

Nr. 21

De opzetclausule en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

HR 12 januari 2007, RvdW 2007, 84
(Gemeente Eindhoven / Huurder X).

1. Feiten

De gemeente Eindhoven koopt in 1986 een aantal woningen, met de bedoeling om deze te gaan slopen en er nieuwe woningen voor in de plaats te bouwen. Op het moment van de koop, zijn de woningen echter voor een periode van nog acht jaar verhuurd. De gemeente zegt de huur op, maar de huurder, die de woningen met medeweten van de gemeente heeft onderverhuurd, weigert tot ontruiming over te gaan.

De gemeente start daarop een procedure bij de kantonrechter, die bij vonnis de ontruiming beveelt en dat vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart. Hoewel de huurder tegen dit vonnis hoger beroep instelt, legt de gemeente het vonnis ten uitvoer en gaat zij over tot sloop van de woningen. Uiteindelijk wordt het vonnis van de kantonrechter door het hof vernietigd.

De huurder stelt daarop de gemeente aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de onterechte ontruiming en sloop en start een procedure. De gemeente roept haar aansprakelijkheidsverzekeraar in vrijwaring op en vordert – kort gezegd – dekking onder de polis voor de eventueel aan de huurder te betalen schadeloosingen.

Gedurende deze procedures treffen de gemeente en de huurder een minnelijke regeling, op basis waarvan de gemeente aan de huurder €426.279,97 betaalt.

Tussen de gemeente en haar verzekeraar wordt de kwestie niet geregeld. De verzekeraar betwist dat voor

deze schade onder de polis dekking bestaat en beroept zich daarbij, voorzover thans van belang, op de in de polisvoorwaarden opgenomen opzetclausule¹ en op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW.²

2. Rechtbank, Hof en Hoge Raad

Zowel de Rechtbank als het Hof en de Hoge Raad zijn van oordeel dat de verzekeraar geen beroep toekomt op de opzetclausule, maar dat het in dit geval wél naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de gemeente voor haar aansprakelijkheid jegens de huurder, dekking zou hebben onder de verzekering (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW).

De Rechtbank neemt bij haar oordeel in aanmerking (a) dat de gemeente er rekening mee moest houden dat zij in hoger beroep alsnog in het ongelijk zou worden gesteld en (b) dat voor haar voorzienbaar was dat de huurder een hoge schadevergoedingsvordering zou instellen indien achteraf zou komen vast te staan dat de ontruiming en sloop onrechtmatig was. Hoewel zulks in de zienswijze van de Rechtbank dus niet de toepasselijkheid van de opzetclausule met zich brengt, oordeelt zij niettemin dat:

'(...) het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (is) dat de gemeente de negatieve financiële gevolgen van haar keuze om een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis (...) te executeren afwentelt op haar verzekeraar (...).'

Daarbij acht de Rechtbank tevens van belang dat de gemeente met haar verzekeraar geen overleg heeft gevoerd, alsmede dat de gemeente kennelijk haar belang, dat erin was gelegen dat zij bij snelle sloop een financiële tegemoetkoming van het Rijk zou krijgen, heeft laten prevaleren boven die van

anderen, waaronder die van haar verzekeraar.

In de rechtsoverwegingen van het Hof komt met name dit laatste aspect terug. Net als de Rechtbank, hecht het Hof eraan dat de verzekeraar had gesteld dat de gemeente haar besluit om direct tot ontruiming en sloop van de woningen over te gaan, (mede) had laten afhangen van het feit dat zij een verzekering had waaronder eventuele schade als gevolg van die ontruiming en sloop, gedekt was. Omdat het bestaan van de verzekering tussen partijen vaststond en er, aldus het Hof, van kon worden uitgegaan dat de bevoegde en besluitnemende organen zich dat ook gerealiseerd hebben, acht het Hof het redelijk om de gemeente te belasten met het bewijs van het tegendeel.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad oordeelt allereerst dat het bij aansprakelijkheidsverzekeringen:

'(...) niet uitgesloten (is) dat feiten en omstandigheden die niet toereikend zijn om een beroep op art. 7:952 BW of een opzetclausule als de onderhavige te doen slagen, niettemin van dien aard zijn dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht moet worden dat de verzekerde aanspraak maakt op een uitkering onder de polis (art. 6:248 lid 2 BW) (toev. LdH).³

Met andere woorden: het enkele feit dat een aansprakelijkheidsverzekeraar geen beroep kan doen op de opzetclausule, behoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat ook een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW, niet opgaat.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op het betoog van de gemeente dat voor een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW alléén plaats is indien sprake is van misbruik van verzekering, hetwelk in dit geval, aldus de gemeente, niet aan de orde was.

1 Deze opzetclausule sluit van dekking uit de aansprakelijkheid '(...) van diegene(n) met wiens opzet of goedvinden de schade is veroorzaakt'.

2 Dit artikelid bepaalt: 'Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende

regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

3 In art. 7:952 BW is de wettelijke regeling met betrekking tot opzet/bewuste roeke-

loosheid aan de zijde van verzekerden, neergelegd. Het artikel bepaalt dat verzekeraars geen schade vergoeden aan verzekerden die de schade met opzet of bewuste roekeloosheid hebben veroorzaakt.

dien art. 6:248 lid 2 BW niet zou zijn toegepast. Ik kan mij er dan ook in vinden dat de Hoge Raad in zijn onderhavige arrest heeft bepaald dat art. 6:248 lid 2 BW ook voor dit soort situaties geldt.

Overigens verwijzen zowel Wansink en Hendrikse, waar zij betogen dat in beginsel grote terughoudendheid moet worden betracht bij het honoreren van een beroep door de verzekeraar op art. 6:248 lid 2 BW indien reeds is komen vast te staan dat de opzetclausule niet van toepassing is, naar het arrest van de Hoge Raad van 10 december 1976.⁹

In dat arrest oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van een overeenkomst van levensverzekering dat,

'(...) wanneer eenmaal is beslist dat de verzekeraar volgens de verzekeringsovereenkomst niet gerechtigd is om op grond van bepaalde feiten – in dit geval feiten opleverend eigen schuld van de begunstigde (...) – uitkering (...) te weigeren, niet kan worden volgehouden dat de verzekeraar op grond van diezelfde feiten zich erop zou kunnen beroepen dat de begunstigde naar goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) niet gerechtigd is uitkering van het verzekerde bedrag te vorderen'.

Zoals A-G Spier naar mijn mening terecht uiteenzet in zijn conclusie bij het onderhavige arrest, bestaan er evenwel belangrijke verschillen tussen de casus waarop het arrest uit 1976 is gebaseerd en de thans aan de orde zijnde casus.

Een van die verschillen houdt verband met het feit dat het arrest uit 1976 betrekking had op een levensverzekering. Een beroep op schuld ex art. 276 (oud) WvK aan de zijde van de begunstigde, zou er bij dergelijke verzekeringen toe leiden dat de uitkeringsplicht van de verzekeraar zou komen te vervallen. Dit zou om een aantal redenen niet wenselijk zijn. In de eerste plaats omdat de zorg die een levensverzekering beoogt te bieden, behalve op de begunstigde die schuld heeft aan het overlijden van de verzekeringnemer, ook kan zien op anderen

die achterblijven. In de tweede plaats omdat bij veel levensverzekeringen, behalve het zorgement, ook een spaarelement een rol speelt. Zou het nu zo zijn dat de uitkeringsplicht van de verzekeraar bij eigen schuld van de begunstigde zou komen te vervallen, dan zou ook het gespaarde geld aan de verzekeraar toekomen.

In zijn arrest van 1976 heeft de Hoge Raad, onder meer op deze gronden, geoordeeld dat ingeval van een levensverzekering, aan verzekeraars geen beroep toekomt op eigen schuld.

Vervolgens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het in die situatie niet voor de hand zou liggen indien verzekeraars wel een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW zouden kunnen doen. Toepassing van dat artikel brengt immers eveneens met zich dat de uitkeringsplicht van de verzekeraar zou komen te vervallen en dat acht de Hoge Raad nu juist niet wenselijk.

Omdat deze problematiek in het geheel geen rol speelt bij aansprakelijkheidsverzekeringen zoals de onderhavige, kan ik mij vinden in het betoog van Spier dat uit het arrest van 1976 niet de conclusie kan worden getrokken:

'(...) dat bij verzekeringen waarin het spaarelement geen rol speelt, bij een falen van een beroep op (de) opzet(clausule), tevens een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in rook opgaat.'

Een ander verschil tussen het onderhavige arrest en dat uit 1976 is erin gelegen dat – in tegenstelling tot hetgeen het geval was in de casus waarover de Hoge Raad in 1976 heeft geoordeeld – de verzekeraar in het onderhavige geding aan zijn beroep op de toepasselijkheid van de opzetclausule en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW, niet dezelfde feitelijke stellingen ten grondslag had gelegd.

Dat de uitkomst van het onderhavige arrest van de Hoge Raad verschilt van de uitkomst van het arrest uit

1976, kan ik derhalve begrijpen. Ik liet verder reeds doorschemeren dat de uitkomst naar mijn mening bovendien recht doet aan de feiten en omstandigheden van dit geval.

Opmerkelijk is het arrest echter wel. Immers, de onderhavige verzekeraar had in zijn polisvoorwaarden niet geregeld dat de aansprakelijkheid van de gemeente in situaties als deze, van dekking was uitgesloten. Op grond van de bij de verzekeringsovereenkomst behorende polisvoorwaarden was van dekking alleen uitgesloten, voorzover thans van belang, opzet in de zin van de opzetclausule. En daarvan was, zoals gezegd, geen sprake. Door nu het beroep van de verzekeraar op het niettemin ontbreken van dekking op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW te honoreren, wordt hetgeen de verzekeraar blijkens de door hem gehanteerde opzetclausule wél heeft beoogd te dekken (te weten: alle vormen van schuld die niet binnen het bereik van de door hem gehanteerde opzetclausule vallen), toch buiten de deur gehouden. Begrijp ik het goed, dan is Wansink van mening dat ook daarom grote terughoudendheid is geboden bij de toepassing van de beperkende redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW in situaties waarin het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule reeds is afgewezen. Wansink schrijft hierover:

*'Indien komt vast te staan dat de opzetclausule toepassing mist, gaat het niet aan om alleen op grond van de schuldgraad van de verzekerde alsnog een aanspraak op dekking als strijdig met de redelijkheid en billijkheid aan te merken.'*¹⁰

Op zichzelf genomen lijkt dit mij een juist uitgangspunt. Echter, nu het er in dit geval niet alleen om ging dat de gemeente een zekere mate van schuld had aan het ontstaan van de schade, maar tevens (of: juist) van belang was dat de gemeente haar handelwijze (mede) had laten bepalen door het bestaan van de verzekering, meen ik dat een afwijking van dit uitgangspunt

⁹ NJ 1978, 114 (*Auto in kanaal*).

¹⁰ J.H. Wansink, a.w., p. 305.

De Hoge Raad overweegt daarover als volgt:

'Naar het hof heeft vastgesteld, heeft (de verzekeraar) gesteld dat de Gemeente (...) zich bij haar besluit tot onmiddellijke sloop heeft laten leiden door haar wens optimaal financieel voordeel te trekken uit haar handelwijze (...) terwijl zij de eventuele nadelen daarvan zou kunnen afwentelen op haar verzekeraar (...). Uit hetgeen het hof (...) heeft overwogen, volgt dat het van oordeel was dat onder die omstandigheden van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW sprake kan zijn indien bij de besluitvorming door de Gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht is geweest. Dit laatste kan het geval zijn indien de Gemeente, zich bewust van het bestaan van de verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg kiest, die de grootste mogelijke kans op schade voor (de verzekeraar) schept en tegelijkertijd voor de Gemeente zelf het meest voordelig is. Aan 's hofs oordeel ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen. Dit een en ander geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch is het onbegrijpelijk.'

De klacht van de gemeente met betrekking tot de wijze waarop het hof het bewijs tussen partijen had verdeeld, wordt door de Hoge Raad eveneens verworpen. Daartoe oordeelt de Hoge Raad dat het hof, in weerwil van hetgeen de gemeente had gesteld, niet ex art. 150 Rv.⁴ de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid heeft omgekeerd. Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, terecht tot uitgangspunt genomen dat het op grond van dit artikel aan de verzekeraar is om te bewijzen dat hem een beroep op

art. 6:248 lid 2 BW toekomt, maar heeft vervolgens in de bijzondere omstandigheden van dit geval aanleiding gevonden om:

'(...) bij wijze van vermoeden aan te nemen dat het bestaan van de verzekering een factor van gewicht is geweest bij de besluitvorming door de organen van de Gemeente omtrent de vraag of het ontruimingsvonnis hangende het hoger beroep ten uitvoer zou worden gelegd.'

3. Commentaar

In zijn onderhavige arrest heeft de Hoge Raad (onder meer) een antwoord geformuleerd op de vraag of een aansprakelijkheidsverzekeraar wiens beroep op een contractuele opzetclausule niet is gehonoreerd, desalniettemin kan weigeren dekking te verlenen op de grond dat de aanspraak van de verzekerde onder de verzekeringsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zoals volgt uit het vorenstaande, luidt het antwoord van de Hoge Raad bevestigend.

Aan dit vraagstuk is ook in de literatuur al de nodige aandacht besteed. Zo is Wansink⁵ van mening – en daarmee is Hendrikse het eens⁶ – dat er in beginsel grote terughoudendheid moet worden betracht bij het honoreren van een beroep door de verzekeraar op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid indien reeds is komen vast te staan dat de opzetclausule niet van toepassing is.

Wansink stelt zich daarbij voorts op het standpunt dat daarbij een ruime beoordeling van het handelen van de verzekerde past. De grens ligt daar, aldus Wansink,

*'(...) waar in de verhouding tot de verzekeraar het gebruik van de verzekering overgaat in misbruik van de verzekering.'*⁷

Alleen in dat laatste geval kan volgens

Wansink een beroep op dekking, hoewel dus geen sprake is van opzet in de zin van de polisvoorwaarden, worden aangemerkt als in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

In antwoord op de vraag wanneer nu van een dergelijke misbruiksituatie sprake is, stelt Wansink als algemene regel dat dit het geval is:

*'(...) wanneer de verzekerde in het kader van een maatschappelijke activiteit de daaraan voor hem verbonden voor- en nadelen afweegt en vervolgens kiest voor een handelwijze waarbij hij bewust in een onevenredige mate profiteert van het verzekerd zijn van de nadelen, zonder dat in redelijkheid kan worden gezegd dat de verzekeraar ondanks het ontbreken van enig voorbehoud terzake in de polisvoorwaarden of anderszins het vertrouwen heeft gewekt het daaraan verbonden grote risico dat schade voor derden ontstaat, te willen dekken.'*⁸

Zie ik het goed, dan doet zich in het onderhavige geval exact deze situatie voor: de gemeente heeft de voor- en nadelen van een snelle ontruiming en sloop voor zichzelf afgewogen, heeft zich vervolgens bedacht (althans, daarvan wordt blijkens de in cassatie in stand gebleven bewijslastverdeling van uitgegaan) dat zij voor haar eventuele aansprakelijkheid jegens de huurder een aansprakelijkheidsverzekering had afgesloten en is, die factoren tegen elkaar afgewegend, overgegaan tot de sloop, zulks zónder de verzekeraar daarvan in kennis te stellen.

Juist doordat de verzekeraar geen beroep op de opzetclausule toekwam – immers: ten tijde van de door de gemeente gemaakte overwegingen was de uitkomst van de appelprocedure met betrekking tot de ontruiming nog onbekend – acht ik het oordeel van de Hoge Raad alleszins begrijpelijk en juist. Ik zou het onredelijk vinden indien in dit geval de verzekeraar voor de schade zou moeten opdraaien en dat zou de uitkomst zijn geweest in-

4 In dit artikel is bepaald: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de

redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'

5 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde beschouwing in het licht van titel 7.17 BW*, Deventer: Kluwer 2006, p. 305-307.

6 M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en medewerkingsplicht in het schadeverzekeringsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2002, p. 136.

7 J.H. Wansink, a.w., p. 306.

8 J.H. Wansink, t.a.p.

in dit geval gerechtvaardigd is. Als ik Wansink goed begrijp, strookt dit ook met zijn gedachten over dit vraagstuk.

Ten aanzien van de bewijslastverdeling merk ik tot slot het volgende op.

Het Hof had geoordeeld dat het hem, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, redelijk voorkwam:

'(...) de bewijslast van het niet uitoefenen van gewicht door het bestaan van een (...) verzekering op de besluitvorming, op de gemeente te leggen.'

De gemeente mocht feiten en omstandigheden bewijzen waaruit blijkt dat het bestaan van de verzekering bij haar handelwijze niet een factor van gewicht is geweest.

In cassatie is de vraag aan de orde of het Hof hiermee ex art. 150 Rv de

bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) heeft omgekeerd. In weerwil van hetgeen de A-G Spier blijkens zijn conclusie geneigd was te denken, beantwoordt de Hoge Raad deze vraag ontkennend. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof niet de bewijslast omgekeerd, maar heeft hij '*bij wijze van vermoeden*' aangenomen dat het bestaan van de verzekering een factor van gewicht heeft gespeeld.

Ook dit oordeel lijkt mij juist. Het kenmerk van een bewijsvermoeden is dat daartegen tegenbewijs kan worden geleverd en dat is precies wat het Hof heeft overwogen. Immers, zoals blijkt uit het vorenstaande, achtte het Hof de verzekeraar voorshands geslaagd in het bewijs van zijn stelling dat het bestaan van de verzekering de handelwijze van de gemeente had beïnvloed, maar heeft hij de gemeente

toegelaten te bewijzen dat dit niet zo was. Dat bewijs wordt aangemerkt als tegenbewijs,¹¹ ook indien de rechter, zoals in dit geval, die term niet heeft gebruikt maar '*bewijs*' heeft opgedragen.¹² Kenmerkend van tegenbewijs is dat het geleverd wordt door de partij op wie het bewijsrisico in principe niet rust.¹³ Van een omkering van de bewijslast is derhalve geen sprake. De verzekeraar draagt nog steeds het bewijsrisico: mocht de gemeente erin slagen voldoende feiten en omstandigheden aan te voeren die het vermoeden ontkrachten, dan zal het (alsnog) aan de verzekeraar zijn om het bewijs terzake te leveren.

Mr. L. de Haan
Advocaat Stadermann Luiten te Rotterdam.

11 W. Hugenholtz, *De hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2006, p. 86.

12 W. Hugenholtz, t.a.p.

13 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 109.