger beroep onderworpen vonnis. Als bij de afweging van dat risico en bij het besluit tot executie van het vonnis het bestaan van een verzekering een gewicht heeft uitgeoefend, dan is niet uitgesloten

dat een beroep op die verzekering onaanvaardbaar is. Dit kan zo zijn als de gemeente – bewust van de verzekering – het alternatief kiest dat de grootst mogelijke kans op schade voor Allianz met zich meebrengt en het meest voordelig voor de gemeente is.

Om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of het bestaan van de verzekering een gewicht heeft uitgeoefend bij de belangenafweging van de gemeente, heeft het hof bij tussenarrest een bewijsopdracht verstrekt aan de gemeente. De gemeente moet feiten en omstandigheden bewijzen waaruit blijkt dat bij het nemen van het executiebesluit het bestaan van een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid niet een factor van gewicht is geweest om dat besluit te nemen. Reden hiervoor is dat verzekering een onbetwist feit is en het besef van het bestaan van de verzekering bij de bevoegde en besluitnemende organen van de gemeente moet worden verondersteld.

2 Hoge Raad

2.1 Is het falen van een beroep op de opzetclausule funest voor een beroep op onaanvaardbaarheid?

Volgens de gemeente heeft het hof miskend dat Allianz haar verweer dat het beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op andere feiten dient te baseren dan die zij al ten grondslag van haar beroep op de opzetclausule had gelegd. Dat de betrokken feiten niet geheel dezelfde zouden zijn is volgens de gemeente onvoldoende om een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk te achten. Deze feiten zouden onlosmakelijk verbonden zijn met de feiten waarop zij haar beroep op de opzetclausule heeft gebaseerd.

De gemeente verwijst in dit verband naar het Winterthur/X arrest.¹ In dit arrest werd bepaald dat wanneer er beslist is dat de verzekeraar op basis van de verzekeringsovereenkomst niet gerechtigd is om op grond van bepaalde feiten uitkering te weigeren, de verzekeraar op grond van diezelfde feiten zich er niet op kan beroepen dat de verzekerde naar goede trouw niet gerechtigd is uitkering te vorderen op grond van de verzekeringsovereenkomst. Volgens A-G J. Spier (Gemeente Eindhoven/Allianz) blijkt uit Winterthur/x dat in geval van opzet dan ook geen beroep meer kan worden gedaan op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Het arrest Winterthur kan echter niet één op één worden toegepast op Gemeente Eindhoven/Allianz. Volgens de Hoge Raad is – bij een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering – niet uitgesloten dat feiten en omstandigheden die niet toereikend zijn voor een beroep op (art. 7:952 BW of) een opzetclausule, toch van dien aard zijn dat de aanspraak op uitkering door de verzekerde naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad deelt ook de mening van het hof dat Allianz een beroep heeft gedaan op een onjuiste belangenafweging door de gemeente, en dat zij dit beroep niet heeft gebaseerd op geheel dezelfde feiten als waarop zij het beroep op de opzetclausule had gebaseerd.

2.2 Naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

De gemeente klaagt dat Allianz onvoldoende heeft gesteld voor een beroep op artikel 6:248 lid 2 en dat het hof bovendien heeft miskend dat een beroep

¹ HR 10 december 1976, NJ 1978, 114 (Winterthur/x).

op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid alleen mogelijk is als er sprake is van misbruik van verzekering. De vraag of het bestaan van een verzekering een zeker gewicht heeft uitgeoefend zou niet voldoende zijn om tot de conclusie te leiden dat er sprake was van misbruik.

Allianz stelt dat de gemeente zich bij haar besluit heeft laten leiden door het streven naar optimaal financieel voordeel, terwijl zij eventuele nadelen van het besluit zou kunnen afwentelen op Allianz. Onder die omstandigheden acht de Hoge Raad het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Er kan volgens de Hoge Raad sprake zijn van onaanvaardbaarheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW, als bij de besluitvorming door de gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht was. Dit kan het geval zijn als de gemeente, bewust van de verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg kiest, die de grootst mogelijke kans op schade voor Allianz schept en tegelijkertijd voor de gemeente zelf het meest voordelig is. Met een aansprakelijkheidsverzekering wordt immers niet beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt door een gedraging die het gevolg is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde belangenafweging.

Allianz voert vervolgens aan dat het hof had miskend dat een beroep op artikel 6:248 lid 2 dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Allianz voert in dat kader aan dat het beroep op derogerende werking ook kan slagen wanneer het bewust zijn van verzekerde van het bestaan van de verzekering niet blijkt. De A-G stelt dat voor zover de klachten niet prematuur zijn (er is immers slechts sprake van een tussenarrest), de klachten berusten op verkeerde lezing van het arrest van het hof. Uit arrest blijkt volgens de A-G namelijk voldoende waarop het oordeel van het hof is gebaseerd. Wanneer de verzekering bij de afweging voor het besluit geen rol speelt, is er bovendien misschien nog wel sprake van een roekeloze afweging en misschien strijd met de opzetclausule, maar dan is er geen beroep op artikel 6:248 lid 2 BW mogelijk. Ook de Hoge Raad komt tot de conclusie dat de klachten niet tot cassatie kunnen leiden nu zij berusten op een onjuiste lezing van het arrest. Voor zover de klacht niet afstuit op artikel 399 Rv – het richt zich immers tegen een tussenuitspraak en daaruit kan niet met zekerheid worden gesteld dat het hof zijn uiteindelijke oordeel volledig zal baseren op de uitkomst van de bewijslevering – mist het onderdeel doel. Allianz heeft haar beroep geheel toegespitst op het argument dat de besluitvorming van de gemeente is gebaseerd op een onjuiste belangenafweging. Het hof heeft dit overwogen en betekenis toegekend aan de in dat kader relevante omstandigheden. Het hof behoeft niet aandacht te schenken aan alle opgesomde omstandigheden aandacht te schenken.

2.3 Bewijslastverdeling: omkering of vermoeden?

Veel onduidelijkheid is ontstaan over de vraag of het hof door middel van haar bewijsopdracht wel of niet de bewijslast en aldus het bewijsrisico heeft omgekeerd. Beide partijen en de A-G gingen er vanuit dat dit het geval is.²

De gemeente heeft aangevoerd dat voor omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is. De gemeente klaagt dat het hof ofwel de bij een onaanvaardbaarheidberoep geldende bewijslastverdeling heeft miskend, ofwel op onvoldoende gronden tot een bewijslastomkering is gekomen. Het hof zou onvoldoende omstandigheden hebben vastgesteld die tot zijn oordeel hebben geleid en onvoldoende inzicht hebben gegeven in de gedachtegang die daarbij is gevolgd.

Volgens de A-G zijn twee lezingen mogelijk ten aanzien van de bewijslastverdeling: 1) het hof achtte voorshands aannemelijk dat de verzekering een rol heeft gespeeld (een feitelijk vermoeden) of 2) het hof keert de bewijslast om op grond van de redelijkheid en billijkheid. Ten aanzien van de eerste lezing vindt de A-G steun bij de overweging van het hof dat de verzekering in dit geding onbetwist is en in beginsel beseft van het bestaan van die verzekering bij de bevoegde en besluitvormende organen verondersteld moet worden. Steun voor de tweede lezing wordt gevonden bij de zin dat het aan het hof 'redelijk voorkomt' de bewijslast op de gemeente te leggen. De A-G is zelf van mening dat het hof de bewijslast op de voet van de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 150 Rv heeft omgekeerd. De omkering zou volgens de A-G besloten liggen in de omstandigheden dat (a) de gemeente bekend mag worden verondersteld met de verzekering, (b) er sprake is van omstandigheden die geheel in de sfeer liggen van de gemeente, (c) de gemeente niet heeft aangevoerd dat verzekering geen rol heeft gespeeld bij de besluitvorming.

Net als de gemeente wijst de A-G er op dat voor een omkering van bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid sprake dient te zijn van bijzondere omstandigheden en dat daarvan terughoudend gebruik moet worden gemaakt.³ De rechter die de bewijslast omkeert moet de omstandigheden vaststellen die hem daartoe hebben gebracht. De rechter moet bovendien

2 Conclusie A-G, Gemeente Eindhoven/Allianz, alinea 5.11.

3 Zie ook HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419; HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78; P. Van Dam, 'Omkering van de bewijslast en de redelijkheid en billijkheid', *Praktisch Procederen*, 1999/4, p. 61.

inzicht bieden in zijn gedachtegang. Dit hoeft echter niet expliciet te worden uitgeschreven. Volgens de A-G moet wel in het oog springen waarom de rechter tot zijn oordeel is gekomen. De bereikte uitkomst zou ook moeten aanspreken. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid vaak niet nader wordt gemotiveerd dan door een verwijzing naar die omstandigheden.⁴

De Hoge Raad oordeelt dat het hof de bewijslast niet heeft omgekeerd op grond van de redelijkheid en billijkheid. Uit artikel 150 Rv vloeit voort dat een partij die zich op artikel 6:248 lid 2 beroept (Allianz) in beginsel de bewijslast van de stellingen draagt. Het hof zou op basis van bijzondere omstandigheden van het geval zijn uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden dat het bestaan van de verzekering een factor van gewicht is geweest bij de besluitvorming door de gemeente. Een vermoeden leidt niet tot omkering van de bewijslast in de zin van het bewijsrisico.⁵

3 Toelichting

3.1 Artikel 6:248 lid 2 BW

3.1.1 *Eenzelfde feitencomplex*

De Hoge Raad schept in dit arrest duidelijkheid – al zij het beperkt tot de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering – ten aanzien van het voeren van meerdere verweren op basis van eenzelfde feitencomplex. Het arrest Winterthur/X staat hier kennelijk niet aan in de weg. In dit laatstgenoemde arrest overleed mevrouw X slechts vier dagen na het sluiten van een levensverzekering, als gevolg van een verkeersongeval. De heer X ('X') vordert als begunstigde van de levensverzekering uitkering van Winterthur (verzekeraar). Winterthur meent dat X schuld heeft aan het overlijden van zijn echtgenote. X heeft onder meer de auto waarin mevrouw X zich bevond met hoge snelheid een kanaal ingereden. X heeft volgens Winterthur onoplettend, dan wel onvoorzichtig, roekeloos of anderszins verkeerd gehandeld. Winterthur voert primair aan dat op grond van artikel 276 K (oud) geen verliezen/schaden ten last van de verzekeraar komen. Subsidiair dat naar goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) de begunstigde niet gerechtigd is op uitkering van het verzekerde bedrag.

4 Parlementaire Geschiedenis, (nieuw) Bewijsrecht, art. 150 Rv, p. 91.

5 W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 81. Interessant is dat W.D.H. Asser tevens zittende raadsheer was ten aanzien van de in deze annotatie besproken zaak.

Winterthur had echter de stelling dat er sprake was van opzet ingetrokken, waardoor zij geen beroep meer kon doen op voorwaardelijk opzet of grove schuld van X. Artikel 276 K (oud) was bovendien volgens de Hoge Raad niet van toepassing op levensverzekeringen. Levensverzekeringen worden volgens de Hoge Raad, in het algemeen afgesloten met de bedoeling dat na overlijden van de verzekerde, de begunstigde de polisuitkering zal ontvangen en daarmee de ‘door de verzekeringnemer beoogde verzorging’ zal genieten. Dit verzorgingskarakter zou onvoldoende tot haar recht komen als zij volledig zou worden opgeheven zodra het overlijden te wijten is aan de schuld. De Hoge Raad verwijst bovendien naar het feit dat de meeste levensverzekeringsovereenkomsten een spaarelement bevatten, hetgeen betekent dat bij toepassing van artikel 276 K (oud) ook het gespaarde aan de verzekeraar zou toekomen. Dit zou niet rijmen met de aard van de levensverzekeringsovereenkomst. De Hoge Raad beslist vervolgens in Winterthur/X dat:

‘als de verzekeraar volgens de verzekeringsovereenkomst niet gerechtigd is om op grond van bepaalde feiten (...) uitkering van het verzekerde bedrag te weigeren, niet kan worden volgehouden dat de verzekeraar op grond van diezelfde feiten zich er op zou kunnen beroepen dat de begunstigde naar goed trouw niet gerechtigd is uitkering van het verzekerde bedrag te vorderen’ (‘de rechtsregel’).

Opvallend bij dit arrest is dat de Hoge Raad in deze rechtsregel niet verwijst naar de rol van de levensverzekering en het spaarelement. De Hoge Raad betreft deze uitgangspunten derhalve niet bij de vraag of Winterthur op basis van diezelfde feiten beroep kan doen op de stelling dat X op grond van de goede trouw niet gerechtigd is op uitkering. De levensverzekering en het spaarelement spelen echter wel een rol bij de (voor)vraag of Winterthur gerechtigd is om op grond van artikel 276 K oud en/of de overeenkomst uitkering van het verzekerde bedrag te weigeren. Dat de rechtsregel desalniettemin toch alleen ziet op levensverzekeringsovereenkomsten en niet algemeen toepasbaar is, is verdedigbaar. De levensverzekering wordt door de Hoge Raad indirect omschreven als een naar haar aard van andere verzekeringen afwijkende verzekering. Het verzorgingselement en het spaarelement zijn kenmerkend van levensverzekeringen. Nu juist deze omstandigheden van doorslaggevend belang waren in Winterthur/X kan niet worden gesteld dat de rechtsregel – hoe algemeen deze ook is geformuleerd – van toepassing is op andere niet vergelijkbare verzekeringen, zoals de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering.

Ook de Hoge Raad lijkt hiervan uit te gaan in *Gemeente Eindhoven/Allianz*. Het uitgangspunt van de Hoge Raad – dat bij een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering niet is uitgesloten dat feiten die niet toereikend zijn voor een beroep op een opzetclausule, toch voldoende zijn voor onaanvaardbaarheid op grond van artikel 6:248 lid 2 BW – past naar mijn mening bij de aard van uitzonderingen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Bij een beroep op de onaanvaardbaarheid dienen immers alle relevante omstandigheden van het geval mee te worden gewogen.⁶ Uit het feit dat de Hoge Raad het uitgangspunt op deze wijze heeft geformuleerd ('niet is uitgesloten') wordt geïmpliceerd dat de onaanvaardbaarheid op grond van 6:248 lid 2 wel met terughoudendheid moet worden toegepast. Een beroep op 6:248 lid 2 is echter – naar mijn mening terecht – niet per definitie beperkt tot de afwegingen die worden meegenomen bij een beroep op de opzetclausule.⁷ Eén set feiten kan leiden tot afwijzing van een beroep op de opzetclausule, terwijl dit zelfde feitencomplex bij een zelfstandige beoordeling wellicht wel tot onaanvaardbaarheid naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou kunnen leiden. De redelijkheid en billijkheid dienen in het vermogensrecht als opvangnet waarmee – indien directe toepassing van de wet tot een naar de maatschappelijke normen onwenselijk resultaat leidt – correctief kan worden opgetreden. De redelijkheid en billijkheid zijn een zelfstandige brede norm, zelfs al worden zij beschouwd vanuit het kader van artikel 6:248 lid 2. Een zelfstandige beoordeling van de aanvaardbaarheid naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid op grond van 6:248 lid 2 BW ligt dan ook voor de hand.⁸

3.1.2 *Onaanvaardbaar naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid*

Het arrest geeft een aantal nieuwe handvaten met betrekking tot de aanvaardbaarheid van een beroep op de betalingsverplichting van de verzekeraar indien het bestaan van die verzekering een rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de schade. Door de onaanvaardbaarheidsdeis van artikel 6:248 lid 2 BW zal de rechter terughoudendheid moeten blijven betrachten (marginale toetsing).⁹ Volgens A-G Spier dient er terughoudend te worden omgegaan met toepassing van de onaanvaardbaarheidsdeis waar een beroep op de opzetclausule is gefaald. In de conclusie van de A-G wordt verwezen naar

6 HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412.

7 Zie ook B.T.M. van der Wiel, 'Noot bij HR 12 januari 2007, RvdW 2007, 84', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2007-2.

8 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112.

9 Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, verbintenissenrecht, Redelijkheid en billijkheid, 3. Beperkende werking.

Wansink.¹⁰ Laatstgenoemde meent dat er in dat geval sprake moet zijn van misbruik dat zich zou uiten in voorwaardelijk opzet om tot een belangenafweging te komen, waarbij de verzekerde in onevenredige mate profiteert. De A-G meent echter dat van voorwaardelijk opzet geen sprake behoeft te zijn en dat voldoende is dat de verzekerde met oog op de voor hem relevante voordelen een handelswijze heeft gekozen en de potentiële nadelen op de koop toe heeft genomen, ervan uitgaande dat de verzekeraar deze nadelen zou dekken. De Hoge Raad en het hof laten echter onbeantwoord of er sprake dient te zijn van misbruik om een beroep op de onaanvaardbaarheid te laten slagen. Dit is niet opmerkelijk, omdat er slechts sprake was van een tussenvonnis en de gemeente nog is toegelaten tot het leveren van bewijs in de hoofdprocedure. Het oordeel over de vraag of het beroep ook onaanvaard is in dit geval, behoeft pas in een later stadium van de procedure te worden beantwoord. De vraag of misbruik een constitutief vereiste hiervan is, behoeft ook pas later aan bod te komen. De Hoge Raad bepaalt wel dat van onaanvaardbaarheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW sprake zou kunnen zijn, indien bij de besluitvorming door de gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht was. Indien misbruik is vereist, kan misbruik zich dus (onder meer) op grond van deze omstandigheden voordoen.

Hoewel niet genoemd door de Hoge Raad zou in dit kader kunnen worden gedacht aan artikel 3:13 BW. Dit artikel bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze haar niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen (a) met geen ander doel dan een ander te schaden (opzet) of (b) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of (c) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredige belangen, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Punt c ziet op de situatie waarin de uitoefenaar van de bevoegdheid bekend is met de onevenredigheid.¹¹ Er zou in de onderhavige zaak dan sprake zijn van misbruik door de gemeente van de 'bevoegdheid' uit overeenkomst. Het niet te goeder trouw uitoefenen van contractuele rechten wordt regelmatig als misbruik van recht aangeduid. Artikel 3:13 BW bevat echter een vermogensrechtelijk beginsel en is breed toepasbaar (art. 3:15 BW). Zij bevat meer dan alleen misbruik van recht.¹² De Hoge Raad verwijst naar de gedachte die aan zijn motivering ten grondslag ligt, namelijk dat verzekeringen niet beogen dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging

10 Conclusie A-G Spier, Gemeente Eindhoven/Allianz, alinea 4.7.1; Wansink, 'De algemene aansprakelijkheidsverzekering' (2006), p. 305-307.

11 HR 21 mei 1999, NJ 1999, 507 (Kerkhof/Spoelstra).

12 MvT, Parlementaire Geschiedenis, InvW 3, p. 1048.

die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen. Deze gedachte lijkt direct aan te sluiten bij artikel 3:13 BW. De centrale betekenis van de belangenafweging in het onderhavige arrest bevestigt dit uitgangspunt. De vraag is echter of het wel nodig is terug te grijpen naar artikel 3:13 BW als artikel 6:248 lid 2 van toepassing is.¹³ Het feit dat de redelijkheid en billijkheid eveneens een brede norm behelst die zelfstandig moet worden beoordeeld doet suggereren van niet.

De mate waarin er sprake dient te zijn van opzet voor een succesvol beroep op artikel 6:248 lid 2 BW is in dit kader ook niet verhelderd door de Hoge Raad. Opzet is slechts één omstandigheid.¹⁴ Uit het feit dat in beginsel alle omstandigheden moeten worden mee gewogen,¹⁵ kan worden afgeleid dat een beroep op onaanvaardbaarheid ook kan slagen zonder dat er sprake is van opzet. Een opzetvereiste zou echter wel kunnen worden gededuceerd uit het feit dat 'een factor van gewicht' zich kan voordoen indien (1) de gemeente bewust is van het bestaan van de verzekering en (2) uit de mogelijke alternatieven de weg kiest die de grootst mogelijke kans op schade voor Allianz schept en voor de Gemeente het meest voordelig is. Het is onaannemelijk dat de gemeente na een dergelijke belangenafweging deze keuze kan maken zonder daarbij het oogmerk te hebben om zichzelf zo veel mogelijk te bevoordelen ten koste van Allianz. Er is echter geen sprake van een zekerheidsbewustzijn met betrekking tot de schade, hetgeen wel een vereiste is voor opzet. Wel neemt de gemeente de schade voor lief. Dit zou kunnen duiden op een vereiste van bewuste roekeloosheid in plaats van opzet. De vraag blijft onbeantwoord of opzet dan wel bewuste roekeloosheid een constitutief vereiste is voor onaanvaardbaarheid van het beroep op uitkering in deze omstandigheden.

3.2 Artikel 150 Rv

Met betrekking tot de bewijslastverdeling het volgende. Artikel 150 Rv bepaalt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast draagt van die feiten of rechten, tenzij (1) uit enig bijzondere regel of (2) uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Het oordeel van de

13 Asser, 'Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht', verbintenissenrecht, Redelijkheid en billijkheid, 3. Beperkende werking, 314a; Hartlief, 'Coherente instrumenten in het contractenrecht', 2003, p. 57 e.v.; HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896; G.J. Rijken, Redelijkheid en billijkheid (Mon. Nieuw BW A-5), nr. 38.

14 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU) (aanvaardbaarheid van een exoneratiebeding).

15 V. van den Brink, 'Opzet, grove schuld en exoneratiebedingen', NdBW 2000-7/8, p. 94.

Hoge Raad dat de partij die zich op artikel 6:248 lid 2 beroept (Allianz) in beginsel de bewijslast van de stellingen draagt is in overeenstemming met artikel 150 Rv. Allianz draagt immers de stellingen aan die op grond van het materiële recht (art. 6:248 lid 2 BW) noodzakelijk zijn om het door haar gewenste rechtsgevolg (onaanvaardbaarheid van het beroep) te verwezenlijken. Dit past ook in de jurisprudentie waaruit blijkt dat de stelplicht en de bewijslast in het algemeen rusten bij degene die beroep doet op de onaanvaardbaarheid.¹⁶ De gemeente draagt derhalve in beginsel alleen de bewijslast van de feiten die nodig zijn om het door Allianz gevraagde rechtsgevolg te verhinderen en behoeft niet de feiten te bewijzen die zij stelt ter motivering van haar betwisting.¹⁷

De Hoge Raad gaat er bovendien van uit, dat bij het bestaan van een vermoeden geen sprake is van een omkering van de bewijslast in de zin van het bewijsrisico.¹⁸ Een vermoeden is enkel het deduceren van een feit uit een ander vaststaand feit.¹⁹ De partij met de bewijslast, Allianz, blijft het risico dragen dat haar stelling niet bewezen wordt geacht als zij de feiten of omstandigheden die noodzakelijk zijn voor het aannemen van deze stelling niet bewijst. Het (weerlegbare) vermoeden heeft als gevolg dat de gemeente het tegenbewijs dient te leveren. De gemeente heeft daarom de bewijsleveringlast. De gemeente moet zoveel twijfel wekken dat het vermoeden niet langer houdbaar is. Hoewel Allianz de formele bewijslast en dus het bewijsrisico draagt, dient de gemeente – wil zij slagen in haar verweer – feitelijk het opgedragen bewijs te leveren. Als de gemeente hierin slaagt, is het vermoeden weerlegd en ligt de bewijsleveringlast ook weer bij Allianz.

Ik vraag mij echter af of het hof niet toch de omkering van de bewijslast voor ogen had. Op basis van een tekstuele interpretatie lijkt het hof door middel van de bewijsopdracht wel degelijk de bewijslast om te keren: 'Het komt aan het hof redelijk voor de bewijslast (...) op de gemeente te leggen.' Dit zou ook alleen kunnen zien op de bewijsleveringlast. Het feit dat het hof niet uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat er sprake is van omkering van de bewijslast is, zoals de A-G terecht stelt, geen aanwijzing dat er geen omkering plaats heeft gevonden, nu er geen verzwaarde motiveringsplicht is voor een beslis-

16 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank).

17 HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813; HR 2 mei 2003, NJ 2003, 478; Tekst & Commentaar, Rechtsvordering, art. 150, Deventer: Kluwer.

18 HR 25 maart 1994/ NJ 1994, 549 (Van Amersfoort/Waarborgfonds); W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 39.

19 T.R. Hidma & G.R. Rutgers, 'Bewijs', Pitlo Deel 7, Deventer: Kluwer 2004, p. 38.

sing tot omkering van de bewijslast.²⁰ De rechter dient wel voldoende inzicht te geven in zijn gedachtegang.²¹ Gelet op het feit dat in tegenstelling tot de Hoge Raad, zowel de partijen als de A-G van mening waren dat er sprake was van omkering van de bewijslast, kan gesteld worden dat er van voldoende inzicht geen sprake is. Onvoldoende inzicht is echter eveneens geen aanwijzing dat er wel een omkering heeft plaatsgevonden.

Het hof heeft geoordeeld dat onaanvaardbaarheid kan bestaan indien de verzekering een gewicht heeft uitgeoefend. Het bewijsrisico van deze stelling ligt bij de verzekeraar. Wordt deze stelling niet door haar bewezen, dan zal haar beroep op de onaanvaardbaarheid niet slagen. Dit verandert niet door de bewijsopdracht. Het feit dat het hof op grond van de gebleken feiten of omstandigheden voorlopig uitgaat van de juistheid van stellingen van Allianz betekent niet dat er een omkering van de bewijslast in de zin van het bewijsrisico heeft plaatsgevonden. Het hof heeft in dat geval de gemeente enkel tegenbewijs opgedragen.²² Voldoende is dat de gemeente de als vaststaand feit aangenomen stelling ontzenuwd.²³ Dit uitgangspunt zou ook niet opmerkelijk zijn nu omkering van de bewijslast zeer ingrijpend is en slechts in uitzonderlijke gevallen wordt ingezet²⁴ en een bewijsvermoeden of verzwaarde stelplicht in dit geval kon volstaan. Ik kan echter niet uitsluiten dat het hof kennelijk toch heeft getracht om de bewijslast op de gemeente te leggen omdat dit haar redelijk voor kwam. Ik vermoed dat nu het hof op dit punt onduidelijk is geweest, de Hoge Raad de bewijslast heeft kunnen invullen, zoals hem dat goeddunkt. De Hoge Raad heeft daarmee een onduidelijkheid – zo niet een vergissing – van het hof weten te herstellen.

*M.E.C. Lok**

20 MvA II, Parlementaire Geschiedenis, (nieuw) Bewijsrecht, art. 150 Rv, p. 90-91; HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85; W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 76.

21 HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412 (Interpolis en Van den Heuvel/Peeten).

22 W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 81.

23 HR 2 mei 2003 NJ 2003, 468; W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 110.

24 T.R. Hidma & G.R. Rutgers, 'Bewijs', Pitlo Deel 7, Deventer: Kluwer 2004, p. 53; W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling', Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004, p. 85; HR 8 december 2000, NJ 2001, 197.

* M.E.C. Lok is advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.