

Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht

Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht

Redactie
W.H. van Boom
M. van Kogelenberg
M.L. Tuil

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

De Jonge Meesters-reeks is een initiatief van de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam

© 2012 De auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, (www.stichting-pro)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-726-6

NUR 822

www.bju.nl

Inhoud

I	INLEIDING, VERKENNING EN LIJNENSPEL	9
II	WAAR VOORZORG EEN ROL KAN SPELEN	23
III	HET VERSTEKVONNIS, SCHONE SCHIJN IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT	45
IV	DE TERHANDSTELLINGSPLICHT VAN ALGEMENE VOORWAARDEN BIJ CONSUMENTENOVEREENKOMSTEN	71
V	PROPORTIONELE BENADERINGEN IN HET VERZEKERINGSRECHT	93
VI	RISICOWIJZIGING IN HET VERZEKERINGSRECHT	117
VII	OVER HET DEMPEN VAN VALKUILEN IN HET VERJARINGSRECHT	137
VIII	DE VALKUIL VAN DOOR VERJARING VERKREGEN ERFDIENSTBAARHEDEN	159
IX	TAALPERIKELEN IN VERZEKERINGSLAND	177
X	HET BEÏNVLOEDEN VAN CONSUMENTENBESLISSINGEN: VALKUIL OF UITKOMST?	199
XI	VERPANDING VAN AANDELEN IN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP	241
XII	DE BOOBYTRAP VAN DE VERDELING	265
XIII	VERHOGING VAN DE GRIFFIERECHTEN TOT IEDERE PRIJS?	289
XIV	(ON)GEWENSTE EFFECTEN BIJ INCASSOWETGEVING	303

Voorwoord

Dit boek bevat dertien opstellen van masterstudenten van de Erasmus School of Law. Met het schrijven van hun bijdrage aan dit boek voltooiden zij – onder begeleiding van de redacteuren – hun *Master Privaatrecht, Master Aansprakelijkheid en Verzekering of Togamaster*.

Het boek is alweer het zesde deel in de rij van scriptieboeken die de Rotterdamse sectie burgerlijk recht sinds 2007 heeft verzorgd. Na de titels ‘Privaatrecht ondersteund’ (2007), ‘Autonomie en paternalisme in het privaatrecht’ (2008), ‘Waar gehakt wordt...’ (2009), ‘Rake Remedies’ (2010) en ‘Fundamentele rechten en vermogensrechten’ (2011), is het nu tijd om de nieuwste generatie Rotterdamse civilisten aan het woord te laten over ‘Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht’.

Wij maken van de gelegenheid gebruik om de masterstudenten te danken voor hun grote inzet. Een speciaal woord van dank zijn we verschuldigd aan Emma Krikke, die behulpzaam was bij het verzorgen van de teksten. Ook veel dank gaat uit naar Ann-Sophie Vandenberghe en Gerhard Wagner voor hun medewerking aan de groepsbijeenkomsten.

Rotterdam, september 2012

Willem van Boom
Martijn van Kogelenberg
Mark Tuil

I Inleiding, verkenning en lijnenspel

W.H. van Boom, M. van Kogelenberg en M.L. Tuil¹

1.1 Inleiding

Met het schrijven van hun bijdrage aan dit boek voltooiden de auteurs – onder onze begeleiding – in het voorjaar van 2012 hun *Master Privaatrecht, Togamaster of Master Aansprakelijkheid en Verzekering* aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.² In alle bijdragen staan boobytraps, valkuilen en instinkers centraal. Men kan hierbij denken aan nietsvermoedende contractanten die de kleine lettertjes niet hebben gelezen bij het sluiten van de overeenkomst. Kleine lettertjes kunnen dus een valkuil zijn voor de wederpartij, maar we kunnen ook denken aan de gebruiker van diezelfde algemene voorwaarden die vergeet de set voorwaarden vooraf ter hand te stellen. Voor hem vormt de terhandstellingsplicht een boobytrap. De thematiek van kleine onzorgvuldigheden die grote gevolgen met zich brengen voor de contractuele positie, komen we ook tegen bij de vervalclausule. En een civielrechtelijke zaak winnen of verliezen kan terug te voeren zijn op inhoudelijk gelijk hebben of niet, maar ook op het goed en tijdig omzeilen van fatale termijnen en verjaring of op het opwerpen van onverwachte blokkades. Ook in dat opzicht liggen er boobytraps op de loer.

Soms hebben vervalclausules, verjaringstermijnen, terhandstellingsplichten, en wat dies meer zij, meer weg van een boobytrap, valkuil of instinker dan van een zinvolle verdeling van rechten en plichten in een civielrechtelijke rechtsverhouding. Daarover gaat dit boek. Maar de thematiek is breder. Voor beleidsmakers in het privaatrecht zijn er ook instinkers: soms denken ze het ene probleem op te lossen zonder in te zien dat ze een ander – en misschien wel ernstiger – probleem creëren. Of denk aan de valkuilen voor onervaren deelnemers aan het rechtsverkeer die door onwetendheid structureel op achterstand komen te staan.

De dertien bijdragen aan dit boek besteden aandacht aan herkomst van verschillende boobytraps, valkuilen en instinkers.

De auteurs gebruiken de termen ‘boobytraps, valkuilen en instinkers’ niet in een vaste betekenis, maar wel is duidelijk dat het steeds gaat om de

1 De auteurs zijn verbonden aan de Erasmus School of Law.

2 Nadere informatie over die opleidingen kan men vinden op www.masterprivaatrecht.nl, www.masteraansprakelijkhedenverzekering.nl en www.esl.eur.nl (onder onderwijs).

onvermoede, onverwachte, ongewenste of onoirbare gevolgen, bedoelingen en uitwerkingen van objectief recht en gebruik van subjectieve rechten. In hun bijdragen gaan de auteurs na of en in hoeverre deze ‘boobytraps, valkuilen en instinkers’ bewust zijn gecreëerd door de wetgever, of ze – wanneer ze uit contract voortkomen – als zodanig als toelaatbaar moeten worden geacht, of het recht verbeterd kan worden om beter tegemoet te komen aan de belangen van alle betrokken partijen, en of beter hanteerbaar recht verkregen kan worden om effectiviteit van wettelijke regels te waarborgen. Dit eerste hoofdstuk dient ertoe om, na deze korte inleiding, de thema’s die de dertien bijdragen aan de orde stellen, te verkennen (par. 1.2) en om vervolgens kort het lijnenspel uit te tekenen dat de bijdragen kenmerkt (par 1.3).

1.2 Verkenning

1.2.1 *Onzekerheid als valkuil*

In haar bijdrage ‘Waar voorzorg een rol kan spelen’ (hoofdstuk II) verkent Emma Krikke de rol die het voorzorgbeginsel kan vervullen bij het voorkomen van verwezenlijking van nieuwe risico’s. Aansprakelijkheid voor wat wel *nieuwe risico’s* genoemd worden, kan voor de aansprakelijk gestelde ondernemer als een valkuil zijn waar hij ongemerkt in loopt. Bij schadevormen met een lange staart kan het bijvoorbeeld gebeuren dat jaren na dato de betamelijkheidsnorm moet worden ingevuld waarmee achteraf het gedrag van de ondernemer van jaren her beoordeeld wordt. Zo kan die beoordeling achteraf opeens een valkuil voor de ondernemer blijken te zijn, waarvan hij niet eens wist dat hij er al in gelopen was. Krikke betoogt dat ondernemers kunnen ontkomen aan deze onzekerheid van onverwachte aansprakelijkheden *achteraf* door het voorzorgsbeginsel *vooraf* een rol te laten spelen in bedrijfsrisicoanalyses. Een reguliere risicoanalyse is in haar ogen ontoereikend indien deze wordt toegepast op nieuwe risico’s, nu bij dergelijke risico’s onzekerheid, ambiguïteit of onwetendheid speelt. Toepassing van het voorzorgsbeginsel kan leiden tot het nemen van herhaalbare maatregelen, die doelbewust zo zijn geformuleerd dat onderzoek wordt gestimuleerd. Zo zou de ondernemer tijdig de valkuil moeten kunnen herkennen. Bovendien meent Krikke dat een rol is weggelegd voor de civiele rechter bij het vroegtijdig identificeren van de valkuil, namelijk door ondernemingen verplichtingen op te leggen tot daadwerkelijke implementatie van het voorzorgsbeginsel. Ook wordt op deze wijze de normatieve vraag of omwille van de technologische vooruitgang onzekere risico’s acceptabel zijn, vooraf beantwoord door de rechter.

Een op het eerste gezicht geheel ander onderwerp wordt door Nils Jonker aan de orde gesteld. In zijn hoofdstuk ‘Het verstekvonnis, schone schijn in het burgerlijk procesrecht’ (hoofdstuk III) gaat het echter in essentie ook over onzekerheid en het onverwachte karakter die beslissingen achteraf kunnen blijken te hebben. Jonker behandelt de problematiek van het verstekvonnis. Tegen dat vonnis kan de niet verschenen gedaagde (defaillant) verzet instellen. De verzettermijn vangt aan indien de defaillant bekend wordt geacht met de inhoud van het verstekvonnis, of op de dag van tenuitvoerlegging. Zodoende kan de situatie ontstaan dat de tenuitvoerlegging de verzettermijn in werking stelt. De eiser die met het verstekvonnis tot executie overgaat kan blijken op een boobytrap te hebben gestapt als hij in de verzetprocedure alsnog in het ongelijk gesteld wordt. De executie is dan achteraf gezien onrechtmatig en dat maakt hem schadeplichtig tegenover de defaillant. Deze wijze van allocatie van het risico van executie achteraf kan de eiser kopschuw maken om tot executie over te gaan – het verstekvonnis geeft geen zekerheid en door te executeren graaft de eiser een kuil waar hij later mogelijk zelf in valt. De rechtseconomische analyse die Jonker bespreekt, geeft argumenten voor de stelling dat de ‘risicoaansprakelijkheid’ een onnodige boobytrap is. Jonker beargumenteert dat een ander stelsel, waarin met wachttermijnen gewerkt wordt, beter tegemoet kan komen aan de belangen van beide partijen.

1.2.2 *Formaliteiten als valkuilen*

Formaliteiten hebben nut maar kunnen verworden tot instinkers voor de onoplettende burger. Zoals een kelderluik dat openstaat, kan een wettelijke klachtplicht of een contractuele meldplicht een gevaar opleveren voor de ‘gewoon onoplettende passant’.³

Een andere formaliteit die nog wel eens het karakter van een ‘kelderluik’ kan krijgen, is de wettelijke plicht voor de gebruiker van algemene voorwaarden om deze voor het sluiten van de overeenkomst ter hand te stellen aan de wederpartij (art. 6:233 sub b jo 6:234 lid 1 BW). Sander Rijsterborgh schrijft daarover onder de titel ‘De terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten’ (hoofdstuk IV). Zodra een gebruiker verzuimt de algemene voorwaarden vooraf ter hand te stellen (of achteraf er niet in slaagt te bewijzen dat hij dit gedaan heeft), kunnen deze door de consument of kleine zakelijke wederpartij vrij eenvoudig worden vernietigd.

3 Over het ingrijpende karakter van het niet naleven van de wettelijke klachtplicht (art. 6:89 en 7:23 BW) bijv. J.J. Dammingh, ‘De klachtplicht van de koper in het licht van recente rechtspraak’, *WPNR* 2012 (6915), p. 15-25 met veel verwijzingen.

De rechtspraak houdt redelijk strikt de hand aan de terhandstellingsplicht, met als gevolg dat de ondernemer die vergeet deze mee te sturen of – erger – het bewijs daarvan niet kan leveren (en dat zal bij offline transacties niet zelden het geval zijn!), zijn voorwaarden in het geheel niet kan invoeren. Tegelijkertijd blijven algemene voorwaarden regelmatig ongelezen totdat een conflict ontstaat. De vraag die Rijsterborgh daarom onderzoekt, is of het ‘optioneel maken’ van de terhandstellingsplicht in consumentenovereenkomsten problematisch zou zijn, gezien de door de wetgever nagestreefde doelen. Na analyse van empirisch onderzoek uit en rechtsvergelijkend onderzoek met de Verenigde Staten komt Rijsterborgh tot de conclusie dat de nadruk niet op de formaliteit van terhandstelling zou moeten liggen maar op verdere versterking van de inhoudscontrole.

1.2.3 *Verval van aanspraak: instinker of nuttige sanctie?*

In verzekeringspolissen bestond lange tijd de rechtsgewoonte om volledig verval van de uitkeringsaanspraak te stellen als sanctie op niet-naleving van bepaalde verplichtingen. Ook het schenden van de mededelingsplicht bij aanvang van de overeenkomst werd door de wetgever in die ‘alles of niets’ sleutel gesteld. Voor de verzekeringnemer die niet op zijn hoede is, kunnen dergelijke clausules een instinker zijn. Denise Heemskerk schrijft onder de titel ‘Proportionele sanctionering in het verzekeringsrecht’ (hoofdstuk V) over de vraag of het dan beter is om als sanctie op het niet-naleven van dergelijke verplichtingen over te gaan tot proportionele sanctionering. Die vraag komt niet uit de lucht vallen, want in het verzekeringsrecht (maar ook daarbuiten) is het volledig verval van aanspraak de afgelopen jaren eigenlijk bij het oud vuil gezet.

Heemskerk onderzoekt wat de ideale manier van sanctionering is van schending van de verschillende verplichtingen die uit hoofde van het verzekeringscontract op de verzekeringnemer rusten. Daarbij behandelt zij voornamelijk de mededelingsplicht bij het aangaan van de overeenkomst. De huidige proportionele benadering die daarbij geldt, schiet op bepaalde fronten te kort, zo stelt zij. Het is in de eerste plaats een onduidelijker regeling die niet eenvoudig hanteerbaar blijkt. Daarnaast gaat er van deze regeling te weinig prikkelwerking tot naleving uit. Dat betekent niet dat Heemskerk bepleit om terug te keren naar het oude ‘alles of niets’-karakter van de sanctie. Volledig verval van alle aanspraken zou in verband met informatieproblemen en onzekerheid omtrent de wijze waarop achteraf de open ‘mededelingsnorm’ ingevuld wordt, in veel gevallen een te diepe valkuil voor de verzekeringnemer opleveren. Daarom ontwikkelt Heemskerk op grond van een rechtseconomisch kader voor een aantal gevallen een ‘derde weg’: een combinatie van een proportionele benadering met een

contractueel vastgelegd gefixeerd boetebedrag. Hoewel Heemskerk onderkent dat dit voorstel niet zonder bezwaren is, meent zij dat als bepaalde waarborgen worden ingebouwd zowel verzekeraar als verzekeringnemer voordeel kunnen hebben van de nieuwe regeling.

In zijn bijdrage ‘Risicowijzigingsclausules in het verzekeringsrecht’ (hoofdstuk VI) neemt Sven Zoeteman een ander aspect van verval van aanspraak bij verzekeringscontracten onder de loep. Om zekerheid te hebben over hetgeen zij nu precies verzekerd hebben, kunnen verzekeraars risicowijzigingsbepalingen in de polis opnemen. Het idee daarachter is dat als het risico zich wijzigt gedurende de looptijd van de verzekering, de dekking niet onverkort gehandhaafd hoeft te worden. Zoeteman analyseert die bepalingen en komt tot de conclusie dat ze een valkuil zouden kunnen vormen voor verzekerden omdat ze achteraf onverwacht dekking kunnen blijken te ontzeggen. Het kan daarbij bovendien aankomen op de interpretatie van die risicowijzigingsbepalingen en dat kan tot onverwachte uitkomsten leiden – zeker als ze in algemene bewoordingen zijn opgesteld. Zoeteman concludeert dat verval van dekking wegens risicowijziging uitzondering zou moeten zijn, juist vanwege het ingrijpende karakter. De toepassing van dergelijke clausules moet naar zijn mening daarom worden beperkt tot sprekende gevallen zodat voorop staat dat de verzekerde zekerheid mag verwachten van de polis en geen valkuilen die zich achteraf openbaren. Zoeteman ziet daarom het belang van duidelijker polisbepalingen op dit punt, waar hij de markt toe oproept.

1.2.4 *Wat niet weet en juist daarom deert: informatiedeficiet als valkuil*

Erna Visser analyseert in haar bijdrage ‘Over het dempen van valkuilen in het verjaringsrecht’ (hoofdstuk VII) de verschillende valkuilen rondom verjaring. Met name personen die het indienen en vervolgen van schadeclaims niet tot hun bedrijfsmatige bezigheid rekenen (de bekende ‘one shot player’), kunnen op achterstand komen te staan als zij zich tegenover een onderneming (de ‘repeat player’) geplaatst zien die wél dagelijks claims afwikkelt. Zo leveren de regels inzake de bevrijdende verjaring verschillende valkuilen op voor de ‘one shot player’. Visser analyseert drie daarvan om vervolgens aanbevelingen te doen om deze valkuilen te minimaliseren. De eerste valkuil heeft betrekking op de informatieasymmetrie die er bestaat tussen de ‘repeat player’ en de ‘one shot player’. Door het gebrek aan informatie bij de one shot player kan deze de mogelijkheid verliezen om zijn vordering in rechte af te dwingen. Ter verkleining van deze valkuil stelt

Visser onder meer voor om een informatieplicht te ontwikkelen voor de 'repeat player' schuldenaar.

Visser schenkt echter niet alleen aandacht aan het informatiedeficiet. Zij meent dat er ook een tweede probleem is in de vorm van de formaliteit van stuiting. Die kan een belemmering opleveren in het geval partijen in onderhandeling zijn over de ingestelde vordering. Dat in titel 11 van Boek 3 BW geen stuitende werking is toegekend aan onderhandelingen, brengt niet alleen onduidelijkheid met zich maar ook de noodzaak om – *als* men er al weet van heeft dat de verjaringsklok blijft tikken – de verhoudingen te juridiseren (door bijv. stuiting). Visser bepleit daarom dat onderhandelingen als algemene stuitingswijze erkend worden. De derde en laatste valkuil die behandeld wordt, heeft betrekking op de onzekerheid die er bij de schuldenaar bestaat over het aanvangsmoment. Doordat de aanvang van deze verjaringstermijn afhankelijk is gesteld van de kennis van de eiser met het bestaan van de vordering en de schadeveroorzaker, kan het voor de schuldenaar moeilijk zijn om op voorhand duidelijkheid te hebben over het aanvangsmoment. Het informatiegebrek aan de zijde van de schuldenaar en de resulterende onzekerheid kan ook een valkuil – maar nu voor de schuldenaar – opleveren. Als oplossing stelt Visser voor om de subjectieve termijn op twee plaatsen te objectiveren. Haar voorstellen moeten per saldo een verjaringsregeling doen ontstaan die een beter evenwicht aanbrengt tussen de belangen van 'one shot player' en 'repeat player'.

Thomas Wondolleck schrijft over 'De valkuilen van door verjaring verkregen erfdiensbaarheden' (hoofdstuk 8). Met name vraagt hij aandacht voor de sluipende verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden. Een van de leidende beginselen in het goederenrecht is de kenbaarheid voor de buitenwereld van goederenrechtelijke aanspraken. Dat beginsel kan echter niet altijd worden toegepast, en waar het verlaten wordt ontstaat een informatieprobleem: de buitenwereld ziet niet wat er juridisch wel is. Zo is met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek de verkrijging van niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring mogelijk geworden. Wondolleck onderzoekt of het wenselijk is dat deze naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen. Hij hanteert daarbij (rechts)economische argumenten en vooral de theorievorming van econoom De Soto over het belang van zekerheid in het goederenrecht. De Soto laat namelijk zien dat zekerheid over eigendomsrechten van essentieel belang is voor de welvaart in een land. A contrario kunnen zich door informatiegebreken en dus onzekerheid bepaalde afbreukrisico's realiseren zoals verstoring van economische uitwisseling van land. Wondolleck komt tot de conclusie dat de verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring niet mogelijk zou

moeten zijn, en dat in ieder geval de positie van de derde-verkrijger van een onroerende zaak moet worden versterkt.

1.2.5 *Taal en tekstbegrip als instinker*

Taal en tekstbegrip zijn essentiële ingrediënten voor contractsluiting. Bekend zijn de verhalen over algemene voorwaarden die niet alleen letterlijk in kleine lettertjes zijn weergegeven, maar ook in een taalniveau dat niet aansluit bij de lezer. In de financiële dienstverlening is de laatste jaren veel aandacht voor versimpeling en vergroting toegankelijkheid van voorwaarden, productomschrijving en dergelijke. De achterliggende idee is – afgezien van het doel van herstel van vertrouwen van het grote publiek in de financiële industrie – dat taal geen instinker mag zijn voor de klant. Onduidelijkheid, onbegrijpelijkheid en ambiguïteit zijn ‘uit’ en heldere taal is ‘in’. Maar wat levert dat op?

Mark van Dam schrijft onder de titel ‘Taalperikelen in verzekeringsland’ (hoofdstuk IX) over zin en onzin van pogingen om verzekeringspolissen en bijbehorende voorwaarden begrijpelijker te maken. Wat maakt tekst eigenlijk begrijpelijk, en hoe meet men dat? En wat is het effect van die begrijpelijker voorwaarden op de consument? Gaat hij er anders op reageren? Van Dam brengt de kennis hierover in kaart aan de hand van een uiteenzetting van de meting van taalniveaus en analyse van bestaand onderzoek op het gebied van sociale wetenschappen en psychologie. Hij presenteert ook een opzet voor empirisch onderzoek naar het verband tussen taalniveau en consumentengedrag.

Het hoofdstuk ‘Het beïnvloeden van consumentenbeslissingen: valkuil of uitkomst?’ (hoofdstuk X) van de hand van Suzanne Poutsma gaat ook in op de rol van taalgebruik op consumentengedrag. Zij gaat daarbij specifiek in op de beëindiging van stilzwijgend verlengde contracten en de ‘opt-out’ mogelijkheid van consumenten. Met name zijn daarbij van belang de recent ingevoerde *Wet Van Dam*, die het consumenten mogelijk maakt om stilzwijgend verlengde contracten met een opzegtermijn van één maand te beëindigen, en voor verzekeringscontracten de *Gedragscode geïnformeerde verlenging* van het Verbond van Verzekeraars, die onder meer een verplichting oplegt om de consument op de hoogte te stellen van het recht om te beëindigen (de opt-out).⁴ Poutsma verkent in hoeverre het opt-out model en de (wijze van) informatievoorziening ruimte laat om de beslissing van de consument bij contractverlenging te beïnvloeden. Na een bespreking van psychologische en (rechts)economische literatuur, doet zij verkennend kwalitatief onderzoek naar de wijze van communiceren over opt-out en

4 Zie Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen particuliere schade- en inkomensverzekeringen (www.verzekeraars.nl).

perceptie van consumenten. Uit het onderzoek komt naar voren dat consumenten en bedrijven gezamenlijk baat hebben bij een bepaalde manier van informatieverstrekking. Omdat het slechts een verkennende studie is, suggereert Poutsma wel nog concrete vervolgstappen voor onderzoek.

1.2.6 *De valkuil van botsende wettelijke uitgangspunten*

Onder de titel ‘Verpanding van aandelen in de besloten vennootschap – een onzekere zekerheid?’ (hoofdstuk XI) gaat Niels Didden in op het spanningsveld van botsende uitgangspunten in het Burgerlijk Wetboek. Aandelen in een besloten vennootschap zijn vermogensbestanddelen en als zodanig te bezwaren met pandrecht. De pandhouder moet ingeval van verzuim van de pandgever vrijelijk kunnen executeren om de opbrengst te maximaliseren. Dat uitgangspunt staat echter haaks op de statutaire blokkeringsregeling die het besloten karakter van de BV beoogt te waarborgen. Aangezien de rechtspraak er vanuit gaat dat de executie van een pandrecht op aandelen in een besloten vennootschap voltooid is zodra de statutaire blokkeringsregeling wordt nageleefd, wordt de executerende pandhouder een beroep op de algemene regels voor de executie van pandrecht ontnomen. Didden bestempelt dit als een valkuil voor de pandhouder omdat de zekerheidsfunctie van verpanding onder druk komt te staan. Rechtsvergelijking met Duits recht brengt hem tot de stelling dat onverkorte toepassing van de algemene executieregels verkieslijker is. Bovendien verkent hij alternatieve routes, waarbij de blokkeringsregeling reeds bij verpanding van het aandeel nageleefd wordt of waarbij de blokkeringsregeling buiten werking gesteld wordt. Wendy Krijgsman onderzoekt ‘de boobytrap van de verdeling’ (hoofdstuk XII). Het gaat haar om de vraag wie voorrang krijgt bij de verdeling van de executieopbrengst bij cumulatie van beslagen én hypotheekrechten op een registergoed. Die situatie levert met name een ‘boobytrap’ als de hypotheeken van rang wisselen. Cumulatie van beslagen en hypotheekrechten leveren sowieso een strijd op van beginselen: de *paritas creditorum*, de blokkerende werking van het beslag en de voorrang van het hypotheekrecht. Maar de rangwisseling kan wel eens een verslechtering van positie voor sommigen betekenen zonder dat zij daar invloed op kunnen uitoefenen. Krijgsman analyseert verschillende verdelingsmethoden en zij concludeert dat de meest eenvoudige en evenwichtige oplossing is de afschaffing van de blokkerende werking onder gelijktijdige toekenning van zaaksgevolg aan het beslag.

1.2.7 *Valkuilen en boobytraps voor beleidsmakers*

Ten slotte zijn er twee bijdragen die aandacht vragen voor de valkuilen en boobytraps waar beleidsmakers ongemerkt in kunnen vallen of op kunnen stappen. Davy Hoff schrijft onder de titel ‘Verhoging van de griffierechten tot iedere prijs?’ (hoofdstuk XIII) over recente beleidsvoornemens om civiele rechtspraak meer door de gebruikers te laten bekostigen door middel van verhoging van het griffierecht. De vraag is of beleidsmakers daarmee niet in een maatschappelijke en economische valkuil stappen, verblind door het felle schijnsel van begrotingsbesparingen die kunnen worden gerealiseerd met verhoging van griffierechten.

Momenteel vindt verdeling van de kosten plaats over belastingbetalers én de directe gebruikers. Budgetoverschrijdingen en lange doorlooptijden hebben er echter toe geleid dat deze verdeling onder druk is komen te staan. Recente plannen beogen een verschuiving te bewerkstelligen, maar Hoff analyseert dat daarmee de ‘verborgen baten’ van de huidige verdeling in de waagschaal worden gesteld. Het bestaan van rechtspraak helpt immers conflicten te voorkomen, genereert normen en bevordert schikkingen. De baten die uit deze zogenaamde ‘schaduwwerking van het recht’ voortvloeien, zijn aanzienlijk. Door eenzijdige nadruk op de private baten en afwenteling van de kosten op de directe gebruiker ontstaat het risico dat minder zal worden geprocedeerd dan uit maatschappelijk oogpunt optimaal zou zijn. Idealiter zouden de kosten van rechtspraak moeten worden verdeeld op basis van de verhouding tussen publieke en private baten. Publieke baten zijn echter nauwelijks kwantificeerbaar en dus is een echte berekening geen optie. Toch bepleit Hoff dat er ruimte bestaat om met behulp van griffierechten procedeedgedrag beter te beïnvloeden. Daarbij noemt hij de invoering van een gematigd ‘pay as you go’ systeem en de verhoogde griffierechten voor repeat players. Zo kan, stelt Hoff, de omvang van het beroep op de rechter geoptimaliseerd worden zodat aan zowel de budgettaire als maatschappelijke verlangens kan worden voldaan en de valkuil van eenzijdige kostenverzwaring vermeden wordt.

Karel Boonzaaijer vraagt in zijn bijdrage ‘(On)gewenste effecten bij incassowetgeving’ (hoofdstuk XIV) aandacht voor de gedragseffecten van de recente wetgeving ter bescherming van consumenten tegen excessieve buitengerechtigde incassokosten.⁵ Via algemene voorwaarden bezorgen ondernemers zichzelf het recht om incassokosten in rekening te brengen bij wanbetaling door de consument. De hoogte en wijze van berekening van die kosten blijft vaak in het vage. In de praktijk komt vergeetachtigheid de consument soms duur te staan. De excessen die in de praktijk voorkwamen,

5 De bijdrage van Boonzaaijer werd tevens gepubliceerd in het Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken.

waren beleidsmakers een doorn in het oog. Inmiddels is de wet vergaand aangepast zodat bedongen incassokosten geen instinker meer kunnen opleveren voor de onoplettende consument. De aan consumenten in rekening te brengen incassokosten zijn voortaan gemaximeerd en consumenten moeten vooraf zijn aangemaand met vermelding van de consequenties van wanbetaling. Boonzaaijer licht de wetswijziging door op noodzaak, effectiviteit en evenredigheid. Vanwege marktfalen en nadelige gedragsprikkelers onder de oorspronkelijke situatie was er noodzaak tot ingrijpen, zo stelt hij, maar de wet heeft nieuwe valkuilen geïntroduceerd. Mogelijkheden tot stimulering van tijdige betaling en positieve gedragsprikkelers daarbij zijn namelijk dwingendrechtelijk weggenomen en de toegenomen risico's en niet-verhaalbare kosten voor crediteuren kunnen leiden tot een hogere marktprijs. Boonzaaijer stelt daarom dat het dwingendrechtelijke karakter van de regeling heroverwogen moet worden. Door de maximering van incassokosten regelendrechtelijk van aard te maken en door de aanmaningsplicht bij alle debiteuren te introduceren, kan volgens hem de juiste balans tussen protectie van crediteuren en debiteuren en repressie van nadelig gedrag worden gevonden.

1.3 Lijnenspel

1.3.1 *Onzekerheid: valkuil inruilen voor vaste grond onder de voet*

Uit de bijdragen van Krikke en Jonker blijkt dat onzekerheid een valkuil kan blijken te zijn.

De rechter die achteraf (ex post) beoordeelt of gedrag onbetamelijk was in het licht van onbekende, sluimerende en soms niet goed ingeschatte risico's, heeft relatief makkelijk praten. De rechter zegt weliswaar dat ongeschreven betamelijkheidsnormen ex tunc vastgesteld worden,⁶ maar dat is niet altijd eenvoudig waar te maken. De rechter heeft hier zijn eigen 'hindsight bias' valkuil. Wat moet een ondernemer vooraf (ex ante) doen om de boobytraps van aansprakelijkheid te mijden?

De risico-aansprakelijkheid van de eiser die tot executie van een herroepelijke titel overgaat, waar Jonker over schrijft, lijkt juist veel zekerheid ex ante mee te brengen. Echter, bij een verstekvonnis is het voor de eiser natuurlijk niet duidelijk óf tot verzet overgegaan zal worden én wat de rechter daarover zal oordelen. Die onzekerheid, gecombineerd met risicoaansprakelijkheid, kan een valkuil blijken te zijn voor een eiser die een schuilhoudende defaillant tegenover zich treft (of juist niet treft, om preciezer te zijn).

6 Bijv. HR 17 december 2004, LJN: AR3290, NJ 2006, 147 (Hertel / V.d. Lugt).

De oplossingen die Krikke onderzoekt, lijken te liggen in een streven naar onzekerheidsreductie door een andere inrichting van bedrijfsprocessen maar ook door een andere rol voor het civiele recht. Ook de oplossingen die Jonker bespreekt, zijn op onzekerheidsreductie gericht en op een evenwichtiger risico-allocatie. Onzekerheid over hoe open normen achteraf toegepast zullen gaan worden, is natuurlijk inherent aan een Burgerlijk Wetboek dat gebruik maakt van een open structuur met rechterlijke concretisering. Toch laten Krikke en Jonker zien dat er alternatieven bestaan voor de dreiging van de onzekerheid over wat de rechter achteraf zal doen en dat er dus mogelijkheden denkbaar zijn – daargelaten of die altijd praktisch uitvoerbaar en inpasbaar zijn in ons burgerlijk recht – om de valkuil in te ruilen voor vaste grond onder de voeten.

1.3.2 *Formaliteiten en ‘alles of niets’: disproportionele instinker?*

Van de vele formaliteiten in het burgerlijk recht komt vroeg of laat de vraag aan de orde of het een nuttig instrument is dat gedrag in de juiste richting stuurt, of dat slechts van een disproportionele instinker gesproken kan worden. Dat zien we bij de klachtplicht van de crediteur bij tekortschieten van zijn debiteur, maar bijvoorbeeld ook bij de ingebrekestelling. De wet eist – voor die gevallen waarin een ingebrekestelling wordt uitgebracht – een schriftelijk stuk. Een telefoontje is – als regel – niet genoeg. Dat is niet erg voor partijen die de wet kennen en die er niet uit willen komen met hun debiteur. Maar voor hen die de wet niet zo goed kennen, kan die formaliteit een valkuil blijken te zijn. En voor hen die de relatie met de debiteur niet op scherp willen stellen, is de ingebrekestelling een boobytrap.

Uit de analyse van Rijsterborgh blijkt dat ook de formaliteit van de terhandstelling, gegeven de harde ‘alles of niets’ sanctionering en gegeven het feit dat voorwaarden vaak niet gelezen worden, te rigide is. De alternatieven die Rijsterborgh bespreekt, neigen dus ook weg van de disproportionele instinker van de terhandstelling.

De kwestie van formaliteiten als valkuil hangt sterk samen met de sanctionering. Terhandstelling vergeten? De set algemene voorwaarden vernietigbaar. Contractuele vervaltermijn laten verlopen? Recht vervallen. Dergelijke alles-of-niets sancties willen nog wel eens als overdreven sanctie worden gezien die eigenlijk niet zou mogen worden toegepast bij kleinigheden. Het verbaast daarom niet dat de rechtspraak – de Hoge Raad voorop – en de wetgever wel eens de ‘ontsteking’ willen halen uit dergelijke boobytraps.⁷

⁷ Zie bijv. voor een relativering van de toepassing van de klachtplicht met het oog op de zware sanctie HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (*Ploum/Smeets II*) of voor de relativering van de eis dat een ingebrekestelling

Wat echter uit het oog verloren dreigt te worden, is dat disproportionaliteit niet per definitie verkeerd is. De functionaliteit van algeheel verval van aanspraken kan gelegen zijn in vermijden van bewijsdiscussies en het stimuleren van normconform gedrag. Vergelijk de analyse van Heemskerk op het punt van de sanctionering van de mededelingsplicht bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten. Algeheel verval van aanspraak bij wijze van sanctionering op verkeerd gedrag is uiteraard problematisch als de getroffene niet doordrongen was van de dreigende sanctionering, en het hem als onoplettende wederpartij ook niet aanstonds duidelijk was dat zijn gedrag tot deze sanctionering aanleiding zou geven.⁸ Dat kan er soms voor pleiten om eerst te waarschuwen alvorens de ‘alles-of-niets’ sanctie toegepast mag worden (voor zover er enig leereffect verwacht mag worden). Soms is ook beter om meer precisie in de normstelling aan te brengen zodat het de geadresseerde aanstonds duidelijk is wat van hem verwacht wordt. Een variant daarvan treffen we aan bij Zoeteman. Een van de problemen met algemeen geformuleerde risicowijzigingsclausules is dat voor een verzekerde niet altijd duidelijk is wanneer deze van toepassing is. Dat kan er voor pleiten om dergelijke clausules niet achteraf in het nadeel van de verzekerde toe te passen als hem niet aanstonds duidelijk was dat de aangebrachte wijzigingen in het risico gedrag tot deze sanctionering aanleiding zou geven.⁹

1.3.3 *Pas op! Boobytrap! Valkuil! Instinker!*

De bijdragen van Visser en Wondolleck laten zien dat informatieasymmetrie (in niet-contractuele rechtsverhoudingen) grote gevolgen kunnen hebben voor de partij die de vitale informatie mist. Bij de niet-zichtbare sluipende verkrijgende verjaring missen tal van derden deze informatie zodat – behalve aan wetwijziging – aan zeer restrictieve rechterlijke toepassing van die verjaringsregeling gedacht kan worden. Eenvoudiger is de situatie die Visser beschrijft, waar duidelijk twee partijen betrokken zijn. Een van de richtingen waarin Visser denkt, is die van een mededelingsplicht of zelfs waarschuwingsplicht omtrent de lopende verjaring. Het idee om een plicht te laten rusten op de ‘repeat player’ om de wederpartij te wijzen op het tikken van de verjaringsbom opent een nieuw perspectief, namelijk richting het gevaarzettingsleerstuk. Zoals de Kelderluik-rechtspraak soms

per se schriftelijk moet zijn HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597 m. nt. J. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*).

8 De parallel met HR 26 september 2003, LJN: AI0830, NJ 2003, 660 (*Zeeuws weggetje*) dringt zich op.

9 Ook hier wijzen we op de parallel met HR 26 september 2003, LJN: AI0830, NJ 2003, 660 (*Zeeuws weggetje*).

de plicht oplegt om potentiële slachtoffers te waarschuwen of te behoeden voor blootstelling aan een bepaald gevaar voor fysieke veiligheid, zo zou een dergelijke plicht ook denkbaar zijn bij ‘virtuele kelderluiken’.

Dat lijkt op het eerste gezicht vreemd: de valkuil is hier rechtstreeks uit de wet af te leiden en aangezien eenieder geacht wordt de wet te kennen, lijkt het vreemd om op een ander de plicht te leggen om op de werking van de wet te wijzen. Toch is in het privaatrecht – zeker in verhoudingen waarin de ene partij duidelijk superieure sociaal-economische macht en dus superieure kennis en kunde heeft – niet ongebruikelijk om waarschuwings- of informatieplichten te formuleren. De maatschappelijke betamelijkheid danwel de redelijkheid en billijkheid tussen debiteur en crediteur kan ook in andere gevallen met zich brengen dat met de gerechtvaardigde belangen van de ander rekening gehouden moet worden zodanig dat informatie gegeven moet worden waarvan duidelijk is dat deze essentieel is voor de ene, onwetende partij terwijl de andere deze informatie (stelselmatig) heeft. Een vergelijkbare kwestie zien we overigens in de bijdrage van Poutsma. Als een ondernemer de consument uitnodigt om een handtekening te zetten onder een nieuw contract, is de ondernemer dan verplicht om erbij te melden dat de consument daarmee afstand van het recht op tussentijdse beëindiging doet? Luidt het antwoord ontkennend, dan kan dus kennelijk instemming worden verkregen zonder dat de bijbehorende essentiële informatie is verstrekt. Ook hier zou een ‘beleringsplicht’ denkbaar zijn.

1.3.4 *Taal en tekstbegrip*

De bijdragen van Van Dam en Poutsma staan beide in de sleutel van taal en tekstbegrip. Juridische documenten zijn taal en dus is tekstbegrip relevant. Of het nu algemene voorwaarden betreft of een aanbod tot het sluiten van een overeenkomst. Wat de beide stukken laten zien, is dat er nog heel veel niet bekend is over wat de interactie is tussen taal en tekstbegrip enerzijds en het denken en doen van individuen in een juridische context anderzijds. Het gaat hier om een grensgebied dat linguïsten wel betreden, maar aangezien zij hun bevindingen nog niet doorvertalen naar juridische consequenties is hier nog veel veldwerk te verrichten. Het gaat om potentieel aanzienlijke valkuilen, als er bijvoorbeeld inderdaad verband bestaat tussen de mate van begrip en juridisch handelen. Bovendien staat de bestudering van ‘opt in’ en ‘opt out’ systemen als wetgevinginstrument nog in de kinderschoenen. Dat de keuze van een beleidsmaker voor een opt-in of opt-out systeem – of het nu om ‘class actions’ gaat, orgaandonatie of stilzwijgende verlenging van abonnementen – beslissend kan zijn voor het aantal personen dat binnen of juist buiten de betreffende regeling valt, is al vaker onderzocht. Ook is er onderzoek naar sociale aspecten zoals groepsdruk, maar

onderzoek dat taal, tekstbegrip en attitude in verband probeert te brengen met keuzegedrag in een juridische context, is er nauwelijks. De bijdragen van Van Dam en Poutsma helpen dat gat te vullen.

1.3.5 *Wetten die botsen en wetten die averechts werken*

In de bijdragen van Didden en Krijgsman staat een gedeeld thema centraal, namelijk dat burgers – ook al zouden zij de wet kennen – onaangenaam kunnen worden verrast door de onverwachte uitwerking van die wet. Vooral daar waar onverenigbare wettelijke uitgangspunten botsen, zal het er om spannen of de uiteindelijk gekozen wetsuitleg tot een valkuil voor de rechtszoekende verwordt. De bijdragen van Hoff en Boonzaaijer ten slotte laten goed zien dat beleidsmakers – de wetgever voorop – ook nog wel eens hun eigen valkuil kunnen graven. Wettelijk ingrijpen in contractsvrijheid zoals door de maximering van incassokosten kan ertoe leiden dat bepaalde ondernemers zullen proberen om in alle gevallen het maximumtarief in rekening te brengen. Zo wordt het plafond ook direct het minimum. Maar ook andere effecten zijn denkbaar, zoals dat ondernemers bepaalde consumenten sneller uitsluiten van hun diensten vanwege het incassorisico, of dat zij vooraf een borgsom vragen. Of dat allemaal ingecalculeerde gevolgen zijn, is de vraag. Omgekeerd is het soms ook moeilijk om precies te voorspellen of de effecten die wél bedoeld zijn, ook intreden.¹⁰

Een duidelijke voorspelling van de gevolgen van het verhogen van griffierechten kan wel worden gedaan: die leidt tot verminderde vraag terwijl de baten van civiele rechtspraak als ‘publiek goed’ minder belangrijk gevonden worden. Of overheidsbeleid gericht op verhoging van griffiegelden een beleidsvalkuil is, zal overigens niet snel gemeten kunnen worden: men kan wel het effect op zaakaanbreng meten, maar niet de indirecte implicaties voor de maatschappij als geheel. Wat de bijdragen van Hoff en Boonzaaijer dus tonen, is dat instrumentele beleidskeuzes in het vermogensrecht moeten functioneren in een markt en dat de keuzes die de spelers op die markt maken, goed doordacht moeten worden om onvermoede beleidsvalkuilen te identificeren.

10 Het onderliggende probleem is vermoedelijk intransparantie van voorwaarden vooraf bij het aangaan van het contract.

II Waar voorzorg een rol kan spelen

Over de valkuil van nieuwe risico's en de rol die het voorzorgsbeginsel hierbij kan spelen

E.E. Krikke

De producent van producten die nieuwe risico's met zich meebrengen kan aansprakelijk gehouden worden voor schade voortvloeiend uit niet-kenbare risico's. Door het voorzorgsbeginsel een rol te laten spelen in bedrijfsrisicoanalyses kan ontkomen worden aan deze onverwachte aansprakelijkheid. Een reguliere risicoanalyse is namelijk ontoereikend indien deze wordt toegepast op nieuwe risico's, nu bij dergelijke risico's onzekerheid, ambiguïteit of onwetendheid speelt. Toepassing van het voorzorgsbeginsel kan leiden tot het nemen van herhaalbare maatregelen, die doelbewust zo zijn geformuleerd dat onderzoek wordt gestimuleerd. Door de rechter een ex ante rol te geven bij het opleggen van verplichtingen aan bedrijven kan daadwerkelijke implementatie van dit voorzorgsbeginsel bewerkstelligd worden. Ook wordt op deze wijze de normatieve vraag of omwille van de technologische vooruitgang onzekere risico's acceptabel zijn, vooraf beantwoord door de rechter. Potentiële slachtoffers, brancheorganisaties, verzekeraars en de wetgever kunnen ten slotte een rol spelen bij het stimuleren van een proactieve omgang met onzekerheden.

2.1 Inleiding

Met het voortschrijden van de wetenschap ontstaan er steeds meer nieuwe risico's. Dit zijn bestaande risico's, die nog onbekend zijn omdat de wetenschap nog geen verband heeft gelegd tussen (bijvoorbeeld) schade en oorzaak.¹ Door de enorme wetenschappelijke vooruitgang worden nieuwe technologieën in een sneltreinvaart geïntroduceerd, voordat er zekerheid omtrent eventuele risico's van deze technologieën bestaat. Door deze stormachtige vooruitgang loopt de technische ontwikkeling structureel voor op de wetenschappelijke kennis omtrent nieuwe risico's.²

1 W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S*, 2001-3, p. 4.

2 E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011-42, p. 2838.

Eén van de problemen die dergelijke nieuwe risico's met zich meebrengen is dat eventuele schadeclaims vaak pas tientallen jaren na het voorvallen van de schadelijke gebeurtenis de rechter bereiken. Tegen de tijd dat een rechter oordeelt over deze risico's zijn het zeker geen nieuwe risico's meer te noemen, de risico's zijn inmiddels bekend en volledig begrepen.

Het is niet onaannemelijk dat sommige risico's die wij nu (nog) onzeker noemen, in de toekomst door de rechter wél worden beoordeeld als in het verleden objectief kenbaar.³ Onomstotelijk bewijs voor het bestaan van het risico ontbreekt nu nog, maar er wordt wel onderzoek gedaan naar dergelijke verbanden. En hoewel er nog geen hard bewijs is, zijn er vaak wel aanwijzingen dat er mogelijk een causaal verband bestaat tussen bepaalde schades en nieuwe technologieën. Over veertig jaar kan men ongetwijfeld wetenschappelijke publicaties van vandaag aanwijzen waar voor een bepaald nieuw risico wordt gewaarschuwd. En er zijn zeker al onderzoeken van vandaag te vinden waarin verbanden worden aangetoond. Nu wordt er alleen nog weinig waarde aan deze publicaties gehecht omdat ze wetenschappelijk gezien discutabel zijn. De wetenschap gaat nu eenmaal stapsgewijs vooruit en risico's worden niet van de ene op de andere dag kenbaar, hier gaat een lang proces aan vooraf. Zodoende is het goed denkbaar dat in de toekomst aansprakelijkheid wordt aangenomen voor het verwezenlijken van risico's die men thans onzeker acht. Ondernemers zullen dus rekening moeten houden met rechters die 'achteraf makkelijk praten'.⁴

De jurisprudentie laat overigens zien dat het reeds mogelijk is om aansprakelijkheid voor niet-kenbare risico's aan te nemen. Bij de beoordeling of een gevaar kenbaar was bij de schadeveroorzaker wordt namelijk niet gekeken naar de voorzienbaarheid van de in concreto opgetreden schade, maar naar de voorzienbaarheid van schade in een meer algemene zin.⁵ En de kenbaarheid van een algemeen gevaar voor de gezondheid van de mens is snel aangenomen.

Uit het voorgaande blijkt dat er een valkuil bestaat voor de producent van producten die dergelijke nieuwe risico's met zich mee kunnen brengen. De producent kan, jaren na blootstelling aan zijn product, aansprakelijk gehouden worden voor schade ontstaan door verwezenlijking van een risico dat destijds niet kenbaar was. Hierbij is het belangrijk om van niet-kenbaarheid te spreken, wat betekent dat er geen wetenschappelijke kennis over eventuele risico's beschikbaar was. Het gaat dus niet over de

3 N. Vloemans, 'Events are in the saddle ... the terrible ifs accumulate, Over onzekere risico's en voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2010-2, p. 6.

4 W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S*, 2001-3, p. 7.

5 HR 29 november 2002, *LJN* AE5162, *NJ* 2003, 549, m.nt. J.B.M. Vranken; Hof Amsterdam 25 oktober 2007, *LJN* BB6504, *NJF* 2007, 523.

subjectieve kennis van de producent, maar over de mogelijkheid om kennis over risico's te vergaren.

De Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid (WRR) heeft in 2008 een advies uitgebracht waarin hij aangeeft dat onzekere risico's tot een andere risicobenadering dan voorheen moeten leiden, namelijk een risicobenadering waarin het voorzorgsbeginsel centraal staat. De klassieke risicobenadering gaat ervan uit dat de kansen op schade kwantitatief en waarde vrij in kaart gebracht kunnen worden. In de klassieke risicobenadering luidt de kernvraag 'Hoe groot zijn de risico's waarmee wij worden geconfronteerd en hoe kunnen deze risico's worden beheerst?'.⁶ Deze klassieke risicobenadering werkt niet bij nieuwe risico's. Nieuwe risico's kunnen namelijk niet ingeschat worden, nu men simpelweg niet weet welke potentiële gevaren een rol spelen. Daarom is een andere benadering van risico's noodzakelijk.⁷ In de nieuwe risicobenadering komt een andere vraag centraal te staan die luidt: 'Hoe moeten we onze organisatie inrichten opdat de onzekerheden waarmee we worden geconfronteerd besprekbare, en zo mogelijk beheersbare risico's worden?'.⁷

Deze nieuwe risicobenadering zou een oplossing kunnen bieden voor de valkuil die voor bedrijven opdoemt bij het ontwikkelen van nieuwe producten. In deze bijdrage zal uiteengezet worden hoe bedrijven een dergelijke nieuwe risicobenadering in de bedrijfsvoering kunnen incorporeren. Eerst zal worden ingegaan op het voorzorgsbeginsel, waarbij besproken wordt wat dit beginsel precies behelst, en waar het beginsel toegepast kan worden. Hierna wordt beschreven hoe bedrijven om gaan met risico's, waarna duidelijk wordt hoe bij een dergelijke risicobenadering ook rekening gehouden kan worden met onzekere risico's. Zodoende kan tot een aantal factoren gekomen worden die bedrijven mee kunnen nemen in de bedrijfsrisicoanalyse, waardoor zij in overeenstemming met het voorzorgsbeginsel handelen. Ten slotte wordt ingegaan op de prikkel die naar bedrijven uit dient te gaan om een daadwerkelijke implementatie van het voorzorgsbeginsel te bewerkstelligen.

6 T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 47.

7 N. Vloemans, 'Events are in the saddle ... the terrible ifs accumulate, Over onzekere risico's en voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2010-2, p. 4.

2.2 Het voorzorgsbeginsel

2.2.1 Grondslagen

Het voorzorgsbeginsel vindt zijn grondslag in het milieurecht. Hoewel er in de afgelopen jaren veel over het voorzorgsbeginsel geschreven is, bestaat er nog geen eensgezindheid over de precieze inhoud van dit beginsel. Op het terrein van milieubescherming is het evenwel dermate frequent en consequent toegepast dat aangenomen kan worden dat het beginsel inmiddels tot het internationaal gewoonterecht behoort.⁸ Het voorzorgsbeginsel wordt voornamelijk ingezet om het belang van een schone, veilige en gezonde leefomgeving te beschermen. Dat een dergelijke bescherming noodzakelijk is vloeit voort uit ecologische overwegingen die gedurende de vorige eeuw expliciet zijn verwoord.⁹ De overtuiging dat de hedendaagse mens in staat is om de wereld om hem heen vergaand te veranderen heeft steeds meer post gevat. Eén van de gevolgen hiervan is dat die menselijke invloed mogelijk catastrofaal kan zijn, waartegen bescherming noodzakelijk is. Het voorzorgsbeginsel moet gezien worden in dit perspectief van het beschermen van de fundamentele van het leven tegen de dreigingen en risico's die deze moderniteit met zich meebrengt. Het beginsel is voornamelijk gestoeld op het groeiende besef van het ernstige en soms ook onomkeerbare karakter van milieugevolgen. Hiernaast kan het beginsel mede verklaard worden door de onzekerheid die niet door onderzoek kan worden ondervangen.¹⁰ Op basis van voorgaande achtergronden en doelstellingen kunnen drie kernelementen van het voorzorgsbeginsel onderscheiden worden, namelijk: dreigende schade, onzekerheid en actie. Ondanks de verschillende opvattingen omtrent het voorzorgsbeginsel zijn deze drie elementen in alle definities aanwezig. Als er sprake is van wetenschappelijke complexiteit, onzekerheid, ambiguïteit of onwetendheid, waarbij het gaat om mogelijk ernstige dreigingen voor de gezondheid of het milieu, kan het beginsel derhalve toegepast worden. Het moet hierbij bovendien gaan om potentiële

8 T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 48.

9 R. Pieterman & T. Arnoldussen, 'Het voorzorgsbeginsel: over ideologie en onzekerheid', *R&R* 2008-3, p. 232.

10 T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 50.

risico's van enige ernst, waarbij het uitstellen van te nemen maatregelen kan leiden tot een onomkeerbare dreiging.¹¹

In haar zwaarste vorm kan het voorzorgsbeginsel als een negatief-beginsel omschreven worden, waarop de kreet 'bij twijfel niet doen' van toepassing is. Men kan evenwel ook van een andere interpretatie van het beginsel uit gaan. Zo wordt bijvoorbeeld in het WRR-rapport van een meer genuanceerde versie uitgegaan. Op basis van deze genuanceerde versie bepleit de WRR namelijk een 'proactieve omgang met onzekerheden'. Hiermee wordt dan ook beoogd tegemoet te komen aan de kritiek op het beginsel, dat het innovatie in de weg staat en daarmee noodzakelijke ontwikkelingen blokkeert.¹² Door van een proactieve omgang met onzekerheden uit te gaan wordt volgens de WRR het blikveld veranderd waarbij niet enkel naar de voorzienbaarheid van schade wordt gekeken, maar ook naar de kwetsbaarheid van de omgeving waarin de betreffende activiteiten worden uitgevoerd.¹³ Toepassing dient te leiden tot organisatorische ingrepen die voornamelijk zien op monitoring van en onderzoek naar nieuwe risico's. Ook in deze bijdrage wordt uitgegaan van deze genuanceerde versie van het beginsel. Uitgaande van deze zienswijze zijn er meer mogelijkheden voor de toepassing van het beginsel, daar de ongenuanceerde versie weinig speling laat bij het toepassen en voornamelijk in de richting van negatieve maatregelen wijst.

2.2.2 *De rol van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht*

Hoewel het voorzorgsbeginsel is ontwikkeld op het gebied van milieurecht, heeft het zich inmiddels ontwikkeld tot een algemeen beginsel van Europees recht dat vele toepassingen kent buiten de bescherming van het milieu. Zo wordt het beginsel ook toegepast op het gebied van voedselveiligheid, het beheer van genetisch gemodificeerde organismen, algemene productveiligheid en speelt het een rol binnen het chemicaliënbeleid.¹⁴ Op al deze

11 M. Hildebrandt, 'Inleiding: (voor)zorgelijke ontwikkelingen', in: M. Hildebrandt & R. Pieterman (red.), *Zorg om voorzorg*, Den Haag: BJu 2010, p. 5.

12 T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 45 e.v.

13 WRR-rapport bepleit nieuwe invulling voorzorgsbeginsel, *NJB* 2008-35, p. 2276-2278.

14 T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 48.

terreinen staat bescherming van mens en dier centraal en spelen milieuoverwegingen slechts een marginale rol. Hoewel de meeste van deze bepalingen aan de overheden zijn gericht, wordt er ook indirect een verplichting aan ondernemers opgelegd.¹⁵ Omtrent de vraag of het voorzorgsbeginsel ook een rol behoort te spelen binnen het nationale aansprakelijkheidsrecht bestaat echter nog geen eensgezindheid. Zo wordt er wel gesteld dat het voorzorgsbeginsel als onderdeel of nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm gezien moet worden,¹⁶ maar wordt er ook betoogd dat het beginsel enkel een beleidsregel is zonder enige relevantie voor het aansprakelijkheidsrecht.¹⁷ Voorts wordt er nadrukkelijk op gewezen dat het aannemen van een voorzorgsbeginsel tot bepaalde gevaren kan leiden. Hierbij wordt niet alleen gewezen op het ontstaan van aansprakelijkheid voor niet-kenbare risico's, maar wordt ook het argument aangedragen dat een dergelijk beginsel innovatie zal remmen. Door van een genuanceerde versie van het beginsel uit te gaan wordt al tegemoet gekomen aan dit laatste punt. Hiernaast dwingt juist een verbod of beperking ondernemers tot creativiteit.¹⁸ Bovendien is het zo dat, zoals eerder in deze bijdrage aangegeven, ook zonder aanneming van dit beginsel aansprakelijkheid voor niet-kenbare risico's voor kan komen.

Ook de WRR gaat in haar rapport van 2008 in op de vraag welke rol het privaatrecht dient te spelen bij het toepassen van het voorzorgsbeginsel. De WRR adviseert om een bepaling in boek 3 BW op te nemen betreffende het proactief omgaan met betrekking tot fysieke veiligheid, als een invulling van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast beveelt de WRR aan om de regeling in zake risicoaansprakelijkheden aan te passen in die zin dat een schadeveroorzaker geen beroep kan doen op het feit dat een bepaald risico niet kenbaar was. Een dergelijk beroep zou alleen aan de laedens toekomen als hij onderbouwd kan aangeven dat hij voorafgaand aan zijn handelen proactief heeft gezocht naar potentiële risico's, en hiernaar heeft gehandeld. Op deze wijze hoopt de WRR te bereiken dat actoren noodzaak worden extra onderzoek te doen en maatregelen te treffen, maar dat

15 Verordening (EG) nr. 178/2002 van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden (*PbEG* 2002, L31/1).

16 W.T.H. Braams, 'Déjà Vu. Het voorzorgsbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren', *TMA* 2003-6, p. 147 e.v.

17 R.J. Pieterman, J.C. Hanekamp & L. Bergkamp, 'Onzekere voorzorg bedreigt rechtszekerheid', *NJB* 2006-2, p. 2 e.v.

18 L.J. Smale & J.P. van der Sluijs, 'Magnetische velden van hoogspanningslijnen en kinderleukemie: het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse omgevingsrecht en in het aansprakelijkheidsrecht', *TMA* 2010-4, p. 152.

de ontwikkeling van radicaal nieuwe technologieën die nog met onzekere risico's beladen zijn niet verboden wordt.

Het kabinet heeft in 2009 instemmend op dit rapport van de WRR gereageerd. Evenwel heeft het kabinet het voorstel van de WRR om het voorzorgsbeginsel op te nemen in het BW niet overgenomen. Opname in een algemene wet zou volgens het kabinet niet nuttig zijn, omdat het voorzorgsbeginsel al geïmplementeerd is in meer specifieke nationale en internationale wetgeving.¹⁹ Hiernaast laat het kabinet zich specifiek uit over de relatie tussen het voorzorgsbeginsel en het aansprakelijkheidsrecht. Waar aan de ene kant het voorzorgsbeginsel kan meebrengen dat de verweermogelijkheden van de schadeveroorzaker moeten worden beperkt, dient er volgens het kabinet aan de andere kant voor gewaakt te worden dat het voorzorgsbeginsel niet te ver doorgevoerd wordt, met het oog op stagnerende innovatie.

Ondanks het feit dat er geen expliciete juridische verankering van het beginsel in het aansprakelijkheidsrecht bestaat, kunnen er in de rechtspraak wel aanknopingspunten voor het beginsel gevonden worden, en kan het doorwerken in de keuze voor een privaatrechtelijk rechtsinstrument.²⁰ Ik sluit mij dan ook aan bij Spier, dat ten minste gesteld kan worden dat het voorzorgsbeginsel de open normen van het privaatrecht inkleurt.²¹

Het is aannemelijk dat het voorzorgsbeginsel een steeds grotere rol zal gaan spelen in onze samenleving. Een belangrijke stimulans hiervoor gaat uit van het Internationale en Europese recht. Hiertegenover staat dat het lastig is om het voorzorgsbeginsel te operationaliseren. Wanneer is het nemen van maatregelen op basis van dit beginsel nu verplicht, en wat voor maatregelen moeten genomen worden? In de volgende paragrafen zal het voorzorgsbeginsel vanuit een meer praktische hoek belicht worden. Door het voorzorgsbeginsel in het kader van een risicoanalyse te plaatsen zal tot een aantal praktische handvatten gekomen worden, die bedrijven kunnen aanwenden om eventuele aansprakelijkheid in te toekomst te voorkomen. Door het voorzorgsbeginsel op deze wijze te operationaliseren zal duidelijk worden dat het beginsel wel degelijk goed hanteerbaar is en een rol kan spelen in de bedrijfsvoering, óók zonder dat dit beginsel een expliciete rol in het aansprakelijkheidsrecht speelt.

19 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 089, nr. 23.

20 E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011-42, p. 2838.

21 J. Spier, 'Uncertainties and the state of the art: a legal nightmare', *Journal of Risk Research* (14) 2011-4, p. 505.

2.3 Risico's

2.3.1 Gewone risicoanalyse

In deze paragraaf wordt eerst ingaan op de 'gewone' risicoanalyse, die wordt toegepast als standaardprocedure bij risicomanagement, waarna aangetoond wordt waarom deze wijze van risico-benaderen niet geschikt is voor nieuwe risico's. Ten slotte wordt getoond hoe het voorzorgsbeginsel een verrijking kan zijn van de huidige manier van omgaan met risico's.

Bij een reguliere risicoanalyse worden risico's gedefinieerd als de waarschijnlijkheid dat een specifieke toevalligheid plaats vindt, vermenigvuldigd met de te verwachten schadeomvang. Het doel van een risicoanalyse is het komen tot een objectieve maatstaf, op basis waarvan beslissingen kunnen worden genomen omtrent het omgaan met een bepaald risico.²²

Een risicoanalyse begint bij een activiteit die of een systeem dat men wil analyseren, zodat beslissingen betreffende toekomstige investeringen kunnen worden gemaakt. De relevante toekomstige factoren waar rekening mee gehouden moet worden zijn bijvoorbeeld de mate van winst, productie, verlies aan productie, het voorvallen van een ongeluk of het toebrengen van schade. Dit zijn factoren die men graag wil kennen op het moment van beslissen.²³ Nu de toekomstige waardes van deze factoren nog onbekend zijn, moeten beslissingen genomen worden op basis van een voorspelling van deze waardes, een risicoanalyse.

Hoewel elke analyse anders is, kan er van een aantal hoofdprincipes worden uitgegaan. In eerste instantie wordt er gefocust op factoren die onbekend zijn op het moment van de te maken analyse, maar, als een bepaalde maatregel daadwerkelijk geïmplementeerd wordt, een bepaalde waarde zullen aannemen. We refereren aan deze factoren als *observeerbare factoren*. Vervolgens worden er voorspelling gedaan over deze factoren. In deze voorspellingen wordt een bepaalde marge ingecalculleerd van de aan te nemen waardes. Deze marge wordt de *waarschijnlijkheid* genoemd. Vervolgens bestaan er verschillende technieken om bekend te worden met de mate van onzekerheid, waarbij een bepaalde *waarschijnlijkheid* voor een dergelijke observeerbare factor wordt berekend.²⁴ De op deze wijze tot stand gekomen risicoanalyse bevat een waardering van voorspellingen en onzekerheden

22 A. Randall, *Risk and Precaution*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 43.

23 T. Aven, *Foundations of risk analysis, a knowledge and decision-oriented perspective*, Chichester: John Wiley & Sons Ltd. 2003, p. 47.

24 T. Aven, *Foundations of risk analysis, a knowledge and decision-oriented perspective*, Chichester: John Wiley & Sons Ltd. 2003, p. 48.

omtrent de *observeerbare factoren*. Op basis van een op deze wijze tot stand gekomen analyse kunnen vervolgens beslissingen genomen worden, bijvoorbeeld aan de hand van een kosten-batenanalyse of een bayesiaans analyse.²⁵

Een dergelijke risicobeoordeling wordt niet bij elke te ondernemen actie in een bedrijf uitgevoerd. De meeste activiteiten worden juist routinematig uitgevoerd, zonder dat een *ex ante* risicobeoordeling plaats vindt. Vaak vindt er slechts een risicoanalyse plaats op ad-hoc basis, als er alarm is geslagen dat een bepaald product schadelijk kan zijn, en er maatregelen overwogen worden.²⁶

2.3.2 Problemen bij deze benadering

Onder condities van onzekerheid, ambiguïteit en onbekendheid kan een reguliere risicoanalyse niet leiden tot een rationele en wetenschappelijke afweging van risico's.²⁷ Onzekerheid bestaat er indien wel de kenmerken van mogelijke gevolgen bekend zijn, maar dat de beschikbare informatie en analytische modellen geen duidelijkheid scheppen omtrent de waardes van de relevante *waarschijnlijkheden*.²⁸ Natuurlijk kunnen er ook bij onzekerheid analyses gemaakt worden, hierbij kunnen alleen meerdere scenario's naar voren komen die mogelijk zijn in de toekomst, waarbij geen voorspellingen gedaan kunnen worden over de procentuele kans op een van de scenario's. Het gevolg hiervan is dat onder onzekerheid niet één plaatje van de relevantie risico's geschetst kan worden welke rationeel of op wetenschap gebaseerd is.²⁹

Bij ambiguïteit zijn het niet de *waarschijnlijkheden*, maar de mogelijke uitkomsten zelf die een probleem veroorzaken. Als informatie omtrent een risico verschillend geïnterpreteerd wordt door verschillende belanghebbenden in de maatschappij, betekent dit dat er verschillende gezichtspunten omtrent de relevantie, betekenis en complicatie van feitelijke uitleg en voorspellingen omtrent dit risico bestaan, waarbij verschillend gedacht wordt over wat een tolerabel risico is en welke managementacties ondernomen

25 T. Aven, *Foundations of risk analysis, a knowledge and decision-oriented perspective*, Chichester: John Wiley & Sons Ltd. 2003, p. 98, e.v.

26 A. Randall, *Risk and Precaution*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 45-46.

27 O. Renn, *Risk Governance, Coping with uncertainty in a complex world*, London: Earthscan 2008, p. 186.

28 T. Aven, *Foundations of risk analysis, a knowledge and decision-oriented perspective*, Chichester: John Wiley & Sons Ltd. 2003, p. 130.

29 A. Stirling, 'Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate', *European Molecular Biology Organization Reports* (8) 2007-4, p. 310.

dienen te worden.³⁰ Ten slotte zijn er risico's waaromtrent onbekendheid heerst. Bij onbekendheid kunnen zowel de mogelijke uitkomsten als de relevante *waarschijnlijkheden* niet achterhaald worden.³¹

Hoewel de 'gewone' methode van risicobenadering in beginsel goed werkt, zijn er dus ook situaties waarin deze minder bruikbaar is. Waar een gewone risicoanalyse geschikt is voor kansen op schade voortvloeiend uit bekende processen, is deze ongeschikt bij kansen op schade van onverwachte incidenten. Dit omdat wij het systeem waar deze schade uit voortvloeit niet kennen en omdat dergelijke risico's onzeker, ambigu of onbekend zijn.³² Voorts is een reguliere risicoanalyse niet toepasbaar bij zeer kleine kansen op grote schadeposten.³³ Bij dergelijke grote gevaren gaat een traditionele risicobenadering niet op, daar in de afweging die men maakt aan de hand van de gegeven *waarschijnlijkheden*, een lage, impliciete, of onduidelijke kans op schade onvoldoende gewicht in de schaal legt.³⁴ Daardoor is een traditionele risicoanalyse als het ware ongevoelig voor zeer kleine kansen. Hierdoor kan bij een reguliere risicoanalyse onvoldoende rekening gehouden worden met kleine kansen op grote schades, waardoor dergelijke risico's onderschat worden en geen reële rol spelen in het proces van risicomanagement.³⁵

Samenvattend kan gesteld worden dat een 'gewone' risicobenadering niet bevredigend is wanneer deze wordt toegepast op onzekere, ambigue of onbekende risico's. Ook is deze theorie niet overtuigend wanneer zij betrokken wordt op gevallen waarin er sprake is van een zeer kleine kans op een zeer grote schade.³⁶ Deze zwakke plekken in de 'gewone' benadering van risico's leidt er toe dat, waar wij met nieuwe risico's te maken krijgen, een traditionele risicoanalyse ontoereikend is. Uit het feit dat geen bruikbare risicoanalyse gemaakt kan worden in gevallen van nieuwe risico's, vloeit namelijk voort dat ook problemen bij het managen van deze risico's

30 O. Renn, *Risk Governance, Coping with uncertainty in a complex world*, London: Earthscan 2008, p. 177-181.

31 A. Stirling, 'Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate', *European Molecular Biology Organization Reports* (8) 2007-4, p. 310.

32 A. Randall, *Risk and Precaution*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 78.

33 M. Jablonowski, 'High-risk decisions when probabilities are unknown (or irrelevant)', *Risk Management: An international Journal* (7) 2005-3, p. 57-61.

34 W.L. Weitzman, 'On modeling and interpreting the economics of catastrophic climate change', *Review of Economics and statistics* (91) 2009-1, p. 18-19.

35 M. Jablonowski, 'High-risk decisions when probabilities are unknown (or irrelevant)', *Risk Management: An international Journal* (7) 2005-3, p. 60.

36 A. Randall, *Risk and Precaution*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 245.

bestaan. Een traditionele kosten-batenanalyse kan bijvoorbeeld niet gehanteerd worden, omdat voor een dergelijke analyse ten minste betrouwbare *waarschijnlijkheden* noodzakelijk zijn, voor zowel de te verwachten baten als voor de te verwachten kosten.³⁷ In dergelijke gevallen kunnen de kosten echter niet berekend worden, en zijn de baten omstreden.³⁸ Als er geen schattingen van deze factoren voorhanden zijn dienen alternatieve factoren een beslissing te motiveren.

2.4 Het voorzorgsbeginsel als aanvulling op de reguliere bedrijfsrisicoanalyse

2.4.1 Operationaliseren van het voorzorgsbeginsel

Hier bestaat dan ook een toepassingsgebied voor het voorzorgsbeginsel. Evenwel zal het voorzorgsbeginsel geen eenduidig middel zijn dat een kant en klare oplossing creëert. Dit is juist niet mogelijk onder de condities van onzekerheid, ambiguïteit en onbekendheid.³⁹ Hiernaast is het voorzorgsbeginsel een *beginsel*, en geen uitgekristalliseerde regel. Als verschillende beginselen met elkaar in botsing komen zal er een afgewogen beslissing gemaakt moeten worden. Beginselen constitueren zodoende geen absoluut antwoord, maar wijzen in de richting van een mogelijke oplossing, waarbij geanticipeerd wordt en rekening wordt gehouden met competerende en conflicterende beginselen.⁴⁰ Het feit dat er over een beginsel gesproken wordt brengt zodoende met zich mee dat de precieze inhoud ingevuld dient te worden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.⁴¹

Een volledig risicomanagementproces zoekt naar een vruchtbare combinatie van de 'gewone' risicobenadering en het voorzorgsbeginsel.⁴² Aan de hand van het voorzorgsbeginsel kunnen namelijk disproportionele risico's

37 O. Renn, *Risk Governance, Coping with uncertainty in a complex world*, London: Earthscan 2008, p. 196.

38 M. Hildebrandt, 'Inleiding: (voor)zorgelijke ontwikkelingen', in: M. Hildebrandt & R. Pieterman (red.), *Zorg om voorzorg*, Den Haag: BJu 2010, p. 21.

39 A. Stirling, 'Risk, precaution and science: towards a more constructive policy debate', *European Molecular Biology Organization Reports* (8) 2007-4, p. 310-311.

40 R. Cooney, 'The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management – An Issues Paper for Policy-makers, Researchers, and Practitioners', IUCN Policy and Global Change Series 2004-2, p. 5.

41 H.A. Cousy, 'Risks and Uncertainties in the law of tort', in: H. Koziol & B.C. Steininger (red.), *European Tort Law*, Wenen/New York: Springer 2006, p. 12.

42 D.A. Dana, 'A behavioral economic defense of the precautionary principle', *Northwestern University Law Review* (97) 2002-2003 -3, p. 1316 e.v.

mee genomen worden in de analyse, waarna eventueel bijzondere maatregelen genomen kunnen worden. Om het voorzorgsbeginsel te operationaliseren is het dus belangrijk om het beginsel zo in te passen dat het een werkelijke toevoeging aan het bestaande risicoproces zal zijn. Eveneens moet, in een poging het voorzorgsbeginsel te operationaliseren, een expliciet verband gelegd worden tussen de drie eerder genoemde elementen die het voorzorgsbeginsel kenmerken, namelijk dreigende schade, onzekerheid en actie.⁴³ In de volgende vorm wordt aan al deze punten aandacht besteed: *'Als er bewijs is sterker dan B dat een bepaalde activiteit een grotere dreiging vormt dan D, dienen er krachtigere maatregelen genomen te worden dan M'*.⁴⁴

Hierna worden deze vereisten verder uitgewerkt.

2.4.1.1 Dreiging

Om toepassing van het voorzorgsbeginsel te rechtvaardigen dient er sprake te zijn van een dreiging die complex en disproportioneel is.⁴⁵ Juist een dergelijke dreiging kan niet goed opgelost worden aan de hand van een gewone risicoanalyse. Hierbij dient voornamelijk gedacht te worden aan gevallen waarin sprake is van een collectieve dreiging waarbij complexe of nieuwe factoren een rol spelen, aangezien in deze gevallen moeilijk voorspeld kan worden wat de eventuele gevolgen zijn.⁴⁶ Ten slotte zullen de mogelijke effecten van de dreiging onomkeerbaar moeten zijn, wil toepassing van het voorzorgsbeginsel gerechtvaardigd zijn. Dit vereiste van onomkeerbaarheid legt de nadruk op de onzekerheid inherent aan toekomstige ontwikkelingen. Onomkeerbaarheid genereert een sterk argument voor het voorzorgsbeginsel, nu het leidt tot het idee dat wetenschappelijke onzekerheid ons moet leiden tot het behouden van flexibiliteit in de toekomst.⁴⁷ Voor

43 N. Manson, 'Formulating the precautionary principle', *Environmental Ethics* 2002-24, p. 274.

44 A. Randall, *Risk and Precaution*, New York: Cambridge University Press 2011, p. 108.

45 A. Randall, 'We already have Risk Management – Do we really need the precautionary principle?', *International Review of Environmental and Resource Economics* 2009 -3, p. 55-57.

46 M. Hildebrandt, 'Inleiding: (voor)zorgelijke ontwikkelingen', in: M. Hildebrandt & R. Pieterman (red.), *Zorg om voorzorg*, Den Haag: BJu 2010, p. 12 e.v.

47 C. Gollier, B. Jullien & N. Treich, 'Scientific progress and irreversibility: an economic interpretation of the 'Precautionary Principle'', *Journal of Public Economics* (75) 2000, p. 231 e.v.

sommige auteurs is dit aspect van onomkeerbaarheid het grootste argument voor toepassing van het voorzorgsbeginsel.⁴⁸

Op basis van het begrip onomkeerbaarheid kan ook het onderscheid tussen preventie en voorzorg duidelijk worden gemaakt. Preventie reduceert het risico, en is derhalve een statisch concept dat refereert aan het nemen van een risico op een bepaald tijdstip, bij stabiele mogelijkheden. Hiertegenover staat voorzorg dat verbonden is aan wetenschappelijke onzekerheid. Het is een dynamisch concept dat wetenschappelijke vooruitgang in de toekomst mee laat spelen. Een voorzorgsmaatregel is derhalve een tijdelijke en flexibele maatregel die is genomen met oog op het gebrek aan beschikbare wetenschappelijk bewijs. Kortom, waar preventie gaat over het managen van een risico, gaat voorzorg over het managen van een risico in afwachting van meer wetenschappelijke informatie.⁴⁹

2.4.1.2 Bewijs

Hoewel het enigszins paradoxaal lijkt om juist bij het managen van nieuwe risico's bewijs als voorwaarde te noemen voor het nemen van maatregelen, is het toch noodzakelijk om deze vereiste op te nemen. Door een dergelijke drempel aan te nemen wordt voorkomen dat bij ongefundeerde geruchten maatregelen genomen worden. Evenwel kan gezien het begrip voorzorg niet verwacht worden dat er volledige wetenschappelijke kennis omtrent de mogelijke risico's beschikbaar is. Hier ziet de toets van bewijs dan ook niet op; bewezen moet worden dat er sprake is van een *mogelijke* dreiging.⁵⁰

2.4.1.3 Maatregelen

De maatregelen die op basis van het voorzorgsbeginsel ingezet kunnen worden lijken op het eerste gezicht erg op de maatregelen die ook op basis van een 'gewone' risicoanalyse gehanteerd worden. Het gaat om maatregelen als het stoppen van bepaalde handelingen, vermijden, beperken en aanpassen van bepaalde dreigingen of het verzekeren of verhogen van een verzekerde dekkingsgraad. Het verschil in maatregelen schuilt dan ook niet zozeer in de te implementeren maatregelen als zodanig, maar meer in het tijdstip van implementatie en de mate waarin deze maatregelen getroffen

48 O. Renn, 'Precaution and analysis: two sides of the same coin?', *European Molecular Biology Organization Reports* (8) 2008-4, p. 303-304; G. Majone, 'What price safety? The precautionary principle and its policy implications', *Journal of Common Market Studies* 2002-40, p. 89-109.

49 C. Gollier & N. Treich, 'Decision-making under scientific uncertainty: The economics of the precautionary principle', *The journal of Risk and Uncertainty* 2003-27, p. 86.

50 A. Randall, *Risk and Precaution*, Cambridge University Press 2011, p. 124.

dienen te worden.⁵¹ Op basis van het voorzorgsbeginsel kunnen maatregelen vooraf aan onzekere gebeurtenissen geïmplementeerd worden en kunnen ze een veiligheidsmarge bevatten.

Naast deze gewone maatregelen geeft het voorzorgsbeginsel onder bepaalde omstandigheden ook aanleiding tot het nemen van andersoortige maatregelen. Zo zullen er maatregelen genomen kunnen worden die zien op het vergroten van de bestaande kennis, dat wil zeggen het opheffen van de onwetendheid waardoor de bestaande onzekerheden worden ingeperkt. In het beste geval wordt de bestaande onwetendheid omgezet in bekendheid, waarmee het risico gemanaged kan worden.⁵² Hierbij zal een dergelijk onderzoek zich niet alleen dienen te richten op het meer bekend worden met de gevolgen van een bepaalde dreiging, maar ook op hoe omgegaan kan worden met een nieuw risico, en op het ontwikkelen van alternatieven voor het reeds bestaande product.⁵³ Andere maatregelen zullen zien op het monitoren van bepaalde risico's en vroegtijdig waarschuwen van consumenten. Nu onzekerheid impliceert dat de werkelijke dimensies van de risico's (nog) niet bekend zijn, moet men ten slotte een voorzichtige strategie handhaven welke het toelaat om van eventuele fouten te leren. Managementtheorieën die op het voorzorgsbeginsel gebaseerd zijn duiden op een stapsgewijze implementatie van nieuwe technologieën, die het toestaat om te stoppen met een eenmaal begonnen proces, of reeds getroffen maatregelen zelfs terug te draaien.⁵⁴

2.4.2 *Tussenconclusie*

Op basis van het voorgaande kan tot de conclusie gekomen worden dat het voorzorgsbeginsel in geen geval een afwijzing van de traditionele risicoanalyse is. Evenwel gaat deze traditionele analyse niet op bij nieuwe risico's, nu onzekerheid, ambiguïteit en onwetendheid hierbij een rol spelen. Derhalve bestaat er een legitieme, maar ook gelimiteerde rol voor

51 A. Randall, 'We already have Risk Management – Do we really need the precautionary principle?', *International Review of Environmental and Resource Economics* 2009 -3, p. 61-64.

52 P. Sinha e.a., 'Regulatory policy governing cadmium-telluride photovoltaics: A case study contrasting life cycle management with the precautionary principle', *Energy Policy* 2008-36, p. 381-387.

53 A. Klinke & O. Renn, 'A new approach to risk evaluation and management: Risk-based, precaution-based and discourse-based strategies', *Risk Analysis* (22) 2002-6, p. 1088.

54 O. Renn, *Risk Governance, Coping with uncertainty in a complex world*, London: Earthscan 2008, p. 196.

het voorzorgsbeginsel.⁵⁵ Toepassing van voorzorg leidt in de extreemste gevallen misschien tot het afhouden van bepaalde ontwikkelingen, maar het adagium ‘bij twijfel niet doen’ gaat geenszins op. Toepassing van het voorzorgsbeginsel leidt tot dynamische en herhaalbare maatregelen, welke doelbewust zo zijn geformuleerd dat onderzoek wordt gestimuleerd. Als het beginsel goed wordt toegepast wordt stap voor stap het niet-doen omgezet naar een pauze en zullen voorzorgsmaatregelen tijdelijke maatregelen worden, waarbij de disproportionele en asymmetrische bedreigingen managebare risico’s worden.

2.5 Stimuleren van daadwerkelijke toepassing van het voorzorgsbeginsel

2.5.1 Prikkel aan bedrijven

Uit het voorgaande blijkt dat bedrijven het voorzorgsbeginsel goed kunnen toepassen zonder af te stappen van de traditionele risicobenadering. Er bestaat echter nog steeds geen eensgezindheid over de rol van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht. Waar het beginsel algemeen geaccepteerd is in het milieurecht,⁵⁶ kan over haar rol in het aansprakelijkheidsrecht momenteel hoogstens gesteld worden dat zij de open norm van 6:162 BW inkleurt.⁵⁷ Nu ten tijde van het nemen van voorzorgsmaatregelen nog niet duidelijk is of een product daadwerkelijk schade aanbrengt, speelt de vraag of het ontkomen aan eventuele aansprakelijkheid in de verre toekomst prikkel genoeg is voor bedrijven om nú maatregelen te nemen. De verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen berusten op de vage norm van artikel 6:162 BW, waarvan nog niet duidelijk is hoe deze in de toekomst in concreto ingekleurd zal worden door de rechter.⁵⁸ Voorts zijn de redenen die pleiten voor het *niet* nemen van voorzorgsmaatregelen veel concreter dan de redenen om ze wél te treffen.⁵⁹ Concrete voordelen van het wél produceren van een product kunnen genoemd worden, zoals winst,

55 G. Majone, ‘What price safety? The precautionary principle and its policy implications’, *Journal of Common Market Studies* 2002-40, p. 106.

56 T. Barkhuysen & F. Onrust, ‘De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk’, in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2010, p. 48.

57 J. Spier, ‘Uncertainties and the state of the art: a legal nightmare’, *Journal of Risk Research* (14) 2011-4, p. 505.

58 W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 987.

59 R. Pieterman, *De voorzorgcultuur streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Den Haag: BJu 2008, p. 154.

vernieuwing of het vergroten van het marktaandeel, hier tegenover kunnen (nog) geen zekere nadelen gesteld worden. Zeker in markten waar hoge winsten behaald kunnen worden door bedrijven die op de bestaande markt vooruit lopen, is de kans aanwezig dat bedrijven niet op basis van het voorzorgsbeginsel handelen en innovaties te vroeg introduceren.⁶⁰

Hier zal dan ook een taak voor juristen liggen. Namelijk door het creëren van doeltreffende en overtuigende argumenten voor toepassing van het voorzorgsbeginsel.⁶¹ Van belang hierbij is dat de focus verplaatst wordt van het repareren van schade naar het voorkomen van schade.⁶² Onwetendheid moet niet beloond worden in die zin dat bedrijven er baat bij hebben dat er onzekerheid bestaat omtrent de risico's van een bepaald product.⁶³ Onzekerheden vragen echter om maatregelen van onderzoek, wat vanuit een juridisch oogpunt een nieuwe benadering is. Het voorzorgsbeginsel ziet namelijk op het voorkomen van risico's, waar het (aansprakelijkheids-) recht normaliter pas in beeld komt als een bepaalde schade zich al heeft voorgedaan.⁶⁴

In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe bedrijven overtuigd kunnen worden van de noodzaak van het nemen van doeltreffende voorzorgsmaatregelen. Hierbij kan gedacht worden aan systemen waarbij het initiatief van bedrijven zelf uitgaat. Maar, mochten dergelijke systemen niet werken doordat bedrijven niet zelf de noodzaak zien van voorzorgsmaatregelen, dan kan ook gekozen worden voor een systeem met een meer dwingendrechtelijk karakter.

2.5.2 *Rechterlijk ingrijpen*

De rechter kan een rol spelen bij het verkrijgen van een *ex ante* prikkel aan bedrijven om maatregelen te nemen op basis van het voorzorgsbeginsel. Hierbij doel ik op het door de rechter opleggen van een verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Zodoende komt er in de plaats van de

60 C. Gollier & N. Treich, 'Decision-making under scientific uncertainty: The economics of the precautionary principle', *The journal of Risk and Uncertainty*, 2003-27, p. 92-93.

61 J. Spier & E. de Jong, *Shaping the law for global crises*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 243.

62 J. Spier, 'Uncertainties and the state of the art: a legal nightmare', *Journal of Risk Research* (14) 2011-4, p. 507.

63 N. Manson, 'Formulating the precautionary principle', *Environmental Ethics* 2002-24, p. 269.

64 H.A. Cousy, 'Risks and Uncertainties in the law of tort', in: H. Koziol & B.C. Steininger (red.), *European Tort Law*, Wenen/New York: Springer 2006, p. 17.

wetenschappelijke onzekerheid een rechterlijk oordeel, op basis waarvan gehandeld dient te worden.⁶⁵

In artikel 3:296 BW is bepaald dat de rechter diegene die jegens een ander verplicht is iets te doen of na te laten, hiertoe kan verplichten. Deze bepaling geldt ook voor verplichtingen die voortvloeien uit onrechtmatige daad.⁶⁶ Voor de toewijzing van een dergelijke vordering is niet vereist dat schade is ontstaan. Evenmin behoeft de toerekenbaarheid aan de laedens vast te staan. Een (reële) dreiging van onrechtmatig handelen is voldoende.⁶⁷ Ingevolge artikel 3:305a BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid ook een dergelijke vordering in stellen.

In ons huidige recht is dus reeds de mogelijkheid aanwezig om als rechter voorzorgsmaatregelen aan bedrijven op te leggen, zodat in overeenstemming met de huidige zorgvuldigheidsnormen gehandeld wordt. Denkbaar is dat hierbij het criterium van een dreiging enigszins opgerekt dient te worden. Nu juist voorzorgsmaatregelen genomen dienen te worden als er geen zekerheid gegeven kan worden over de kans op schade (het is zelfs onzeker of er überhaupt een kans op schade bestaat) is het lastig om van een (reële) dreiging te spreken. Denkbaar is dat voor de beoordeling hiervan teruggegrepen wordt op de toets die ook in bedrijfsrisicoanalyses toegepast kan worden. Hier geldt temeer dat ter voorkoming van ongefundeerde geruchten die tot maatregelen leiden er wel een drempel aanwezig dient te zijn. Ook hier moet uitgegaan worden van het bewijs van een *mogelijke* dreiging. Het betreft hier de ‘known unknowns’, de gevallen waarbij bekend is dat er mogelijk sprake is van een risico.⁶⁸

Belangrijker dan deze mogelijkheid die ons recht biedt, is de wenselijkheid van het *ex ante* opleggen van maatregelen die een bedrijf dient te nemen. Nu de rechter op deze wijze eerder bij het concretiseren van de norm wordt betrokken, kan het gedrag van bedrijven ook eerder worden bijgestuurd.⁶⁹ Met het *ex ante* verkregen rechterlijke oordeel komt de huidige norm vast te staan, waardoor in de toekomst makkelijker door een rechter getoetst kan worden wat destijds maatschappelijk betamelijk was. Zodoende wordt de valkuil die voor bedrijven bestaat op een tweeledige manier opgevuld. Ten eerste nemen bedrijven maatregelen waardoor geen schade kan ontstaan.

65 H.A. Cousy, ‘Risks and Uncertainties in the law of tort’, in: H. Koziol & B.C. Steininger (red.), *European Tort Law*, Wenen/New York: Springer 2006, p. 24.

66 C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Monografieën Nieuw BW, deel A11), Deventer: Kluwer 2003, p. 21.

67 S.D. Lindenbergh, ‘De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht’, *TPR* 1999-4, p. 1687.

68 J. Spier, ‘Uncertainties and the state of the art: a legal nightmare’, *Journal of Risk Research* (14) 2011-4, p. 505.

69 W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 989.

Mocht er onverhoopt toch schade ontstaan in de toekomst, dan staat de toenmalige norm vast in het *ex ante* verkregen rechterlijk oordeel. De normatieve vraag of omwille van de technologische vooruitgang onzekere risico's acceptabel zijn wordt op deze wijze *ex ante* beantwoord door de rechter.⁷⁰

Het is overigens zo dat het enkele feit dat er voorzorgsmaatregelen genomen worden een bedrijf niet kan ontslaan van eventuele aansprakelijkheid achteraf. Het zijn echter deze maatregelen *zelf* die voorkomen dat aansprakelijkheid kan ontstaan. Door deze maatregelen wordt immers schade voorkomen. Zodoende is het voorzorgsbeginsel een middel om aan eventuele toekomstige aansprakelijkheid te ontkomen. Hetzelfde geldt voor een mogelijk condemnatoir vonnis tot het nemen van maatregelen. De aanwezigheid van dit vonnis zelf kan in de toekomst geen ontslag van aansprakelijkheid met zich meebrengen. Naleving van dit vonnis brengt echter met zich mee dat er weinig onomkeerbare beslissingen worden genomen, en er controle wordt uitgevoerd waardoor onregelmatigheden tijdig aan het licht komen en aansprakelijkheid voorkomen kan worden. Mocht in de toekomst onverhoopt tóch schade ontstaan, dan staat zoals eerder opgemerkt door het vooraf verkregen oordeel de toenmalige norm vast.

2.5.3 *Mogelijke actoren*

Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het vragen van een *ex ante* oordeel van de rechter een oplossing is voor de valkuil van eventuele onverwachte aansprakelijkheid in de toekomst. Evenwel komen geschillen niet zomaar bij de rechter terecht. Hiervoor dient er een partij te zijn die een geschil aanbrengt. Gedacht kan worden aan groepen van potentiële slachtoffers of gerelateerde verenigingen of stichtingen.⁷¹ Hiernaast kunnen ook bedrijven *zélf* een rol spelen. Mocht een risicoanalyse hier aanleiding toe geven, dan zou ter verduidelijking van de huidige norm, het bedrijf zelf een *ex ante* oordeel kunnen uitlokken. Voordeel hiervan is dat het bedrijf zwart op wit krijgt wat de huidige norm is, en of deze wijst in de richting van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Hiernaast kan een bedrijf bewijzen dat het maatschappelijk verantwoord onderneemt daar rekening wordt gehouden met de kwetsbaarheid van mensen, samenleving en de natuurlijke omgeving. Belangrijk hierbij is dat juist bedrijven zelf beschikken over alle relevante productinformatie. Het is het bedrijf zelf dat

70 E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011-42, p. 2837.

71 J. Spier, 'Uncertainties and the state of the art: a legal nightmare', *Journal of Risk Research* (14) 2011-4, p. 507.

een risicoanalyse laat uitvoeren, en derhalve over de relevante informatie beschikt met betrekking tot eventuele risico's. Anderzijds is het voorstelbaar dat nu een rechterlijk oordeel kan leiden tot de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen, wat kosten met zich mee brengt, bedrijven niet vrijwillig over zullen gaan tot het uitlokken van een dergelijk oordeel. De mogelijkheid is derhalve aanwezig dat het overlaten aan bedrijven zelf, die door middel van bijvoorbeeld een stichting een geding aanbrenge bij de rechter, op dit moment geen realistische oplossing is. In een poging dit probleem te ondervangen zouden brancheorganisaties een rol kunnen spelen. Zij zouden gebruikmaking van het voorzorgsbeginsel door bedrijven kunnen stimuleren. Gedacht kan worden aan een keurmerk voor bedrijven of publiciteitsstunts die het grote publiek bewust maken van het belang van voorzorgsmaatregelen, en wijzen op die bedrijven die hier rekening mee houden. Op deze wijze zouden bedrijven een prikkel van buitenaf kunnen krijgen die zwaarder weegt dan de eventuele kosten die het handelen op basis van het voorzorgsbeginsel met zich meebrengen.

Ten slotte zouden ook verzekeraars een rol kunnen spelen in het prikkelen van bedrijven tot het nemen van maatregelen. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat verzekeraars de voorwaarde stellen dat bedrijven het voorzorgsbeginsel incorporeren in de bedrijfsvoering, en, als het beginsel hier aanleiding toe geeft maatregelen nemen, voor het afsluiten van een verzekering. Denkbaar is dat het ook juist deze verzekeraars zijn die bij geschillen op basis van artikel 3:296 BW het nemen van voorzorgsmaatregelen kunnen afdwingen. Op deze wijze zouden bedrijven geprikkeld worden om niet alleen op basis van maatschappelijke overwegingen het voorzorgsbeginsel mee te nemen in de reguliere risicoanalyse, maar ook omdat zij anders geen passende verzekering kunnen afsluiten.

Men kan zich echter afvragen of verzekeraars vrijwillig zullen overgaan tot het stellen van een dergelijke voorwaarde. Premies zullen hoger worden, nu verzekeraars toezicht moeten houden op het uitvoeren van een risicoanalyse op basis van het voorzorgsbeginsel. Daarnaast is het voorstelbaar dat verzekeraars pas bij een schademelding zullen nagaan of aan de voorwaarde al voldaan is en bij niet naleving de sanctie van verval van dekking opleggen. Ook in een dergelijke situatie is sprake van een *ex post* sanctie, waardoor bedrijven in het heden (te) weinig geprikkeld worden tot het nemen van maatregelen.

2.5.4 *Wettelijke verankering*

Na de voorgaande 'vrijblijvende' maatregelen bezien te hebben zou ook gekozen kunnen worden voor een regeling met een meer dwingendrechtelijk

karakter. Ofwel één die verzekeraars een prikkel geeft om toezicht te houden, ofwel één die bedrijven de verplichting oplegt om te handelen op basis van het voorzorgsbeginsel. Hierdoor zullen de ongeschreven normen van artikel 6:162 BW naar de achtergrond verdwijnen en komt een geschreven regel met betrekking tot het voorzorgsbeginsel in beeld. Aan een dergelijke ingreep door de overheid zal voornamelijk gedacht moeten worden in gevallen van zeer grote wetenschappelijke onzekerheid, dus in die gevallen waarin de dreiging het meest onzeker is. Want naast het feit dat bedrijven in dergelijke gevallen het minst geneigd zullen zijn tot het nemen van maatregelen, zijn ook consumenten bij dergelijke onzekerheden het minst beïnvloedbaar, daar publiciteit in deze gevallen de consument niet kan overtuigen van het belang van het voorzorgsbeginsel.⁷²

2.6 Conclusie

Het is belangrijk dat onze samenleving meer proactief om gaat met onzekerheden. Het WRR-rapport gaf hier een voorzet toe, maar nu is het aan de maatschappij om de volgende stap te zetten. Dit betekent niet dat de reguliere wijze van risico benaderen geheel herzien moet worden, maar het is wel belangrijk dat bedrijven zich er bewust van worden dat deze reguliere wijze van risico benaderen niet toereikend is waar nieuwe risico's spelen. Derhalve is het niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk dat bedrijven in dergelijke gevallen gebruik maken van het voorzorgsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel biedt geen harde beslisregel, maar wel een oriëntatiepunt. Voor wie zekerheid wil is dat natuurlijk onbevredigend. Evenwel kan in gevallen van onzekerheid, ambiguïteit en onbekendheid geen grotere zekerheid geboden worden. Toepassing kan wél tot een aantal concrete maatregelen leiden die genomen dienen te worden voordat er zekerheid bestaat omtrent een eventueel risico. Hierbij zal het gaan om herhaalbare maatregelen, welke doelbewust zo zijn geformuleerd dat onderzoek wordt gestimuleerd. Zoals eerder omschreven kan hierbij gedacht worden aan:

- het waarschuwen van consumenten;
- het stapsgewijs implementeren van een nieuwe techniek in plaats van het in zijn geheel overgaan hierop;
- het monitoren van een bepaald product nadat dit product op de markt is gebracht;
- het doen van onderzoek naar alternatieve(minder onzekere) middelen;
- het continueren van bestaand onderzoek naar bepaalde nieuwe risico's, totdat eventuele schadelijke effecten zijn uitgesloten.

72 C. Gollier & N. Treich, 'Decision-making under scientific uncertainty: The economics of the precautionary principle', *The Journal of Risk and Uncertainty*, 2003-27, p. 97.

Belangrijk bij deze maatregelen is dat zij getroffen dienen te worden vóórdat er concrete aanwijzingen zijn die de schadelijkheid van een bepaald product aantonen. Hierbij kunnen potentiële slachtoffers, brancheorganisaties, verzekeraars en de overheid een rol spelen. Door de rechter vooraf bij eventuele voorzorgsmaatregel te betrekken, wordt een bijdrage geleverd aan een proactieve omgang met onzekerheden, en wordt de valkuil van aansprakelijkheid vooraf opgevuld.

Zoals geschetst zijn er meerdere oplossingen denkbaar, die geen van alle perfect zijn. Het is voorstelbaar dat zich eerst een nieuw incident zich zal voordoen eer bedrijven de noodzaak in zullen zien om over te gaan op risicoanalyses gestoeld op het voorzorgsbeginsel. Tot die tijd is het de vraag of de overheid het belang in ziet van een dergelijke benadering.

III Het verstekvonnis, schone schijn in het burgerlijk procesrecht

N.P. Jonker

Tegen een gewezen verstekvonnis kan een niet in het geding verschenen gedaagde (een defaillant), verzet instellen. De verzettermijn vangt aan indien een defaillant bekend wordt geacht met de inhoud van het verstekvonnis, of op de dag van tenuitvoerlegging. Derhalve kan de situatie ontstaan dat een verstekvonnis alleen door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde kan gaan. De valkuil hierbij is dat dit een tenuitvoerlegging is van een herroepelijk vonnis, waarmee het risico wordt gelopen achteraf aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien de vordering in verzet alsnog wordt afgewezen. Beperking van deze aansprakelijkheid, mits voor tenuitvoerlegging een wachtermijn in acht is genomen, voorkomt deze valkuil, omdat het de mogelijkheid schept met tenuitvoerlegging te wachten tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken, terwijl het recht van een defaillant op effectieve toegang tot de rechter gewaarborgd blijft. Uit de rechtseconomische analyse is gebleken dat de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico tot inefficiënte gevolgen leidt, hetgeen door beperking van aansprakelijkheid kan worden voorkomen, zonder dat daarmee een andere inefficiëntie ontstaat.

3.1 Inleiding

‘I’ll see you in court!’. Een uitspraak die zomaar kan worden gedaan in een conversatie tussen partijen met een geschil. Het is echter de vraag of deze uitspraak zal uitkomen, gezien het vaak voorkomt dat een gedaagde niet in het geding verschijnt. Zo is in het jaar 2010 in 448.992 civiele zaken een verstekvonnis geweest.¹

1 In de sector kanton zijn in het jaar 2010 622.211 bodemprocedures afgedaan, waarvan 465.067 bij verstekvonnis. Zodoende is 74,7% van de bodemprocedures in de sector kanton bij verstekvonnis afgedaan. In de sector kanton zijn in het jaar 2010 9.511 procedures in kort geding afgedaan, waarvan 1.426 bij verstekvonnis. Zodoende is 15% van de procedures in kort geding in de sector kanton bij verstekvonnis afgedaan.

In de sector civiel zijn in het jaar 2010 42.174 bodemprocedures afgedaan, waarvan 16.806 bij verstekvonnis. Zodoende is 39,8% van de bodemprocedures in de sector civiel bij verstekvonnis afgedaan.

Om te voorkomen dat het niet verschijnen van een gedaagde ertoe leidt dat een eisende partij geen toegang heeft tot de rechter,² volgt uit artikel 139 Rv dat tegen de niet-verschlenen gedaagde, de defaillant genoemd,³ verstek wordt verleend, en de vordering in beginsel wordt toegewezen. Daar staat tegenover dat een bij verstekvonnis veroordeelde partij het rechtsmiddel verzet uit artikel 143 Rv toekomt. Zodoende kan hij desgewenst alsnog zijn standpunt omtrent de vordering naar voren brengen.

Ter voorkoming dat het recht van verzet verwordt tot een papieren tijger, heeft de wetgever gekozen de verzettermijn van vier weken aan te laten hangen op het moment dat de defaillant met de inhoud van het verstekvonnis bekend is, of geacht wordt daarmee bekend te zijn.⁴ Dit heeft zich vertaald in artikel 143 Rv, waarin is bepaald dat de verzettermijn aanvangt de dag na die waarop het verstekvonnis in persoon is betekend, of de dag na die waarop de veroordeelde partij een daad pleegt waaruit noodzakelijk voortvloeit dat hij met de inhoud van het verstekvonnis bekend is. Tevens vangt de verzettermijn aan op de dag waarop het verstekvonnis ten uitvoer is gelegd. Een verstekvonnis kan slechts in deze gevallen in kracht van gewijsde gaan, aangezien daartoe is vereist dat de verzettermijn ongebruikt is verstreken.

Een eiser die een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis ten uitvoer legt, loopt daarmee het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien het verstekvonnis in verzet wordt vernietigd.⁵ Het is echter denkbaar dat het niet lukt een verstekvonnis in persoon te betekenen, noch een daad van bekendheid

In de sector civiele zijn in het jaar 2010 14.145 procedures in kort geding afgedaan, waarvan 1.693 bij verstekvonnis. Zodoende is 12% van de procedures in kort geding in de sector civiel bij verstekvonnis afgedaan. Zo blijkt uit onderzoek in opdracht van het WODC. Gepubliceerd in: R.J.J. Eshuis e.a. (red.), *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2010, Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: BJu 2011.

- 2 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 10.
- 3 P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228.
- 4 A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken: in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 348; A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 85; M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 158.
- 5 A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21-72; HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, (*Ontvanger/Bos*).

wordt gepleegd. In dat geval kan het verstekvonnis slechts door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde gaan. Daarmee ontstaat voor een eiser die een veroordelend verstekvonnis heeft verkregen de valkuil dat het verstekvonnis niet zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan worden gelegd.

In deze bijdrage wordt gezocht naar een oplossing voor deze problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde. Na een uiteenzetting van het systeem van verstek en verzet in paragraaf twee, zal een passende oplossing voor de problematiek worden verdedigd in paragraaf drie. Vervolgens wordt in paragraaf vier aan de hand van een rechtseconomisch analyse bekeken of vanuit economisch oogpunt behoefte bestaat aan een oplossing voor deze problematiek. In paragraaf vijf zal aan de hand van een rechtseconomische analyse worden bekeken of de aangedragen oplossing economisch gezien een verbetering oplevert. De kernvraag, of een oplossing mogelijk is voor de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde, en vanuit economisch oogpunt wenselijk is, wordt in paragraaf zes beantwoord.

3.2 De problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen

3.2.1 *Wettelijk kader van verstek en verzet*

Aan de hand van een uiteenzetting van het wettelijke systeem van verstek en verzet, zal in onderhavige paragraaf worden geschetst hoe de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen ontstaat.⁶

Op basis van artikel 139 Rv wordt tegen een gedaagde die niet in het geding verschijnt (een defaillant),⁷ dan wel verzuimt advocaat te stellen of een verschuldigd griffierecht niet tijdig voldoet, verstek verleend,⁸ mits de eiser

6 Het wettelijk systeem van verstek en verzet is opgenomen in afdeling zeven en acht van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 139-148 Rv).

7 Omdat bij de sector civiel van de rechtbanken geen rolzittingen meer plaatsvinden, wordt onder het verschijnen in het geding verstaan, het tijdig bij de rechtbank binnen zijn gekomen van de proceshandelingen van een partij. W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009, p. 66.

8 Dit gaat om de situaties met één gedaagde. Indien bij meerdere gedaagden één of meer van hen niet verschijnt, maar minimaal één gedaagde wel in het geding

alle voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht heeft genomen.⁹ De verstekverlening is de vaststelling door de rechter dat de gedaagde behoorlijk was opgeroepen, doch niet in het geding is verschenen.¹⁰

Bij de sector civiel geldt dat binnen vier weken na verstekverlening een verstekvonnis wordt gewezen,¹¹ bij de sector kanton is dit twee weken.¹² Een defaillant kan dit voorkomen door alvorens het verstekvonnis wordt gewezen alsnog in het geding te verschijnen. Door een dergelijke ‘zuivering van verstek’, zoals opgenomen in artikel 142 Rv, vindt alsnog een procedure op tegenspraak plaats. De kosten van verstekverlening komen op basis van artikel 141 jo. 142 Rv voor rekening van de defaillant die het verstek zuivert.

Blijft zuivering uit, dan wordt op basis van artikel 139 Rv de vordering in beginsel toegewezen. Dit is alleen anders indien de vordering de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Een vordering is onrechtmatig als deze in strijd is met de door de rechter ambtshalve toegepaste regels van openbare orde of regels van dwingend recht.¹³ Een vordering is ongegrond indien de aangevoerde gronden onvoldoende zijn om de vordering toe te wijzen.¹⁴ Tevens moeten toepasselijke algemene voorwaarden door de rechter ambtshalve worden getoetst op onredelijk bezwarende bedingen.¹⁵

Gezien de werkdruk van de rechterlijke macht, en het feit dat alleen de eiser zijn standpunt naar voren heeft kunnen brengen, toetst de rechter slechts marginaal of de vordering hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.¹⁶ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat ingeval de rechter twijfelt aan

verschijnt, wordt tegen de niet verschenen gedaagde(n) verstek verleend. Doch wordt tussen alle partijen één vonnis gewezen, dat als vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Zo volgt uit art. 140 Rv. Het rechtsmiddel verzet komt in een dergelijke situatie niet toe aan de niet-verschenen gedaagde(n).

9 Dit termijnvereiste heeft alleen betrekking op de tijdigheid van de dagvaarding. Art. 139 Rv ziet zodoende op de dagvaardingstermijnen van art. 114-117 Rv. Conclusie A-G Franx voor HR 25 november 1988, NJ 1989, 175, onder 3.2.1.

10 HR 17 januari 1992, NJ 1992, 263 (*Martina/United Security*).

11 Art. 6.4 lid 1 Landelijke procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken.

12 Art. 2.12 Landelijk procesreglement voor civiele rol van de kantonsectoren.

13 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 51.

14 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 52.

15 HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-243/08 (*Pannon GSM/Erzsébet Sustikné Gyrfi*). In de Nederlandse rechtspraak komt dit naar voren in o.a. Rb. Alkmaar 13 oktober 2010, LJN BO1673; Rb. Utrecht 20 april 2011, LJN BQ2143; Rb. Alkmaar 18 mei 2011, LJN BQ8461.

16 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 192.

de juistheid van de gestelde feiten, de eiser daartoe het bewijs kan worden opgedragen. Indien direct duidelijk is dat het gevorderde: ‘klaarblijkelijk van elke grond ontbloot is’, zal de vordering echter zonder bewijsopdracht worden afgewezen.¹⁷

Nadat een verstekvonnis is geweest, kan het verstek niet meer worden gezuiverd, zo volgt uit artikel 142 Rv. Gezien krachtens artikel 335 lid 1 Rv geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen een verstekvonnis, kan de veroordeelde partij slechts tegen het verstekvonnis opkomen door aanwending van het rechtsmiddel verzet in de zin van artikel 143 lid 1 Rv. Verzet wordt ingesteld bij exploit van dagvaarding, die wordt aangemerkt als conclusie van antwoord, waarmee de oorspronkelijke instantie wordt heropend. Zo volgt uit artikel 143 lid 1 en 147 lid 1 Rv. De verstekprocedure en de verzetprocedure tezamen vormen een procedure op tegenspraak.¹⁸

Voor het instellen van verzet heeft de defaillant op basis van artikel 143 lid 2 Rv in beginsel vier weken de tijd.¹⁹ De aanvang van de verzettermijn is afhankelijk gesteld van het moment dat de defaillant met het de inhoud van het verstekvonnis bekend is of hiermee bekend wordt verondersteld.²⁰ De wet noemt limitatief drie momenten waarop de verzettermijn aanvangt. De eerste twee worden genoemd door artikel 143 lid 2 Rv. Te weten de dag na die waarop het veroordelend verstekvonnis aan de defaillant in persoon is betekend,²¹ en de dag na die waarop de defaillant een daad pleegt waaruit noodzakelijk voortvloeit dat hij met de inhoud van het verstekvonnis bekend is.²² De maatstaf die de Hoge Raad heeft ontwikkeld ter beoordeling of sprake is van een daad van bekendheid houdt in dat:

17 HR 17 januari 1969, NJ 1969, 112 (*Boré/De Vries*).

18 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 295.

19 De termijn is acht weken indien de defaillant geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft, doch wel bekende woonplaats hetzij bekend werkelijk verblijf buiten Nederland heeft. Zo volgt uit art. 143 lid 2 Rv. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 227; M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 140.

21 Weigering van de veroordeelde tot het in ontvangst nemen van het verstekvonnis, staat krachtens art. 46 lid 3 Rv gelijk aan betekening in persoon.

22 Net zoals de termijn voor het instellen van hoger beroep aanvangt de dag na die waarop het vonnis in eerste aanleg is geweest, vangt de verzettermijn aan de dag na die waarop zich een geval voordoet zoals omschreven in art. 143 lid 2 Rv. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 227.

‘(...) veroordeelde zelf een handeling moet hebben verricht waaruit ondubbelzinnig valt op te maken dat hij over voldoende gegevens met betrekking tot (de inhoud van) zijn veroordeling beschikt om zich daartegen tijdig en adequaat te kunnen verzetten’.²³

De verzettermijn vangt krachtens artikel 143 lid 3 Rv mede aan op de dag na die waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd.²⁴ Voor de gerechtelijke verkoop van goederen, derdenbeslag op een vordering, tenuitvoerlegging van een veroordeling tot levering of afgifte van goederen en gedwongen ontroofing van onroerende zaken, geeft artikel 144 Rv aan op welk moment geacht wordt dat het vonnis ten uitvoer is gelegd. Achterliggende gedachte bij dit derde moment van aanvang van de verzettermijn is dat de rechtszekerheid vereist dat een verstekvonnis in kracht van gewijsde moet kunnen gaan.²⁵

3.2.2 *Rechtvaardiging van het systeem van verstek en verzet*

Dat een gedaagde niet in het geding verschijnt mag, op grond van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een effectieve toegang tot de rechter, niet tot gevolg hebben dat een eiser zijn vordering niet aan een rechter kan voorleggen.²⁶ Dit wordt gewaarborgd door de mogelijkheid een veroordelend vonnis te verkrijgen ingeval een gedaagde niet in het geding verschijnt. Bovendien vloeit uit artikel 6 EVRM voort dat een procedure binnen redelijke termijn moet worden afgedaan.²⁷ In de verstekprocedure is dit met name in het belang van de eiser. Aan dit belang wordt tegemoet gekomen doordat een defaillant binnen de gestelde termijn in verzet moet komen, anders gaat het verstekvonnis in kracht van gewijsde.²⁸

23 HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 491 (*Shamshum/Mahuko*).

24 Art. 143 lid 3 Rv vermeldt specifiek dat de termijn aanvangt op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd. Dit in tegenstelling tot de twee in art. 143 lid 2 Rv genoemde gevallen van aanvang van de verzettermijn, aangezien in die gevallen de verzettermijn aanvangt de dag na die waarop zich een in dit artikel omschreven geval voordoet.

25 P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228.

26 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 10.

27 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 36.

28 Het bestaan van een verzettermijn is volgens de Hoge Raad op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM. HR 12 februari 1997, NJ 1997, 377 (*Baron Van Wassenaer/ABN AMRO*).

Daar staat tegenover dat een gedaagde, op grond van artikel 6 EVRM en 19 Rv, het recht toekomt zijn standpunt omtrent een vordering in het geding naar voren te brengen.²⁹ Het niet in rechte verschijnen van een daartoe behoorlijk opgeroepen gedaagde, is echter volgens de Hoge Raad op zichzelf geen schending van het beginsel van hoor en wederhoor.³⁰ De mogelijkheid bestaat evenwel dat na het wijzen van het verstekvonnis een defaillant alsnog zijn standpunt omtrent de vordering in rechte naar voren wenst te brengen.³¹ Een defaillant kan in dat geval het gebrek aan hoor en wederhoor herstellen door aanwending van het rechtsmiddel verzet.³²

3.2.3 Valkuil bij verstek en verzet

In een geval waarin het verstekvonnis niet in persoon aan de defaillant kan worden betekend, en geen daad van bekendheid is gepleegd, kan de verzettermijn alleen nog aanvragen door de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis.³³ Dit is evenwel een tenuitvoerlegging voordat het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan, aangezien de verzettermijn nog niet is verstreken. De tenuitvoerlegging van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis, heeft tot gevolg dat als de bij verstekvonnis toegewezen vordering in verzet alsnog wordt afgewezen, hetgeen is betaald, al dan niet uit de opbrengst van executie, zal moeten worden terugbetaald op grond van onverschuldigde betaling, aangezien de rechtsgrond aan deze betaling is komen te ontvallen.³⁴ Tevens ontvalt achteraf de titel aan de tenuitvoerlegging, zodat de executant door de tenuitvoerlegging onrechtmatig heeft gehandeld,³⁵ waarbij wordt

29 M.L. Hendrikse, 'Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3.

30 HR 9 juni 1989, NJ 1990, 56 (*Bos/Dijkstra*).

31 Te denken valt aan een gedaagde die lange tijd in het buitenland verbleef. Een gedaagde die in hechtenis zat, zoals het geval in: Rb. Zwolle 18 juli 2011, NJF 2011, 475. Of een gedaagde die verbaasd door de toewijzing van de vordering alsnog verweer wil voeren.

32 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2011 p. 289, 295.

33 Zo volgt uit art. 143 lid 2 en 3 Rv. Zie ook § 3.2.1.

34 HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*); HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 5-9.

35 HR 13 juni 1913, NJ 1913, 782; HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner. Van Rossum trekt de conclusie dat uit de rechtspraak het beeld naar voren komt dat vrijwel altijd de aansprakelijkheid wordt gebaseerd op onrechtmatige daad, omdat de executant achteraf gezien heeft

aangenomen dat deze onrechtmatige tenuitvoerlegging op basis van de verkeersopvattingen aan de executant kan worden toegerekend.³⁶ Dit doet de valkuil ontstaan dat indien een betekening in persoon niet mogelijk is gebleken, en geen daad van bekendheid is gepleegd, een verstekvonnis niet zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan worden gelegd.³⁷

3.2.4 *Extra onzekerheid als gevolg van artikel 6 EVRM*

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien onverkorte toepassing van de verzettermijn tot gevolg heeft dat het rechtsmiddel verzet in de kern wordt aangetast, een defaillant op basis van artikel 6 EVRM een verruiming van de verzettermijn toekomt.³⁸ Volgens de Hoge Raad zal hiervan met name sprake zijn als een verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan, voordat de defaillant daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad zijn standpunt omtrent de vordering naar voren te brengen.³⁹ Derhalve kan een defaillant na het verstrijken van de verzettermijn alsnog de mogelijkheid worden geboden verzet in te stellen tegen een verstekvonnis.⁴⁰ Daarmee ontstaat een

gehandeld zonder titel. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 27-35, 37-40.

36 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 110; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21 e.v.

37 Zie voor een bespreking van de omvang van de schadevergoedingsplicht: A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 131-151.

38 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 509 (*Stientra/Weijters*); HR 16 januari 2004, NJ 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*); HR 26 maart 2010, NJ 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*). Deze verruiming van de verzettermijn komt ook met enige regelmaat in de lagere rechtspraak naar voren. Zie o.a. Hof Den Haag 16 mei 2003, WR 2004, 13; Rb. Amsterdam 22 augustus 2007, LJN BC0753; Rb. Utrecht 16 januari 2008, LJN BD0390; Hof Amsterdam 24 januari 2008, WOR 2008, 110; Rb. Amsterdam 30 juni 2010, NJF 2010, 455; Rb. 's Hertogenbosch 15 augustus 2011, NJF 2011, 495; Rb. Alkmaar 26 september 2011, NJF 2012, 50.

39 Het zal logischerwijs gaan om de situatie waarin de verzettermijn op basis van art. 143 lid 3 Rv is aangevangen door tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, aangezien bij aanvang van de verzettermijn vanwege een betekening in persoon of een daad van bekendheid aangenomen mag worden dat een gedaagde bekend is met de inhoud het verstekvonnis.

40 Dit gaat in tegen het idee van onherroepelijk worden van een vonnis indien het in kracht van gewijsde gaat. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 201.

extra onzekerheid voor de eiser, vanwege het aansprakelijkheidsrisico dat is verbonden aan een tenuitvoerlegging terwijl het instellen van verzet nog mogelijk is.⁴¹

3.3 Op zoek naar een passende oplossing

3.3.1 *Inleiding*

In het geval waarin betekening van een verstekvonnis aan de defaillant in persoon niet mogelijk is, noch door de defaillant een daad van bekendheid wordt gepleegd, kan een verstekvonnis slechts door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde gaan.⁴² De eiser legt in dat geval een verstekvonnis ten uitvoer waartegen nog verzet kan worden ingesteld, waardoor hij zich blootstelt aan het risico achteraf aansprakelijk te worden gesteld voor de mogelijk schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging. In deze paragraaf wordt gezocht naar een oplossing voor dit probleem, die recht doet aan zowel de belangen van een eiser als de belangen van een defaillant in een situatie van verstek en verzet.

3.3.2 *Simpel, doeltreffend, doch te verstrekkend*

Het aansprakelijkheidsrisico voor een eiser vindt haar oorzaak in het bestaan van het rechtsmiddel verzet. Indien het rechtsmiddel verzet zou worden afgeschaft, ontnemt dit de defaillant de mogelijkheid een rechtsmiddel tegen een verstekvonnis in te stellen. Dit elimineert het aansprakelijkheidsrisico, aangezien de onmogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen het verstekvonnis direct in kracht van gewijsde doet gaan. De onmogelijkheid van de defaillant op te komen tegen een verstekvonnis is echter onwenselijk, omdat een gedaagde niet altijd op de hoogte zal zijn van de tegen hem ingestelde vordering. Bijvoorbeeld vanwege een tijdelijk verblijf in het buitenland, of in een ziekenhuis. Bovendien zal dit in strijd komen met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht van een defaillant op effectieve toegang tot de rechter.⁴³ Het voor de defaillant openstellen van hoger beroep tegen verstekvonnissen kan dit gebrek niet repareren. Zo zal de defaillant altijd een instantie worden ontnomen, en indien hoger beroep niet mogelijk is wordt zelfs geheel de mogelijkheid op te komen tegen het verstekvonnis ontnomen.⁴⁴

41 Zoals behandeld onder § 3.2.3.

42 Zoals besproken in § 3.2.3.

43 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 192.

44 Bijvoorbeeld als de appelgrens van art. 332 Rv aan hoger beroep in de weg staat. M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 191, 192.

Het aansprakelijkheidsrisico van de eiser zal tevens kunnen worden weggenomen door de aanvang van de verzettermijn te koppelen aan het moment waarop het verstekvonnis wordt gewezen. Dit heeft echter tot gevolg dat het enkel verstrijken van tijd de defaillant het rechtsmiddel verzet kan ontnemen. Een defaillant die pas na verstrijken van de verzettermijn met het verstekvonnis bekend wordt, heeft dan nooit de mogelijkheid gehad verzet in te stellen. Dit zal de toets van artikel 6 EVRM niet kunnen doorstaan, aangezien het verstrijken van de verzettermijn alvorens de defaillant met het verstekvonnis bekend is, volgens de Hoge Raad onder bepaalde omstandigheden strijdig is met artikel 6 EVRM.⁴⁵

3.3.3 *Beperking van aansprakelijkheid als passende oplossing*

Afschaffing van het rechtsmiddel verzet, of het koppelen van de aanvang van de verzettermijn aan het moment van wijzen van het verstekvonnis, kunnen zodoende geen wenselijke oplossing bieden voor het probleem van het aansprakelijkheidsrisico. Dit neemt evenwel niet weg dat de negatieve gevolgen hiervan kunnen worden weggenomen. Door de aansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis te beperken, wordt het aansprakelijkheidsrisico van een eiser voorkomen, zonder dat het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter wordt aangetast. Deze oplossing zal in onderhavige sub-paragraaf nader worden uitgewerkt.

Het geheel schrappen van de aansprakelijkheid van een eiser, heeft tot gevolg dat een veroordelend verstekvonnis altijd ten uitvoer kan worden gelegd zonder aansprakelijkheidsrisico. Indien een gedaagde verschijnt is dit pas het geval na het ongebruikt verstrijken van de hoger beroepstermijn. Zodoende krijgt een eiser belang bij het niet-verschijnen van een gedaagde. Dit strookt niet met het streven naar een procedure op tegenspraak.⁴⁶

45 Het gaat hier om de in § 3.2.4. beschreven extra onzekerheid als gevolg van art. 6 EVRM. Zie ook: HR 25 februari 2000, NJ 2000, 509 (*Stientra/Weijters*); HR 16 januari 2004, NJ 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*); HR 26 maart 2010, NJ 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*).

46 Dit streven vindt men terug in de strikte vereisten die aan de dagvaarding en betekening van de dagvaarding worden gesteld op grond van art. 46-66, 111, 114 & 119 Rv. Dit streven komt ook naar voren in art. 121 lid 1 Rv, waarin is vastgesteld dat geen verstek wordt verleend als het exploit van dagvaarding lijdt aan een gebrek dat nietigheid meebrengt. Tevens vindt men dit streven terug in het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 94; HR 12 januari 1979, NJ 1979, 290 (*De Jong/ Maatschappij tot bevordering van Westland*).

Tevens kan mijns inziens het enkel niet-verschijnen van een gedaagde het geheel ontvallen van aansprakelijkheid niet rechtvaardigen. Een gedaagde kan immers goede redenen hebben om niet in het geding te verschijnen, zoals een tijdelijk verblijf in het buitenland, of de verwachting dat de vordering zal worden afgewezen.

Naast de mogelijkheid dat een gedaagde bewust verstek laat gaan, is een situatie denkbaar waarin een gedaagde niet op de dagvaarding, noch op het veroordelend verstekvonnis kan reageren. Bijvoorbeeld vanwege een tijdelijke onbereikbaarheid door een ziekenhuisopname, een verblijf in het buitenland, of het niet begrijpen van de dagvaarding. Het is evenwel de eiser die door het entameren van een procedure de gedaagde in de positie brengt dat de onmogelijkheid te reageren zwaarwegende gevolgen heeft, waardoor het redelijk is dat de eiser een bepaalde tijd het aansprakelijkheidsrisico loopt. Dit voorkomt bovendien dat een eiser die weet heeft van een tijdelijke onbereikbaarheid van een gedaagde, juist op dat moment overgaat tot dagvaarding en tenuitvoerlegging, omdat hij dan achteraf niet meer aansprakelijk kan worden gesteld voor de mogelijk schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging.

Aan de andere kant is het mijns inziens gerechtvaardigd dat na een bepaald tijdsbestek de mogelijk schadelijke gevolgen van de onbereikbaarheid voor rekening van de defaillant komen, aangezien de eiser anders de nadelen ondervindt van een situatie die door de defaillant in het leven is geroepen, en waar hij zelf niets aan kan veranderen. Bovendien rust op de defaillant de verplichting bereikbaar te zijn.⁴⁷

Door de aansprakelijkheid alleen te beperken indien de eiser een bepaalde termijn heeft gewacht met tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, wordt aan zowel de verantwoordelijkheid van de eiser als de verantwoordelijkheid van de defaillant tegemoet gekomen. Na verstrijken van een dergelijke 'wachttermijn',⁴⁸ zal de eiser het verstekvonnis zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kunnen leggen. De eiser wordt zodoende de mogelijkheid geboden te wachten met tenuitvoerlegging van het verstekvonnis tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken.⁴⁹ Nadat tenuitvoerlegging heeft

47 M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 196.

48 Hierbij dient opgemerkt te worden dat met de term 'wachttermijn' niet wordt bedoeld op de wachttermijn van acht dagen die op grond van art. 80 Rv (oud) voor tenuitvoerlegging van niet uitvoerbaar bij voorraad verklaarde verstekvonnissen in acht moest worden genomen. Zie over deze voormalige wachttermijn: M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 56, 173.

49 Een mogelijkheid die reeds bestaat in het geval het verstekvonnis aan de defaillant in persoon is betekend, of een daad van bekendheid is gepleegd, aangezien

plaatsgevonden, zal krachtens artikel 143 lid 3 Rv de verzettermijn aanvangen.⁵⁰

De wachttermijn zal slechts kunnen aanvangen nadat deze bij normale betekening is aangezegd, mits daarbij uitdrukkelijk de gevolgen van het verstrijken van de wachttermijn worden vermeld. Bewust wordt niet gekozen voor de zwaardere eis van betekening in persoon, aangezien bij betekening van het verstekvonnis in persoon de verzettermijn krachtens artikel 143 lid 2 Rv reeds aanvangt. Bovendien wordt de mogelijkheid verzet in te stellen niet aangetast door het verstrijken van de wachttermijn, zodat een lichtere eis aan betekening gerechtvaardigd is.

Na inachtneming van de wachttermijn kan de eiser het verstekvonnis ten uitvoer leggen zonder het aansprakelijkheidsrisico te lopen. Dit doet evenwel niets af aan het feit dat als de vordering in verzet alsnog wordt afgewezen, hetgeen de eiser door tenuitvoerlegging heeft ontvangen onverschuldigd zal zijn.⁵¹ Anders zou de defaillant met het instellen van verzet niets kunnen bereiken, waarmee verzet verwordt tot een lege huls.

3.3.4 *Juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid*

Een tenuitvoerlegging waaraan achteraf de titel ontvalt is onrechtmatig.⁵² Aangenomen wordt dat dit op basis van de verkeersopvattingen kan worden toegerekend,⁵³ hetgeen de aansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd

in een dergelijk geval de eiser met de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis kan wachten tot de verzettermijn is verstreken.

50 Dit doet niets af aan de mogelijkheid van de defaillant om verzet in te stellen voor aanvang van de verzettermijn. Het is immers ook onder het bestaande systeem van verstek en verzet denkbaar dat verzet wordt ingesteld voordat de verzettermijn is aangevangen op grond van art. 143 lid 2 of 3 Rv.

51 Zie § 3.2.3 en HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*); HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 5-9.

52 HR 13 juni 1913, NJ 1913, 782; HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (*Ontvan-ger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 27-35, 37-40.

53 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 110; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21 e.v.

verstekvonnis juridisch kwalificeert. Indien de eiser echter de wachttermijn in acht heeft genomen, vindt hierin mijns inziens een verandering plaats. Deze verandering, die tevens de juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid biedt, wordt besproken in onderhavige sub-paragraaf.

Inachtneming van de wachttermijn doet niets af aan de onrechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis, aangezien het geen verandering brengt in het aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel. Na inachtneming van de wachttermijn kan de onrechtmatige tenuitvoerlegging mijns inziens echter niet meer aan de eiser worden toegerekend op basis van de verkeersopvattingen. Toerekening op basis van de verkeersopvatting berust op de gedachte dat de eiser bewust heeft gekozen voor tenuitvoerlegging van een herroepelijk vonnis, ondanks de mogelijkheid van het achteraf aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel.⁵⁴ In een situatie waarin een verstekvonnis alleen in kracht van gewijsde kan gaan door tenuitvoerlegging daarvan is dit anders. De eiser heeft in redelijkheid niet de mogelijkheid met tenuitvoerlegging te wachten tot het verstekvonnis in kracht van gewijsde gaat.⁵⁵ Door inachtneming van de wachttermijn wordt de defaultant de mogelijkheid geboden voor tenuitvoerlegging met het verstekvonnis bekend te worden, en heeft de eiser gedaan wat hij redelijkerwijs kon doen om een onrechtmatige tenuitvoerlegging te voorkomen. Derhalve zal indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als onrechtmatig, dit op basis van de verkeersopvattingen niet meer aan de eiser kunnen worden toegerekend.

Dat na inachtneming van de wachttermijn een onrechtmatige tenuitvoerlegging niet meer aan de eiser kan worden toegerekend, wil niet zeggen dat een onrechtmatige tenuitvoerlegging nooit aan de eiser kan worden toegekend. Indien tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden op niet verdedigbare gronden, zal alsnog toerekening kunnen plaatsvinden op basis van schuld of de verkeersopvattingen.⁵⁶

54 B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*. (Monografieën BW, deel A20), Deventer: Kluwer 2007, p. 77, 79, 80; HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner.

55 De eiser heeft theoretisch de mogelijk te wachten met tenuitvoerlegging tot het moment dat wellicht ooit een betekening in persoon toch mogelijk wordt, of het moment dat alsnog een daad van bekendheid wordt gepleegd. Dit is evenwel geen redelijke optie vanwege de onzekerheid of, en zo ja wanneer, dit zal gebeuren.

56 In een dergelijk geval levert zowel de tenuitvoerlegging als het instellen van de vordering een toerekenbare onrechtmatige daad op. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 353 (*Waterschap Regge en Dinkel/Milieutech Beheer*).

De eiser kan bovendien na inachtneming van de wachttermijn alsnog aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een verstekvonnis, indien bij de tenuitvoerlegging wettelijke bevoegdheden onjuist zijn toegepast,⁵⁷ of de wijze waarop tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden op zichzelf onrechtmatig is.⁵⁸ Aansprakelijkheid is in die gevallen niet het gevolg van het aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel, maar van de onrechtmatige wijze van tenuitvoerlegging.

Gevolg hiervan is dat de bestaande risicoaansprakelijkheid voor de mogelijk schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis overgaat in een schuldaansprakelijkheid. Deze overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid is vergelijkbaar met de overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid zoals die zich in het bestaande systeem van verstek en verzet voordoet, op het moment dat tenuitvoerlegging op basis van een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft plaatsgevonden voor meer dan uiteindelijk in het onherroepelijke vonnis is toegewezen.⁵⁹

3.3.5 Doorwerking naar de extra onzekerheid als gevolg van artikel 6 EVRM

De beperking van aansprakelijkheid dient ook doorwerking te vinden in het geval verzet door de rechter wordt opengesteld nadat het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan.⁶⁰ Dat de defaillant niet eerder in staat was verzet in te stellen, doch daartoe alsnog de mogelijkheid wordt geboden, verandert niets aan het feit dat op een bepaald moment de onbereikbaarheid van de defaillant voor zijn eigen rekening dient te komen.

57 Dit is het geval indien de regels omtrent tenuitvoerlegging, zoals opgenomen in het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 430-616 Rv), niet in acht worden genomen.

58 F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 9. Zie voor een voorbeeld van aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige wijze van tenuitvoerlegging: HR 20 november 1981, NJ 1982, 174 (*Cornelis Rollman/Janos Varcza*).

59 HR 11 april 2003, NJ 2003, 440 (*Hoda International/Mondi Foods*); HR 5 december 2003, NJ 2004, 150 (*K. te B./K. te H.*).

60 Het gaat hier om de in § 3.2.4 beschreven extra onzekerheid als gevolg van art. 6 EVRM. Zie ook: HR 25 februari 2000, NJ 2000, 509 (*Stientra/Weijters*); HR 16 januari 2004, NJ 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*); HR 26 maart 2010, NJ 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*).

3.3.6 Conclusie

De beperking van aansprakelijkheid elimineert het aansprakelijkheidsrisico van de eiser in een geval een verstekvonnis alleen door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde kan gaan, zonder aantasting van het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter. Door inachtneming van de wachtermijn kan een onrechtmatige tenuitvoerlegging echter niet meer aan de eiser worden toegerekend. Dit geeft de eiser evenwel geen vrijbrief om lichtvaardig over te gaan tot tenuitvoerlegging, of met de wijze van tenuitvoerlegging onrechtmatig te handelen. In die gevallen kan de onrechtmatige tenuitvoerlegging alsnog worden toegerekend, respectievelijk levert de wijze van tenuitvoerlegging zelfstandig een toerekenbare onrechtmatige daad op.

3.4 Rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrisico

3.4.1 Inleiding

In het bestaande systeem van verstek en verzet, loopt een eiser die een veroordelend verstekvonnis ten uitvoer legt het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien achteraf het verstekvonnis wordt vernietigd.⁶¹ In deze paragraaf zal aan de hand van een rechtseconomische analyse de vraag worden beantwoord of dit vanuit economisch oogpunt onwenselijk is.

3.4.2 Rechtseconomie

De rechtseconomie analyseert aan de hand van economische theorieën de werking van rechtsregels. De vraag die wordt gesteld is hoe het gedrag van individuen door rechtsregels wordt beïnvloed. Het recht wordt daarbij gezien als verzameling van gedragsprikkelers.⁶² Studieobject is het keuzegedrag van individuen, waarbij wordt gewerkt met de veronderstelling dat een individu nutsmaximalisatie nastreeft, inhoudende dat een individu altijd kiest voor de mogelijkheid die voor hem het meeste nut oplevert.⁶³ Aan de hand van dit keuzegedrag bestudeert de rechtseconomie welk effect

61 De valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is besproken in § 3.2.3.

62 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 2.

63 T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 790-793; J.L. Harrison & S.C. O'Connell Chair, *Law and economics in a nutshell*, Saint Paul: West Publishing 2011, p. 56, 57.

rechtsregels hebben op de maatschappelijke welvaart, zijnde de welvaart van alle individuen gezamenlijk.⁶⁴

3.4.3 *Economische gevolgen van het aansprakelijkheidsrisico*

Om de economische gevolgen van het aansprakelijkheidsrisico zichtbaar te maken, zal worden bekeken wat de invloed van de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is op de verwachtingswaarde van een procedure.

De verwachtingswaarde van een procedure is de rechtseconomische theorie om te bepalen of de baten van een procedure hoger zijn dan de lasten.⁶⁵ De verwachtingswaarde, aangeduid als 'E', kan worden gevonden door middel van de vergelijking:

$$E = pB - (1 - p) K$$

In deze vergelijking wordt de kans die de eiser denkt te hebben op het winnen van de procedure, aangeduid met 'p', vermenigvuldigd met het bedrag van de vordering wat de eiser verwacht te verkrijgen indien hij de procedure wint, aangeduid met 'B'. Daarmee wordt de verwachte bruto opbrengst van een procedure gevonden. De eiser kan de procedure ook verliezen, hetgeen tot gevolg heeft dat hij zijn eigen proceskosten moet dragen, en tevens die van de wederpartij zal moeten vergoeden.⁶⁶ Dientengevolge moeten de verwachte kosten van een procedure worden afgetrokken van de verwachte bruto opbrengst van een procedure. De verwachte kosten van een procedure kunnen worden gevonden door kans dat de eiser verliest, aangeduid met '1 - P', te vermenigvuldigen met de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij, aangeduid met 'K'.⁶⁷ Uitgangspunt is dat het alleen tot een procedure zal komen als de verwachtingswaarde hoger is dan nul.⁶⁸

64 B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Inleiding', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 3.

65 B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 218, 219.

66 Zo volgt uit art. 237 lid 1 Rv.

67 Hierbij dient bedacht te worden dat ondanks het bestaan van een proceskostenveroordeling, in veel gevallen een deel van de proceskosten voor eigen rekening zal komen. Dit komt voort uit het feit dat een proceskostenvergoeding forfaitair is, en los staat van de daadwerkelijk gemaakte kosten. H.W. Wiersma, 'Incidenten in het burgerlijk proces', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 296, 297.

68 B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 218, 219.

Om de invloed van het aansprakelijkheidsrisico op de verwachtingswaarde van een procedure inzichtelijk te maken, zal de bovenstaande vergelijking worden uitgebreid met de kans dat achteraf sprake is van een toerekenbare onrechtmatige tenuitvoerlegging, aangezien de eiser in dat geval aansprakelijk zal zijn voor de schadelijke gevolgen van een tenuitvoerlegging.⁶⁹

De verwachte opbrengst van de procedure 'B', moet daarvoor ten eerste worden gecorrigeerd met de kans op een tenuitvoerlegging die achteraf niet toerekenbaar onrechtmatig is, aangezien alleen in dat geval een eiser de opbrengst van de tenuitvoerlegging niet hoeft terug te betalen.⁷⁰ De verwachte opbrengst wordt daartoe vermenigvuldigd met de kans dat tenuitvoerlegging niet toerekenbaar onrechtmatig is, aangeduid met '1 - q', aangezien variabele 'q' wordt gebruikt voor de kans dat tenuitvoerlegging achteraf toerekenbaar onrechtmatig blijkt. Weergegeven in een formule: (1 - q) B. Vervolgens wordt van deze gecorrigeerde verwachtingswaarde afgetrokken, de verwachte te betalen schadevergoeding als tenuitvoerlegging van een verstekvonnis achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, aangeduid met 'S'. Omdat deze schadevergoeding alleen zal moeten worden betaald indien de tenuitvoerlegging daadwerkelijk achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, wordt de te verwachte schadevergoeding vermenigvuldigd met de kans dat tenuitvoerlegging achteraf als toerekenbaar onrechtmatig wordt aangemerkt. Weergegeven in een formule: (1 - p) B - qS. De uitkomst hiervan is de verwachte opbrengst van een procedure.

Omdat de verwachte opbrengst alleen wordt verkregen als de eiser de procedure wint, moet deze vervolgens worden vermenigvuldigd met de kans dat de eiser de procedure wint. Weergegeven in een formule: p ((1 - p) B - qS). Hiermee wordt de bruto verwachtingswaarde van een procedure gevonden.

Het aansprakelijkheidsrisico verandert echter niets aan de mogelijkheid dat de eiser de procedure verliest. Daarom zal van de verwachte bruto opbrengst moeten worden afgetrokken, de kans op verlies van de procedure

69 Krachtens art. 6:162 lid 1 BW bestaat immers recht op een vergoeding van schade, indien sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad.

70 Van een onrechtmatige tenuitvoerlegging is sprake als het verstekvonnis achteraf wordt vernietigd, omdat daarmee de titel aan de tenuitvoerlegging komt te ontvallen. Naast de aansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging, zal het betaalde moeten worden terugbetaald, aangezien de rechtsgrond aan de betaling is komen te ontvallen. HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*); HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367; A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 1990, p. 5-9. Zie ook § 3.2.3.

maal de eigen proceskosten en de proceskosten van de gedaagde die de eiser in dat geval zal moeten betalen. De uiteindelijke vergelijking van de verwachtingswaarde waarin het aansprakelijkheidsrisico is verdisconteerd wordt daarmee:

$$E = p ((1 - q) B - qS) - (1 - p) K$$

Hieruit valt af te leiden dat het aansprakelijkheidsrisico voor de schadelijke gevolgen van een tenuitvoerlegging die achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, een verlaging van de verwachtingswaarde van een procedure tot gevolg heeft.⁷¹

3.4.4 *Economische gevolgen van de afname van de verwachtingswaarde*

De vraag die vervolgens zal worden beantwoord is wat, naast het voordeel van reductie van de aan rechtspraak verbonden maatschappelijke kosten,⁷² de economische gevolgen zijn van het minder vaak voorkomen van een procedure.

Het vaker voorkomen van de situatie waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul, heeft tot gevolg dat de eiser eerder blijft zitten met een vordering waarvoor hij geen procedure zal entameren.⁷³ De veronderstelling van nutsmaximalisatie zorgt ervoor dat een individu een vordering niet nakomt indien dit voordeel oplevert, en nakoming niet kan worden afgedwongen.⁷⁴ Derhalve kan nakoming van verbintenissen niet worden

71 Invulling van de vergelijking kan dit inzichtelijk maken. Stel de kans dat de eiser de procedure wint (p) is 80%. De verwachte bruto opbrengst van de procedure (B) is 2.000 Euro, en de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij is 750. De verwachtingswaarde (E) bedraagt zonder rekening te houden met het aansprakelijkheidsrisico van de eiser: $0,8 * 2.000 - (1 - 0,8) * 750 = 1.450$ Euro. De verwachtingswaarde (E) bedraagt in een geval waarin wel rekening wordt gehouden met het aansprakelijkheidsrisico van de eiser, waarin de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) 30% bedraagt, en de te betalen schadevergoeding indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (S) 500 Euro bedraagt: $0,8 * ((1 - 0,3) * 2.000 - 0,3 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 850$ Euro.

72 R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 137.

73 Bijvoorbeeld een vordering tot nakoming van een verbintenis, of een vordering tot betaling van schadevergoeding.

74 J.J.M. Theeuwes & P.W. van Wijck, 'Overeenkomsten', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische*

gegarandeerd als de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul.⁷⁵ Als gevolg hiervan zullen individuen bij het sluiten van overeenkomsten rekening houden met de mogelijkheid van niet-nakoming, zodat minder snel een overeenkomst wordt aangegaan.⁷⁶ Dit is vanuit rechtseconomisch oogpunt ongewenst, omdat overeenkomsten in beginsel een verbetering van maatschappelijke welvaart opleveren, aangezien een overeenkomst alleen tot stand komt als het de welvaart van de betrokken partijen verhoogt.⁷⁷ Een vermindering van het aantal overeenkomsten is zodoende een rem op de verhoging van de maatschappelijke welvaart.⁷⁸

Dat het minder snel tot een procedure komt, vergroot tevens de kans op inefficiënt gedrag. Bij de keuze tussen het wel of niet plegen van een wanprestatie of onrechtmatige daad, weegt een individu namelijk de verwachte

analyse van het recht, Deventer: Kluwer 1997, p. 121-123; B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 211; R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 106-110.

- 75 Hierbij dient opgemerkt te worden dat de afdwingbaarheid van een vordering niet de enige prikkel is die schuldeisers ertoe brengen een vordering te voldoen. Zo spelen ook gebruiken en het belang bij voortzetting van een handelsrelatie een rol. A. Jettinghoff, 'Voorkomen van Wanbetalen: Profielen in het privaatrecht', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 65, 66.
- 76 Een overeenkomst wordt in beginsel slechts aangegaan indien dit voor beide partijen voordeel oplevert. Indien één van de partijen verwacht dat de wederpartij de overeenkomst niet zal nakomen, komt het niet tot een overeenkomst. A. Jettinghoff, 'Voorkomen van Wanbetalen: Profielen in het Privaatrecht', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 65, 66; R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 106-110; R.Craswell, 'Contract law: General Theories', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contract*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 19.
- 77 De situatie waarin de welvaart van één of meer individuen in de maatschappij groter wordt, zonder een vermindering van de welvaart van een ander individu in de maatschappij, levert namelijk volgens het zogenaamde Pareto-criterium een verbetering van de maatschappelijke welvaart op. A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 55-57; H. Kerkmeeester, 'Methodology: General', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 368.
- 78 R.Craswell, 'Contract law: General Theories', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contract*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 18.

baten daarvan af tegen de verwachte kosten.⁷⁹ In een situatie zonder aansprakelijkheidsrecht kunnen de schadelijke gevolgen van een wanprestatie of onrechtmatige daad niet op de dader worden verhaald, waardoor een potentieel dader geen gedragsprikkel krijgt om deze negatieve externe effecten in zijn kosten-batenanalyse te betrekken.⁸⁰ Een potentieel dader zal kiezen voor de optie die voor hem het meest gunstig is. Vanwege het niet internaliseren van de negatieve effecten, zal dit in veel gevallen een vanuit oogpunt van maatschappelijke welvaart inefficiënte keuze zijn.⁸¹

3.4.5 Conclusie

Het eerder intreden van de situatie waarin de verlaging van een procedure kleiner of gelijk is aan nul, heeft als voordelig effect dat het de aanspraak verbonden maatschappelijke kosten reduceert. Daar staat echter tegenover dat het tevens leidt tot een rem op de verhoging van de maatschappelijke welvaart, en de kans op inefficiënt gedrag vergroot. Vanwege de ernst van deze negatieve gevolgen, ligt het voor de hand dat dit nadeel niet kan worden gecompenseerd door de verlaging van de aanspraak verbonden maatschappelijke kosten. De valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is derhalve economisch gezien onwenselijk.

79 T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 799, 800.

80 J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 170, 175, 176, 192, 193; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 19-21; H. Schäfer & A. Schönenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 600.

81 Een onrechtmatige daad of wanprestatie is echter niet per definitie inefficiënt. Indien de nutswinst van de winnaar zo hoog is dat daarmee het nutsverlies van de verliezer kan worden gecompenseerd, is krachtens het Kaldor-Hicks criterium sprake van een verbetering van de maatschappelijke welvaart. R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 102-106; P.W. van Wijck, 'Welvaart, markten en overheid', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 28-30; J.J.M. Theeuwes & P.W. van Wijck, 'Overeenkomsten', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 138-153; J.L. Harrison & S.C. O'Connell Chair, *Law and economics in a nutshell*, Saint Paul: West Publishing 2011, p. 34-38.

3.5 Rechtseconomische analyse van de beperking van aansprakelijkheid

3.5.1 Inleiding

In paragraaf vier is naar voren gekomen dat de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico van een eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis, leidt tot inefficiënte gevolgen. Derhalve ontstaat de vraag of de in paragraaf drie betoogde oplossing voor deze valkuil, bestaande uit de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn, economisch gezien een verbetering oplevert.

3.5.2 Invloed van de beperking van aansprakelijkheid op de verwachtingswaarde

Aangezien het aansprakelijkheidsrisico inefficiënte gevolgen met zich brengt vanwege het verlagen van de verwachtingswaarde van een procedure, wordt in onderhavige sub-paragraaf de invloed van de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn op de verwachtingswaarde van een procedure besproken.

De beperking van aansprakelijkheid wordt vormgegeven door een overgang van een risicoaansprakelijkheid naar een schuldaansprakelijkheid van de eiser voor de mogelijk schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis.⁸² Onder een systeem van risicoaansprakelijkheid is voor een toerekenbare onrechtmatige tenuitvoerlegging voldoende dat achteraf het verstekvonnis wordt vernietigd. De vernietiging van het verstekvonnis heeft ook onder het systeem van schuldaansprakelijkheid tot gevolg dat sprake is van een onrechtmatige tenuitvoerlegging. Indien de wachttermijn in acht is genomen, zal een onrechtmatige tenuitvoerlegging echter slechts toerekenbaar zijn als deze heeft plaatsgevonden op niet verdedigbare gronden.⁸³ De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn verlaagt derhalve de kans dat tenuitvoerlegging achteraf toerekenbaar onrechtmatig blijkt,⁸⁴ waarmee de ver-

82 Zie omtrent de overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid § 3.3.4.

83 De juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid is besproken in § 3.3.4.

84 In de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$, is de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig opgenomen door middel van variabele q . Zie ook § 3.4.3.

wachtingswaarde van een procedure stijgt.⁸⁵ De kans op een situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul wordt daarmee verlaagt, waardoor de inefficiënte gevolgen van die situatie, minder snel zullen intreden.⁸⁶

Omdat de beperking van aansprakelijkheid afhankelijk is gesteld van inachtneming van een wachttermijn, zullen extra kosten ontstaan vanwege het gebruik van de wachttermijn. Dit zijn echter slechts de geringe kosten van aanzegging van de wachttermijn bij normale betekening, en bewaking van de wachttermijn.⁸⁷ Derhalve zullen deze kosten hoogst waarschijnlijk kunnen worden gecompenseerd door het voordeel van het minder snel intreden van de inefficiënte situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul.

3.5.3 Tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen voorkomen

Voor een antwoord op de vraag of de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn een economisch wenselijke oplossing is voor de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico, zal tevens moeten worden bekeken of de beperking van aansprakelijkheid leidt tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen.⁸⁸ Tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen is immers economisch gezien onwenselijk vanwege de daaraan verbonden kosten, zoals die van restitutie van hetgeen de eiser

85 Invulling van de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$ kan dit inzichtelijk maken. Stel de kans dat de eiser de procedure wint (p) is 80%, de verwachte bruto opbrengst van de procedure (B) is 2.000 Euro, de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij is 750, de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) is 30%, en de te betalen schadevergoeding indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (S) bedraagt 500 Euro, dan wordt de verwachtingswaarde: $0,8 * ((1 - 0,3) * 2.000 - 0,3 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 850$ Euro. Indien de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) echter door beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn daalt tot 10%, en de rest van de waarden gelijk blijft, dan wordt de verwachtingswaarde: $0,8 * ((1 - 0,1) * 2.000 - 0,1 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 1.250$ Euro.

86 Uiteraard blijft het evenwel mogelijk dat zich een situatie voordoet waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul. Of dit het geval is, hangt af van de concrete uitkomst van de verwachtingswaarde, zoals wordt verkregen door invulling van de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$.

87 Krachtens art. 2 onder d jo. art. 10 Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders, bedragen de kosten van een normale betekening 64,49 Euro, exclusief 19% BTW.

88 Zijnde verstekvonnis die in een verzetprocedure worden vernietigd, omdat de bij verstekvonnis toegewezen vordering alsnog wordt afgewezen.

door tenuitvoerlegging onverschuldigd heeft verkregen.⁸⁹ Van een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen is sprake wanneer tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen zoveel mogelijk wordt voorkomen, tenzij de kosten daarvan hoger zijn dan de baten.

De beperking van aansprakelijkheid doet een systeem van schuldaansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis ontstaan. Dit heeft tot gevolg dat een eiser die de wachttermijn in acht neemt, en zich aan de gestelde zorgvuldigheidsnorm houdt, niet aansprakelijk zal zijn voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis.⁹⁰ In een dergelijk geval komt de schade voor rekening van de defaillant, waardoor de eiser en de defaillant een gedragsprikkel krijgen om tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis te voorkomen.⁹¹ Voor een antwoord op de vraag of hiermee een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnis kan worden bereikt, zal een vergelijking worden gemaakt met de algemene rechtseconomische theorie over de werking van schuldaansprakelijkheid in een situatie waarin zowel de dader als de benadeelde het intreden van schade kan voorkomen, de zogenaamde bilaterale ongevalsituatie.⁹² Omdat het bij de onrechtmatige tenuitvoerlegging van verstekvonnissen gaat om een situatie waarin de eiser en de defaillant tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis kunnen voorkomen, kan deze situatie met de bilaterale ongevalsituatie worden

89 De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn doet immers niets aan het onverschuldigd zijn van hetgeen door tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis is verkregen. Zie § 3.3.4.

90 Zie omtrent de overgang van een systeem van risicoaansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis naar een systeem van schuldaansprakelijkheid van een eiser en de vereiste zorgvuldigheidsnorm § 3.3.4.

91 H. Schäfer & A. Schöenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 609-610; J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 190-199; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 146-148.

92 Te denken valt aan een ongeval tussen een fietser en een voetganger, waarbij de fietser geen licht voerde, en de voetganger niet goede oplette tijdens het oversteken. Zowel het gedrag van de dader als het gedrag van de benadeelde heeft de schade doen ontstaan. J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 188, 189; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 145.

vergeleken. De tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis kan immers aan de ene kant door de eiser worden voorkomen door een verstekvonnis niet ten uitvoer te leggen, terwijl aan de andere kant de defaillant voorzorgsmaatregelen kan nemen om bereikbaar te blijven, zodat hij voor de tenuitvoerlegging zijn standpunt omtrent een vordering naar voren kan brengen.

Uit die algemene rechtseconomische theorie over de werking van schuldaansprakelijkheid in bilaterale ongevalsituaties, blijkt dat schuldaansprakelijkheid in een dergelijk geval leidt tot een efficiënt niveau van zorg, mits de zorgvuldigheidsnorm op een efficiënt niveau is vastgesteld.⁹³ De zorgvuldigheidsnorm voor de eiser, inhoudende dat hij de wachttermijn in acht dient te nemen en niet op onverdedigbare gronden over mag gaan tot tenuitvoerlegging, is vastgesteld op een efficiënt niveau. Een strengere norm heeft namelijk tot gevolg dat een eiser een verstekvonnis alleen zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan leggen als hij zeker weet dat het niet achteraf zal worden vernietigd. Daarmee stijgt de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, waardoor de kans op een verwachtingswaarde die kleiner of gelijk is aan nul wordt verhoogd, en de daaraan verbonden inefficiënte gevolgen eerder intreden.⁹⁴ Een minder strenge norm heeft tot gevolg dat een eiser zonder aansprakelijkheidsrisico een verstekvonnis ten uitvoer kan leggen waarover hij twijfelt of het stand zal houden in een mogelijke verzetprocedure, zonder achteraf voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk te kunnen worden gesteld. Hierdoor zal vaker een fout verstekvonnis ten uitvoer worden gelegd, hetgeen vaker schade door tenuitvoerlegging doet ontstaan.

3.5.4 Conclusie

Al met al levert de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn vanuit economisch oogpunt een verbetering op. Deze verbetering komt voort uit de verkleining van de kans dat tenuitvoerlegging van een verstekvonnis achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, waardoor de verwachtingswaarde van een procedure stijgt.

93 H. Schäfer & A. Schöenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 613, 614; J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 195, 196.

94 In de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$, is de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig opgenomen door middel van variabele q . Zie ook § 3.4.3.

De situatie waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul, en de inefficiënte gevolgen daarvan, zullen derhalve minder snel intreden. De schuldaansprakelijkheid die ontstaat als gevolg van de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn, leidt bovendien tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen. De kosten die aan tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen zijn verbonden, worden daarmee tot een minimum beperkt.

3.6 Conclusie

In deze bijdrage werd gezocht naar een oplossing voor de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde, en tevens vanuit economisch oogpunt wenselijk is.

Mijns inziens kan deze oplossing worden gevonden in de beperking van de aansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis, indien de eiser voor tenuitvoerlegging een wachttermijn in acht neemt. Daarmee verwordt de risicoaansprakelijkheid van een eiser voor deze schade tot een schuldaansprakelijkheid, waardoor een eiser slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien hij op niet verdedigbare gronden is overgegaan tot tenuitvoerlegging, of door de wijze van tenuitvoerlegging onrechtmatig handelt. De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn biedt een eiser de mogelijk met tenuitvoerlegging van een verstekvonnis te wachten tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken, zonder het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter aan te tasten. Misbruik van de beperking van aansprakelijkheid wordt bovendien voorkomen door de wachttermijn en het systeem van schuldaansprakelijkheid.

Uit de rechtseconomische analyse is gebleken dat het aansprakelijkheidsrisico een negatieve invloed heeft op de verwachtingswaarde van een procedure. Hierdoor zal de situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul eerder intreden, waardoor het minder snel komt tot een procedure. Dit leidt tot een rem op het sluiten van overeenkomsten, vanwege het wegvallen van de zekerheid dat nakoming van een verbintenis in rechte kan worden afgedwongen. Het uitblijven van een procedure leidt er tevens toe dat de schade als gevolg van een wanprestatie of onrechtmatige daad niet op de dader zal worden verhaald. Een potentieel dader krijgt zodoende geen gedragsprikkel om af te zien van een schadeveroorzakend handelen of nalaten, hetgeen de kans op inefficiënt gedrag verhoogt. De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een

wachttermijn neemt de negatieve invloed op de verwachtingswaarde van een procedure weg, waardoor het minder snel komt tot een situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul. Dit voorkomt de daaraan verbonden inefficiënte gevolgen. Bovendien geeft een systeem van schuldaansprakelijkheid gedragsprikkel aan zowel een eiser als een gedaagde om tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen te voorkomen, hetgeen leidt tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen, waardoor de kosten die daaraan zijn verbonden zo beperkt mogelijk worden gehouden.

De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn vergt echter wel geduld van een eiser, maar geduld is in dit geval een schone zaak, omdat het de schone schijn van een verstekvonnis elimineert.

IV De terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten

A.J. Rijsterborgh

De terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden vormt een valkuil voor de verkoper. Zodra een verkoper verzuimt de algemene voorwaarden vooraf ter hand te stellen (of achteraf er niet in slaagt te bewijzen dat hij dit gedaan heeft), kunnen deze door de consument vrij eenvoudig worden vernietigd. De wetgever wilde door middel van deze ‘terhandstellingstoets’ een tegenwicht bieden aan snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden. Ondanks dat deze regeling sinds haar invoering in 1992 behoorlijk is uitgehold, blijft deze actueel met betrekking tot offline (consumenten) overeenkomsten. Door de meest recente wetswijziging lijkt de huidige redactie van artikel 6:234 BW te suggereren dat ‘iedere’ gebruiker aan zijn informatieplicht mag voldoen conform artikel 6:230c BW (het ‘verlichte’ dienstverrichtersregime) en de terhandstellingsplicht enkel nog ‘optioneel’ is. De wetgever heeft hier hoogstwaarschijnlijk een fout gemaakt en zal het artikel opnieuw gaan aanpassen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of het ‘optioneel maken’ van deze terhandstellingsplicht in consumentenovereenkomsten problematisch zou zijn, gezien de door de wetgever hiermee nagestreefde doelen. Via een analyse van empirisch onderzoek uit en rechtsvergelijkend onderzoek met de Verenigde Staten kom ik tot de conclusie dat dit niet het geval is.

4.1 Inleiding

Algemene voorwaarden worden in artikel 6:231 BW omschreven als ‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen’. In Nederland komt men algemene voorwaarden ‘gewoon’ overeen op grond van aanbod en aanvaarding (artikel 3:33 jo. 6:217 BW).¹ Hierin schuilt voor consumenten een valkuil, want zij zijn ook dan aan de algemene voorwaarden gebonden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kenden (artikel 6:232 BW). De gebruiker moet zich op zijn beurt bewust zijn van de ‘civiele’ valkuil, die inhoudt dat consumenten zich ten opzichte van hem op de vernietiging van de algemene voorwaarden kunnen beroepen, indien aan partijen voor of uiterlijk bij het sluiten van

1 HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 (Holleman/De klerk) m.nt. C.J.H. Brunner.

de overeenkomst niet een redelijke mogelijkheid is geboden om van deze voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 aanhef en onder sub b BW). In dit hoofdstuk wil ik dieper ingaan op de ‘hoofdregel’ met betrekking tot het bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming in de vorm van de ‘terhandstellingstoets’ (artikel 6:234 lid 1 onder a BW).² De vraag die centraal staat is of het ‘optioneel maken’ van deze terhandstellingsplicht in consumentenovereenkomsten problematisch zou zijn, gezien de door de wetgever hiermee nagestreefde doelen. Deze kwestie is actueel door een recente wetwijziging van artikel 6:234 BW die er op lijkt te duiden dat ‘alle’ gebruikers van algemene voorwaarden met betrekking tot hun informatieplicht kunnen opteren voor het minder strenge regime dat geldt voor dienstverrichters.³ Via een analyse van achtereenvolgens empirisch onderzoek *uit* en rechtsvergelijkend onderzoek *met* de Verenigde Staten wil ik hierop een antwoord formuleren. Dit is relevant nu in dat land sommige verkopers met betrekking tot hun algemene voorwaarden juist een informatieplicht *achteraf* hanteren. Ten slotte zal daarom worden bezien of wij lering kunnen trekken uit deze manier van handelen.

4.2 De terhandstellingsplicht bij consumentenovereenkomsten als ‘civiele valkuil’

4.2.1 Beschrijving van de terhandstellingsplicht als civiele valkuil

De consument kan zich ten opzichte van de gebruiker op de *vernietiging* van de algemene voorwaarden beroepen, indien haar *voor* of uiterlijk *bij* het sluiten van de overeenkomst niet een redelijke mogelijkheid is geboden om van deze voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 aanhef en onder sub b BW). Het is de keuze van de consument om de vernietigbaarheid van één of meer specifieke bedingen of van de gehele set algemene voorwaarden in te roepen.⁴ Hondius meent dat de consument niet hoeft aan te tonen dat hij door het vernietigde beding daadwerkelijk wordt benadeeld.⁵ Ingevolge de hoofdregel van artikel 6:234 lid 1 onder a BW heeft de gebruiker een redelijke mogelijkheid tot kennisneming geboden, indien hij de algemene voorwaarden *voor* of *bij* de contractsluiting aan de wederpartij ‘ter hand heeft gesteld’. Met ter hand stellen wordt het vooraf toezenden

2 W.H. van Boom, ‘De hand gelicht met de terhandstellingsplicht?’, *AA* 2011, p. 727.

3 *Stb.* 2011, 592.

4 HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 140 (*Breg/Makelaardij Asper*) r.o. 3.5.

5 E.H. Hondius, ‘Bewijslast’, in: *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 233, aant. 64.

gelijkgesteld.⁶ Aan deze informatieverplichting moet de gebruiker voldoen in al die gevallen van een offline overeenkomst, hetgeen bij consumenten-transacties vaak het geval is (tenzij de consument ingevolge artikel 6:234 lid 3 BW *uitdrukkelijk* heeft ingestemd met elektronische beschikbaarstelling van de algemene voorwaarden). De wetgever heeft bewust geopteerd voor dit stelsel.⁷ Het regeringsontwerp liet de gebruiker van algemene voorwaarden immers nog wel de keuze tussen enerzijds terhandstelling voor of bij het sluiten van de overeenkomst en anderzijds, in geval van daartoe strekkend verzoek, onverwijld nazending.⁸ De Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer overwoog: ‘als tegenwicht tegen de snelle toepasbaarheid van algemene voorwaarden dient immers gewaarborgd te zijn dat degene die de voorwaarde accepteert althans in de gelegenheid is gesteld om voordien van die voorwaarden kennis te nemen.’⁹ Wanneer de algemene voorwaarden door de gebruiker aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, betekent dit dat bij een volgende overeenkomst dit niet opnieuw hoeft te gebeuren.¹⁰ Andere mogelijkheden die het artikel biedt om aan de terhandstellingsverplichting te voldoen, hebben een duidelijk *subsidiair* karakter en komen pas in beeld indien ter hand stellen ‘redelijkerwijs niet mogelijk is’. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hierbij moeten worden gedacht aan overeenkomsten afgesloten per automaat of telefoon en massaal gesloten (vervoers)overeenkomsten.¹¹ Het resultaat van deze regeling is een snelle gebondenheid van de consument aan algemene voorwaarden en een gevaarlijke civiele valkuil voor de gebruiker: zodra hij verzuimt de algemene voorwaarden vooraf ter hand te stellen of achteraf er niet in slaagt te bewijzen dat hij dit gedaan heeft, kunnen deze door de consument vrij eenvoudig worden vernietigd.

4.2.2 *Hoe te voldoen aan de terhandstellingsplicht?*

In de eerste plaats is aan de terhandstellingsplicht voldaan, indien de consument voor of bij het contracteren een exemplaar van de algemene voorwaarden fysiek krijgt overhandigd. Hijma noemt als alternatieven de toezending per fax, post of koerier.¹² Het is aan de gebruiker om te bewijzen dat hij de consument de redelijke mogelijkheid tot kennisneming

6 Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1594.

7 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1583.

8 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1579.

9 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1583.

10 VC II Inv. 28 januari 1985, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, en 6).

11 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1585.

12 J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 37.

heeft geboden.¹³ De Hoge Raad heeft overwogen dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW meebrengt dat aan de strekking van die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn.¹⁴ Hierbij is wel voorwaarde dat de wederpartij er van op de hoogte is dat de in het verleden toegezonden of ter hand gestelde voorwaarden nog steeds van toepassing zijn.¹⁵ Deze uitzondering moet echter beperkt worden geïnterpreteerd, zo blijkt uit het arrest *VPN/Havrij*: zij geldt slechts indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst wel bekend heeft moeten zijn met de algemene voorwaarden, hetzij omdat zij de voorwaarden letterlijk niet over het hoofd heeft kunnen zien, hetzij omdat de voorwaarden haar bij een eerdere transactie zijn toegezonden.¹⁶ Voor consumentenovereenkomsten is vooral relevant de eenvoudige exoneratieclausule van het type ‘de directie is niet aansprakelijk voor het verlies van waardevolle zaken’. De Hoge Raad heeft beslist dat bij dit soort eenvoudige exoneraties een in de bedrijfsruimte geplaatst bordje volstaat.¹⁷ Volgens Loos is hieraan verwant de situatie dat de gebruiker op een bord naar zijn algemene voorwaarden verwijst en aangeeft dat en waar de wederpartij een exemplaar van de algemene voorwaarden kan pakken.¹⁸ Van de consument mag volgens hem niet worden verwacht dat deze ‘halsbrekende toeren’ zal uithalen om de algemene voorwaarden te bemachtigen; de algemene voorwaarden zullen daarom bij de kassa’s of de klantenservice klaar moeten liggen. Een enkele terinzagelegging bij de kassa of klantenservice is niet toereikend.

13 HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 416 (*BV Lommerse-Uitendaal/Ataria Watermanagement*) r.o. 5.2.1.

14 HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 (*Geurtzen/Kampstaal*) m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.

15 J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, ‘Algemene vernietigingsgronden; De informatieplicht’, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 158.

16 HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 385 (*VPN Parkeersystemen/Havrij*) m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.4.2.

17 HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 (*Geurtzen/Kampstaal*) m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.

18 M.B.M. Loos, ‘Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten’ in: E.H. Hondius & E.G. Rijken, *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Paris 2011, p. 85.

4.2.3 De ‘terhandstellingsplicht’ anno 2012, een uitgeholde valkuil?

Voor 1992 bestond geen mogelijkheid om algemene voorwaarden te vernietigen op grond van het feit dat aan de wederpartij geen redelijke mogelijkheid tot kennisgeving zou zijn geboden. Bij de invoering van het nieuwe BW was de daadwerkelijke terhandstelling van de algemene voorwaarden het uitgangspunt.¹⁹ De tekst van artikel 6:234 BW is sinds de invoering in 1992 door de opkomst van het internet en Europese invloeden viermaal gewijzigd, waardoor dit uitgangspunt aan betekenis heeft ingeboet.²⁰ De Aanpassingswet dienstenrichtlijn had het gevolg dat dienstverrichters niet langer aan het terhandstellingsvereiste behoefde te voldoen.²¹ Een ‘dienst’ is een economische activiteit, anders dan in loondienst die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt.²² Voor de dienstverrichter volstaat kortgezegd een verwijzing naar het webadres waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Artikel 6:230e BW bepaalt daarbij dat de algemene voorwaarden uiterlijk bij aanvang van de dienstverlening moet zijn medegedeeld of beschikbaar gesteld.²³ Zowel bij offline als online tot stand gekomen overeenkomsten werd het elektronisch beschikbaar stellen van algemene voorwaarden mogelijk naast de ‘ouderwetse’ terhandstelling (bij offline overeenkomsten is ingevolge artikel 6:234 lid 3 BW wel uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist).²⁴ Bij elektronisch beschikbaar stellen moet worden gedacht aan het opnemen van de voorwaarden in de bijlage van een e-mail of aan het opnemen van een internetlink in een e-mail door middel waarvan de wederpartij in één klik de tekst van de voorwaarden kan raadplegen. Het enkel vermelden van het adres van een website is onvoldoende.²⁵ Hetzelfde geldt voor het geval waarin de voorwaarden middels een zoekmachine op het internet te vinden zijn.²⁶ Bij de invoering van deze Aanpassingswet elektronische handel viel per abuis de verwijzing naar artikel 6:230c BW uit artikel 6:234 BW.²⁷ Hierdoor leek het verlichte regime

19 Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1594.

20 *Stb.* 2004, 285; *Stb.* 2009, 617; *Stb.* 2010, 222; *Stb.* 2011, 592.

21 *Stb.* 2009, 616 en 617.

22 M.B. Voulon, ‘First Data/Attingo: gebruiker algemene voorwaarden voldoet niet aan informatieplicht indien wederpartij met een internetzoekopdracht kennis kan nemen van de voorwaarden’, *MvV* 2011-15, p. 140.

23 T.H.M. van Wechem, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2012-15, p. 999.

24 *Stb.* 2004, 210; en 285; *Stb.* 2010, 222.

25 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 358, nr. 3, p. 9-10.

26 HR 11 februari 2011, *NJ* 2011, 571 (*First Data/Attingo*) m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.2.

27 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 258, nr. G, p. 3.

voor dienstverrichters weer te zijn teruggedraaid. Na kamervragen²⁸ en kritiek uit de rechtswetenschap²⁹ beloofde de Staatssecretaris dat de verwijzing zou worden hersteld.³⁰ Door middel van een veegwet werd onder meer artikel 6:234 BW per 1 januari 2012 aangepast.³¹ Artikel 6:234 BW lid 1 luidt nu:

‘De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld, de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt (...).’

De huidige redactie van het artikel roept de vraag op of het verstrekken van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW exclusief is voorbehouden aan dienstverrichters of dat alle gebruikers van algemene voorwaarden deze kunnen verstrekken op de wijze zoals beschreven in artikel 6:230c BW.³² In de memorie van toelichting valt te lezen:

‘Bij de behandeling van (...) een Dienstenwet (...) is gebleken dat de verhouding tussen (...) de artikelen 6:233 en 6:234 BW en (...) 6:230b en 6:230c BW tot onduidelijkheid kan leiden (...). Deze potentiële onduidelijkheid werd aanvankelijk weggenomen (...). Door de (...) Wet tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek (...) zou deze mogelijke onduidelijkheid zich opnieuw kunnen voordoen, nu daarin een verwijzing naar artikel 6:230c BW ontbreekt. Om dit te vermijden wordt voorgesteld artikel 6:234, eerste lid, BW aldus te wijzigen dat de handelaar ook aan zijn informatieverplichting, als bedoeld in artikel 6:234 BW, kan voldoen op de in artikel 6:230c BW voorziene wijze.’³³

Volgens Spanjaard wijst deze passage erop dat de wetgever de koppeling tussen de Dienstenrichtlijn en de informatieplicht van art. 6:233 onder b en artikel 6:234 wilde herstellen. Anderzijds verwijst de wetgever in de laatste volzin uitdrukkelijk naar het niet in de Dienstenrichtlijn gehanteerde ‘de

28 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 358, nr. G.

29 J.H.M. Spanjaard, ‘Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneratie: contractanten wees duidelijk en volledig!’, *CTR* 2011-2, p. 66.

30 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 359, nr. G, p. 2.

31 *Stb.* 2011, 592.

32 J.H.M. Spanjaard, ‘Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving’, *Contracteren* 2012-1, p. 31.

33 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 863, nr. 3 (MvT), p. 7.

handelaar' en niet naar de 'dienstverrichter' zoals in artikel 6:230c BW.³⁴ Dit laatste zou er op kunnen wijzen dat het voor iedere gebruiker mogelijk is om op deze manier aan zijn informatieplicht te voldoen en zodoende de terhandstellingsplicht uit artikel 6:234 BW te omzeilen. Ter nuancering dient uiteraard wel opgemerkt te worden dat de wetgever zo'n radicale wijziging duidelijker naar voren zou hebben gebracht in de toelichtende stukken.³⁵ Ook Van Wechem denkt dat het gaat om een fout van de wetgever en is van mening dat deze het artikel wederom aan dient te passen.³⁶ Door de hierboven besproken wetswijzigingen is de terhandstellingsplicht, zoals deze in 1992 in ons stelsel is geïntroduceerd, behoorlijk uitgehold. Enkel bij offline (consumenten)overeenkomsten waarbij geen uitdrukkelijke toestemming voor elektronische beschikbaarheidsstelling is gegeven, blijft de terhandstellingsplicht wel relevant.

4.2.4. Kritiek op de terhandstellingsplicht

Advocaat-Generaal Spier schetst de kritiek op de regeling treffend in zijn conclusie voor het arrest *Enthoven/Ammerlaan*. Volgens hem zijn partijen vaak niet geïnteresseerd in algemene voorwaarden. Het gaat hen om de kernprestaties en voor het overige hanteren ze, volgens hem, niet zelden het 'op hoop van zegen-principe'. Dit ziet men terug in artikel 6:232 BW waarin is bepaald dat werkelijke bekendheid met de algemene voorwaarden geen vereiste is. De wetgever heeft slechts een formeel criterium van de terhandstellingsplicht geschapen.³⁷ Deze terhandstellingsplicht leidt in de praktijk vaak tot bewijsproblemen.³⁸ Wanneer een wederpartij ontkent dat zij de algemene voorwaarden ter hand gesteld heeft gekregen, zal het voor de gebruiker bij het ontbreken van een getekende bevestiging van ontvangst, moeilijk zijn om te bewijzen dat zij aan haar informatieplicht heeft voldaan. De informatieplicht lijkt onevenredig streng te zijn gezien het feit dat het zwaartepunt van de door afdeling 6.5.3 BW geboden bescherming ligt bij de inhoudelijke toetsing van de voorwaarden en niet bij het stellen van zware eisen aan de toepasselijkheid hiervan.³⁹

34 J.H.M. Spanjaard, 'Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving', *Contracteren* 2012-1, p. 32.

35 J.H.M. Spanjaard, 'Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving', *Contracteren* 2012-1, p. 32.

36 T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2012-15, p. 1000.

37 HR 21 september 2007, *NJ* 2009, 50 r.o. 3.14-3.16 (concl. A-G Spier).

38 D.J. Cohen Tervaert & R.H.C. Jongeneel, 'Beperk de informatieplicht bij algemene voorwaarden', *NJB* 2002, p. 2189- 2190.

39 J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, 'Algemene vernietigingsgronden; De informatieplicht', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 184.

Algemene voorwaarden lijken niet bedoeld te zijn om te worden gelezen bij het aangaan van de overeenkomst, maar pas als er problemen zijn met de uitvoering van de overeenkomst.⁴⁰ Indien daadwerkelijk problemen ontstaan, kan de gebruiker op basis van de huidige wettelijke regeling niet worden verplicht de voorwaarden opnieuw toe te zenden. Ten slotte is er het gevaar dat algemene voorwaarden onbegrijpelijk of ondoorgrondelijk geformuleerd zijn, waardoor de wederpartij alsnog wordt bemoeilijkt in het bepalen van haar rechtspositie.⁴¹ Zoals in de vorige paragraaf is besproken, lijkt de huidige wettekst te suggereren dat 'iedereen' gebruik kan maken van het minder strenge 'dienstverrichtersregime'. In de literatuur was al eerder de vraag gesteld naar de rechtvaardiging voor het onderscheid tussen dienstverrichters en 'normale' gebruikers van algemene voorwaarden.⁴² In de volgende paragraaf wil ik daarom onderzoeken of dit 'optioneel maken' van de bekritiseerde terhandstellingsplicht problematisch is, gezien de doelen die de wetgever met deze regeling nastreeft.

4.3 De doelen van de terhandstellingsplicht belicht aan de hand van empirisch onderzoek uit de VS

4.3.1 De doelstellingen van Loos

Loos onderscheidt drie doelen ('belangen') van de terhandstellingsplicht uit 6:234 BW: het 'besluitvormingsbelang', 'het afstemmingsbelang' en het 'dossierbelang'.⁴³ Zoals hierboven beschreven eist de wetgever dat de wederpartij nog voor de contractssluiting kennis kan nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden.⁴⁴ Volgens Loos is de achterliggende gedachte dat het moment van sluiting van de overeenkomst, het laatste moment is, waarop de wederpartij kan besluiten om niet akkoord te gaan met de algemene voorwaarden. De informatieplicht draagt op die manier bij aan een 'informed consent' met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst ('besluitvormingsbelang'). Het tweede belang dat hij noemt is het zogenaamde 'afstemmingsbelang'. De algemene voorwaarden bevatten condities die in

40 L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss RL), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 182 e.v.

41 M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling', *Contracteren* 2004- 2, p.32.

42 H.J.S.M. Langbroek, 'Het bieden van een redelijke mogelijkheid om kennis te nemen van algemene voorwaarden: de laatste stand van zaken', *TOP* 2011- 3, p. 28.

43 M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling', *Contracteren* 2004-2, p. 30.

44 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1583.

meer of mindere mate afstemming van het gedrag van de wederpartij eisen. Als derde belang noemt hij het ‘dossierbelang’. Wanneer rond de contractsluiting een probleem ontstaat, moet de wederpartij in staat zijn om haar rechtspositie te beoordelen. Hierbij is het van belang dat de wederpartij de algemene voorwaarden (eventueel opnieuw) kan lezen. De vraag of consumenten de algemene voorwaarden van een contract lezen wordt in de Nederlandse literatuur door de grote meerderheid van de schrijvers negatief beantwoord.⁴⁵ Hierdoor komen het beoogde ‘besluitvormingsbelang’ en ‘afstemmingsbelang’ in het gedrang. Loos concludeert dan ook dat de wettelijke regeling niet effectief is nu de primaire doelen zijns inziens niet worden behaald, terwijl het secundaire doel beter zou kunnen worden bereikt door de algemene voorwaarden *na* de contractsluiting (op verzoek) toe te zenden. Loos staft deze aannames niet met empirisch onderzoek. In de volgende (sub)paragrafen wil ik daarom door middel van onderzoek uit de Verenigde Staten onderzoeken of zijn (veronder)stellingen waar zijn.

4.3.1.1 *Het ‘besluitvormingsbelang’*

Hillman deed in 2005 empirisch onderzoek naar het vooraf lezen van algemene voorwaarden bij online aankopen door middel van een enquête onder 92 eerstejaarsrechtenstudenten.⁴⁶ Slechts 4% van hen gaf aan dat zij de online overeenkomsten altijd lazen. 44% van de ondervraagden antwoordde dat zij op de prijs en de productbeschrijving na, in het geheel de overeenkomst niet lazen. De overige geïnterviewde studenten gaven aan de overeenkomst slechts onder omstandigheden te lezen, bijvoorbeeld indien men van doen had met een vreemde verkoper of wanneer het een duur product betrof. Hillman vroeg zijn studenten ook waarom zij de overeenkomsten niet lazen. Op deze vraag antwoordden de studenten dat zij ‘er geen tijd voor hadden’ (65%), dat zij geen problemen voorzagen (42%), er gebrek is aan onderscheid tussen de algemene voorwaarden van verschillende verkopers (42%), zij aannamen dat de termen eerlijk zouden zijn (33%) en tenslotte het geloof dat een eventuele rechtsgang de oneerlijkheid alsnog zou herstellen (26%). Stark en Choplin deden in 2009 onderzoek onder 91 eerstejaars psychologiestudenten die zich hadden ingeschreven voor het vak ‘een introductie tot de psychologie’.⁴⁷ Als verplicht onderdeel

45 D.J. Cohen Tervaert & R.H.C. Jongeneel, ‘Beperk de informatieplicht bij algemene voorwaarden’, *NJB* 2002-33, p. 2189- 2190; T. Hartlief & R.-J. Tjittes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2001-37, p. 1461-1462.

46 R.A. Hillman, ‘On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications’, *Conrell Law Sch. Legal Research Paper Series* 2005 no. 05-012, p. 4 e.v.

47 D.P. Stark & J. M. Choplin, ‘A License To Deceive: Enforcing Contractual Myths Despite Consumer Psychological Realities’, 2009, p 28 e.v.

van dit vak zouden de studenten zelf *zogenaamd* ook moeten meedoen aan een experiment. De onderzoekers onderzochten hoeveel van de studenten het formulier, waarin zij zich bereid verklaarden mee te werken aan dit experiment, tekenden zonder het te lezen. De studenten moesten het formulier één voor één tekenen in een aparte kamer waar de docent eerst mondeling uitlegde wat er op het formulier stond. Het opmerkelijke hierbij was dat de overeenkomst enkele, voor de studenten zeer nadelige, clausules bevatte die in het geheel afweken van hetgeen hen net was verteld. Maar liefst 95,6% van de studenten tekenden vervolgens het formulier zonder het te lezen. Nadat de studenten hadden getekend, werden zij door de docent op de hoogte gesteld van het experiment en werd het contract verscheurd. De docent vroeg de studenten nu om een overeenkomst te tekenen waarin zij toestemming gaven om de data van het eerste experiment te gebruiken. Opmerkelijk was dat van de 87 studenten die net het ‘slachtoffer’ waren geworden van fraude, 57,5% opnieuw tekende zonder deze tweede overeenkomst te lezen. De studenten werd gevraagd om de redenen waarom zij de eerste ‘frauduleuze’ overeenkomst niet hadden gelezen te waarderen op een schaal van één tot vijf. De belangrijkste redenen die de studenten noemden waren dat zij de docent vertrouwden (waardering van 4,7), zij de universiteit als geheel vertrouwden (4,1), dat zij zo snel mogelijk ‘verder wilden met hun leven’ (3,8), de overeenkomst te lang vonden (3,1) of de overeenkomst saai vonden (3,1). De studenten gaven een lage waardering aan het feit dat het contract ‘niet onderhandelbaar’ was of dat zij ‘niet wantrouwend wilde overkomen’ (beide ± 2). Becher en Unger-Aviram onderzochten in 2010 147 studenten op hun *verwachte* gedrag met betrekking tot het lezen van de algemene voorwaarden in scenario’s met betrekking tot autohuur op vakantie, het openen van een bankrekening, het brengen van kleding naar de wasserette en het afsluiten van een contract met een kleuterschool (het ging bij dit onderzoek om hypothetische scenario’s).⁴⁸ Het overgrote deel van de studenten verklaarden de algemene voorwaarden in het autoverhuur (81%), bank- (92%) en wasserettecontract (92%) niet te zullen lezen. Met betrekking tot de kleuterschool lag de uitslag anders. Maar liefst 76% van de ondervraagden verklaarde dat zij de voorwaarden van de kleuterschool *wel* zouden lezen. De onderzoekers deden voorts onderzoek naar de motieven van 120 studenten om algemene voorwaarden ‘ex ante’ te lezen. Als de belangrijkste redenen kwamen naar voren de kosten van de transactie, de lengte van het contract en de mogelijkheid om het contract te veranderen of te verbeteren. Bakos, Marotta-Wurgler en Trossen onderzochten tenslotte

48 S.I. Becher & E. Unger-Aviram, ‘The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction’, *DePaul Bus. & Com. L.J.*, 2010, p. 12-14.

het gedrag van consumenten bij de aankoop van software via het internet.⁴⁹ Doel van hun onderzoek was om te kijken of de ‘minority-consent’ hypothese klopt. Deze theorie gaat er van uit dat verkopers niet per se eenzijdige termen zullen aanbieden indien de meerderheid van de consumenten de voorwaarden nooit leest. In dit model zouden deze niet-lezende consumenten profiteren van de ‘informed minority’. Deze ‘informed minority’ bestaat uit een kleine groep consumenten die uitsluitend bereid zijn te betalen wanneer de kwaliteit van de algemene voorwaarden voldoende is. Volgens deze theorie zouden, wanneer alle kopers dezelfde standaard voor kwaliteit hebben, de verkopers gedwongen zijn algemene voorwaarden aan te bieden die voor de hele groep consumenten gunstig zijn. De verkoper kan dan immers niet discrimineren tussen lezende en niet-lezende consumenten.⁵⁰ Het gedrag van maar liefst 924.111 consumenten bij de aankoop van software producten bij 66 ‘onlineshops’ werd onderzocht. Ongeveer één of twee op de duizend consumenten bekeken de algemene voorwaarden voor tenminste één seconde. Dit percentage lag een fractie hoger bij kleine verkopers van software en bij producten die gratis aan de consumenten werden aangeboden. De onderzoekers zijn niet in staat het precieze percentage te berekenen dat voldoende zou zijn voor een ‘informed minority’, maar concluderen dat bij de door hun onderzochte online software aankopen er in ieder geval geen sprake van is.

4.3.1.2 *Het ‘afstemmingsbelang’*

Eigen heeft onderzoek gedaan naar de stelling of er een correlatie bestaat tussen (meer tijd besteden aan) het lezen van algemene voorwaarden en het zich contractconform gedragen.⁵¹ In de algemene voorwaarden van een overeenkomst stond duidelijk vermeld dat deelnemers aan een experiment enkel een DVD kregen als zij *alle* vragen van een vragenlijst beantwoordden. Deze vragenlijst was expres saai en (te) lang gemaakt. Uit zijn onderzoek onder 381 proefpersonen blijkt dat er een duidelijk verband bestaat tussen het (langer) lezen van de algemene voorwaarden en het aantal vragen dat door de deelnemers werd beantwoord. De 114 deelnemers, die

49 Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler & D.R. Trossen, ‘Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics approach to Standard Form Contracts’, *N.Y.U. Law and Econ. Research Paper Series* 2009 no. 09-40, p. 15-36.

50 A. Schwartz & L.L. Wilde, ‘Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis’, *Faculty Scholarship Series Paper* 1979-117, p. 643-646.

51 Z.J. Eigen, ‘Experimental Evidence of the Relationship between Reading the Fine Print and Performance of Form-Contract Terms’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, *Forthcoming*; *Northwestern Public Law Research*, 2011no. 11-58 p. 6-9.

nul seconden de tijd namen om de algemene voorwaarden te lezen, beantwoordden bijvoorbeeld significant minder vragen (gemiddeld 26,8 vragen) dan de 13 deelnemers die hieraan voldoende tijd (tussen de drie à vier minuten) hadden besteed (gemiddeld 142,46 vragen).

4.3.1.3 *Het 'dossierbelang'*

Volgens Loos lijkt het dossierbelang op het eerste gezicht wel effectief geënd met de huidige regeling.⁵² Naar zijn mening is daarmee overigens niet gewaarborgd dat de wederpartij haar contractpositie beter zal kunnen beoordelen: de algemene voorwaarden kunnen immers onbegrijpelijk of ondoorgroendelijk zijn geformuleerd. Stolle en Slain onderzochten of exoneratieclausules uit algemene voorwaarden een afschrikwekkend effect hadden op consumenten om te gaan procederen.⁵³ Zij legden aan 101 studenten contracten voor van een sportschool en een autogarage, waarvan sommige contracten een exoneratieclausule bevatten en andere niet. Daarna werd de studenten verteld dat zij tijdens het sporten lichamelijke schade hadden opgelopen of dat hun auto was beschadigd in de garage. De contracten die aan de deelnemers werden voorgelegd, waren echte contracten waarin alleen de namen van de bedrijven waren veranderd. Voor het garagecontract gold dat 65% van de deelnemers in staat was om aan te geven of in hun contract een exoneratieclausule was opgenomen (82% van de proefpersonen die dit correct aangaven, was tevens in staat om de exacte paragraaf aan te wijzen waarin deze was opgenomen). Voor het sportschoolcontract gold dat 66% van de deelnemers hiertoe in staat was (70% van deze proefpersonen was tevens in staat om de juiste paragraaf aan te wijzen). Uit hun onderzoek bleek dat de aanwezigheid van een exoneratieclausule voor de proefpersonen een belangrijke reden was om niet te gaan procederen. Becher en Unger-Aviram onderzochten 147 personen op hun verwachte gedrag met betrekking tot het lezen van de algemene voorwaarden *nadat een probleem was ontstaan* in de scenario's met betrekking tot autohuur op vakantie, het openen van een bankrekening, het brengen van kleding naar een wasserette en het afsluiten van een contract met een kleuterschool.⁵⁴ De geënquêteerden verklaarden nu in meerderheid (58%) de algemene voorwaarden *wel* te gaan lezen om zodoende hun rechtspositie te bepalen.

52 M.B.M. Loos, 'De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling' *Contracteren* 2004- 30, p. 32.

53 D.P. Stolle, & S.J. Slain 'Standard form contracts and contract schemas: a preliminary investigation of the effects of exculpatory clauses on consumers' propensity to sue', *Behavioral Sciences and the Law* (15) 1997, p. 86-89.

54 S.I. Becher & E. Unger-Aviram, 'The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction', *DePaul Bus. & Com. L.J.*, 2010, p. 16-20.

4.3.2 *Worden de doelstellingen van de terhandstellingsplicht behaald?*

De stelling van Loos dat algemene voorwaarden in (consumenten)overeenkomsten nooit voor de contractssluiting worden gelezen, wordt ondersteund door het hierboven beschreven onderzoek. Het ‘besluitvormingsbelang’ op basis van een ‘informed consent’ met betrekking tot de inhoud van de algemene voorwaarden, wordt niet gediend met een terhandstellingsplicht *vooraf*. De ondervraagden noemen verschillende redenen voor het niet lezen van de algemene voorwaarden, maar vooral de lengte van algemene voorwaarden wordt frequent genoemd. Dat algemene voorwaarden zo slecht worden gelezen dat volgens sommige onderzoekers niet eens meer sprake is van een ‘informed minority’, leidt tot de conclusie dat ook het ‘afstemmingsbelang’ niet wordt bereikt. Het ‘dossierbelang’ lijkt wel effectief, maar verschilt in die zin van de eerder genoemde belangen, omdat het er hierbij niet toe doet of de informatieverplichting *voor* of uiterlijk bij de contractssluiting is nagekomen. Ter relativering dient te worden opgemerkt dat het hier de *Amerikaanse* situatie betreft. Toch kan men naar mijn idee op basis van bovenstaand onderzoek concluderen dat de primaire doelen van de Nederlandse wettelijke regeling – waarbij het wel van belang is dat de terhandstellingsplicht *voor* de contractssluiting wordt nagekomen – niet worden behaald. De huidige redactie van het artikel, waardoor de terhandstellingsplicht voor alle gebruikers ‘optioneel’ lijkt te zijn, zou mijns inziens daarom gehandhaafd kunnen blijven. Hierdoor zou de ‘civiele’ valkuil dus uit ons recht verdwijnen. Sterker nog, in de Verenigde Staten worden (onder meer) bovenstaande resultaten gebruikt ter argumentatie voor een informatieplicht *na* de contractssluiting. In de volgende paragraaf zal ik beschrijven hoe in dat land met de informatieplicht met betrekking tot algemene voorwaarden wordt omgegaan.

4.4 ‘Boilerplates’ in de Verenigde Staten

4.4.1 *Inleiding*

In de Verenigde Staten worden algemene voorwaarden in (consumenten)overeenkomsten ‘boilerplates’ of ‘standard form contracts’ genoemd (hierna: boilerplates). In de Amerikaanse literatuur wordt (net als in Nederland) het gebruik van boilerplates verdedigd met het argument dat deze de transactiekosten verminderen en dat deze ‘besparingen’ weer worden doorgerekend aan de consument. Verder zouden boilerplates leiden tot de ‘optimale voorwaarden’ vanwege herhaaldelijke rechterlijke toetsing.⁵⁵

55 R.A. Hillman, ‘Rolling Contracts’, *Fordham Law Review* (71) 2002-3, p. 747.

In de Verenigde Staten is het gebruik van boilerplates sinds 1962 door het Supreme Court toegestaan.⁵⁶ In tegenstelling tot Nederland ontbreekt een algemene wettelijke regeling die verkopers verplicht om boilerplates in consumentenovereenkomsten *voor* een aankoop te openbaren. Enkel voor garanties⁵⁷ en op verschillende deelterreinen (bijvoorbeeld verzekerings-⁵⁸ en softwareovereenkomsten⁵⁹) zijn dit soort regelingen in opkomst. Sterker nog, bij ‘shrink wrapped terms’ kan de consument pas kennis nemen van (al) de algemene voorwaarden *nadat* hij het product heeft geopend en zodoende het ‘shrinkwrap’ plastic waarmee deze was afgesloten, heeft verwijderd (bij online overeenkomsten wordt dit fenomeen ‘rolling contracts’ genoemd). Hieronder wil ik eerst ingaan op de discussie in de Verenigde Staten, die gaande is over dit soort overeenkomsten, waarna ik zal beschrijven of wij in Nederland met betrekking tot onze civiele valkuil hier nog iets van kunnen leren.

4.4.2 Dogmatische inpassing van boilerplates

Voor een geldige totstandkoming van een overeenkomst in de Verenigde Staten gelden twee vereisten: ‘enforceability’ (afdwingbaarheidsvereiste) en ‘mutual assent’ (wederzijdse instemming).⁶⁰ Het afdwingbaarheidsvereiste, dat ziet op het feit dat niet elke ‘partijbelofte’ juridisch bindend is, laat ik hier buiten beschouwing.⁶¹ De wederzijdse instemming gaat uit van de objectieve leer met een subjectieve twist, hetgeen inhoudt dat een partij mag vertrouwen op de gegeven instemming van de wederpartij op voorwaarde dat hij hier ook daadwerkelijk op vertrouwde. Deze klassieke wilsovereenstemmingsleer komt door boilerplates in de knel. Ten eerste omdat de persoon die een ‘standard form contract’ ongelezen tekent, geen subjectieve bewuste instemming geeft. In de tweede plaats omdat de gebruiker van ‘standard form contracts’ zich hiervan bewust is en op die manier niet daadwerkelijk kan vertrouwen op de gegeven instemming.⁶² Barnett meent dat deze kloof valt te overbruggen door een onderscheid te maken tussen (a) de (ongelezen) voorwaarden waarmee een partij instemt en (b) de gemanifesteerde instemming om juridisch gebonden te zijn aan de instemming. Volgens Barnett verklaren wij bewust door bij een online aankoop op het ‘I agree’ vakje te klikken, dat wij juridisch gebonden zijn aan

56 *Steven v. Fidelity & Casualty Co.*, 58 Cal. 2d. 862, 882 n. 10 (1962).

57 United States Code, Title 15, §§ 2302.

58 Cal. Health & Saf. Code § 1363.1 (2008).

59 The American Law Institute, *Principles of the Law of Software Contracts*, §§ 2.01(c)(1), 2.02(c)(2).

60 R.E. Barnett, *Contracts*, Oxford University Press: New York 2010, p. 68.

61 R.E. Barnett, *Contracts*, Oxford University Press: New York 2010, p. 127 e.v.

62 R.E. Barnett, *Contracts*, Oxford University Press: New York 2010, p. 107.

de voorwaarden. De instemming ziet volgens hem dus niet op de *inhoud* van de voorwaarden. In de jurisprudentie wordt ondanks deze dogmatische frictie overwegend uitgegaan van een strikte naleving van contracten en wordt (stilzwijgende) instemming van de consument verondersteld op basis van een 'duty to read'.⁶³ Voor deze 'instemming' is enkel vereist dat de consument de *kans* heeft gekregen om de voorwaarden te lezen.⁶⁴

4.4.3 Grenzen aan de afdwingbaarheid van boilerplates

Het feit dat standard form contracts geoorloofd zijn, ondanks het ontbreken van klassieke wilsovereenstemming, betekent niet dat zij ongelimiteerd kunnen worden ingeroepen. Ten eerste worden vage boilerplates door de rechter contra proferentem uitgelegd.⁶⁵ Hakes merkt wel op dat deze regel over het algemeen terughoudend door rechters wordt toegepast.⁶⁶ Voorts is de 'doctrine of unconscionability' ontwikkeld. Deze theorie houdt in dat wanneer boilerplates zowel procedureel als inhoudelijk onredelijk (tot stand gekomen) zijn, deze niet (geheel) in stand kunnen blijven.⁶⁷ Procedurele onredelijkheid ziet op de manier waarop het contract tot stand komt.⁶⁸ Bij adhesiecontracten wordt vaak per definitie aangenomen dat deze 'procedureel' onredelijk tot stand zijn gekomen.⁶⁹ Een boilerplate wordt inhoudelijk onredelijk geacht wanneer deze 'overly harsh' of 'one-sided' resultaten oplevert. Volgens Hogg worden deze begrippen door de staten verschillend uitgelegd, maar in het algemeen terughoudend toegepast.⁷⁰ Strijd met public policy is een derde reden waarom boilerplates buitenspel worden gezet.⁷¹ Ondanks dat deze open norm de rechter wat speelruimte geeft, wordt deze beperkt uitgelegd, waardoor de regel enkel ziet op strijd met wetgeving.⁷² De plicht tot 'goodfaith and fair dealing' in een overeenkomst

-
- 63 R.A. Hillman, 'Rolling Contracts', *Fordham Law Review* (71) 2002-3, p. 747.
 64 *Alabi v. DHL Airways, Inc.*, 583 A2d 1358, 1362 (Del. Super. 1990).
 65 *Neal v. State Farm Ins. Cos.*, 188 Cal. App. 2d 690, 695 (Cal ct. App. 1961).
 66 R.A. Hakes, 'Focusing On The Realities Of The Contracting Process', *Delaware Law Review* 2011, p.35.
 67 Restatement (second) of contracts §§ 208 (1981); U.C.C. §§ 2-302 (2002).
 68 R.A. Hillman, 'Debunking Some Myths about Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302', 67 *Cornell L.Rev.* (1) 1981-82, p. 6 e.v.
 69 *24 Hour Fitness, Inc. v. Superior Court*, 66 Cal. App. 4th 1199, 1212-13 (Cal. Ct. App. 1998).
 70 J.F. Hogg, 'Consumer Beware: The Varied Application of Unconscionability Doctrine tot Exculpation and Indemnification Clauses in Michigan, Minnesota, and Washington', *Michigan State Law Review* 2006, p. 1040-1042.
 71 Restatement (Second) Of Contracts §§ 178, 179, 181.
 72 R.S. Arnow-Richman, 'Bargaining for loyalty in the Information Age: A Reconsideration of the Role of Substantive Fairness in Enforcing Employee Noncompetes', *Oregon Law Review* (80) 2001, p. 12.

is het vierde instrument.⁷³ Wederom wordt deze open norm terughoudend toegepast.⁷⁴ Ten slotte worden consumenten beschermd door het principe dat een boilerplate werking wordt ontzegd, indien de gebruiker een ‘reason to believe’ had, dat de boilerplate niet zou zijn geaccepteerd door de consument wanneer deze er vooraf kennis van had genomen.⁷⁵ Hiervoor is het echter onvoldoende dat de boilerplate ongelezen en ongebruikelijk is.⁷⁶ De rechter heeft al met al een degelijke gereedschapskist ter correctie van ongewenste boilerplates. Dat deze instrumenten terughoudend worden toegepast, leidt tot de conclusie dat partijautonomie overheersend is in de Verenigde Staten.⁷⁷

4.4.4 *Juridische discussie met betrekking tot nazending van algemene voorwaarden*

Zoals hierboven beschreven, komen contracten in de Verenigde Staten tot stand op grond van ‘enforceability’ en ‘mutual assent’. Boilerplates die pas bekend worden gemaakt *na* aankoop rekken het begrip ‘mutual assent’ nog verder op. In de jurisprudentie zijn daarom twee scholen ontstaan met betrekking tot de dogmatische inpassing van dit verschijnsel. Formalisten bepleiten dat boilerplates, die pas na de aankoop in de verpakking van een product worden meegestuurd, vallen onder §§ 2-207 van de Uniform Commercial Code (hierna: U.C.C.). Dit artikel handelt over de ‘post-formation proposals for contract terms’. Ingevolge dit artikel vallen deze voorwaarden buiten de overeenkomst, tenzij ze door de consument expliciet worden aanvaard.⁷⁸ Deze lijn wordt bijvoorbeeld gevolgd in de zaak *Klocek v Gateway*.⁷⁹ Consument Klocek had per telefoon een computer gekocht van Gateway waarna een conflict was ontstaan. De doos waarin de computer werd vervoerd, bevatte tevens Gateway’s algemene voorwaarden, waarin een arbitrageclausule op de koopovereenkomst van toepassing werd verklaard. Wanneer Klocek Gateway dagvaardt voor de rechtbank, beroept deze laatste zich op niet-ontvankelijkheid van Klocek met een verwijzing naar de arbitrageclausule. De rechtbank beslist dat de later nagestuurde boilerplates, nu deze niet expliciet voordien zijn aanvaard, niet afdwingbaar zijn. De andere stroming binnen de jurisprudentie ziet het moment van

73 Restatement (Second) Of Contracts §§ 205, 211.

74 R.A. Hakes, ‘Focusing On The Realities Of The Contracting Process’, *Delaware Law Review* 2011, p. 38.

75 Restatement (Second) Of Contracts § 211(3).

76 *State Farm Fire & Cas. Ins. Co v. Grabowski.*, 150 P.3d 275 (Ariz. App. 2007).

77 R.A. Hakes, ‘Focusing On The Realities Of The Contracting Process’, *Delaware Law Review* 2011, p. 40.

78 U.C.C. §§ 2-207(b) (2002).

79 *Klocek v. Gateway, Inc.*, 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000).

bestelling niet als het moment waarop de *overeenkomst* wordt aangegaan. In de zaak *ProCD v. Zeidenberg* ging het (ook) om algemene voorwaarden die waren verpakt in de doos van de gekochte software.⁸⁰ In deze algemene voorwaarden stond vermeld dat de consument de software binnen 30 dagen na de datum van aankoop kon retourneren indien hij zich niet kon vinden in de voorwaarden. De vraag die in deze zaak centraal stond was of deze ‘shrink-wrapped terms’ onderdeel uitmaakten van de koopovereenkomst. Het hof oordeelde dat softwarelicenties ‘normale’ consumentenovereenkomsten waren en daarom onder de werkingssfeer van de U.C.C. vielen. Nu de consument de kans had gekregen de boilerplates (alsnog) te lezen, alvorens hij de aangekochte software installeerde, waren deze geldig overeengekomen. Volgens deze rechters gaat het proces van contractformatie door totdat het goed is afgeleverd. Kopers moeten in deze visie er impliciet van bewust zijn dat ‘basic terms’, op grond waarvan zij het product hebben gekocht, nog niet de gehele overeenkomst vormen (zelfs een ‘pre-purchase notice’ dat er nog termen zullen worden nagestuurd lijkt geen vereiste).⁸¹ Wanneer zij het niet eens zijn met de boilerplates die zij in de verpakking aantreffen, kunnen ze het aangeschafte product binnen een in de boilerplates bepaalde termijn terugsturen. Begrippen als aanbod en aanvaarding en de juridische grond voor de verplichting van de consument om het product terug te sturen indien hij niet akkoord gaat met de meegezonden termen, zijn dogmatisch moeilijk te plaatsen. ‘Rolling contracts’ behoeven volgens deze rechters vanwege economische en praktische overwegingen echter aanpassing van de klassieke contractleer.⁸²

4.4.5 *Rechtseconomische discussie met betrekking tot een informatieplicht achteraf*

In de Amerikaanse literatuur worden drie rechtseconomische argumenten genoemd waarom een openbaarmaking *vooraf* van boilerplates gewenst zou zijn. Het belangrijkste argument is dat toegankelijkheid van informatie leidt tot economische efficiëntie.⁸³ Consumenten kunnen immers betere kosten-batenanalyses maken van hun transacties en verkopers gaan concurreren met hun algemene voorwaarden.⁸⁴ Naast de hierboven beschreven redenen dat de kosten van lezen voor consumenten niet opwegen tegenover

80 *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F3d 1447 (7th Cir. 1996).

81 S.E. Friedman, ‘Improving the Rolling Contract’, *American University Law Review* (56) 2006-1, p. 5.

82 *Bischoff v. DirecTV, Inc.*, 180 F. Supp. 2d 1097, 1103-06 (C.D. Cal. 2002).

83 R.A. Hillman & M.O’ Rouke, ‘Defending Disclosure in Software Licensing’, *Cornell Legal Studies Research Paper*, 2010 no. 010-008, p. 97-101.

84 C.P. Gillette, ‘Rolling Contracts as an Agency Problem’, *Wisconsin Law Review*, *Forthcoming* 2004-2, p. 16.

de baten nu de contracten lang, niet-onderhandelbaar en complex zijn, wordt tegen dit eerste argument ingebracht dat ‘betere’ termen *voor* de aankoop van een product niet economisch waardeerbaar zijn.⁸⁵ Ook al kan een consument lezen dat hij recht heeft op een langdurige garantie, dan krijgt deze boilerplate pas waarde indien er iets ‘fout’ gaat met het product.⁸⁶ Consumenten zouden daarom vooraf niet snel geïnteresseerd zijn in ‘first class-terms’, die het product enkel duurder maken. Daarnaast adverteren verkopers die daar brood in zien nu ook al met hun algemene voorwaarden.⁸⁷ Voorts wordt vaak het ‘informed minority’-argument genoemd (zie hierboven).⁸⁸ Een ‘informed minority’ kan volgens deze schrijvers pas ontstaan wanneer de termen vooraf inzichtelijk zijn. Zoals hierboven beschreven heeft empirisch onderzoek ondersteuning geleverd voor de stelling dat van een ‘informed minority’ bij de online consumentenaankopen geen sprake is.⁸⁹ Marotta-Wurgler heeft daarnaast aangetoond dat *toegankelijkheid* vooraf van gebruikersovereenkomsten voor softwareproducten, zogenaamde ‘end-user license agreements’ (hierna: EULA’s) nauwelijks bijdragen aan een verhoogd lezerspercentage.⁹⁰ Uit haar onderzoek gedurende een maand onder 47.329 huishoudens, blijkt dat verplichte openbaarmaking vooraf het aantal lezers met 0,36% zou doen stijgen. Deze stijging van 0,36% ten opzichte van de 1% huidige lezers, zou nog steeds onvoldoende zijn voor een ‘informed minority’. Als derde argument tegen ‘delayed disclosure’ noemt Bern dat verkopers hierdoor eerder geneigd zullen zijn om slechtere voorwaarden te hanteren.⁹¹ Dit argument is ook onderzocht door Marotta-Wurgler. Zij verzamelde 515 verschillende EULA’s die bij

85 O. Ben-Shahar, ‘The Myth of the ‘opportunity to read’, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 2008 No. 415, p. 98-101..

86 D.G. Baird, ‘The boilerplate puzzle’, in: O. Ben-Shahar (eds.), *Boilerplate The Foundation of Market Contracts*, New York: Cambridge University Press 2007, p. 134.

87 L.A. Bebchuck & R.A. Posner, ‘One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets’, in: O. Ben-Shahar (eds.), *Boilerplate The Foundation of Market Contracts*, New York: Cambridge University Press 2007, p. 4.

88 A. Schwartz & L.L. Wilde, ‘Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis’, *Faculty Scholarship Series Paper* 1979 no. 117, p. 643-646.

89 Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler & D.R. Trossen, ‘Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics approach to Standard Form Contracts’, *N.Y.U. Law and econ. Research Paper Series, Working Paper* 2009 no. 09-40, p. 28-33.

90 F. Marotta-Wurgler, ‘Will Increased disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI’s ‘Principles of the Law of Software Contracts’, *U. Chi. L. Rev.* 2011, p. 13-16.

91 R.C. Bern, 2004. “Terms Later” Contracting: Bad Economics, Bad Morals, and a Bad Idea for a Uniform Law, Judge Easterbrook Notwithstanding’, *J.L. & POL’Y* 2004-641, p. 6.

de online aankoop van een softwareproduct werden overeengekomen tussen verkoper en consument.⁹² Omdat deze EULA's in het algemeen veel op elkaar lijken, is het mogelijk om een goed vergelijkend onderzoek te doen naar de inhoud ervan. Zij vergeleek EULA's die voor de aankoop aan de consument openbaar werden gemaakt met EULA's die pas na de aankoop ter beschikking werden gesteld. Ze onderzocht vervolgens of de EULA's die pas na de verkoop ter beschikking werden gesteld, meer 'pro-seller terms' bevatten met betrekking tot onder meer garanties, aansprakelijkheid van de verkoper, conflictbeslechting enz. Haar bevinding was dat 'rolling contracts' niet systematisch meer 'pro-seller terms' bevatten dan de EULA's die voor de aankoop van de software openbaar werden gemaakt. Sterker nog, op grond van haar onderzoek kwam naar voren dat juist EULA's die van te voren bekend waren gemaakt, iets meer 'pro-seller terms' inhielden. Op basis van bovenstaande discussie zien veel schrijvers geen heil in verplichte openbaarmaking van algemene voorwaarden. Deze schrijvers menen dat de wetgever zich beter kan richten op de inhoud van de termen dan op de openbaarmaking daarvan. Wetgeving die openbaarmaking verplicht zou stellen, brengt (hoge) kosten met zich mee en zal volgens hen enkel leiden tot vele procedures.⁹³

4.4.6 Een informatieplicht 'achteraf' iets voor Nederland?

Hoewel bovenstaande publicaties interessante inzichten opleveren ter relativering van onze terhandstellingsplicht, is een informatieplicht *achteraf* in Nederland op dit moment niet haalbaar. Juridisch gezien zou deze 'verlate' informatieplicht op gespannen voet staan met ons nationale overeenkomstenrecht. De eis van een aanbod betekent dat de gebruiker ter gelegenheid van de contractssluiting zijn wederpartij op enigerlei wijze moet aangeven dat hij de algemene voorwaarden in de te sluiten overeenkomst opgenomen wenst te zien (artikel 6:217 BW).⁹⁴ Hier biedt ook artikel 6:232 BW geen soelaas, nu dit artikel slechts tot doel heeft aan te geven dat *wanneer* binding aan algemene voorwaarden wordt vastgesteld, deze binding betrekking heeft op het complex van (de) algemene voorwaarden.⁹⁵ Tevens vereist

92 F. Marotta-Wurgler, 'Are 'Pay Now, Terms Later' Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements', *The Journal of Legal Studies* (38) 2009-2, p. 309-343.

93 F. Marotta-Wurgler, 'Will Increased disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's Principles of the Law of Software Contracts', *U. Chi. L. Rev.* 2011, p. 17-18.

94 J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht Deel 3), Kluwer: Deventer 2010, nr. 236.

95 T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Kluwer: Deventer 2007, p. 25.

de nieuwe consumentenrichtlijn met betrekking tot verschillende soorten consumentenovereenkomsten een informatieplicht vooraf.⁹⁶ Een informatieplicht achteraf lijkt mij in Nederland ook niet wenselijk, omdat men het probleem hiermee slechts verschuift. De rechtspraak onder het oude recht biedt vele voorbeelden van procedures waarin over het al dan niet aanwezig zijn van (stilzwijgende) aanvaarding van algemene voorwaarden wordt getwist.⁹⁷ Door onze huidige regeling bestaat op dit punt minder discussie, aangezien deze de gebruiker ertoe dwingt zijn wederpartij vooraf te informeren over zijn algemene voorwaarden. Wel kan het Amerikaanse stelsel mijns inziens een *reflectieve* bijdrage leveren met betrekking tot onze eigen regeling. De informatieplicht vooraf van algemene voorwaarden heeft in Nederland sinds haar invoering tot talloze kostbare wetswijzigingen en procedures geleid. Partijen zijn niet (vooraf) geïnteresseerd in algemene voorwaarden. De theorie van rationele geïnformeerde consumenten die een overeenkomst aangaan en hierbij hun contract zorgvuldig lezen, staat daarom haaks op de realiteit. Een (verdere) verschuiving van de focus naar oplossingen om de consument *ex post* te helpen ‘zijn gelijk te krijgen’, is daarom in mijn optiek effectiever dan een nadruk op de informatieplicht vooraf. Hierboven is immers aangetoond dat consumenten *achteraf* pas geïnteresseerd zijn in de voorwaarden. In Nederland wordt de consument door het bestaan van de grijze en zwarte lijst (goed) beschermd tegen eventuele inhoudelijk onjuiste voorwaarden (artikel 6:236-6:238 BW). De valkuil van snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden die het Nederlandse recht placht te ontwijken bestaat nauwelijks (of is ‘ondiep’). Deze lijsten zouden wel aangevuld kunnen worden met regels met betrekking tot de lengte en het taalgebruik in algemene voorwaarden. Daarnaast zou men het ‘dossierbelang’ kunnen versterken door een gewaarmerkt virtueel depot voor algemene voorwaarden op te stellen in een openlijk (kosteloos) toegankelijk internetregister, waarnaar *alle* verkopers kunnen verwijzen indien zij hun algemene voorwaarden van toepassing willen laten zijn.⁹⁸

96 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 304/64-88).

97 Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtsbehandeling en overeenkomst*, Kluwer: Deventer 2010, nr. 237.

98 W.H. van Boom, ‘De hand gelicht met de terhandstellingsplicht?’, *AA* 2011, p. 731.

4.5 Conclusie

De terhandstellingsplicht vormt een gevaarlijke civiele valkuil voor de gebruiker van algemene voorwaarden. Zodra een gebruiker verzuimt de algemene voorwaarden vooraf ter hand te stellen (of achteraf er niet in slaagt te bewijzen dat hij dit gedaan heeft), kunnen deze door de consument vrij eenvoudig worden vernietigd. De wetgever wilde door middel van deze 'terhandstellingstoets' (onder meer) consumenten beschermen tegen een snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden. Ondanks dat deze regeling sinds haar invoering in 1992 behoorlijk is uitgehold, blijft deze actueel met betrekking tot offline (consumenten)overeenkomsten. Door de meest recente wetwijziging lijkt de huidige redactie van artikel 6:234 BW te suggereren dat iedere gebruiker aan zijn informatieplicht mag voldoen conform artikel 6:230c BW (het 'verlichte' dienstverrichtersregime) en de terhandstellingsplicht enkel nog optioneel is. De wetgever heeft hier hoogstwaarschijnlijk een fout gemaakt en zal het artikel opnieuw gaan aanpassen. Empirisch onderzoek uit de Verenigde Staten biedt echter ondersteuning voor de stelling dat algemene voorwaarden door consumenten (bijna) nooit vooraf worden gelezen. De door Loos onderscheiden 'belangen' van een terhandstellingsplicht *vooraf*, worden hierdoor niet gediend. Artikel 6:234 BW zou in mijn optiek daarom in zijn huidige redactie kunnen blijven bestaan. In de Verenigde Staten bestaat geen algemene wettelijke regeling die verkopers verplicht boilerplates *voor* een aankoop te openbaren en worden deze soms *na* de aankoop aan de consument toegestuurd. Het feit dat consumenten boilerplates nooit lezen, wordt gebruikt ter argumentatie om wetgeving op dit punt tegen te gaan. Veel Amerikaanse rechtseconomen schrijven dat het effectiever is om de consument *ex post* te helpen 'zijn gelijk te krijgen'. De afschaffing van de (gehele) informatieplicht vooraf in Nederland met betrekking tot algemene voorwaarden lijkt mij niet wenselijk, maar een (verdere) verschuiving van de focus naar oplossingen *ex post* wel. Hierbij kan men denken aan aanvulling van de grijze en zwarte lijst met regels met betrekking tot de lengte en het taalgebruik van algemene voorwaarden in combinatie met de opstelling van een gewaarmerkt virtueel depot voor algemene voorwaarden in een openlijk (kosteloos) toegankelijk internetregister. Hierdoor is de consument beter in staat *achteraf*, op het moment dat hij daadwerkelijk geïnteresseerd is in de algemene voorwaarden, zijn rechtspositie te bepalen.

V Proportionele benaderingen in het verzekeringsrecht

Een wenselijk kussentje bij het landen in valkuilen?

D. Heemskerck

Verzekeraars hanteren allerlei verplichtingen waarvan het recht op uitkering van de verzekeringnemer afhankelijk is. Het is wenselijk dat verzekeringnemers aangespoord worden om deze verplichtingen na te komen. Omdat aansporing zonder sanctie vleugellam is, dient er gekeken te worden naar wat de meest wenselijke consequentie is bij schending van de verplichtingen. De huidige proportionele benadering schiet op bepaalde fronten te kort. Het is geen regeling die zich kenmerkt door duidelijkheid, eenduidigheid en hanteerbaarheid. Daarnaast gaat er van deze regeling te weinig prikkelwerking tot naleving uit. Het ‘alles-of-niets’-beginsel is echter in verband met de spelende informatieproblemen en het ex post invullen van de (open) normen veelal een te diepe valkuil voor de verzekeringnemer. Een wenselijke sanctieregeling kan bereikt worden door de huidige proportionele benadering aan te passen en aan te vullen met een contractueel vastgelegd gefixeerd bedrag. Deze regeling zal met een aantal waarborgen moeten worden omkleed. Als deze waarborgen in acht genomen worden zullen zowel verzekeraar als verzekeringnemer voordeel kunnen hebben van de nieuwe regeling.

5.1 Inleiding

Wanneer verzekeringen worden gesloten, ontstaan allerlei verplichtingen. Enerzijds verplicht de verzekeraar zich tot het doen van een uitkering indien het verzekerde voorval zich voordoet, anderzijds rust op de verzekeringnemer de plicht om de door de verzekeraar opgelegde verplichtingen na te komen.¹ Wanneer de verzekeringnemer niet aan deze verplichtingen voldoet kan de verzekeraar zich willen beroepen op *algeheel* verval van het recht op uitkering. Het Nederlandse rechtssysteem heeft deze door verzekeraars gehanteerde ‘alles-of-niets’-benadering geruime tijd getolereerd. Bij dit systeem is er sprake van een diepe valkuil voor de niet-nakomende verzekeringnemer. Als de verzekeraar zich kan beroepen op de niet-nakoming krijgt de verzekeringnemer helemaal niets, zelfs al handelt

1 In deze bijdrage is de verzekeringnemer ook de verzekerde/tot uitkering gerechtigde.

de verzekeringnemer te goeder trouw. De wetgever en rechtspraak lijken zich van deze valkuil bewust te zijn geworden en hebben zich het harde vallen van de verzekeringnemer aangetrokken. Zij hebben het ‘alles-of-niets’-beginsel dan ook in grote mate ingewisseld voor een proportionele benadering.² Als gevolg van deze trend naar proportionaliteit zal een verzekeraar ondanks de mogelijkheid van een beroep op de schending van een verplichting vaak toch *gedeeltelijk* moeten uitkeren. Hierdoor is de valkuil voor de niet-nakomende verzekeringnemer als het ware met een ‘kussentje’ opgevuld, waardoor deze aanzienlijk minder hard zal vallen.

Deze bijdrage richt zich op de vraag of het wenselijk is dat bij consumentenverzekeringen, de valkuil – waarin consumenten konden vallen bij het ‘alles-of-niets’-systeem – door middel van een proportionele benadering opgevuld wordt. Het gaat hierbij niet alleen om de vraag of een proportionele benadering überhaupt wenselijk is, maar ook om de vraag of de huidige manier van toepassen van proportionaliteit wenselijk is. Om dit te onderzoeken zijn twee verzekeringsrechtelijke leerstukken onder de loep genomen. Er zal in dit hoofdstuk zowel aan de hand van rechtseconomische als juridische inzichten gekeken worden naar de wenselijkheid van een proportionele benadering in het verzekeringsrecht.

In deze bijdrage geef ik eerst een omschrijving van de gekozen verplichtingen van de verzekeringnemer (§ 5.2). Vervolgens analyseer ik de voor- en nadelen van ‘alles-of-niets’-sanctionering in vergelijking met een proportionele benadering (§ 5.3). Daarna doe ik een aanbeveling over hoe de huidige proportionele benadering aangepast en aangevuld kan worden om zo een wenselijker sanctiesysteem te bereiken (§ 5.4). Ik sluit af met een conclusie (§ 5.5).

5.2 De verplichtingen van de verzekeringnemer

5.2.1 De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering

Als een verzekeraar en een verzekeringnemer overwegen een verzekeringsovereenkomst met elkaar aan te gaan, is het voor de verzekeraar van belang inzicht te krijgen in het te verzekeren risico en de moraliteit van de verzekeringnemer.³ Door informatie te verkrijgen van de verzekeringnemer

2 Zie ook I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 16-26.

3 M.L. Hendrikse, Ph. H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 157.

kan de verzekeraar een verantwoorde beslissing nemen over het al dan niet aangaan van de verzekeringsovereenkomst en tegen welke voorwaarden.⁴ Bovendien kan de verzekeraar wanneer hij over voldoende informatie beschikt de gelijksoortige risico's bundelen en de premie op de verschillende groepen afstemmen.⁵ Door nauwkeurige omschrijving van de groepen kan averse selectie en de daarmee samenhangende premieverhoging worden voorkomen.⁶ Omdat het voor de verzekeraar vaak niet mogelijk zal zijn om zonder medewerking van de verzekeringnemer aan informatie te komen over de verzekeringnemer,⁷ heeft de wetgever een mededelingsplicht bij de verzekeringnemer neergelegd. Op basis van artikel 7:928 lid 1 BW heeft de verzekeringnemer de verplichting om voor het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of en, zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten, afhangt of kan afhangen. De mededelingsplicht is verder beperkt tot feiten die relevant zijn en bovendien heeft de verzekeraar een plicht om redelijke zorg te betrachten om achter de voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden te komen.⁸

Bij een schending van deze wettelijke verplichting spreekt men vaak – en zo ook in deze bijdrage – van verzwijging.⁹ Voor de invoering van titel 7.17 BW was bij verzwijging *algeheel* verval van uitkering het uitgangspunt en kon er derhalve een diepe valkuil voor de verzekeringnemer zijn. In de

-
- 4 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 187.
- 5 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 187.
- 6 Zie over averse selectie: G.A. Akerlof, 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics* 1970-3, p. 488-500. De oorzaak van dit probleem schuilt in de asymmetrische informatieverdeling tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Zie hierover: H. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 72; S.A. Rea, 'The Economics of Insurance Law', *International Review of Law and Economics*, (13) 1993-2, p. 153.
- 7 Indien dit wel mogelijk is zal dit zeer kostbaar zijn.
- 8 Zie over de vier vereisten bij verzwijging: J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 194-207.
- 9 Er dient op gewezen te worden dat de term verzwijging de lading van de mededelingsplicht niet geheel dekt nu het niet alleen gaat om niet medegedeelde feiten, maar ook om onjuist medegedeelde feiten.

huidige wetgeving is deze valkuil opgevuld en is *algeheel* verval de uitzondering geworden.¹⁰ De nieuwe wetgeving geeft op basis van artikel 7:930 BW een regeling die inhoudt dat, wanneer de verzekeraar aantoonbaar is van verzwijging de uitkering naar causaliteit, proportionaliteit en ‘difference in conditions’ moet worden aangepast.¹¹ Dit houdt in dat als de niet medegedeelde of onjuiste feiten niet van belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals dat zich heeft verwezenlijkt en zij ook de kans dat het risico zich op deze wijze zou verwezenlijken niet heeft vergroot,¹² de uitkering onverkort geschiedt (causaliteitsbeginsel, art. 7:930 lid 2 BW).¹³ Zijn zij wel van belang en zou de verzekeraar ingeval de feiten waren medegedeeld een hogere premie, dan wel een lagere verzekerde som hebben bedongen, dan wordt de uitkering naar rato verminderd (proportionaliteitsbeginsel, art. 7:930 lid 3 eerste volzin BW). Zou de verzekeraar andere voorwaarden hebben gesteld, dan is slechts een uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen (difference in conditions, art. 7:930 lid 3 tweede volzin BW).¹⁴ Het ‘alles-of-niets’-beginsel wordt alleen nog gehanteerd indien de verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel niet zou hebben gesloten of indien hij aantoonbaar dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden (artikel 7:930 lid 4 en 5 BW).¹⁵

-
- 10 Zie over het oude recht: J.H. Wansink & A.S.J. van Garderen-Groeneveld, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- 11 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 223-225. Zie over de bewijslast van de verzekeraar bij verzwijging: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 116.
- 12 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 36.
- 13 Zie over de bewijslast van de verzekeringnemer: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 151.
- 14 Zie over de bewijslast van de verzekeraar: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 151-152.
- 15 Van het nieuwe sanctiestelsel zoals dat is opgenomen in de art. 7:928-7:930 BW kan op grond van art. 7:943 lid 3 BW niet ten nadele van de consument worden afgeweken.

5.2.2 De meldingsplicht na de verwezenlijking van het risico

Wanneer het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt, is het voor de verzekeraar van belang om hiervan tijdig op de hoogte te komen. Door tijdige melding kan de verzekeraar de feitelijke toedracht van het voorval onderzoeken, de aard en de omvang van de geleden schade vaststellen en zijn uitkeringsplicht naar behoren beoordelen.¹⁶ Een aansprakelijkheidsverzekeraar heeft er daarnaast belang bij zelf de regie te voeren over de afhandeling van een claim.¹⁷ Bovendien wil de verzekeraar kunnen beoordelen of en zo ja, welke maatregelen kunnen worden getroffen om (verdere) schadelijke gevolgen te beperken.¹⁸

Omdat de verzekeringnemer eerder op de hoogte zal zijn van het intreden van het verzekerde voorval – dan wel hier tegen lagere kosten achter kan komen dan de verzekeraar – is het wenselijk dat de meldingsplicht op de verzekeringnemer rust.¹⁹ Zodra de verzekeringnemer van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is, of behoort te zijn, is hij ingevolge artikel 7:941 lid 1 BW verplicht de verwezenlijking van dat risico zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is, aan de verzekeraar te melden.

Verzekeraars bedingen veelal in de polisvoorwaarden dat de niet-nakoming van de meldingsplicht leidt tot *algeheel* verval van het recht op uitkering.²⁰ Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:941 lid 4 BW kan de verzekeraar zich op deze sanctie slechts beroepen in het geval hij door de niet-nakoming in een redelijk belang is geschaad.²¹ De verzekeraar zal op het concrete geval toegesneden feiten en omstandigheden moeten aandragen die het vermoeden rechtvaardigen dat het niet tijdig melden de verzekeraar

16 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 266.

17 T. Hartlief, 'Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering', *AA* (56) 2007-4, p. 361.

18 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 266.

19 L.T. Visscher, 'De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht', *AA* (55) 2006-7/8, p. 490.

20 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 271. Ik laat de verdere wettelijke regeling dan ook buiten beschouwing.

21 Op basis van art. 7:943 lid 2 BW kan van deze regeling niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken.

ook daadwerkelijk in een ongunstiger positie heeft gebracht.²² Als de verzekeraar in dit bewijs slaagt, vervalt in beginsel elk recht op uitkering.²³ Hier lijkt derhalve enkel sprake te zijn van een ‘causaliteitstoets’: als er geen redelijk belang is geschaad door de schending moet de verzekeraar volledig uitkeren, is er wel een redelijk belang geschaad dan is *algeheel* verval het gevolg. Toch is ook bij het hier besproken vervalbeding de trend naar een proportionele benadering te zien. De jurisprudentie en parlementaire geschiedenis tonen aan dat ook indien sprake is van een schending van een redelijk belang, er aanleiding kan zijn om tot een *gedeeltelijke* uitkering over te gaan.²⁴ Het is in dat geval aan de verzekeringnemer om aan te voeren dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *algeheel* verval van het recht op uitkering in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn.²⁵ Wanneer de schade vaststelbaar is – dat wil zeggen door middel van berekening dan wel een schatting – zal slechts die schade van de uitkering kunnen worden afgetrokken en krijgt de verzekeringnemer op deze manier een *gedeeltelijke* uitkering.²⁶ Ook hier is derhalve de verandering van het ‘alles-of-niets’-beginsel naar een proportionele benadering te zien.²⁷

22 HR 5 oktober 2007, NJ 2008, 57. Als werkbaar uitgangspunt kan genomen worden dat er sprake is van belangenbenadeling, indien de verzekeraar door de late melding tot meer verplicht zou zijn dan waartoe hij verplicht zou zijn geweest, indien de schade tijdig zou zijn gemeld. Zie hierover: N. van Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *Van draden en daden* (Wansink-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 361.

23 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 103.

24 HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (uitspraak gedaan onder het oude recht); M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 103-104.

25 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 103-104.

26 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 103-104; aldus ook A-G Spier in par. 4.39.4 in zijn conclusie bij HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378.

27 Zie ook T. Hartlief, ‘Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering’, AA (56) 2007-4, p. 358-364; C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, ‘Proportionele redelijkheid en billijkheid’, *NJB* 2006, p. 567-571; N. van Tiggele-van der Velde, ‘Proportionele korting bij te late melding’, *AV&S* 2006-4, p. 129-132.

5.3 Niet-nakoming van de verplichtingen nader beschouwd

5.3.1 *De gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen*

Aan de hand van paragraaf 5.2 kan geconcludeerd worden dat het van groot belang is dat de op de verzekeringnemer rustende verplichtingen worden nagekomen. Schending van de verplichtingen kan immers negatieve gevolgen hebben. Indien er veel gevallen van verzwijging voorkomen, kan in meer gevallen niet de juiste premie gevraagd worden bij het juiste risico, waardoor de premies in zijn algemeenheid kunnen gaan stijgen.²⁸ Bij meer schendingen van de meldingsplicht kan het voorkomen – bijvoorbeeld door de onmogelijkheid om schadebeperkende maatregelen te nemen – dat de verzekeraar meer moet uitkeren dan waartoe hij verplicht had kunnen zijn, met als gevolg dat de premies kunnen stijgen en bovendien de maatschappelijke kosten hoger kunnen zijn dan nodig. Daarnaast is het de voor de verzekeringnemer zelf erg belangrijk om zijn verplichtingen te voldoen, omdat hij er zo voor zorgt dat hij zekerheid heeft dat zijn recht op uitkering niet (gedeeltelijk) vervalt. Het is dan ook van belang dat er een regeling is waarvan voldoende prikkelwerking tot naleving uitgaat.²⁹ Daarnaast is het waardevol in beschouwing te nemen in hoeverre een regeling toepasbaar, kostbaar en te billijken is. In deze paragraaf zullen zowel het ‘alles-of-niets’-beginsel als de proportionele benadering op deze punten worden geanalyseerd, waarna geoordeeld zal worden over de wenselijkheid van de systemen.

5.3.2 *Een analyse van beide sanctiesystemen*

Om een oordeel te kunnen geven over de huidige proportionele benadering zal allereerst duidelijk moeten zijn wat deze proportionele benadering precies inhoudt. In de huidige manier van toepassen van de proportionele benadering schuilt hierin echter direct het eerste probleem. Het is namelijk zeer onduidelijk hoe de proportionele benadering moet worden toegepast. Wanneer bijvoorbeeld gekeken wordt naar de verzwijgingsregeling, bepaalt

28 H. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 72; S.A. Rea, ‘The Economics of Insurance Law’, *International Review of Law and Economics* (13) 1993-2, p. 153.

29 In de juridische literatuur wordt erkent dat het van belang is dat er van regelingen de juiste gedragsprikkelers uitgaan. Zie bijvoorbeeld: W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 984; W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 54-55.

artikel 7:930 lid 3 BW dat de uitkering verminderd wordt naar evenredigheid van hetgeen de premie meer zou hebben bedragen, indien wel voldaan was aan de mededelingsplicht. Dit betekent, aldus de toelichting, dat als er een twee keer zo hoge premie zou zijn berekend bij ware kennis van de stand van zaken, de uitkering wordt gehalveerd.³⁰ Deze manier van toepassen van het proportionaliteitsbeginsel leidt tot allerlei moeilijkheden waardoor de voorspelbaarheid van de toepassing in het gedrang is.³¹ Bezwaarlijker aan deze proportionele benadering is echter de ongelijkheid die daarmee gepaard gaat. In de net omschreven toepassing van de proportionele benadering kan een sanctie-element zitten, immers een halvering van de uitkering hoeft geenszins gelijk te zijn met de geleden schade van de verzekeraar (de misgelopen premie). In de rest van de wettelijke gevolgen bij verzwijging – die weliswaar onder een andere noemer vallen³² – is geen sprake van een sanctie-element, maar van een schadeverrekening. Als er bijvoorbeeld bij correcte inlichting van het risico een hoger eigen risico zou zijn bedongen, wordt de uitkering verminderd met *dat* bedrag, oftewel een schadeverrekening zonder enig bestraffend element.³³ Het is mijns inziens niet te rechtvaardigen dat de verzekeringnemer die zijn verplichtingen niet nakomt, afhankelijk is van de aanpassingen die de verzekeraar zou hebben gemaakt voor de beantwoording van de vraag of hij *bestraft* gaat worden, dan wel slechts de *schade* zal moeten vergoeden. Mijns inziens is een dergelijke toepassing van de proportionaliteit bovendien ongewenst omdat er een onvoorspelbaar element in zit. Het is immers niet onmogelijk dat de verzekeraar door deze manier van proportioneel sanctioneren juist een te laag bedrag vergoed krijgt en de verzekeringnemer dus voordeel heeft van zijn verzwijging. Bij de proportionele benadering van de meldingsplicht, lijkt het wel te gaan om een schadeverrekening. Echter is ook hier de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel moeilijk verklaarbaar.³⁴ Het is mijns

30 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 36.

31 Zie ook J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, p. 227-228. In Frankrijk schijnt het te werken, maar dit land kent dan ook een andere basis. Zie hierover: J.W. Wurfbain, 'Verzwijging III. Transportverzekering/brandverzekering', *Het Verzeerings-Archief* 1980, p. 281.

32 Deze wordt bestempeld als uitkering naar 'difference in conditions'.

33 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 37.

34 Wie zich verdiept in de berekeningen die gemaakt worden in HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 kan al snel de weg kwijt raken. Vergelijk de gemaakte proportionele berekeningen van het schikkingsresultaat met de proportionele

inziens belangrijk dat als men een proportioneel systeem wil hanteren, er wel duidelijkheid is over hoe dit dan dient te gebeuren. Bovendien is het van belang dat er gelijkheid in de regelingen is: het ligt niet voor de hand om de ene keer te *bestrafen* en de andere keer enkel een *schadeverrekening* toe te passen. Omdat de sanctiesystemen in het merendeel een schadeverrekening laten zien en er veel onduidelijkheid is over de toepassing van de proportionele benadering die géén schadeverrekening inhoudt, ga ik er voor de verdere beoordeling van de proportionele benadering van uit dat onder een proportionele benadering een schadeverrekening wordt verstaan.

De volgende vraag die dan gesteld kan worden, is of deze proportionele benadering er voor zorgt dat een verzekeringnemer voldoende gestimuleerd wordt om aan zijn verplichtingen te voldoen. Op basis van een rechtseconomische analyse luidt het antwoord op deze vraag ontkennend.³⁵ Deze analyse gaat er vanuit dat van de verplichting tot enkel schadeverrekening voldoende prikkelwerking uitgaat, indien er bij niet-nakoming *altijd* consequenties zullen volgen.³⁶ Dit is nu juist bij de verzekeringsrechtelijke verplichtingen niet het geval. Verzekeraars zullen vaak uit kostenoverwegingen uitkeren zonder onderzoek te doen en zullen ook in de gevallen dat zij wel onderzoek doen de niet-nakoming niet altijd ontdekken.³⁷ Er kan dan ook gesproken worden van een lage ‘pakkans’.³⁸ Wanneer er sprake is van een lage pakkans, of in elk geval lager dan honderd procent, moet de hoogte van de sanctie de schade *overtreffen*.³⁹ Op deze wijze wordt de lage pakkans gecompenseerd door de sanctie, waardoor er toch nog prikkelwerking

berekeningen van de verdedigingskosten. Dit kan mijns inziens niet kloppen, aangezien de verdedigingskosten nooit 0 zouden zijn geweest en er dus niet dezelfde berekening kan worden gemaakt; zie ook T. Hartlief, ‘Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering’, *AA* (56) 2007-4, p. 362.

- 35 L.T. Visscher, ‘De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht’, *AA* (55) 2006-7/8, p. 490; zie ook M.G. Faure, ‘Een rechtseconomisch bij-schrift’, *AV&S* 2001-3, p. 71-72.
- 36 A.M. Polinsky & S. Shavell, ‘Punitive Damages an Economic Analysis’, *Harvard Law Review* (111) 1998-4, p. 870-896.
- 37 H. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 73-74.
- 38 Aldus ook L.T. Visscher, ‘De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht’, *AA* (55) 2006-7/8, p. 490.
- 39 G.S. Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’, *Journal of Political Economy* (76) 1968-2, p. 169-217; A.M. Polinsky & S. Shavell, ‘Punitive Damages an Economic Analysis’, *Harvard Law Review* (111) 1998-4, p. 870-896.

van de regeling uitgaat.⁴⁰ De prikkelwerking kan echter ook verhoogd worden door de pakkans te verhogen.⁴¹ Doordat het verhogen van de pakkans hoge kosten met zich mee brengt – die uiteindelijk waarschijnlijk gedragen zullen worden door de ‘verzekeringnemersgroep’ – is het mijns inziens wenselijker om als men de prikkelwerking wil verhogen dit te bewerkstelligen door een verhoging van de sanctie.

In de rechtseconomie gaat men er echter vanuit dat de verzekeringnemer bekend is met de regeling zodat mensen beïnvloed worden door de dreiging van een sanctie. Het is echter de vraag of verzekeringnemers ook *daadwerkelijk* op de hoogte zijn van hun verplichtingen en de gevolgen van niet-nakomen. Als deze dat niet zijn, kan een sanctie niet gerechtvaardigd worden op basis van het argument van prikkelwerking, omdat er dan simpelweg geen sprake is van prikkelwerking.⁴² Toch is dit geen argument om de met onvoldoende prikkelwerking gepaard gaande proportionele benadering dan maar toe te passen. Het is eerder een argument om er voor te zorgen dat de verzekeringnemer *wel* op de hoogte raakt van zijn verplichtingen en de gevolgen van schending.⁴³ Het is immers van groot belang dat deze regels worden nageleefd.

Wanneer verzekeringnemers op de hoogte zijn van de verplichtingen, kan men concluderen dat de huidige proportionele benadering te weinig aanspoort tot nakoming. Doordat verzekeraars vaak zonder onderzoek overgaan tot uitkering, kan de proportionele benadering uitlokken tot het ‘waggen van een gokje’. De verzekeringnemer loopt nu immers slechts het risico om, wanneer hij gepakt wordt, een deel van zijn dekking te verliezen. De verzekeringnemer zou bij verzwijging zelfs winst kunnen behalen (bijvoorbeeld in de vorm van een lagere premie), nu een beroep op opzet toch niet snel slaagt.⁴⁴ Daarbij komt dat de algemene melding die verzekeraars nu kunnen hanteren dat een uitkering bij schending van verplichtingen *kan* worden verlaagd, mijns inziens weinig duidelijk en concreet is waardoor er weinig aansporing tot zorgvuldigheid is.⁴⁵

40 L.T. Visscher, ‘De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht’, *AA* (55) 2006-7/8, p. 490.

41 G.S. Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’, *Journal of Political Economy* (76) 1968-2, p. 169-217.

42 S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press 2004, p. 563.

43 Hoe dit kan worden bereikt wordt in paragraaf 5.4 besproken.

44 Er zijn maar weinig uitspraken waarin opzet aangenomen wordt. Zie ook N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 143.

45 Veel concreter over de consequenties bij schendingen kunnen verzekeraars eigenlijk bij deze regeling niet zijn.

De vraag is dan ook hoe er wel kan worden aangespoord tot nakoming. Vanuit rechtseconomisch oogpunt ligt het ‘alles-of-niets’-beginsel voor de hand. Bij toepassing van het ‘alles-of-niets’-beginsel vervalt het recht op uitkering voor de verzekeringnemer *algeheel* indien deze zijn verplichtingen niet is nagekomen. Deze benadering brengt met zich mee dat de hoogte van de sanctie voor de verzekeringnemer veel groter kan zijn dan het nadeel dat de verzekeraar lijdt. Bij dit systeem wordt de lage pakkans gecompenseerd door een hoge sanctie – die ook duidelijk is – waardoor een hoge mate van prikkelwerking gerealiseerd wordt. Er kan echter een nadeel kleven aan het ‘alles-of-niets’-systeem doordat opzettelijke overtredingen gelijk worden gesanctioneerd als niet-opzettelijke overtredingen. Het gevolg hiervan kan zijn dat opzet juist uitgelokt wordt.⁴⁶

Het systeem heeft echter ook op andere fronten voordelen. Zo is *algeheel* verval vanuit het oogpunt van bewijsproblemen voordelig, omdat het vaak lastig is om te meten en te bewijzen wat de schade bij niet-nakoming is.⁴⁷ Door te kiezen voor de sanctie van *algeheel* verval van recht op uitkering hoeft de hoogte van de schade niet te worden bewezen (er is als het ware sprake van schadefixering).⁴⁸ Daarnaast is de regeling gemakkelijk hanteerbaar waardoor het systeem zich goed laat toepassen. Er is duidelijkheid waardoor de stap naar de rechter achterwege gelaten kan worden. Wanneer de stap naar de rechter toch gemaakt wordt, is de regeling door de rechter gemakkelijk hanteerbaar waardoor de systeemkosten laag zijn.⁴⁹ Dit in tegenstelling tot de proportionele benaderingen waarbij van de rechter veel activiteit zal worden vereist en er bovendien regelmatig een deskundige ingeschakeld zal moeten worden.⁵⁰

Een ander voordeel van het ‘alles-of-niets’-beginsel kan gevonden worden in het rechtszekerheidsbelang. Het rechtszekerheidsbeginsel is meer ge-

-
- 46 G.J. Stigler, ‘The Optimum Enforcement of Laws’, *Journal of Political Economy* (78) 1970-3, p. 527.
- 47 M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, titel 17 BW Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 102; T. Hartlief, ‘Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering’, *AA* (56) 2007-4, p. 361.
- 48 Een dergelijke fixering zorgt voor een besparing van de transactiekosten. Zie hierover: S.A. Rea, ‘Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages’, *The journal of legal studies* (13) 1984-1, p. 159.
- 49 H. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.
- 50 J.W. Wurfbaïn, ‘Verzwijging III. Transportverzekering/brandverzekering’, *Het Verzeerings-Archief* 1980, p. 281.

diend bij het ‘alles-of-niets’-beginsel dan bij de proportionele benadering.⁵¹ Zelfs al zou er duidelijkheid gegeven worden over hoe de proportionele benadering moet worden toegepast, blijft er voor een verzekeringnemer onzekerheid. Ook dan zal het niet op voorhand duidelijk zijn hoe de aanpassing naar proportionaliteit – bijvoorbeeld bij een hogere premie – zal uitwerken.⁵² Voor een verzekeringnemer zal het immers zeer moeilijk in te schatten zijn hoe die premie berekend wordt, waardoor hij moeilijk kan inschatten waar hij recht op heeft.⁵³

Bovendien komt de rechtszekerheid in het gedrang wanneer de rechter een proportionele benadering toepast op grond van de redelijkheid en billijkheid. Rechtsonzekerheid ontstaat allereerst doordat partijen bepaalde afspraken hebben gemaakt die de rechter vervolgens buiten toepassing laat.⁵⁴ Rechtsonzekerheid ontstaat voorts door de tweede stap die de rechter bij een proportionele benadering neemt, namelijk bepalen hoe het dan wél had gemoeten.⁵⁵ Bij de redelijkheid en billijkheid heeft de rechter een hoge mate van rechterlijke vrijheid, die leidt tot grote rechtsonzekerheid over de uitkomst van het geschil.⁵⁶

-
- 51 C. Armbruster, *Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2003, p. 11; I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 30-31; vgl. H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 453.
- 52 Zie ook J. M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 46-58.
- 53 Zie ook J. M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 66-68.
- 54 C.R. Christiaans, ‘Beroep op vervalbeding voor 90% onaanvaardbaar’, *MvV* 2006-3, p. 64.
- 55 I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 30.
- 56 C.R. Christiaans, ‘Beroep op vervalbeding voor 90% onaanvaardbaar’, *MvV* 2006-3, p. 64; T. Hartlief, ‘Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor een proportionele benadering’, *AA* (56) 2007-4, p. 363-364; I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 30; zie ook J. M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 70-71.

Er zijn derhalve veel voordelen verbonden aan de toepassing van het ‘alles-of-niets’-beginsel. Desalniettemin hangt er een zwaarwegend nadeel aan dit systeem. Het grootste bezwaar tegen het ‘alles-of-niets’-beginsel is dat het te hard is. Een dergelijke harde sanctie wordt bezwaarlijk geacht in verband met de aard van verzekeringen en de (sociale) functie die een verzekeringsovereenkomst heeft in de maatschappij.⁵⁷ Mensen sluiten een verzekering af om zo activiteiten te ontwikkelen die zij anders nooit zouden durven ondernemen.⁵⁸ Als er regelmatig in het geheel niet zou hoeven worden uitgekeerd, komt het doel waarvoor de verzekeringnemer de verzekering afsluit, te weten zekerheid, in het gedrang.⁵⁹ Algeheel verval van het recht op uitkering kan dan ook verstrekkende gevolgen hebben voor het maatschappelijk functioneren van de verzekeringnemer.⁶⁰

Naast de aanzienlijke belangen van de verzekeringnemer, wordt ook in de aard van de verzekeringsovereenkomst een argument tegen ‘alles-of-niets’-sanctionering gevonden. De verzekeringsovereenkomst houdt een verdeling van risico's in. De verzekeraar neemt een bepaald risico op zich, tegen de betaling van premie door de verzekeringnemer. Men kan dan ook stellen dat de enkele schending van een nevenverplichting van de verzekeringnemer onvoldoende is om de uitkeringsverplichting *geheel* te laten vervallen, omdat de verzekeraar immers die risico's op zich heeft genomen met het contract.⁶¹

Onder twee omstandigheden vindt men algeheel verval van het recht op uitkering het meest bezwaarlijk.⁶² De eerste omstandigheid is het ontbreken

57 Zie over de sociale functie van verzekeringen: P.J.M. Drion e.a. (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 4-19; P. Clausing, *De verzwegen lumbago* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1977, p. 1-17.

58 J.M. Berger-Bos, ‘Verzekering: contractus uberrimae fidei of niet?’, in: *Verzekeringen van vriendschap* (Dorhout Mees-Bundel), Deventer: Kluwer 1974, p. 117.

59 J.M. Berger-Bos, ‘Verzekering: contractus uberrimae fidei of niet?’, in: *Verzekeringen van vriendschap* (Dorhout Mees-Bundel), Deventer: Kluwer 1974, p. 109.

60 Zie ook P. Clausing, *De verzwegen lumbago* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1977, p. 1-17.

61 I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 32. Bij verzwijging heeft dit argument mijns inziens minder kracht omdat dan de verzekeraar juist niet dat risico bewust voor zijn rekening heeft genomen.

62 L. Mok, ‘De bescherming van de consument in het verzekeringsbedrijf’, *NJB* 1985, p. 484.

van een redelijk belang van de verzekeraar bij het beroep op de schending. Dit bezwaar is in de huidige wetgeving weggenomen en hoeft mijns inziens op zichzelf geen argument te zijn voor een proportionele benadering, maar voor een systeem waarin een causaliteitsvereiste wordt gesteld. Zowel bij de verzwijgingsproblematiek als bij de meldingsplicht na de verwezenlijking van het risico is daarmee aan dit bezwaar tegemoet gekomen. De tweede omstandigheid waarin de sanctie van algeheel verval vooral te hard gevonden wordt, doet zich voor indien de verzekeringnemer bij de schending van de verplichting te goeder trouw was.⁶³ De valkuil van algeheel verval is vooral gelegen in het informatieprobleem en de *ex post* toetsing. Hierdoor kan er ondanks de hoge eisen die de wet en rechtspraak stellen, een beroep op de schending van de verplichting worden gedaan, terwijl de verzekeringnemer zich *ex ante* niet bewust is geweest van de schending.⁶⁴ Dit probleem is gebaseerd op het feit dat het nooit helemaal duidelijk is wat er precies gemeld moet worden en wanneer, doordat de verzekeringnemer niet de vak-kennis beheerst zoals de verzekeraar.⁶⁵ Dit probleem kan bij de verzwijging deels opgelost worden door het hanteren van een vragenlijst.⁶⁶ Het kan echter alsnog voorkomen dat de verzekeringnemer onbekend is geweest met feiten, waarvan de bekendheid door de verzekeraar mocht worden aangenomen. Ook kan de verzekeringnemer de onjuiste mening gehad hebben dat een bepaald feit niet relevant was.⁶⁷ Doordat de relevante normen *ex post* worden ingevuld kan dit tot onbillijke gevolgen leiden. Het voorgaande heeft ook te gelden bij de meldingsplicht na de verwezenlijking van het risico. Ook hier kan er een misverstand ontstaan over wat precies wanneer gemeld had moeten worden. Dit komt onder andere doordat de wettelijke regeling onduidelijk is.⁶⁸ De *verwezenlijking* van het risico moet *zo spoedig*

63 T.J. Dorthout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht deel III*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 122; T.J. Dorthout Mees, 'Behoeven de beginselen van schadeverzekeringsrecht, opgenomen in de artikelen 246-283 W.v.K. wijziging?', in: Handelingen 1939 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 26.

64 Zie ook W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 986.

65 T.J. Dorthout Mees, 'Behoeven de beginselen van schadeverzekeringsrecht, opgenomen in de artikelen 246-283 W.v.K. wijziging?', in: Handelingen 1939 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 26.

66 Ook een vragenlijst zal echter niet volledig sluitend zijn. Zie over onzekerheden die bijvoorbeeld mogelijk kunnen blijven: P. Clausing, 'Verzwijging I. Persoonsverzekering,' *Het Verzekerings-Archief* 1980, p. 261-262.

67 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek*, Toelichting, Vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij 1972, p. 1164.

68 Zie ook M.L. Hendrikse, Ph. H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 306-310.

als redelijkerwijs mogelijk is gemeld worden. Hierin bevinden zich twee onzekerheden. Allereerst zal niet altijd duidelijk zijn wanneer er sprake is van de verwezenlijking van het risico. Dit probleem speelt vooral bij de aansprakelijkheidsverzekering.⁶⁹ Daarnaast is de termijn – zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk – onduidelijk. Het zal zeker niet altijd duidelijk zijn voor een verzekeringnemer dat hij moet melden, terwijl achteraf vastgesteld kan worden dat hij dat wel had moeten doen. Ook bij de meldingsplicht geldt derhalve dat door informatieproblemen en het *ex post* invullen van de normen *algeheel* verval van het recht op uitkering een te diepe valkuil kan zijn voor de verzekeringnemer.

Mijns inziens betekent dit echter geenszins dat er dan maar terug moet worden gevallen op de huidige proportionele benadering en er *geen* belang moet worden gehecht aan het zorgen voor een juiste mate van prikkelwerking. Immers zelfs in de situatie dat mensen zich kunnen vergissen, heeft prikkelwerking een belangrijke functie. De juiste prikkelwerking zorgt er dan voor dat er tot een hogere mate van zorgvuldigheid wordt aangespoord.⁷⁰ Het is wel een argument om zoveel mogelijk onzekerheden weg te nemen, zodat de verzekeringnemer *ex ante* weet hoe hij aan zijn verplichtingen kan voldoen.⁷¹

5.3.2 Een tussenconclusie

De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in de huidige wetgeving en rechtspraak schiet op verschillende fronten te kort. Allereerst is het proportionaliteitsbeginsel zeer moeilijk toepasbaar. Het is een complexe regeling en er is te weinig duidelijkheid gegeven over hoe de regeling toegepast dient te worden. Een ander punt waar de proportionele benadering – zoals die nu is – tekortschiet, is op het gebied van de prikkelwerking. Alhoewel er bij de totstandkoming van de regeling diverse malen op het nodige behoud van prikkelwerking is gewezen, lijkt het belang hiervan toch uit beeld te zijn geraakt.⁷² Alhoewel niet volledig duidelijk is hoe de proportionele benadering toegepast moet worden is er veelal sprake van een schadeverrekening.

69 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde beschouwing in het licht van titel 7.17 BW*, Kluwer: Deventer 2006, p. 354-356.

70 I.Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 28.

71 Dat is ook vanuit kosten oogpunt wenselijk, nu te veel melden hoge transactiekosten zal veroorzaken. Zie hierover: S.A. Rea, 'The Economics of Insurance Law', *International Review of Law and Economics* (13) 1993-2, p. 154.

72 Vooral T.J. Dorhout Mees heeft op dit belang gewezen: T.J. Dorhout Mees, 'Behoeven de beginselen van schadeverzekeringsrecht, opgenomen in de artikelen

Bij een schadeverrekening is er geen enkel sanctie-element bij niet-nakomen van de verplichtingen, waardoor er te weinig prikkelwerking uit gaat van een dergelijke regeling. Dit wordt nog eens versterkt door de causaliteits-toets. Hoe is het bijvoorbeeld te verantwoorden dat bij de verzwijgingsrege-ling geen enkele sanctie wordt gehanteerd indien er geen sprake is van cau-saal verband? Ook hier heeft de verzekeraar toch een ander risico gedekt dan waar hij van uit ging en heeft hij recht op een hogere premie?⁷³ Zeker door de lage pakkans gaat hier veel te weinig prikkelwerking vanuit. Het kan immers zelfs lonen om een ‘gokje te nemen’, want als men in de valkuil valt, valt men toch zacht.

Ook het ‘alles-of-niets’-beginsel schiet echter te kort. Het hanteren van een sanctiestelsel waarbij alle soorten schendingen hetzelfde gesanctioneerd worden, kan in bepaalde gevallen een onbillijk harde valkuil zijn. Dit is een gevolg van de spelende informatieprobleem en het *ex post* invullen van de normen. Bovendien kan het gelijk behandelen van alle soorten schendingen ook nadelige gevolgen hebben ten aanzien van de prikkelwerking.⁷⁴

Er moet een systeem komen waarbij er zo veel mogelijk duidelijkheid is, er aangespoord wordt tot zorgvuldigheid en er differentiaties zijn tussen de sancties.

5.4 Het gewenste systeem

5.4.1 Een aanbeveling

In deze bijdrage heb ik duidelijk proberen te maken dat het van belang is dat de omschreven verplichtingen nageleefd worden. Er moet dan ook een systeem komen waarbij voldoende prikkelwerking aanwezig is, zodat verzekeringnemers aangespoord worden tot een grote mate van zorgvul-digheid en zo hun verplichtingen nakomen. Zoals aangegeven wordt deze prikkelwerking in elk geval niet bereikt door de huidige proportionele be-nadering, die veelal een schadeverrekening inhoudt. Er zal dan ook een sanctie moeten komen die de schade van de verzekeraar overstijgt, om zo

246-283 *W.v.K. wijziging?*, in: Handelingen 1939 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 27-28.

73 F. Salomonson, ‘Naar een integratie van het civiele verzekeringsrecht II’, *Het Verzekerings-Archief* 1968, p. 115.

74 Ik zie geen mogelijkheid om dit onderscheid te maken door het (nog) zwaarder straffen van opzettelijke schendingen. Mijns inziens moet de oplossing binnen de lijnen van de uitkering komen.

de lage pakkans te compenseren. Echter is ook aangegeven dat algeheel verval niet wenselijk is.

Het meest passend is het mijns inziens om een de verzekeraar de wettelijke mogelijkheid te bieden om *naast* de geleden schade een gefixeerd bedrag van de uitkering van een niet-nakomende verzekeringnemer af te kunnen halen. De basis van deze sanctieregeling ligt dus in schadeverrekening, waarbij de uitkering *naast* deze schadeverrekening verminderd kan worden met een gefixeerd bedrag. Deze schadeovertreffende maatregel is hier gerechtvaardigd op basis van het grote belang dat beide partijen hebben bij nakoming van de verplichtingen. Dit belang is niet alleen gelegen in het laag houden van premies, maar ook in het in het belang van zoveel mogelijk zekerheid voor een verzekeringnemer. Door zo veel mogelijk aan te sporen om de regels na te leven wordt er uiteindelijk *voorkomen* dat er uitkeringen vervallen, dan wel verminderd worden.

Bedacht dient te worden dat een verzekeringsovereenkomst haar grondslag in het contractenrecht vindt. In het Nederlandse contractenrecht wordt aanvaard dat een schadeovertreffend beding waardevol kan zijn om naleving te bereiken.⁷⁵ De aanbevolen maatregel moet dan ook worden gezien als een contractueel beding waarmee de verzekeraar de verzekeringnemer in een concreet geval probeert te weerhouden van contractbreuk. Het is een aansporende regeling die niet bedoeld is als een bestraffing, maar om niet-nakoming te *voorkomen*. Als de verzekeringnemer echter toch niet aan zijn verplichtingen voldoet, moet het gefixeerde bedrag wel worden betaald, waardoor dit kan *lijken* op een straf. Het betalen van een contractueel vastgelegd bedrag is echter niet het doel of de functie, maar enkel het secundaire en noodzakelijke gevolg van een aansporende maatregel.⁷⁶ Haar rechtvaardiging kan daarnaast gevonden worden in het feit dat het bedrag *ex ante* door partijen overeengekomen wordt.⁷⁷

Om de aanbevolen regeling te kunnen rechtvaardigen moeten er echter wel waarborgen bestaan. Als verzekeraars immers ongelimiteerd de ruimte krijgen om een schadeovertreffend element bij niet-nakoming te bedingen is er een (groot) risico dat zij terug vallen in het (ongewenste)

75 H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 437-449.

76 Vgl. H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 441.

77 De discussies over de wenselijkheid van punitive damages, dan wel over het strafrechtelijk karakter van bestraffing in het privaatrecht komen hier dan ook niet in zicht. Vgl. H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 441-442.

‘alles-of-niets’-systeem. Mijns inziens is het ongewenst deze limitering plaats te laten vinden door een rechterlijke matiging, omdat dan continu moet worden geprocedeerd om vermindering te verkrijgen. Een betere oplossing is hier mijns inziens om de wetgever een maximum hoogte te laten verbinden aan het recht om een gefixeerd bedrag (naast de geleden schade) in rekening te brengen. De hoogte van dit bedrag moet zo worden vastgesteld dat er sprake is van een voldoende stimulans tot zorgvuldigheid. Van belang hierbij is dat ik mij in deze bijdrage heb gericht op consumenten en niet op bedrijven. Consumenten zijn vermoedelijk – mits goed voorgelicht – met een lager bedrag af te schrikken. Ik denk aan een geldbedrag dat ligt rond de duizend euro. Het precieze bedrag zal echter nader moeten worden onderbouwd. Dit gefixeerde geldbedrag zal in alle gevallen waarin een beroep op de schending gedaan kan worden opgelegd moeten kunnen worden. Dit betekent dat dit bedrag *ook* kan worden opgelegd als er *geen* causaal verband aanwezig is. Zo wordt optimale prikkelwerking bereikt.

Er kan echter pas een aansporend element aangenomen (en gerechtvaardigd) worden als aan de ‘voorkant’ bepaalde eisen worden gesteld. Men kan pas afschrikken als er voor gezorgd wordt dat er duidelijke en kenbare regeling is. Het moet immers voorkomen worden dat verzekeringnemers door vergissingen een deel van de uitkering mislopen. Met betrekking tot de verzwijgingsregeling is het mijns inziens dan ook goed om een beroep op verzwijging alleen mogelijk te laten zijn indien de verzekeraar een vragenlijst heeft gebruikt, tenzij er sprake is van opzet tot misleiden.⁷⁸ Door gebruik te maken van vragenlijsten geeft de verzekeraar aan wat hij van belang vindt. Zonder vragen is het voor een verzekeringnemer veelal (te) moeilijk om in te schatten wat voor een verzekeraar van belang is. In de huidige wetgeving wordt dit probleem gedeeltelijk opgevangen door het verschoonbaarheidsvereiste, maar om meer duidelijkheid te verschaffen is een eenduidige regeling nodig.⁷⁹ Hierdoor zal het voor de verzekeringnemer duidelijker zijn wat moet worden gemeld.⁸⁰ Bovendien verdient het

78 Aldus ook T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p. 71-84.

79 In bijna alle met consumenten gesloten overeenkomsten wordt overigens al gebruik gemaakt van een vragenlijst. Zie hierover: J.H. Wansink & A.S.J. van Garderen-Groeneveld, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 28. Waar niet met een vragenlijst wordt gewerkt zal onder het huidige recht de verzekeraar ook al vrijwel geen beroep kunnen doen op verzwijging, tenzij er opzet is tot misleiding. Zie hierover: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 132-133.

80 Ook vanuit kosten oogpunt is dit wenselijk. Zie hierover: L.T. Visscher, ‘De economische rationale van het (nieuwe) verzekeringsrecht’, *AA (55) 2006-7/8*, p. 490.

aanbeveling om verzekeraars aan te sporen tot een duidelijke vragenlijst, zodat de onzekerheid *in* de vragen zo klein mogelijk wordt gemaakt.

De volgende stap die moet worden gezet om een schadevertreffend element te rechtvaardigen, is dat verzekeraars alleen het gefixeerde bedrag mogen opleggen indien zij daar nadrukkelijk op wijzen. Nu er voor een beroep op verzwijging in de door mij aanbevolen regeling een vragenlijst gehanteerd moet zijn, verdient het aanbeveling bovenaan deze vragenlijst te vermelden *dat* er belangrijke verplichtingen zijn, *waar* deze staan en *welk* gefixeerd bedrag sowieso aan schending verbonden is. Vermeld moet worden dat de hoogte van de uitkering verder daalt naarmate de verzekeraar meer schade heeft. Zo krijgt de verzekeringnemer meer inzicht in zijn verplichtingen en in de gevolgen van schending.

De meldingsplicht na het verwezenlijken van het risico zal in verband met het schadevertreffende karakter van mijn aanbeveling ook duidelijker gemaakt moeten worden. Verzekeraars moeten een duidelijke termijn voor melding kunnen hanteren. Gedacht kan worden aan een termijn van 3 keer 24 uur. De verzekeraar heeft een wezenlijk belang bij melding, terwijl het voor een verzekeringnemer mijns inziens – zeker in de huidige ‘digitale’ maatschappij – een kleine moeite is om te melden. Ook hier geldt dat er duidelijk op de bepaling gewezen moet zijn bovenaan de vragenlijst. Bovendien moet er duidelijkheid verschaft worden omtrent het moment waarop die termijn gaat lopen. Dit is het moment waarop de verzekeringnemer van de verwezenlijking van het risico op de hoogte is, of dat behoort te zijn. Dit moment zal veelal duidelijk zijn, maar bij de aansprakelijkheidsverzekering kan dit tot onduidelijkheid leiden. Mijns inziens moet bij de aansprakelijkheidsverzekering het standpunt gevolgd worden dat de termijn gaat lopen op het moment dat de verzekeringnemer kennis draagt of redelijkerwijs kennis behoort te dragen van het schadevoorval en hij gelet op de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden, redelijkerwijs rekening moet houden met de reële mogelijkheid dat hij tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade zal worden aangesproken.⁸¹ Als het moment van de aansprakelijkheidsstelling wordt gehanteerd, wordt de verzekeraar te veel in zijn belangen zijn geschaad.⁸²

Doordat het gefixeerde schadebedrag *naast* de schade in rekening kan worden gebracht, blijft er wel een proportioneel ‘flexibel’ element in de regeling. Immers, hoe belangrijker de schending van de verplichting is, hoe

81 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde beschouwing in het licht van titel 7.17 BW*, Kluwer: Deventer 2006, p. 354-358.

82 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering. Een hernieuwde beschouwing in het licht van titel 7.17 BW*, Kluwer: Deventer 2006, p. 354-358.

groter de schade van de verzekeraar is en hoe lager de uitkering. Zo wordt er rekening gehouden met het bezwaar dat niet alle schendingen dezelfde gevolgen dienen te hebben. In mijn aanbeveling wordt het effect van de goede trouw als het ware verwoord door de hoogte van de schade. Ik heb hiervoor gekozen omdat het mijns inziens (te) ingewikkeld is om de uitkering afhankelijk te laten zijn van verschillende schuldgradaties.⁸³

Onderscheid wordt wel gemaakt ten aanzien van opzet tot misleiden. Het recht op uitkering vervalt algeheel indien er sprake is van opzet tot misleiden. Bij verzwijging vervalt daarnaast het recht op uitkering algeheel indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen overeenkomst zou hebben gesloten.⁸⁴

De aanbevolen regeling poogt ook een stap richting meer rechtszekerheid te zetten. Ik zou willen aanbevelen om *de basis* van de sanctieregeling te leggen in de schadeverrekening.⁸⁵ Er wordt dan een vaste betekenis gegeven aan de proportionaliteit. In het huidige systeem is hier, zoals aangegeven, veel verwarring over mogelijk. De rechtszekerheid wordt bovendien versterkt doordat er in elk geval één zekere factor is: wanneer er sprake is van de schending van een verplichting wordt in elk geval het gefixeerde bedrag van de uitkering afgehaald. Dit zorgt ervoor dat zowel verzekeringnemers als verzekeraars hier rekening mee kunnen houden. Door de stabiele factor kunnen zij dit beter dan bij de huidige proportionele toepassing. Natuurlijk blijven verzekeraars ook bij het aanbevolen systeem aan enige onzekerheid blootgesteld, namelijk doordat de schade berekend zal moeten worden. Toch zal doordat in elk geval een vast bedrag bedongen kan worden enig houvast voor de verzekeraar aanwezig zijn. Dit geldt overigens ook voor de verzekeringnemer, die zal weten dat bij elke schending een gefixeerd bedrag in elk geval betaald moet worden.

83 Aldus ook W. Kurzka, 'Alles, nichts oder ein bisschen? Zur Diskussion über das Alles-oder-nichts-Prinzip im Versicherungsrecht', *VersR* 2001-16, p. 698-701; zie ook C. Armbruster, *Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2003, p. 11.

84 Een verzekeraar mag mijns inziens niet aan een verzekering worden gebonden die hij nooit zou hebben gesloten.

85 Die toepassing ziet men overigens bij verzwijging ook in Duitsland: M. Wandt, *Versicherungsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010, p. 282-284.

5.4.2 Enkele voorbeelden

Om de regelingen te verduidelijken wordt hieronder van beide van de regelingen een voorbeeld uitgewerkt.⁸⁶

Voorbeeld 1. De mededelingsplicht

Een verzekeringnemer heeft een arbeidsongeschiktheidverzekering afgesloten. De premie bedraagt twaalfhonderd euro op jaarbasis. Bij het afsluiten is gebruik gemaakt van een vragenlijst waarop bovenaan is verwezen naar de verplichtingen en een gefixeerd bedrag is bedongen van duizend euro bij schending van de verplichtingen. Een van de vragen op deze lijst betreft de vraag naar het gewicht van de verzekeringnemer. Verzekeringnemer heeft gehaast een getal ingevuld, terwijl hij zichzelf eigenlijk al in geen jaren heeft gewogen. Verzekeringnemer wordt na drie jaar arbeidsongeschikt door een heftige vorm van diabetes en verlangt uitkering van zijn verzekeraar. Verzekeraar stelt en kan dit ook bewijzen, dat verzekeringnemer zijn gewicht onjuist heeft ingevuld. Verzekeringnemer bleek bij het aangaan van de verzekering geen honderd kilo te wegen, maar honderdtwintig kilo. De verzekeraar beroept zich op verzwijging, de uitkeringsplicht vervalt daarmee nog niet maar aftrek van het gefixeerde bedrag is een feit. De verzekeringnemer zal nu aan moeten tonen dat geen causaal verband bestaat tussen de verzwijging en de verwezenlijking van het risico. In dit geval zal de verzekeringnemer hier nu niet in slagen, overgewicht verhoogt immers de kans op diabetes. Het is vervolgens aan de verzekeraar om aan te geven wat hij had gedaan indien niet was verzwegen. In dit geval acht ik het aannemelijk dat de verzekeraar slechts een twintig procent hogere premie had gevraagd. Dit betekent dan dat de verzekeringnemer uitkering uit de overeenkomst ontvangt met aftrek van de over de jaren te weinig betaalde premie, te weten zevenhonderdtwintig euro $((1200/100 \times 120-1200) \times 3)$ en het gefixeerde bedrag van duizend euro.

Voorbeeld 2. De meldingsplicht

Een verzekeringnemer heeft een brandverzekering afgesloten. De verzekering is afgesloten met een vragenlijst waarbij bovenaan de lijst verwezen is naar de verplichtingen en dat bij schending een bedrag van duizend euro van de uitkering wordt afgetrokken. Er breekt brand uit. Verzekeringnemer is hiervan op de hoogte geraakt, maar heeft de brand niet gemeld binnen de door de verzekeraar op het polisblad vermelde termijn. De verzekeraar wordt later wel op de hoogte gebracht waarna hij toch nog onderzoek kan

⁸⁶ De bewijslast blijft in deze regeling hetzelfde als onder het huidige recht. Zie over de bewijslast: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008.

doen en door de late melding niet in zijn belangen blijkt te zijn geschaad. De verzekeraar zal uitkering doen met aftrek van het gefixeerde bedrag van duizend euro.

5.5 Conclusie

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de opvulling van de ‘alles-of-niets’- valkuil met een proportionele benadering wenselijk is. Het antwoord op deze vraag luidt gedeeltelijk bevestigend. De toepassing van proportionaliteit heeft gezorgd voor een minder harde val voor de verzekeringnemer, die inderdaad zonder dit kussentje te hard zou komen te vallen. De proportionele benadering is echter te ver doorgesloten en daarnaast is de manier waarop de proportionele benadering wordt toegepast, voor verbetering vatbaar. Ik heb in deze bijdrage dan ook een aanbeveling gedaan om allereerst één lijn te trekken in de berekeningen bij de regelingen. Daarnaast heb ik aangevoerd de proportionele benadering aan te vullen met een schadeovertreffend element in de vorm van een gefixeerd bedrag. Door dit sanctiestelsel kan mijns inziens een grote verbetering op het punt van preventieve werking worden gerealiseerd, zonder dat hierbij de belangen van de verzekeringnemer op de achtergrond raken. Nu er nog steeds sprake is van een proportioneel element wordt er recht gedaan aan de gewenste flexibiliteit en wordt er voldoende onderscheid gemaakt tussen de verschillende gevallen van schendingen. Er moet echter wel een sanctie zijn om aan te sporen tot een grote mate van zorgvuldigheid, zodat er zo veel mogelijk schendingen worden voorkomen. De regeling is uitdrukkelijk niet bedoeld om te bestraffen, maar om aan te sporen. Dit standpunt kan alleen ingenomen worden indien er aan de ‘voorkant’ voldoende waarborgen worden gesteld. Op deze wijze weet de verzekeringnemer dat er verplichtingen zijn, hoe hij zijn aan verplichtingen kan voldoen en wordt hij geprikkeld hier ook naar te handelen. Hierbij heeft de verzekeringnemer uiteindelijk dan ook zelf belang omdat zo *voorkomen* wordt dat het recht op uitkering vervalt of wordt beperkt. De combinatie van schadeverrekening en een gefixeerd bedrag zorgt ervoor dat er een stimulans is tot naleving, maar een niet te diepe valkuil voor de verzekeringnemer. Gezien het belang van de verzekeraar bij nakoming van de verplichtingen, de lage pakkans en de bewijsproblemen is het gefixeerde bedrag bovendien mijns inziens een rechtvaardig gevolg van de schending van een verplichting. Voor de verzekeraar is het feit dat hij in elk geval een vast bedrag in rekening kan brengen voordelig, omdat hij zo ook wanneer hij geen causaal verband kan bewijzen, toch een prijskaartje aan de schending kan hangen.

De regeling is voor verzekeringnemers op twee punten voordelig. Allereerst kunnen wanneer de verplichtingen worden nageleefd de premies laag

blijven. Ten tweede worden verzekeringnemers door het aansporende element in bescherming genomen tegen de gevolgen die niet-nakoming kunnen hebben. In de nieuwe regeling is er een iets harder kussentje in de valkuil komen te liggen, maar hierdoor is er wel een regeling ontstaan waardoor minder mensen in de valkuil zullen vallen. En niet vallen is nog altijd beter dan zacht vallen...

VI Risicowijziging in het verzekeringsrecht

S.S. Zoeteman*

Verzekering geeft de verzekerde zekerheid. Doet zich een schade-evenement voor, dan wordt de verzekerde niet in zijn eigen vermogen geraakt. Het risico wordt namelijk door de verzekeraar gedragen. Maar risico's zijn vaak niet statisch. Wat nu als een risico tijdens de looptijd van de verzekering verandert? In verzekeringsvoorwaarden zijn risicowijzigingsbepalingen opgenomen voor zo'n situatie. Die bepalingen kunnen een valkuil vormen voor verzekerden omdat ze achteraf onverwacht dekking kunnen blijken te ontzeggen. Interpretatie van die risicowijzigingsbepalingen kan onzekerheid veroorzaken. In deze bijdrage wordt deze valkuil besproken en de vraag beantwoord of een wettelijke regeling van risicowijziging een oplossing zou kunnen bieden en onzekerheid zou kunnen wegnemen.

6.1 Inleiding

Dankzij verzekering worden risico's beheersbaar voor individuen en bedrijven. Bepaalde activiteiten zouden nimmer plaats kunnen vinden zonder verzekering voor schade die mogelijk uit die activiteiten voortvloeit. Voor veel terreinen van de maatschappij is verzekering min of meer onontbeerlijk.¹ Verzekeringsovereenkomsten worden immers gesloten ter bescherming van de eigen vermogenspositie, als waarborg tegen financiële tegenvallers als gevolg van schade-evenementen.² Zo zorgt de aansprakelijkheidsverzekering ervoor dat veroorzakers de lasten van hun handelen kunnen dragen, zodat zij daar niet financieel aan ten onder gaan. En slachtoffers blijven niet met lege handen achter omdat veroorzakers solvabel zijn.

* Deze bijdrage is tot stand gekomen door literatuuronderzoek en gesprekken met en informatie van verzekeraars en een makelaar in assurantiën. Mijn dank gaat uit naar dhr. drs. M.F.M. Derikx (Aon), dhr. mr. J. Eelzak (RSA), dhr. mr. J.G.R. de Jongh (ASR), dhr. A.J. Mijmans (Aon), mevr. mr. F.M.M. Postema (Markel International Nederland), dhr. mr. G. Pronk (Nationale-Nederlanden), dhr. mr. P.M. van der Sluijs (Zurich Verzekeringen), dhr. mr. N. Traousis (Allianz) en dhr. mr. R. van Wijngaarden (Zurich Verzekeringen).

1 Aldus T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid met terugwerkende kracht', AA (54) 2005-7/8, p. 561.

2 In deze bijdrage wordt met verzekeringsovereenkomst bedoeld de overeenkomst van schadeverzekering. De levensverzekering blijft buiten beschouwing omdat weinig van deze verzekering overblijft indien de verzekeraar een beroep kan doen op risicowijziging.

De overheveling van het risico, dat bij een individu(eel bedrijf) ligt, naar het collectief van een verzekeraar, wordt gekenmerkt door een vertrouwensrelatie. Binnen dat kader hebben verzekeraar en verzekeringnemer respectievelijk verzekerde elk rechten en verplichtingen.³ Tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst rusten op contractspartijen verschillende verplichtingen. De (voorwaardelijke) hoofdverplichting van de verzekeraar is het doen van een uitkering en die van de verzekerde is premiebetaling (artikel 7:925 BW). Verplichtingen van de verzekerde zijn daarnaast onder meer de mededelingsplicht bij het sluiten van de overeenkomst (artikel 7:928 lid 1 BW) en bij het optreden van schade (artikel 7:941 lid 1 BW). De schending van een plicht enerzijds kan een beroep op een recht anderzijds inperken of geheel blokkeren. In geval van verzwijging kan bijvoorbeeld de gevraagde uitkering worden verminderd of geweigerd (artikel 7:930 BW). Deze en andere rechten, plichten en sancties worden op polisniveau uitgewerkt.

Gedurende de looptijd van de verzekering kunnen zich omstandigheden voordoen die het verzekerde risico wijzigen. De vraag is voor wiens rekening die wijziging komt. De rechten, plichten en sancties in zo'n geval van risicowijziging zijn ook in verzekeringsvoorwaarden opgenomen. Het risico kan namelijk zozeer veranderen dat de verzekeraar de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. De verzekeraar zal dan dekking willen weigeren. Een verzekerde die zich verzekerd waande, kan zodoende bij een schade-evenement onverwacht onverzekerd blijken als gevolg van een wijziging in het risico, met alle gevolgen van dien. Risicowijzigingsbepalingen op grond waarvan het recht op dekking kan vervallen, kunnen op die manier een valkuil voor de verzekerde vormen.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag of een wettelijke regeling van risicowijziging die valkuil kan wegnemen. Om deze vraag te beantwoorden schets ik eerst wat risicowijziging is. Daarna bespreek ik de valkuil voor verzekerden. Voordat ik inga op de vraag of een wettelijke regeling een oplossing zou kunnen bieden, geef ik weer hoe in de praktijk wordt omgegaan met (geschillen omtrent) risicowijziging. Ik sluit af met een conclusie.

6.2 Wat is risicowijziging?

Risico's kunnen aan veranderingen onderhevig zijn. Wijzigingen in het risico betreffen doorgaans *verzuwaring* van het risico. Onder risicoverzuwaring

3 De termen verzekeringnemer en verzekerde zal ik afwisselend hanteren, zonder onderscheid te willen maken en op sommige plaatsen doelend op beide. Het onderscheid tussen beide is voor deze bijdrage niet van belang.

kan worden verstaan: alle omstandigheden die de waarschijnlijkheid of de omstandigheid van het risico aanmerkelijk en duurzaam vergroten.⁴ Een eenduidiger omschrijving is niet te geven. Risicoverzuring bestrijkt vaak grijze gebieden. Het betreft immer specifieke gedaantes; er zijn talloze vormen van risicoverzuring te bedenken.

De figuur risicoverzuring impliceert een vergelijking tussen twee situaties. Enerzijds die waarin de verzekeraar het aangeboden risico heeft beoordeeld en de verzekeringsvoorwaarden en -premie heeft vastgesteld ten aanzien van dat specifieke risico.⁵ Anderzijds de risicosituatie op een bepaald moment tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst. Van een risicoverzuring is in dat opzicht sprake indien een verzekeraar gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst (vaak na het intreden van schade) wordt geconfronteerd met een omstandigheid die de verzekeraar niet op het oog heeft gehad bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.⁶

Ter verduidelijking schets ik twee voorbeelden. Als eenvoudig voorbeeld kan de brandverzekering dienen. In het geval dat een brandverzekering is afgesloten voor een woonhuis en dit huis ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst bedekt was met een pannendak, zal een wijziging van de dakbedekking van een pannendak naar een rieten dak als risicoverzuring worden gekwalificeerd. Riet brandt immers gemakkelijker dan steen. Duidelijk is dat het risico waarvoor de verzekering is afgesloten, wordt vergroot. Datzelfde geldt bijvoorbeeld in geval van leegstand van het woonhuis.

In het algemeen geldt dat risicoverzuring bij objectverzekeringen, zoals de brandverzekering, gemakkelijker te duiden is dan bij de aansprakelijkheidsverzekering, mijn tweede voorbeeld. Bij die verzekeringsvorm wordt namelijk veelal een verzekerde hoedanigheid gehanteerd, die in het algemeen lastiger af te bakenen is dan een object aan te duiden is. Veroorzaakt de verzekerde in de verzekerde hoedanigheid schade aan een derde, dan is

4 M.L. Hendrikse/J.G.J. Rinkes, 'Risicoverzuring in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 438. Vgl. de ruimere definitie van R. Feunekes, *Risicoverzuring bij schadeverzekeringen* (diss. RUN), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 15.

5 R. Feunekes, *Risicoverzuring bij schadeverzekeringen* (diss. RUN), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 96.

6 M.L. Hendrikse, 'Risicoverzuring in het verzekeringsrecht: een weerbarstig leerstuk', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2007-6, p. 241, zie ook R. Feunekes, *Risicoverzuring bij schadeverzekeringen* (diss. RUN), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 102.

die schade gedekt onder zijn verzekering. Wijzigingen in die hoedanigheid zijn dikwijls moeilijk te duiden. Wat valt bijvoorbeeld binnen de verzekerde hoedanigheid van een ‘slager’? Verondersteld zou kunnen worden dat schade gedekt is die de verzekeringnemer-slager toebrengt aan een derde met een mes achter de toonbank van zijn winkel. Maar wat als de verzekeringnemer-slager na het sluiten van de overeenkomst ook zelf is gaan slachten en hij bij het slachten schade toebrengt aan een derde? Valt die activiteit binnen de verzekerde hoedanigheid?

Behalve verzwaaring van het risico kan het risico in de loop der tijd overigens ook verkleind worden.⁷ Terugkomend op mijn eerste voorbeeld, is sprake van *risicovermindering* bij de brandverzekering indien het woonhuis bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst was bedekt met een rieten dak en dit dak gedurende de looptijd van de overeenkomst wordt veranderd in een pannendak. Het verzekerde brandrisico wordt daardoor verkleind.

6.3 Het belang van wetenschap van risicowijziging

Dat risicowijziging een figuur met twee gezichten is, komt duidelijk tot uitdrukking bij de bespreking van het belang van wetenschap van risicowijziging.

De premie waartegen en voorwaarden waaronder een verzekeraar een door een verzekeringsnemer aangeboden risico wil verzekeren, baseert de verzekeraar op een inschatting van de omvang van het risico. Voor informatie die aan deze inschatting ten grondslag ligt, is de verzekeraar grotendeels afhankelijk van inlichtingen van de verzekeringnemer, zowel bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst als tijdens de looptijd van de verzekering. De verzekeraar zal bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst dan ook vragen stellen aan de verzekeringnemer omtrent het te verzekeren risico. Indien het risico tijdens de looptijd van de overeenkomst wijzigt, volstaat die initiële inschatting vanzelfsprekend niet meer. Doorgaans worden verzekeraars pas bij de vraag om dekking voor een schade-evenement geconfronteerd met dit gewijzigde risico. Verzekeraars kunnen dan betogen dat zij niet dit gewijzigde risico hebben verzekerd, althans hebben willen

7 Risicoverzwaaring en risicovermindering zijn volgens Hendrikse niet los te zien: er is sprake van een Siamese tweeling, aldus M.L. Hendrikse/J.G.J. Rinkes, ‘Risicoverzwaaring in het verzekeringsrecht’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 443.

verzekeren, aangezien het oorspronkelijk verzekerde risico niet langer als zodanig bestaat.⁸

Een tussentijdse herbeoordeling van het risico kan dus gewenst zijn. Daartoe dient de verzekerde de wijziging te melden aan de verzekeraar. Indien de verzekerde hiertoe niet verplicht zou zijn, moet de verzekeraar dekking verlenen hoewel hij, zou de desbetreffende risicoverzwarende omstandigheid zich hebben voorgedaan ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, deze verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Tegenover dit gevaar voor de verzekeraar staat het gevaar voor de verzekerde dat hij ervan uitgaat dat de dekking van het risico doorloopt, ook wanneer het risico is verzwaaard. Bij een schade-evenement zal de onverzekerdeheid pas blijken. Zowel de verzekeraar als verzekerde zijn dus gebaat bij wetenschap van risicowijzigende omstandigheden en de navolgende herbeoordeling van het risico. De verzekeraar weet wat hij verzekert en de verzekerde kan rekenen op dekking in geval het noodlot toeslaat.

6.4 Regeling risicowijziging

6.4.1 *Geen wettelijke regeling noch algemeen beschermingsbeginsel*

In titel 7.17 BW ontbreekt een regeling ter zake van risicowijziging. Het Voorontwerp titel 7.17 van T.J. Dorhout Mees uit 1972 (Groene Boek) kende wel een algemene regeling in artikel 7.17.21.11 NBW voor het schadeverzekeringsrecht. Forse kritiek hierop in de literatuur hield die regeling echter uit het regeringsvoorstel uit 1986 en uit de uiteindelijke titel 7.17 BW. Het bleek niet mogelijk een betere algemene regeling van deze materie op te stellen.⁹ Het oude recht kende bijzondere wettelijke bepalingen in de vorm van artikel 293 (oud) WvK en artikel 638 (oud) WvK. Beide bepalingen hadden een beperkte betekenis. Zo zag artikel 293 oud WvK slechts op die situaties van brandverzekering waarin het een bestemmingswijziging van onroerende zaken betrof. Artikel 638 oud WvK zag op deviatie bij zeeverzekeringen. Het ontbreekt dus zowel in de huidige titel 7.17 BW als in de oude regeling in het Wetboek van Koophandel aan een algemene wettelijke risicowijzigingsbepaling. In de literatuur en jurisprudentie zijn evenwel enige mogelijkheden besproken om via andere wegen dan een expliciete

8 A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2006, p. 319.

9 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX**. Verzekering, Deventer: Kluwer 2012, nr. 511.

wettelijke risicowijzigingsbepaling te komen tot een bescherming van de verzekeraar tegen risicoverzwaarig. Hendrikse heeft die voorgestelde wegen bewandeld en geconcludeerd dat het niet mogelijk is een *algemene* risicoverzwaringsregeling te construeren.¹⁰

6.4.2 Grondslag en uitwerking in polis

Bij gebreke aan een wettelijke regeling en een algemeen beschermingsbeginsel nemen verzekeraars evenals onder het oude recht ook op dit moment in hun polisvoorwaarden clausules op om zich te beschermen tegen de gevolgen van risicoverzwaarig. Daarbij worden naar gangbare praktijk drie te onderscheiden categorieën clausules gehanteerd: limitering van het risico door een omschrijving van het verzekerde risico en uitgesloten risico's (al dan niet met daarop aangebrachte beperkingen en/of insluitingen), een mededelingsplicht ten aanzien van wijziging van de omstandigheden en preventieve garanties.¹¹

6.4.3 Voorbeelden van risicowijzigingsbepalingen

Als voorbeeld haal ik hier het vierde lid van de risicowijzigingsbepaling uit de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Brandverzekering (NBB 2006) van de Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs (VNAB) aan:¹²

‘5.4 Indien de/het op het polisblad vermeld:

- *bestemming* wijzigt [mijn cursivering, SZ], of
 - verzekerde gevaarsobjecten voor langer dan drie maanden buiten gebruik (zullen) zijn, of
 - gebouw voor langer dan drie maanden leeg staat (zal leegstaan), of
 - gebouw door krakers wordt gebruikt,
- geldt dat verzekerde daarvan zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen twee maanden nadat hij van de bedoelde wijziging op de hoogte is, mededeling dient te doen aan verzekeraars.

10 Zie uitgebreid M.L. Hendrikse/J.G.J. Rinkes, ‘Risicoverzwaarig in het verzekeringsrecht’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 447-452.

11 Blom vraagt zich af of preventieve garanties aan risicoverzwaarig gekoppeld kunnen worden en concludeert dat de literatuur en de rechtspraak die vraag in ieder geval instemmend beantwoorden, zie A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2006, p. 322.

12 De VNAB is de Nederlandse brancheorganisatie voor de grootzakelijke verzekeringsmarkt en stelt bijvoorbeeld standaardpolissen op als model waarvan door middel van wijzigingen en aanvullende bepalingen kan worden afgeveken. Verschillende polissen en clausules zijn te raadplegen via www.vnab.nl/?s=downloads.

Gedurende twee maanden na ontvangst van deze mededeling zijn verzekeraars in de gelegenheid om de verzekering met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden te beëindigen, dan wel gewijzigde premie en/of voorwaarden te bedingen. (...)

Als verzekerde verzuimt binnen de gestelde termijn mededeling te doen van de risicowijziging, hebben verzekeraars de mogelijkheid om de verzekering niet of op andere wijze voort te zetten als zij aannemelijk maken dat zij dit zouden hebben gedaan als zij van de risicowijziging in kennis waren gesteld. In dat geval geldt het volgende:

- indien de verzekering niet zou zijn voortgezet, vervalt alle recht op schadevergoeding;
- indien de verzekering alleen zou zijn voortgezet tegen gewijzigde premie en/of voorwaarden, wordt de schade vergoed in dezelfde verhouding als de premie van voor de risicowijziging ten opzichte van deze hogere premie voor zover er onder die gewijzigde voorwaarden dekking zou zijn geweest.⁷

Bij objectverzekeringen wordt het verzekerde risico doorgaans afgebakend door een bestemmingswijzigingsbepaling. Het recht op dekking vervalt wanneer het object niet meer met de beschrijving overeenstemt.¹³ Aan de wijziging van omstandigheden is een mededelingsplicht gekoppeld. Na melding is het aan de verzekeraar om te beslissen of hij de verzekering wil voortzetten, en zo ja, tegen welke premie en onder welke voorwaarden. Bij schending van de mededelingsplicht, kan het recht op dekking vervallen of proportioneel worden ingeperkt. Dat een preventieve garantieclausule in dit artikellid ontbreekt, is overigens niet verwonderlijk.¹⁴ Dergelijke clausules worden namelijk toegesneden op specifieke gevallen en dit voorbeeld is juist een algemeen artikel.¹⁵

Waar bij objectverzekering doorgaans een bestemmingswijzigingsbepaling wordt gebruikt om het verzekerde risico af te bakenen, wordt bij de aansprakelijkheidsverzekering veelal een hoedanigheidsomschrijving gehanteerd.

13 Vgl. HR 15 mei 1992, NJ 1993, 263 (*Wimpy-bar*).

14 Deze methode wordt door verzekeraars met name in de bedrijfsmatige sfeer gebruikt. Ter bescherming tegen tijdelijke, niet-structurele risicoverzwaren. Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'Contractsvrijheid: Hoe vrij is de verzekeraar in (de wijze van) begrenzing van de door hem geboden dekking', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8.

15 Hoewel dit artikellid een voorbeeld uit een beurspolis is, worden vergelijkbare clausules gehanteerd in polissen die worden gehanteerd op de provinciale markt.

Als voorbeeld haal ik hier de risicowijzigingsbepaling uit de Nederlandse beurspolis voor aansprakelijkheid (NBA 2007) van de VNAB aan:

‘Artikel 7 Wijziging van het risico

- 7.1 De premie en voorwaarden gelden voor *de activiteiten van verzekerde(n) binnen de in de polis omschreven hoedanigheid* [mijn cursivering, SZ].
- 7.2 Indien deze activiteiten in belangrijke mate worden gewijzigd zijn verzekeraars bevoegd een verandering van premie en/of voorwaarden aan de orde te stellen.
- 7.3 Verzekerde dient verzekeraars binnen een redelijke termijn over de wijziging te informeren; dekking blijft echter onverminderd van kracht.
- 7.4 Indien een wijziging een zodanige verzwaring van het risico met zich meebrengt dat verzekeraars niet dan wel tegen gewijzigde premie en/of voorwaarden deze verzekering wensen voort te zetten, zullen verzekeraars zulks binnen dertig dagen na ontvangst van de in artikel 7.3 bedoelde kennisgeving aan verzekerde mededen (...).
- 7.5 Indien verzuimd is aan verzekeraars mededeling te doen als bedoeld in artikel 7.3 zijn verzekeraars slechts gehouden die schade te vergoeden, welke ook ten laste van verzekeraars zou zijn gekomen als de activiteiten van verzekerde(n) binnen de in de polis omschreven hoedanigheid niet waren gewijzigd.’

In dit artikel zijn evenals in het voorgaande voorbeeld zowel een limitering van het risico (door middel van een hoedanigheidsomschrijving waarin verwezen wordt naar de in de polis omschreven hoedanigheid) als een mededelingsplicht opgenomen. Wat de mogelijke gevolgen zijn van een risicowijziging, wordt ook aangegeven, namelijk een wijziging van premie en/of voorwaarden of het beëindigen van de verzekering. Hoewel in lid 5 van artikel 7 een proportioneel ogende sanctie wordt gesteld op het schenden van de mededelingsplicht, is de sanctie in dat geval in de meeste polissen verval van recht op dekking.¹⁶ Indien een expliciete sanctie ontbreekt, pleegt deze in de praktijk ingelezen te worden.¹⁷

16 In een enkele polisbepaling koppelt de betreffende verzekeraar daar overigens nog de voorwaarde van de schending van een ‘redelijk belang’ van de verzekeraar aan – gebruikelijk is dit zeker niet. Deze voorwaarde wordt juist gesteld bij verval van recht op dekking bij het schenden van de mededelingsplicht bij verwezenlijking van het risico (art. 7:941 lid 4 BW). Zie HR 5 oktober 2007, NJ 2008, 57 (*Tros*), r.o. 4.1-4.4 voor een definitie van een ‘redelijk belang’.

17 Zie HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780 (*Big Bananas*). In veel van de mededelingsclausules wordt evenwel als voorwaarde gesteld dat de verzekerde op de hoogte is of dat redelijkerwijs kan zijn van de risicowijziging. M.L. Hendrikse/J.G.J. Rinkes, ‘Risicoverzwaring in het verzekeringsrecht’, in: M.L. Hendrikse,

6.5 De valkuil bij risicowijzigingsbepalingen

De twee gezichten van risicowijziging laten zich ook zien bij een bespreking van de valkuil van risicowijzigingsbepalingen. De valkuil voor de verzekeraar bij risicowijziging is dat hij dekking moet bieden voor een inmiddels verzwaard risico dat hij niet had willen verzekeren, althans in ieder geval niet voor dezelfde premie en/of onder dezelfde voorwaarden. De verzekeraar dempt die valkuil door zichzelf met clausules te beschermen tegen risicoverzwaarig. Bij het dempen van die valkuil voor de verzekeraar kan een valkuil ontstaan voor de verzekerde.

Bij het opnemen van een omschrijving van het verzekerde risico bestaat de mogelijkheid dat de verzekerde zich er niet bewust van is dat de dekkingsoomschrijving was bedoeld als limitering van het risico. De mogelijkheid bestaat ook dat de verzekerde zich er niet van bewust is dat bijvoorbeeld zijn hoedanigheid of het verzekerde object niet meer voldoet aan de beschrijving ervan in de polisvoorwaarden. Ook is het mogelijk dat de verzekerde zich wel bewust is van de wijziging van omstandigheden en dat het verzekerde risico is afgebakend door middel van een limitering, maar dat hij niet weet of behoort te weten dat de wijziging van dien aard is dat de verzekeraar de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, indien de gewijzigde toestand zich reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zou hebben voorgedaan. Bij het gebruik van preventieve garantieclausules bestaat de mogelijkheid dat de verzekerde zich niet bewust is dat deze bepalingen de verzekeringsdekking afhankelijk stellen van het nakomen van voorgeschreven maatregelen.

Indien het feitelijke risico niet meer overeenstemt met de limitering van het risico en de voorgeschreven maatregelen uit preventieve garanties niet worden nagekomen, kan dat ertoe leiden dat het recht op dekking vervalt. De valkuil is dat er *achteraf onverwacht* geen dekking is. Daaraan ten grondslag liggen uitlegproblemen.

De vraag is wat als het verzekerde risico moet worden gezien en wat in dat kader als wijziging van dat risico moet worden verstaan. Wat heeft de verzekerde begrepen en moeten begrijpen als verzekerd risico en wijziging daarvan?¹⁸ En moet de verzekerde de beschrijving als loutere omschrijving

Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 464.

18 Hierbij verwijs ik naar het in paragraaf 6.2 opgenomen voorbeeld van de slager. Had de verzekeraar bedoeld te verzekeren een 'slager met slagerswinkel die ook zelf slacht', of alleen een 'slager met slagerswinkel die vleeswaren verkoopt (en

beschouwen of als een limitering van het risico? Beslissend is de uitleg van de bepalingen. Dat brengt onzekerheid met zich mee. Of een bepaling als preventieve garantieclausule moet worden aangemerkt, is ook een kwestie van uitleg van de betreffende bepalingen en dus ook omgeven met onzekerheid.

Bij de uitleg van overeenkomsten is het Haviltex-arrest leidend.¹⁹ Buiten een zuiver taalkundige uitleg van overeenkomsten is ook van belang tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Evenals de deskundigheid van de verzekerde op een bepaald terrein en de betrokkenheid van deskundigen.²⁰

Bij de uitleg van de betreffende bepalingen in een consumentenpolis is eerst de vraag of het kernbedingen of algemene voorwaarden betreffen. In het algemeen wordt in de literatuur erkend dat bepalingen aangaande de omschrijving van dekking kernbedingen zijn.²¹ Ingevolge artikel 6:231 aanhef en onder a BW zijn kernbedingen niet vatbaar voor een toetsing aan de norm van onredelijk bezwarendheid in afdeling 6.5.3 BW, die zodoende geen uitkomst kan bieden voor de consument-verzekerde. Preventieve garantieclausules zijn direct bepalend voor de reikwijdte van de dekking die de verzekeraar bereid is te geven en van de hoogte van de daarvoor te betalen premie. Daarmee vormen deze clausules eveneens kernbedingen in de zin van artikel 6:231 aanhef en onder a BW en zijn ze evenmin vatbaar voor een toetsing aan de norm van onredelijk bezwarendheid in afdeling 6.5.3 BW.²²

Uitlegproblemen in individuele gevallen omtrent dekkingsomschrijvingen en preventieve garantieclausules moeten naar uit jurisprudentie te

niet ook zelf slacht)? En wat heeft de slager-verzekeringnemer bedoeld en dien-aangaande begrepen?

19 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermex/Haviltex*).

20 Zie bijvoorbeeld over het meewegen van de betrokkenheid van een assurantie-tussenpersoon M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *Risicoverzuring in het verzekeringsrecht* (Monografieën Privaatrecht, deel 11), Deventer: Kluwer 2009, p. 89-90.

21 M.L. Hendrikse/J.G.J. Rinkes, 'Risicoverzuring in het verzekeringsrecht', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 471. Vgl. ook Hof Amsterdam 30 september 2008, LJN BG2107, r.o. 4.9.

22 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX**. *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 530.

destilleren uitlegmaatstaven worden beoordeeld. Dit brengt onzekerheid met zich mee, zowel voor de verzekeraar als voor de verzekerde. Voor de verzekerde kan uiteindelijk blijken dat hij in een valkuil is gestapt wanneer een beroep van de verzekeraar op een risicowijzigingsbepaling slaagt en hij onverzekerd blijkt te zijn.

6.6 Risicowijzigingsbepalingen in de praktijk

6.6.1 *De praktijk bij verzekering ter beurze en in de provincie*

Een blik op verzekeringsrechtelijke rechtspraak leert dat risicowijzigingsbepalingen niet tot veel jurisprudentie leiden. Veel geschillen worden echter niet tot in extremis uitgevochten en worden integendeel buiten rechte afgedaan. Om te bezien hoe risicowijzigingsbepalingen in de praktijk werken en of de gesignaleerde valkuil daadwerkelijk dusdanig uitwerkt, en zo ja, op welke schaal, heb ik gesproken met partijen uit de verzekeringsmarkt: verzekeraars en een makelaar in assurantiën.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de zogenoemde provinciale markt en de beursmarkt. De eerstgenoemde markt behelst verzekeringen die buiten de coassurantiemarkt van de VNAB worden gesloten. Het betreft hier vooral kant-en-klare producten voor (middel)groot- en kleinbedrijf en voor consumenten. Bij de verzekering ‘ter beurze’, waar het primair grote commerciële risico’s betreft die op basis van coassurantie worden verzekerd, biedt de makelaar als vertegenwoordiger van de verzekeringnemer, de verzekeraar een bepaald risico ter verzekering aan. De makelaar stelt de voorwaarden en voert de onderhandelingen met de verzekeraar.²³

6.6.1.1 *Verzekering ter beurze*

Gesprekken met verzekeraars die werken met beurs- en makelaarspolissen leerden dat zich over het algemeen weinig geschillen voordoen omtrent risicowijziging.²⁴ Nu de verzekerden op deze markt vaak grote bedrijven zijn, zoals multinationals, die soms een eigen juridische afdeling hebben, weten verzekeraars zich doorgaans verzekerd van professionele en oplettende

23 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 64 en M.J. Tolman, ‘Voorwaarden ter beurze’, in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurze, Coassurantie in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 152.

24 Evenwel meer bij wijziging van het risico dan bij verwezenlijking van het risico.

wederpartijen.²⁵ Soms betreft het zeer specifieke, technische risico's waar alleen het verzekerde bedrijf zelf voldoende kennis over heeft om een adequate risico-inschatting van te kunnen maken. Sommige verzekerden houden het risico zelf goed in de gaten en verzekeraars en makelaars laten soms ook door *risk managers* risico-inventarisaties uitvoeren, om te controleren of nog verzekerd is wat verzekerd was bedoeld te zijn. In sommige gevallen wordt gedurende de looptijd van de verzekering door de verzekeraar om bepaalde informatie gevraagd, bijvoorbeeld omzetcijfers. De verzekeraar weet echter in bepaalde gevallen zelf niet precies wat hij zou willen weten omtrent het verzekerde risico. Sommige risicowijzigingsbepalingen zijn dan ook ruim en vaag geformuleerd. Volgens verzekeraars en makelaars is het ook niet vol te houden om bij voortduring aan de verzekerde te vragen allerlei informatie te verstrekken. Verzekeraars accepteren de consequenties van vage en ruime bepalingen: zelden kan een geslaagd beroep worden gedaan op een clause op grond waarvan het recht op dekking vervalt.

Klantvriendelijkheid speelt ook een rol bij de afweging of een beroep wordt gedaan op risicowijzigingsbepalingen. De belangen zijn groot. Het gaat om grote bedrijven, hoge omzetcijfers, omvangrijke risico's. Met het oog op de relatie met de klant in de toekomst, wordt soms minder streng geageerd tegen omissies aan de kant van de verzekerde dan de verzekeraar juridisch gezien zou kunnen doen. Dit is het draaipunt tussen commerciële belangen en de juridische (ideaal)situatie. Bij de dienstverlening die een verzekeraar geeft, past volgens verzekeraars zelf in principe ook niet dat de bedrijfsvoering en ontwikkelingen in een bedrijf worden geremd door de verzekeraar. Over het algemeen worden verzekerde activiteiten en hoedanigheden dan ook ruim omschreven. Voor activiteiten die duidelijk buiten de dekking vallen, wordt op grond van risicoverzwaarig dekking geweigerd, maar de activiteiten zijn dikwijls zo ruim omschreven, dat weigering niet vaak aan de orde is. De 'verkleuring' van een risico gedurende de looptijd van de verzekering kan ingecaluleerd worden en heeft een verzekeraar vaak te accepteren, zo menen de meeste verzekeraars.

De makelaar is bovendien in alle gevallen een belangrijke schakel tussen verzekeraar en verzekerde. Bij twijfel over een mogelijke aanstaande of reeds geopenbaarde risicowijziging kan contact opgenomen worden met in eerste instantie de makelaar. Die bespreekt de situatie vooreerst met de verzekerde, alvorens eventueel contact wordt opgenomen met de verzekeraar

25 In sommige gevallen zouden alle betrokken partijen wat betreft verzekeringsrechtelijke vraagstukken als *repeat players* kunnen worden aangeduid, in tegenstelling tot de provinciale markt, waar de verzekerde doorgaans *one shot player* zal zijn.

en melding wordt gemaakt van een en ander.²⁶ Makelaars hebben hier een eigen verantwoordelijkheid en verplichting.²⁷

6.6.1.2 Verzekering in de provincie

Provinciaalse polissen zijn over het algemeen strenger geredigeerd dan beurs- en makelaarspolissen. Ook in deze markt is er een tussenpersoon, maar deze tussenpersoon heeft minder tot geen invloed op de polis. De tussenpersonen op de verzekeringsmarkt ter beurze maken zelf hun polissen op en dienen de belangen van hun klanten, de verzekerden. Assurantietussenpersonen op de provinciale markt fungeren meer als ‘doorgeefluik’. Een belangrijk deel van de particuliere verzekeringen wordt afgesloten door deze onafhankelijke tussenpersoon, die de verzekerde adviseert bij de keuze voor een bepaalde verzekering bij een bepaalde verzekeraar. Daarbij moet de tussenpersoon de zorg in acht nemen die van een redelijk bekwame en redelijk handelende assurantietussenpersoon mag worden verwacht.²⁸ Die zorg vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de assurantietussenpersoon.²⁹ Kort gezegd moet de tussenpersoon waken voor dekking. Hij vervult dan ook een belangrijke rol.

Binnen de provinciale markt zou nog een onderscheid tussen verzekerden gemaakt kunnen worden: professionals (in de zin van beroepsbeoefenaren en bedrijven) en particulieren. Wat betreft de verzekering van beroepsbeoefenaren en bedrijven kan het volgende opgemerkt worden. Zeker in tijden van branchevervaging doen wijzigingen zich ongemerkt voor. Om hier toch enige vat op te hebben, kunnen verzekeraars in algemene zin tendensen van verschuivende risico's in branches in kaart proberen te brengen. Zonodig kan hierover met betrokkenen van gedachten worden gewisseld en informatie worden uitgewisseld tussen brancheorganisaties en verzekeraars.

Bij verzekeringen bedoeld voor particulieren wordt in het algemeen alleen gevraagd de voor het betreffende risico meest relevante omstandigheden te melden. Risicowijzigingsbepalingen bij objectverzekeringen zijn doorgaans duidelijk opgesteld. Over het algemeen wordt vrij uitgebreid aangegeven

26 Er worden in dat kader ook ‘pro forma’ meldingen aan de verzekeraar gedaan, meldingen van *mogelijke* risicoverzwaren, voor de zekerheid.

27 In de volgende paragraaf ga ik nader in op de zorgplicht van de tussenpersoon. Voor de tussenpersoon op de beursmarkt geldt die zorgplicht evengoed.

28 HR 22 november 1996, NJ 1997, 718 (*Korea Holland Trading/Generale bank*).

29 J.H. Wansink, ‘Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financieel toezicht (Wft)’, *AV&S* 2005-19, p. 117-119. Zie voor de reikwijdte van die actieve en voortdurende bemoeienis HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375 (*Bral/Octant*), r.o. 3.4.1.

welke omstandigheden moeten worden gemeld. Indien wijzigende omstandigheden niet gemeld worden, is dat naar de mening van verzekeraars zelf vaak niet omdat verzekerden de risicowijzigingsbepalingen niet begrijpen, maar omdat men simpelweg vergeet melding te doen van wijzigende omstandigheden.

Commerciële belangen spelen vanzelfsprekend ook op deze markt een rol. In dat kader verdient de kosten-batenanalyse aandacht. Verzekeraars verzekeren doorgaans grote aantallen risico's. Bij beslissingen omtrent het zich al dan niet beroepen op een risicowijzigingsbepaling wordt meegewogen wat de mogelijke kosten en de mogelijke baten van het inroepen van de betreffende bepaling zijn. Daarbij wordt de procesvoortgang en doorloop snelheid van een mogelijke (rechts)zaak meegewogen. Waar een verzekeraar juridisch gezien verantwoord een beroep kan doen op verval of inperking van recht op dekking, wordt daar soms van afgezien als de ingeschatte baten niet tegen de ingeschatte kosten opwegen.

Indien een beroep wordt gedaan op een risicowijzigingsbepaling, is het verwijt van de verzekerde volgens verzekeraars doorgaans dat hij graag van tevoren had willen weten dat de verzekeraar van een en ander op de hoogte gesteld had willen worden. Soms zal sprake zijn van informatieasymmetrie. De verzekeraar weet immers doorgaans het beste welke omstandigheden hij wel en niet van invloed acht als factoren die van invloed zijn op het verzekerde risico. In sommige gevallen kan de verzekeraar echter zelf niet precies aangeven wat hij wel en niet van belang acht gemeld te krijgen, omdat hij dat zelf niet weet.

6.6.2 *Werken risicowijzigingsbepalingen in de praktijk uit als valkuil?*

Op de beursmarkt lijken risicowijzigingsbepalingen niet als valkuil uit te werken. Door goed en regelmatig contact tussen verzekeraar en makelaar, en tussen makelaar en verzekerde, doen zich weinig onduidelijkheden voor en is er zodoende relatief weinig voer voor discussie omtrent interpretatie van risicowijzigingsbepalingen. De betreffende risicowijzigingsbepalingen worden toegepast waar nodig, zijn dus geen holle bepalingen, maar worden volgens verzekeraars zelden in stelling gebracht. De potentie om als valkuil te werken, komt niet tot uiting.

De provinciale markt steekt in een aantal opzichten anders in elkaar. Omdat de belangen op deze markt kleinschaliger zijn, houden die belangen een beroep op risicowijzigingsbepalingen niet tegen. Doordat de tussenpersoon

een minder evidente rol speelt, is er meer ruimte voor onduidelijkheden in vergelijking met de beursmarkt. Veel (met name consument-)verzekerden zal niet duidelijk zijn wat precies onder wijziging van het risico moet worden verstaan. Bovendien speelt hierbij een rol dat verzekerden hun polisvoorwaarden niet lezen, althans niet voordat zich een schade voordoet en de gevraagde dekking wordt geweigerd. De potentie om daadwerkelijk als valkuil uit te werken is daarom op dit deel van de verzekeringsmarkt groter.

6.7 Kan een wettelijke regeling een oplossing voor de valkuil bieden?

6.7.1 *Argumenten voor bescherming door middel van (semi-) dwingend recht*

Bij de bescherming van een contractspartij kan gedacht worden aan (semi-) dwingendrechtelijke wetsbepalingen waarin ‘een bevel van de wetgever’ besloten ligt en die op deze manier de gewenste bescherming aan een der partijen bieden. Verschillende auteurs bepleiten een wettelijke regeling van risicoverzwaarung in titel 7.17 BW om onzekerheid weg te nemen en in de meeste gevallen om vooral de verzekerde te beschermen. Daartoe zijn door verschillende auteurs voorstellen gedaan.³⁰

Verdedigd kan worden dat de essentiële functie, die het verzekeringsbedrijf in het sociaal-economische leven inneemt en waaraan ik in de inleiding refereerde, een wettelijke bescherming naar twee kanten rechtvaardigt. Wettelijke normen kunnen in het licht van de ontwikkeling van recht en praktijk de redactie bevorderen van polisvoorwaarden die rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van verzekeraar en verzekerde. Bovendien komen de hoofdlijnen die de wetgever aangeeft ten goede aan de uniformiteit van de polisvoorwaarden en de rechtszekerheid. Weliswaar bestaat er contractsvrijheid voor partijen, maar het gebruik van standaardvoorwaarden

30 Zie een overzicht in R. Feunekes, *Risicoverzwaarung bij schadeverzekeringen* (diss. RUN), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 191-206. Zie bijvoorbeeld ook Th.W.M. Lippmann, *Mededelingsplicht bij verzevenlijking van het verzekerde risico*, Deventer: Kluwer 1976, p. 197 en meer recentelijk M.L. Hendrikse, ‘Risicoverzwaarung in het verzekeringsrecht: een weerbarstig leerstuk’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2007-6, p. 257-258 en F.H.J. Mijnsen, ‘Is het wenselijk titel 7.17 aan te vullen met een regeling aangaande risicoverzwaarung?’, *NTHR* 2011-2, p. 64-65, gesteund door J.H. Wansink, N. van Tiggelevan der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX**. *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 513.

heft de rol van de verzekerde bij de totstandkoming van de concrete polisvoorwaarden op. Geoordeeld kan daarom worden dat het te ver gaat het gebied van risicoverzwaarig geheel en al aan de formuleerkunst en inventiviteit van de afzonderlijke verzekeraar over te laten.³¹

6.7.2 *Bedenkingen bij een wettelijke regeling*

Bij de motivering voor een wettelijke regeling van risicoverzwaarig, plaats ik een aantal bedenkingen over een dergelijke regeling. Lost die het probleem wel op?

De risicowijzigingsbepaling die in de wet verankerd zou kunnen worden, is de mededelingsplicht. De valkuil die ik hier bespreek, ziet echter niet op de mededelingsplicht, maar op interpretatieproblemen bij dekkingsomschrijvingen en preventieve garantieclausules.³² Indien onduidelijk is wat gemeld moet worden, komt dat voort uit onduidelijkheden omtrent de dekkingsomschrijving en niet omtrent de mededelingsclausule als zodanig. Van een wettelijke regeling zou wat dat betreft geen probleemoplossend vermogen moeten worden verwacht, net zo min als een unifiserend vermogen. Bij verschillende risico's horen verschillende mededelingsplichten. Of de wettelijke regeling zou een breed scala aan verschillende mededelingsclausules voor uiteenlopende verzekeringen moeten schetsen, of er wordt slechts een algemene voorzet gegeven voor te hanteren mededelingsclausules. De toegevoegde waarde van een wettelijke regeling kan dan sterk worden betwijfeld.

Bovendien zijn mededelingsplichten veelal gekoppeld aan verval van rechtbedingen en zijn ze derhalve waar het consumentenpolissen betreft toetsbaar aan afdeling 6.5.3 BW. Artikel 6:237 onder h BW scheidt een vermoeden dat een dergelijk beding onredelijk bezwarend is.³³ De consumentverzekerde kan het beding derhalve in voorkomende gevallen vernietigen en kan dus in dit verband reeds een beroep doen op de bescherming van een wettelijke bepaling.³⁴

31 Ontleend aan een betoog van Lippmann voor de wettelijke regeling van de mededelingsplicht bij verwezenlijking van het risico, bij gebreke daaraan nog voor de invoering van titel 7.17 BW, Th.W.M. Lippmann, *Mededelingsplicht bij verwezenlijking van het verzekerde risico*, Deventer: Kluwer 1976, p. 24-26.

32 Bepalingen die naar hun aard niet in wettelijke bepalingen te vervatten zijn.

33 F.H.J. Mijnsen, 'Is het wenselijk titel 7.17 aan te vullen met een regeling aangaande risicoverzwaarig?', *NTHR* 2011-2, p. 62.

34 Zoals in paragraaf 6.5 is uiteengezet zijn dekkingsomschrijvingen en preventieve garantieclausules niet toetsbaar aan afd. 6.5.3 BW daar deze risicowijzigingsbepalingen als kernbedingen moeten worden aangemerkt.

6.7.3 *Bedenkingen bij een wettelijke regeling: een uitstapje naar artikel 7:941 lid 1 BW*

Zonder risicoverwezenlijking en risicoverzwaarig met elkaar te willen vergelijken, wil ik met een uitstapje naar de figuur risicoverwezenlijking aangeven dat een wettelijke regeling geen garantie is dat een regeling uit het gemene recht zonder meer wordt overgenomen op polisniveau, in ‘polisrecht’. In tegenstelling tot wijziging van het risico is verwezenlijking van het risico wel in titel 7.17 BW opgenomen. Ingevolge artikel 7:941 lid 1 BW is de verzekerde verplicht de verwezenlijking van het risico te melden. De wetgever omschrijft ‘verwezenlijking van het risico’ overigens niet. Evenals risicoverzwaarig is risicoverwezenlijking een zeer diffuus begrip. In afwijking van de wettelijke sancties, die een proportionele benadering hanteren, bepalen polisvoorwaarden doorgaans dat de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij risicoverwezenlijking leidt tot verval van recht op uitkering, omdat een proportionele sanctie in de praktijk moeilijk te hanteren is. Het vierde lid van artikel 7:941 BW bepaalt echter dat de verzekeraar zich slechts in die situaties op verval van recht op uitkering kan beroepen waarin hij door de niet-nakoming van de mededelingsplicht door de verzekerde in een redelijk belang is geschaad.³⁵ Het polisrecht wijkt zodoende af van het gemene recht. Een wettelijke regeling is bovendien geen garantie voor het in de kiem smoren van mogelijke controverses, zo laten discussies omtrent risicoverwezenlijking zien.³⁶

6.8 Conclusie

Risicowijziging is een lastig begrip. Verzekeraars kunnen er een heel ander beeld bij hebben dan verzekerden. Waar de grenzen van een verzekerd object of verzekerde hoedanigheid liggen is niet altijd eenvoudig vast te

35 J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 311. Zie HR 5 oktober 2007, NJ 2008, 57 (*Tros*), r.o. 4.1-4.4 voor een definitie van een ‘redelijk belang’.

36 Zie het debat over wat bij de aansprakelijkheidsverzekering verstaan moet worden onder ‘verwezenlijking van het risico’. Uitgebreid daarover onder meer F. Stadermann, ‘De verplichtingen voor de verzekerde na het ontstaan van de schade’, in: F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking* (diss. OU), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 66-67; J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 354-356; M.L. Hendrikse, ‘Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 308-309.

stellen. Dat risicowijziging grijze gebieden beslaat, brengt mee dat zich onzekerheidscheppende interpretatieproblemen kunnen voordoen en dat verzekerden achteraf onverwacht onverzekerd kunnen blijken te zijn. Terwijl verzekerden met verzekering juist beogen enige zekerheid te verkrijgen. De centrale vraag in deze bijdrage is, of een wettelijke regeling hier een oplossing voor zou kunnen bieden. Op grond van het vorenstaande beantwoord ik die vraag ontkennend. In deze conclusie licht ik dat resumerend toe en geef ik aan hoe verzekerden wel kunnen worden beschermd tegen de besproken valkuil.

Een wettelijke regeling kan spelregels geven omtrent de mededelingsplicht bij wijziging van het risico. Interpretatieproblemen omtrent dekkingsomschrijvingen en preventieve garantieclausules kunnen zich echter blijven voordoen, waarmee de onzekerheid blijft bestaan. Wettelijke regeling kan derhalve geen oplossing bieden voor de in deze bijdrage besproken valkuil. Regeling van risicowijziging in titel 7.17 BW staat namelijk niet in de weg aan de vrijheid van beleid en waardering van de verzekeraar bij de beoordeling of hij een risico wil (blijven) verzekeren.³⁷ Die beoordeling uit zich in de omschrijving van de dekking en heldere preventieve garanties. Dergelijke bedingen blijven kernbedingen, die niet getoetst kunnen worden aan afdeling 6.5.3 BW en ook niet aan een bepaling in titel 7.17 BW getoetst zouden kunnen worden. Hoewel een wettelijke toets van die bedingen bescherming zou kunnen bieden aan verzekerden, acht ik het onwenselijk dat de vrijheid van beleid en waardering van de verzekeraar dientengevolge zou worden aangetast. Om een risico over te kunnen nemen, moet de verzekeraar namelijk een aantal zekerheden hebben en zelf de grenzen van het verzekerde aan kunnen geven.³⁸ Een verzekeraar moet via een wettelijke regeling geen dekking kunnen worden opgedrongen die hij niet heeft gewild.³⁹

Daar staat tegenover dat de thans gehanteerde risicowijzigingsbepalingen ertoe kunnen leiden dat verzekeraars achteraf, na een schade-evenement, de dekking kunnen afbakenen. Dit is evenzeer ongewenst. Daarom moeten verzekerden een beroep kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Indien een kernbeding – dekkingsomschrijving dan wel preventieve garantieclausule – in een bepaald concreet geval als onaanvaardbaar moet worden beschouwd, is een beroep daarop door de verzekeraar niet of beperkt mogelijk. Laat de verzekeraar na bijvoorbeeld een duidelijke begrenzing van

37 Vgl. HR 19 januari 1990, NJ 1990, 780 (*Big Bananas*).

38 Vgl. HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326, r.o. 3.4.2 (*Valschermzweeftoestel*).

39 Zie ook concl. A-G Spier, onder 3.14 voor HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326 (*Valschermzweeftoestel*).

het verzekerde risico te geven, dan moet dat uitwerken in zijn nadeel en niet uitwerken als een valkuil voor de verzekerde. In dit verband kan ook gedacht worden aan een algemenere toepassing van de contra-proferentemregel van artikel 6:238 lid 2 BW. Voor elk geval, of het nu een kernbeding of algemene voorwaarde betreft en of het nu een professionele wederpartij of consument betreft, zou kunnen gelden dat in geval van onduidelijkheid de voor de wederpartij van de verzekeraar-opsteller meest gunstige uitleg prevaleert.⁴⁰

Verzekerden die het laten zitten bij hun door de verzekeraar afgewezen verzoek van recht op dekking en daar niet mee naar de rechter stappen, hebben nochtans feitelijk geen baat bij een openstaand beroep op de artikelen 6:248 lid 2 en 6:238 lid 2 BW. Zij zijn wel gebaat bij heldere dekking omschrijvingen en preventieve garantieclausules. Om onduidelijkheden vooraf te voorkomen, moet daarom vooral op de provinciale markt in sommige gevallen scherper worden aangegeven wat wordt verstaan onder het verzekerde risico en wijzigingen daarvan, en wanneer er sprake is van preventieve garantieclausules. De verzekeraar heeft doorgaans superieure kennis en kan niet van de verzekerde verwachten dat hij spontaan melding doet van de door de verzekeraar relevant geachte omstandigheden. Verzekeraars moeten gestimuleerd worden om een en ander zo helder mogelijk op te tekenen.

Omdat verzekeraars zelf ook gebaat kunnen zijn bij een duidelijke omschrijving van het risico, gebeurt dit ook waar mogelijk. Een verzekeraar kan er echter ook belang bij hebben om de omschrijving vaag te houden, zodat hij indien gewenst *achteraf* de dekking kan bepalen. Voorkomen moet worden dat de verzekeraar op die manier misbruik maakt van risicowijzigingsbepalingen. Toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW in gevallen die wel aan de rechter worden voorgelegd, kan haar uitwerking hebben op buitengerechtelijke geschillen. Wanneer de verzekeraar weet, dat wanneer de verzekerde besluit het geschil (alsnog) voor te leggen aan de rechter, hij de onduidelijkheid van een beding via artikel 6:248 lid 2 en/of artikel 6:238 lid 2 BW tegengeworpen kan krijgen, zal dit hem ertoe bewegen bij het redigeren van de dekking omschrijving reeds de grootste duidelijkheid te betrachten.

Risicoverzwaarig en verval van dekking moeten naar mijn mening in het algemeen niet te snel worden aangenomen, met het oog op de mogelijk zeer verstreckende gevolgen. De toepassing van risicoverzwaarigingsbepalingen moet derhalve beperkt worden tot gevallen waarin toepassing

40 Vgl. F.H.J. Mijnsen, 'Is het wenselijk titel 7.17 aan te vullen met een regeling aangaande risicoverzwaarig?', *NTHR* 2011-2, p. 62.

gerechtvaardigd kan worden. Daarbij moet gelet worden op wat de verzekerde mag verwachten: zekerheid. Omdat risicowijziging een grijs gebied beslaat, kan een wettelijke regeling die zekerheid echter niet bieden aan de verzekerde. Waar meer verwacht van kan worden, zijn duidelijker risicowijzigingsbepalingen. Het belang van creëren van bewustheid bij verzekerden van risicowijziging moet ook niet onderschat worden. Hier ligt een taak voor verzekeraars en tussenpersonen, voornamelijk op de provinciale markt.

Op de beursmarkt lijkt het (polis)recht in dit kader geen rol te spelen. Commerciële belangen, relaties, de professionaliteit van de betrokken partijen en het contact tussen betrokkenen spelen hierbij een belangrijke rol en beperken (interpretatie)problemen tot een minimum. Nu er zich in de praktijk weinig grote problemen aftekenen, lijkt er geen behoefte aan een wettelijke regeling. De invoering van een wettelijke regeling zou de omgang met risicowijziging op deze markt eerder verkrampen dan stroomlijnen. Ook op de provinciale markt zou een wettelijke regeling overigens tot verstarring kunnen leiden. Indien strenge bepalingen worden opgelegd, beperkt dat ook op die markt de vrijheid van de betrokken partijen. Terwijl verzekering ook juist in zekere zin vrijheid biedt. Het stelt consumenten en bedrijven in staat om bepaalde activiteiten te ontplooien, die nimmer plaats zouden kunnen vinden zonder verzekering voor schade die mogelijk uit die activiteiten voortvloeit. Het is dan ook de vraag of het wel wenselijk is een grijs gebied als risicowijziging zwart-wit te maken, nu het contractspartijen ook ruimte biedt.

VII Over het dempen van valkuilen in het verjaringsrecht

H.J. Visser

Het recht omtrent de bevrijdende verjaring levert verschillende valkuilen op voor de situatie waarin een one-shot-player schuldeiser een delictuele rechtsvordering instelt tegen een repeat-player schuldenaar. In dit hoofdstuk worden drie valkuilen behandeld en geanalyseerd om vervolgens aanbevelingen te doen om deze valkuilen te minimaliseren. De eerste valkuil heeft betrekking op de informatieasymmetrie die er bestaat tussen de 'repeat-player' en de 'one-shot-player'. Door het gebrek aan informatie bij de one-shot-player kan deze partij de mogelijkheid verliezen om zijn vordering rechtens af te dwingen. Ter verkleining van deze valkuil wordt voorgesteld om een informatieplicht te ontwikkelen voor de repeat-player schuldenaar. De tweede valkuil betreft het feit dat in titel 11 van Boek 3BW geen stuitende werking is toegekend aan onderhandelingen. Dit veroorzaakt onduidelijkheid en kosten voor de one-shot-player eiser. In dit hoofdstuk wordt daarom bepleit om onderhandelingen als algemene stuitingswijze te erkennen. De derde en laatste valkuil die behandeld wordt heeft betrekking op de onzekerheid die er bij de schuldenaar bestaat omtrent de aanvang van de subjectieve termijn. Doordat de aanvang van deze verjaringstermijn afhankelijk is gesteld van de kennis van de eiser met het bestaan van de vordering en de schadeveroorzaker, is het voor de schuldenaar moeilijk deze aanvang te betwisten. Als oplossing wordt aangevoerd om de subjectieve termijn op twee plaatsen te objectiveren.

7.1 Inleiding

Wanneer een niet-juridisch onderlegde burger een buitencontractuele vordering heeft op een bank, verzekeraar of overheidsinstantie kan hij door verjaring de mogelijkheid om deze vordering in rechte af te dwingen verliezen. Een gemiste termijn of onwetendheid betreffende stuitingshandelingen kan fataal zijn. Vice versa kan ook de schuldenaar in valkuilen trappen, zoals de valkuil betreffende de bewijsproblematiek omtrent de aanvang van de subjectieve termijn. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is hoe de verjaringsregels voor delictuele vorderingen idealiter dienen te luiden zodat valkuilen voor de one-shot-player schuldeiser en de repeat-player schuldenaar geminimaliseerd worden, de verwezenlijking van vorderingen

gemaximaliseerd en het beroep op de rechter geoptimaliseerd. Om de hoofdvraag te beantwoorden, zullen eerst de belangen van de verschillende partijen en de valkuilen geschetst worden (par. 7.2, 7.3). In paragraaf 7.4 zal vervolgens op grond van rechtseconomische afwegingen een beeld van het optimale verjaringsrecht worden gegeven voor delictuele vorderingen. Aan de hand van dit optimale verjaringsrecht zal in paragraaf 7.5 worden onderzocht hoe de drie valkuilen kunnen worden geminimaliseerd. Tot slot zullen er in het kader van de beantwoording van de hoofdvraag verscheidene aanbevelingen worden gedaan.

7.2 Betrokken belangen bij het verjaringsrecht

Het verjaringsrecht heeft invloed op verschillende partijen. Al deze partijen hebben dan ook belang bij een evenwichtige vormgeving van het verjaringsrecht. Ten eerste is er het belang van de schuldeiser. Voor deze partij is het belangrijk om een eerlijke en voldoende gelegenheid te hebben om zijn vordering te onderzoeken, de schuldenaar aan te spreken en eventueel een rechtsmiddel in te stellen.¹ Dit gaat samen met de behoefte aan rechtszekerheid en wetgeving waaruit de schuldeiser eenvoudig zijn rechten kan afleiden, zodat de eiser vervolgens op een vlotte en ongecompliceerde manier zijn aanspraak kan maken.

Ten tweede is er het belang van de schuldenaar. Voor deze partij is vooral rechtszekerheid van grote waarde.² De schuldenaar dient beschermd te worden tegen oude aanspraken, omdat deze kunnen zorgen voor een zwakke bewijspositie.³ Verder is het in het belang van de schuldenaar dat zijn aansprakelijkheid in tijd begrensd wordt en hij erop kan vertrouwen dat zijn vermogenspositie overeenstemt met de gedurende lange tijd bestaande toestand.⁴

Ten derde is het verjaringsrecht van groot belang voor de rechterlijke macht. Het verstrijken van de tijd heeft namelijk een vertroebelende werking op het bewijsmateriaal, waardoor het steeds moeilijker wordt om vast

1 N.H. Andrews, 'Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy', *The Cambridge Law Journal* (57) 1998-3, p. 593.

2 C.J.H. Brunner e.a., *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk RechtDeel 4), Deventer: Kluwer 2011, nr. 304.

3 Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II*. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 381; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 171.

4 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 171, 172; C.J.H. Brunner e.a., *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk RechtDeel 4), Deventer: Kluwer 2011, nr. 304.

te stellen of een aanspraak daadwerkelijk bestaat en of er weren tegenin gebracht kunnen worden.⁵ Als gevolg hiervan kunnen de proceskosten toenemen en wordt de kans op het nemen van onjuiste beslissingen vergroot, wat kan leiden tot het ontstaan van zogenaamde foutkosten.⁶ Tevens kunnen onjuiste beslissingen leiden tot een afname van het vertrouwen in de rechterlijke macht.⁷

Ten vierde is er het belang van de wetgever. De wetgever wil met het verjaringsrecht rechtszekerheid bieden en het algemeen belang van de gemeenschap bevorderen. Rechtszekerheid betreffende verjaringstermijnen stimuleert de economie, bewaart de vrede en zorgt ervoor dat rechtsgedingen niet oneindig voortduren, zo is de gedachte.⁸ Het is voor de wetgever daarom van belang om begrijpelijk, inzichtelijk en eenvoudig verjaringsrecht te vormen.⁹

-
- 5 Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II**. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2009, nr. 382.
- 6 M. Baker & T.J. Miceli, 'Statutes of Limitations for Accident Cases: Theory and Evidence', *Research in Law and Economics* (19) 2000, p. 47. In de rechts-economie worden foutkosten omschreven als de sociale kosten, die gegenereerd worden wanneer een rechtssysteem faalt in het uitvoeren van toegekende allocatie- of andere maatschappelijke functies. Zie R.A. Posner, 'An economic approach to legal procedure and judicial administration', *The Journal of Legal Studies* (2) 1973- 2, p. 400. Posner veronderstelt namelijk dat rechterlijke fouten leiden tot het afgeven van verkeerde gedragsprikkel met als gevolg dat er sociale kosten ontstaan en dat deze kosten tot het minimum moeten worden beperkt. Deze gevolgtrekking wordt echter betwijfeld door Hylton. Hij voert aan dat het model van Posner beperkt is en dat de sociale (on)wenselijkheid van rechterlijke fouten niet zo eenvoudig kan worden bepaald, in K.N. Hylton, 'Costly Litigation and Legal Error under Negligence', *Journal of Law, Economics and Organization* (6) 1990- 2, p. 445, 446.
- 7 Een kanttekening hierbij is dat het vertrouwen in de rechterlijke macht ook afhankelijk is van vertrouwen in instituties van de rechtsstaat in het algemeen en dit vertrouwen tevens sterk wordt beïnvloed door de media, M. Barendrecht, 'Verantwoording van rechtspraak richting burger', *Justitiële verkenningen* 2009, p. 7.
- 8 Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II**. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2009, nr. 383.
- 9 C.H. van Dijk, 'Stuiving en verjaring: nog steeds veel onzekerheid?', *AV&S* 2008- 21.

7.3 Valkuilen in het verjaringsrecht

Het huidige verjaringsrecht voldoet niet geheel aan de hiervoor genoemde belangen van partijen. Een aantal valkuilen staat hieraan in de weg. De eerste valkuil is de informatieasymmetrie die bestaat tussen de repeat- en de one-shot-player. In het verjaringsrecht bezit de repeat-player veel kennis over de specifieke regels omtrent de naleving van termijnen en de vormen van stuiting, welke informatie de one-shot-player niet bezit. Dit informatiegebrek kan met betrekking tot verjaring grote gevolgen hebben, zoals het verval van de mogelijkheid om een verbintenis in rechte af te dwingen. Tevens is de repeat-player meestal beter in staat de kans op aansprakelijkheid, zijn potentiële winkans en de hoogte van de schadevergoeding in te schatten. Dit geeft de repeat-player een sterkere positie tijdens onderhandelingen en een eventueel proces.

De tweede valkuil is de omstandigheid dat onderhandelingen in titel 11 van boek 3 BW niet worden erkend als stuitingshandeling.¹⁰ Het ontbreken van de stuitende werking van onderhandelingen werkt als valkuil voor de one-shot-player eiser. Deze kan namelijk onbekend zijn met de mogelijkheid dat de verjaringstermijn afloopt tijdens de onderhandelingen. Tevens is het feit dat onderhandelingen niet stuiten contrair aan het vertrouwen dat door de onderhandelingen wordt opgewekt, en is de kans groot dat een one-shot-player eiser er niet op bedacht is dat hij op een andere wijze dient te stuiten.¹¹ Daarnaast dient de eiser extra kosten te maken om alsnog op een andere manier te stuiten en kan zo een stuitingshandeling gedurende onderhandelingen verstrend werken.¹² Eveneens bestaat het gevaar dat de

10 In HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195, r.o. 3.5, 3.6 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense), is geoordeeld dat aan onderhandelingen geen stuitende werking toekomt, maar dat wel mogelijk is dat het onder omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich op verjaring beroept als de verjaringstermijn gedurende de onderhandelingen is voltooid. In principe stuiten slechts gedurende de onderhandelingen gedane schriftelijke aanmaningen of mededelingen, welke voldoen aan de eisen van art. 3:317 lid 1 BW.

11 Een stuitingshandeling dient de schuldenaar bekend te maken met het feit dat de eiser nog nakoming verlangt, zodat de schuldenaar zijn bewijspositie verzekert en zijn vermogenspositie op nakoming inricht. Aan onderhandelingen is inherent dat de schuldenaar begrijpt dat de eiser voldoening van zijn vordering wenst. Zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 171, 172 en 183.

12 J.G.A. Linssen & A.C. van Schaick, *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 94.

repeat-player schuldenaar met opzet de onderhandelingen rekt in de hoop dat de schuldeiser niet weet dat de verjaring doorloopt.¹³

De derde valkuil is de onzekerheid rondom de aanvang van de subjectieve termijn. Deze onzekerheid is voor de schuldenaar een valkuil aangezien het betwisten van het moment van bekendheid van de eiser met het bestaan van de vordering en de schadeveroorzaker een zware bewijslast met zich kan meebrengen.¹⁴ Subjectieve bekendheid speelt zich namelijk af in het hoofd van de eiser, waardoor mogelijk strategisch gedrag van de eiser in het huidige verjaringsrecht moeilijk kan worden tegengegaan of worden bewezen.¹⁵

7.4 Hoe de belangen van partijen optimaal gediend worden

7.4.1 Inleiding

Voordat de in paragraaf 7.3 genoemde valkuilen geminimaliseerd kunnen worden dient duidelijk te zijn hoe het optimale verjaringsrecht eruit hoort te zien voor het delictuele geval waarin een one-shot-eiser een vordering instelt tegen een repeat-player schuldenaar. In deze paragraaf zal dit optimale recht worden bepaald voor het aanvangsmoment (par. 7.4.2.), de duur van de verjaringstermijn (par. 7.4.3.) en de wijzen van stuiting van de verjaring (par. 7.4.4.).

13 C.H. van Dijk, 'Stuiting bij Personenschade', *TVP* 1998-3; J.G.A. Linssen & A.C. van Schaick, *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 94.

14 Tot voor kort was de subjectieve termijn ook voor de eiser een valkuil, omdat de objectieve termijn al verstreken kon zijn voordat de subjectieve termijn überhaupt was aangevangen en de eiser zijn aanspraak kon maken. Ter verkleining van deze valkuil heeft de wetgever de objectieve termijn in art. 3:310 BW voor bepaalde gevallen daarom verlengd tot dertig jaar (bijvoorbeeld voor milieuschade) of zelfs helemaal afgeschaft (letselschade). Zie C.J.H. Brunner e.a., *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk RechtDeel 4), Deventer: Kluwer 2011, nr. 311, 313.

15 HR 17 februari 2012, *RvdW* 2012, 323 (concl. P-G C.L. De Vries Lentsch-Kostense); HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 (concl. J. Spier); J.J. van Hees, 'Recensie' (bespreking van: M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Kluwer: Deventer 1993), *NJB* 1995-25; HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 (concl. A-G A.S. Hartkamp).

7.4.2 *Het optimale aanvangsmoment van de verjaringstermijn*

Er zijn in de literatuur drie kenmerken geïdentificeerd waaraan het aanvangsmoment van de verjaring dient te voldoen.¹⁶ In deze paragraaf wordt in kaart gebracht welk belang ieder van de in paragraaf 7.3 genoemde partijen bij deze kenmerken heeft. Aan de hand daarvan zal geconcludeerd worden welk gewicht er aan elk kenmerk moet worden gekoppeld om het optimale aanvangsmoment vorm te geven.

Ten eerste dient er omtrent de aanvang van de termijn ‘rechtszekerheid’ te bestaan, met dit kenmerk wordt bedoeld op eenvoud, efficiëntie, toegankelijkheid, voorspelbaarheid en stabiliteit rondom het recht betreffende het startpunt van verjaring.¹⁷ Alle partijen hebben een groot belang bij dit kenmerk. Het is belangrijk dat het aanvangsmoment van de termijn voorspelbaar is, eenvoudig valt te achterhalen en is vast te stellen. Voor elk van de partijen betekent rechtszekerheid namelijk een reductie van de informatie- en bewijskosten. Ook heeft het bevorderen van de rechtszekerheid tot gevolg dat partijen minder vaak een beroep op de rechter hoeven te doen om helderheid te verkrijgen rondom het startpunt van de verjaring, hetgeen de onderhandelingen stimuleert en de rechtbank- en procesvoeringskosten beperkt.

Ten tweede dient de aanvang te voldoen aan het kenmerk ‘rechtstreeksheid’. Dit houdt in dat de start van de verjaringstermijn dichtbij het incident dat aanleiding geeft tot de vordering dient te liggen.¹⁸ Wat betreft dit kenmerk verschillen de belangen. Bij het nastreven van rechtstreeksheid kan de eisende partij nadeel ondervinden, omdat rechtstreeksheid kan betekenen dat de verjaringstermijn start zonder dat vereist is dat de eiser enige kennis heeft van de vordering of de veroorzaker. Hierdoor wordt zijn gelegenheid tot het instellen van een vordering mogelijk beperkt. De schuldenaar heeft daarentegen duidelijkheid over de periode waarin hij aansprakelijk kan worden gesteld, wat hem zekerheid verschaft omtrent zijn vermogenspositie. Het belang voor de rechterlijke macht bij dit tweede kenmerk is gematigd positief, enerzijds reduceert een directe aanvang van de termijn de mogelijkheid tot instellen van vorderingen waardoor het aantal proce-

16 Deze kenmerken zijn ontwikkeld door de Engelse Law Reform Commission in 1977. Zie N.H. Andrews, ‘Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy’, *The Cambridge Law Journal* (57) 1998- 3, p. 598.

17 N.H. Andrews, ‘Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy’, *The Cambridge Law Journal* (57) 1998- 3, p. 598.

18 N.H. Andrews, ‘Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy’, *The Cambridge Law Journal* (57) 1998- 3, p. 598.

dures en de bijbehorende kosten zouden kunnen dalen. Anderzijds kan het vertrouwen van eisers in de rechterlijke macht dalen, nu hun recht vervalt op een voor hen onbillijk ogende procedureregulering. Het belang van de wetgever bij rechtstreeksheid heeft ook twee zijden, dit kenmerk voorkomt onduidelijkheid omtrent het aanvangsmoment, maar levert tevens een grote beperking op van het door de wetgever aan de eiser toegekende vorderingsrecht.

Ten derde is er het kenmerk ‘uitvoerbaarheid’. Dit kenmerk eist dat het aanvangsmoment een moment is dat bekend is bij de potentiële eiser, zodat gewaarborgd wordt dat de termijn enkel loopt als de eiser zijn aanspraak geldend kan maken.¹⁹ Uitvoerbaarheid impliceert dus een subjectieve aanvang van de verjaringstermijn. De uitwerking van de belangen bij dit kenmerk is het spiegelbeeld van het tweede kenmerk. Uitvoerbaarheid geeft de schuldeiser namelijk een ruime mogelijkheid om aanspraak te maken op zijn vordering, terwijl de schuldenaar in onzekerheid verkeert en hoge bewijskosten dient te maken om het aanvangsmoment te betwisten. Doordat het subjectieve startmoment moeilijk bepaalbaar is, wordt de onzekerheid omtrent het feit of de vordering al dan niet verjaard is, vergroot. Dit heeft een polariserend effect op de verhouding tussen partijen, waardoor de kans dat er onderhandelingen tot stand komen kleiner wordt.²⁰ Om alsnog zekerheid te verkrijgen zullen partijen een procedure moeten starten, waardoor de proces- en rechtbankkosten kunnen toenemen. Wel wordt de door de schuldeisers ervaren rechtvaardigheid van de wetgeving vergroot.

Conclusie na afweging van alle bovenstaande invalshoeken

Bij afweging van alle belangen staat voorop dat er rechtszekerheid dient te bestaan omtrent de aanvang van de verjaringstermijn. Het is echter onaanvaardbaar dat deze rechtszekerheid leidt tot situaties, waarin de eiser in het geheel geen mogelijkheid heeft gehad om zijn vordering in te stellen. Anderzijds zorgt een subjectieve termijn ervoor dat de schuldenaar geen inzicht heeft in het exacte startmoment van de verjaring en de eiser niet geprikkeld wordt om zo snel mogelijk na het verkrijgen van wetenschap zijn aanspraak te maken. Het is daarom van belang dat een subjectief startmoment waar mogelijk geobjectiveerd wordt.

19 N.H. Andrews, ‘Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy’, *The Cambridge Law Journal* (57) 1998-.3, p. 598; Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II**. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2009, nr. 401.

20 K.N. Hylton, ‘Asymmetric Information and the Selection of Disputes for Litigation’, *The Journal of Legal Studies* (22) 1993- 1, p. 196.

7.4.3 De duur van de verjaringstermijn

De af te wegen belangen van de betrokken partijen met betrekking tot bepaling van de optimale lengte van de termijn kunnen worden gegroepeerd in drie categorieën. Ten eerste dient deze optimale termijn *kostenreducerend* te werken. Voor het verminderen van de informatiekosten dient er rechtszekerheid te bestaan rondom de lengte van de termijn en dient het eenvoudig te zijn deze termijnen vast te stellen. Voor de reductie van de bewijs- en foutkosten, moet de termijn beperkt worden, zodat er een zekere kwaliteit van bewijs gegarandeerd wordt. Ook voor het terugdringen van de proces- en rechtbankkosten moet de termijn beperkt worden, zodat de eisders niet een oneindige mogelijkheid hebben om een vordering in te stellen bij de rechter. Ten tweede moet de termijn *rechtvaardig en passend* zijn voor het type zaken. In paragraaf 7.2 werd al aangegeven dat de eisende partij in delictszaken voldoende gelegenheid moet hebben om zijn vordering te onderzoeken, een vordering in te dienen bij de schuldenaar en eventueel een rechtsmiddel in te stellen. Tevens moet de termijn lang genoeg zijn om partijen te stimuleren en gelegenheid te geven om door middel van onderhandelingen in het minnelijke traject tot een schikking te komen. Ten derde moet de optimale termijn *de juiste prikkels* afgeven aan beide partijen. Hoe langer de termijn hoe groter het afschrikwekkende effect van een mogelijke vordering is voor de schuldenaar.²¹ Hoe langer de termijn echter is, hoe minder prikkels de schuldeiser ontvangt om op korte termijn zijn vordering in te stellen en rechtszekerheid te verschaffen aan de schuldenaar.

De optimale lengte van de verjaringstermijn kan echter niet eenvoudigweg bepaald worden op grond van het feit dat deze termijn kosten reducerend, rechtvaardig en prikkelend dient te zijn. De optimale lengte hangt namelijk sterk samen met de mogelijkheden tot stuiting, het aanvangsmoment en de soort zaak. Afhankelijk van hoe deze kenmerken van verjaring zijn vastgesteld, dient de termijn aan de hand van de bovenstaande categorieën te worden bepaald.²²

21 M. Baker & T.J. Miceli, 'Statutes of Limitations for Accident Cases: Theory and Evidence', *Research in Law and Economics* (19) 2000, p. 47 e.v.

22 Over het algemeen geven lange algemene verjaringstermijnen complexe regimes, de trend is dan ook om meer simpele regimes en kortere periodes te creëren, tegelijkertijd is er ook de trend voor het invoeren van subjectieve termijnen, wat ervoor zorgt dat de termijn pas later begint te lopen. De rechtssystemen in Duitsland, Griekeland, Portugal, Luxemburg, Oostenrijk en Denemarken hebben lange verjaringstermijnen van twintig of dertig jaar gecombineerd met veel uitzonderingen. Zweden, België, Schotland en Engeland hebben korte verjaringstermijnen tussen de drie en zes jaar, waarbij er onderscheid is gemaakt tussen vordering ontstaan uit contract en onrechtmatige daad. O. Lando e.a.

Conclusie na afweging van alle bovenstaande invalshoeken

De optimale termijn hangt sterk samen met de mogelijkheden tot stuiting, het aanvangsmoment en de soort zaak. Met betrekking tot zaken in delict moet er voldoende gelegenheid gegeven worden om onderzoek te verrichten naar de oorzaak, tevens moet er tijd zijn voor onderhandelingen en het vorderen van de claim. De termijn moet echter wel beperkt worden in de tijd om rechtszekerheid te bewerkstelligen en de fout- en bewijskosten te reduceren.

7.4.4 Mogelijkheden tot stuiting

De wetgever heeft aan verscheidende handelingen een stuitende werking verbonden, in deze paragraaf worden deze handelingen besproken en wordt aangegeven wat de voor- en nadelen zijn en welk effect aan de stuitingshandelingen moet worden gegeven. Vervolgens zal geconcludeerd worden aan welke en aan hoeveel handelingen een stuitende werking dient te worden gegeven om het optimale stuitingsrecht te vormen. De optimale stuitingsregeling moet evenals de optimale lengte van de verjaringstermijn gekenmerkt worden door rechtszekerheid, de juiste prikkelende werking voor partijen en een minimalisatie van de informatie-, bewijs-, fout-, rechtbank- en proceskosten. Rechtszekerheid dient er te bestaan omtrent de handelingen met een stuitende werking, de periode waarvoor gestuit wordt, de boodschap die de stuitingshandeling dient te geven en de wijze waarop men stuitingshandelingen interpreteert. De stuiting moet tevens zo worden gevormd dat de eiser geprikkeld wordt om daadwerkelijk actie te ondernemen, bijvoorbeeld door de mogelijkheden van stuiting aan voorwaarden of aan een bepaalde termijn te verbinden. Aan de hand van deze kenmerken kan bepaald worden hoe de verschillende aspecten van de stuitingsregeling moet worden vormgegeven.

Een schriftelijke aanmaning/mededeling

De schriftelijke aanmaning of mededeling is een betrekkelijk eenvoudige en goedkope stuitingshandeling. Deze stuitingswijze kan echter wel leiden tot interpretatieproblemen.²³ Veel discussie kan er bijvoorbeeld ontstaan over het feit of de mededeling voldoende duidelijk was voor de schuldenaar en hoe de brief gezien dient te worden in het licht van de eerdere

(red.), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International: Den Haag 2003, p. 164, 165; J.G.A. Linssen, A.C. van Schaick, *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 71.

23 HR 25 januari 2002, NJ 2002, 169 (concl. A-G Bakels).

correspondentie.²⁴ Het is dan ook belangrijk dat er duidelijkheid bestaat omtrent de interpretatiewijze. De schriftelijke aanmaning is een laagdrempelige manier van stuiten, dit kan tot gevolg hebben dat de eiser weinig prikkels ontvangt om de aanmaning daadwerkelijk gevolg te geven. Om de eisende partij hiertoe te stimuleren dient de start van de nieuwe termijn gepaard te gaan met enige beperkingen. Hierbij kan gedacht worden aan de voorwaarde dat er binnen een afzienbare tijd een procedure of onderhandelingen gestart dienen te worden.²⁵ Ook zou slechts het effect van verlenging kunnen worden verbonden aan de schriftelijke aanmaning, in plaats van de aanvang van een nieuwe termijn.

*Een daad van rechtsvervolging*²⁶

Een daad van rechtsvervolging is effectief en geeft een duidelijke boodschap af aan de schuldenaar. Het nadeel van deze stuitingswijze is dat het voor de one-shot-player schuldeiser moeilijk is om alle voor- en nadelen rondom het starten van een procedure af te wegen, hetgeen hoge informatiekosten met zich mee kan brengen. Ook zijn er hoge proceskosten verbonden aan het instellen van een procedure door de eiser. Een daad van rechtsvervolging als stuitingshandeling dient de start van een nieuwe verjaringstermijn tot gevolg te hebben, omdat deze handeling rechtszekerheid bewerkstelligt voor beide partijen. Wel dient er een voorbehoud gemaakt te worden, zoals in het huidige artikel 3:316 lid 2 BW. Hierdoor start er slechts een nieuwe termijn indien de daad van rechtsvervolging daadwerkelijk rechtszekerheid bewerkstelligt.

Erkenning

Erkenning is een eenvoudige stuitingshandeling, welke door schuldenaar wordt verricht. Erkenning kan voor de nodige complicaties zorgen, bijvoorbeeld als de schuldenaar achteraf zijn erkenning betwist of aangeeft dat zijn handelen niet als erkenning heeft te gelden. Het is daarom van groot belang dat er zekerheid bestaat omtrent de handelingen die geïnterpreteerd worden

24 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 176.

25 Zie art. 3:317 lid 2 BW.

26 In Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II*. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 425 worden onder meer de volgende handelingen beschouwd als daad van rechtsvervolging: een dagvaarding, een bij wege van vermeerdering van eis ingestelde vordering die als nieuwe vordering kan worden beschouwd, het uitlokken van een arbitrale beslissing, het indienen door de schuldeiser van een verzoekschrift ter griffie, een eis in reconventie, de indiening van een vordering ter verificatie, of ter beslaglegging.

als erkenning en dat deze lijst limitatief is. Met het oog op de bewijsproblematiek die naderhand kan ontstaan, moeten er eisen worden gesteld aan de vormen van erkenning. Het effect van een erkenningshandeling dient naar mijn mening het begin van een nieuwe verjaringstermijn te zijn, vooral nu het initiatief komt van de schuldenaar.

Onderhandelingen

Onderhandelingen voldoen aan de ratio van het concept stuiting.²⁷ Het stimuleren van onderhandelingen door het toekennen van een stuitende werking levert voor partijen en de rechterlijke macht in veel gevallen een voordeel op. Extra kosten voor andere wijzen van stuiting kunnen namelijk bespaard worden en onderhandelingen kunnen in sommige gevallen procedures voorkomen, wat leidt tot de besparing van de anders eventueel gemaakte rechtbank-, procedure- en foutkosten. Ook is het stimuleren van onderhandelingen zinvol, omdat partijen in hun overwegingen om een procedure te starten niet alle kosten meewegen, zoals de tijd die rechters aan de zaak zullen besteden en alle daarmee gepaarde publieke kosten.²⁸ Tevens voorkomt het stuiten van de verjaring door onderhandelingen dat de onderhandelingen worden verstoord door andere stuitingswijzen en eventueel strategisch gedrag van de schuldenaar.²⁹ In verband met de rechtszekerheid is het van belang dat er vastgelegd wordt wat exact als onderhandeling wordt gezien en door welke handelingen de onderhandelingen worden beëindigd.³⁰ Aangezien tijdens onderhandelingen duidelijk wordt waar de exacte knelpunten liggen, dienen onderhandelingen naar mijn mening enkel tot de start van een nieuwe korte verjaringstermijn of als verlengingsgrond te werken. In veel gevallen heeft de eiser namelijk na de onderhandelingen een goed beeld van de zaak waardoor hij in staat is om binnen afzienbare tijd te beslissen of hij een procedure zal starten.³¹

27 Zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 171, 172 en 183.

28 S. Shavell, 'Economic Analysis of Litigation and the Legal Process', *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, Paper 404, p. 18.

29 C.H. van Dijk, 'Stuiting bij personenschade', *TVP 1998-3*; J.G.A. Linssen, A.C. van Schaick, *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 94.

30 O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International: Den Haag 2003, p. 188.

31 O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International: Den Haag 2003, p. 186.

Conclusie na afweging van alle bovenstaande invalshoeken

Omtrent de stuitingshandeling dient rechtszekerheid te bestaan, tevens moet de handeling de juiste prikkels geven en kostenbesparend zijn. Afhankelijk van de stuitingsvorm dient bepaald te worden welk effect aan de handeling moet worden toegekend: de aanvang van een nieuwe termijn, schorsing of verlenging. Per saldo dient de eiser voldoende gelegenheid te krijgen om tot inning van de vordering te komen. In een optimale verjaringsregeling bestaat er slechts een beperkt aantal stuitingshandelingen of feiten, zodat voorkomen wordt dat er onduidelijkheid bestaat over welke omstandigheden stuiten. Idealiter bestaan er in deze regeling eenvoudige en goedkope stuitingswijzen naast meer rechtszekerheid gevende en kostbare wijzen, zodat de eiser een keuze toekomt.

7.5 Minimaliseren van de valkuilen

7.5.1 Inleiding

Aan de hand van de gemaakte afwegingen in paragraaf 7.4 wordt in deze paragraaf behandeld hoe het huidige recht veranderd moet worden om de drie valkuilen te minimaliseren.

7.5.2 Informatieasymmetrie

Om de informatieasymmetrie te minimaliseren zou men kunnen pleiten voor de vorming van meer specifieke wetgeving ten aanzien van de behandeling van verjaring en de afweging van de aansprakelijkheid. Uitgebreidere regelgeving biedt rechtszekerheid en helpt de one-shot-player eiser om zijn kansen beter in te schatten, waardoor hij sterker staat in (buitengerechtelijke) onderhandelingen.³² Met het uitbreiden en verfijnen van het verjaringsrecht is het grootste probleem echter niet opgelost, want hoe komt de eiser te weten welke regels er precies bestaan en hoe deze geïnterpreteerd dienen te worden? De kortste weg om dit te bewerkstelligen is door de repeat-player schuldenaar een plicht te geven om zijn informatie te delen met de one-shot-player eiser.

Het doel en de strekking van de potentiële informatieplicht en de onderliggende zorgvuldigheidsnorm voor de repeat-player schuldenaar, is naar mijn mening gebaseerd op de bescherming van het vertrouwen van de one-shot-player eiser. De repeat-player neemt als grote en sterke partij een

32 Dit is economisch onderbouwd in het Priest-Kleinmodel. Zie K.N. Hylton, 'Asymmetric Information and the Selection of Disputes for Litigation', *The Journal of Legal Studies* (22), 1993-1, p. 196.

belangrijke maatschappelijke positie in. Handelend vanuit deze positie kan de repeat-player, door bijvoorbeeld onderhandelingen, bij de one-shot-player het vertrouwen wekken dat de vordering wordt uitgezocht en er kans op nakoming aanwezig is. Achteraf kan dan blijken dat het recht op nakoming is vervallen, wat in strijd is met het opgewekte vertrouwen bij de schuldenaar. Tevens bevindt de repeat-player zich in de positie om de one-shot-player onmiddellijk de vereiste zorg te bieden.³³

Economisch gezien is een informatieplicht voordelig, omdat de informatie op een goedkope en effectieve wijze bij de eiser terecht komt. Daarnaast kan de ontvangen informatie de eiser stimuleren zijn vordering binnen de termijn te innen en op de juiste wijze te stuiten, met als gevolg dat er meer vorderingen daadwerkelijk worden geïnd en nagekomen. Dit prikkelt vervolgens een potentiële repeat-player schadeveroorzaker om voorzichtiger te handelen, omdat de kans dat hij de (schade)vordering dient te voldoen groter wordt. Door de rechter zal het bestaan van de potentiële informatieplicht in een bepaalde situatie beoordeeld moeten worden aan de hand van het feit of de repeat-player, gezien de aard van het risico, voldoende zorg heeft betracht. In het algemeen zal naar mijn mening dan moeten gelden dat de kelderluikcriteria met zich meebrengen dat naarmate een repeat-player meer signalen van onwetendheid van de one-shot-player schuldenaar ontvangt, de ruimte om niet te informeren afneemt.³⁴

Tegen het vormen van een informatieplicht kunnen verscheidene bezwaren worden gemaakt. Men zou bijvoorbeeld op grond van het adagium ‘een ieder geacht wordt de wet te kennen’ kunnen bepleiten dat het niet de taak van de wetgever is om informatieplichten te vormen gericht op het bekend maken met wet- of regelgeving. Hier kan tegenin worden gebracht dat bij zorgplichten de uit het Kelderluik arrest voortvloeiende kenmerken centraal staan, namelijk het belang van de partij, de afhankelijkheid van een derde, de nabijheid en een eventuele anterieure verantwoordelijkheid.³⁵ Tot deze kenmerken behoort niet wat de aard van de informatie exact is.³⁶ Tevens wordt in de literatuur betoogd dat het adagium ‘een ieder wordt

33 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer: Deventer 2006, p. 163.

34 In HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (m.nt. G.J. Scholten).

35 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer: Deventer 2006, p. 170.

36 De in het bestuursrecht bestaande informatieasymmetrie tussen repeat player (overheid) en one shot player (burger) werd opgelost door in de artikelen 3:45 en 6:23 AWB bestuursorganen te verplichten tot het vermelden van de termijnen van beroep en bezwaar, welke termijnen de burger ook kon vinden in datzelfde wetboek.

geacht de wet te kennen' anno nu met betrekking tot het verjaringsrecht geen toepassing meer kan vinden.³⁷

Een ander bezwaar met betrekking tot de informatieplicht kan zijn dat de rechterlijke controle op de naleving van de potentiële informatieplicht omtrent het verjaringsrecht een schending van artikel 3:322 lid 1 BW inhoudt en impliciet in strijd is met de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van verjaring, partijen bepalen immers de aard en de omvang van het geschil.³⁸ Volgens Koopmann vloeit hieruit voort dat een vraag of aanwijzing naar de verjaring door de rechter tijdens een comparitie van partijen in strijd met het beginsel van lijdelijkheid van de rechter.³⁹ Deze strikte verdeling van de taken tussen de rechter en partijen wordt door Asser, Groen en Vranken echter genuanceerd. Naar hun mening is het gebruik van het begrippenpaar 'partijautonomie' en 'rechterlijke lijdelijkheid' niet vanzelfsprekend.⁴⁰ Zij pleiten voor een coöperatieve houding van partijen, welke gestimuleerd kan worden doordat concrete voorschriften duidelijk maken wat er van partijen verwacht wordt op het punt van voorbereiding en informatieverstrekking.⁴¹ Ook doen zij de aanbeveling om de rechter de bevoegdheid te geven ambts-halve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke of rechtsgrond

37 A.E. Dek, 'Een ieder wordt geacht de wet te kennen! Enkele opmerkingen over de relatieve verjaringstermijn in asbestzaken', *TMA* 1998- 5, p. 153.

38 De ratio achter art. 3:322 lid 1 BW wordt gevonden in het feit dat de rechter niet kan weten of een op het eerste gezicht voltooide verjaring is gestuit of verlengd, M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer Kluwer 2010, p. 25

39 M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer Kluwer 2010, p. 25.

40 Ze bepleiten dat er geen sprake is van een keuze tussen een 'liberale' ratio (de partijen hebben het voor het zeggen en de overheidsrechter moet zo veel mogelijk lijdelijk zijn) tegenover een 'sociale' ratio (de overheidsrechter als representant van de gemeenschap dient zich actief te bemoeien met het proces), maar van een gezamenlijk te dragen verantwoordelijkheid van alle actoren in het proces, W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 46; Ook volgens de Bock is er niet zoiets als een lijdelijke rechter. Naar haar mening dient de civiele rechter zich actief met het geschil te bemoeien, R.H. de Bock, *Serie Burgerlijk Proces & Praktijk. Deel XI. Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 2011, p. 59, 111, 123, 128.

41 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 54.

die in de stellingen van een partij niet is aangetroffen en aangevoerd, als de rechter dat van belang vindt voor de beoordeling van de zaak.⁴²

De invoering van een informatieplicht past in het kader van de bovengenoemde nuancering en aanbevelingen. De rechterlijke controle van een potentiële informatieplicht stimuleert partijen namelijk tot het aannemen van een coöperatieve houding, wat de informatieasymmetrie verkleint. Men kan zich echter afvragen of met de rechterlijke controle op de informatieplicht de onpartijdigheid van de rechter niet in de waagschaal wordt gesteld.⁴³ Naar mijn mening is hier geen sprake van, omdat de informatieplicht slechts betekent dat de rechter nagaat of de plicht is nagekomen. Tevens is de rechter eerder geoorloofd om binnen de grenzen van de goede procesorde ambtshalve in te grijpen, naarmate er meer scheefgroei is tussen de partijen.⁴⁴ Kortom, door een informatieplicht te creëren wordt de informatieasymmetrie verkleind en de positie van de one-shot-player versterkt.

7.5.3 Onderhandelingen

7.5.3.1 Inleiding

In paragraaf 7.4.4. is gebleken dat er alle reden toe is om onderhandelingen te stimuleren door het toekennen van een stuitende werking. Een belangrijke vervolgvraag is hoe de onderhandelingen als stuitingswijze in het Burgerlijk Wetboek moet worden vormgegeven. Om tot de beantwoording van deze vraag te komen, moet eerst duidelijk worden of er een aparte bepaling moet komen voor deze stuitingswijze of dat artikel 3:317 BW ruimer geïnterpreteerd moet worden (par. 7.5.3.2.). Ten tweede moet beoordeeld worden wanneer de onderhandelingen beginnen en eindigen en of de onderhandelingen leiden tot de start van een nieuwe termijn, verlenging of het ‘stilzetten van de klok’ (par. 7.5.3.3.).⁴⁵

42 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgeverij: Den Haag 2006, p. 82.

43 G. de Groot, ‘Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht’, in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2012-1), Kluwer: Deventer 2012, p. 99.

44 Zie de reactie van de minister van Justitie, *Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht*, ministerie van Justitie 2007, punt 34, p. 15, 16 (*Kamerstukken II 2006/07*, 30 951, nr. 1)

45 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 186.

7.5.3.2 Een nieuwe bepaling?

In de literatuur is voorgesteld om artikel 3:317 lid 1 BW extensief uit te leggen. Dit houdt in dat de verjaring wordt gestuit door iedere tijdens de onderhandelingen gedane schriftelijke mededeling van de schuldeiser of de schuldenaar, ook indien niet met zoveel woorden uit het geschrevene blijkt dat de schuldeiser zijn nakomingsrecht voorbehoudt, omdat dit uit de ratio van de onderhandelingen zelf voortvloeit.⁴⁶ Indien hiervoor wordt gekozen is er dus geen nieuwe wetsbepaling nodig.⁴⁷

Een extensieve uitleg van artikel 3:317 lid 1 BW heeft dan tot gevolg dat enkel schriftelijke mededelingen worden aangemerkt als ‘onderhandeling’. Een vraag is of ook niet-schriftelijke uitingen gedaan tijdens de onderhandelingen als zodanig moeten worden aangemerkt. Met het oog op de ratio van stuiting dient naar mijn mening een telefonische mededeling net als een schriftelijke mededeling te gelden als ‘onderhandeling’.⁴⁸ Tevens wordt in artikel 10 lid 5 WAM en artikel 7:942 lid 3 BW iedere uiting beschouwd als onderhandeling.⁴⁹ Enkel de mededeling van de verzekeraar waaruit de benadeelde dient te begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit kan niet worden aangemerkt als onderhandeling.⁵⁰ Om onzekerheid te voorkomen rondom de start van de verjaring vangt de nieuwe verjarings-termijn in deze regelingen pas aan op een rechtszeker moment, zoals de dag nadat een van de partijen hetzij de aanspraak heeft erkend, hetzij bij deurwaardersexploot of aangetekende brief aan de andere partij heeft kennisgegeven dat zij de onderhandelingen afbreekt.

46 C.G. Breedveld-De Voogd & C.J.J.M. Stolker, *WPNR 1993-6085*, p. 203; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 186. Tegengeluiden zijn er ook, volgens Bakels in zijn noot bij HR 25 januari 2002, *NJ 2002*, 169 gaat het te ver om elke schriftelijke stap gedurende onderhandelingen steeds te laten gelden als een mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW. Ook A-G De Vries Lentsch-Kostense is deze mening toegedaan, zie haar conclusie bij HR 14 februari 1997, *NJ 1997*, 244.

47 Wel is het nodig dat de Hoge Raad omgaat ten aanzien van hetgeen geoordeeld is in 2002, zie noot 10 omtrent HR 1 februari 2002, *NJ 2002*, 195, r.o. 3.5 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostene).

48 Zie noot 11.

49 Uit *Kamerstukken II 2007/08*, 31518, nr. 3, p. 25 volgt dat voor de uitleg van art. 7:942 lid 3 BW aansluiting kan worden gezocht bij de interpretatie van het begrip ‘iedere onderhandeling’ in de WAM, aldus M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer Kluwer 2010, p. 31.

50 BenGH 20 januari 1984, *NJ 1986*, 1; BenGH 20 oktober 1989, *NJ 1990*, 660; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 300; M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer Kluwer 2010, p. 31.

Op grond van de in paragraaf 7.4.4 genoemde vereisten voor de optimale stuitingswijze moet er worden afgewogen of er met betrekking tot onderhandelingen een nieuwe ruime bepaling moet komen of dat artikel 3:317 lid 1 BW extensief moet worden uitgelegd. Ten eerste dient te worden afgewogen welke optie de meeste rechtszekerheid garandeert. Bij de extensieve interpretatie van artikel 3:317 lid 1 BW wordt met iedere verzonden brief de verjaringstermijn vooruit geschoven. Bij het bepalen van het einde van de termijn kan dit onduidelijkheid en onzekerheid met zich meebrengen. Daarnaast kan de schuldenaar betwisten dat de schriftelijke mededeling heeft plaatsgevonden in het kader van onderhandelingen en tevens dat de mededeling een ondubbelzinnige mededeling in de zin van artikel 3:317 lid 1 BW bevat. Naar mijn mening wordt de meeste rechtszekerheid dan ook geboden door het vormen van een nieuwe bepaling, mits er net zoals in de WAM en artikel 7:942 lid 3 BW een duidelijk einde van de onderhandelingen wordt geëist, vanaf welk moment de nieuwe termijn aanvangt. Ten tweede dient te worden afgewogen welke optie leidt tot de grootste reductie van de informatie-, bewijs-, fout-, rechtbank- en proceskosten. De grootste reductie zal worden bewerkstelligd door het vormen van een nieuwe bepaling in combinatie met een duidelijk eindmoment van de onderhandelingen. Een aangetekende brief of een deurwaardersexploot om het einde te markeren, brengt in eerste instantie meer kosten met zich mee, maar verkleint op de lange termijn onduidelijkheid rondom het start- en eindmoment van de verjaringstermijn en de daarmee samenhangende bewijskosten. Tevens verkleint deze zekerheid de kans op onenigheid tussen partijen en een hieruit voortvloeiende procedure. Ook zorgt deze rechtszekerheid ervoor dat de kans op rechterlijke fouten en eventuele foutkosten wordt gereduceerd.

Gezien de bovenstaande afweging is het aan te bevelen om een nieuwe wetsebepaling te vormen, waarin duidelijk wordt geëist op welke wijze de onderhandelingen dienen te worden beëindigd, zodat vanaf dat rechtszekerere moment de nieuwe termijn begint te lopen.

7.5.3.3 *Vormgeving en gevolg*

Wat betreft de vormgeving is in 5.3.2. gebleken dat het raadzaam is om strikte vereisten omtrent het einde van de onderhandelingen te bepalen. Hiervoor zou kunnen worden aangesloten bij artikel 10 lid 5 WAM en artikel 7:942 lid 3 BW. Een duidelijk startmoment van de onderhandelingen is niet vereist indien pas na de afloop van de onderhandelingen een nieuwe termijn start of er slechts een verlenging van de termijn plaatsvindt.⁵¹ Zoals

⁵¹ Een duidelijk startmoment is wel nodig indien men in navolging van Smeehuijzen het Duitse ‘Hemmung’ invoert. Zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*

ik in 4.3 heb aangevoerd is het na onderhandelingen niet nodig om de eiser opnieuw een verjaringstermijn van vijf jaar te geven.⁵² Geconcludeerd kan worden dat er ofwel een nieuwe korte verjaringstermijn dient aan te vangen of dat de termijn verlengd wordt met een jaar indien er nog slechts minder dan een jaar resteert alvorens de oorspronkelijke verjaringstermijn afloopt.

7.5.4 *Aanvang van de subjectieve termijn*

In paragraaf 7.4.2 heb ik geconcludeerd dat het van belang is dat het subjectieve startmoment waar mogelijk geobjectiveerd wordt. Dit pleidooi is niet nieuw, in de literatuur is er veel geschreven over het objectiveren van de subjectieve termijn. Veel schrijvers achten enige objectivering onvermijdelijk, maar zijn tevens van mening dat dit niet mag leiden tot de situatie waarin de korte verjaringstermijn ook gaat lopen als de schuldeiser niet met de vordering bekend is.⁵³ Zoals Spier betoogt komt het aan op de mate van ‘objectivering’.⁵⁴

Enige objectivering is reeds gaande. In 2010 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ondanks het feit dat de eiser daadwerkelijk bekend moet zijn geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, deze eis niet wegneemt dat de potentiële eiser die de identiteit met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen, maar heeft nagelaten een dergelijk onderzoek in te stellen, zich ter afwering van een beroep op

(diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 166, 174, 175. ‘Hemmung’ houdt in dat vanaf de stuitingshandeling de verjaringstermijn wordt geschorst en de tijd stil komt te staan, na het einde van de handeling hervat de verjaringstermijn zijn loop en wordt deze termijn verlengd met de duur van de handeling. Het bepalen van de lengte van de schorsing kan echter veel rechtsonzekerheid en kosten met zich meebrengen. Het is naar mijn mening daarom beter om aan onderhandeling geen schorsende werking toe te kennen. Daarnaast bestaat de rechtsfiguur schorsing niet meer in Nederland, aangezien de wetgever dacht met verlenging op een meer eenvoudige en billijke wijze hetzelfde te bereiken. Zie M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Monografieën BW, deel B14), Deventer Kluwer 2010, p. 83.

52 O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International: Den Haag 2003, p. 186.

53 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 (concl. A-G A.S. Hartkamp); HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 (concl. J. Spier); HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196 (m.nt. C.E. du Perron); HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 (m.nt. H.J. Snijders); J.L. Smeehuizen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 152, 153, 228, 229; F.J. Rutgers, ‘Verjaring van asbestclaims; beperking van aansprakelijkheid’, *TMA* 1996, 5, p. 110; A.E. Dek, ‘Een ieder wordt geacht de wet te kennen! Enkele opmerkingen over de relatieve verjaringstermijn in asbestzaken’, *TMA* 1998, p. 150.

54 HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 (concl. J. Spier).

verjaring niet kan beroepen op subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon.⁵⁵ Deze uitspraak gaat echter nog niet zo ver dat er kan worden gesproken van een onderzoeksplicht of de Duitse ‘verwijtbare onbekendheid’.⁵⁶

In de literatuur wordt gepleit voor het ontwikkelen van zo een onderzoeksplicht voor de eiser tot het verkrijgen van voldoende zekerheid betreffende de oorzaak van de schade.⁵⁷ Een bezwaar hiertegen kan zijn dat de potentiële onderzoeksplicht in strijd is met de door de wetgever gekozen subjectieve aanvang van de termijn. Volgens Smeehuijzen is de invoering van een onderzoeksplicht echter niet gelijk aan het aanvaarden van een objectief criterium.⁵⁸ Er wordt slechts centraal gesteld wat de benadeelde gelet op zijn werkelijke kennis met het oog op het belang van de schuldenaar aan feiten zou moeten achterhalen, aldus uitgaande van de schuldenaar is het een bij uitstek subjectief criterium.⁵⁹

Een tegenstander van de onderzoeksplicht is Hartkamp, naar zijn mening vormt de objectieve termijn al een voldoende vangnet.⁶⁰ Mijs inziens gaat Hartkamp hiermee voorbij aan de valkuil die het huidige recht met zich mee brengt en het feit dat de bestaande objectieve termijn deze valkuil niet voorkomt. Tevens is in artikel 3:310 lid 5 BW voor overlijdens- en letselschade dit objectieve vangnet geheel verwijderd om ‘asbestsituaties’ te voorkomen, met als gevolg dat er met betrekking tot dat vijfde lid weinig overblijft van de beoogde finaliteit van de verjaring. Als oplossing voor het geheel ontbreken van rechtszekerheid voor de schuldenaar in dit wetsartikel, heeft Sniijders geopperd om de lange termijn voor deze situaties te laten lopen vanaf het moment dat de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn.⁶¹

55 HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196 (m.nt. C.E. du Perron), r.o. 3.6.

56 R.P.J.L. Tjittes, ‘Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid’, *WPNR* 2002, 6472, p. 55.

57 M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Kluwer: Deventer 1993, p. 66; M.W.E. Koopmann, *Monografieën BW. B14 Bevrijdende verjaring*, Kluwer: Deventer 2010, p. 47; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 228, 229; HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 (concl. J. Spier); HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112 (m.nt. C.E. Du Perron).

58 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 229.

59 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 229.

60 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 (concl. A-G A.S. Hartkamp).

61 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 (m.nt. H.J. Sniijders).

Vanuit rechtseconomisch perspectief dienen de in de literatuur aangedragen oplossingen navolging. Gelet op de belangen die in paragraaf 7.4.2. zijn afgewogen stimuleren de oplossingen de eiser om een actieve houding aan te nemen en wordt het nadeel van het kenmerk 'uitvoerbaarheid' voor de schuldenaar verkleind. Het wordt voor de schuldenaar namelijk eenvoudiger om de aanvang van de subjectieve termijn te betwisten, waardoor tevens de bewijskosten kunnen dalen. Ook verkleint dit de kans op mogelijk strategisch gedrag bij de eiser en de daarmee gemoeide kosten. Daarnaast zorgen deze opties ervoor dat het beginpunt van de verjaring eerder vaststaat, namelijk al vanaf het moment dat er onderzoek had kunnen worden gedaan of vanaf het moment dat er redelijkerwijs kennis had moeten zijn van de schade en de aansprakelijke persoon. Hierdoor vangt de verjaring eerder aan en zal deze tevens eerder aflopen, met als gevolg dat de kans dat het bewijsmateriaal betrouwbaar is, groter wordt, waardoor de kans op rechterlijke fouten en de daarmee gepaarde foutkosten wordt verlaagd. Ook in vergelijking met de aanvangswijzen van de verjaringstermijn onder het oude en het huidige BW strekken de in de literatuur voorgestelde objectiveringen tot aanbeveling. In figuur 1 zijn de systemen aan de hand van de in paragraaf 7.4.2 genoemde kenmerken uiteenzet.

Figuur 1: Vergelijking van de systemen

	OBW	BW	Voorstel par. 7.5.4
Rechtszekerheid	+/-	-	+/-
Rechtstreeksheid	+	-	+/-
Uitvoerbaarheid	-	+	+/-

+ aan voldaan
 +/- in mindere mate aan voldaan
 - niet aan voldaan

Onder het systeem van het oude BW bestond er veel rechtszekerheid omtrent de aanvang van de verjaringstermijn, dit kwam doordat de start eenvoudig was om te bepalen door de hoge mate van rechtstreeksheid.⁶² Een nadeel van het oude systeem was echter dat door de lengte van de termijn er veel tijd kon verstrijken voordat er rechtszekerheid werd bewerkstelligd. Een ander nadeel was dat de termijn al kon starten voordat de eiser zijn aanspraak geldend kon maken, waardoor er niet aan het kenmerk 'uitvoerbaarheid' werd voldaan. De wetgever heeft deze laatstgenoemde valkuil in het huidige BW weggenomen door het creëren van de subjectieve termijn. Deze verandering zorgde voor een toename van de uitvoerbaarheid, maar tegelijkertijd voor een afname van de rechtstreeksheid, doordat

62 In het oude BW was er slechts een enkele termijn van dertig jaar, welke startte op de dag nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis had plaatsgevonden.

het mogelijk werd dat de termijn later startte dan het tijdstip waarop het schadeveroorzakende incident plaatsvond. Onder het huidige BW nam daarnaast de rechtszekerheid af, omdat het in sommige gevallen moeilijker werd om de aanvang van de termijn te bepalen en door de toename van het aantal regels de transparantie in het systeem verminderde. De in deze paragraaf voorgestelde objectiveringen matigen de nadelen van het huidige BW. De rechtstreeksheid wordt verhoogd, met als nadeel dat de uitvoerbaarheid enigszins afneemt. De rechtszekerheid neemt ook toe, doordat het moment van de aanvang van de termijn dichterbij het tijdstip van de gebeurtenis komt te liggen en de eiser meer prikkels krijgt om de vordering eerder in te stellen. Nadelig is dat het recht omtrent de verjaring opnieuw ingewikkelder wordt. De meest diepe valkuilen van het oude en huidige BW betreffende de rechtstreeksheid en uitvoerbaarheid worden echter gedempt door een systeem waarin de voorgestelde objectiveringen zijn doorgevoerd.

Kortom, door de subjectieve termijn aan te vullen met een onderzoeksplicht en aan artikel 3:310 lid 5 BW een termijn toe te voegen, welke start op het moment het dat de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn, wordt de subjectieve aanvang geobjectiverd en de onder het huidige BW bestaande valkuil verkleind.

7.6 Aanbevelingen

Dit hoofdstuk startte met de vraag hoe de verjaringsregels voor delictuele vorderingen idealiter dienen te luiden zodat valkuilen voor de one-shot-player schuldeiser en de repeat-player schuldenaar geminimaliseerd worden, de verwezenlijking van vorderingen gemaximaliseerd en het beroep op de rechter geoptimaliseerd. Mijn conclusie is dat er in het huidige recht verscheidene veranderingen moeten plaats vinden om de besproken valkuilen te minimaliseren. Hieronder doe ik enkele aanbevelingen om deze valkuilen te dempen of te verkleinen.

Om de informatieasymmetrie daadwerkelijk en effectief op te lossen dient er naar mijn mening een informatieplicht gecodificeerd te worden voor repeat-player schuldenaren, welke plicht vervolgens door de rechter op naleving gecontroleerd dient te worden. De informatieplicht zou kunnen worden toegevoegd aan afdeling 11 van titel 1 van Boek 6 BW en zou als volgt kunnen worden bepaald:

‘Een partij als bedoeld in artikel 360 lid 1 Boek 2 dient aan zijn wederpartij, indien deze wederpartij een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zodra deze wederpartij een

rechtshandeling instelt strekkende tot schadevergoeding als bedoeld in artikel 95 van Boek 6, schriftelijk informatie te verstrekken omtrent de handelingen die de verjaring stuiten en de termijnen als bepaald in titel 11 van Boek 3 en indien van toepassing als bepaald in artikel 942 van Boek 7.

De valkuil betreffende de niet- stuitende werking van onderhandelingen kan worden opgelost door een artikel toe te voegen titel 11 van Boek 3 BW, welke als volgt zou kunnen luiden:

‘De verjaring van een rechtshandeling wordt gestuit door iedere onderhandeling tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Een nieuwe verjarings termijn van (X aantal jaar) begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldenaar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij deurwaardersexploot of brief met ontvangstbevestiging aan de andere partij heeft kennisgegeven dat zij de onderhandelingen afbreekt.’

Ter minimalisatie van de derde valkuil, betreffende de aanvang van de subjectieve termijn, is voorgesteld om de eiser te verplichten tot het doen van onderzoek en aan artikel 3:310 lid 5 BW een termijn toe te voegen, welke start op het moment dat de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn. Vanuit rechtseconomisch oogpunt en tevens in vergelijking met de aanvangswijzen in het oude en huidige BW strekken deze objectiveringen tot aanbeveling.

VIII De valkuil van door verjaring verkregen erfdienstbaarheden

De verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdienstbaarheden door verjaring in rechtseconomisch perspectief

T.R.A. Wondolleck

Kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten wordt in het algemeen van groot belang geacht. Het is dan ook opmerkelijk dat met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek de verkrijging van niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdienstbaarheden door verjaring mogelijk is geworden. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of het vanuit rechtseconomisch perspectief wenselijk is dat deze naar hun aard niet-kenbare erfdienstbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen. Aan de hand van de theorie van De Soto zal duidelijk worden gemaakt dat zekerheid over eigendomsrechten van essentieel belang is voor de welvaart in een land. A contrario kunnen zich door onzekerheid bepaalde afbreukrisico's realiseren, zoals wezenlijke verstoring van het rechtsverkeer en het daarmee samenhangende financiële verkeer, en het ontstaan van rechtsonzekerheid over de toestand van onroerende zaken. De belangrijkste aanbevelingen zijn dat de verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdienstbaarheden door verjaring evenals onder het oude Burgerlijk Wetboek niet mogelijk zou moeten zijn, en dat in ieder geval de positie van de derde-verkrijger van een onroerende zaak moet worden versterkt.

8.1 Inleiding

Kenmerkend voor het goederenrecht is de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten.¹ Hiermee is onlosmakelijk verbonden dat goederenrechtelijke rechten kenbaar moeten zijn voor derden, omdat zij anders bezwaarlijk kunnen worden tegengeworpen aan deze derden. Het is dan ook opmerkelijk dat het met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in

1 C.C. van Dam, P. de Haan & F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I**. Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006, nr. 355.

1992 mogelijk is geworden dat naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen.²

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring vanuit het rechtseconomische perspectief wenselijk is. Deze vraag beantwoord ik aan de hand van de theorie van De Soto³, die kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten en welvaart onlosmakelijk met elkaar verbonden acht. Daartoe worden door De Soto krachtige argumenten naar voren gebracht, waarbij geen plaats lijkt te zijn voor niet-kenbare rechten die door verjaring kunnen worden verkregen. Bij lezing van dit hoofdstuk moet echter bedacht worden dat er vanuit de rechtseconomie ook op voordelen van de verkrijging door verjaring wordt gewezen.⁴

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Allereerst behandel ik de verkrijging van erfdiensbaarheden door verjaring in algemene zin (par. 8.2). Daarbij besteed ik aandacht aan de verkrijgende en bevrijdende verjaring (par. 8.2.1) en de eis van bezit van een erfdiensbaarheid (par. 8.2.2). Daarnaast zal ik uiteenzetten wat er onder naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden moet worden verstaan (par. 8.2.3) en de verkrijging door verjaring van deze erfdiensbaarheden onder zowel het oude Burgerlijk Wetboek (par. 8.2.4) als het huidige Burgerlijk Wetboek beschrijven (par. 8.2.5). Vervolgens wordt de band tussen de verkrijging van erfdiensbaarheden door verjaring en de rechtszekerheid belicht (par. 8.2.6). Aansluitend wordt de verjaring van erfdiensbaarheden in rechtseconomisch perspectief geplaatst (par. 8.3), waarbij aan de hand van de theorie van De Soto⁵ het belang van zekerheid over eigendomsrechten duidelijk wordt gemaakt (par. 8.3.1 en 8.3.2). Daarop worden de doeleinden bij de openbare registers en het kadaster besproken (par. 8.3.3.), waarna uiteengezet wordt dat er in voorkomend geval geen bescherming is tegen onvolledigheid van de openbare registers. Vervolgens beschrijf ik de afbreukrisico's die zich door onzekerheid over eigendomsrechten kunnen verwezenlijken (par. 8.3.4) Ik eindig met een conclusie (par. 8.4).

2 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 409, toelichting E.M. Meijers.

3 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001.

4 B. Depoorter, 'Adverse possession' in: B. Bouckaert, *Encyclopedia of law and economics. Property law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010, p. 184-185.

5 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001.

8.2 Verkrijging van erfdiensbaaerheden door verjaring

8.2.1 *Verkrijgende en bevrijdende verjaring*

Erfdiensbaaerheden kunnen blijkens artikel 5:72 BW ontstaan door vestiging en verjaring. Bij het ontstaan van erfdiensbaaerheden door verjaring dienen de verkrijgende verjaring ex artikel 3:99 BW en de bevrijdende verjaring ex artikel 3:105 BW van elkaar te worden onderscheiden. Op grond van artikel 3:99 BW is de termijn voor verjaring in het geval van bezit te goeder trouw tien jaar. De termijn voor verjaring bij bezit niet te goeder trouw bedraagt ingevolge artikel 3:306 BW jo. 3:105 BW twintig jaar.

In het algemeen zal bezit te goeder trouw van een erfdiensbaaerheid niet gemakkelijk worden aangenomen.⁶ Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijs als zodanig mocht beschouwen, aldus artikel 3:118 lid 1 BW. Goede trouw wordt ingevolge het derde lid van voornoemd artikel vermoed aanwezig te zijn, waarmee het in het algemeen de rechthebbende zal zijn, die heeft aan te tonen dat de pretense bezitter van de erfdiensbaaerheid de werkelijke situatie kende of althans in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen, zoals volgt uit artikel 3:11 BW. In dit kader zal op grond van artikel 3:23 BW het beroep van een verkrijger van een erfdiensbaaerheid op goede trouw veelal niet worden aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend. Bezit te goeder trouw van een erfdiensbaaerheid zal zich daarom met name voordoen indien het bezit beantwoordt aan een titel van rechtsverkrijging, ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers, waarbij de verjaring de functie heeft om gebreken te helen van een vestiging door akte en inschrijving, die in het verleden heeft plaatsgevonden.⁷

Indien de goede trouw ontbreekt, kan blijkens artikel 3:306 BW jo. 3:105 BW het bezit van een erfdiensbaaerheid niettemin worden verkregen in het

6 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p.261, toelichting E.M. Meijers; L.P.W. van Vliet, 'Verjaring en erfdiensbaaerheid', *NTBR* 2004-5, p. 207-210.

7 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p.261, toelichting E.M. Meijers; F.H.J. Mijnsen, S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht. Deel **, *Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 195; W. Heuff, 'Voortdurende en zichtbare erfdiensbaaerheden', *WPNR* 1991-6030, p. 902; L.P.W. van Vliet, 'Verjaring en erfdiensbaaerheid', *NTBR* 2004-5, p. 207-210.

geval dat door verloop van twintig jaar de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid.⁸

8.2.2 *Bezit van een erfdiensbaarheid*

Voor het door verjaring verkrijgen van een goed, is bezit van dat goed vereist. Het bezit moet komen vast te staan, omdat indien dit niet het geval is de rechtsvordering tot beëindiging van een bepaalde toestand weliswaar verjaart, maar een erfdiensbaarheid niet zal ontstaan.⁹ Voor verkrijging door verjaring van een erfdiensbaarheid is het van belang dat iemand aldus gedurende een bepaalde tijd pretendeert rechthebbende van een erfdiensbaarheid te zijn, terwijl diegene dat niet is. Artikel 3:108 BW bepaalt in dit verband dat naar verkeersopvatting wordt beoordeeld of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, met inachtneming van de daaropvolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten. Uit het voorgaande volgt dat het bezit van een recht van erfdiensbaarheid moet voortvloeien uit de pretentie rechthebbende te zijn, waarbij het gedrag van degene die pretendeert rechthebbende te zijn onder andere naar verkeersopvatting gekwalificeerd moet kunnen worden als houden voor zichzelf. Met andere woorden, het bezit van het gepretendeerde recht moet kenbaar zijn.¹⁰ Het moge duidelijk zijn dat het niet eenvoudig is om te bepalen welke manier van gedragen gezien moet worden als ‘houden voor zichzelf’. In dit verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de pretense rechthebbende van een recht van overpad. Hoe heeft hij of zij over het overpad te lopen, hoe moet hierbij worden gekeken en hoe vaak dient het pad bewandeld te worden? Anders gezegd, welk gedrag is kenmerkend voor een bezitter? Het bezit van een recht van overpad zal overigens in het algemeen niet worden aangenomen, indien de uitoefening van het gepretendeerde recht berust op een gedogen door de grondeigenaar.¹¹ Een gedoogde handeling leidt niet tot bezitsverlies respectievelijk bezitsverkrijging. Op grond van het reeds eerder genoemde artikel 3:108 BW moet aangenomen worden

8 C.C. van Dam, P. de Haan & F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I**. *Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 431; L.P.W. van Vliet, ‘Verjaring en erfdiensbaarheid’, *NTBR* 2004-5, p. 210-211.

9 C.C. van Dam, P. de Haan & F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I**. *Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 431.

10 L.P.W. van Vliet, ‘Verjaring en erfdiensbaarheid’, *NTBR* 2004-5, p. 211.

11 L.P.W. van Vliet, ‘Verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid van overpad’, *NTBR* 2010-8, p. 311.

dat er in het geval van een gedoogde handeling sprake is van houden voor de eigenaar.¹²

8.2.3 *Niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden*

Tot aan de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 was verjaring van erfdiensbaarheden slechts mogelijk indien sprake was van voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden.¹³ Voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden konden ingevolge artikel 744 BW (oud) zowel door verjaring als door titel verkregen worden. Voortdurende en te gelijktijd niet-zichtbare erfdiensbaarheden, evenals niet-voortdurende zichtbare dan wel niet-zichtbare erfdiensbaarheden konden overeenkomstig artikel 746 BW (oud) slechts door titel worden verkregen.

Erfdiensbaarheden waarvan het gebruik voortduurt of kan voortduren, zonder dat daarvoor een menselijke handeling nodig is, werden geacht voortdurend te zijn op grond van artikel 724 BW (oud). In het artikel worden als voorbeelden van voortdurende erfdiensbaarheden genoemd de waterlopen, het gootrecht en het uitzicht. Niet-voortdurende erfdiensbaarheden zijn de zodanige waarvan de uitoefening afhankelijk is van menselijke handelingen. Hierbij kan gedacht worden aan het recht van overgang, het halen van water en het weiden van beesten. Daarnaast was er op grond van artikel 725 BW (oud) een onderscheid tussen zichtbare en niet-zichtbare erfdiensbaarheden. Ingevolge voornoemd artikel zijn zichtbare erfdiensbaarheden de zodanige waarvan door uitwendige werken, zoals een deur, venster of waterleiding, blijkt. Een erfdiensbaarheid werd geacht niet zichtbaar te zijn, indien het bestaan van de erfdiensbaarheid niet bleek door uitwendige kenmerken. Als voorbeelden van niet-zichtbare erfdiensbaarheden worden genoemd het verbod om op een erf te bouwen, of om niet dan tot een bepaalde hoogte te mogen bouwen, het recht om beesten te weiden en andere erfdiensbaarheden waarvoor menselijke handelingen nodig zijn. Overigens dient volgens Beekhuis het woord ‘zichtbaar’ niet letterlijk te worden opgevat.¹⁴ In dit verband geeft hij als voorbeeld het recht van riool, dat volgens hem goed denkbaar is, al is het riool als werk normaal

12 A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*. (Monografieën BW, deel A14), Deventer: Kluwer 2003, p. 22-24.

13 C.C. van Dam, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel II**. *Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 195.

14 J.H. Beekhuis, W.J.M. Davids, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel II**. *Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, nr. 220.

niet zichtbaar. Belangrijker is dat het riool uit zijn aard voor waarneming vatbaar is.

Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is het verkrijgen van erfdiensbaarheden die niet voortdurend en niet zichtbaar zijn, mogelijk geworden.¹⁵ Op grond van onder andere artikel 3:111 BW, waarin wordt bepaald dat wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, men daarmee onder dezelfde titel voortgaat, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak van diens recht, en artikel 3:113 lid 2 BW, ingevolge waarvan enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen voor een inbezitting onvoldoende zijn, indien een goed in het bezit van een ander is, kan echter gesteld worden dat de eisen van voortdurendheid en zichtbaarheid niet aan belang hebben ingeboet. De subjectieve bedoeling van degene die pretendeert rechthebbende zijn, dient in de praktijk immers in het algemeen afgeleid te worden uit de feitelijke omstandigheden. De reden hiervoor is tweeledig: de bedoeling van degene die pretendeert rechthebbende te zijn blijkt vaak niet naar buiten en daarnaast kunnen er door het verloop van de jaren bewijsproblemen ontstaan ten aanzien van de wil van de pretense rechthebbende.¹⁶ Het is aannemelijk dat aan de eis van bezit in het geval van niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden dan ook niet snel zal zijn voldaan.¹⁷

8.2.4 *Verkrijging van niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring onder het oude Burgerlijk Wetboek*

Op grond van de rechtspraak onder het oude Burgerlijk Wetboek moet aangenomen worden dat onder omstandigheden het door verjaring verkrijgen van een niet-voortdurende erfdiensbaarheid mogelijk was.¹⁸ Hierbij dient gedacht te worden aan de uitoefening van een recht van weg of overpad,

15 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 409, toelichting E.M. Meijers.

16 W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk Recht. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 487.

17 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 433; C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 260-261.

18 HR 27 september 1996, NJ 1997, 496 m.nt. W.M. Kleijn en HR 24 september 1999, NJ 2000, 18 (*Damen/Giesbers*) m.nt. W.M. Kleijn.

waarbij de aanwezigheid van een tweetal deuren dat uitkomt op een aangrenzend perceel, kan wijzen op het bestaan van een erfdienstbaarheid. Voor het aannemen van een erfdienstbaarheid in dit geval is het van belang dat de eigenaar van het heersende erf slechts van de deuren gebruik kan maken door zich over het dienende erf van de ene deur naar de andere deur te begeven. Hoewel voor het recht van weg of overpad telkens (hernieuwde) menselijke activiteit is vereist, wordt de erfdienstbaarheid geacht voortdurend zichtbaar te zijn door de aanwezigheid van de deuren (of een andere inrichting van erfdienstbaarheid). Daarnaast is een uitzondering toegelaten voor het geval dat een weg zo duidelijk naar het heersende erf voert, dat de eigenaar van het diende erf er geen enkel profijt van kan hebben.¹⁹ Het is niet uit te sluiten dat deze onder het oude Burgerlijk Wetboek toegelaten uitzonderingen, onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek de ondergrens zullen vormen van niet-voortdurende erfdienstbaarheden die door verjaring kunnen ontstaan. Waar onder het oude Burgerlijk Wetboek niet-voortdurende erfdienstbaarheden niet konden worden verkregen door verjaring, maar de omstandigheden van het geval echter meebrachten dat een uitzondering op deze regel moest worden aangenomen, zal onder het huidige Burgerlijk Wetboek bij soortgelijke omstandigheden het bestaan van een dergelijke erfdienstbaarheid hoogstwaarschijnlijk worden aangenomen.

8.2.5 *Verkrijging van niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdienstbaarheden door verjaring onder het huidige Burgerlijk Wetboek*

Door Meijers worden twee voorbeelden gegeven van erfdienstbaarheden die onder het oude Burgerlijk Wetboek niet door verjaring konden ontstaan en onder het huidige recht wel.²⁰ Allereerst het door verjaring ontstaan van een erfdienstbaarheid van niet-bebouwing. Indien de eigenaar van het dienende erf meerdere malen heeft willen bouwen, maar op aanmaning van de eigenaar van het heersende erf, die zich beriep op zijn erfdienstbaarheid, dit heeft nagelaten, kan bezit van de erfdienstbaarheid van niet-bebouwing worden aangenomen. Daarnaast kan het bezit van een erfdienstbaarheid om te dulden gemakkelijker ontstaan door een regelmatige uitoefening van de erfdienstbaarheid.

Illustratief in dit verband is een zaak waarbij het hof 's-Gravenhage had te oordelen over de vraag of een erfdienstbaarheid van een siertuin

19 HR 30 juni 1978, NJ 1979, 117 m.nt W.M. Kleijn.

20 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 433, toelichting E.M. Meijers.

bestaanbaar is.²¹ In casu hadden verschillende appartementseigenaren uitzicht op erven, die waren ingericht als tuin. Volgens de vaststellingen van het hof had de eigenaar van de dienende erven te dulden dat de eigenaren van de heersende erven bomen en planten hadden en was hij verplicht om de bestaande inrichting als tuin onveranderd te laten. Daarnaast had de eigenaar van de dienende erven de verplichting om te dulden dat de eigenaren van de heersende erven desgewenst de tuin betraden, om voor het onderhoud van de tuin zorg te kunnen dragen, en zich op deze wijze te verzekeren van het behoud van de erfdiensbaarheid. Het hof overwoog dat hoewel voor het onderhouden van de siertuin menselijke activiteit vereist is, het in het onderhavige geval niet ging om handelingen die rechtstreeks te maken hebben met de uitoefening van de erfdiensbaarheid zelf, maar dat zij daarmee slechts zijdelings in verband staan.

Hoewel het in deze uitspraak niet naar voren komt, heeft het hof mijns inziens de verplichting van de eigenaar van de dienende erven om te dulden dat de eigenaren van de heersende erven de tuin betraden, impliciet laten volgen uit het feit dat de siertuin onderhouden moest worden. Het aannemen van een erfdiensbaarheid van siertuin is immers illusoir als deze siertuin door de bezitters van de erfdiensbaarheid niet onderhouden kan worden, doordat zij niet de mogelijkheid krijgen de tuin te betreden. Het door verjaring ontstaan van een erfdiensbaarheid om een tuin te betreden was onder het oude recht door de eisen van voortdurendheid en zichtbaarheid vrijwel niet mogelijk. Onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek zal een dergelijke erfdiensbaarheid door regelmatige uitoefening kunnen ontstaan, zonder deze impliciet te hoeven afleiden van een andere erfdiensbaarheid.²²

8.2.6 *Verkrijging van erfdiensbaarheden door verjaring en de rechtszekerheid*

Geconstateerd moet worden dat bij de verkrijging van erfdiensbaarheden door verjaring de rechtszekerheid een hoogwaardig belang is. De rechtszekerheid eist dat het recht zich op den duur bij de feiten aansluit, en stelt daarnaast de eis van uiterlijke kenbaarheid aan een gepretendeerde erfdiensbaarheid, omdat bij gebreke van een akte het recht van erfdiensbaarheid gebaseerd moet kunnen worden op de feitelijke situatie.

Onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek kunnen niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring ontstaan. Met

21 Hof 's-Gravenhage 1 december 1983, LJN AB7821, NJ 1985, 181.

22 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 433, toelichting E.M. Meijers.

het oog op zowel de tekst van artikel 3:105 BW als de Parlementaire Geschiedenis kan immers gesteld worden dat het uitgangspunt van deze bepaling is dat dergelijke erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen.²³ Het probleem is dat de registers geen uitsluitel geven omtrent erfdiensbaarheden door verjaring ontstaan, tenzij deze erfdiensbaarheden ingevolge artikel 3:17 lid 1 sub i BW worden ingeschreven. Doordat er naast voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden nu ook niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen, is het dus goed denkbaar dat de registers minder volledig worden, met het gevolg dat in daarvoor in aanmerking komende situaties een meer omvangrijk onderzoek dan een feitelijk onderzoek ter plaatse noodzakelijk zal zijn. Voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden zijn naar hun aard immers kenbaar en het bestaan van dergelijke erfdiensbaarheden is dus door onderzoek ter plaatse vrij eenvoudig vast te stellen, terwijl dat niet geldt voor niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden.

Een omvangrijker onderzoek is tevens van belang omdat anders dan onder het oude recht, het voor het ontstaan van een erfdiensbaarheid door verjaring niet noodzakelijk is dat erven aan elkaar grenzen.²⁴ Hoewel het in de praktijk vaak zal gaan om naburige erven, is het niet ondenkbaar dat een heersend en dienend erf kilometers uiteen liggen. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld een verbod opgelegd aan een fabriek als dienend erf, om gassen in de lucht of stoffen in een rivier te lozen, ten behoeve van een op grote afstand gelegen heersend erf, dat nadeel kan ondervinden van deze gassen en stoffen.²⁵

Op grond van het voorgaande moet geconstateerd worden dat degene die het bezit van een erfdiensbaarheid gedurende twintig jaar pretendeert, onder het huidige Burgerlijk Wetboek voldoende, althans meer dan onder het oude Burgerlijk Wetboek, ruimte heeft om een door verjaring verkregen erfdiensbaarheid op te eisen.²⁶ In dit verband is het van belang om op te merken dat in de rechtspraak een tendens waarneembaar is om

23 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 262.

24 F.H.J. Mijnsen, C.C. van Dam & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel II**, *Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 172.

25 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 251.

26 F.J. Vonck, 'Verkrijgende verjaring van een recht van overpad in 2012', *De Notarislerk* 2011, p. 170.

artikel 3:105 BW restrictief toe te passen op registergoederen, om zodoende de oplettende eigenaar te beschermen tegen de werking van de bepaling.²⁷ Gezien het vorenstaande kan geconcludeerd worden dat de ruimere mogelijkheden om een erfdiensbaarheid door verjaring te verkrijgen, de rechtszekerheid enerzijds ten goede komt doordat het recht zich op den duur bij de feiten aansluit, en anderzijds afbreuk doet aan de rechtszekerheid, omdat noch de grondeigenaar, noch de pretense rechthebbende, noch een derde zondermeer weet of een erfdiensbaarheid door verjaring is ontstaan. De naar zijn aard niet-kenbare erfdiensbaarheid door verjaring verkregen zal als valkuil daarom een meer omvangrijk onderzoek dan een feitelijk onderzoek ter plaatse noodzakelijk maken, hetgeen de nodige kosten mee zal brengen.

8.3 Verjaring van erfdiensbaarheden in een rechtseconomisch perspectief

8.3.1 *De economische betekenis van eigendom*

Aan het rechtsverkeer in en de zakelijke rechtstoestand van registergoederen zijn algemene belangen verbonden, die direct samenhangen met de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten. Reeds vanaf het begin van de vorige eeuw heeft de derdenwerking, die kenmerkend is voor goederenrechtelijke rechten, aanleiding gegeven tot een registratie van overheidswege zowel van bepaalde rechtsfeiten als van de rechten zelf.²⁸ Daarnaast heeft de registratie van deze rechtsfeiten en rechten vanuit het rechtseconomische perspektief een belangrijke functie. Het onderzoek en de theorie van de Peruaanse econoom De Soto²⁹ zijn in dit verband illustratief.

De Soto heeft onderzoek gedaan naar de oorzaak van het verschil in welvaart tussen het Westen en de rest van de wereld.³⁰ Hij is hierbij tot de conclusie gekomen dat welvaart afhankelijk is van een juridisch systeem, dat de bescherming en verhandeling van eigendomsrechten mogelijk maakt.³¹

27 J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring. Een leerstellige, rechtsvergelijkende studie op historische grondslag*, Den Haag: BJu 2011, nr. 142-145.

28 C.C. van Dam, P. de Haan & F.H.J. Mijnsen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I**. *Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 355.

29 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001.

30 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001.

31 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 36-66.

Een dergelijk juridisch systeem wordt door De Soto een formeel eigendomssysteem genoemd. De registratie van rechtsfeiten en rechten is hét belangrijkste aspect van een formeel eigendomssysteem.³² Volgens De Soto krijgt bezit waarde door het vastleggen van de meest belangrijke economische en sociale elementen van het bezit in juridische documenten en registers.³³

8.3.2 *Zes effecten van een formeel eigendomssysteem*³⁴

Door De Soto worden zes effecten van een formeel eigendomssysteem onderscheiden, op grond waarvan bezit waarde krijgt. Een behandeling van deze zes effecten maakt de betekenis van een formeel eigendomssysteem duidelijk. Hierbij moet bedacht worden dat het door De Soto voorgestane formeel eigendomssysteem een ideaaltype is, dat wil zeggen een systeem waarbij de bescherming en verhandeling van eigendomsrechten tot volle wasdom is gekomen.

Het eerste effect is de realisatie van de economische potentie van bezit. Eigendom is een economisch concept.³⁵ Ter illustratie: Kijkend naar een stuk grond, is niet te zeggen van wie het stuk grond is. Een stuk grond dat gisteren van persoon A was en vandaag van persoon B vertoont uiterlijk dezelfde kenmerken. Eigendom is dus niet het stuk grond op zich, maar het economische concept van het stuk grond, dat is vastgelegd als juridische figuur. Eigendom omvat aldus de economisch en sociaal belangrijke kwaliteiten die, in dit geval, aan het stuk grond kunnen worden toegedicht.

Een formeel eigendomssysteem draagt bij aan de derdenbescherming, doordat zekerheid wordt verschaft omtrent de feiten en rechten met betrekking tot een goed. Hierdoor kan bezit worden aangewend om als onderpand te dienen, als een adres voor het innen van schulden en het heffen van belastingen, als een plaats ter identificatie van individuen voor commerciële, juridische en burgerlijke aangelegenheden en als een aansluitpunt voor nutsvoorzieningen als water en stroom. Daarmee voegt een formeel eigendomssysteem waarde toe aan bezit, aldus de Soto.³⁶

32 B. Bouckaert, *Encyclopedia of law and economics. Property law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010, p. 194.

33 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 45.

34 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 47-62.

35 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 47-50.

36 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 49.

Het tweede effect van een formeel eigendomssysteem is dat informatie geïntegreerd is in één systeem.³⁷ Door gestandaardiseerde en toegankelijke informatie zijn de kosten van een onderzoek naar de feiten en rechten die betrekking hebben op een zaak laag. Indien een formeel eigendomssysteem naar behoren functioneert, is het volgens De Soto niet noodzakelijk om een zaak te bezichtigen en iedere eigenaar en buur te bezoeken. Uit een formeel eigendomssysteem dient daarvoor onder andere zijn op te maken wie eigenaar is van een onroerend zaak, of een zaak overgedragen kan worden, of een zaak als onderpand kan worden gegeven en of een onroerende zaak is belast met een erfdiensbaarheid.

Het derde effect is dat door een formeel eigendomssysteem eigendomsrechten worden beschermd en de overdraagbaarheid van bezit wordt gewaarborgd.³⁸ Daardoor worden marktpartijen aangemoedigd om titels te respecteren, overeenkomsten na te komen en de wet na te leven.

Het vierde effect is dat door het indelen van zaken in standaard categorieën, vergelijking van deze zaken eenvoudiger, en daarmee minder kostbaar wordt.³⁹ Dit effect wordt onderschreven door Merrill en Smith in hun theorie over de onderzoekskosten in het geval van standaardisatie van informatie.⁴⁰ Door het houden van gestandaardiseerde registers, is het bijvoorbeeld mogelijk vast te stellen wat de oppervlakte van een stuk grond is en of het stuk grond bezwaard is met een erfdiensbaarheid. Daarmee is het relatief gemakkelijk om het stuk grond, door vergelijking met andere stukken grond op die punten, op waarde te schatten.

Het vijfde effect is dat een formeel eigendomssysteem een netwerk tot stand brengt.⁴¹ Dit netwerk bestaat uit banden die burgers met private bedrijven en ondernemingen en de overheid aangaan, om zodoende goederen en diensten te ontvangen. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan een verzekeringsmaatschappij die door bundeling van onroerende zaken tot een verzekeringsmodel komt en de mogelijkheid om aangesloten te worden op het water- en stroomnet.

Het zesde effect is dat transacties gewaarborgd worden, doordat in de registers gegevens zijn opgenomen die economisch gezien van belang kunnen

37 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 50-53.

38 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 53-55.

39 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 55-57.

40 T.W. Merrill & H.E. Smith, 'Optimal standardization in the law of property: The numerus clauses principle', *The Yale Law Journal* (110) 2000, p. 24-42.

41 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 58-60.

zijn.⁴² Op grond van deze gegevens is voorafgaand aan een transactie vast te stellen of het genot van de zaak op enigerlei wijze beperkt is, door bijvoorbeeld een op een onroerende zaak rustende erfdienstbaarheid of hypotheek.

In essentie ligt de kracht van een formeel eigendomssysteem in het verschaffen van zekerheid over eigendomsrechten en het verlagen van informatiekosten.⁴³ Cruciaal voor markteconomieën is dan ook de registratie van eigendomsrechten. Daarmee verschaft bezit niet louter fysiek genot, maar wordt het, gezien de zes effecten, tevens mogelijk dat met bezit meerwaarde wordt genereert.⁴⁴

8.3.3 Doeleinden bij de openbare registers en het kadaster

Bezittingen waarvan de economische en sociale eigenschappen niet zijn vastgelegd in juridische documenten en registers, zijn uiterst moeilijk te beschermen en te verhandelen, aldus De Soto.⁴⁵ Dit komt doordat aspecten van rechtszekerheid, bescherming en bewijs bij het maatschappelijk verkeer in onroerende zaken worden ontleent aan dergelijke documenten en registers. Tegen de achtergrond van de theorie van De Soto kan gesteld worden dat de openbare registers en het kadaster voor de economische ontwikkeling in Nederland van cruciaal belang zijn.

Zowel de openbare registers als het kadaster worden gehouden door de Dienst voor het kadaster en de openbare registers, overeenkomstig artikel 3 lid 1 sub a en b Kadasterwet. Verwezenlijking van de economische potentie van bezittingen is één van de uitgangspunten van de Kadasterwet, hetgeen volgt uit artikel 2a sub a onder 2 en sub d, waarin wordt gesteld dat de Dienst als doeleinden heeft de bevordering van de rechtszekerheid ten aanzien van registergoederen in het economische verkeer en de ondersteuning en bevordering van economische activiteiten. Bij de omschrijving van deze doeleinden is blijkens de memorie van toelichting⁴⁶ onder andere

42 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 60-62.

43 B. Bouckaert, *Encyclopedia of law and economics. Property law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010, p. 194.

44 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 49-62; B. Bouckaert, *Encyclopedia of law and economics. Property law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010, p. 194.

45 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 45.

46 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 410, nr. 3, p. 43-44.

geput uit de *Land Administration Guidelines*⁴⁷, uitgegeven door de Economische Commissie voor Europa van de Verenigde Naties. De *Guidelines* zijn gebaseerd op de aanname dat een formeel eigendomssysteem nodig is om onroerende zaken en eigendom te registeren, en daarmee dus eigendom, investeringen en andere private en publieke belangen met betrekking tot onroerende zaken veilig te stellen.⁴⁸

De wetgever onderschrijft aldus dat het houden van de openbare registers en het kadaster, en daarmee de permanente beschikbaarheid van betrouwbare informatie omtrent de feiten en rechten met betrekking tot registergoederen, van grote maatschappelijke en macro-economische waarde is. In de memorie van toelichting bij de herzieningswet kadasterwet I wordt expliciet gewezen op een aantal risico's die zich zouden kunnen verwezenlijken, indien in de kadasterwet onvoldoende rekening wordt gehouden met de voortgang van de informatie- en communicatietechnologie.⁴⁹ Op grond daarvan kan meer in het algemeen gesteld worden dat door onvolledigheid van de registers en het kadaster bepaalde afbreukrisico's zich kunnen realiseren.⁵⁰ Hierbij dient gedacht te worden aan:

‘wezenlijke verstoringen in het rechtsverkeer en het daarmee samenhangende financiële verkeer’⁵¹

en

‘het ontstaan van rechtsonzekerheid over de rechtstoestand van onroerende zaken, zodat er een wezenlijke toename van rechtsgeschillen ontstaat en vele belangrijke met [de] overdracht van onroerende zaken samenhangende economische activiteiten ook achterblijven evenals de ondersteuning en bevordering van (nieuwe) economische activiteiten gebaseerd op vastgoedinformatie’.⁵²

8.3.4 *Geen bescherming tegen onvolledigheid van de openbare registers*

De inhoud en het functioneren van de openbare registers is onderworpen aan de regeling van afdeling 3.1.2 BW. Door verjaring ontstane erfdiens-

47 United Nations economic commission for Europe, ‘Land administration guidelines. With special reference to countries in transition’, *United Nations publication* 1996.

48 United Nations economic commission for Europe, ‘Land administration guidelines. With special reference to countries in transition’, *United Nations publication* 1996, p. 7.

49 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 443, nr. 3.

50 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 443, nr. 3, p. 8-9.

51 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 443, nr. 3, p. 8-9.

52 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 443, nr. 3, p. 8-9.

baarheden kunnen ingevolge artikel 3:17 lid 1 sub i in de registers worden ingeschreven. Inschrijving is dus geen constitutief vereiste. Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzonder titel in de registers wordt ingeschreven, een eveneens voor inschrijving in de registers vatbaar feit met betrekking tot dat registergoed niet ingeschreven was, kan dit feit blijkens artikel 3:24 lid 1 BW niet aan de verkrijger worden tegengeworpen, tenzij hij het kende. Lid 2 onder e van voornoemd artikel bepaalt echter dat het eerste lid niet van toepassing is ten aanzien van verjaring. De Parlementaire Geschiedenis vermeldt hierover dat:

‘het met de aard van deze figuur die ter wille van de rechtszekerheid een gedurende lange tijd eenmaal feitelijke toestand beoogt te bestendigen, slecht [zou] stroken, indien degene die aldus zijn recht verkreeg, dit bij gebreke van een inschrijving niet aan latere, met dit recht onbekende verkrijgers zou kunnen tegenwerpen’.⁵³

Het moge duidelijk zijn dat de uitzonderingsbepaling voor een derde-verkrijger zeer nadelig kan zijn, temeer omdat het met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek mogelijk is geworden dat niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdienstbaarheden door verjaring kunnen ontstaan. Niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdienstbaarheden zijn immers naar hun aard niet kenbaar en het is dus mogelijk dat noch een feitelijk onderzoek ter plaatse noch raadpleging van de registers uitsluitel zal geven over het bestaan van dergelijke erfdienstbaarheden.

Het is opvallend dat de wetgever enerzijds onderschrijft dat het houden van de openbare registers en het kadaster van grote maatschappelijke en macro-economische waarde is, en anderzijds de verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdienstbaarheden door verjaring mogelijk maakt, waarbij inschrijving in de registers vervolgens geen constitutief vereiste is. De nodige onzekerheid voor een derde-verkrijger ten aanzien van zijn eigendomsrecht is het gevolg, temeer omdat hij een door verjaring verkregen erfdienstbaarheid tegengeworpen kan krijgen.

Onzekerheid brengt mee dat het rechtsverkeer en het daarmee samenhangende financiële verkeer, wezenlijk kunnen worden verstoord, en dat er rechtsonzekerheid kan ontstaan over de toestand van onroerende zaken. Het is de vraag of de wetgever er verstandig aan heeft gedaan om, in weerwil van deze onderkende risico's, de voorkeur te geven aan de figuur van verjaring.

⁵³ C.J. van Zeven & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 136.

8.3.5 *Afbreukrisico's door onzekerheid over eigendomsrechten*

Onzekerheid heeft als factor enorme invloed op de kosten bij de overdracht van bezit.⁵⁴ De onderzoekskosten zullen immers hoger zijn, en daarnaast zal onzekerheid over eigendomsrechten zich vertaald zien in een lagere waarde van onroerende zaken. Gezien het feit dat niet-voortdurende en niet-zichtbare erfdiensbaarheden naar hun aard niet kenbaar zijn, en een feitelijk onderzoek ter plaatse dus niet altijd uitsluitsel zal geven omtrent het bestaan van dergelijke erfdiensbaarheden, moet vertrouwd kunnen worden op de registers. Inschrijving van een door verjaring verkregen erfdiensbaarheid is echter geen constitutief vereiste, dus ook raadpleging van de registers zal in voorkomend geval niet voldoende zijn. Een derde-verkrijger zal het risico dat hij een erfdiensbaarheid tegengeworpen kan krijgen, dan ook hoogstwaarschijnlijk verdisconteerd willen zien in de prijs.

De waarde van een onroerende zaak zal echter ook in algemene zin minder worden, doordat de onzekerheid omtrent eigendomsrechten risico's mee brengt. Ter illustratie: Een hypotheekverstrekker zal minder krediet willen verstrekken en een projectontwikkelaar zal meer terughoudend zijn met de bouw van huizen, kantoren en woonwijken, omdat hij mogelijk inbreuk maakt op een erfdiensbaarheid en uit dien hoofde een onrechtmatige daad begaat. Daarnaast zal het aantal transacties met betrekking tot onroerende zaken afnemen, doordat uitgebreide onderzoeken naar het bestaan van door verjaring ontstane erfdiensbaarheden, meer tijd vergen.

Zekerheid omtrent eigendomsrechten is de sleutel tot het creëren van meerwaarde van bezit en daarmee welvaart, aldus De Soto.⁵⁵ Onzekerheid zal daarentegen tot gevolg hebben dat het rechtsverkeer en het daarmee samenhangende financiële verkeer, wezenlijk worden verstoord. Het is dus belangrijk dat onzekerheid omtrent eigendomsrechten zo veel mogelijk wordt voorkomen.

8.4 Conclusie

De onderzoeksvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is of het vanuit het rechtseconomische perspectief wenselijk is dat naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen. Het is duidelijk geworden dat niet-kenbare erfdiensbaarheden die door verjaring

54 B. Bouckaert, *Encyclopedia of law and economics. Property law and economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2010, p. 194; T.W. Merrill & H.E. Smith, 'Optimal standardization in the law of property: The numerus clauses principle', *The Yale Law Journal* (110) 2000, p.26-34.

55 H. de Soto, *The mystery of capital. Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*, London: Transworld Publishers 2001, p. 36-66.

kunnen worden verkregen, een valkuil kunnen zijn voor de derde-verkrijger. Gezien het feit dat door zekerheid omtrent eigendomsrechten met bezit meerwaarde kan worden gecreëerd, terwijl onzekerheid daarentegen bepaalde afbreukrisico's mee brengt, moet de onderzoeksvraag mijns inziens ontkennend worden beantwoord, tenzij uiteraard de risico's als zodanig worden geaccepteerd. Hierbij acht ik van belang dat de positie van een derde-verkrijger zeer onzeker is, doordat een door verjaring verkregen erfdiensbaarheid op grond van de wet niet behoeft te worden ingeschreven, maar wel aan hem kan worden tegengeworpen.

Op grond hiervan kom ik tot een tweetal aanbevelingen. Allereerst, en tevens het meest vergaand, pleit ik ervoor dat evenals onder het oude Burgerlijk Wetboek slechts voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden door verjaring kunnen worden verkregen. Indien desalniettemin wordt vastgehouden aan de mogelijkheid van verkrijging van naar hun aard niet-kenbare erfdiensbaarheden door verjaring, moet de positie van de derde-verkrijger worden versterkt. Hierbij kan gedacht worden aan het niet van toepassing zijn van artikel 3:24 lid 2 sub e BW indien degene die een beroep doet op een door verjaring verkregen erfdiensbaarheid zijn rechtspositie niet tijdig kenbaar heeft gemaakt door inschrijving in de openbare registers.⁵⁶

56 Vgl. H.W. Heyman, 'Inschrijving van verjaring', *WPNR* 1999-6373, p. 735.

IX Taalperikelen in verzekeringsland

Over de effecten van duidelijke(re) polisvoorwaarden op verzekerden

M.R. van Dam

De duidelijkheid van polisvoorwaarden staat sinds een aantal jaar hoog op de agenda. Verzekeraars is er alles aan gelegen het vertrouwen van de consument terug te verdienen. Vertrouwen dat zij onder andere hopen te herwinnen door middel van het duidelijker maken van hun polissen en de van toepassing zijnde voorwaarden. Maar wat is het effect van die duidelijkere voorwaarden op de perceptie van claimsucces onder verzekerden? In deze bijdrage wordt verkend hoe men daar onderzoek naar zou kunnen doen. Aan de hand van een uiteenzetting van de taalniveaus en analyse van verricht onderzoek op het gebied van sociale wetenschappen en psychologie wordt een opzet voor een zogenaamd survey-experiment beschreven.

9.1 Inleiding

Wanneer iemand een keuze maakt voor een product of dienst wordt de keuze gebaseerd op de voor de persoon beschikbare informatie. Beschik je niet over alle informatie, dan is de kans groter dat het gekozen product niet voldoet aan de verwachtingen die er vooraf door de afnemer aan zijn gesteld. De verzekerde krijgt te maken met claimafwijzing waar hij had verwacht zijn claim te zien worden uitgekeerd en krijgt dus te maken met een situatie waarin de verzekerde denkt dat hij een adequaat product heeft dat de schade dekt, waar dit niet het geval blijkt te zijn. Kan deze valkuil worden ondervangen door polisvoorwaarden duidelijker te maken? En wat zijn de gevolgen van duidelijkere polisvoorwaarden op de perceptie van claimsucces onder verzekerden? Dergelijk civilologisch onderzoek is tot op heden nog niet verricht. In andere wetenschappen is wel onderzoek verricht naar taalbegrip, maar niet naar de gedragseffecten die veranderingen in taal met zich brengen. Dat onderzoek is relevant, omdat aan de hand van dergelijk onderzoek wellicht de valkuil voor verzekerden kan worden gedempt, of op zijn minst verkleind.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op de volgende vraag: *hoe dient een onderzoek naar het effect van vereenvoudigde polisvoorwaarden op de perceptie van claimsucces en de keuze voor een vervolgstap na afwijzing van de claim onder verzekerden te worden vormgegeven?* Om deze vraag

te beantwoorden zullen de volgende punten worden behandeld. Eerst zal een overzicht met betrekking tot taalniveau en duidelijkheid van teksten worden geschetst (§ 9.2), met daarop volgend een paragraaf met betrekking tot het toenemende belang van duidelijke voorwaarden in § 9.3, waarna een aantal reeds verrichte onderzoeken op dit gebied zullen worden behandeld (§ 9.4). Na een tussenevaluatie in § 9.5 zullen in § 9.6 de contouren van een onderzoeksopzet worden geschetst waarmee de effecten van duidelijkere polisvoorwaarden kunnen worden gemeten, gevolgd door een aantal afsluitende opmerkingen (§ 9.7). Wat niet behandeld zal worden is of en hoe intensief algemene voorwaarden worden gelezen. Dit onderzoek ziet op wat er gebeurt als voorwaarden gelezen worden.¹

9.2 Taal meetbaar maken

9.2.1 Inleiding

Mensen onderscheiden zich in taal door bepaald woordgebruik. Zet een bouwvakker en een advocaat tegenover elkaar en de kans is groot dat de bouwvakker na een zin van de advocaat de draad kwijt is. De discrepantie in taalniveau is duidelijk. Om te kunnen onderzoeken wat duidelijke taal is, dient taalgebruik te worden geobjectiveerd. In deze paragraaf zullen twee van deze objectieve meetmethoden worden behandeld: het Gemeenschappelijk Europees Referentiekader (§ 9.2.2) en de Flesch-schaal (§ 9.2.3). Aan de hand van de beschikbare informatie kan een keuze worden gemaakt met betrekking tot de te gebruiken meetmethode. Zodoende kan worden onderzocht of een verband bestaat tussen eenvoudiger taalgebruik en gedragseffecten van de verzekerde.

9.2.2 Gemeenschappelijk Europees Referentiekader

De Raad van Europa heeft in 2001 een kaderrichtlijn gepubliceerd waarin de standaarden van taalniveau in de vorm van het *Common European Framework Reference*,² in het Nederlands het Gemeenschappelijk Europees Referentiekader en kortweg ERK,³ zijn vastgelegd. Dit kader was in eerste instantie bedoeld om het taalniveau van mensen die zich in een

1 Voor onderzoek over lezen van voorwaarden verwijs ik naar de bijdrage van A.J. Rijsterborgh in deze bundel.

2 Volledige naam: Common European Framework of Reference for Languages: Learning, Teaching, Assessment.

3 Nederlandse Taalunie, *Gemeenschappelijk Europees Referentiekader voor Moderne Vreemde Talen: Leren, Onderwijzen, Beoordelen*, Den Haag: Nederlandse Taalunie 2008.

ander land vestigen dan het land waar ze hun eerste taal hebben geleerd. Tegenwoordig wordt het kader ook gebruikt om het taalniveau van de moedertaal van een persoon te bepalen.

Het ERK kent zes taalniveaus, te weten A1, A2, B1, B2, C1 en C2. De letter is om te bepalen in welke mate de gebruiker de taal beheerst, wat resulteert in de basisgebruiker (A), de onafhankelijke gebruiker (B) en de vaardige gebruiker (C) van een taal.⁴ De numerieke toevoeging bepaalt in welk stadium van het gebruik de persoon zich bevindt: 1 is aan het begin, 2 aan het eind.⁵ Hoe hoger het taalniveau, hoe meer taal de gebruiker kan begrijpen. Specifiek voor teksten gelden de volgende omschrijvingen om het niveau te bepalen:⁶

- **A1:** De lezer begrijpt zeer korte, eenvoudige teksten zin voor zin en begrijpt korte, eenvoudige berichten op brief- of Ansichtkaarten.
- **A2:** De lezer begrijpt korte, eenvoudige teksten over vertrouwde zaken van concrete aard, die zijn geschreven in veelgebruikte alledaagse of werkgebonden taal. De lezer begrijpt korte, eenvoudige teksten, geschreven met de meest gebruikte woorden, met inbegrip van een aantal woorden uit de gemeenschappelijke internationale woordenschat. De lezer begrijpt elementaire soorten standaardbrieven en faxen (inlichtingen, bestellingen, bevestigingsbrieven, enzovoort) over vertrouwde onderwerpen en begrijpt korte, eenvoudige persoonlijke brieven.
- **B1:** De lezer begrijpt met voldoende begrip directe feitelijke teksten over onderwerpen die betrekking hebben op zijn of haar interessegebied. De lezer begrijpt voldoende de beschrijving van gebeurtenissen, gevoelens en wensen in persoonlijke brieven om regelmatig met een pen vriend(in) te corresponderen.
- **B2:** De lezer leest in hoge mate zelfstandig, past zijn of haar leesstijl en -snelheid aan verschillende teksten en doeleinden aan en maakt selectief gebruik van toepasselijke naslagwerken. De lezer beschikt over een grote actieve leeswoordenschat, maar kan enige moeite hebben met weinig voorkomende idiomatische uitdrukkingen. De lezer kan correspondentie lezen met betrekking tot zijn of haar interessegebied en daarbij meteen de wezenlijke betekenis vatten.
- **C1:** De lezer begrijpt lange, complexe teksten op detailniveau, ongeacht of zij betrekking hebben op zijn of haar eigen vakgebied, mits hij of zij

4 Nederlandse Taalunie, *Gemeenschappelijk Europees Referentiekader voor Moderne Vreemde Talen: Leren, Onderwijzen, Beoordelen*, Den Haag: Nederlandse Taalunie 2008, p. 25.

5 Binnen B1 en B2 wordt door sommigen een nader onderscheid gemaakt. Het past echter niet in deze bijdrage om daar nader op in te gaan.

6 Ontleend aan Nederlandse Taalunie, *Gemeenschappelijk Europees Referentiekader voor Moderne Vreemde Talen: Leren, Onderwijzen, Beoordelen*, Den Haag: Nederlandse Taalunie 2008, p. 66-67.

moeilijke passages kan herlezen. De lezer begrijpt alle correspondentie, een enkele keer met behulp van een woordenboek.

- C2: De lezer kan vrijwel alle vormen van geschreven taal begrijpen en kritisch interpreteren, met inbegrip van abstracte, structureel complexe of zeer spreektaalige literaire en niet-literaire geschriften. De lezer kan een breed scala van lange, complexe teksten begrijpen en daarbij subtiele verschillen in stijl en impliciete en expliciete betekenissen opmerken.

9.2.3 Flesch-schaal

Naast het ERK bestaan in internationaal verband meerdere alternatieven met betrekking tot het bepalen van taalniveau en leesbaarheid. Het schiet echter het doel van deze bijdrage voorbij om al deze formules te behandelen.⁷ Derhalve wordt volstaan met de meest eenvoudige en meest gebruikte schaal om de duidelijkheid van een tekst te meten: de Flesch-schaal. De schaal loopt van 0 (zeer moeilijke tekst) tot 100 (zeer makkelijke tekst) en kan worden bepaald aan de hand van de formule:

$$206,835 - (1,015 \times (\text{aantal woorden} \div \text{aantal zinnen})) - (84,6 \times (\text{aantal lettergrepen} \div \text{aantal woorden}))^8$$

Op het eerste gezicht is deze schaal eenvoudig in gebruik en op een diversiteit aan teksten toepasbaar. Toch is de Flesch-schaal niet zaligmakend. Shuy trekt het nut van de schaal in twijfel wanneer deze wordt toegepast op polisvoorwaarden, nu een hogere uitkomst op de Flesch-schaal niet betekent dat de voorwaarden ook daadwerkelijk beter leesbaar zijn.⁹ Dit standpunt is mijns inziens verdedigbaar, doch niet geheel juist. De Flesch-schaal is *een* hulpmiddel om de leesbaarheid te meten, niet *het* hulpmiddel. De Flesch-schaal dient veeleer als een indicator te worden gezien. In dat op-

7 Andere regelmatig gebruikte schalen en formules zijn de Dale-Chall Formula, de Gunning FOG Index, de Fry Readability Graph en de SMOG Formula. Zie voor een uitgebreidere algemene behandeling van deze en andere formules W.H. DuBay, *The Principles of Readability*, Costa Mesa: Impact Information 2004. Voor de invloeden van formules op juridische teksten zie L.J. Sirico Jr., 'Readability Studies: How Technocentrism Can Compromise Research And Legal Determinations', *QLR* (126) 2007-2008, p. 147-172. Voor een beknopt overzicht van de formules en de mogelijke problemen daarvan verwijs ik naar T. Oakland & H. Lane, 'Language, reading, and readability formulas: Implications for developing and adapting tests', *International Journal of Testing* (4) 2004, p. 239-252.

8 W.H. DuBay, *The Principles of Readability*, Costa Mesa: Impact Information 2004, p. 22.

9 R.W. Shuy, *Bureaucratic language in Government & Business*, Washington D.C.: Georgetown University Press 1998, p. 111.

zicht is de Flesch-schaal wel degelijk van enig nut, maar van onvoldoende nut in verhouding tot het ERK.

De Flesch-schaal is gericht op de leesbaarheid van de tekst, terwijl het ERK zich richt op de beheersing van een bepaald niveau door een persoon. Aangezien het doel van het onderzoek is om te bepalen of een verzekerde zijn kans anders inschat, waarbij naar de persoon zal worden gekeken en de leesbaarheid van de tekst daarvoor een hulpmiddel is, is het ERK van grotere waarde dan de Flesch-schaal. Daarnaast is gebruik van het ERK uit praktisch oogpunt een logische keuze, nu verschillende Nederlandse instanties het ERK gebruiken als meetlat om teksten te controleren op duidelijkheid – zie hierna. Derhalve zal het ERK als graadmeter worden gebruikt voor het onderzoek.

9.3 Van onduidelijke naar duidelijke taal

9.3.1 *Inleiding*

Om meer inzicht te kunnen krijgen in de beweegredenen achter de omslag naar duidelijke taal in polisvoorwaarden, dient de achtergrond van het omslaan van moeilijkere naar makkelijkere polisvoorwaarden de revue te passeren. In deze paragraaf zullen opeenvolgend de aanleiding voor de omslag (§ 9.3.2) en het beschrijven van punten waaraan een tekst moet voldoen om duidelijk te zijn (§ 9.3.3) worden behandeld. Doel van deze paragraaf is te verduidelijken waarom duidelijke voorwaarden aan belang hebben gewonnen.

9.3.2 *Aanleiding voor omslag*

Uit verschillende hoeken is aangedrongen op het gebruik van duidelijke taal. Volgens de AFM is uit onderzoek gebleken dat meer dan de helft van de Nederlanders niet met taalniveau C1 overweg kan.¹⁰ Het is onder meer dit standpunt dat aanleiding heeft gegeven tot het project Verzekeraars-Vernieuwen, een initiatief van het Verbond van Verzekeraars (hierna: het Verbond) waarbij verzekeraars worden gestimuleerd om duidelijker te communiceren met verzekerden.¹¹ Hierbij hoort ook het versimpelen van voorwaarden, opdat zij voor de verzekerde beter zijn te begrijpen.¹² De stelling-

10 AFM, *Leidraad open norm 'begrijpelijk/duidelijk'*. AFM geeft richting aan open norm 'begrijpelijk/duidelijk', Amsterdam 2007, via www.afm.nl/-/media/Files/wetten-regels/leidraad/leidraad-begrijpelijk-duidelijk.ashx.

11 Zie voor een volledig overzicht van het project van het Verbond www.verzekeraarsvernieuwen.nl.

12 'Eenvoudige(re) poliswaarden? Het kan!', *Verzekerd!* 2012-2, p. 26.

name van de AFM is gelijk aan de stelling van BureauTaal – een bureau dat teksten duidelijker maakt of teksten beoordeelt op duidelijkheid – die het in zijn uitgave *Schrijfwijzer begrijpelijke formulieren* uit 2006 inneemt. Volgens BureauTaal kan 60% niet met taalniveau C1 of hoger overweg, terwijl het meest gebruikte taalniveau door bedrijven in de financiële en bancaire sector in correspondentie met hun klanten taalniveau C1 is.¹³

Een kanttekening is echter op zijn plaats. Het is namelijk de vraag of deze stellingname wel correct is. Het onderzoek waar beide partijen aan refereren is onderzoek van het IALS, een internationale enquête met betrekking tot de mate van geletterdheid in dertig landen, waaraan in Nederland ruim drieduizend mensen hebben deelgenomen. Uit dit onderzoek is gebleken dat ruim 37% van de Nederlanders niet adequaat met teksten van taalniveau B2 of hoger overweg kan.¹⁴ Dit zou dus inhouden dat een kleine 40% van de Nederlandse bevolking niet in staat zou zijn om voorwaarden te begrijpen. Bovendien dient deze stelling van een belangrijke nuance te worden voorzien: het gaat niet om 40% van alle Nederlanders, maar om 40% van de Nederlanders die niet de Nederlandse taal als moedertaal hebben.¹⁵ Het totale percentage Nederlanders dat B2 of hoger niet begrijpt zal dus naar alle waarschijnlijkheid beduidend lager liggen dan de 37% die in het IALS-onderzoek vast is komen te staan. Of dit daadwerkelijk het geval is, zou onderwerp kunnen zijn van nader onderzoek, nu gelijkwaardig onderzoek naar taalniveau onder Nederlanders ontbreekt.

Het IALS-onderzoek geeft wel een indicatie van problemen die voor laaggeletterden voorbij komen. Voor die groep is duidelijkheid geboden. De gevolgen van het gebrek aan duidelijkheid onder gebruikers kunnen immers verstrekkend zijn, aldus Lentz. Hij geeft hierbij de huishoudelijke financiën als voorbeeld. Doordat een lezer van financiële bijsluiters niet begrijpt wat hem met een bepaald financieel product wordt aangeboden, kan hij een foute beslissing nemen die consequenties kan hebben voor het hele gezin.¹⁶ Toch is het verduidelijken door het versimpelen van voorwaarden iets van de afgelopen tijd, terwijl het probleem met de onjuiste beslissing al langer speelt. Waarom dan *nu* de omslag naar duidelijke taal? Het kernwoord is hier vertrouwen. De verzekeringsbranche heeft te maken met een laag ver-

13 Vgl. Bureau Taal, *Schrijfwijzer begrijpelijke formulieren*, Den Haag: Sdu/Bureau Taal 2006, p. 4.

14 E. Bohnenn e.a., *Laaggeletterdheid in de Lage Landen. Hoge prioriteit voor beleid*, Den Haag: Nederlandse Taalunie 2004, p. 10.

15 L. Lentz, *Let op: Begrip verplicht! Begrijpelijkheid als norm in de wet*, Faculteit Geesteswetenschappen Universiteit Utrecht 2011, p. 18.

16 L. Lentz, *Let op: Begrip verplicht! Begrijpelijkheid als norm in de wet*, Faculteit Geesteswetenschappen Universiteit Utrecht 2011, p. 16.

trouwensniveau onder consumenten.¹⁷ Met onder andere het stimuleren van het verduidelijken van de polisvoorwaarden hoopt het Verbond dat vertrouwen terug te krijgen. De verduidelijking kan worden bewerkstelligd door het verlagen van het taalniveau in de polisvoorwaarden, zo is de gedachte.

9.3.3 Wat maakt een tekst duidelijk?

De vraag die hierop volgt is wat onder duidelijk moet worden verstaan. Dit is niet in één zin te omschrijven. Verschillende geleerden hebben zich uitgelaten over de definitie van duidelijkheid (in het Engels als *readability* aangeduid), waarbij de meest omvattende definitie komt van Dale en Hall:

“The term “readability” has been defined as the sum total (including all the interactions) of all those elements within a given piece of printed material that affect the success a group of readers will have with the piece. The success is the extent to which the readers understand it, read it at an optimal speed, and find it interesting.”¹⁸

Uit de uitleg van Dale en Hall vloeit mijns inziens voort dat een balans moet worden gezocht tussen meerdere factoren, waaronder eenvoud en duidelijkheid. Teveel eenvoud, resulterend in jip-en-janneketaal, kan namelijk averechts werken. Jansen en Sanders stellen dat het gebruik van jip-en-janneketaal, dat wil zeggen korte zinnen – en dan vooral hoofdzinnen – niet het effect heeft wat men eraan toeschrijft.¹⁹ Land onderzocht aan de hand van drie experimenten – perspectief en tijd, interactie-effecten tussen structuur- en stijlkenmerken en identificerende kenmerken – het verband of eenvoudiger teksten een positief effect hebben op de duidelijkheid van de tekst onder vmbo-leerlingen. De uitkomst is verrassend: jip-en-janneketaal zorgt niet voor meer duidelijkheid, een betere samenhang tussen zinnen wel.²⁰ Vanuit verzeekersperspectief heeft het Verbond zich beziggehouden met het opstellen van richtlijnen waar verzekeraars zich aan dienen te houden,

17 Centrum voor Verzekeringsstatistiek, *CVS Consumentenmonitor 2012*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2012, p. 7-8.

18 E. Dale & J.S. Chall, ‘The Concept of Readability’, *Elementary English* (26) 1949, p. 23.

19 C.J.M. Jansen & T.J.M. Sanders, ‘Communiceren in begrijpelijke taal: jip-en-janneketaal helpt niet’, *Bijdrage debat burger-taal-overheid 22 november 2008*, via taalunieversum.org/thema/burger_taal_en_overheid/Ted_Sanders.pdf.

20 J.F.H. Land, *Zwakke lezers, sterke teksten? Effecten van tekst- en lezerskenmerken op het tekstbegrip en de tekstwaardering van vmbo-leerlingen* (diss. Utrecht), Delft: Eburon 2009, p. 133.

wil sprake zijn van duidelijke communicatie.²¹ Deze regels zien op alle vormen van schriftelijke communicatie tussen verzekeraar en verzekerde. In de regels van B1 worden vier deelonderwerpen onderscheiden: voorbereiding, structuur, zinsbouw en woordkeuze. Deze deelonderwerpen hebben allemaal een aantal punten waaraan voldaan dient te zijn, wil een tekst de B1-toets kunnen doorstaan. Voor dit onderzoek zijn niet al deze punten van belang. Wel moet met de volgende punten rekening worden gehouden, wil een tekst voor bijna iedereen (95%) duidelijk zijn:²²

Wel doen	Niet doen
Houd teksten en zinnen kort	Geen tangconstructies
Schrijf in actieve vorm	Geen dubbele ontkenningen
Gebruik woorden die veel voorkomen	Geen formele woorden
Gebruik concrete woorden	Geen eufemismen
Gebruik eenduidige woorden	Geen nominalisaties
Hanteer één woord voor een begrip	Geen vaktaal
	Geen figuurlijke taal

9.4 Meten is weten(schap): onderzoek naar taalbegrip

9.4.1 Inleiding

Een lager taalniveau heeft effect op de mate van begrip, zo wordt beweerd. In deze paragraaf zal worden onderzocht of deze stelling kan worden bevestigd. Hierbij zal aansluiting worden gezocht bij onderzoeken uit de psycholinguïstiek en cognitieve psychologie (§ 9.4.2) en taal- en communicatiewetenschappen (§ 9.4.3).

9.4.2 Psycholinguïstiek en cognitieve psychologie

In de wetenschap is onderzoek naar taalbegrip met name onderdeel van de psycholinguïstiek en de cognitieve psychologie. Het gaat hierbij vooral om onderzoek verricht naar taalbegrip en de invloeden van taalgebruik daarop. In de psycholinguïstiek is een belangrijk onderzoek verricht door Kieras en Dechert.²³ Zij analyseerden ongeveer 170 psycholinguïstische studies uit de periode 1950-1985. De studies betroffen onderzoek waarin tekst

21 *De regels van taalniveau B1*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2012.

22 *De regels van taalniveau B1*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2012, p. 1 en 'Eenvoudige(re) poliswaarden? Het kan!', *Verzekerd!* 2012-2, p. 26.

23 D.E. Kieras & C. Dechert, 'Rules for comprehensible technical prose: a survey of the psycholinguistic literature', *University of Michigan Technical Report*, 1985-21.

werd gemanipuleerd op woord- en/of zinsniveau.²⁴ Uit deze studies hebben zij vervolgens 59 regels geabstraheerd, onderverdeeld in drie niveaus: zin, tekstintegratie en tekstkeuze. Deze door Kieras en Dechert geformuleerde regels zijn relevant voor het bepalen of een tekst duidelijk is. Hoewel deze regels enigszins gedateerd zijn, worden deze regels nog steeds als basis gebruikt om te bepalen waar een tekst aan moet voldoen om duidelijk te zijn. Een aantal van deze regels:²⁵

- Gebruik veelvoorkomende woorden waar mogelijk;
- Wees consequent in woordgebruik;
- Vermijd ambiguïteit;
- Overlaad de lezer niet met tekst;
- Richt de tekst tot de lezer;
- Gebruik de volgorde zoals die in de praktijk voorkomt;
- Laat zinnen op elkaar voortbouwen.

Vanuit de cognitieve psychologie is in het licht van de effectiviteit van het versimpelen van Engelstalige voorwaarden vooral het onderzoek van Masson en Waldron van belang.²⁶ Zij hebben kwalitatief onderzoek verricht naar de effecten van het versimpelen van een aantal juridische teksten, met name verschillende soorten overeenkomsten van geldlening. Hun belangrijkste conclusie was dat het versimpelen van de juridische tekst een aanzienlijke verbetering gaf ten aanzien van de duidelijkheid.²⁷ Deze verbetering is zichtbaar gemaakt door middel van toepassing van de Flesch-schaal op de teksten. Uit het onderzoek van Masson en Waldron blijkt dat wanneer de zinnen drastisch werden verkort, van 164 naar 17 woorden per zin, een aanzienlijke stijging zichtbaar werd op de Flesch-schaal: van 19,0 (zeer moeilijk) naar 64,8 (gemiddeld). Wanneer alleen ouderwets taalgebruik werd verwijderd, was bijna geen verandering zichtbaar (van 19,0 naar 20,8 op de Flesch-schaal).

24 D.E. Kieras & C. Dechert, 'Rules for comprehensible technical prose: a survey of the psycholinguistic literature', *University of Michigan Technical Report*, 1985-21, p. 2-3.

25 D.E. Kieras & C. Dechert, 'Rules for comprehensible technical prose: a survey of the psycholinguistic literature', *University of Michigan Technical Report* No. 21, 1985, p. 4-15.

26 M.E.J. Masson & M.A. Waldron, 'Comprehension of Legal Contracts by Non-Experts: Effectiveness of Plain Language Redrafting', *Applied Cognitive Psychology* (8) 1994, p. 67-85.

27 M.E.J. Masson & M.A. Waldron, 'Comprehension of Legal Contracts by Non-Experts: Effectiveness of Plain Language Redrafting', *Applied Cognitive Psychology* (8) 1994, p. 77-78.

9.4.3 Taal- en communicatiewetenschappen

Binnen de taal- en communicatiewetenschappen is eveneens onderzoek naar de leesbaarheid van algemene voorwaarden bij verzekeringsproducten verricht. Taal- en communicatiewetenschappen behelzen eveneens de psychologie, maar wordt veel meer benaderd vanuit de taalkundige theorie, in tegenstelling tot de psycholinguïstiek, die zich alleen richt op gedragsaanpassingen door informatie door middel van taal. In Nederland staat het onderzoek nog in de kinderschoenen, waarbij de meest relevante (maar ongepubliceerde) onderzoeken die van twee studenten communicatiewetenschappen zijn.

In 2008 is door Bax in opdracht van het toenmalige Fortis ASR onderzoek verricht naar de duidelijkheid van polisvoorwaarden van de Personenautoverzekering Aansprakelijkheid van Fortis ASR.²⁸ Doel van dit onderzoek was ‘inzicht [te] verschaffen in de communicatiewaarde (begrip, leesbaarheid, waardering) van de herziene polisvoorwaarden ‘Personenautoverzekering Aansprakelijkheid’ met als einddoel Fortis ASR handvatten te bieden bij de keuze [voor] een definitieve aanpassing van de polisvoorwaarden en voor eventuele aanpassingen ter optimalisering’.²⁹ In dit onderzoek zijn vier verschillende versies van de autoverzekeringopolisvoorwaarden gecreëerd: origineel, lexicaal aangepast (waarbij de bewoordingen worden vereenvoudigd), syntactisch aangepast (waarbij de zinvolgorde en -lengte wordt aangepast) en zowel lexicaal als syntactisch aangepast. Ter illustratie een eenvoudig voorbeeld van een voorwaarde uit het onderzoek van Bax:³⁰

Originele voorwaarde: ‘Wij bieden ook dekking voor de aansprakelijkheid voor schade die aan personen en/of zaken is toegebracht.’	Lexicaal aangepast: ‘Wij bieden <i>vergoedingen</i> voor schade die aan personen en/of zaken is toegebracht.’
Syntactisch aangepast: ‘Wij bieden ook dekking voor de aansprakelijkheid voor schade die aan personen en/of zaken is toegebracht <i>in de volgende bijzondere situaties:</i> ’	Compleet aangepast: ‘Wij <i>vergoeden schade</i> die aan personen en/of zaken is toegebracht <i>in de volgende bijzondere situaties:</i> ’

28 C. Bax, *Afstudeeronderzoek naar de begrijpelijkheid en leesbaarheid van de polisvoorwaarden Personenautoverzekering Aansprakelijkheid* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008.

29 C. Bax, *Afstudeeronderzoek naar de begrijpelijkheid en leesbaarheid van de polisvoorwaarden Personenautoverzekering Aansprakelijkheid* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008, p. 3.

30 C. Bax, *Afstudeeronderzoek naar de begrijpelijkheid en leesbaarheid van de polisvoorwaarden Personenautoverzekering Aansprakelijkheid* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008, p. 76-77.

Aan de hand van een aantal vragen heeft Bax de duidelijkheid bij de verschillende versies getoetst. Zij heeft vierhonderd proefpersonen met maximaal mbo-denkniveau via het internet onderworpen aan een survey, waarna zij eveneens zestien interviews heeft afgenomen. Uit de online survey valt een aantal interessante conclusies te trekken, met als belangrijkste conclusie dat lexicale aanpassingen een negatief effect hebben op de duidelijkheid van de voorwaarden. Syntactische aanpassingen zorgen wel voor een significante verbetering van begrip.³¹ Een herkenbare conclusie: niet het woordgebruik is van invloed op de duidelijkheid, maar de opbouw en lengte van zinnen.³² Doordat het onderzoek van Bax alleen op lageropgeleiden ziet, is echter niet duidelijk wat de invloeden zijn op aanpassingen bij hoogopgeleiden en hoe de resultaten zich tot elkaar in de verschillende versies verhouden.

Gosens heeft in navolging van Bax geprobeerd te bepalen wat het effect is van lexicale en syntactische aanpassingen bij autoverzekeringsspolissen.³³ Zij heeft de autoverzekering van de ANWB als uitgangspunt genomen, en heeft daarop de nodige taalkundige aanpassingen verricht. Vervolgens heeft zij 48 proefpersonen geïnterviewd, omdat het kwalitatieve onderzoek van Bax uit slechts zestien en daardoor onvoldoende proefpersonen bestond om van een gedegen kwalitatief onderzoek te kunnen spreken. Tevens plaatste zij een aantal vraagtekens bij de betrouwbaarheid van het onderzoek. Zo was de gemiddelde duur van het online onderzoek tien minuten. Dit zou volgens haar te kort zijn om te kunnen spreken van een serieus ingevulde survey.

De door Gosens gekozen onderzoeksopzet is grotendeels gelijk aan de opzet van Bax: ook zij koos voor personen die maximaal een mbo-opleiding hebben genoten en heeft de vier verschillende versies verdeeld over de proefpersonen, resulterend in twaalf proefpersonen per versie. In tegenstelling tot Bax concludeert Gosens dat zowel syntactische als lexicale wijzigingen een positief effect hebben op de duidelijkheid van de polisvoorwaarden.³⁴ Het positieve effect is echter dusdanig gering dat zij niet aannemelijk kan maken dat dit ook daadwerkelijk het gevolg is van de aanpassingen van de

31 C. Bax, *Afstudeeronderzoek naar de begrijpelijkheid en leesbaarheid van de polisvoorwaarden Personenautoverzekering Aansprakelijkheid* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008, p. 110.

32 Zie hiervoor § 9.3.3.

33 D. Gosens, *“Ik heb mijn polisvoorwaarden eigenlijk nog nooit gelezen, veel te moeilijk”*. *Het effect van lexicale en syntactische wijzigingen op het begrip en de waardering van een autoverzekeringsspolis* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008.

34 D. Gosens, *“Ik heb mijn polisvoorwaarden eigenlijk nog nooit gelezen, veel te moeilijk”*. *Het effect van lexicale en syntactische wijzigingen op het begrip en de waardering van een autoverzekeringsspolis* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008, p. 56.

tekst. Daarnaast dienen de onderzoeken van Bax en Gosens dienen van een nuance te worden voorzien. Zowel Bax als Gosens maken in hun onderzoek gebruik van een set polisvoorwaarden waarop zij taalkundige aanpassingen maken. Het is echter niet duidelijk wat de gevolgen zijn voor het taalniveau. Dit wordt door geen van beide onderzoekers onderzocht. Wat wel duidelijk wordt uit de onderzoeken is dat eenvoudigere polisvoorwaarden voor een positief effect op het tekstbegrip zorgen.

Het resultaat van de studenten lijkt te worden ondersteund door het onderzoek van Campbell. Zij komt aan de hand van eigen onderzoek in Nieuw-Zeeland tot de conclusie dat de combinatie van lexicale en syntactische aanpassingen van de tekst het meest positieve effect had op de duidelijkheid van juridische teksten.³⁵ Dit onderzoek geeft op het eerste gezicht duidelijkheid op wetenschappelijk niveau over een veel gebruikte kreet ('voorwaarden zijn niet te begrijpen'), maar blijkt bij nadere bestudering van minder belang dan gedacht. Zo is niet zozeer de duidelijkheid uitvoerig getoetst, maar veeleer de leesbaarheid van de juridische tekst. Hoewel niet geheel onbelangrijk, is de onderzoeksmethode dusdanig anders dat uit dit onderzoek niet direct kan worden geconcludeerd dat vereenvoudigde polissen ook werkelijk duidelijker zijn.

9.5 Evaluatie: gedragseffecten onduidelijk

De rode draad uit de vorige paragraaf in samenhang met de in paragraaf 9.3 reeds ter sprake gekomen onderzoeken is dat de uitkomsten van de verschillende onderzoeken elkaar soms tegenspreken. Zo botst de uitkomst van het onderzoek van Land met dat van Masson en Waldron. Waar Land stelt dat jip-en-janneketaal niet werkt, wordt door Masson en Waldron juist geconcludeerd dat dergelijke taal wel werkt. De vraag is waarom dit verschil bestaat. Het belangrijkste verschil is de onderzochte doelgroep. Waar Land het effect van eenvoudige taal bij vmbo-leerlingen onderzocht, hebben Masson en Waldron het effect van eenvoudige juridische taal bij volwassenen in algemene zin bestudeerd. Het is echter de vraag of dit verschil het tegenovergestelde resultaat kan verklaren.

Daarnaast is het verschil tussen Bax en Gosens enerzijds en Campbell anderzijds noemenswaardig. Waar Bax tot de conclusie komt dat lexicale aanpassingen een negatief effect hebben op de duidelijkheid en waar Gosens evenmin een significant positief verband kan aantonen tussen lexicale aanpassingen en tekstbegrip, slaagt Campbell hier wel in. Dit verschil is te verklaren door de gebruikte onderzoeksmethode. Bax en Gosens hebben gebruikgemaakt van statistisch-wiskundige toetsing, terwijl Campbell al-

35 N. Campbell, 'How New Zealand Consumers Respond to Plain English', *Journal of Business Communication* (36) 1999, p. 335-358.

leen door middel van het aantal woorden per minuut tot haar conclusie is gekomen.

Een niet onbelangrijk punt van aandacht is de oorsprong van het merendeel van de onderzoeken: de Verenigde Staten. Hoewel onderzoek uit de Verenigde Staten behulpzaam is, dient te worden opgemerkt dat tussen de Verenigde Staten en Nederland verschillen bestaan die de onderzoeksresultaten niet één-op-één toepasbaar maken op de Nederlandse verzekeringssector.³⁶ Wat wel uit Amerikaanse onderzoeken blijkt, is dat in verschillende situaties een vereenvoudigde tekst zorgt voor een verbetering van de duidelijkheid.³⁷ Vanzelfsprekend is het onderzoek naar begrip in polisvoorwaarden wel van belang voor verzekeraars. Zij hebben op deze manier een indicatie of de simpelere versies van hun voorwaarden daadwerkelijk invloed hebben op het niveau van begrip.

Waar echter geen aandacht aan is en wordt besteed is wat de gevolgen zijn van het beter begrijpen van de voorwaarden als het gaat om het gedrag van verzekerden na het intreden van een schadeveroorzakende gebeurtenis. Evenmin duidelijk is het effect op de inschatting van de kans onder verzekerden dat zij hun claim na de schadeveroorzakende gebeurtenis daadwerkelijk vergoed krijgen. Deze vragen zijn van belang voor verzekeraars. Inzichten die aan de hand van deze onderzoeken kunnen worden ontleend, kunnen waardevol zijn in de verzekeringspraktijk. Verzekeraars kunnen hun dienstverlening aanpassen aan het gedrag dat verzekerden vertonen naar aanleiding van wijzigingen die zij hebben doorgevoerd. Derhalve is dergelijk onderzoek relevant en noodzakelijk voor verzekeraars. De resultaten zijn bovendien relevant voor andere moeilijk te lezen algemene voorwaarden. Te denken valt aan algemene voorwaarden van bedrijven, maar ook aan hypotheekverstrekkers met pagina's aan voorwaarden. Al deze branches kunnen profiteren van de kennis die aan de hand van dit onderzoek wordt opgedaan.

36 Zo is geletterdheid in de V.S. problematischer dan in Europa. En dat vertaalt zich vermoedelijk ook in lage 'financiële geletterdheid'. Zie daarover, met verdere verwijzingen, C. I. Garcia Porras en W. H. van Boom, 'Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: opportunities and limitations', in: James Devenney and Mel Kenny (eds.), *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge University Press 2012, p. 21-55.

37 Voor een overzicht van verschillende onderzoeken zie J. Kimble, 'Answering the Critics of Plain Language', *The Scribes Journal of Legal Writing* (5) 1994-1995, p. 62-65 en 69-71.

9.6 Onderzoeksopzet

9.6.1 *Inleiding*

Nu in de vorige paragrafen het theoretisch kader en de kanttekeningen daarbij zijn geschetst, is deze paragraaf gewijd aan de eerste opzet van een zogenaamd survey-experiment. Hierna zullen achtereenvolgens de volgende punten worden behandeld: het doel, de hypotheses en de reikwijdte van het onderzoek (§ 9.6.2), de beschrijving van de verzekeringsvorm en casus zoals die zal worden voorgelegd aan de proefpersonen (§ 9.6.3 en 9.6.4), de vragen die aan proefpersonen zullen worden voorgelegd (§ 9.6.5) en hoe bepaalde problemen kunnen worden ondervangen (§ 9.6.6). Hiermee wordt een gedegen basis voor het survey-experiment gecreëerd, hoewel de exacte vormgeving nog nader bepaald zal worden.

9.6.2 *Doel, reikwijdte en hypotheses*

Door middel van een survey-experiment wordt primair getracht een verband te vinden tussen de moeilijkheidsgraad van polisvoorwaarden en het door de verzekerde te verwachten succes op uitbetaling van de claim. Een survey-experiment is een combinatie van een survey en een experiment en combineert de beste eigenschappen van beide vormen van onderzoek. Een survey ziet op het vergaren van informatie onder een representatieve steekproefgroep door vragen te stellen, maar heeft als nadeel dat het onvoldoende ziet op de toetsing van de invloed van variabelen als men alle respondenten dezelfde vragen stelt. Bij een experimentele survey is die toetsing wel mogelijk, namelijk door twee (of meer) varianten van de vragenlijst te maken en de deelnemers gerandomiseerd bloot te stellen aan de ene of andere variant. Zo kan men proberen de invloed van een bepaalde variabele vast te stellen. Het survey-experiment zal online worden uitgevoerd en zal als volgt zijn opgebouwd: het voorleggen van een casus, het tonen van polisvoorwaarden, het stellen van vragen met betrekking tot de inschatting van claimsucces en tot slot het stellen van enkele vragen met betrekking tot demografische gegevens. De invulling van deze onderdelen zal hierna worden uiteengezet.

Eerst dient echter een aantal hypotheses te worden geformuleerd. Voor het opstellen daarvan dient rekening te worden gehouden met meerdere elementen, zoals een verschil in taalniveau, de keuze voor een bepaalde handeling en het verschil van de inschatting. Want bestaat er een verschil in het handelen van een verzekerde wanneer hij verneemt dat zijn claim niet wordt gehonoreerd bij makkelijkere polisvoorwaarden? Is de vervolgstap van de verzekerde wellicht anders indien de polisvoorwaarden eenvoudiger

zijn? Derhalve zijn voor het survey-experiment de volgende hypothesen geformuleerd:

H1: Polisvoorwaarden met een lager taalniveau zorgen voor een betere inschatting van de kans op het toekennen van de claim onder verzekerden.

H2: Polisvoorwaarden met een lager taalniveau zorgen ervoor dat verzekerden eerder actie zullen ondernemen na een afwijzing van hun claim.

9.6.3 De polisvoorwaarden

Voor het onderzoek is vooralsnog gekozen voor een casus met een autoverzekering. De reden voor deze keuze is tweërlei. Enerzijds zijn de polisvoorwaarden van autoverzekeringen onderling weinig verschillend, met name wanneer het gaat om de WA-verzekering. Bij iedere WA-verzekering is de dekking hiervoor (bijna) gelijk, zodat de voorwaarden zich uitstekend lenen voor vergelijking. Anderzijds zijn autoverzekeraars op dit moment bezig met het vereenvoudigen van hun polisvoorwaarden, waarvan een aantal deze vereenvoudiging reeds heeft doorgevoerd.³⁸ Deze combinatie maakt het mogelijk om een survey-experiment gebaseerd op in de praktijk gebruikte voorwaarden te creëren, die bovendien onderling qua voorwaarden weinig van elkaar verschillen.

In de praktijk worden vier taalniveaus gebruikt: C2, C1, B2 en B1. Geen enkele getoetste verzekeraar gebruikt een lager taalniveau.³⁹ De taalniveaus van de voorwaarden worden jaarlijks door BureauTaal getoetst door middel van taalanalyse-instrument Texamen in opdracht van de Verzekeringssite.nl.⁴⁰ Hiermee kan met redelijke waarschijnlijkheid worden gesteld dat de voorwaarden onderling aan dezelfde vereisten voor het bepalen van het taalniveau zijn getoetst. De keuze voor de polisvoorwaarden van deze verzekeraars is tevens gebaseerd op het marktaandeel. Per taalniveau is gekeken naar het marktaandeel van de verzekeraar dan wel diens moedermaatschappij zoals door De Nederlandsche Bank in 2009 is vastgesteld.⁴¹ Binnen het taalniveau is gekeken naar de verzekeraars die het hoogste marktaandeel hebben. Daarnaast is de beschikbaarheid van de polisvoorwaarden van belang geweest bij het selectieproces. De mogelijk te gebruiken voorwaarden zijn per taalniveau:

– C2: Noordhollandsche van 1816 of Neerlandia;

38 'Meerderheid klanten begrijpt voorwaarden autoverzekering niet', *Verzekeringssite.nl* 15 april 2011 en 'Kwart polisvoorwaarden autoverzekeringen leesbaar', *Verzekeringssite.nl* 13 juni 2012.

39 'Kwart polisvoorwaarden autoverzekeringen leesbaar', *Verzekeringssite.nl* 13 juni 2012.

40 'Kwart polisvoorwaarden autoverzekeringen leesbaar', *Verzekeringssite.nl* 13 juni 2012.

41 *Verzekerd van cijfers 2011*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2011, p. 83.

- C1: Nationale-Nederlanden;
- B2: Inshared (Achmea), Ditzo (ASR) of Orion Direct (tegenwoordig Delta Lloyd);
- B1: AllSecur (Allianz) of Onna-Onna (Aegon).⁴²

Van deze vier niveaus zullen twee worden gebruikt: één met C-niveau, één met B-niveau. Om voldoende verschil in taalniveau tussen de twee sets te hebben zal niet worden gekozen voor de combinatie C1/B2. Om te voorkomen dat lettertype en andere opmaak zorgen voor een makkelijker zoekproces worden de voorwaarden zoveel mogelijk van hun uiterlijke verschillen ontdaan.⁴³ Alleen de essentiële voorwaarden uit de WA-polis zullen worden voorgelegd. Andere voorwaarden worden verwijderd om het verschil tussen de polisvoorwaarden te minimaliseren. Voorbeelden van overbodige voorwaarden zijn de NHT-clausule en voorwaarden die alleen voor cascadekking gelden, omdat die op geen enkele wijze met de WA-verzekering in verband staan. Alleen de voorwaarden van de WA-verzekering moeten worden getoetst, niet die van een andere verzekering. Het erin laten van de voorwaarden kan immers een negatief effect hebben op de zoekbereidheid van de proefpersonen.

Artikelnummers zijn verwijderd en opsommingstekens zijn geharmoniseerd: een cijfer of letter met een haakje (bijv. a)) op het eerste niveau is vervangen door a., b., c., etc., met als tweede niveau een liggend streepje. Indien op het eerste niveau een symbool of ander leesteken staat, wordt dit geharmoniseerd tot een liggend streepje. De bullet is voor het tweede niveau. Indien deze harmonisatie niet wordt uitgevoerd, wordt niet alleen de invloed van de taal gemeten, maar ook de invloed van het gebruik van letters in plaats van bullets of andersom.

De voorwaarden worden geanonimiseerd, zodat de mogelijkheid dat proefpersonen het antwoord op hun gevoel voor een bepaalde verzekeringsmaatschappij baseren in plaats van de casus zoveel mogelijk wordt geëlimineerd. Wanneer een verzekeringsmaatschappij zijn algemene en bijzondere polisvoorwaarden in een apart document heeft staan, worden de algemene en bijzondere voorwaarden in de van alle verschillen ontdane set onder elkaar geplaatst. Op deze manier blijft de scheiding tussen algemeen en bijzonder aanwezig, een voorwaarde voor het duidelijk – of in dit geval eerder ondui-

42 De voorwaarden zijn geselecteerd op taalniveau op basis van de uitkomsten van het onderzoek van Verzekeringssite.nl in 2011.

43 Zie bijvoorbeeld C. Jarret & G. Gaffney, *Forms that Work. Designing Web Forms for Usability*, Burlington: Morgan Kaufman Publishers 2008 en L. Wroblewski, *Web Form Design: Filling in the Blanks*, New York: Rosenfeld Media 2008. Voor het effect op gedrag zie bijvoorbeeld H. Song en N. Schwarz, 'If it's Hard to Read, It's Hard to Do – Processing Fluency Affects Effort Prediction and Motivation', *Psych. Science* (19) 2008, p. 986 e.v.

delijk – houden van de tekst. De voorwaarden blijven op deze manier zoveel mogelijk gelijk aan het origineel waar het taalniveau van is vastgesteld. Na alle aanpassingen worden de voorwaarden opnieuw getoetst om te zien of de voorwaarden nog steeds voldoen aan de eisen die aan het taalniveau zijn gesteld. De eerste toetsing had immers betrekking op de gehele set polisvoorwaarden. Met het aanpassen van de voorwaarden kan het taalniveau zijn veranderd. De toetsing vindt plaats bij een taalanalysebureau dat ervaring heeft met het beoordelen van dergelijke teksten.

9.6.4 *Casus*

In het survey-experiment wordt aan de proefpersoon de volgende casus voorgelegd.

Het is 14 februari 2012. Na een nacht vorst rijdt u rond 12.00 uur op een 80 km-weg richting een rotonde. U rijdt 80 km/uur en houdt zich dus aan de maximumsnelheid. Een stukje weg vlak voor de rotonde blijkt glad te zijn. Dit heeft u echter niet op tijd in de gaten. U hebt door de gladde weg onvoldoende grip om goed af te remmen. Op de rotonde rijdt op dat moment een auto. Doordat u niet op tijd kunt afremmen rijdt u tegen de op de rotonde rijdende auto aan.

De aangereden auto heeft de nodige blikschade, maar deze kan gelukkig worden gerepareerd. Daarnaast hebben de bestuurder en passagier van het aangereden voertuig verschillende kneuzingen opgelopen. U hebt zelf geen verwondingen opgelopen.

U wordt door de bestuurder van de andere auto aangesproken om de schade te betalen. U moet hiervoor met uw verzekeraar contact opnemen om de schade af te wikkelen. Maar eerst kijkt u naar de polisvoorwaarden om te zien of de verzekering deze schade ook dekt.

Het taalniveau van de casus zal zo duidelijk mogelijk zijn om te voorkomen dat proefpersonen niet begrijpen waar het om draait. Om eventuele onduidelijkheden omtrent locatie en ideeën die proefpersonen kunnen krijgen bij het begrip rotonde te voorkomen wordt een afbeelding van de situatie getoond. De casus is geen standaardsituatie, zoals een kop-staartbotsing. De proefpersoon die deze casus leest en vervolgens de verzekeringsvoorwaarden, moet idealiter stuiten op het probleem dat roekeloos rijgedrag/handelen in strijd met de wet (hier: het niet aanpassen aan de weers- en verkeersomstandigheden) in de voorwaarden van dekking is uitgesloten. Er is niet gekozen voor een standaardsituatie omdat deze relatief vaak voorkomt, waardoor de kans op herkenning van de daarvoor geldende regels groter wordt en derhalve een grotere kans op een antwoord met voorkennis

ontstaat. Het resultaat kan dan een antwoord zijn dat niet op perceptie ziet, maar op kennis en persoonlijke ervaring. Het doel van het survey-experiment is om onbekendheid met de regel en de gevolgen die de onbekendheid hebben op de perceptie van succes te toetsen. Daarom kan een antwoord met voorkennis een nadelige uitwerking hebben op de uitkomsten van het experiment. Bovendien is dit een casus waarbij voorkomen wordt dat proefpersonen een antwoord selecteren zonder erbij na te denken, met als gevolg dat niet duidelijk is of sprake is van een reëel antwoord. Enig zoekwerk is bij deze casus noodzakelijk. Zoekwerk is tot op zekere hoogte meetbaar in de tijd die de proefpersoon neemt om een vraag te beantwoorden: zie eveneens § 9.6.6.

Na de casus krijgt de proefpersoon een set polisvoorwaarden te zien krijgen. Door middel van *random assignment* wordt willekeurig de set met niveau C of B aan de proefpersoon voorgelegd. Door *random assignment* toe te passen kunnen verschillen in het opleidingsniveau en leeftijd worden opgevangen, waardoor de representativiteit van de groep positief wordt beïnvloed. Voor het moment van ter inzage geven van de voorwaarden is bewust gekozen. De leesfrequentie van algemene voorwaarden ligt zeer laag bij het aangaan van een overeenkomst,⁴⁴ maar uit Amerikaans onderzoek onder respondenten die vragen beantwoordden over het lezen van voorwaarden blijkt dat meer dan de helft van de respondenten de voorwaarden pas zouden lezen wanneer de rechtspositie moest worden bepaald.⁴⁵ Bax toont ditzelfde aan onder Nederlanders. Uit haar onderzoek blijkt dat ruim 40% van de ondervraagden de polisvoorwaarden leest wanneer zich een gebeurtenis heeft voorgedaan waarbij wordt getwijfeld over de uitkering van de vergoeding.⁴⁶

9.6.5 De vragen

In het volgende scherm wordt de proefpersoon een vraag voorgelegd over de inschatting van de proefpersoon omtrent de hoogte van de vergoeding. Bij beantwoording van de vraag kan de proefpersoon door middel van een

44 Y. Bakos, F. Marotta-Wurgler & D.R. Trossen, 'Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts', *Law & Economics Research Paper Series Working Paper* No. 09-40, 2009. Zie eveneens de bijdrage van A.J. Rijsterborgh in deze bundel.

45 S.I. Becher & E. Unger-Aviram, 'The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction', *DePaul Business & Commercial Law Journal* (8) 2010, p. 213.

46 C. Bax, *Afstudeeronderzoek naar de begrijpelijkheid en leesbaarheid van de polisvoorwaarden Personenautoverzekering Aansprakelijkheid* (masterscriptie Communicatiestudies Universiteit Utrecht), 2008, p. 66. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van het onderzoek van Bax § 9.4.2.

vijfpuntsschaal aangeven hoe hij zijn kans inschat. De nummers 1 tot en met 5 staan hierbij voor respectievelijk ‘niet vergoed’, ‘minder dan de helft vergoed’, ‘de helft vergoed’, ‘meer dan de helft vergoed’ en ‘alles vergoed’. De vijf keuzes zijn gelijk aan de realiteit. Een verzekeraar kan immers kiezen voor gehele uitkering, geen uitkering of gedeeltelijk uitkeren. De gedeeltelijke uitkering is verder opgesplitst om te voorkomen dat proefpersonen twijfelen bij een alles-of-niets-keuze en zodoende wellicht niet kiezen voor dat wat zij daadwerkelijk denken.

Vervolgens dient te worden getoetst of een afwijzing door de verzekeraar die daarbij een lager taalniveau hanteert ook resulteert in een hoger aantal dat zich neerlegt bij de beslissing, dat juist het tegenovergestelde het geval is of dat geen duidelijk verschil waarneembaar is. De vraag is of de proefpersoon kiest voor een vervolg of de afwijzing accepteert. Proefpersonen zullen na het lezen van een afwijzingsbrief, waarin staat dat niet wordt uitgekeerd wegens roekeloos rijgedrag/handelen in strijd met de wet, te weten het niet aanpassen aan de weers- en verkeersomstandigheden, een vraag voorgelegd krijgen over de vervolgstap na afwijzing. Hierbij is te kiezen uit de volgende mogelijkheden:

- Ik accepteer de uitleg, want ik ben het eens met de verzekeraar
- Ik accepteer de uitleg, ook al ben ik het niet (helemaal) eens met de verzekeraar
- Ik bel/mail/schrijf een brief naar de verzekeraar voor uitleg
- Ik vraag advies aan vrienden of familie
- Ik vraag advies aan een expert in verzekeringen (geen familie of vriend)
- Anders, namelijk...

Aansluitend op de kernvragen zal een aantal demografische vragen worden gesteld om een onderscheid te kunnen maken in leeftijd, geslacht en opleidingsniveau. Een extra vraag zal worden gesteld om te bekijken of de antwoorden van proefpersonen die een verzekerings- en/of juridische opleiding hebben genoten dan wel werkzaam zijn in die branche, uit te sluiten. Tevens wordt het autogebruik bepaald. Immers, wanneer de proefpersoon geen auto bezit, bestaat een reële kans dat diens inschatting anders zal zijn. Ook de risicopreferentie zal worden gemeten aan de hand van enkele voorgelegde gokkansen, waarbij de proefpersoon dient te kiezen tussen een mogelijk positieve of negatieve uitkomst en een gegarandeerde uitkomst.⁴⁷ Door het voorleggen van één niveau per proefpersoon in plaats van alle versies per proefpersoon is een groter aantal proefpersonen noodzakelijk dan wanneer iedereen alle vier de taalniveaus onder ogen zou krijgen. Er

47 Zie bijvoorbeeld P. Slovic, ‘Information Processing, Situation Specificity, and the Generality of Risk-Taking Behavior’, *Journal of Personality and Social Psychology* (22) 1972, p. 128-134.

wordt niet gekozen voor een opzet waarbij elke persoon meerdere versies te beoordelen krijgt, omdat men dan grote kans loopt iets anders te meten, zoals bijvoorbeeld een leereffect tijdens de uitvoering van de leesopdracht of de neiging om eenmaal ingenomen standpunten niet te verlaten. Aangezien het doel is om door middel van kwantitatief onderzoek tot een gedegen conclusie te komen, zal het aantal proefpersonen dusdanig moeten zijn dat het survey-experiment representatief is wat betreft de meerderjarige Nederlandse bevolking. Gedacht wordt aan tussen de vijftig en honderd proefpersonen per taalniveau; het totale aantal noodzakelijke proefpersonen komt hiermee op respectievelijk honderd en tweehonderd. Met een dergelijke groepsgrootte worden de uitkomsten betrouwbaar.

9.6.6 *Mogelijke hindernissen*

Met ieder onderzoek zijn er hindernissen die moeten worden genomen, wil het onderzoek voldoende betrouwbaar zijn. De opzet zoals hiervoor geschetst zal dan ook verder moeten worden getest voordat het daadwerkelijke onderzoek wordt uitgevoerd. Uit de tests kan blijken dat de antwoorden een ander beeld geven dan verwacht, bijvoorbeeld omdat de vraagstelling niet correct is. De vraagstelling dient dan te worden aangepast. Een ander mogelijk probleem is dat proefpersonen te weinig inspanning verrichten en de algemene voorwaarden niet goed doornemen. Mensen zijn in de echte wereld namelijk ook geneigd om voorwaarden niet of slechts vluchtig door te nemen als er niets op het spel staat, terwijl voor een geslaagd experiment van belang is dat de voorwaarden goed worden doorgenomen. Het niet volledig doornemen van de voorwaarden dient dus te worden tegengegaan. Een geschikt meetinstrument hiervoor is het gebruiken van een timer. Dit houdt in dat bij de vragen wordt bijgehouden hoelang de proefpersoon over de beantwoording van een vraag heeft gedaan vanaf het moment van verschijnen van de vraag. Indien de verstreken tijd dusdanig kort is dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de voorwaarden niet zijn gelezen, zullen de desbetreffende antwoorden terzijde worden geschoven bij de statistische analyse. Het resultaat van deze terzijde geschoven respons zal uiteindelijk resulteren in een beeld van het effect van taalniveau op het niet lezen van polisvoorwaarden. Het is immers interessant om te weten of een lager taalniveau ook resulteert in een lager percentage niet-lezers. Eveneens is interessant om te weten in hoeverre het opleidingsniveau hierbij een rol speelt. Ook dit is hieraan te ontleen, in combinatie met de verzamelde demografische gegevens.

9.7 Conclusie

De opzet zoals hiervoor omschreven zal in de nabije toekomst worden uitgevoerd. Het uitvoeren van onderzoek naar hoe mensen reageren op bepaalde veranderingen is bijzonder in vele opzichten. Als onderzoeker heb je een bepaald idee over de uitkomst, maar of die uitkomst gelijk is aan de hypothesen is nog maar de vraag. Bovendien zal, ook als de hypothesen worden bevestigd vervolgens triangulatie met andere onderzoeksmethoden – zoals bijvoorbeeld kwalitatief onderzoek in de vorm van diepte-interviews – nodig zijn om de externe validiteit van de verkregen uitkomsten te bevestigen.

Als de uitkomsten resulteren in een verwerping van (een van) de hypothesen, wil dat niet zeggen dat het onderzoek geen nut heeft gehad. Het beschreven onderzoek zal in elk geval, ongeacht de uitkomst, inzicht geven in het handelen van verzekerden. Geen verschil is immers ook een uitkomst. Verzekeraars kunnen de uit het onderzoek verkregen resultaten vervolgens gebruiken om hun producten beter af te stemmen en mogelijke knelpunten op voorhand op te lossen, en zo progressie boeken op een van de kernpunten van deze tijd: transparantie en het terugwinnen van het vertrouwen van de consument. Ook voor beleidsmakers kunnen de resultaten bruikbaar zijn. Het geeft immers inzicht in claimgedrag en de perceptie van claimanten, waardoor een betere afstemming kan plaatsvinden van de wensen van de klanten en de rol die een bedrijf daarin kan spelen. Niet alleen in de verzekeringsbranche, maar ook in bijvoorbeeld de financiële sector. Op die manier kan vertrouwen worden vergroot en tegelijkertijd duidelijkheid voor bedrijven worden geschapen over het gedrag van hun klanten.

X Het beïnvloeden van consumentenbeslissingen: valkuil of uitkomst?

S.E. Poutsma

De wet Van Dam maakt het voor de consument mogelijk om het verlengde contract met een opzegtermijn van één maand te beëindigen. De Gedragscode, die geldt voor verzekeraars, geeft naast dit recht aan de consument, ook de vormvrije plicht aan verzekeraars om de consument hiervan op de hoogte stellen. Centraal staat de vraag in hoeverre het door de regelgevers voorgestane opt-out model en de (wijze van) informatievoorziening ruimte laat om de beslissing van de consument bij contractverlenging te beïnvloeden. Na een bespreking van psychologische en (rechts)economische literatuur worden, mede op basis van brieven van verzekeraars, hypotheses geformuleerd over factoren die het begrip van de consument kunnen beïnvloeden. Door middel van een exploratief onderzoek worden deze hypotheses getoetst. Uit het onderzoek komt naar voren dat consumenten en bedrijven bij een bepaalde manier van informatieverstrekking allebei gebaat zijn. Om de doelstellingen van beide regelingen optimaal te laten slagen en de valkuilen voor zowel consumenten als bedrijven weg te nemen worden verschillende aanbevelingen gedaan. Er wordt voorgesteld hier nader onderzoek naar te doen.

10.1 Inleiding

‘Bedrijven vangen consumenten als een bij in een lege fles met honing. Hij weet de ingang te vinden, maar komt er nooit meer uit’, zo bracht Van Dam de valkuil van de stilzwijgende verlenging van consumentenovereenkomsten aan het licht.¹ De consument die te laat was met opzeggen, zat weer voor een (paar) jaar vast aan het abonnement van de (weinig bezochte) sportschool of aan de (ongelezen) producten van de boekenclub. De wet Van Dam tracht hier een einde aan te maken. In de wet staat – kort gezegd – dat bij de stilzwijgende verlenging van een consumentenovereenkomst de opzegtermijn één maand bedraagt. In de regeling wordt uitgegaan van een zuiver opt-out model, wat inhoudt dat van de consument zelf actie wordt verwacht indien hij zijn verlengde contract wenst te beëindigen.

1 Zie www.pvda.nl/nieuws/nieuws/2009/09/Stilzwijgende+verlenging.html, voor het laatst geraadpleegd op 14 mei 2012.

Verzekeringsovereenkomsten vallen niet onder de wet Van Dam, maar het Verbond van Verzekeraars heeft een Gedragscode opgesteld, waarin – net als in de wet Van Dam – is bepaald dat de opzegtermijn voor verlengde verzekeringsovereenkomsten één maand bedraagt. Als extra vereiste stelt de Gedragscode dat de consument van de verlenging en zijn opzegrechten door de verzekeraar tijdig op de hoogte wordt gesteld. Door de Gedragscode wordt daarom een geïnformeerd opt-out model gehanteerd.

Beide regelingen lijken vooral een last – of beter gezegd: een valkuil – te zijn voor bedrijven en louter positief te zijn voor de consument. Er is mij echter geen onderzoek bekend naar de invloed van het gehanteerde model en het vereiste van informatievoorziening op de beslissingen van consumenten. Dit onderzoek zal dat gat dichtmaken. Ik zal analyseren hoe bedrijven uit de regelingen hun eigen voordeel kunnen halen en hoe de regelingen voor de consument onder bepaalde omstandigheden nog steeds een valkuil kunnen zijn.

De onderzoeksvraag die ik wens te beantwoorden luidt als volgt:

In hoeverre zijn de gehanteerde modellen en (de wijze van) informatievoorziening bij de verlenging van consumentenovereenkomsten van invloed op het maken van beslissingen door consumenten?

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden zal ik beschrijven welk model de wetgever voor ogen heeft gestaan en welk model in de praktijk gehanteerd wordt. Er zal worden bekeken welk gedrag de consument vertoont bij een opt-in en opt-out model en wat mogelijke verklarende factoren hiervoor zijn (§ 10.2). Daar onder de Gedragscode een actieve plicht bestaat om de consument te informeren en onder de wet Van Dam niet, is het interessant te bezien of dit, volgens psychologische en economische literatuur, van invloed is op het gedrag van de consument en of de wijze van informatievoorziening hierbij een rol speelt (§ 10.3). Na deze beschrijvende paragrafen zal de onderzochte literatuur getoetst worden. Eerst wordt aan de hand van brieven van verzekeringsmaatschappijen bekeken hoe zij in het kader van de geïnformeerde verlenging de informatie weergeven. Op basis hiervan zal ik hypothesen formuleren over het begrip van de consument (§ 10.4). De hypothesen zullen in een exploratief onderzoek getoetst worden (§ 10.5). Het onderzoek zal worden afgesloten met conclusies en aanbevelingen (§ 10.6).

10.2 Modellen bij de verlenging van consumentenovereenkomsten

10.2.1 *Het opt-in en opt-out model*

Er zijn grofweg twee modellen te onderscheiden bij de verlenging van de consumentenovereenkomsten, deze staan bekend als het opt-in en opt-out model. Bij het opt-in model wordt van de betrokkene zelf actie verwacht: hij moet zelf het initiatief nemen en duidelijk verklaren dat hij onder de regel wil (blijven) vallen. Bij het opt-out model is van het tegenovergestelde sprake. De betrokkene valt onder de regel, totdat hij duidelijk heeft verklaard dat hij er niet (langer) onder wenst te vallen.

Een voorbeeld van een zuivere opt-out regeling bij de verlenging van consumentenovereenkomsten is de wet Van Dam. De wet Van Dam is per 1 december 2011 in werking getreden en is bedoeld om consumenten te beschermen tegen het stilzwijgend verlengen van producten of diensten. Bij een contract dat stilzwijgend is verlengd wordt de opzegtermijn voor de consument maximaal één maand, ongeacht hetgeen bepaald is in de algemene voorwaarden. De consument moet aldus zelf actie ondernemen om het contract op te zeggen (opt-out model). In de wet is niet opgenomen dat van bedrijven actief verlangd wordt dat zij de consument op de hoogte stellen van de (aanstaande) verlenging en de opzeggingsrechten.²

Een regeling waarin deze eis wel wordt gesteld is de Gedragscode, die is vastgesteld door het Verbond van Verzekeraars in 2009. Verzekeringsovereenkomsten vallen niet onder de wet Van Dam maar verzekeraars hebben – mede onder druk van media, politiek en consumentenorganisaties – zelf deze regeling met betrekking tot de verlenging van particuliere schade- en inkomensverzekeringen opgesteld. De verzekeraar dient, bij de verlenging van een eenjarig contract of de verlenging van een meerjarig contract voor de duur van twaalf maanden, tijdig voor het verstrijken van de contractstermijn de verzekeringnemer in duidelijke en eenvoudige bewoordingen te informeren over de verlenging van de overeenkomst en de verzekerde te wijzen op zijn opzeggingsrechten die eruit bestaan dat de verzekerde

2 Voor verenigingen kent de wet Van Dam een afwijkende regeling (zie artikel 2:35 lid 6 BW). Verenigingen mogen nog steeds bepalen dat het lidmaatschap met een jaar wordt verlengd, tenzij men geldig opzegt. Er komt met de wet Van Dam wel een aanvulling voor verenigingen in de wet. Deze aanvulling houdt in dat informatie met betrekking tot de mogelijkheid om op te zeggen opvallend vermeld op de hoofdpagina van de website en (als de vereniging hiervan gebruik maakt) op bladzijde 1, 2 of 3 van het ledenblad dient te staan. Er worden dus enige eisen gesteld aan de wijze waarop de informatie gegeven dient te worden.

zijn verlengde overeenkomst met een opzegtermijn van één maand mag beëindigen.³ Van de consument wordt verwacht dat indien hij niet akkoord is met deze geïnformeerde verlenging hij zelf actie onderneemt om op te zeggen. Door de combinatie van de vereisten dat de consument zelf actie moet ondernemen en de informatieplicht zal de Gedragscode verder worden getypeerd als het geïnformeerde opt-out model. De invulling van de verplichting voor verzekeraars om de consument te informeren is, behoudens het vereiste dat dit dient te gebeuren in duidelijke bewoordingen, geheel vormvrij.⁴

10.2.2 *Wordt het opt-out model een opt-in model?*

In beide regelingen wordt in principe gebruik gemaakt van een opt-out model, zij het dat bij de Gedragscode sprake is van een geïnformeerde opt-out regeling terwijl de wet Van Dam een zuivere opt-out regeling hanteert. De consument kan gebruik maken van zijn opt-out recht na de verlenging van de overeenkomst en hierbij wordt – in zowel het geval van de Gedragscode als in de wet Van Dam – een opzegtermijn van één maand gehanteerd. Het is de vraag wat de gevolgen van het gebruik van dit model zijn. Zo geldt de wet Van Dam niet voor actieve verlenging.⁵ De praktijk wijst dan ook uit dat bedrijven die onder de wet Van Dam vallen, zoals telecombedrijven, reeds actief de consument benaderen en een voorstel doen om een nieuw contract te tekenen, vaak in ruil voor een abonnementskorting of gratis telefoon. Hoewel ik een dergelijke trend niet heb kunnen ontdekken bij

3 In de Gedragscode komt ook deels een opt-in model terug. Indien de verzekeringnemer een meerjarig contract wenst te verlengen voor de duur van meer dan twaalf maanden, dan dient hij een dubbele handtekening te zetten. Bij verlenging langs de elektronische weg, moet de keuze van de verzekeringnemer voor een contractduur van meer dan twaalf maanden uitdrukkelijk blijken. Volgens de toelichting bij de Gedragscode blijft het uitgangspunt wel dat een contract in beginsel verlengd wordt voor de duur van maximaal twaalf maanden. In het onderzoek van Adfiz (www.adfiz.nl/overadfiz/verlenging1jaar/, voor het laatst geraadpleegd op 15 mei 2012) komt ook naar voren dat weinig verzekeraars een contractduur voor meer dan twaalf maanden verlengen. In dit onderzoek zal dan ook worden uitgegaan van de verlenging van overeenkomsten voor de duur van maximaal twaalf maanden.

4 Uit onderzoek van Adfiz blijkt dat de invulling van de informatieplicht per verzekeraar verschilt. Zo worden verschillen gevonden in wie de verzekeringnemer op de hoogte stelt van de aanstaande verlenging en opzegrechten. In dat onderzoek komt echter niet naar voren op welke wijze verzekeraars informeren. Onderzoek is beschikbaar op www.adfiz.nl/overadfiz/verlenging1jaar/. Voor het laatst geraadpleegd op 15 mei 2012.

5 Actieve verlenging betekent dat het contract niet (stilzwijgend) doorloopt, maar dat de consument zijn handtekening onder een nieuw contract zet.

verzekeraars, is het niet denkbeeldig dat zij een vergelijkbare marketingmethode (kunnen) hanteren. Dit zal vooral interessant zijn voor verzekeraars indien het doen van een nieuwe aanbieding meer en langdurigere klandizie oplevert dan het enkel informeren. Als de verzekerde zijn handtekening opnieuw zet geeft hij, in ruil voor bijvoorbeeld een korting, zijn opzegrechten prijs. Of de verzekerde zich hiervan bewust is, is de vraag.

In principe wordt de hierboven beschreven (mogelijke) werkwijze door de Gedragscode en de wet Van Dam niet verboden. Door deze marketingmethode maakt de opt-out regeling in de praktijk plaats voor een semi opt-in regeling (te weten het zetten van een handtekening voor een nieuwe contractperiode). Het is daarom van belang te kijken naar het gedrag van consumenten bij zowel een opt-in als een opt-out model.

10.2.3 Gedrag

Er is mij geen literatuur bekend die handelt over de relatie tussen het (semi) opt-in/opt-out model en de verlenging van consumentenovereenkomsten. De literatuur die ik zal bespreken handelt dan ook voornamelijk over andere onderwerpen, zoals de afwikkeling van massaschade en orgaandonatie. Een voorbehoud dat ik bij de beschrijving van deze literatuur dien te maken is dat veel van de te bespreken onderzoeken zijn uitgevoerd in het buitenland en uitkomsten dus niet één op één kunnen worden getransponeerd naar Nederland. Bovendien kunnen bij orgaandonatie en de afwikkeling van massaschade wellicht andere factoren een rol spelen dan bij de verlenging van consumentencontracten.⁶

10.2.3.1 Opt-out/opt-in onderzoeken

Eisenberg en Miller hebben in de Verenigde Staten onderzoek gedaan naar opt-out procedures bij *class actions*.⁷ Uit het onderzoek komt naar voren dat het aantal betrokkenen dat gebruik maakt van het opt-out recht laag is: gemiddeld maakt minder dan 1% van de betrokkenen hier gebruik van. Het opt-out percentage verschilt wel per type zaak. Consumentenzaken scoren op de *opt-out rate* redelijk laag met een percentage van minder dan

6 Zo kan bij orgaandonatie het motief altruïsme een rol spelen en bij class actions de aard van de zaak en de hoogte van het verwachte smartengeld van belang zijn.

7 T. Eisenberg & G.P. Miller, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *Vanderbilt Law Review* (57) 2004-5, p. 1527-1567.

0,2%. Uit andere onderzoeken kunnen vergelijkbare conclusies worden getrokken.⁸

Niet alleen bij de afwikkeling van massaschade, maar ook in andere gebieden vinden we de opt-out en opt-in modellen terug. Hierbij kan gedacht worden aan het stelsel van orgaandonatie.⁹ In vijf verschillende studies, waarin de wetgeving van drie landen die zijn overgestapt van een opt-in naar een opt-out model centraal stond, werd een verhoging van het beschikbare aantal donoren na de wetwijziging gevonden.¹⁰ Hoewel gesteld wordt dat de onderzoekers onvoldoende rekening hebben gehouden met andere oorzaken die het aantal orgaandonaties hebben kunnen doen stijgen, zoals toename van de publiciteit rond orgaandonatie, wordt over het algemeen dit verband aangenomen.¹¹

Ook de opt-in percentages zijn over het algemeen laag. In een zaak over een verkeersongeval met een kleinere *class*, bestaande uit 55 potentiële *class*

8 T.E. Willging, L.L. Hooper & R.J. Niemic, Empirical study of class actions in four federal district courts: Final report to the Advisory Committee on Civil Rules, Washington: Federal Judicial Center 1996.

9 A. Rithalia e.a., 'Impact of presumed consent for organ donation on donation', *BMJ* (338) 2009, p. 284-287.

10 Zo stegen in Oostenrijk, België en Singapore het aantal donaties. Zie voor het onderzoek over Oostenrijk: M.F. Gnant e.a., 'The impact of the presumed consent law and a decentralized organ procurement system on organ donation: quadruplication in the number of organ donors', *Transplant Proc* (23) 1991-5, p. 2685-2686; Voor het onderzoek over België: L. Roels e.a., 'Three years of experience with a 'presumed consent' legislation in Belgium: its impact on multi-organ donation in comparison with other European countries (The Leuven Collaborative Group for Transplantation)', *Transplant Proc* (23) 1991, p. 903-904. Zie ook Y. Vanrenterghem e.a., 'Shortage of kidneys, a solvable problem? The Leuven experience', *Clin. Transpl.* 1988, p. 91-97; en voor het onderzoek over Singapore: P. Soh & S.M. Lim, 'Opting-out law: a model for Asia – the Singapore experience', *Transplant Proc* (24) 1992-4, p. 1337. Zie ook H.C. Low e.a., 'Impact of new legislation on presumed consent on organ donation on liver transplant in Singapore: a preliminary analysis', *Transplantation* (82) 2006-9, p.1234-1237.

11 Hoewel over het algemeen wordt aangenomen dat er een relatie bestaat tussen het aantal deelnemers en het opt-out model, wijst Van Dijck erop dat er grote verschillen in percentages worden gevonden en de relatie tussen het opt-out model en de verhoging van het aantal deelnemers niet onomstotelijk is bewezen. Zie G. van Dijck, 'Class membership in class-actions: an experimental study of opt-in and opt-out models', beschikbaar op www.law.harvard.edu/news/spotlight/ils/events/van-dijck-final.pdf, voor het laatst geraadpleegd op 14 mei 2012.

members, maakten slechts 3 personen gebruik van de opt-in mogelijkheid.¹² In een zaak over productaansprakelijkheid met 1200 potentiële *class members* maakte 50% gebruik van de opt-in mogelijkheid. Men vermoedt dat niet alleen het type zaak, maar ook het aantal *class members* van invloed is op de beslissing van benadeelden om gebruik te maken van de opt-in mogelijkheid. Hoewel de opt-in percentages daardoor variëren, kan over het algemeen gesteld worden dat er niet vaak gebruik wordt gemaakt van de opt-in mogelijkheid.¹³

Eerder genoemde onderzoeken werden uitgevoerd in het buitenland. Van Dijck, Van Doorn en Tzankova hebben in Nederland een experiment uitgevoerd om te kijken of het aantal personen dat participeert, varieert bij gebruikmaking van de opt-out en de opt-in methode.¹⁴ Uit de studie komt naar voren dat meer benadeelden mee doen aan een collectieve actie bij een opt-out procedure dan bij een opt-in procedure.¹⁵

12 R. Mulheron, 'Civil justice council of Engeland and Wales, Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of Need', 2008, p. 18, voor het laatst geraadpleegd op 15/04/2012 op: www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collectiveredress.pdf.

13 Zo kwam in een onderzoek van Mulheron naar voren dat het opt-in percentage in tweederde van de 37 onderzochte zaken minder dan 50% bedraagt. In acht van de 37 zaken bedroeg het percentage minder dan 10%. Voornamelijk in consumentenzaken lijkt het opt-in percentage laag. In de Italiaanse zaak *Alt-roconsumo v. Parmalat* maakten drieduizend personen van hun opt-in recht gebruik, uit een totale class bestaande uit meer dan honderdduizend mensen, zie J.G. Delatre, 'Beyond the White paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation', *The Competition Law Review* 2011, vol. 8 (1), p. 29-58. Ook in de Franse zaak *UFC Que Choisir v. Orange France, SFR and Bouygues Telecom* effectueerden van de twintig miljoen mogelijke class members, slechts 12 521 mensen hun opt-in recht. Zie hierover Beuc, the European consumers organization, *Private group actions taking Europe forward*, Doc. No. X/049/2007, beschikbaar op www.beuc.eu (voor het laatst geraadpleegd op 14 mei 2012).

14 G. van Dijck, C.J.M. van Doorn & I.N. Tzankova, *Individueel of collectief procederen bij massaschade?*, Den Haag: BJu 2010.

15 Belangrijk om te vermelden is dat in het onderzoek ook gekeken werd onder welke omstandigheden benadeelden een andere keuze zouden maken dan de standaardoptie. Een belangrijke factor bleek te bestaan uit de informatie over de keuzes van andere deelnemers. De studenten die de informatie hadden over de keuzes van andere benadeelden dienden vaker een individuele klacht in dan benadeelden zonder deze informatie. De onderzoekers leiden hieruit af dat voor de Nederlandse afwikkeling van massaschades dit kan betekenen dat het opt-outen een domino effect kan hebben als de informatie openbaar is. Verschillende andere studies hebben ook laten zien dat de beslissingen van individuen in belangrijke mate wordt gestuurd door wat anderen binnen een bepaalde groep zouden doen in een vergelijkbare situatie, zie R.B. Cialdini, R.R. Reno &

10.2.3.2 *Verklaring voor het gedrag bij opt-out/opt-in procedures toegepast op de verlenging van consumentenovereenkomsten*

Mogelijke verklaringen voor het feit dat het model van invloed is op het gedrag van benadeelden, kunnen gevonden worden in de psychologie en (rechts)economie.

Een eerste verklaring kan worden gevonden in het feit dat mensen *rationeel apathisch* zijn.¹⁶ Het kost simpelweg te veel moeite, tijd of geld voor een benadeelde om zich er in te verdiepen.¹⁷ Bij de verlenging van consumentenovereenkomsten betekent dit dat de consument zijn verlengde overeenkomst niet opzegt, bijvoorbeeld omdat hij verwacht dat opzeggen of het sluiten een andere overeenkomst meer kosten dan baten met zich mee brengt. Mocht een bedrijf de consument willen bewegen tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst, dan is het verstandig het de consument daarom zo gemakkelijk mogelijk te maken. Andersom geldt dat – in lijn met de ratio van de Gedragscode en de wet Van Dam – het de consument in principe ook eenvoudig moet worden gemaakt de overeenkomst op te zeggen.¹⁸

C.A. Kallgren, 'A Focus Theory of Normative Conduct: Recycling the Concept of Norms to Reduce Littering in Public Places', *Journal of Personality and Social Psychology* (58) 1990-6, p. 1015-1026; W.H. Perkins & A.D. Berkowitz, 'Perceiving the Community Norms of Alcohol Use among Students: Some Research Implications for Campus Alcohol Education Programming', *The International Journal of the Addictions* (21)1986-9/10, p. 961-976. Twee andere factoren die relevant bleken te zijn in het onderzoek van Van Dijck, Van Doorn en Tzankova zijn de (on)zekerheid over de uitkomst en de omvang van het nadeel. Deze twee factoren zijn voor de verlenging van consumentenovereenkomsten minder van belang.

16 Dit verschijnsel doet zich onder andere voor als de verwachte private baten (bijvoorbeeld een schadevergoeding) lager zijn dan de maatschappelijke baten, zoals bij strooischade. Een individu zal, indien hij een lage schadevergoeding verwacht, minder snel een rechtszaak willen beginnen en blijft rationeel apathisch, zie hierover L.T. Visscher, 'Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard e.a. (Red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 65-94.

17 Als we dit verschijnsel toepassen op het opt-out en opt-in model betekent dit dat een consument zich bij een opt-out model niet zal uitschrijven, terwijl hij zich bij een opt-in model niet zal inschrijven.

18 In de wet Van Dam is enkel voor verenigingen opgenomen dat zij de informatie met betrekking tot de mogelijkheid om op te zeggen opvallend vermeld op de hoofdpagina van de website en, indien de vereniging hier gebruik van maakt, op bladzijde 1, 2 of 3 van het ledenblad dienen te zetten. Wellicht dat deze actieve

Een andere verklaring zou gevonden kunnen worden in de *status quo bias*.¹⁹ Mensen zijn geneigd een status quo, een bestaande situatie, te accepteren en te prefereren boven verandering.²⁰ Toegepast op de verlenging van consumentenovereenkomsten zou dit kunnen betekenen dat mensen geneigd zijn om het huidige contract (de status quo) te laten verlengen. De status quo is een onderdeel van de *loss aversion*. Dit houdt in dat men liever verlies voorkomt, dan een potentiële winst behaalt. De angst voor het verlies (van bijvoorbeeld tijd, goederen of geld) geeft de doorslag, ook al zou het handelen rationeel gezien meer voordeel op kunnen leveren. Bij de verlenging van consumentenovereenkomsten valt daarom te verwachten dat mensen geen tijd of moeite nemen zich te verdiepen in een nieuwe overeenkomst, maar hun huidige overeenkomst simpelweg laten verlengen.

Deze voorspellingen zijn consistent met het gegeven dat deelnemers de *default term* prefereren, ongeacht welke term dat is. Dit houdt in dat mensen geloven dat (bijvoorbeeld) de regering door het maken van een standaard optie (een *default optie*) impliciet een bepaalde handeling ondersteunt.²¹ Bij de verlenging van consumentenovereenkomsten zou dit kunnen betekenen dat de consument gelooft dat de overheid bij de wet Van Dam voorstander is van het verlengen van contracten.

Uit verschillende studies blijkt dat de hier boven genoemde effecten minder kunnen worden als men informatie krijgt waaruit bijvoorbeeld blijkt welke keuze de rest van de benadeelden maken. Een bedrijf zou de vereisten dus naar zijn hand kunnen zetten door in de brief waarin voldaan wordt aan de informatieplicht ook weer te geven hoeveel andere consumenten bij het bedrijf het contract verlengd hebben.²²

informatieplicht ook niet had misstaan bij de bepalingen die gelden voor andere bedrijven, zoals energiemaatschappijen en telecombedrijven.

19 Er is veel onderzoek gedaan naar de status quo bias, onder andere door Kahneman en Tversky. Zij vertelden aan de deelnemers in hun onderzoek dat zij de keuze hadden tussen een baan met een goed salaris of een baan met betere secundaire arbeidsvoorwaarden. Ongeacht welke baan de deelnemers toebedeeld hadden gekregen, wilden zij liever bij hun huidige baan blijven dan switchen naar de andere baan. Zie D. Kahneman & A. Tversky, 'Choices, Values, and Frames', *American Psychologist* (39)1984, p. 341-348.

20 R. Korobkin, 'The status quo bias and the contract default rules', *Cornell L. Rev.* (83) 1997-1998, p. 625 e.v.

21 E.J. Johnson & D. Goldstein, 'Do defaults save lives?', *Science* (302) 2003, p. 1338-1339.

22 R.B. Cialdini, R.R. Reno & C.A. Kallgren, 'A Focus Theory of Normative Conduct: Recycling the Concept of Norms to Reduce Littering in Public Places', *Journal of Personality and Social Psychology* (58)1990-6, p. 1015-1026.; W.H. Perkins & A.D. Berkowitz, 'Perceiving the Community Norms of Alcohol Use

10.2.3.3 *De betekenis van het opt-out model voor de verlenging van consumentenovereenkomsten*

Uit de onderzoeken blijkt dat er meer deelnemers zijn bij een opt-out model dan bij een opt-in model. Er is geen onderzoek gedaan naar dit fenomeen op het gebied van consumentenovereenkomsten, maar op basis van de eerder uiteengezette psychologische en economische verklarende factoren is een dergelijk verband wel aannemelijk. Hoewel in zowel de Gedragscode als in de wet Van Dam in principe gekozen is voor het voor bedrijven gunstige opt-out model, is een belangrijk nadeel dat een klant maandelijks kan opzeggen. Uit een onderzoek van Kassa onder tweeduizend lezers van haar nieuwsbrief, uitgevoerd voor de inwerkingtreding van de Gedragscode, blijkt dat 40% een verzekering heeft die ze liever hadden opgezegd.²³ Hoewel mensen terughoudend zijn met het gebruik van hun opt-out recht, toont dit percentage wel aan dat er voor bedrijven een behoorlijk risico aan het opt-out model kleeft. Waar te nemen valt dan ook dat bedrijven van het opt-out model een semi opt-in model proberen te maken door de klant – in ruil voor een korting – opnieuw te laten tekenen voor een jaar. Zoals eerder uiteengezet hebben verzekeringsmaatschappijen een vormvrije informatieplicht. Het is interessant om te bezien of de (wijze van) informatievoorziening van invloed is op de beslissing van de consument om gebruik te maken van zijn opt-in of opt-out recht.

10.3 Informatie

10.3.1 *Het beïnvloeden van beslissingen: inhoud van de informatie*

Over hoe mensen beslissingen maken en welke rol het geven van informatie daarbij speelt bestaan verschillende theorieën. De *rational choice theory*²⁴ stelt dat de consument altijd de optie kiest die zijn nut maximaliseert.

among Students: Some Research Implications for Campus Alcohol Education Programming', *The International Journal of the Addictions* (21) 1986-9/10, p. 961-976.

23 Onderzoek uitgevoerd voor het inwerkingtreden van de wet Van Dam door kassa, te raadplegen op kassa.vara.nl/tv/afspeelpagina/fragment/kassa-boekt-succes-einde-aan-stilzwijgende-verlenging-verzekeringen/speel/1/, voor het laatst geraadpleegd op 14 mei 2012.

24 Er is niet één rational choice theory. Daar de basis van alle theorieën wel dezelfde is en het hier te ver gaat om alle variaties te bespreken zal er gesproken worden van de rational choice theory. Zie hierover R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* (88) 2000-4, p. 1051-1144.

Hierbij wordt verondersteld dat consumenten alle alternatieven (kunnen) weten, een kosten-batenanalyse (kunnen) maken en op basis van vaststaande, stabiele preferenties een keuze maken. Bij deze theorie is het hebben van meer informatie altijd beter, omdat er op die manier een grotere kans is dat een bepaalde preferentie volledig wordt vervuld en daarmee het nut wordt gemaximaliseerd.²⁵ Gebleken is echter dat, hoewel het geven van informatie zinvol is, het geven van alle informatie er niet altijd voor zorgt dat consumenten daadwerkelijk keuzes maken die hun nut maximaliseren.²⁶ Als er teveel informatie wordt gegeven, hebben consumenten meer moeite met het verwerken van de informatie en is het mogelijk dat er geen optimale keuze wordt gemaakt.²⁷ Daar consumenten verschillen in hun capaciteit om informatie te verwerken, kan het per persoon variëren wanneer er sprake is van een *overload*.²⁸

-
- 25 L.E. Willis, 'Decisionmaking and the limits of disclosure: The problem of predatory lending: pricing', *Maryland Law Review* (707) 2006-65, p. 741.
- 26 Zie hierover J. Jacoby, D.E. Speller & C.A. Kohn, 'Brand choice behavior as a function of information load', *Journal of Marketing Research* (11) 1974-1, p. 63-69; J. Jacoby, D.E. Speller & C.A. Kohn, 'Brand choice behaviour as a function of information overload: replication and extension', *Journal of Consumer Research* 1974-1, p. 33-42; J. Jacoby, 'Information load and decision quality: some contested issues', *Journal of Marketing Research* (14) 1977-4, p. 569-573.
- 27 Y.C. Chen, R.A. Shong & C.Y. Kao, 'The effects of information overload on consumer's subjective state towards buying decision in the internet shopping environment', *Electronic Commerce Research and Applications* (8) 2009-1, p. 48-58.
- 28 Er zijn verschillende manieren waarop consumenten kunnen worden onderverdeeld. Eén van die manieren is het maken van een scheiding tussen consumenten met een '*high need for cognition*' (hoge NFC) en consumenten met een '*low need for cognition*' (lage NFC). Consumenten met een hoge NFC worden gekenmerkt doordat zij goed kunnen analyseren, rekenen en vergelijken terwijl consumenten met een lage NFC deze taken proberen te vermijden en vaak ezelsbruggetjes gebruiken bij het maken van beslissingen. Beide consumenten kunnen verleid worden om andere beslissingen te maken dan de beslissingen die hun nut zouden maximaliseren door middel van de hierna te bespreken factoren. Over het algemeen zijn de consumenten met een lage NFC hier wel het meest vatbaar voor. Zie hierover W. H. van Boom, 'Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* (29) 2011-1, p. 359-376; J.T. Cacioppo & R.E. Petty, 'The need for cognition', *Journal of Personality and Social Psychology* (42) 1982-1, p. 116-131; J.T. Cacioppo, R.E. Petty & C.F. Kao, 'The efficient assessment of need for cognition', *Journal of Personality Assessment* (48) 1984-3, 306-307.

Daarnaast is het mogelijk de beslissing van de consument door de wijze van informatievoorziening te beïnvloeden.²⁹ Dit kan bijvoorbeeld door *framing*, dat wil zeggen de manier waarop een optie gepresenteerd wordt. Uitgaande van de *rational choice theory* zou de manier van presenteren voor het maken van beslissingen niet van belang moeten zijn. Onderzoek laat echter zien dat dit wel van belang is. Een voorbeeld hiervan is het weergeven van feit in een positieve of in een negatieve zin.³⁰ Hoewel de boodschap dezelfde is, is het waarschijnlijker dat er meer consumenten geneigd zijn het contract te verlengen wanneer er op een positieve manier geformuleerd is.

Een tweede factor is dat de keuze kan worden beïnvloed door de keuzes van anderen. In verschillende onderzoeken komt naar voren dat mensen geneigd zijn om mee te gaan met de massa.³¹ Dit gegeven kan mijns inziens verklaard worden door het feit dat mensen hun denkproces starten vanaf een bepaalde gebeurtenis die als *anchor* dient, bijvoorbeeld het feit dat veel andere consumenten het contract verlengd hebben.³²

Een magische uitwerking heeft het woord ‘*gratis*’ of ‘*cadeau*’ op de meeste consumenten. Uit onderzoek komt naar voren dat de gemiddelde consument bij het zien van één van deze begrippen een onmiddellijke drang voelt om het product te kopen. Dit effect is wel van korte duur. De aanbieding kan aldus het best gecombineerd worden met een beperkte beslistermijn. Niet zelden prijken naast de aanbieding dan ook de woorden ‘op is op’ of geldt de aanbieding ‘alleen vandaag!’.³³

29 Hoewel er nog vele andere factoren relevant kunnen zijn is het vanwege de omvang van deze bijdrage niet mogelijk om alle factoren te bespreken en is er voor gekozen een selectie te maken uit de meest voorkomende factoren.

30 Ter verduidelijking een voorbeeld. Een bedrijf kan consumenten een aanbod doen om een nieuw contract te tekenen of de consument over halen zijn contract te verlengen door in de brief te schrijven ‘50% van de consumenten verlengt bij ons zijn contract’ of door ‘50% van de consumenten verlengt zijn contract niet’.

31 R.B. Cialdini, R.R. Reno & C.A. Kallgren, ‘A Focus Theory of Normative Conduct: Recycling the Concept of Norms to Reduce Littering in Public Places’, *Journal of Personality and Social Psychology*, (58) 1990-6, p. 1015-1026; W.H. Perkins & A.D. Berkowitz, ‘Perceiving the Community Norms of Alcohol Use among Students: Some Research Implications for Campus Alcohol Education Programming’, *The International Journal of the Addictions* (21) 1986-9/10, p. 961-976.

32 W. H. van Boom, ‘Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law’, *Journal of Consumer Policy* (29) 2011-1, p. 359-376.

33 Als de bewoordingen te agressief overkomen, is het wel mogelijk dat consumenten met een hoge NFC worden afgeschrikt, zie W. H. van Boom, ‘Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law’, *Journal of Consumer Policy* (29) 2011-1, p. 359-376.

De *rational choice theory* gaat ervan uit dat de consument altijd de beslissing zal maken die zijn nut het meest maximaliseert, ongeacht door welke methode de keuzes duidelijk gemaakt worden (*invariance*). Uit onderzoek blijkt echter dat de keuze van de consument wel kan worden beïnvloed door de vraagstelling waardoor de keuzes duidelijk worden gemaakt. Stel een consument moet kiezen met welk bedrijf hij in zee gaat. Als de vraagstelling luidt het bedrijf te kiezen met de beste kwaliteiten is het mogelijk dat de consument voor bedrijf A gaat. Indien de vraagstelling luidt de optie met de grootste minpunten af te laten vallen, is het mogelijk dat bedrijf A afvalt en de consument met bedrijf B een contract aangaat.³⁴ Een bedrijf doet er aldus verstandig aan om in een brief die hij naar de consument stuurt, de vraagstelling op een bepaalde manier te formuleren.³⁵

10.3.2 *Het beïnvloeden van beslissingen: taalniveau van de informatie*

Het taalniveau en de lengte van de zinnen van de informatie is van belang. Een complexe inhoud kan namelijk snel tot begripsproblemen leiden. In de Gedragscode is dit probleem getracht te ondervangen door de eis te stellen dat de verzekeraar de verzekeringsnemer moet informeren en duidelijke en eenvoudige bewoordingen, waarvan de verzekeraar mag verwachten dat de verzekeringnemer deze begrijpt.³⁶ In paragraaf 10.4 zullen wij bezien of en hoe dit vereiste in de praktijk tot uitdrukking wordt gebracht. Het is het vermelden waard dat sommige verzekeraars reeds bezig zijn met het versimpelen van de taal van hun algemene voorwaarden.³⁷ Een consument bepaalt namelijk niet alleen wat hij leest, maar ook grotendeels hoe hij iets leest.³⁸ Door het versimpelen van de taal in de brief worden de manieren van lezen voor de consument beperkt en heeft het bedrijf beter in de hand hoe het de boodschap over wil laten komen.

34 E. Shafir, 'Choosing versus rejecting: Why some options are both better and worse than others', *Memory and Cognition* (21) 1993-4, p. 546-556.

35 Er zijn nog tal van andere factoren die de beslissing van de consument mogelijk-kerwijs kunnen beïnvloeden. Vanwege de omvang van deze bijdrage is ervoor gekozen deze factoren niet te bespreken.

36 Zie artikel 3.1, 4.1 Gedragscode en de daarbij behorende toelichting. Het is de vraag of dit vereiste ook altijd daadwerkelijk gehaald wordt, zoals we zullen zien in paragraaf 10.4. Verzekeraars zijn bezig hun algemene voorwaarden te versimpelen, wellicht dat dit initiatief ook kan worden doorgetrokken naar de brieven die zij uitsturen naar de klant.

37 Zie ook de bijdrage van M.R. van Dam in deze bundel.

38 E.H.H.J. Das, 'Hoe overtuig ik de lezer', in: F.J. Meijman & F. Meulenberg (red.), *Medische publiekscommunicatie: een panorama*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2002, p. 59-68.

10.3.3 *Het beïnvloeden van beslissingen: opmaak van de informatie*

Er zijn verschillende onderzoeken gedaan naar de relatie tussen de opmaak en de begrijpelijkheid van een tekst. Uit deze onderzoeken komt naar voren dat de vormgeving van een tekst (het gebruik van kopjes, signaalwoorden e.d.) de begrijpelijkheid van een tekst bevordert³⁹ en de lezer in staat stelt meer van de tekst te onthouden.⁴⁰ Naast de opmaak van de brief, is ook de lengte van de brief van belang. De gemiddelde lezer zal niet (erg) geïnteresseerd zijn en indien het lezen van de brief te veel inspanning vraagt zal de brief (deels) ongelezen blijven.⁴¹

Het is denkbaar dat een verzekeraar de informatieve brief tegelijk met het sluiten van de verzekeringsovereenkomst verschaft. Uit onderzoek blijkt dat het risico bestaat dat de consument onvoldoende bewust is van het feit dat de bijlagen en losse onderdelen ook belangrijke informatie bevatten en dus gelezen moeten worden.⁴² Bovendien wordt er zoveel informatie op een vroeg tijdstip gegeven, dat de consument de informatie die betrekking heeft op de verlenging hoogstwaarschijnlijk vergeten is wanneer de verlenging een rol gaat spelen. Dit kan inhouden dat de consument zijn verzekering ‘vergeet’ en door laat lopen. Het kan echter ook inhouden dat de consument dit ziet als een slinkse manier van de verzekeraar om een contract te laten verlengen en het vertrouwen in verzekeringsmaatschappijen hierdoor daalt.

39 B. Meyer, ‘Signalling the structure of text’, in: D.H. Jonassen (red.), *The technology of text*, New Jersey: Englewood Cliffs 1985, p. 24-49; T.J.M. Sanders & L.G.M. Noordman, ‘The Role of Coherence Relations and their Linguistic Markers in Text Processing’, *Discourse Processes* (29) 2000-1, p. 37-60.

40 B. Meyer, ‘Signalling the structure of text’, in: D.H. Jonassen (red.), *The technology of text*, New Jersey: Englewood Cliffs 1985, p. 24-49; M. Sadoski, ‘Theoretical, empirical and practical considerations in designing informational text’, In: A. Maes e.a. (eds.), *Document design: Linking writers goals to readers needs*, The Netherlands: Tilburg University Discourse Studies Group 1999, p. 149-161.

41 AFM, ‘Rapport Volledigheid en Begrijpelijkheid Startbrief. Onderzoek naar de informatieverstrekking aan nieuwe deelnemers (februari 2012)’, p. 16, te raadplegen op www.afm.nl/~media/Files/rapport/2010/rapport-volledigheid-begrijpelijkheid-startbrief.ashx. Voor het laatst geraadpleegd op 20 mei 2012. Zie ook H. Song & N. Schwarz, ‘If it’s Hard to Read, it’s Hard to Do. Processing Fluency Affects Effort Prediction and Motivation’, *Psychological Science* (19) 2008-10, p. 986-988.

42 AFM, ‘Rapport Volledigheid en Begrijpelijkheid Startbrief. Onderzoek naar de informatieverstrekking aan nieuwe deelnemers (februari 2012)’, p. 15, te raadplegen op www.afm.nl/~media/Files/rapport/2010/rapport-volledigheid-begrijpelijkheid-startbrief.ashx. Voor het laatst geraadpleegd op 20 mei 2012.

10.4 Analyse van de verzekeringsbrief

10.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt besproken hoe verzekeringsmaatschappijen invulling geven aan het vereiste in de Gedragscode dat stelt dat de consument geïnformeerd dient te worden in duidelijke en eenvoudige bewoordingen.⁴³ Naar aanleiding van de reeds besproken literatuur en op basis van drie (geanonimiseerde) brieven zal ik hypothesen formuleren over mogelijke invloeden op het begrip van de consument.⁴⁴

10.4.2 Voorbeeldbrief één

Polisnummer	<Polisnummer>
Soort verzekering:	<naam verzekering, bijvoorbeeld: bedrijfsuitrusting- en goederenverzekering>
Betreft:	Verlenging van uw verzekering: de keuze is aan u!

Geachte heer/mevrouw,

... biedt u met bovengenoemde polis een prima verzekeringsoplossing. Op <hoofdprolongatiedatum> verlengen wij uw polis automatisch met 12 maanden.

Waarom verlengen wij uw verzekering automatisch?
Zo zorgen wij ervoor dat u goed verzekerd blijft.

Welke keuze krijg ik?
Na het automatisch verlengen kunt u de verzekering op ieder moment wijzigen. Ook bent u vrij om de verzekering tussentijds schriftelijk te beëindigen. De opzegtermijn hiervoor is één maand. De mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging leggen we op de polis vast onder de 'speciale voorwaarden'. De precieze tekst staat ook op de achterkant van deze brief.

Als u niets wilt veranderen aan uw verzekering, hoeft u niets te doen. U blijft dus goed verzekerd en altijd vrij in uw keuze.

Hebt u nog vragen?
Het komend verzekeringsjaar zijn wij u vanzelfsprekend weer graag van dienst. Hebt u na het lezen van deze brief nog vragen? Of wilt u advies over uw verzekering? Neem dan contact op met uw verzekeringsadviseur.

Wij adviseren u deze brief bij uw polis te bewaren.

Met vriendelijke groet,
...

<handtekening>

- 43 Uit onderzoek van Adfiz blijkt dat de invulling van de informatieplicht per verzekeraar verschilt. In het onderzoek komt echter niet naar voren op welke wijze dit verschilt. Onderzoek is beschikbaar op www.adfiz.nl/overadfiz/verlenging1jaar/. Voor het laatst geraadpleegd op 15 mei 2012.
- 44 In veel verzekeringsbrieven staat dat indien de consument vragen heeft, hij contact op kan nemen met zijn tussenpersoon. Hiervan abstraheer ik, daar ik wil onderzoeken of de consument de brief begrijpt.

10.4.2.1 *Opmaak*

De brief is opgesteld in een duidelijk lettertype en lettergrootte. Door het gebruik van kopjes is de lay-out overzichtelijk en door bovenaan de brief het polisnummer en het soort verzekering te vermelden is het voor de consument helder welke verzekering de brief betreft. Daarnaast sluit het onderwerp '*verlenging van uw verzekering: de keuze is aan u!*', aan bij de inhoud van de brief.

10.4.2.2 *Inhoud*

In sommige zinspelingen lijkt er gebruik te zijn gemaakt van een bepaalde methode van vraagstelling om de consument te sturen (*invariance*), bijvoorbeeld door '*Waarom verlengen wij uw verzekering automatisch?*'. Door middel van de aanprijzing wordt getracht de consument te laten kijken naar de positieve punten van de verzekering.

De verzekeraar informeert enkel de consument over de opzegrechten en de aanstaande verlenging. Beide elementen staan erin en worden duidelijk ingeleid door de vraag '*welke keuze krijg ik?*'. In de brief wordt geen nieuwe aanbieding gedaan of melding gemaakt van andere wijzigingen in de overeenkomst. Er wordt op deze manier gebruik gemaakt van een opt-out model. Door de lengte van de brief te beperken tot één pagina is er geen sprake van *information overload*. Een minpunt is dat een deel van de informatie, namelijk de aangepaste, nieuwe polisvoorwaarde, vermeld staat op de achterkant van de brief, hoewel daar in de brief wel duidelijk melding van wordt gemaakt.

De verzekeraar beëindigt te brief door aan de consument mee te geven de brief bij zijn polis te bewaren. Dit is een voor de consument waardevolle aanbeveling, daar de consument op deze manier de brief later nog een keer kan doorlezen.

10.4.2.3 *Hypothese*

In deze brief is gebruik gemaakt van kopjes en dikgedrukte woorden, waardoor de brief overzichtelijk oogt. Mijn eerste hypothese luidt dat de opmaak van de brief van belang is voor het begrip van de consument.

Daarnaast wordt in de brief verwezen naar de achterkant van de brief. Het is de vraag of een consument beseft dat daar ook belangrijke informatie

kan staan. Mijn tweede hypothese luidt daarom dat de plaats van de informatie van belang is voor het begrip van de consument.

10.4.3 Voorbeeldbrief twee

<p>Klantgegevens (adres – polisnummers)</p> <p>Betreft: opzeggen en verlengen schadeverzekeringen</p> <p>Geachte cliënt,</p> <p>Hierbij berichten wij u dat op 1 januari 2010 de nieuwe 'Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen' voor verzekeringen in het leven is geroepen. De 'Gedragscode' ligt in het verlengde van de wens van de politiek en de verzekeringsbranche om transparanter te zijn voor verzekerden. Ook ... heeft hier uiteraard conform de 'Gedragscode' invulling aan gegeven, waarbij wij hierin iets verder zijn gegaan door het voor u wat eenvoudiger te maken.</p> <p>Volgens de 'Gedragscode' is het uitgangspunt voor het afsluiten van nieuwe particuliere schadeverzekering(en) dat dit vanaf 1 januari 2010 éénjarige contracten zijn. Voor jaarcontracten geldt dat deze ná verlenging door de verzekerde op ieder moment opzegbaar zijn met inachtneming van één maand opzegtermijn. Op deze manier zullen verzekeraars hun klanten meer duidelijkheid, vrijheid en gemak bieden.</p> <p>... streeft naar een hoogwaardige en pragmatische dienstverlening. ... is daarom een stap verder gegaan en heeft met ingang van 1 januari 2010 alle nieuwe en lopende particuliere verzekeringscontracten direct opzegbaar gemaakt met een opzegtermijn van één maand. Uw contract is reeds in uw voordeel aangepast.</p> <p>Bijgevoegd ontvangt u een addendum dat op de ... polisvoorwaarden van toepassing is en waarin de nieuwe regeling is opgenomen. Wij adviseren u om dit addendum bij de polisvoorwaarden te bewaren.</p> <p>Indien u nog vragen heeft verzoeken wij u vriendelijk om contact op te nemen met uw tussenpersoon.</p> <p>Wij hopen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.</p> <p>Hoogachtend,</p> <p>...</p> <p>Bijlage: addendum voorwaarden</p>

10.4.3.1 *Opmaak*

Er is geen gebruik gemaakt van kopjes, dit had de leesbaarheid van de brief kunnen vergroten.

10.4.3.2 *Inhoud*

Als men de brief globaal doorleest is het eerste dat opvalt het gebruik van moeilijke woorden zoals ‘*pragmatische*’ en ‘*addendum*’. Daar in de Gedragscode het vereiste geldt dat de verzekeringnemer op de hoogte wordt gesteld in ‘duidelijke en eenvoudige bewoordingen, waarvan de verzekeraar mag verwachten dat de verzekeringnemer deze begrijpt’, is het maar de vraag of deze brief hieraan voldoet. Mijn aanbeveling aan deze verzekeraar zou zijn om een ander taalniveau te hanteren.

Het tweede dat opvalt is dat deze verzekeraar eerst uitlegt dat er een Gedragscode in werking is getreden, vervolgens wat er in de Gedragscode staat en tenslotte komt aan bod hoe de verzekeraar zelf de Gedragscode hanteert. Het is te verwachten dat deze uitleg te lang duurt en door de consument als niet erg overzichtelijk wordt ervaren.

Tot slot wordt in deze brief gebruik gemaakt van een addendum. Uit eerder onderzoek is gebleken dat het niet altijd duidelijk is voor de consument dat een bijlage erbij hoort en ook de moeite van het lezen waard is.⁴⁵ De verzekeraar heeft hier dat probleem wel ondervangen door de inhoud van het addendum kort uit te leggen en te vermelden dat het verstandig is het addendum te bewaren.

Net als in de eerste brief wordt ook in deze brief gebruik gemaakt van het geïnformeerde opt-out model en wordt er geen nieuwe aanbieding gedaan door de verzekeraar.

10.4.3.3 *Hypothese*

Het is te verwachten dat de meerderheid van de verzekeringnemers deze brief niet zal begrijpen, niet alleen vanwege het gehanteerde taalniveau maar ook vanwege de omslachtige uitleg over de wijzigingen die voor de consument zullen plaatsvinden. Mijn hypothese is dat de moeilijkheidsgraad van

45 AFM, ‘Rapport Volledigheid en Begrijpelijkheid Startbrief. Onderzoek naar de informatieverstrekking aan nieuwe deelnemers (februari 2012)’, te raadplegen op <http://www.afm.nl/~media/Files/rapport/2010/rapport-volledigheid-begrijpelijkheid-startbrief.ashx>. Voor het laatst geraadpleegd op 20 mei 2012.

de gebruikte taal waarin de informatie wordt gegeven van invloed is op het begrip van de consument.

In deze brief is ook informatie gegeven in de bijlage. Het is de vraag of consumenten beseffen dat hierin ook belangrijke informatie staat en dat het van belang is deze informatie te lezen. Dit past goed bij de eerder door mij verwoorde hypothese dat de plaats van de informatie van belang is voor het begrip van de consument.

10.4.4 Voorbeeldbrief drie

Onderwerp: verlenging van uw bromfietsverzekering

Geachte heer, mevrouw,

Uw bromfietsverzekering wordt binnenkort verlengd. Zo bent u ook het komende jaar goed verzekerd. Hierbij ontvangt u de nota voor het nieuwe verzekeringsjaar.

In deze brief informeren wij u over een premiewijziging. Daarnaast attenderen wij u graag op de risico's van het uitlenen van uw brommer.

Premiewijziging
De premie voor de bromfietsverzekering is gewijzigd. Wij zien een toename in de hoogte van de uitkeringen bij letselschaden. Daarnaast zijn de onderdelenprijzen en dus de reparatiekosten gestegen. Wat dit voor u betekent, is afhankelijk van de dekking. U kunt dit zien op de bijgaande premiespecificatie.

Risico's bij uitlenen
Als u uw brom- of snorfiets uitleent aan een bestuurder jonger dan 24 jaar én deze is jonger dan de opgegeven bestuurder, dan wordt niet het volledige schadebedrag vergoed. Wij merken in de praktijk dat niet iedereen op de hoogte is van deze voorwaarde. Wij adviseren u daarom uw brom- of snorfiets niet uit te lenen aan een bestuurder jonger dan 24 jaar.

Wat kunt u van ons verwachten?
... staat voor kwaliteit. Zoals u gewend bent, biedt de verzekering een ruime dekking. Daarnaast kunt u rekenen op een snelle en betrouwbare schadeafhandeling.

Meer weten?
Voor de verlenging van uw verzekering hoeft u verder geen actie te ondernemen. Heeft u toch nog een vraag? Uw tussenpersoon staat voor u klaar. U vindt de contactgegevens op het polisblad.

Met vriendelijke groet,
...

10.4.4.1 Opmaak

De opmaak van deze brief is overzichtelijk door het gebruik van de tussenkopjes. Het wordt echter niet duidelijk bij welk tussenkopje de consument moet kijken voor de verlenging. Kortom, de tussenkopjes corresponderen

niet met het hoofddoel van de brief. Daar in geen enkel tussenkopje naar voren komt waar de verlenging behandeld wordt, lijkt ook de titel niet te corresponderen met de inhoud.

10.4.4.2 *Inhoud*

De titel doet vermoeden dat de consument op de hoogte wordt gesteld van de aanstaande verlenging en zijn opzegrechten, maar de brief gaat voornamelijk over de risico's bij het uitlenen van een bromfiet en een premiewijziging. Indien de consument vluchtig de brief bekijkt en voornamelijk op de kopjes let, wordt uit deze brief niet duidelijk dat de overeenkomst verlengd wordt. Dat de overeenkomst verlengd wordt is getracht te verstoppen tussen de premiewijziging en de waarschuwing betreft het uitlenen. Alleen als een consument goed leest en begrijpt dat de zinsnede '*voor de verlenging van uw verzekering hoeft u verder geen actie te ondernemen*', a contrario betekent dat indien de consument geen verlenging wenst, hij wel actie moet ondernemen komt het opt-out model goed tot zijn recht. Het opt-out model mag echter niet het etiket geïnformeerd opt-out model dragen, daar de consument – in tegenstelling tot wat de Gedragscode eist – niet geïnformeerd is over zijn opzegrechten.

10.4.4.3 *Hypothese*

Mijn hypothese is dat de gemiddelde consument een brief waarin enkel informatie met betrekking tot opzegrechten en de aanstaande verlenging wordt gegeven, beter begrijpt dan wanneer er meer en/of andere informatie in de brief staat. Kortom: de hoeveelheid en soort informatie is van invloed op de begrijpelijkheid.

10.5 Exploratief onderzoek

10.5.1 *Inleiding*

In deze paragraaf worden de belangrijkste bevindingen van het consumentenonderzoek naar de begrijpelijkheid van de brieven uiteengezet. De hypothesen die ik geformuleerd heb in § 10.4 zullen worden getoetst:

- 1) De opmaak van de brief waarin de informatie is gegeven beïnvloedt het begrip van de consument;
- 2) De plaats van de informatie beïnvloedt het begrip van de consument;
- 3) De moeilijkheidsgraad van de gebruikte taal waarin de informatie is gegeven beïnvloedt het begrip van de consument;

- 4) De hoeveelheid en soort informatie beïnvloedt het begrip van de consument;

Ook de hypothese die is gevonden in § 10.2 staat centraal:

- 5) Het (opt-in/opt-out) model waarin de informatie is gegeven beïnvloedt het begrip van de consument;

Met negentien respondenten worden in een individueel gesprek door middel van een gestructureerde enquête telkens vier brieven doorgenomen. Bij het opmaken van de enquêtevragen heb ik het CCC-model van Renkema gehanteerd, waarmee gemeten kan worden waarop consumenten vastlopen bij het lezen van een tekst (zie figuur 1).⁴⁶

De interviews hebben plaatsgevonden in juni 2012. Bij het kiezen van respondenten is voor zover mogelijk gevarieerd in leeftijd, geslacht en opleidingsniveau. Het onderzoek is exploratief van aard, dat wil zeggen dat de uitkomsten van het onderzoek niet één op één kunnen worden geëxtrapoleerd naar de gehele populatie.

46 De tabel ontleen ik aan het onderzoek van Renkema en Leuwerink, zie J. Renkema & K.R. Leuwerink, *Belastingdienst, let op je woorden! Een kwalitatief onderzoek naar de begrijpelijkheid van digitale informatie van de Belastingdienst*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2011. Er is volgens het CCC-model voldoende kwaliteit als er aan drie voorwaarden is voldaan: correspondentie, consistentie en correctheid. Dit houdt achtereenvolgens in dat de tekst op de lezer is afgestemd, de tekstdelen op elkaar zijn afgestemd en de regels van het taalsysteem zijn toegepast. De drie voorwaarden zijn van toepassing op vijf verschillende tekstniveaus, te weten inhoud, opbouw, formulering en presentatie, die op haar beurt weer vijftien ijkpunten opleveren. Het CCC-model en de daarbij behorende tabel heb ik als uitgangspunt genomen om vragen te formuleren, zodat inzichtelijk wordt waardoor een tekst onbegrijpelijk is, ook als de respondent dit zelf niet onder woorden kan brengen.

Figuur 1: het CCC-model (bron: Renkema en Leuverink 2011)

	Correspondentie	Consistentie	Correctheid
	1. geschiktheid	2. genrezuiverheid	3. toepassing generegels
A. Teksttype	<i>Past de tekstsoort bij het doel van de tekst?</i>	<i>Blijft het teksttype hetzelfde in de gehele tekst?</i>	<i>Passen de gebruikte woorden bij het teksttype?</i>
	4. voldoende informatie	1. overeenstemming tussen feiten	2. juistheid van gegevens
B. Inhoud	<i>Heeft u behoefte aan meer informatie?</i>	<i>Staan er tegenstrijdigheden in de tekst?</i>	<i>Zijn de gegevens in de tekst correct?</i>
	7. voldoende samenhang	8. consequente opbouw	9. correcte verbindingswoorden
C. Opbouw	<i>Is de volgorde van de aangeboden informatie 'logisch'?</i>	<i>Komt de inhoud overeen met het kopje?</i>	<i>Worden zinnen op de juiste manier aan elkaar gekoppeld?</i>
	10. gepaste formulering	11. eenheid van stijl	12. correcte zinsbouw en woordkeus
D. Formulering	<i>Behoeven woorden een extra uitleg?</i>	<i>Is er eenheid in terminologie?</i>	<i>Staan er in de tekst woorden die niet kloppen in de zin?</i>
	13. gepaste presentatie	14. afstemming van tekst en vormgeving	15. correcte spelling en interpunctie
E. Presentatie	<i>Kan de lezer snel iets terugvinden?</i>	<i>Kloppen de verwijzingen naar andere tekstonderdelen?</i>	<i>Is de spelling correct?</i>

10.5.2 Opmaak van de brief

De eerste hypothese die centraal staat is dat de opmaak van de brief van invloed is op het begrip van de consument. Hiertoe heb ik aan de consument brieven getoond met een verschillende opmaak waarbij er voornamelijk is gevarieerd in het gebruik van kopjes en titels.

Door bijna een kwart van de respondenten wordt, zonder hier direct naar te vragen, aangegeven dat zij het gebruik van kopjes als zeer prettig ervaren.

Het lezen met kopjes vind ik altijd makkelijker, dus het is wel fijn dat deze brief dat gedaan heeft. Ik vind de volgorde van de aangeboden informatie logisch, dat komt vooral door het gebruik van de kopjes.

Vrouw, 22 jaar, HBO, Verpleegkundige

Het gaat om de verlenging en dat maken ze goed duidelijk met de kopjes. Wat zij als eerste vraag in het kopje hebben opgenomen, is ook mijn eerste vraag.

Vrouw, 20 jaar, HBO, Student Geschiedenis

Brief C, waarin met duidelijke kopjes gewerkt wordt, is door geen enkele respondent als minst begrijpelijk aangewezen en door negen respondenten

als meest begrijpelijk aangemerkt. Dit lijkt te suggereren dat de kopjes de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de brief vergroten.⁴⁷

Men moet zich er van bewust zijn dat er ook een gevaar schuilt in het maken van kopjes. Het is namelijk ook mogelijk om enkel kopjes te maken over de bijzaak en zo de focus weg te nemen van de hoofdzaak. Dit effect trad vooral op bij brief A, waarin er geen kopje is gemaakt over de verlenging, maar wel over de premiestijging en de risico's.

De hoofdzaak is de premiestijging en iets minder maar toch een hoofdzaak, is dat je je brommer niet moet uitlenen aan iemand jonger dan 24 jaar. De rest is allemaal reclame.

Man, 20 jaar, WO, Student Nederlands Recht

10.5.3 Plaats van de informatie

De tweede door mij geformuleerde hypothese houdt in dat de plaats van de informatie het begrip van de consument beïnvloedt. In de door mij gehouden interviews komen diverse factoren naar voren die dit standpunt ondersteunen.

Allereerst blijkt dat de plaats van de informatie van invloed kan zijn op de beslissing van de consument om de informatie wel of niet te lezen. Uit de interviews blijkt dat door meer dan een kwart van de respondenten het bij brief B bijbehorende addendum niet wordt gelezen. De informatie in het addendum zal de consument dan ook alleen begrijpen indien deze informatie eveneens in de brief is uitgelegd. Het enkel expliciet verwijzen naar de extra informatie in de brief blijkt niet voldoende. Zo wordt door zeven respondenten de informatie die op de achterkant van brief B is opgenomen niet gelezen, ondanks het feit dat hier in de brief uitdrukkelijk naar wordt verwezen. Daarnaast wordt het opnemen van informatie op de achterkant van een brief niet door alle respondenten als prettig ervaren.

Ook raar dat de brief dan al ondertekend is en dat er dan toch iets op de achterkant staat.

Vrouw, 50 jaar, MBO, Medewerkster P&O

In brief D staan onderaan de brief kleine letters die belangrijke informatie geven over de opzeggemogelijkheden. Deze informatie komt elders in de

⁴⁷ Het is mogelijk dat dit ook door een aantal andere factoren wordt beïnvloed, waardoor deze conclusie niet onomstotelijk getrokken mag worden. Zo is het gehanteerde taalniveau in brief C niet erg hoog en is de brief ook niet erg lang.

brief niet naar voren. Slechts twee respondenten zagen direct deze kleine letters en konden daardoor ook alle vragen beantwoorden. Sommige respondenten zagen de kleine letters pas nadat ik meerdere vragen over de brief gesteld had en zij meerdere keren de brief gelezen hadden. Een grote meerderheid van de respondenten had de kleine letters niet gezien of wel gezien maar niet gelezen.

Na de handtekening stop ik altijd met lezen.
Man, 56 jaar, WO, Manager Onderwijs

Jeetje ik had die kleine letters wel gezien, maar ik dacht daar staan gewoon de adresgegevens van het bedrijf.
Vrouw, 57 jaar, Huishoudschool, Huisvrouw

Als de respondenten eenmaal de letters gezien hadden wekte dit irritatie op.

Ik vind hem misleidend, gezien het ieniemienie lettertype onderaan de brief.
Dit is echt de slechtste brief ooit.
Vrouw, 25 jaar, WO, Student Rechtsgeleerdheid

Consumenten die de kleine letters niet hadden gelezen werden, conform de wet Van Dam, niet geïnformeerd over eventuele opzeggingsrechten. Opvallend is dat geen van de respondenten op de hoogte is van het feit dat zij deze opzeggingsrechten wel hebben.⁴⁸

Uit de interviews kan worden afgeleid dat de plaats van de informatie relevant is voor het begrip. Door de informatie op een bepaalde plek in de brief te zetten is het mogelijk dat de consument er overheen leest (in het geval de informatie in kleine letters onderaan de brief of op de achterkant van de brief staat) of ervoor kiest om de informatie niet te lezen (indien de informatie in het addendum staat). Indien de informatie niet elders is uitgelegd wordt de brief niet goed begrepen. Bovendien is een belangrijk effect dat optreedt dat de consument geïrriteerd raakt daar hij het idee krijgt dat er getracht is de informatie te verbergen.

48 Opvallend is dat bij brief D deze respondenten niet weten wat er met hun huidige contract gebeurt indien zij de aanbieding niet accepteren. Sommige geven aan dat het huidige contract automatisch zal stoppen, terwijl anderen er van uitgaan dat dit automatisch wordt verlengd. Daarnaast weet ook 1/3 van de respondenten niet te vertellen wanneer zij de eerste mogelijkheid hebben om het nieuwe contract op te zeggen indien zij wel van de aanbieding gebruik maken. Kortom, indien er net zoals in de wet Van Dam niet geïnformeerd wordt, kan dit voor verwarring bij de consument zorgen.

10.5.4 Taalniveau

Het taalgebruik in brief B ligt op een hoger niveau dan in de andere drie brieven. De verwachting is dat door dit hoge taalniveau een meerderheid van de consumenten deze brief onbegrijpelijk vindt.

Uit de interviews komt naar voren dat een grote meerderheid van de respondenten moeite heeft met de woordkeuze. Van de negentien respondenten die ondervraagd zijn wees meer dan de helft van de respondenten het woord ‘addendum’ aan als antwoord op de vraag of er woorden zijn die zij niet begrijpen.⁴⁹

Wat is addendum? Een normaal mens begrijpt daar niets van.

Vrouw, 83 jaar, lagere school, gepensioneerd

Soms wekte het taalgebruik zelfs enige irritatie op.

Noem het alsjeblieft gewoon een bijlage.

Vrouw, 35 jaar, WO, Parketsecretaris

Ook andere gebruikte woorden en de lengte van de zinnen blijken problematisch te zijn.

Ik weet niet wat een ‘addendum’ is, en het woord ‘pragmatisch’ ken ik niet. De zinnen vind ik ook lastig. Er staan wel erg veel komma’s in. Ik moet elke zin echt twee keer lezen om het enigszins te begrijpen.

Man, 19 jaar, MBO, Schadehersteller

Op de vraag welke brief respondenten het minst begrijpelijk vonden werd negen keer brief B aangewezen. Als reden werd hiervoor vaak opgegeven dat het niveau van het taalgebruik te hoog was en de zinsopbouw te ingewikkeld.⁵⁰ Vermeld dient te worden dat elke respondent wel door had dat brief B over de verlenging van een verzekeringsovereenkomst handelde. Hoewel de brief dus als minst begrijpelijk is ontvangen, is de brief niet van een zodanig niveau dat de consument de brief helemaal niet begrijpt. Dat de brief toch slecht scoort op de schaal van begrijpelijkheid zou kunnen

49 Een deel van de respondenten geeft wel aan dat zij dit uit de context kunnen afleiden.

50 Daarnaast werd ook aangegeven dat de brief te lang was.

komen doordat de consument (meer) moeite moet doen om de brief te begrijpen.⁵¹

Opvallend is dat brief B (daardoor) zelfs slechter dan brief A wordt gewaardeerd, een brief die weliswaar geschreven is in makkelijke zinnen, maar in tegenstelling tot brief B niet alle informatie bevat.

10.5.5 Hoeveelheid/soort informatie

Hypothese vier stelt dat de hoeveelheid en soort informatie van invloed is op het begrip van de consument. Brief B die aan respondenten getoond is bestaat uit één pagina en het daarbij behorende addendum bedraagt twee pagina's. Dit werd door negen respondenten als erg veel ervaren.

Ik vind dit al een brief waarbij ik halverwege af zou haken.

Vrouw, 50 jaar, MBO, Medewerkster P&O

Oh nee joh! Drie papieren?!

Vrouw, 21 jaar, MBO, Kapster

Opviel dat de meerderheid van de respondenten het addendum wel las, zij het soms slechts kort. Door slechts zes respondenten werd het addendum in het geheel niet gelezen.

Dat addendum dat geloof ik wel.

Man, 20 jaar, WO, student Technische Bedrijfskunde

Opvallend was dat diezelfde personen het wel eens waren met de stelling 'het is belangrijk om de bijlage te lezen'.

Zoals eerder beschreven werd brief B door negen respondenten als het minst begrijpelijk aangewezen. Opvallend is dat de brief ook vijf keer als meest begrijpelijk werd aangewezen, en daarmee op de tweede plek eindigde. Als positief punt werd vaak genoemd dat het addendum er bij zat. Dit doet vermoeden dat mensen het prettig vinden om ergens op terug te kunnen vallen.

Ik vind brief B het meest begrijpelijk. Het was netjes dat die aanvulling erbij zat.

Man, 54 jaar, HBO, Hypotheekadviseur

51 Dit is consistent met het onderzoek van H. Song & N. Schwarz, 'If it's Hard to Read, it's Hard to Do. Processing Fluency Affects Effort Prediction and Motivation', *Psychological Science* (19) 2008-10, p. 986-988.

De rest van de brieven die je mij toonde zou ik weggooiden, het komt niet echt over als belangrijk. Maar dit addendum zou ik bewaren, dat lijkt mij wel belangrijk.

Vrouw, 25 jaar, WO, Student Rechtsgeleerdheid

Een andere brief waarin de hoeveelheid informatie centraal staat en die aan respondenten getoond is, is brief A. In deze brief werd naast de verlenging ook aandacht besteed aan een premiewijziging en een risico. In de brief wordt niet alle verplichte informatie gegeven, zo wordt de opzegtermijn niet vermeld. Wat opvalt is dat veel respondenten afgeleid raken door de premiestijging. Zo werd door zes respondenten de premiestijging en/of het risico van uitlenen als hoofdzaak genoemd en niet de aanstaande verlenging. Bij de vraag of zij nog meer informatie willen van deze verzekeraar, werd door een grote meerderheid van de respondenten niet aangegeven dat zij behoefte hebben aan meer informatie over de opzegtermijn, ondanks het feit dat de brief hier niet volledig in is. Ook weerhield de onvolledige informatie er vier respondenten niet van deze brief als meest begrijpelijke aan te wijzen. Hierbij werd zelfs als pluspunt genoemd dat de brief informatie geeft over de premiewijziging.

Ja ik vind brief C te beknopt. Ik wil meer weten, bij brief A is tenminste de premie en het risico nog uitgelegd.

Vrouw, 21 jaar, WO, student Nederlands Recht

Slechts één keer werd brief A als minst begrijpelijk aangewezen. Een belangrijke valkuil lijkt er dus uit te bestaan dat door het geven van informatie over andere onderwerpen in dezelfde brief als waarin de verlenging wordt aangekondigd, de consument afgeleid kan raken en in plaats van informatie te vragen over de verlenging, liever meer informatie wil krijgen over andere onderwerpen.

Brief A is de meest duidelijke brief omdat daar alles in staat wat je moet weten. Behalve of je iets op kan zeggen, maar goed dat is misschien ook niet het belangrijkste.

Vrouw, 22 jaar, HBO, Verpleegkundige

Een voorlopige conclusie die getrokken kan worden is dat enerzijds het addendum door mensen als prettig wordt ervaren omdat zij het idee hebben dat zij nu echt alle informatie krijgen. Brief C, die slechts bestond uit één pagina en waarbij geen bijlage zat, werd soms zelfs als te beknopt aangewezen. Daartegenover staat dat het addendum niet te lang moet zijn omdat

anders de consument met tegenzin begint aan het lezen van de brief en het zelfs mogelijk is dat het addendum helemaal niet gelezen wordt.

Hoewel uit het onderzoek naar voren komt dat de meerderheid van de respondenten dit niet zo ervaart, zou het beter zijn om de hoeveelheid informatie te beperken tot enkel informatie met betrekking tot de verlenging. Door informatie over andere onderwerpen te geven raakt de consument namelijk afgeleid en wordt de hoofdzaak uit het oog verloren. Kortom, de hoeveelheid informatie kan van invloed zijn op het begrip van de consument, maar wat het begrip in grotere mate beïnvloedt is welke informatie er gegeven wordt.

*Ik wil weten hoe het zit met die premie. Het draait allemaal om de centjes.
Man, 19 jaar, MBO, Schadehersteller*

10.5.6 Model

Mijn vijfde hypothese luidt dat het gehanteerde (opt-int/opt-out) model waarin de informatie gegeven is, van invloed is op het begrip van de consument. In brief D staat het semi opt-in model centraal en wordt aan respondenten een aanbieding gedaan. In ruil voor een gratis Ipod wordt aan respondenten gevraagd bij te tekenen voor een jaar. Op basis van de eerder bestudeerde literatuur en de dagelijkse praktijk van bedrijven die onder de wet Van Dam vallen, die deze marketingmethode al langer hanteren, werd verwacht dat de consument ook in de verzekeringsbranche in principe open zou staan voor deze aanbieding. Het wantrouwen ten opzichte van verzekeraars is echter groot.

*Ik vertrouw dat 'cadeau' niet. Van die brief krijg ik spontaan uitslag. Wat is het addertje onder het gras? Een oudere Ipod? Dit kan niet. Dit maakt mij nog wantrouwiger dan ik al was voor verzekeraars.
Vrouw, 55 jaar, HBO, Lerares Engels*

Slechts één respondent gaf spontaan aan te willen weten van welke verzekeraar deze brief was omdat zij geïnteresseerd is in de gratis Ipod. Hoewel ik slechts een beperkt aantal consumenten geïnterviewd heb, is het wel opvallend dat slechts één consument echt geïnteresseerd is in de aanbieding. Meer dan de helft van de respondenten geeft aan verzekeraars niet te vertrouwen en is op zoek naar een addertje onder het gras. Doordat de geïnterviewde consumenten wantrouwig zijn gaan zij op zoek naar informatie om dit vooroordeel te bevestigen, zo geven meerdere respondenten aan dat er waarschijnlijk een hele oude Ipod wordt gestuurd als ze tekenen. Kortom,

doordat de consument de verzekeraar niet vertrouwt wordt de informatie in een ander licht gezien en is het mogelijk dat de brief verkeerd begrepen wordt. Brief D werd dan ook slechts twee keer als meest begrijpelijke brief ontvangen en maar liefst negen keer als minst begrijpelijke aangewezen.⁵²

10.6 Conclusies en aanbevelingen

In hoeverre zijn de gehanteerde modellen en (de wijze van) informatievoorziening bij de verlenging van consumentenovereenkomsten van invloed op het maken van beslissingen door consumenten?

Op basis van bestudeerde psychologische/(rechts)economische literatuur en verzekeringsbrieven heb ik vijf hypothesen geformuleerd waardoor het begrip van de consument beïnvloed zou kunnen worden. In een exploratief onderzoek, waarbij voor zover mogelijk is gevarieerd in leeftijd, geslacht en opleidingsniveau, heb ik vervolgens deze hypothesen getoetst door negentien respondenten een gestructureerd interview af te nemen. Daar dit slechts een exploratief onderzoek betreft kan ik geen harde conclusies trekken. Uit het onderzoek komen echter wel een aantal opvallende punten naar voren.

Allereerst blijkt dat de *opmaak* van de brief het begrip van de consument kan beïnvloeden (hypothese één). Een overzichtelijke lay-out bevordert de leesbaarheid en daarmee de begrijpelijkheid. Vooral het gebruik van kopjes wordt door respondenten als prettig ervaren. Daarnaast is het mogelijk dat bepaalde informatie niet begrepen wordt omdat deze informatie op een bepaalde *plaats* in de brief staat (hypothese twee). Dit kan twee oorzaken hebben. Ten eerste is het mogelijk dat de informatie niet gelezen wordt doordat de consument de informatie simpelweg niet ziet, bijvoorbeeld omdat deze informatie in kleine letters onderaan de brief is gegeven. Als een consument deze informatie naderhand ziet, wekt dit over het algemeen irritatie op. Daarnaast is het mogelijk dat de consument informatie die op een bepaalde plek wordt gegeven niet leest, omdat het niet duidelijk is dat ook op die plek informatie kan staan die van belang kan zijn, zoals informatie die gegeven wordt in een bijlage. Voor mijn derde hypothese, dat het *taalniveau* het begrip van de consument zou beïnvloeden, kan geen steun worden gevonden in de interviews. Zelfs bij een hoog taalniveau begrijpen consumenten wat de hoofdzaak van de brief is. Opvallend is dat de brief

52 Ik heb niet de indruk dat dit een door de setting uitgelokte reactie is. Op andere punten vertoonden respondenten dit gedrag namelijk niet, zo voelden respondenten zich door de setting bijvoorbeeld ook niet verplicht het addendum te lezen.

desalniettemin lager wordt gewaardeerd, wellicht komt dit doordat het de consument meer moeite kost om de brief te begrijpen. Voor de vierde hypothese, welke inhoudt dat de *hoeveelheid en soort informatie* het begrip van de consument kan beïnvloeden, wordt in het onderzoek wel steun gevonden. Als er teveel informatie is, bestaat er een gereede kans dat deze door de consument niet (helemaal) gelezen wordt. In het onderzoek komt naar voren dat een bijlage van twee pagina's als te lang wordt ervaren en de consument de informatie niet of met tegenzin leest. Het geven van een korte bijlage wordt wel op prijs gesteld daar het dan voor de consument duidelijk(er) is dat de informatie belangrijk is en bewaard dient te worden. Daarnaast is het mogelijk dat de consument de hoofdzaak uit het oog verliest als er tegelijkertijd andere informatie wordt gegeven die door de consument ook van belang wordt geacht, bijvoorbeeld een eventuele premiestijging. Tot slot blijkt dat informatie anders kan worden ontvangen afhankelijk in welk *model* het gegeven wordt (hypothese vijf). Hoewel voor wet Van Dam bedrijven het semi opt-in model wellicht een aantrekkelijke marketingmethode is, blijkt uit het door mij gedane onderzoek dat verzekeraars hier terughoudend mee om zouden moeten gaan. Een substantieel van de respondenten blijkt verzekeringsmaatschappijen te wantrouwen, en dit wantrouwen is het sterkst bij een door de verzekeringsmaatschappij gedane aanbieding. Veel respondenten zijn bij de aanbieding opzoek naar omstandigheden die dit vooroordeel bevestigen. Als er informatie wordt gegeven in een semi opt-in model, wordt deze informatie daardoor anders begrepen dan wanneer de informatie gegeven is in een opt-out model.

Er zijn onder de regelingen aldus nog voldoende beslissings-beïnvloedingsvalkuilen voor de consument. Hoewel bedrijven de regelingen naar hun hand kunnen zetten, is het ook mogelijk dat zij in de beslissings-beïnvloedingsvalkuil stappen. Een verzekeringsmaatschappij kan de mist in gaan en de verkeerde wijze van informatievoorziening hanteren waardoor de belangrijkste doelstelling van de Gedragscode, te weten het zorgen voor meer vertrouwen van de consument in verzekeringsmaatschappijen, niet behaald wordt. Hoewel nader onderzoek dit zal moeten bevestigen, is mijn aanbeveling aan het Verbond van Verzekeraars niet langer een vormvrije informatieplicht te hanteren maar de informatieplicht nader te specificeren. Voor zover ik dit uit mijn onderzoek af kan leiden, kan voor zowel de consument als de verzekeringsmaatschappij het grootste voordeel uit de regeling worden gehaald door een duidelijke lay-out te hanteren, de informatie op een duidelijke plaats in de brief weer te geven, een niet al te hoog taalniveau te gebruiken en niet te veel (andere) informatie te geven. Een bijlage wordt door de consument op prijs gesteld, maar deze moet niet te lang zijn. Bovendien moet terughoudend worden omgegaan met het doen van

aanbiedingen. Uit de interviews lijkt naar voren te komen dat de consument door de bovenomschreven manieren een brief het hoogst waardeert en hij zal hierdoor wellicht, maar dit zal nader onderzoek moeten uitwijzen, eerder geneigd zijn om zijn verzekering te laten verlengen.

Een belangrijke doelstelling van de wet Van Dam is ervoor zorgen dat een consument niet ongewild vast zit aan een contract wanneer hij vergeten is op te zeggen. De doelstelling van deze wet lijkt ook gehaald te worden wanneer bedrijven van de regeling een semi opt-in model maken. De consument maakt dan immers actief de keuze om weer met het bedrijf in zee te gaan. Uit het onderzoek komt echter naar voren dat consumenten veelal niet weten dat zij de mogelijkheid hebben om het verlengde contract maandelijks op te zeggen en welke rechten zij aldus prijsgeven indien zij een nieuw contract tekenen. Als een consument niet weet dat hij op kan zeggen, blijft hij (nog steeds) ongewild partij bij het contract en wordt de doelstelling van de wet Van Dam niet (volledig) gehaald. Dit informatiegebrek aan de zijde van de consument kan wellicht worden opgelost door het invoeren van een (uitgewerkte) informatieplicht voor bedrijven.

Het verdient aanbeveling om hier nader onderzoek naar te doen.

Door de bovenstaande aanbevelingen in acht te nemen kan, voor zover ik dit uit mijn onderzoek mag afleiden, de valkuil voor de consument worden weggenomen daar hij zijn beslissing kan baseren op goede, volledige informatie. Bovendien hoeft het geven van informatie (op een bepaalde manier) ook voor bedrijven geen valkuil te zijn. Indien zij op correcte wijze informeren, hebben of (her)krijgen zij het vertrouwen van de consument.

Bijlagen

Bijlage 1: Brief A

Difference N.V.

Difference N.V.
Stadionweg 89
4576 DX Asten

Onderwerp: bromfietsverzekering

Geachte heer, mevrouw,

Uw bromfietsverzekering wordt binnenkort verlengd. Zo bent u ook het komende jaar goed verzekerd.

Hierbij ontvangt u de nota voor het nieuwe verzekeringsjaar.

In deze brief informeren wij u over een premiewijziging. Daarnaast attenderen wij u graag op de risico's van het uitlenen van uw brommer.

Premiewijziging

De premie voor de bromfietsverzekering is gewijzigd. Wij zien een toename in de hoogte van de uitkeringen bij letselschaden. Daarnaast zijn de onderdelenprijzen en dus de reparatiekosten gestegen. U nieuwe premie komt daarom € 97,50 per jaar te bedragen.

Risico's bij uitlenen

Als u uw brom- of snorfiets uitleent aan een bestuurder jonger dan 24 jaar én deze is jonger dan de opgegeven bestuurder, dan wordt niet het volledige schadebedrag vergoed. Wij merken in de praktijk dat niet iedereen op de hoogte is van deze voorwaarde. Wij adviseren u daarom uw brom- of snorfiets niet uit te lenen aan een bestuurder jonger dan 24 jaar.

Wat kunt u van ons verwachten?

Difference staat voor kwaliteit. Zoals u gewend bent, biedt de verzekering een ruime dekking.

Daarnaast kunt u rekenen op een snelle en betrouwbare schadeafhandeling.

X Het beïnvloeden van consumentenbeslissingen: valkuil of uitkomst?

Meer weten?

Voor de verlenging van uw verzekering hoeft u verder geen actie te ondernemen. Heeft u toch nog een vraag? Neem contact met ons op via het bovenstaande adres.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Joost de Jonge', written over a light grey rectangular background.

Joost de Jonge
Director *Difference* N.V.

Bijlage 2: Brief B

EXTRA N.V.
Ben Goerionpad 18
4576 GX Hellevoetsluis

Polisnummer 56748
Soort verzekering: bromfietsverzekering
Betreft: opzeggen en verlengen schadeverzekeringen

Geachte cliënt,

Hierbij berichten wij u dat op 1 januari 2010 de nieuwe ‘Gedragscode geïnformeerde verlenging en contractstermijnen’ voor verzekeringen in het leven is geroepen. De ‘Gedragscode’ ligt in het verlengde van de wens van de politiek, media, consumentenorganisaties en de verzekeringsbranche om transparanter te zijn voor verzekerden. Ook EXTRA heeft hier uiteraard conform de ‘Gedragscode’ invulling aan gegeven, waarbij wij hierin iets verder zijn gegaan door het voor u eenvoudiger te maken.

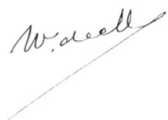
Volgens de ‘Gedragscode’ is het uitgangspunt voor het afsluiten van nieuwe particuliere schadeverzekering(en) dat dit vanaf 1 januari 2010 éénjarige contracten zijn. Voor jaarcontracten geldt dat deze ná verlenging door de verzekerde op ieder moment opzegbaar zijn met inachtneming van één maand opzegtermijn. Op deze manier zullen verzekeraars hun klanten meer duidelijkheid, vrijheid en gemak bieden.

EXTRA streeft naar een hoogwaardige en pragmatische dienstverlening. EXTRA is daarom een stap verder gegaan en heeft met ingang van 1 januari 2010 alle nieuwe en lopende particuliere verzekeringscontracten direct opzegbaar gemaakt met een opzegtermijn van één maand. Uw contract is reeds in uw voordeel aangepast.

Bijgevoegd ontvangt u een addendum dat op de EXTRA polisvoorwaarden van toepassing is en waarin de nieuwe regeling is opgenomen. Wij adviseren u om dit addendum bij de polisvoorwaarden te bewaren.

X Het beïnvloeden van consumentenbeslissingen: valkuil of uitkomst?

Wij hopen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'W. Deelk', written in dark ink on a white background.

Hoogachtend,

W. Deelk,
Director EXTRA N.V.
Bijlage: addendum voorwaarden

ADDENDUM POLISVOORWAARDEN

Dit Addendum polisvoorwaarden geldt voor de volgende verzekeringen:

- EXTRA Huis & Kunstverzekering
- Holiday Homes by EXTRA verzekering
- Fine Art by EXTRA verzekering
- Bromfietsverzekering EXTRA

De in dit Addendum gebruikte begrippen worden gebruikt conform de Definities in de op de verzekering toepasselijke Polisvoorwaarden.

De essentie van dit Addendum is dat u per 1 januari 2010 het recht heeft om, zo nodig in afwijking van de Polisvoorwaarden, uw verzekering op ieder door u gewenst moment binnen de verzekeringsperiode te beëindigen met een opzegtermijn van ten minste één maand.

De nieuwe regeling is als volgt.

1. U heeft het recht om uw verzekering met een opzegtermijn van ten minste één maand te beëindigen
2. Uw opzegging geschiedt schriftelijk door schriftelijke mededeling aan uw tussenpersoon en/of aan ons.
3. De opzegtermijn vangt aan op de datum van ontvangst van uw schriftelijke opzegging door ons of uw tussenpersoon.
4. Indien u in uw opzegging geen langere termijn en/of specifieke datum voor de beëindiging van de verzekering opgeeft gaan wij er vanuit dat u de verzekering met een opzegtermijn van één maand beëindigt.
5. Per datum beëindiging kunt u geen rechten meer aan de verzekering ontlenu. Lopende schadegevallen zullen door ons conform de polisvoorwaarden worden afgewikkeld.
6. Wanneer u de verzekering beëindigt per een datum voor het einde van de verzekeringsperiode heeft u recht op terugbetaling van de premie over de periode waarvoor de verzekering niet meer van kracht is, onder aftrek van kosten.
7. Deze regeling prevaleert boven de in de polisvoorwaarden opgenomen mogelijkheden voor beëindiging van de verzekering door u.
8. Deze regeling ziet uitsluitend op de opzegging door u en is niet van invloed op enige in de polisvoorwaarden genoemde mogelijkheden voor beëindiging van de verzekering door ons.
9. Deze regeling geldt met ingang van 1 januari 2010.

Bijlage 3: Brief C (voorkant)

Mayfield N.V.

Mayfield N.V.
Parklaan 67
3487 GE Den Haag

Polisnummer 56748
Soort verzekering: bromfietsverzekering

Betreft: Verlenging van uw verzekering: de keuze is aan u!

Geachte heer/mevrouw,

Mayfield biedt u met bovengenoemde polis een prima verzekeringsoplossing. Op 4 juli verlengen wij uw polis automatisch met 12 maanden.

Waarom verlengen wij uw verzekering automatisch?

Zo zorgen wij ervoor dat u goed verzekerd blijft.

Welke keuze krijg ik?

Na het automatisch verlengen kunt u de verzekering op ieder moment wijzigen. Ook bent u vrij om de verzekering tussentijds schriftelijk te beëindigen. De opzegtermijn hiervoor is één maand. De mogelijkheid tot tussentijdse beëindiging leggen we op de polis vast onder de 'speciale voorwaarden'. De precieze tekst staat ook op de achterkant van deze brief.

Als u niets wilt veranderen aan uw verzekering, hoeft u niets te doen. U blijft dus goed verzekerd en altijd vrij in uw keuze.

Hebt u nog vragen?

Het komend verzekeringsjaar zijn wij u vanzelfsprekend weer graag van dienst. Hebt u na het lezen van deze brief nog vragen? Of wilt u advies over uw verzekering? Neem dan contact op met ons op via www.mayfield.nl of schrijf naar ons via het bovenstaande adres.

Wij adviseren u deze brief bij uw polis te bewaren.

Met vriendelijke groet,

Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht



L. Adriaansen
Director Mayfield N.V.

Bijlage 3: Brief C (achterkant)
Polisvoorwaarde 'tussentijdse beëindiging'.

Artikel 23 komt te luiden:

U heeft de mogelijkheid om uw verlengde overeenkomst met een opzegtermijn van één maand op te zeggen.

Bijlage 4: Brief D

De Groot N.V.

Datum: 01 juni 2012
Kenmerk: 3462897

Onderwerp: aanbieding bromfietsverzekering!

Geachte heer/mevrouw,

Afgelopen jaar heeft u bij De Groot N.V. een eenjarige bromfietsverzekering afgesloten. Omdat wij onze vaste klanten graag tevreden willen houden, mogen wij u nu een nieuwe aanbieding doen!

Aanbieding

Indien u nu bijtekent voor de periode 04 juli 2012 – 04 juli 2013 mag u *gratis* een nieuwe Ipod uit kiezen!

Wat moet u doen om gebruik te maken van deze aanbieding?

Omdat wij het graag zo makkelijk mogelijk willen houden voor onze klanten, is het enige wat u hoeft te doen een handtekening onderaan de bijlage bij deze brief te zetten en deze voor **04 juli 2012** naar ons terug te sturen op het adres:

De Groot N.V.
Paarleweg 6
4982 CA Utrecht

Hoe eerder hoe beter, want op = op!

Vragen?

Kijk op onze website www.degroot.nl/aanbieding.

Met vriendelijke groet,



B. van Daalen, Director De Groot N.V.

Indien u niets doet wordt uw huidige contract verlengd en bedraagt de opzegtermijn één maand.

Bijlage 5: vragenlijst

1. Persoonlijk

- a) Wat is uw leeftijd?
- b) Wat is uw hoogst voltooide opleidingsniveau?
- c) Wat is uw beroep?
Indien u student bent kunt u dan ook geven welke studie u volgt?
- d) Wat is uw geslacht?

2. Algemeen

- a) Waarom denkt u dat u deze brief krijgt?
- b) Wat valt u op aan de brief?
- c) Loopt u bij het lezen van de tekst tegen problemen aan?
Zo ja, kunt u aangeven welke dit zijn?

3. Stijl

- a) Staan er woorden die u moeilijk vindt of niet begrijpt?
Zo ja, kunt u aangeven welke woorden dit zijn?
- b) Zijn er zinnen die u lastig vindt?
Zo ja, kunt u aangeven welke zin(nen) dit betreft?

(NB: vraag c wordt gesteld met als doel respondenten over de brief na te laten denken)

- c) Vindt u de tekst:

Omcirkel uw antwoord

te vaag	-	te gedetailleerd	-	voldoende
te beknopt	-	te uitgebreid	-	voldoende
te lang	-	te kort	-	voldoende
te moeilijk	-	te eenvoudig	-	voldoende

4. Opbouw

- a) Vindt u de volgorde van de aangeboden informatie logisch?
Kunt u dit toelichten?
- b) Kunt u mij vertellen wat de hoofd- en de bijzaken zijn in de brief?

5. Tekstsoort

- a) Kunt u in de brief aanwijzen wanneer er zuivere informatie staat?

6. Inhoud

- a) Heeft u na het lezen van de brief behoefte aan meer informatie?
Ja / Nee

Kunt u dit toelichten?

- b) Zitten er in de brief elementen waar u een keuze moet maken over het contract?
- c)⁵³ Denkt u dat u deze verzekering kunt opzeggen? Zo ja, wanneer?
- d) Hoe duidelijk blijkt dit uit de brief?
 1. Duidelijk
 2. Enigszins
 3. Onduidelijk
- e) U heeft nu een vraag over het opzeggen van contracten beantwoord. Was u dat al eerder opgevallen?

7. Presentatie

Stellingen:

1. Het is belangrijk om de bijlage van de brief te lezen.
Bent u het met deze stelling eens en waarom wel/niet?
 2. Het is belangrijk om de achterkant van de brief te lezen.
Bent u het met deze stelling eens en waarom wel/niet?
 3. Het is belangrijk om de kleine letters van een brief te lezen.
Bent u het met deze stelling eens en waarom wel/niet?
- a) Aan het begin van de bespreking van elke brief heb ik aan u gevraagd wat u opvalt. Uw antwoord was toen ... Nu hebben wij de brieven samen doorgenomen. Zijn er nu andere dingen die u opvallen?

8. Vergelijking

- a) Kunt u het nummer aangeven van de tekst die u het minst begrijpelijk vindt?
- b) Kunt u aangeven waarom u deze tekst het minst begrijpelijk vindt?
- c) Kunt u het nummer aangeven van de tekst die u het meest begrijpelijk vindt?
- d) Kunt u aangeven waarom u deze tekst het meest begrijpelijk vindt?
- e) Kunt u de teksten op volgorde van meest naar minst begrijpelijk leggen?

9. Overig

- a) Heeft u naar aanleiding van de brieven of deze enquête nog vragen en/of opmerkingen?

53 Bij brief D, waarin de aanbieding wordt gedaan, is deze vraag vervangen door:
– Stel u aanvaardt het aanbod, wanneer denkt u dat u de nieuwe verzekering kunt opzeggen?
– Stel u aanvaardt het aanbod niet, wanneer kunt u dan uw huidige verzekering opzeggen?

XI Verpanding van aandelen in de besloten vennootschap

Een onzekere zekerheid?

N.P. Didden

Aangezien de rechter van mening is dat de executie van een pandrecht op aandelen in een besloten vennootschap voltooid is zodra de statutaire blokkeringsregeling wordt nageleefd, wordt de executerend pandhouder een beroep op de algemene regels voor de executie van pandrecht ontnomen. In dit hoofdstuk ga ik in op deze valkuil: de beperkte uitwinningmogelijkheden van een pandrecht op aandelen in de besloten vennootschap. Ik vraag me af of een pandrecht dan wel de zekerheid biedt die het beoogt te bieden. Door bevindingen in het Duitse recht pleit ik voor onverkorte toepassing van de algemene executieregels. Ook ga ik in op de mogelijkheid de blokkeringsregeling reeds bij verpanding van het aandeel na te leven. Daarnaast draag ik omstandigheden aan waaronder het wenselijk zou zijn de blokkeringsregeling buiten werking te stellen. Mijn aanbevelingen in dit hoofdstuk hebben tot doel de zekerheidswaarde van het pandrecht op aandelen op naam te verbeteren, hetgeen in tijden van financiële onzekerheid geen overbodige luxe is.

11.1 Inleiding

Het aantrekken van vreemd vermogen speelt een grote rol binnen elke onderneming. Dit vermogen kan nodig zijn om de bedrijfsvoering in stand te houden, een financiële herstructurering door te voeren of om zich op het fusie- en overnamepad te begeven. Bieden van zekerheid ten opzichte van externe financiering is vrijwel altijd een voorwaarde alvorens er überhaupt sprake van externe financiering kan zijn. Goederenrechtelijke zekerheden worden veelvuldig gebruikt om deze zekerheid te bieden. Het vestigen van een pandrecht op aandelen in de onderneming is daarbij een specifieke mogelijkheid. Om een reële zekerheid te zijn, moet het pandrecht ook feitelijk ‘verzilverd’ kunnen worden. Dat wil zeggen, wanneer betaling van de verzekerde vordering ten opzichte van de pandhouder uitblijft, moet de pandhouder zich kunnen verhalen op de verpande goederen: in dit geval de aandelen in de onderneming.

In dit hoofdstuk behandel ik zekerheidsstelling in de vorm van pandrecht op aandelen. Meer in het bijzonder concentreer ik me op verpande aandelen in een van de meest gebruikte ondernemingsvormen van Nederland: de besloten vennootschap (hierna: BV). Wat de BV bijzonder maakt is het besloten karakter van de groep aandeelhouders dat onder andere gewaarborgd wordt door een statutaire blokkeringsregeling. Deze regeling beperkt de overdracht van aandelen en stelt formele vereisten waaraan een geldige overdracht moet voldoen.

Schuilt er geen valkuil in het pandrecht op aandelen in de BV aangezien het erop lijkt dat feitelijke uitwinning geblokkeerd dan wel gehinderd kan worden door de blokkeringsregeling? Is het pandrecht op aandelen daarom geen onzeker zekerheidsrecht? Deze onderzoeksvragen stel ik in de volgende paragrafen aan de orde. Ik zal eerst de algemene executieregels voor pandrecht van Boek 3 BW uiteenzetten (paragraaf 11.2) en een uitstap maken naar Boek 2 BW met betrekking tot de blokkeringsregeling (paragraaf 11.3). Vervolgens zal ik door middel van jurisprudentie en literatuur schetsen wat de huidige opvatting is over de executie van pandrecht op het snijvlak tussen Boek 2 BW en Boek 3 BW (paragraaf 11.4). Op zoek naar een ‘loopplank’ voor de valkuil die er schuilt in verpande aandelen op naam zal ik het Duitse recht onder de loep nemen (paragraaf 11.5). Wellicht kunnen in Duitsland aanknopingspunten gevonden worden om het pandrecht op aandelen in de BV tot een flexibeler en zekerder zekerheidsrecht te ontwikkelen (paragraaf 11.6).

11.2 Uitwinnen van pandrecht op aandelen

11.2.1 *Pandrecht op aandelen*

De verschaffer van vermogen aan een onderneming zal zich onder andere bezighouden met de zekerheid dat deze lening daadwerkelijk zal worden terugbetaald.¹ Een van de middelen om terugbetaling zeker te stellen, is het bieden van goederenrechtelijke zekerheid door de onderneming (of een derde) aan de kredietverschaffer. Indien betaling van de verschuldigde verplichting uitblijft kan dan verhaal worden genomen op bepaalde goederen van de zekerheidsverschaffer. Als onderdeel van dit zekerhedenpakket worden daarom vaak aandelen in de onderneming verpand (art. 3:98 jo. 3:236 lid 2 jo. 2:196 BW). Op die manier kan de kredietverschaffer zich

1 W. ten Hove, ‘Executie pandrecht op aandelen’, *V&O* 2007-12, p. 220.

verhalen op de aandelen wanneer de verschuldigde lening niet tijdig wordt terugbetaald.²

11.2.2 *De algemene executieregels*

Zodra een pandgever in verzuim is ten aanzien van de verplichtingen die zijn verzekerd door een pandrecht, is de pandhouder in beginsel bevoegd om de verpande goederen te verkopen (art. 3:248 lid 1 BW). Vervolgens mag de pandhouder zijn vordering met voorrang verhalen op de opbrengst die uit deze executie voortvloeit (art. 3:278 en 3:279 BW).³ Voor de uitwinning van het pandrecht op de verpande goederen zal de pandhouder de algemene regels van executie moeten volgen (art. 3:248 BW e.v.). Dat wil zeggen: 1) openbare verkoop, dan wel 2) onderhandse verkoop met toestemming van de voorzieningenrechter of 3) onderhandse verkoop met toestemming van de pandgever.⁴

Deze algemene executieregels hebben als doel de positie van zowel de pandhouder, pandgever als overige schuldeisers van de pandgever te beschermen. Door toepassing van deze regels wordt geacht een zo hoog mogelijke objectieve prijs voor het verpande goed te krijgen. De pandgever krijgt op deze manier een zo hoog mogelijk bedrag voor zijn goederen, de pandhouder heeft een zo groot mogelijke kans zijn volledige vordering uit het pandrecht te voldoen en bij een eventueel executieoverschot zijn overige schuldeisers ook gebaat (art. 3:253 lid 1 BW).⁵

11.2.3 *Openbare verkoop*

Als een pandhouder overgaat tot uitwinnen van zijn pandrecht, gaat de wet in eerste instantie uit van executie door middel van openbare verkoop (art. 3:250 lid 1 BW). Dit houdt in dat de pandhouder een veiling moet organiseren waarbij het verpande goed wordt verkocht onder toezicht van een notaris of deurwaarder.⁶ Via een veiling wordt doorgaans een objectieve en zo hoog mogelijke opbrengst verkregen, aangezien de verpande goederen

2 A. I. M. van Mierlo & A. A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI**, Deventer: Kluwer 2010, nr. 165.

3 Onder de voorwaarden van art. 3:253 BW.

4 Gegeven dat er voldaan is aan alle overige wettelijke vereisten voor de executie van pandrecht op aandelen: art. 3:248 lid 1 BW, art. 3:248 lid 2 BW, 3:249 BW, 3:250 BW en art. 3:252 BW.

5 Van belang in geval van faillissement.

6 Op de verkoop is de wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen van toepassing. Deze wet verbiedt een openbare verkoop anders dan ten overstaan van een

worden verkocht aan de hoogste bidder. Op deze manier wordt voorkomen dat de pandhouder kan samenspannen met een koper om een te hoge, dan wel te lage prijs af te spreken en daarmee de belangen van de pandgever en overige schuldeisers te schaden.

11.2.4 *Onderhandse verkoop met toestemming van de voorzieningenrechter*

Naast openbare verkoop bestaat er de optie voor zowel pandhouder als pandgever om toestemming te vragen aan de voorzieningenrechter de aandelen op een andere wijze te verkopen. (art. 3:251 lid 1 BW). De voorzieningenrechter heeft ook de mogelijkheid te bepalen dat de aandelen aan de pandhouder zullen verblijven voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag (art. 3:251 lid 1 BW).⁷ In beide gevallen zal de rechter toezien op de belangen van zowel pandhouder als pandgever en een zo hoog mogelijke opbrengst nastreven.

11.2.5 *Onderhandse verkoop met toestemming van de pandgever*

Zodra de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan, kunnen pandhouder en pandgever ook onderling een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen (art. 3:251 lid 2 BW). De ratio achter laatstgenoemde regeling is dat de pandhouder en pandgever bij het aangaan van de pandovereenkomst in een ongelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar staan.⁸ Op dat moment is bescherming van de zwakkere pandgever gewenst.⁹ Wanneer de pandhouder eenmaal bevoegd is tot verkoop over te gaan, is voor een bijzondere bescherming van belangen van de pandgever geen aanleiding meer en verzet niets zich tegen een tussen partijen overeengekomen afwijkende wijze van verkoop.

notaris of deurwaarder, zie: P. A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 3:250, aant. 6.

7 H.J.E. Veerbeek, 'De flexibiliteit van het pandrecht op aandelen', *O&F* 2003-57, p. 23-33.

8 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 874, nr. E, p. 18 (MvA I).

9 HR 17 januari 1929, *NJ* 1929, 622.

11.3 De blokkeringsregeling

11.3.1 *Het besloten karakter van de vennootschap*

Om het besloten karakter van de BV te waarborgen zijn de aandelen in een BV in beginsel niet vrij overdraagbaar.¹⁰ Zo moeten aandelen in de BV op naam worden gesteld en zijn aandelen aan toonder niet toegestaan (art. 2:196 BW). Ook bevatten de statuten van een BV daartoe een blokkeringsregeling tenzij hiervan expliciet wordt afgeweken.¹¹ Door een statutaire blokkeringsregeling op te nemen, wordt de overdracht van aandelen in een BV beperkt en onderworpen aan formele vereisten (art. 2:195 BW). Ook de pandhouder wordt geconfronteerd met een blokkeringsregeling wanneer hij aandelen wil uitwinnen (art. 2:198 lid 5 BW).

Wanneer de BV geen bijzondere bepaling in haar statuten opneemt over de overdrachtsbeperking van aandelen, geldt in beginsel een zogenaamde aanbiedingsregeling (art. 2:195 lid 1 BW). In dat geval moeten aandelen worden aangeboden aan mede-aandeelhouders alvorens een verkoop aan een derde kan plaatsvinden. Ook kan er sprake zijn van een zogenaamde goedkeuringsregeling, waarbij de aandelen alleen mogen worden vervreemd met goedkeuring van een daartoe aangewezen orgaan van de vennootschap.¹² Ten slotte kan de BV een andere wijze van overdrachtsbeperking in haar statuten opnemen (art. 2:195 lid 4 BW).¹³

Een overdracht van aandelen in strijd met de blokkeringsregeling is ongeldig (art. 2:195 lid 4 BW). De meningen over de goederenrechtelijke werking van schending van de blokkeringsregeling zijn verdeeld. Er wordt enerzijds verdedigd dat de overdragende aandeelhouder beschikkingsonbevoegd is

10 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 284.

11 Op het moment van schrijven van deze bijdrage wordt de implementatie van het wetsvoorstel tot flexibilisering van het BV-recht verwacht op 1 oktober 2012. Vanaf implementatie is de blokkeringsregeling niet langer wettelijk verplicht maar optioneel.

12 Een in de praktijk veelvoorkomende overdrachtsbeperking nu tot 1 oktober 2012 een goedkeuringsregeling tezamen met een aanbiedingsregeling de enige mogelijkheden tot (wettelijke verplichte) overdrachtsbeperking waren (art. 2:195 lid 4 (oud) BW).

13 Deze mogelijkheid ontstaat pas na implementatie van de wet flexibilisering van het BV-recht (vgl. voetnoot 11).

wanneer hij de blokkeringsregeling niet in acht neemt.¹⁴ Anderzijds kan worden aangehaakt bij art. 3:83 lid 3 BW en op basis daarvan verdedigd worden dat uit de aard van het aandeelrecht in een BV volgt dat overdracht zonder inachtneming van de blokkeringsregeling simpelweg niet mogelijk is.¹⁵ Het resultaat van beide visies is echter hetzelfde: overdracht van de aandelen is ongeldig. Een verschil tussen beide visies komt tot uitdrukking wanneer, in geval van een latere overdracht, bescherming van een derde aan de orde wordt gesteld.¹⁶

11.4 De valkuil

11.4.1 Naleving van de blokkeringsregeling: executie voltooid

In de gepubliceerde rechtspraak heeft de rechter weinig te maken met zaken waarbij er geprocedeerd wordt over de executie van pandrecht op aandelen. In 2003 oordeelt de Ondernemingskamer Amsterdam (hierna: de OK) dat het pandrecht op door verzoeksters gehouden aandelen was uitgewonnen ondanks het feit dat de algemene executieregels niet waren nageleefd.¹⁷ De OK stelt dat doordat de statuten van de vennootschap een blokkeringsregeling kennen, om die reden geen beroep kan worden gedaan op de algemene executieregels van Boek 3 BW. Specifiek overweegt de OK dat het doel van de algemene executieregels – namelijk het realiseren van een zo hoog mogelijke prijs met tevens oog voor de belangen van de pandgever – ook door naleving van de blokkeringsregeling wordt bereikt.¹⁸

[...] Nu de statuten van de vennootschap een blokkeringsregeling kennen faalt reeds om die reden het beroep op artikel 3:250 BW. Daarbij voegt zich

14 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 216.

15 S.C.J.J. Kortmann, 'Verbonden aandelen als blokkeringsregeling', *De NV* 1991-12, p. 283.

16 Wanneer men uitgaat van de beschikkingsonbevoegdheid van een aandeelhouder bij vervreemding zonder het in acht nemen van de blokkeringsregeling, dan biedt 3:88 BW geen bescherming aan een derde verkrijger te goeder trouw. De onbevoegdheid van de vervreemder is dan immers het gevolg van de onbevoegdheid van de eerste vervreemder. Echter, wanneer men uitgaat van de 'aard van het recht' van een aandeel in een BV, zal de derde verkrijger wel worden beschermd door 3:88 BW, nu de ongeldige overdracht niet voortvloeit uit een eerdere ongeldige overdracht met de beschikkingsonbevoegdheid van de toenmalig vervreemder als startpunt.

17 Hof Amsterdam 10 maart 2003, *JOR* 2003, 108 (KOREL).

18 Hof Amsterdam 10 maart 2003, *JOR* 2003, 108, r.o. 3.4 (KOREL).

dat het doel van het in artikel 3:250 BW neergelegde voorschrift – het realiseren in geval van executoriale verkoop van een zo hoog mogelijke althans objectief bepaalde prijs met het oog op de belangen van de pandgever – ook door het in acht nemen van de blokkeringsregeling wordt bereikt.’

In 2006 komt de Rechtbank Amsterdam tot een vergelijkbaar oordeel en overweegt daarnaast dat de blokkeringsregeling een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene executieregels en daarom dus 1) voor gaat op de algemene executieregels en 2) leidt tot een voltooide executie bij toepassing:¹⁹

‘Nu de bepalingen een afwijking inhouden van de in artikel 3:250 BW gegeven wijze van executie van panden, namelijk openbare verkoop, moet artikel 2:198 lid 5 BW gezien worden als een *lex specialis* [mijn cursivering: NPD] ten opzichte van de algemene regel van artikel 3:250 BW [...].’

Beide uitspraken vind ik opzienbarend. Nergens in de wet kunnen immers aanknopingspunten gevonden worden dat bij executoriale verkoop van verpande aandelen in een BV, men *niet* zou toekomen aan de algemene executieregels van artikel 3:248 e.v. BW.²⁰ De bepalingen van art. 2:198 lid 5 en 3:248 e.v. BW zijn van dwingendrechtelijke aard.²¹ Waarom zouden beide sets regels dan ook niet moeten worden nageleefd? De overweging van de OK kan begrijpelijk zijn wanneer blijkt dat in dit specifieke geval de aanbiedingsregeling nadere regels stelt omtrent waardebepaling van de aandelen. Het is denkbaar dat de aanbiedingsregeling verwijst naar een in de statuten opgenomen wijze van waardebepaling waarbij de vrije verkoopwaarde als uitgangspunt geldt.²² In dat geval wordt een zo hoog mogelijke en objectief bepaalde prijs ook bereikt door het in acht nemen van de aanbiedingsregeling. Echter, een dergelijke regeling die abstraheert van de waardebepaling door de aanbiedingsregeling was in deze zaak niet ter sprake.²³

Wanneer de gedachtegang van de rechter wordt gevolgd, leidt dit tot een situatie waarbij pandhouder en pandgever niet beschermd worden door de

19 Rechtbank Amsterdam 2 februari 2006, *JOR* 2006, 93, r.o. 6, m. nt. J. J. Prinsen (Wesa-effecten BV c.s./Orsel).

20 F. F. Hinnen, ‘Geen openbare verkoop bij verpande aandelen op naam?’, *V&O* 2003-7/8, p. 120-123.

21 F. F. Hinnen, ‘Geen openbare verkoop bij verpande aandelen op naam?’, *V&O* 2003-7/8, p. 120-123.

22 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 291.

23 Hof Amsterdam 10 maart 2003, *JOR* 2003, 108, r.o. 2.8 (KOREL).

algemene executieregels. Gevolg is dat zij geen mogelijkheden hebben om tot verzilvering van het pandrecht te komen waarbij een zo hoog mogelijke opbrengst wordt nagestreefd. Ofwel, men is gevallen in de valkuil van het pandrecht op aandelen in de BV.

11.4.2 *Waarborgt de blokkeringsregeling een zo hoog mogelijke prijs?*

In beide uitspraken wordt uitgegaan van het achterliggende doel van zowel de blokkeringsregeling als de regels omtrent executoriale verkoop. De rechter stelt dat het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst wordt gewaarborgd door toepassing te geven aan de blokkeringsregeling. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat hier het doel van executoriale verkoop geheel zonder onderbouwing op een lijn gesteld wordt met dat van de blokkeringsregeling. Terwijl het achterliggende doel van de blokkeringsregeling anders is: het waarborgen van het besloten karakter van de kring van aandeelhouders.²⁴ Ik vraag me af of naleving van de blokkeringsregeling wel tot de hoogst mogelijke prijs leidt. Als dat niet het geval is, degradeert de huidige jurisprudentie de zekerheidswaarde van verpande aandelen op naam en worden belangen van de pandhouder, pandgever en overige schuldeisers geschaad.

Art. 2:195 leden 1 en 4 BW schrijven voor dat de aandeelhouder een prijs voor zijn aandeel moet ontvangen die gelijk is aan de waarde van de aandelen.²⁵ In beginsel wordt een prijs voor de aandelen in onderling overleg vastgesteld. Wanneer dit niet tot overeenstemming tussen de betrokkenen leidt, wordt dit gedaan door een onafhankelijke deskundige. Bij bepaling van de waarde van de aandelen, mag de prijs die een derde voor de aandelen heeft geboden *niet* als maatstaf worden aangewezen.²⁶ Dit terwijl een derde om zuiver persoonlijke redenen een bod kan uitbrengen dat hoger ligt dan de waarde van de aandelen. Ik wijs erop dat alleen al hierom de algemene executieregels tot een hogere opbrengst kunnen leiden voor het verpande aandeel. Daarnaast geeft het begrip 'waarde' een zekere ruimte aan de vennootschap om een prijs die onjuist is, maar gezien de omstandigheden (voor de vennootschap) niet onredelijk, toch op die waarde vast te stellen. Te denken valt aan een partner die vroegtijdig uit een joint venture stapt. In dat geval kan het redelijk zijn om de goodwill niet in de waardebepaling van de

24 H.J.E. Veerbeek, 'De flexibiliteit van het pandrecht op aandelen', *O&F* 2003-57, p. 23-33 en F. F. Hinnen, 'Geen openbare verkoop bij verpande aandelen op naam?', *V&O* 2003-7/8, p. 120-123.

25 Tot 1 oktober 2012: art. 2:195 lid 6 BW.

26 F.J.P. van den Ingh, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 189-196.

aandelen op te nemen, zelfs al blijft deze na uittreding in de onderneming aanwezig.²⁷ Dit als vergoeding voor diegenen die nog wel hun krachten aan de joint venture blijven wijden. Voor de pandhouder en pandgever is een dergelijke prijsbepalingsregeling echter onvoordelig. Zij kunnen geconfronteerd worden met een waarde die niet conform een eventuele marktwaarde wordt bepaald. Juist bij een openbare veiling zal het bod van een derde de doorslag geven voor de bepaling van de prijs en prijsmaximalisatie behaald kunnen worden.

11.4.3 Naleving algemene executieregels gewenst

In de literatuur wordt vrijwel consistent anders gedacht over de executie van aandelen op naam.²⁸ De OK en rechtbank krijgen gedeeltelijk bijval van Ten Hove, hij verdedigt dat de algemene executieregels slechts dan geen toepassing vinden indien mede-aandeelhouders bij de naleving van een *aanbiedingsregeling* hun statutaire reflectierechten uitoefenen.²⁹ Dit sluit aan bij de overweging van zowel de OK als de Rechtbank Amsterdam, nu daar de situatie van een *goedkeuringsregeling* niet expliciet aan bod is gekomen.³⁰ Daartegenover is Ten Hove wél van mening dat er invulling moet worden gegeven aan de algemene executieregels wanneer de situatie ontstaat dat de pandhouder enige mate van vrijheid heeft om te bepalen aan wie de verpande aandelen worden verkocht (dus ook wanneer er sprake is van een nageleefde goedkeuringsregeling).³¹

Clumpkens redeneert gedeeltelijk hetzelfde en stelt dat slechts wanneer naleving van de blokkeringsregeling ertoe leidt dat er géén koper/prijs kan worden gevonden voor de aandelen er moet worden teruggevallen op de algemene executieregels.³² Op die manier kan geen situatie ontstaan waarin de pandhouder de aandelen vrijelijk mag overdragen in de zin van artikel

27 F.J.P. van den Ingh, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 189-196.

28 Zie onder meer J. J. A. Hamers, *Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen*, *Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 49, Deventer: Kluwer 1996, p. 181; E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 184 en J.M.M. Maeijer & F.J.P. van den Ingh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III*, Zwolle: Tjeenk Willink 2000, nr. 229.

29 W. ten Hove, 'Executie pandrecht op aandelen', *V&O* 2007-12, p. 220-224.

30 Er was sprake van een aanbiedingsregeling in beide zaken.

31 Vgl. ook Prinsen in zijn noot bij Rechtbank Amsterdam 2 februari 2006, *JOR* 2006, 93 (Wesa-effecten BW c.s./Orsel).

32 R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling, pandrecht in de rechtspersonenpraktijk*, Den Haag: Sdu 2009, p. 45-46.

2:195 lid 5 BW, echter wanneer met inachtneming van een *goedkeuringsdan wel een aanbiedingsregeling* wél een koper/prijs wordt gevonden, stelt Clumpkens dat de executie is voltooid en komt men niet meer toe aan toepassing van Boek 3.³³

Het merendeel van de auteurs (waaronder ikzelf) schaaft zich echter niet achter voorgenoemde opvattingen. De algemene opvatting is dat de pandhouder in *alle* gevallen goedkeuring dient te vragen aan de voorzieningenrechter voor de verkoop van aandelen.³⁴ Er is immers sprake van een afwijkende wijze van verkoop (art. 3:251 BW). Er wordt te snel en zonder motivering vanuit gegaan dat goedkeuring van de voorzieningenrechter niets zou toevoegen aan het uitwinningproces. De rechter zal immers belangenbescherming van alle partijen in het uitwinningproces vooropstellen. Het gaat om het waarborgen van een zo hoog mogelijke prijs die voor de aandelen betaald wordt, hetgeen in het belang is van de pandhouder, pandgever en de overige schuldeisers. Voor de prijsvorming zal de voorzieningenrechter gebruik maken van het taxatierapport van een deskundige.³⁵ Vervolgens kan de voorzieningenrechter alle belanghebbenden oproepen ter zitting te verschijnen, waarbij zij in de gelegenheid worden gesteld om hun visie naar voren te brengen.³⁶ Op grond van het deskundige taxatierapport en de overlegde informatie kan de rechter een prijs van de aandelen vaststellen. Dit lijkt een extra verdragende stap in de uitwinning van het pandrecht, maar dit valt in de praktijk goed te overzien.³⁷ Een verkoop via de blokkeringsregeling is een langdurig traject, het sluitstuk van de voorzieningenrechter voegt dan weinig extra vertraging toe. Daarom ben ik, met het oog op de

33 R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling, pandrecht in de rechtspersonenpraktijk*, Den Haag: Sdu 2009, p. 45-46.

34 E.M.J. Bergmans, 'Uitwinning van pandrecht op aandelen, in het bijzonder de rol van de blokkeringsregeling', *V&O* 2007-7/8, p. 143-149 en H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-back' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Liber Amoricum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Serie Onderneming & Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 111-141 zo ook K.A. Messelink, 'Executoriale verkoop van aandelen door de beslaglegger en de pandhouder', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie Onderneming & Recht, deel 49, Deventer: Kluwer 2009, p. 669 en F. F. Hinnen, 'Geen openbare verkoop bij verpande aandelen op naam?', *V&O* 2003-7/8, p. 120-123.

35 Op basis van art. 3:251 lid 1 BW.

36 Vgl. Rechtbank Amsterdam 10 september 2009, *JOR* 2009, 340 (Schoeller/Magnum-SAS).

37 H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-back' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Liber Amoricum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Serie Onderneming & Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 111-141.

belangenbescherming van pandhouder, pandgever en overige schuldeisers van mening dat de algemene executieregels van Boek 3 BW altijd dienen te worden toegepast bij de executie van verpande aandelen in de BV.³⁸

11.4.4 *Tussenconclusie*

In voorgaande paragrafen heb ik uiteengezet dat er onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de algemene executieregels in geval van uitwinning van verpande aandelen op naam. De rechter gaat er naar mijn mening te snel van uit dat bij naleving van de blokkeringsregeling een zo hoog mogelijke prijs voor de aandelen zal worden verkregen. Nu het doel van de algemene executieregels afwijkt van dat van de blokkeringsregeling, is het niet wenselijk de blokkeringsregeling te zien als een *lex specialis* van de algemene executieregels. Wordt dat wel gedaan, dan zal een zo hoog mogelijke opbrengst voor het verpande goed niet worden bereikt. Door geen toepassing te geven aan de algemene executieregels zullen pandhouder en pandgever zich geconfronteerd zien met minder mogelijkheden om een zo hoog mogelijke prijs voor het verpande aandeel te krijgen. Zij bevinden zich feitelijk in een nadelige uitwinningsspositie. Ik pleit daarom voor onverkorte toepassing van de algemene executieregels, ook wanneer via de blokkeringsregeling een koop tot stand komt. Omdat er sprake is van een afwijkende wijze van verkoop, zal een dergelijke koop ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter. Deze kan de koop dan onderwerpen aan een belangtoetsing van alle belanghebbenden.

In de volgende paragrafen zal ik ingaan op mogelijkheden om zowel pandhouder als pandgever te voorzien van een ‘zekerder’ zekerheidsrecht. Dit zal ik doen door een uitstap te maken naar het Duitse recht. Door middel van rechtsvergelijking wil ik proberen meer recht te doen aan het pandrecht op aandelen op naam. Feitelijk spreek ik dan over rechtsverfijning: het aanpassen, verduidelijken of nuanceren van bepaalde normen in het licht van de maatschappelijke en economische omstandigheden.³⁹

38 Zo ook: E.M.J. Bergmans, ‘Uitwinning van pandrecht op aandelen, in het bijzonder de rol van de blokkeringsregeling’, *V&O* 2007-7/8, p. 143-149 en zo ook K.A. Messelink, ‘Executoriale verkoop van aandelen door de beslaglegger en de pandhouder’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie Onderneming & Recht, deel 49, Deventer: Kluwer 2009, p. 669.

39 W. Devroe, *Rechtsvergelijking in een context van Europeanisering en globalisering*, Leuven/Den Haag: Acco 2010, p. 31.

11.5 Duitsland

11.5.1 *Afbakening*

Op zoek naar een ‘loopplank’ voor de valkuil die ik hiervoor uiteen heb gezet, neem ik het Duitse recht onder de loep. In deze paragraaf onderzoek ik daarom hoe het Duitse recht omgaat met de executie van verpande aandelen op naam. Doordat het Duitse recht een overvloed aan inhoudelijk wetenschappelijke analyses kent, beschikt de Duitse dogmatiek over een gedetailleerde uitwerking van het Duitse rechtssysteem.⁴⁰ Ik verwacht daarom relatief makkelijk aansluiting te vinden met betrekking tot de specifieke problematiek van dit hoofdstuk. Met name zal ik proberen in te gaan op aanknopingspunten in het Duitse recht om belangenbescherming van pandhouder, pandgever en overige schuldeisers te verbeteren.

11.5.2 *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

In het Duitse recht wordt de rechtspersoon die zich kenmerkt door een besloten groep vennoten met beperkte aansprakelijkheid gevonden in *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*.⁴¹ Een overdrachtsbeperking van aandelen is binnen het *Gesellschaftsvertrag* van de GmbH facultatief. Zo luidt § 15 lid 5 GmbH-Gesetz (hierna: GmbHG):

Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.

Op basis van § 15 lid 5 GmbHG kan het *Gesellschaftsvertrag* bepalen dat de overdracht van aandelen in de GmbH aan voorwaarden moet voldoen. Deze voorwaarde kan zich uiten in een goedkeuringsregeling (*Genehmigung*) dan wel een aanbiedingsregeling (*Vorkaufsrecht*) of welke andere beperking dan ook. Wanneer een dergelijke bepaling is opgenomen in het *Gesellschaftsvertrag* spreekt men van een *Vinkulierung* van aandelen. Een *Vinkulierung* van aandelen beperkt de feitelijke overdracht van aandelen door in het *Gesellschaftsvertrag* formele vereisten voor overdracht vast te stellen.⁴²

40 W. Devroe, *Rechtsvergelijking in een context van Europeanisering en globalisering*, Leuven/Den Haag: Acco 2010, p. 183.

41 B.W. Meister, M. Heidenhain & J. Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, München: C.H. Beck 2010, p. 1-4.

42 M. Lutter & W. Bayer, ‘§ 15’, in: M. Lutter & P. Hommelhoff (red.), *GmbH-Gesetz*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2009, nr. 56.

11.5.3 *Pandrecht op aandelen in de GmbH*

In het GmbHG wordt geen invulling gegeven aan de vestigingswijze van een pandrecht op aandelen. Er zal dus moeten worden teruggegrepen op de algemene bepalingen in het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (§ 1273- § 1296 BGB).⁴³ In § 1274 lid 1 BGB verwijst de wet voor de vestiging van een pandrecht naar de voorschriften voor de overdracht van het te verpanden goed. De verpanding van een aandeel in de GmbH vereist daarom een goederenrechtelijke overeenkomst, neergelegd in een notariële akte (§ 15- § 17 GmbHG).⁴⁴

11.5.4 *Vestiging van pandrecht en Vinkulierung*

Wanneer het *Gesellschaftsvertrag* geen bijzondere bepalingen bevat met betrekking tot de verpanding van aandelen, wordt ervan uitgegaan dat de bepalingen die overdraagbaarheid beperken – ad maiore ad minus – óók gelden voor de bezwaring van aandelen met een pandrecht.⁴⁵ Een *Vinkulierung* ingevolge § 15 lid 5 GmbHG is in beginsel volledig van toepassing op de vestiging van een pandrecht op aandelen en zal moeten worden nageleefd om tot verpanding van het aandeel over te kunnen gaan. Iets anders geldt slechts wanneer voor verpanding van aandelen speciale regelingen zijn opgenomen in het *Gesellschaftsvertrag*.⁴⁶

In gevallen van een goedkeuringsregeling kan naleving van een *Vinkulierung* in de praktijk worden bewerkstelligd door toestemming te vragen voor het vestigen van een pandrecht. In gevallen van een aanbiedingsregeling is dit minder praktisch realiseerbaar. In het Duitse recht beïnvloedt een aanbiedingsregeling het vestigen van een pandrecht niet.⁴⁷ Maar deze is wel van toepassing op de executie van het pandrecht.⁴⁸ In de praktijk leidt

43 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 10.

44 J. Damrau, '§ 1274 BGB', in: K. Rebmann, F. Säcker & F. Quack, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht*, München: Beck 2004, nr. 52, p. 2594.

45 C. Reymann, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *DNotZ* 2005, p. 427 en A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 16.

46 J. Damrau, '§ 1274 BGB', in: K. Rebmann, F. Säcker & F. Quack, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht*, München: Beck 2005, nr. 51-69, p. 2594-2607.

47 H. Winter & C. Seibt, '§ 15', in: F. Scholz, *GmbHG*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008, nr. 203.

48 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 175-176.

dit ertoe dat een dergelijke aanbiedingsregeling bij overeenkomst tussen toekomstig pandhouder en pandgever contractueel buiten werking wordt gesteld alvorens over te gaan tot verpanding van de aandelen.⁴⁹

11.5.5 *Uitwinnen van het pandrecht op aandelen in een GmbH*

Uitgangspunt bij uitwinning van het pandrecht op GmbH-aandelen is de wettelijke regeling waarbij een *Zwangvollstreckung* (gedwongen tenuitvoerlegging) verkregen moet worden bij het *Vollstreckungsgericht* (§ 1277 BGB).⁵⁰ Het verkrijgen van een dergelijke *Zwangvollstreckung* voltrekt zich volgens de regels voor *Rechtspfändung* (beslag) (§ 857 jo. 828 jo. 844 ZPO).⁵¹ De pandhouder moet via deze weg een executoriale titel verkrijgen om tot uitwinning van het pandrecht over te kunnen gaan.⁵² Op basis van deze titel zal vervolgens door het *Vollstreckungsgericht* beslag worden gelegd op het uit te winnen GmbH-aandeel.⁵³ Het *Vollstreckungsgericht* geeft in de regel ook aan hoe het GmbH-aandeel na beslag uitgewonnen dient te worden.⁵⁴ Nu aandelen in een GmbH geen concrete, objectieve nominale waarde hebben, wordt door het *Vollstreckungsgericht* vaak overgegaan tot executie van het pandrecht door een openbare veiling of door middel van onderhandse verkoop onder leiding van een gerechtsdeurwaarder (§ 857 lid 1 en 5 jo. § 844 ZPO jo. § 383 lid 3 BGB).⁵⁵

49 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 175-176.

50 C. Reymann, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *DNotZ* 2005, p. 450 en D. Leuring & S. Simon, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *NJW-Spezial* 2005-3, p. 171.

51 D. Leuring & S. Simon, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *NJW-Spezial* 2005-3, p. 171 en C. Reymann, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *DNotZ* 2005, p. 450. Ook A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 161-163.

52 D. Leuring & S. Simon, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *NJW-Spezial* 2005-3, p. 171 en C. Reymann, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *DNotZ* 2005, p. 450. Ook A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 161-163.

53 D. Leuring & S. Simon, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *NJW-Spezial* 2005-3, p. 171 en C. Reymann, 'Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen', *DNotZ* 2005, p. 450. Ook A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 161-163.

54 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 162.

55 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 161-163.

11.5.6 *Uitwinnen van pandrecht en Vinkulierung: twee stromingen*

In de Duitse literatuur onderscheid ik grofweg twee stromingen over de toepasbaarheid van een *Vinkulierung* bij het uitwinnen van pandrecht. Allereerst de stroming die ervan uitgaat dat een *Vinkulierung* géén toepassing toekomt bij uitwinnen van pandrecht op aandelen door het *Vollstreckungsgericht*.⁵⁶ Onafhankelijk van de manier waarop tot uitwinning wordt overgegaan, geniet de pandhouder voorrang op hetgeen door het *Gesellschaft* omtrent overdracht van aandelen is bepaald.⁵⁷ Achterliggende gedachte is dat een *Vinkulierung* een contractuele beperking tussen aandeelhouders van de GmbH is, met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid tot overdraagbaarheid van een GmbH-aandeel en daarom niet kan worden tegenwerpen aan de pandhouder wanneer er sprake is van uitwinning door het *Vollstreckungsgericht* (§ 137 BGB en § 851 lid 2 ZPO).⁵⁸ Bij nadere beschouwing blijkt dat deze stroming een *Vinkulierung* wel algemeen toepasselijk acht wanneer er sprake is van private uitwinning en het *Vollstreckungsgericht* er niet aan te pas komt.⁵⁹ Echter een dergelijke toepassing is puur theoretisch, nu toestemming tot uitwinning impliciet wordt gegeven

-
- 56 H. Rowedder & C. Schmidt-Leithoff, *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit Beschränkter Haftung: GmbHG. Kommentar*, München: Franz Vahlen 2011, nr. 141; M. Winter & M. Löbke, ‘§ 15’, in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Winter (red.), *GmbH-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbH Großkommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, nr. 306; H. Winter & C. Seibt, ‘§ 15’, in: F. Scholz, *GmbHG*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008, nr. 213.
- 57 H. Rowedder & C. Schmidt-Leithoff, *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit Beschränkter Haftung: GmbHG. Kommentar*, München: Franz Vahlen 2011, nr. 141; M. Winter & M. Löbke, ‘§ 15’, in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Winter, *GmbH-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbH Großkommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, nr. 306; H. Winter & C. Seibt, ‘§ 15’, in: F. Scholz (red.), *GmbHG*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008, nr. 213.
- 58 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 168.
- 59 H. Rowedder & C. Schmidt-Leithoff, *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit Beschränkter Haftung: GmbHG. Kommentar*, München: Franz Vahlen 2011, nr. 141; M. Winter & M. Löbke, ‘§ 15’, in: P. Ulmer, M. Habersack & M. Winter (red.), *GmbH-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbH Großkommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, nr. 306; H. Winter & C. Seibt, ‘§ 15’, in: F. Scholz (red.), *GmbHG*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008, nr. 213.

bij de toestemming tot verpanding.⁶⁰ Over dit laatste punt bestaat consensus in de literatuur.⁶¹

De tweede stroming redeneert anders: een *Vinkulierung* vindt wél toepassing op de uitwinning van pandrecht op aandelen nu het achterliggende doel van een *Vinkulierung* is om het besloten karakter van de vennootschap te waarborgen.⁶² Een *Vinkulierung* draagt het karakter van een inhoudsbeperking van de vennootschap en niet van een overdrachtsbeperking, daarom is een *Vinkulierung* onverkort van toepassing bij uitwinning.⁶³ De aard van het GmbH-aandeel laat een uitwinning zonder toepassing van *Vinkulierung* niet toe.⁶⁴ Ook het *Vollstreckungsgericht* zal dus bij de uitwinning van een pandrecht op aandelen rekening moeten houden met de beperkingen die het uit te winnen object met zich meebrengt.

De heersende leer is dat een *Vinkulierung* géén toepassing dient te vinden wanneer er sprake is van uitwinning door een daartoe bevoegd gerechtsorgaan zoals het *Vollstreckungsgericht*.⁶⁵ Wanneer er echter wordt uitgewonnen door een private persoon, dient een *Vinkulierung* wel in acht genomen te worden.⁶⁶ Vormvoorschriften (zoals in § 15 lid 2 en 4 GmbHG) en overdrachtsbeperkingen (zoals in § 15 lid 5 GmbHG) komen geen rechtswerking toe ten opzichte van gerechtelijke staatsorganen (zoals het *Vollstreckungsgericht*).⁶⁷ Het wordt van belang geacht dat het

60 M. Lutter & W. Bayer, '§ 15', in: M. Lutter & P. Hommelhoff (red.), *GmbH-Gesetz*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2004, nr. 56; T. Liebscher & J. Lübke, 'Die zwangsweise Verwertung vinkulierter Anteile – zur angeblich vinkulierungsfreien Pfand- und Insolvenzverwertung', *ZIP* 2004, p. 241.

61 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 169.

62 M. Lutter & W. Bayer, '§ 15', in: M. Lutter & P. Hommelhoff (red.), *GmbH-Gesetz*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2004, nr. 56; T. Liebscher & J. Lübke, 'Die zwangsweise Verwertung vinkulierter Anteile – zur angeblich vinkulierungsfreien Pfand- und Insolvenzverwertung', *ZIP* 2004, p. 241.

63 M. Lutter & W. Bayer, '§ 15', in: M. Lutter & P. Hommelhoff (red.), *GmbH-Gesetz*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2004, nr. 56; T. Liebscher & J. Lübke, 'Die zwangsweise Verwertung vinkulierter Anteile – zur angeblich vinkulierungsfreien Pfand- und Insolvenzverwertung', *ZIP* 2004, p. 241.

64 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 168.

65 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 168.

66 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 169.

67 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 169.

Vollstreckungsgericht de achterliggende doelen en betrokken belangen waarborgt bij de uitwinning van het pandrecht op GmbH-aandelen.

11.5.7 *Tussenconclusie*

In de praktijk komt een statutaire overdrachtsbeperking in Duitsland niet vaak aan bod wanneer tot uitwinning van verpande aandelen op naam wordt overgegaan. In de eerste plaats kan worden verondersteld dat de toestemming voor executie impliciet gegeven wordt bij het vestigen van een pandrecht.⁶⁸ Voor de vestiging van het pandrecht dienen immers de voor levering van het te verpande goed gegeven voorschriften te worden nageleefd.⁶⁹ Slechts wanneer uitdrukkelijk statutair bepaald wordt dat pas tot uitwinning kan worden overgegaan met toepassing van een *Vinkulierung*, zal de *Vinkulierung* een rol gaan spelen.⁷⁰ In de praktijk zal een kredietverschaffer altijd een dergelijke overdrachtsbeperking bij overeenkomst uitsluiten. Op die manier kan, wanneer de schuldenaar in verzuim is, direct tot uitwinning worden overgegaan.⁷¹

11.6 Het afdichten van de valkuil

11.6.1 *Verschillende landen, verschillende discussies*

Zowel in Duitsland als in Nederland is de wijze waarop uitwinning van verpande aandelen op naam moet plaatsvinden onderhevig aan discussie. Echter, waar in Duitsland gediscussieerd wordt over het wel of niet toepassen van een *Vinkulierung*, is men in Nederland wettelijk verplicht de blokkeringsregeling na te leven.⁷² De Nederlandse discussie richt zich vervolgens op het wel of niet toepassen van de algemene executieregels, terwijl in Duitsland deze regels altijd de ingang tot uitwinning zullen zijn.⁷³ Dit betekent dat door onverkorte toepassing van de algemene executieregels, de positie van pandhouder en pandgever in Duitsland beter wordt beschermd.⁷⁴ In deze paragraaf draag ik mogelijkheden aan om de uitwinningspositie

68 H. Winter & C. Seibt, '§ 15', in: F. Scholz, *GmbHG*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008, nr. 213.

69 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 16.

70 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 170.

71 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 176.

72 Vgl. paragraaf 11.3.1 van dit hoofdstuk.

73 Vgl. paragraaf 11.4.6 van dit hoofdstuk.

74 Vgl. paragraaf 11.2.2 van dit hoofdstuk.

van pandhouder en pandgever in Nederland te verbeteren. Ik ga hierbij eerst in op de mogelijkheid de blokkeringsregeling reeds bij verpanding toe te passen. Vervolgens behandel ik enkele gevallen waarin het wenselijk kan zijn de blokkeringsregeling buiten toepassing te laten.

11.6.2 *Bij voorbaat toepassen van de blokkeringsregeling: de goedkeuringsregeling*

Om zekerheid over de uitwinning van verpande aandelen op naam te verbeteren, stel ik voor om toepassing van een goedkeuringsregeling mogelijk te maken op het moment van verpanding van het aandeel. Een dergelijke ‘goedkeuring bij voorbaat’ inspireer ik op het Duitse recht waar een *Vinkulierung* reeds bij verpanding moet worden toegepast.⁷⁵ Door toepassing te geven aan een goedkeuringsregeling bij het vestigen van het pandrecht, kan voorkomen worden dat er onnodige vertraging optreedt op het moment van uitwinning. Een goedkeuring bij voorbaat kan gegeven worden door in de pandakte een bepaling op te nemen die specifiek invulling geeft aan de goedkeuring van het daartoe aangewezen statutaire orgaan.

Van belang bij deze door mij voorgestelde oplossing, is in hoeverre bij overeenkomst mag worden afgeweken van de blokkeringsregeling. De blokkeringsregeling heeft immers als doel het besloten karakter van de BV te waarborgen. Contractuele regelingen die indruisen tegen deze beoogde beslotenheid of de redelijke belangen van de aandeelhouder, worden geacht ongeoorloofd te zijn.⁷⁶ Echter, toepassing van de blokkeringsregeling bij voorbaat maakt mijns inziens géén inbreuk op het achterliggende doel van de blokkeringsregeling. De blokkeringsregeling wordt nageleefd, alleen in een eerder stadium. Aandeelhouders hebben alsnog de mogelijkheid de beslotenheid van de BV te waarborgen door geen toestemming voor verpanding te geven. Daarnaast worden overeenkomsten waarbij de aandeelhouder bij voorbaat vrijelijk beschikt over de bevoegdheden die voor hem uit de blokkeringsregeling voortvloeien rechtsgeldig geacht,⁷⁷ Zolang deze de strekking van de blokkeringsregeling geen wezenlijk tekort doen en het gaat over voorzienbare en concrete gevallen: wat bij de verpanding van

75 Vgl. paragraaf 11.5.4 van dit hoofdstuk.

76 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 292.

77 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr. 292.

aandelen het geval is. Ik acht een goedkeuring bij voorbaat niet onredelijk ten opzichte van de belangen van de aandeelhouder: een pandrecht brengt het risico tot uitwinning met zich mee, zonder deze mogelijkheid zou een pandrecht immers een illusoire zekerheid zijn. Het voor goedkeuring aangewezen orgaan van de vennootschap zal zich van dit risico bewust moeten zijn en zich van goedkeuring tot verpanding moeten onthouden mocht zij dit uitwinningsrisico willen voorkomen.

In mijn voorstel tot goedkeuring bij voorbaat, zal de prijs van het verpande aandeel tot stand komen door de algemene executieregels toe te passen. Een openbare veiling zal plaatsvinden of de voorzieningenrechter zal om toestemming gevraagd moeten worden voor een afwijkende wijze van verkoop.⁷⁸ Op die manier wordt een zo hoog mogelijke opbrengst voor het aandeel gerealiseerd en worden de belangen van pandhouder, pandgever en overige schuldeisers gewaarborgd. De belangen van de vennootschap en overige aandeelhouders zijn ook tot uitdrukking gekomen door bij voorbaat toestemming te vragen voor verpanding. Zij hebben bij goedkeuring ingestemd met het mogelijke risico tot uitwinning van het pandrecht.

11.6.3 Bij voorbaat toepassen van de blokkeringsregeling: de aanbiedingsregeling

Goedkeuring tot verpanding kan relatief makkelijk worden gevraagd, maar hoe verhoudt bovengenoemde systematiek zich tot een statutaire aanbiedingsregeling? De toekomstig pandgever zal in geval van een aanbiedingsregeling de aandelen moeten aanbieden aan de daartoe aangewezen aandeelhouders voordat een pandrecht op de aandelen gevestigd kan worden. Ik stel daarom voor de aandelen bij voorbaat te verkopen onder de opschortende voorwaarde dat de pandgever in verzuim raakt met betrekking tot de verzekerde vordering. Mocht de pandgever in verzuim zijn en de pandhouder over gaan tot executie, zal de opschortende voorwaarde vervuld zijn en moet hij de aandelen leveren aan de aandeelhouder aan wie de aandelen bij voorbaat verkocht zijn. Maakt bij vestiging van het pandrecht geen van de aandeelhouders gebruik van hun recht de aandelen bij voorbaat te kopen, dan is de aanbiedingsregeling voltooid. In geval van executie zullen dan de executieregels van Boek 3 BW worden toegepast.

Een gevoelige punt bij deze systematiek blijft de koopprijs van de aandelen. Bij voorbaat vaststellen van een koopprijs kan negatief uitpakken voor de pandgever en overige schuldeisers. In geval van waardeverandering van de aandelen tussen moment van verpanding en verkoop zal deze

⁷⁸ Vgl. paragraaf 11.2 van dit hoofdstuk.

waardeverandering niet worden meegenomen bij de executie, er is immers al een koopprijs tot stand gekomen. Een prijsbepalingsmechanisme in de koopovereenkomst kan een mogelijke oplossing zijn.⁷⁹ Een dergelijk mechanisme baseert de waarde van de aandelen op financiële gegevens van de onderneming.⁸⁰ Op die manier kan de objectieve waarde van de aandelen op het moment van uitwinning bepaald worden. Feit blijft dat ook in dit geval er altijd een derde op de markt kan zijn die meer zou willen bieden voor de aandelen.

De aandelen zouden daarom ook verkocht moeten worden onder een tweede opschortende voorwaarde: goedkeuring door de voorzieningenrechter. Er is immers sprake van een afwijkende wijze van verkoop waarvoor toestemming van de voorzieningenrechter gevraagd dient te worden. Feitelijk worden dan de algemene executieregels alsnog toegepast wanneer tot uitwinning wordt overgegaan. De voorzieningenrechter zal de bij voorbaat tot stand gekomen prijs onderwerpen aan marktconformiteit en waarde van de aandelen. Op die manier wordt de positie van pandhouder, pandgever en de overige schuldeisers gewaarborgd.⁸¹

In de Duitse praktijk wordt op het moment van verpanding een eventuele aanbiedingsregeling altijd contractueel uitgesloten.⁸² Naar huidige Nederlands recht is dit echter geen oplossing nu het contractueel buiten werking stellen van de blokkeringsregeling niet mogelijk is. Zoals eerder besproken zijn contractuele overeenkomsten waarin wordt afgeweken van de blokkeringsregeling mogelijk, maar mogen deze het BV-recht niet frustreren.⁸³ Dat wil zeggen dat een dergelijke overeenkomst niet mag leiden tot het geheel 'opblazen' van de blokkeringsregeling.⁸⁴ Een overeenkomst waarin onder

79 Zie voor deze mogelijkheid ook art. 2:195 leden 4 en 5 BW (als geïmplementeerd na 1 oktober 2012).

80 Vgl. *Kamerstukken II* 2006-07, 31 058, nr. 3, p. 51-57 (MvT) en mechaniek voor koopprijsaanpassingen in M&A-contracten: A. Grimme, 'Koopprijsaanpassingen', *TOP* 2007-4, p. 168-173.

81 Vgl. paragraaf 11.4.3.

82 A. Schlieter, *Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen* (Diss. Keulen), Frankfurt: Peter Lang 2008, p. 176.

83 J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersoonrecht. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II**, Deventer: Kluwer 2009, nr 311. En W.J. Slagter, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 46.

84 Voor een overzicht van enkele aandeelhoudersovereenkomsten die wél toegestaan zijn verwijs ik naar: B.C.M. Waaijer, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1996, p. 65-68.

alle omstandigheden afstand wordt gedaan van een statutaire blokkeringsregeling is daarom nietig.⁸⁵

In deze context is de invoering van de Flex-BV interessant. De voorheen verplichte blokkeringsregeling is in een facultatieve regeling veranderd. Daardoor is een vergelijkbare situatie ontstaan met de Duitse facultatieve *Vinkulierung*. Ik verwacht dan ook dat in de toekomst de Duitse oplossing tot het contractueel beperken van de blokkeringsregeling een rol kan gaan spelen. Wanneer een blokkeringsregeling in de statuten is opgenomen, zou de toekomstige pandhouder kunnen bedingen dat deze statutaire bepaling gewijzigd wordt alvorens er tot verpanding wordt overgegaan.

11.6.4 Een extra wapen voor pandhouder en pandgever?

Aangezien onverkorte toepassing van de blokkeringsregeling niet altijd tot een voor de pandhouder gewenste oplossing leidt, ga ik nu in op de vraag of het wenselijk kan zijn om onder omstandigheden de blokkeringsregeling niet toe te passen. Wanneer executie in beeld komt, is er waarschijnlijk sprake van een onderneming waar financiële problemen zijn.⁸⁶ Het is daarom aannemelijk dat snelheid bij de executie van verpande aandelen gewenst is. Door uitvoering te geven aan de blokkeringsregeling bij de executie van het pandrecht, ziet de pandhouder zich geconfronteerd met een probleem: lange procedures en verschillende hindernissen die kunnen worden opgeworpen door de aandeelhouder(s). In het kader van waardebehoud is snelheid bij de executie daarom gewenst.⁸⁷ Andere argumenten voor het passeren van de blokkeringsregeling kunnen gevonden worden wanneer de aandeelhouder(s) de executie vertragen terwijl de pandhouder een koper heeft voor de bewuste aandelen.⁸⁸ Ook wanneer het gevaar voor het voortbestaan van de vennootschap of het wegvallen van werkgelegenheid het gevolg kan zijn van toepassing van de blokkeringsregeling, zou dit een

85 W.J. Slagter, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 46.

86 H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-back' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Liber Amoricum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Serie Onderneming & Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 140.

87 H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-back' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Liber Amoricum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Serie Onderneming & Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 132.

88 Hof 's-Gravenhage 31 januari 2006, *JOR* 2006, 175 (Van Rossem/De Winter) m. nt. C.D.J. Bulten.

rechtvaardiging kunnen zijn voor het passeren van de blokkeringsregeling.⁸⁹ Kortom, als de aandeelhouder(s) in meer of mindere mate obstructie plegen, is er veel voor te zeggen de pandhouder een andere mogelijkheid te bieden dan het volgen van de statutaire blokkeringsregeling.⁹⁰

In deze mogelijkheid is voorzien door implementatie van het wetsvoorstel flexibilisering van het BV-recht.⁹¹ Zo kan de pandhouder, wanneer zijn belangen dat vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad, de rechter verzoeken een statutaire overdrachtsbeperking buiten toepassing te verklaren (art. 2:195 lid 7 BW).⁹² Hiermee komt de wetgever tegemoet aan de belangen van de pandhouder om aan de algemene executieregels toepassing te geven.⁹³ Ook al gaat er met een dergelijke verzoekschriftprocedure enige tijd verloren voor tot uitwinning over kan worden gegaan, in de praktijk blijkt dat er doorgaans nogal wat tijd verstrijkt tussen het moment dat een pandhouder gerechtigd wordt tot uitwinning van het pandrecht en het moment dat de pandhouder ook daadwerkelijk daartoe overgaat.⁹⁴ De tijd die in een verzoekschriftprocedure gaat zitten is vervelend, maar niet onoverkomelijk.

11.7 Conclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de valkuil die schuilt in het pandrecht op aandelen in de BV: de feitelijk *nadelige uitwinningspositie* ten opzichte van enig ander pandrecht die ontstaat doordat de rechter overweegt dat artikel 2:195 BW een *lex specialis* is van de algemene executieregels. Omdat de statutaire blokkeringsregeling een ander doel voor ogen heeft dan de algemene executieregels, degradeert de rechter met deze zienswijze de zekerheidswaarde van het pandrecht op aandelen op naam. Het gevolg is dat pandhouder en pandgever zich niet op de algemene executieregels kunnen beroepen in geval van uitwinning. Hierdoor wordt een zo hoog mogelijke

89 C.D.J. Bulten in haar noot onder Hof 's-Gravenhage 31 januari 2006, *JOR* 2006, 175 (Van Rossem/De Winter).

90 H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-back' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid*, Liber Amoricum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Serie Onderneming & Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 133.

91 Op het moment van schrijven van deze bijdrage wordt implementatie verwacht op 1 oktober 2012: Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, *Kamerstukken II* 2006-07, 31 058, nr. 1.

92 *Kamerstukken II* 2006-07, 31 058, nr. 3, p. 52-53 (MvT).

93 *Kamerstukken II* 2006-07, 31 058, nr. 3, p. 52-53 (MvT).

94 K. van Zundert, 'Over de niet-overdraagbaarheid van aandelen, retro-overgang van stemrecht en inpandgeving', *V&O* 2010-12, p. 236.

opbrengst voor het verpande goed niet gewaarborgd en lopen pandhouder en pandgever het gevaar feitelijk minder waarde uit hun zekerheidsrecht te halen dan mogelijk zou zijn. Daarnaast kunnen aandeelhouder(s) de uitwinning feitelijk vertragen door via de blokkeringsregeling (bijvoorbeeld in prijsonderhandelingen) hun medewerking niet te verlenen. Het huidige systeem voor uitwinning schiet daarom tekort en er wordt geen recht gedaan aan de beoogde zekerheidswaarde van het pandrecht op aandelen in de BV.

Ter afdekking van deze valkuil heb ik in dit hoofdstuk gepleit voor de onverkorte toepassing van de algemene executieregels wanneer een pandrecht op aandelen in de BV wordt uitgewonnen. Ik heb benadrukt dat ook als via de blokkeringsregeling een koop tot stand wordt gebracht, de algemene executieregels onverkorte toepassing toekomen. De koop moet daartoe worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter die vervolgens alle betrokken belangen tegen elkaar kan afwegen. Juist omdat een zo hoog mogelijke prijs voor het aandeel de gewenste zekerheid biedt aan pandhouder, pandgever en overige schuldeisers moeten de algemene executieregels altijd worden toegepast.

Vervolgens heb ik enkele aanbevelingen gedaan om het pandrecht op aandelen op naam tot een flexibeler zekerheidsinstrument te maken, zonder daarmee inbreuk te plegen op het besloten karakter van de BV. In aansluiting op het Duitse recht kan flexibiliteit van het pandrecht op aandelen in de BV verbeterd worden door de blokkeringsregeling reeds na te leven bij de feitelijke verpanding van het aandeel. Op die manier worden pandhouder en pandgever niet geconfronteerd met een vertragende toepassing van blokkeringsregels wanneer snelheid bij de executie gewenst is. Tot slot ben ik ingegaan op de mogelijkheid die de rechter heeft om de blokkeringsregeling, op verzoek van pandhouder dan wel pandgever, gedeeltelijk te passeren. Wanneer toepassing van de blokkeringsregeling tot onredelijke vertraging in de executie leidt, of een situatie ontstaat met negatieve externe effecten voor werknemers dan wel de waarde van de onderneming, lijkt een dergelijk verzoek doeltreffend ter voorkoming van deze nadelen. Door mijn aanbevelingen in ogenschouw te nemen kan het pandrecht op aandelen op naam tot een flexibeler en zekerder zekerheidsrecht worden verheven.

XII De boobytrap van de verdeling

W. Krijgsman

Cumulatie van beslagen en hypotheekrechten op een registergoed is een boobytrap bij de verdeling van de executieopbrengst. Verschillende rechtsbeginselen conflicteren met elkaar: de paritas creditorum, de blokkerende werking van het beslag en de voorrang van het hypotheekrecht. Hierdoor verkeren schuldeisers met een verhaalsrecht in onzekerheid over de mogelijkheid dit recht daadwerkelijk te kunnen effectueren. De verdelingsvraagstukken worden nog gecompliceerder door rangwisseling van hypotheekrechten. Welke gevolgen heeft die rangwisseling voor de positie van alle betrokkenen? In deze bijdrage worden diverse methoden voor de verdeling van de executieopbrengst, met en zonder rangwisseling, behandeld en voorgesteld. Geconcludeerd wordt dat de meest eenvoudige oplossing is de afschaffing van de blokkerende werking onder gelijktijdige toekenning van zaaksgevolg aan het beslag.

12.1 Inleiding

Door de aanhoudende economische crisis komen steeds meer consumenten en bedrijven in financieel zwaar weer terecht. Zij kunnen extra financiële ruimte creëren door in ruil voor een door een bank verstrekte geldlening of krediet hypotheek te geven op hun woonhuis of bedrijfspand. Hierdoor komt het steeds vaker voor dat registergoederen worden bezwaard met meerdere hypotheekrechten. Soms wordt door de tweede hypotheekverstrekker bedongen dat zijn recht een hogere rang zal verkrijgen dan het reeds gevestigde hypotheekrecht (bijvoorbeeld indien de eerste hypotheekhouder de holding van de schuldenaar is). Dit kan worden bewerkstelligd door een rangwisseling tussen beide hypotheekrechten. Het is echter voorstelbaar dat een andere schuldeiser intussen beslag heeft gelegd op het registergoed en dat na de hypotheekvestiging nog meer beslagen volgen. Wanneer het vervolgens tot een executie komt, rijst de vraag hoe de executieopbrengst tussen de rangwisselende hypotheekhouders en de beslaglegger(s) moet worden verdeeld. Een heldere wettelijke regeling ontbreekt, jurisprudentie is er nauwelijks en in de literatuur is er tot nu toe weinig aandacht voor dit probleem. In het licht van het thema van dit boek mag een onderzoek naar een antwoord op die vraag dan ook niet ontbreken. De beslaglegger(s) en de hypotheekhouders hebben immers allen een verhaalsrecht, maar staan

uiteindelijk wellicht met lege of minder gevulde handen: de boobytrap gaat af.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Allereerst zal kort het systeem van de rangwisseling van hypotheeken (paragraaf 12.2) en de blokkerende werking van het beslag (paragraaf 12.3) uiteen worden gezet. Vervolgens komt – als opstap naar de behandeling van de hoofdvraag – aan de orde de verdeling van de opbrengst indien hypotheek is gevestigd, beslag is gelegd, vervolgens wederom hypotheek is gevestigd, waarna nog een beslaglegging volgt (paragraaf 12.4). In de literatuur zijn mogelijke verdelingsmethoden voor deze situatie uitgebreid aan de orde geweest. Die methoden worden daarom slechts behandeld voor zover zij relevant zijn voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. In paragraaf 12.5 worden suggesties voor mogelijke oplossingen voor de verdeling van de executieopbrengst tussen beslagleggers en rangwisselende hypotheekhouders gedaan. Hierna wordt kort gekeken naar de Duitse regeling inzake rangwisseling en worden enkele aanbevelingen voor een wetswijziging gedaan (paragraaf 12.6). Er wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 12.7).

12.2 Rangwisseling

Het eerste element van het centrale probleem van deze bijdrage, is de rangwisseling.¹ Indien meerdere hypotheekrechten betrekking hebben op hetzelfde registergoed, wordt de rangorde van de hypothecaire inschrijvingen in beginsel bepaald door de volgorde van de tijdstippen van de inschrijvingen.² Dit is het prioriteitsbeginsel (*droit de préférence*).³ Bij notariële akte, die in de openbare registers wordt ingeschreven, kan echter worden bepaald dat de latere hypothecaire inschrijving een hogere rang zal verkrijgen dan het eerder ingeschreven hypotheekrecht.⁴ Afhankelijk van hetgeen de betrokken hypotheekhouders beogen, zijn er twee mogelijkheden om rangwisseling te effectueren. Indien het latere hypotheekrecht direct bij de vestiging een hogere rang dient te krijgen, moet de rangwisseling worden opgenomen in de akte waarbij dat hypotheekrecht wordt gevestigd.⁵ Zijn de hypotheekrechten reeds gevestigd, dan dient een afzonderlijke notariële

1 Art. 3:262 BW.

2 Art. 3:21 BW.

3 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 48.

4 Art. 3:262 lid 1 BW.

5 P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 3*, Deventer: Kluwer (losbl.).

akte te worden opgemaakt en ingeschreven in de openbare registers.⁶ Uit beide akten zal de toestemming moeten blijken van de hypotheekhouders boven wier recht het latere hypotheekrecht als gevolg van de rangwisseling zal worden gerangschikt.⁷ Zo zullen de eerste en tweede hypotheekhouder toestemming moeten verlenen voor de rangwisseling tussen het eerste en derde hypotheekrecht. De toestemming van de vierde hypotheekhouder is voor diezelfde rangwisseling echter niet nodig. De rangwisseling heeft immers geen invloed op zijn positie: hij zal in beide situaties het eerste, tweede en derde hypotheekrecht (in welke volgorde dan ook) voor zich moeten dulden. Indien de benodigde toestemming ontbreekt, werkt de rangwisseling niet jegens de hypotheekhouders die niet hebben ingestemd.⁸ Tegenover deze hypotheekhouders geldt het prioriteitsbeginsel onverkort.

De rangwisseling is niet beperkt tot twee hypotheekrechten die onderling van rang wisselen: een rangwisseling tussen meerdere hypotheekrechten of tussen hypotheekrechten en andere beperkte rechten is ook mogelijk.⁹ In het laatste geval moet men denken aan een hypotheekrecht dat van rang wisselt met bijvoorbeeld een opstalrecht, erfpachtrecht of erfdiensbaardheid. Een nauwkeurige lezing van artikel 3:262 BW leert echter dat de mogelijkheden tot rangwisseling beperkt zijn. Het moet gaan om hypotheekrechten onderling of hypotheekrechten en beperkte rechten. Een rangwisseling tussen beperkte rechten onderling of tussen hypotheekrechten en beslagen is derhalve niet mogelijk.¹⁰

12.3 De blokkerende werking van beslag

Het tweede element dat een cruciale rol speelt bij het verdelingsvraagstuk, is de blokkerende werking van een op het registergoed gelegd beslag. Het doel van een beslaglegging is het – met oog op reële executie – zekerstellen

6 P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 3*, Deventer: Kluwer (losbl.).

7 Art. 3:262 lid 1 BW.

8 C.J. van Zeben & J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 812; P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 6*, Deventer: Kluwer (losbl.).

9 Art. 3:262 lid 2 BW.

10 Dit kan worden afgeleid uit de plaats en inhoud van art. 3:262 BW. Zie ook A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel VI*. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 455; P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 6*, Deventer: Kluwer (losbl.).

van vermogensbestanddelen van de debiteur.¹¹ Die zekerstelling wordt bereikt door een van de rechtsgevolgen van het beslag: de blokkerende werking.¹² De blokkerende werking heeft tot gevolg dat rechtshandelingen (bijvoorbeeld bezwaring van het registergoed met een hypotheekrecht) die na de beslaglegging worden verricht, niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen.¹³ Hoewel de rechtshandelingen op zichzelf genomen wel geldig zijn,¹⁴ hoeft de beslaglegger zich hieraan niet te storen en kan hij de executie, ondanks die rechtshandelingen, voortzetten.¹⁵

De blokkerende werking van het beslag start op het tijdstip waarop het proces-verbaal van beslaglegging in de openbare registers wordt ingeschreven.¹⁶ Vindt deze inschrijving plaats nadat de hypotheekakte in de openbare registers is ingeschreven, dan heeft het beslag geen gevolgen voor de rechten van de hypotheekhouder. Bij een executie zal eerst de vordering van de hypotheekhouder worden voldaan en, indien de executieopbrengst toereikend is, daarna de vordering van de beslaglegger.¹⁷ Vindt de inschrijving van het beslag plaats voordat de hypotheekakte is ingeschreven, dan kan de vestiging van de hypotheek niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen. De blokkerende werking van het beslag staat hieraan in de weg. De vordering van de beslaglegger zal dan bij executie uit de opbrengst worden voldaan voordat de vordering van de hypotheekhouder wordt voldaan. Dit geldt ook als de executie door de hypotheekhouder is aangezegd.¹⁸

Op de regel dat een eerder ingeschreven beslag niet aan een latere hypotheekhouder kan worden tegengeworpen, bestaat één uitzondering: indien

-
- 11 D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 165.
 - 12 Art. 453a, 474e, 475h, 479kc, 505, 566 en 567 Rv, alsmede de schakelbepalingen voor conservatoire beslag: art. 702, 715, 720, 724, 726, 728a, 729d Rv.
 - 13 Art. 505 lid 2 Rv.
 - 14 Uitgebreid o.a.: F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht* (Monografieën Privaatrecht, deel 10), Deventer: Kluwer 2009, p. 86-89; en p. 120-121; M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2007, p. 77-88; F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu, p. 165-184; H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR* 1998-6306, p. 192-196 en *WPNR* 1998-6307, p. 207-210.
 - 15 A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 88; HR 5 september 2008, *NJ* 2009, 154 (*Forward/Huber*).
 - 16 Art. 505 lid 2 Rv.
 - 17 Art. 3:278 lid 1 BW.
 - 18 P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:227 BW. Aantekening 23*, Deventer: Kluwer (losbl.).

de hypotheekakte voor de inschrijving van het beslag is verleden en uiterlijk de volgende werkdag in de openbare registers wordt ingeschreven, kan het beslag niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen.¹⁹ Het later ingeschreven hypotheekrecht gaat dan dus voor op het eerder ingeschreven beslag.

12.4 Cumulatie van beslagen en hypotheken

12.4.1 Inleiding

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de wet helder is over hoe de executieopbrengst dient te worden verdeeld wanneer er zowel een hypotheekrecht is gevestigd als beslag is gelegd op het registergoed. Het komt echter voor dat meerdere hypotheekrechten en beslagen gevestigd casu quo gelegd zijn. In deze paragraaf worden de verschillende varianten van cumulatie van hypotheekrechten en beslagen behandeld. Zoals zal blijken leidt die cumulatie soms tot problemen bij de verdeling van de executieopbrengst, waarvoor mogelijke oplossingen aan de orde zullen komen.

12.4.2 Beslag na hypotheek

Indien het registergoed bezwaard is met meerdere hypotheekrechten en er vervolgens een of meerdere beslagen zijn gelegd, rijzen er geen bijzondere problemen bij de verdeling van de opbrengst. Hypotheekrecht schept voorrang,²⁰ zodat uit de executieopbrengst eerst de vorderingen van de hypotheekhouders worden voldaan, waarbij de hypotheekhouder met de hoogste rang als eerste zal worden voldaan. Daarna worden, bij een toe-reikende executieopbrengst, de vorderingen van de beslagleggers voldaan. Voor beslagleggers geldt, anders dan voor hypotheekhouders, in beginsel de *paritas creditorum*.²¹ Alle beslagleggers zijn dus gelijk in rang, ongeacht het tijdstip waarop zij beslag hebben gelegd. Heeft een beslaglegger echter een bevoorrechte vordering²² dan geldt de *paritas creditorum* niet en gaat deze beslaglegger voor op beslagleggers zonder voorrecht.²³ Het restant van de executieopbrengst wordt dan onder de beslagleggers verdeeld met

19 Art. 505 lid 3 Rv.

20 Art. 3:278 lid 1 BW.

21 Art. 3:277 lid 1 BW.

22 Uitgebreid: H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer; Kluwer 2007, p. 592-600; A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel VI**, *Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 469.

23 Art. 3:278 lid 1 BW.

inachtneming van voorrechten en vervolgens naar evenredigheid van ieders vordering.

12.4.3 *Hypotheek na beslag*

Evenmin problematisch is de verdeling van de executieopbrengst van een registergoed waarop meerdere beslagen zijn gelegd voordat een of meerdere hypotheekrechten zijn gevestigd. Hoewel de voorrang van het hypotheekrecht conflicteert met de blokkerende werking van het beslag, is de wettelijke regeling helder: door de blokkerende werking kunnen de beslagleggers de vestiging van de hypotheekrecht(en) niet tegengeworpen krijgen.²⁴ De executieopbrengst wordt dus eerst verdeeld onder de beslagleggers, wederom met inachtneming van voorrechten en vervolgens naar evenredigheid van ieders vordering. Bij een toereikende executieopbrengst worden hierna de vorderingen van de hypotheekhouders voldaan, met inachtneming van hun rang.

12.4.4 *Hypotheek-beslag-hypotheek-beslag*

Problematisch is de verdeling van de executieopbrengst wanneer hypotheekrecht is gevestigd, beslag is gelegd, vervolgens wederom hypotheekrecht is gevestigd, gevolgd door nog een beslag. Hoewel duidelijk is dat op grond van de voorrangregels de vordering van de eerste hypotheekhouder als eerste uit de executieopbrengst wordt voldaan, is de verdeling van de restantopbrengst tussen de twee beslagleggers en de tweede hypotheekhouder minder helder. In die verhouding conflicteert, zoals hierna zal blijken, de blokkerende werking van het anterieure beslag met de voorrang van het tweede hypotheekrecht en de paritas creditorum. De wet biedt geen eenduidige oplossing voor hoe de opbrengst in deze situatie moet worden verdeeld. In de literatuur is een aantal oplossingen voor dit probleem geboden.²⁵ Aanleiding hiervoor vormde een tweetal arresten,²⁶ door de Hoge

24 Art. 505 lid 2 Rv.

25 Uitgebreid met verdere verwijzingen: F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009, p. 195-201; R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 36-41.

26 HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ontvanger/Amro*); HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*).

Raad onder het oude recht gewezen, die in de literatuur de nodige kritiek hebben ontvangen.²⁷

12.4.5 Hoge Raad

In het eerste arrest heeft volgens de Hoge Raad, in de situatie beslag gevolgd door een hypotheek gevolgd door een beslag, de anterieure beslaglegger voorrang op zowel de hypotheekhouder als op de posterieure beslagleggers, zelfs indien een posterieure beslaglegger een hogere preferentie heeft.²⁸ De hypotheek, die tussen de beslagen in is gevestigd, heeft een buffer-effect:²⁹ zij kan worden ingeroepen tegen een posterieure beslaglegger, maar niet tegen de anterieure beslaglegger met als gevolg dat de anterieure beslaglegger geen gevolgen ondervindt van het posterieure beslag. Dit oordeel van de Hoge Raad leidde tot een volledige voldoening van de vordering van de anterieure beslaglegger, waarna het restant aan de hypotheekhouder toekwam. De posterieure beslaglegger (i.c. de hoogst preferente fiscus) kreeg niets. In deze visie profiteert de anterieure beslaglegger dus van de vestiging van het hypotheekrecht: zou er geen hypotheekrecht gevestigd zijn, maar beslag gelegd, dan zou de bevoorrechte vordering van de fiscus vóór de vordering van de anterieure beslaglegger zijn voldaan. Hoewel beslag geen voorrang schept, verkrijgt de anterieure beslaglegger als gevolg hiervan een feitelijke preferentie.³⁰ De Hoge Raad heeft dit standpunt in het tweede arrest bevestigd.³¹ Het oordeel gaat echter voorbij aan de ratio van artikel 505 lid 2 Rv dat slechts beoogt de beslaglegger te beschermen tegen de latere vestiging van een hypotheekrecht en geen voorrang jegens de overige beslagleggers schept.³²

27 O.a. J.J.A. de Groot, 'Beslag, hypotheek en faillissement', WPNR 1988-5897, p.713; D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 187-188; H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', NTBR 1998-7, p. 220; R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 39-40; J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentie-recht', WPNR 2011-6882, p. 328.

28 HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ontvanger/Amro*).

29 A-G Leyten in punt A.7. van zijn conclusie bij HR 25 oktober 1985, NJ 1987, 18, m.nt. W.H. Heemskerk (*Ontvanger/Amro*).

30 F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2009, p. 198.

31 HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*).

32 H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', NTBR 1998-7, p. 219.

12.4.6 *Methode Albers-Dingemans*

Hoewel in de literatuur diverse methoden voor het verdelingsvraagstuk beslag-hypothek-beslag zijn voorgesteld,³³ doen niet alle suggesties recht aan de ratio van zowel de blokkerende werking van het anterieure beslag als de paritas creditorum tussen de beslagleggers onderling. Ik zal deze methoden daarom niet behandelen. Een juiste methode moet *slechts* de anterieure beslaglegger bescherming bieden tegen het hypothekrecht (blokkerende werking), maar mag de paritas creditorum tussen de anterieure en posterieure beslagleggers niet verstoren.³⁴ Zowel Albers-Dingemans³⁵ als Heyman en Bartels³⁶ hebben een methode voorgesteld die aan beide uitgangspunten lijkt te voldoen. Voor de goede orde merk ik op dat, vanwege de hiervoor toegelichte duidelijke positie van de eerste hypothekhouder, bij de bespreking van de methoden met hypothekhouder steeds de tweede hypothekhouder wordt bedoeld.

Albers-Dingemans stelt dat bij de verdeling van de opbrengst een tweetal berekeningen dient te worden uitgevoerd:³⁷

1. Ten eerste dient de opbrengst te worden verdeeld alsof de hypothekhouder een concurrente schuldeiser is, dus zonder rekening te houden met de aan het hypothekrecht verbonden voorrang. Op deze wijze wordt de aanspraak van de anterieure beslaglegger vastgesteld.
2. Vervolgens wordt berekend wat ieder van de betrokkenen zou hebben ontvangen indien beide beslagen zouden zijn gelegd nadat het hypothekrecht is gevestigd. De hypothekhouder heeft dan voorrang op

33 O.a. J.J.A. de Groot, 'Beslag, hypothek en faillissement', WPNR 1988-5897, p.713; D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990, p. 187-188; H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998-7, p. 220; R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 39-40; J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentie-recht', *WPNR* 2011-6882, p. 328.

34 F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009, p. 198.

35 R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 40-41.

36 H.W. Heyman en S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998-7, p. 222.

37 R.L. Albers-Dingemans, 'Hinderpalen bij executie', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 1998), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 40-41.

beide beslagleggers. Op deze wijze wordt de aanspraak van de posterieure beslaglegger vastgesteld.

Het verschil tussen hetgeen de anterieure beslaglegger in de eerste en in de tweede berekening zou ontvangen bepaalt het bedrag waarmee de anterieure beslaglegger door de vestiging van het posterieure hypotheekrecht is benadeeld. Dat bedrag dient in mindering te worden gebracht op het bedrag dat de hypotheekhouder op grond van de tweede berekening zou ontvangen.

Ter verduidelijking wordt het bovenstaande uitgewerkt in cijfers:³⁸

Figuur 1

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Beslag voor hypotheek	100	50	25	50
Hypotheek	200	100	200	175
Beslag na hypotheek	300	150	75	75
Opbrengst	300	300	300	300

Damsteegt-Molier merkt terecht op dat bij de tweede berekening als onjuist uitgangspunt wordt genomen dat het hypotheekrecht niet alleen tegen de posterieure maar ook tegen de anterieure beslaglegger kan worden ingeroepen.³⁹ De blokkerende werking van het anterieure beslag verhindert echter dat het hypotheekrecht tegen deze beslaglegger kan worden ingeroepen. Het genoemde uitgangspunt heeft tot gevolg dat de hypotheekhouder nadeel ondervindt van het feit dat na de vestiging van het hypotheekrecht beslag wordt gelegd. Dit nadeel dient, naar mijn mening, voor rekening van de posterieure beslaglegger te komen. Op grond van de aan het hypotheekrecht verbonden voorrang kan dit recht immers tegen de posterieure beslaglegger ingeroepen worden en is er geen reden, indien de executieopbrengst toereikend is, de hypothecaire vordering niet volledig te voldoen.

38 Zie ook J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011-6882, p. 329.

39 F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009, p. 199.

12.4.7 Methode Heyman en Bartels

De andere methode, die door Heyman en Bartels⁴⁰ is voorgesteld, lijkt niet alleen tegemoet te komen aan beide eerdergenoemde uitgangspunten, maar tevens aan het bezwaar tegen de methode van Albers-Dingemans. Ook Heyman en Bartels stellen dat er twee berekeningen nodig zijn om tot een goede verdeling van de opbrengst te komen:

1. De eerste berekening is gelijk aan de eerste berekening in de door Albers-Dingemans voorgestelde methode. De opbrengst dient te worden verdeeld alsof de hypotheekhouder een concurrente schuldeiser is. Hieruit volgt de aanspraak van de anterieure beslaglegger.
2. Vervolgens wordt de executieopbrengst verminderd met de hiervoor berekende aanspraak van de anterieure beslaglegger, waarna het restant van de opbrengst op normale wijze tussen de hypotheekhouder en de posterieure beslagleggers verdeeld wordt. Daarbij wordt rekening gehouden met ieders preferentie.

Ter verduidelijking wordt ook deze methode in cijfers weergegeven:⁴¹

Figuur 2

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Beslag voor hypotheek	100	50	25	50
Hypotheek	200	100	200	200
Beslag na hypotheek	300	150	75	50
Opbrengst	300	300	300	300

Uit het overzicht blijkt dat aan beide uitgangspunten van een juiste methode wordt voldaan. De anterieure beslaglegger krijgt met voorrang op de hypotheekhouder voldaan hetgeen hij zou hebben gekregen indien er slechts concurrente schuldeisers zouden zijn. De blokkerende werking van het anterieure beslag zorgt ervoor dat de beslaglegger tegen de vestiging van het hypotheekrecht beschermd wordt, maar niet meer dan nodig. Het zou immers strijdig zijn met de *paritas creditorum* als de anterieure beslaglegger, door het enkele (toevallige) feit dat na hem een hypotheekrecht wordt gevestigd, een betere positie verkrijgt. Daarnaast kan de hypotheekhouder het hypotheekrecht voor de volledige inschrijving inroepen tegen

40 H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998-7, p. 222.

41 Zie ook J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011-6882, p. 329.

de posterieure beslaglegger. De hypotheekhouder ondervindt derhalve geen nadeel van het posterieure beslag, zodat het bezwaar tegen de methode van Albers-Dingemans is weggenomen.

Van Hees is van mening dat de door Heyman en Bartels voorgestelde methode niet de juiste is en kiest voor de methode van Albers-Dingemans.⁴² Hij stelt dat het feit dat de hypotheekhouder zijn voorrangrecht niet kan uitoefenen jegens de anterieure beslaglegger voor rekening van de hypotheekhouder dient te komen en niet voor rekening van de posterieure beslaglegger. Ik deel deze mening niet. Zoals hiervoor bleek, wordt, indien het hypotheekrecht wordt gevestigd voordat er beslagen worden gelegd, de positie van de hypotheekhouder geheel niet beïnvloed door die posterieure beslagen. Indien men de stelling van Van Hees en Albers-Dingemans ondersteunt, wordt de positie van de hypotheekhouder die een hypotheekrecht vestigt na een gelegd beslag, afhankelijk gemaakt van eventuele posterieure beslagen. Het verlies dat de anterieure beslaglegger lijdt door het posterieure beslag komt immers voor rekening van hypotheekhouder. Deze rechtsonzekerheid voor de hypotheekhouder lijkt mij, gezien het rechtskarakter van de hypotheek (zekerheidsrecht),⁴³ niet wenselijk. De hypotheekhouder kan slechts kennis nemen van hetgeen voor de hypotheekvestiging heeft plaatsgevonden en daarop anticiperen. Hij heeft echter geen invloed op hetgeen na de hypotheekvestiging zal plaatsvinden. Bovendien leidt genoemde stelling tot het merkwaardige resultaat dat de hypotheekhouder een steeds betere positie verkrijgt naar mate er meer posterieure beslagen volgen. Ter verduidelijking wordt dit in cijfers weergegeven.

Methode Albers-Dingemans met twee posterieure beslagen:

Figuur 3

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Beslag voor hypotheek	100	37,5	16,7	37,5
Hypotheek	200	75	200	179,2
Beslag na hypotheek	300	112,5	50	50
Beslag na hypotheek	200	75	33,3	33,3
Opbrengst	300	300	300	300

42 J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011-6882, p. 329.

43 A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel VI*. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 3.

Methode Albers-Dingemans met drie posterieure beslagen:

Figuur 4

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Beslag voor hypotheek	100	30	12,5	30
Hypotheek	200	60	200	182,5
Beslag na hypotheek	300	90	37,5	37,5
Beslag na hypotheek	200	60	25	25
Beslag na hypotheek	200	60	25	25
Opbrengst	300	300	300	300

Bij meer posterieure beslagen wordt de aanspraak van de anterieure beslaglegger steeds kleiner. Hij wordt minder door de vestiging van het hypotheekrecht benadeeld met als gevolg dat de hypotheekhouder steeds minder gekort wordt.

12.4.8 *Tussenconclusie*

Hiervoor bleek dat de cumulatie van hypotheekrechten en beslagen niet in elke situatie tot een problematische verdeling van de executieopbrengst leidt. Vooral wanneer sprake is van de situatie beslag-hypotheek-beslag, eventueel voorafgegaan door de vestiging van een hypotheekrecht, is de verdeling van de executieopbrengst lastig. In de literatuur zijn hiervoor verschillende methoden voorgesteld, waarvan de door Heyman en Bartels voorgestelde methode naar mijn mening het meeste recht doet aan de blokkerende werking van het anterieure beslag, de paritas creditorum en de voorrang van het hypotheekrecht.

12.5 Cumulatie van beslagen en hypotheek gevolgd door rangwisseling

12.5.1 *Inleiding*

De lastige verdeling van de executieopbrengst in de situatie beslag-hypotheek-beslag wordt nog gecompliceerder indien een rangwisseling tussen de twee hypotheekrechten heeft plaatsgevonden. De vraag is dan welke gevolgen de rangwisseling, waarvoor de toestemming van de beslaglegger(s) niet is vereist, heeft voor de positie van de beslaglegger(s), maar ook voor

de rangwisselende hypotheekhouders zelf. Artikel 3:262 BW geeft hierover geen duidelijkheid. In deze paragraaf zal een aantal mogelijke suggesties voor de oplossing van dit verdelingsvraagstuk worden gedaan. Bij elk van de suggesties wordt uitgegaan van de volgende situatie: op het registergoed is ten behoeve van hypotheekhouder A een hypotheekrecht gevestigd, vervolgens heeft schuldeiser B beslag gelegd, waarna ten behoeve van hypotheekhouder C een hypotheekrecht wordt gevestigd. Bij de vestiging van dit laatste hypotheekrecht wordt een rangwisseling tussen de hypotheekrechten van A en C overeengekomen. Vervolgens legt schuldeiser D beslag op het registergoed. Bij de verdeling wordt de door Heyman en Bartels voorgestelde methode gehanteerd.

12.5.2 Rangwisseling is zuiver obligatoir

De eerste mogelijkheid is de rangwisseling te beschouwen als zuiver obligatoir, hetgeen inhoudt dat de rangwisseling alleen tussen de betrokken hypotheekhouders werkt. In een van de weinige vonnissen, die betrekking heeft op deze verdelingsproblematiek, wordt dit standpunt ingenomen.⁴⁴ Uitgangspunt hiervoor is dat de rangwisseling in de eerste plaats een overeenkomst tussen partijen is. Aan die overeenkomst van rangwisseling wordt geen goederenrechtelijke werking toegekend; de overeenkomst schept slechts verbintenissen tussen betrokken partijen. Het onthouden van goederenrechtelijke werking aan de overeenkomst van rangwisseling heeft tot gevolg dat de rangorde van de hypotheekrechten ongewijzigd blijft: het prioriteitsbeginsel geldt onverkort. De rangorde in de verdeling van de executieopbrengst is dan als volgt: hypotheekhouder A (tot maximaal zijn hypothecaire inschrijving), beslaglegger B, hypotheekhouder C (tot maximaal zijn hypothecaire inschrijving) en beslaglegger D. Op grond van de obligatoire verbintenis tussen hypotheekhouder A en hypotheekhouder C, zal A van hetgeen hij uit de executieopbrengst ontvangt de vordering van C moeten voldoen.

In de casus die aan het genoemde vonnis ten grondslag ligt, heeft de beslaglegger dezelfde positie als beslaglegger B. De rechtbank oordeelde dat deze beslaglegger niet gebonden is aan de rangwisseling, omdat de rangwisseling geen goederenrechtelijke werking heeft.⁴⁵ Helaas wordt het oordeel niet nader gemotiveerd. Mogelijk heeft de rechtbank voor de beoordeling van deze kwestie aansluiting willen zoeken bij de regel dat de rangwisseling

44 Rb. Dordrecht 8 december 2010, LJN BO6673 (*Excellent Wood*).

45 Rb. Dordrecht 8 december 2010, LJN BO6673, r.o. 4.3 (*Excellent Wood*).

niet werkt jegens hypotheekhouders wier toestemming nodig was, maar waarvan uit de akte niet blijkt.⁴⁶

In de literatuur treft men echter geen steun voor het oordeel van de rechtbank: de algemene opvatting is dat de overeenkomst tot rangwisseling het karakter van een goederenrechtelijke overeenkomst heeft.⁴⁷ Het vereiste dat de rangwisseling wordt vastgelegd in een notariële akte, die wordt ingeschreven in de openbare registers,⁴⁸ ondersteunt deze gedachte. Een mutatie van rechten verkrijgt immers eerst goederenrechtelijke werking als voldaan is aan bepaalde publiciteitseisen.⁴⁹ Voor zover men (naar mijn mening ten onrechte) zou menen dat de rangwisseling niet een in de openbare registers inschrijfbaar feit is als bedoeld in artikel 3:17 lid 1 sub a BW (rechtsfeiten die een verandering in de rechtstoestand van een registergoed brengen of voor die rechtstoestand van belang zijn), omdat de rangwisseling obligatoir is en slechts een persoonlijk recht geeft, verkrijgt de rangwisseling alsnog goederenrechtelijke werking op grond van het bepaalde in artikel 3:17 lid 2 juncto 3:262 lid 1 BW. De parlementaire geschiedenis is eveneens helder op dit punt:

‘De in het voorlopig verslag gestelde vraag omtrent het karakter van de in artikel 6 bedoelde akte moet aldus worden beantwoord, dat het hier gaan om een ‘zakelijke’ overeenkomst, gesloten door de in dat artikel genoemden en neergelegd in notariële vorm.’⁵⁰

Op grond van het vorenstaande zie ik dan ook geen grondslag voor het oordeel van de rechtbank dat rangwisseling zuiver obligatoir zou zijn.

12.5.3 *Door rangwisseling gaan beide hypotheekrechten voor het beslag*

De tweede mogelijkheid om de positie van de hypotheekhouders en beslagleggers te bepalen, is aan te nemen dat de rangwisseling volledige

46 P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 6*, Deventer: Kluwer (losbl.).

47 P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht. Artikel 3:262 BW. Aantekening 2*, Deventer: Kluwer (losbl.); H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer; Kluwer 2007, p. 505.

48 Art. 3:262 lid 1 BW.

49 H.J. Sniijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer; Kluwer 2007, p. 62.

50 C.J. van Zeben & J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 812.

goederenrechtelijke werking heeft. Dat wil zeggen dat de rangwisseling absolute werking heeft jegens derden.

Deze mogelijkheid is ontleend aan het standpunt van Van Hees betreffende de gevolgen van rangwisseling bij de herverpanding van pandrechten.⁵¹ Bij herverpanding verpandt een pandhouder, die daartoe ondubbelzinnig de bevoegdheid van de pandgever heeft verkregen, het verpande goed op zijn beurt aan een derde.⁵² In de visie van Van Hees gaan bij herverpanding zowel het eerste pandrecht als het herpandrecht voor het tweede pandrecht. Toegepast op de situatie die in dit onderzoek centraal staat, heeft rangwisseling dan tot gevolg dat beide hypotheekrechten boven beide beslagen gaan. Hieraan ligt de volgende gedachtegang ten grondslag: het hypotheekrecht van A gaat voor op het beslag van B. Door de rangwisseling verkrijgt het hypotheekrecht van C de rang van het hypotheekrecht van A. Onmiddellijk na het hypotheekrecht van C volgt het hypotheekrecht van A en dan het beslag van B. Beide hypotheekrechten gaan dus voor zowel het anterieure als het posterieure beslag. Dit resulteert in de volgende rangorde: hypotheekhouder C (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving), hypotheekhouder A (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving) en de vorderingen van beslagleggers B en D (met inachtneming van de paritas creditorum en eventuele preferentie).

De ratio van de gedachte van Van Hees is dat herverpanding nauwelijks zelfstandige betekenis heeft, indien het prioriteitsbeginsel volledig werkt jegens de tweede pandhouder (waardoor het herpandrecht achter het tweede pandrecht gerangschikt wordt).⁵³ Deze positie biedt een herpandhouder immers weinig zekerheid, zodat hij niet snel aan een herverpanding zal willen meewerken. De rechtvaardiging voor het rangschikken van het jongere herpandrecht boven het oudere tweede pandrecht vindt Van Hees in de stelling dat de bevoegdheid tot herverpanding een onderdeel is van het pandrecht, dat oorspronkelijk als eerste gerangschikt was.⁵⁴ Doordat deze bevoegdheid onderdeel is van het eerste pandrecht, moeten derden met een jonger

51 J.J. van Hees, 'Gedachten over Herverpanding', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 227-238.

52 Art. 3:242 BW.

53 J.J. van Hees, 'Gedachten over Herverpanding', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 229.

54 J.J. van Hees, 'Gedachten over Herverpanding', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 230.

recht dan het oorspronkelijk eerste pandrecht het herpandrecht tegen zich laten gelden.⁵⁵

Kan dit standpunt analoog worden toegepast op de situatie uit dit onderzoek? Hoewel het voor de rangwisseling bij herverpanding wellicht een bepleitbaar standpunt is,⁵⁶ is dat naar mijn mening niet mogelijk. Een herpandrecht is een wezenlijk andere rechtsfiguur dan een tweede hypotheekrecht. Een herpandrecht is afgeleid uit het oorspronkelijke pandrecht en de pandhouder heeft, in plaats van de pandgever, hiertoe bevoegdheid;⁵⁷ een tweede hypotheekrecht is (net als een tweede pandrecht) een op zichzelf staand recht, waartoe de hypotheekgever (en niet de hypotheekhouder) bevoegd is. Het tweede hypotheekrecht is derhalve niet afgeleid uit het oorspronkelijke hypotheekrecht. Vanwege dit wezenlijke verschil is analoge toepassing van een volledige goederenrechtelijke werking van de rangwisseling niet mogelijk. Bovendien doet een volledig goederenrechtelijke werking afbreuk aan de blokkerende werking van het beslag van beslaglegger B ten opzichte van hypotheekhouder C.

Hoewel door de rangwisseling niet beide hypotheekrechten voor het beslag gaan, moet in dit verband kort aandacht worden besteed aan het overwaardearrangement.⁵⁸ Kan deze door de Hoge Raad goedgekeurde constructie bewerkstelligen dat beide hypotheekrechten voor het beslag gaan?

Het overwaardearrangement omvat kort gezegd het volgende. Twee schuldeisers hebben een gezamenlijke schuldenaar. Beide schuldeisers verkrijgen verschillende zekerheden. Het overwaardearrangement is een driepartijen-overeenkomst tussen de schuldeisers en schuldenaar, waarbij de schuldeisers zich over en weer borg stellen jegens elkaar voor de verplichtingen van de schuldenaar. Als limiet geldt het bedrag dat de borgsteller overhoudt na uitwinning van zijn zekerheidsrecht en na aflossing van zijn vordering op de schuldenaar. Uit dit surplus betaalt de borgsteller de andere schuldeiser en verrekent zijn regresvordering met voorrang op de schuldenaar met zijn

55 J.J. van Hees, 'Gedachten over Herverpanding', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 230.

56 Anders: K.J. Krzeminski, 'Rangwisseling bij herverpanding: gevolgen voor derden?', *WPNR* 2012-6929, p. 343-349.

57 Art. 3:242 BW.

58 Uitgebreid o.a.: M. Pannevis, *Polak. Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 146; A. Vink & M.K.Z. Groot, 'De wederzijdse zekerhedenregeling en de regresvordering van de betalende borg', *Bedrijfsjuridische berichten* 2004, 64; A-G Timmermans in par. 1.7 van zijn conclusie bij HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618, m.nt. PvS (*Bannenberg q.q./NMB-Heller*).

verplichting tot afdracht van het surplus aan de schuldenaar. De andere schuldeiser verkrijgt hierdoor feitelijke voorrang.

De Hoge Raad vindt deze constructie naar inhoud noch naar strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht.⁵⁹ Via het overwaardearrangement krijgt hypotheekhouder C (gedeeltelijk) zijn vordering vóór beslaglegger B voldaan. Hij lift mee op het bevoorrechte hypotheekrecht van A. Is de hypothecaire inschrijving van A lager dan diens vordering, dan komt het surplus op grond van het overwaardearrangement toe aan hypotheekhouder C en wordt beslaglegger B gepasseerd. B ondervindt echter geen nadeel hiervan: hij weet immers de maximale hoogte van de inschrijving van A. Hoewel de regresvordering van A op de schuldenaar pas voorwaardelijk bestaat zodra de overeenkomst wordt gesloten,⁶⁰ dus na beslaglegging, wordt deze vordering toch gedekt door het zekerheidsrecht van A. Dit is immers bij vorderingen gedekt door een bankhypotheek niet anders. Een potentiële hypotheekhouder die een beslag voor zich treft, doet er daarom goed aan deze mogelijkheid te onderzoeken.

12.5.4 Rangwisseling heeft volledige plaatswisseling tot gevolg

De derde mogelijkheid houdt in dat de rangwisseling een volledige plaatswisseling van beide betrokken hypotheekrechten tot gevolg heeft. De eerste hypotheekhouder verkrijgt dan de positie van de tweede hypotheekhouder en neemt dus rang na het anterieure beslag. De tweede hypotheekhouder neemt de positie van de eerste hypotheekhouder in en gaat voor op het beslag.

Ook in deze variant wordt goederenrechtelijke werking aan de rangwisseling toegekend, maar die werking is genuanceerder dan in de tweede mogelijkheid. De rangwisseling heeft weliswaar tot gevolg dat de beslaglegger het tweede hypotheekrecht voor zich moet dulden, maar dat geldt niet voor het eerste hypotheekrecht. De rangorde is dan als volgt: hypotheekhouder C (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving), beslaglegger B, hypotheekhouder A (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving) en beslaglegger D.

Leidt deze mogelijkheid tot een gewenste uitkomst? Naar mijn mening niet. Dit wordt duidelijk als aangenomen wordt dat de inschrijving en vordering van hypotheekhouder C hoger zijn dan de inschrijving van hypotheekhouder

⁵⁹ HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618, m.nt. PvS (*Bannenbergh q.q./NMB-Heller*).

⁶⁰ HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618, m.nt. PvS (*Bannenbergh q.q./NMB-Heller*), r.o. 4.2.

A. Door de goederenrechtelijke werking van de rangwisseling moet beslaglegger B hypotheekhouder C, die een hogere inschrijving heeft en dus een grotere vordering bij voorrang kan verhalen dan hypotheekhouder A, voor laten gaan. Dit is ten nadele van beslaglegger B. De restantopbrengst wordt vervolgens tussen B, A en D verdeeld. Dit leidt tot het merkwaardige resultaat dat D ten nadele van B profiteert van de rangwisseling tussen A en C, omdat hij bij de verdeling van de restantopbrengst nu te maken heeft met A, die een lagere hypothecaire inschrijving heeft. Ter verduidelijking wordt dit in cijfers weergegeven.

Situatie voor rangwisseling:

Figuur 5

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Hypotheek A	200	200	200	200
Beslag B	100	67	33	67
Hypotheek C	300	200	300	300
Beslag D	200	133	67	33
Opbrengst	600	600	600	600

Situatie na rangwisseling:

Figuur 6

Situatie	Vordering	Berekening 1	Berekening 2	Resultaat
Hypotheek C	300	300	300	300
Beslag B	100	60	33	60
Hypotheek A	200	120	200	200
Beslag D	200	120	67	40
Resultaat	600	600	600	600

Het hiervoor gestelde werkt ook omgekeerd: indien de hypothecaire inschrijving van hypotheekhouder C lager is dan die van hypotheekhouder A, profiteert beslaglegger B ten nadele van beslaglegger D van de rangwisseling. Beide uitkomsten zijn naar mijn mening niet wenselijk: de positie van beslaglegger B dient beter noch slechter te worden door de rangwisseling van de hypotheekrechten.

12.5.5 Rangwisseling heeft beperkte plaatswisseling tot gevolg

De vierde mogelijkheid is dat rangwisseling tot gevolg heeft dat het tweede hypotheekrecht boven het anterieure beslag wordt gerangschikt, maar voor wat betreft de verdeling van de executieopbrengst maximaal tot het bedrag waarvoor de eerste hypotheekhouder een hypotheekrecht heeft. De anterieure beslaglegger ondervindt dan voordeel noch nadeel van de rangwisseling.

In de literatuur is rondom de eerdergenoemde herverpandingsproblematiek deze mogelijkheid voorgesteld.⁶¹ De vraag is of deze mogelijkheid, in tegenstelling tot de tweede mogelijkheid, zich wél leent voor analoge toepassing op rangwisseling van hypotheekrechten waar een beslag tussen zit. Aan de rangwisseling wordt goederenrechtelijke werking toegekend, hetgeen tot gevolg heeft dat de anterieure beslaglegger het tweede hypotheekrecht voor zich moet dulden. Tot zover is deze mogelijkheid gelijk aan de hiervoor genoemde derde mogelijkheid. Om tegemoet te komen aan het bezwaar tegen die mogelijkheid moet vervolgens worden gesteld dat de tweede hypotheekhouder, voor wat betreft de verdeling van de executieopbrengst, in de plaats treedt van de eerste hypotheekhouder tot maximaal het bedrag van de oorspronkelijk eerste hypothecaire inschrijving. Op deze wijze verslechtert de positie van de beslaglegger niet indien de hypothecaire inschrijving van de tweede hypotheekhouder hoger is dan de inschrijving van de eerste hypotheekhouder. De rangorde is dan als volgt: hypotheekhouder C (maximaal tot de hypothecaire inschrijving van hypotheekhouder A), beslaglegger B, hypotheekhouder A (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving) en beslaglegger D.

Indien de hypothecaire inschrijving en vordering van hypotheekhouder C daadwerkelijk hoger zijn dan de inschrijving van hypotheekhouder A, krijgt C niet zijn volledige vordering voldaan. Er moet dan worden bepaald welke plaats de restantvordering van C in de rangorde inneemt. Bij herverpanding is door Faber en Vermunt bepleit dat het restant van de vordering van het herpandrecht direct rang neemt na het tweede pandrecht en voor het eerste pandrecht.⁶² Toegepast op de casus die in dit onderzoek centraal staat, is

61 K.J. Krzeminski, 'Rangwisseling bij herverpanding: gevolgen voor derden?', *WPNR* 2012-6929, p. 343-349; N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand en hypotheek' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire Zekerheid Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 178.

62 N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand en hypotheek' in: N.E.D. Faber e.a.

de rangorde dan als volgt: hypotheekhouder C (maximaal tot de hypothecaire inschrijving van hypotheekhouder A), beslaglegger B, het restant van de hypothecaire vordering van hypotheekhouder C, hypotheekhouder A (maximaal tot zijn hypothecaire inschrijving) en beslaglegger D.

In dit scenario verslechtert de positie van beslaglegger B niet door de rangwisseling. Voorts wordt recht gedaan aan de ratio van de rangwisseling van hypotheekhouders A en C: de volledige hypothecaire inschrijving van C gaat voor op de hypothecaire inschrijving van A. Bovendien wordt de positie van beslaglegger D niet beïnvloed: zowel voor als na de rangwisseling moet hij de hypothecaire inschrijvingen van hypotheekhouders A en C voor zich dulden.

12.5.6 *Tussenconclusie*

Hiervoor bleek dat er meerdere mogelijkheden zijn voor de rangordebepaling en verdelingsproblematiek na rangwisseling. Niet alle mogelijkheden zijn echter even effectief om de boobytrap van de verdeling onschadelijk te maken. Indien rangwisseling als zuiver obligatoir wordt beschouwd, gaat de boobytrap bij hypotheekhouder C af: hij kan immers niet goederenrechtelijk bewerkstelligen dat hij voor hypotheekhouder A en beslaglegger B gaat. Bij de tweede mogelijkheid gaat de boobytrap bij beslaglegger B af: door volledige goederenrechtelijke werking aan rangwisseling toe te kennen, moet B beide hypotheekhouders voor laten gaan en heeft hij bij het uitoefenen van zijn verhaalsrecht wellicht het nakijken. Bij de mogelijkheid dat rangwisseling volledige plaatswisseling tot gevolg heeft, gaat de boobytrap af bij beslaglegger B indien hypotheekhouder C (na rangwisseling) een grotere aanspraak op de opbrengst kan maken dan hypotheekhouder A: B wordt immers benadeeld door de grotere aanspraak van C. Indien rangwisseling beperkte plaatswisseling tot gevolg heeft, is er geen boobytrap voor beslaglegger B: hij wordt immers bevoordeeld noch benadeeld door de rangwisseling. Voor hypotheekhouder C ligt dit anders: door de beperkte plaatswisseling krijgt hij niet zijn volledige inschrijving vóór beslaglegger B voldaan, indien zijn aanspraak groter is dan die van hypotheekhouder A.

Naar mijn mening doet de vierde mogelijkheid, waarbij de rangwisseling goederenrechtelijke werking heeft, doch maximaal tot het bedrag van de oorspronkelijk eerste hypothecaire inschrijving, het meest recht aan de ratio van de rangwisseling, de blokkerende werking van het anterieure beslag, de voorrang van het hypotheekrecht en de *paritas creditorum*.

(red.), *Bancaire Zekerheid Liber Amicorum* mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer: Kluwer 2010, p. 178.

12.6 Rechtsvergelijking en aanbevelingen

12.6.1 Inleiding

In de vorige paragraaf sprak ik voorkeur uit voor de gedachte dat rangwisseling beperkte plaatswisseling tot gevolg heeft. Deze mogelijkheid biedt de meest rechtvaardige balans tussen de verschillende botsende rechtsbeginselen. Omdat het Duitse recht een uitgebreidere regeling inzake rangwisseling kent dan het Nederlandse recht,⁶³ heb ik kort onderzocht of aan het Duitse systeem een oplossing kan worden ontleend.

12.6.2 Duits recht

De Duitse rangwisseling komt in grote lijnen overeen met de Nederlandse regeling. Ook in het Duitse recht geldt als basis het prioriteitsbeginsel.⁶⁴ Partijen kunnen echter overeenkomen dat een later ingeschreven hypotheekrecht een hogere rang zal verkrijgen dan een eerder ingeschreven hypotheekrecht.⁶⁵ Door de inschrijving van de rangwisseling in de openbare registers verkrijgt zij goederenrechtelijke werking.⁶⁶ Deze goederenrechtelijke werking wordt beperkt indien een derde rang neemt tussen de twee wisselende rechten; de rangwisseling laat dit ‘tussenrecht’ onaangetast, tenzij die gerechtigde medewerking aan de rangwisseling verleent.⁶⁷ In dat geval werkt de rangwisseling ook jegens hem. Dit komt overeen met het bepaalde in artikel 3:262 BW, maar de Duitse wet en literatuur zijn hierover explicieter.⁶⁸ De tussengerechtigde die niet meewerkt, behoort volgens de algemene opvatting in de Duitse literatuur voordeel noch nadeel te ondervinden van de rangwisseling. Geen voordeel betekent dat indien het terugtrekkende recht groter is dan het voortredende, dit terugtrekkende recht slechts voor de hoogte van het voortredende recht achter het tussenrecht

63 §879-881 BGB.

64 §879 BGB.

65 §880 BGB.

66 J.F. Baur en R. Stürner, *Sachenrecht. 18. Auflage*, München: Verlag C.H. Beck 2009, p. 220.

67 O. Mühl (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 6. Sachenrecht. §§854-1296*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 1990, p. 151.

68 §880 BGB; O. Mühl (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 6. Sachenrecht. §§854-1296*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 1990, p. 151; E. Bund e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht. §§854-882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2007, p. 610.

rang neemt. Voor het verschil neemt hij rang voor het tussenrecht, maar na het voortredende recht. Geen nadeel betekent dat indien het voortredende recht groter is dan het terugtrekkende, dit voortredende recht slechts voor hoogte van het terugtrekkende recht voor het tussenrecht rang neemt. Voor het verschil neemt hij rang na het tussenrecht, maar voor het terugtrekkende recht.⁶⁹

Hoewel niet zonder meer mag worden aangenomen dat beslag kwalificeert als een tussenrecht, komt de Duitse regeling met betrekking tot rangwisseling en tussenrechten overeen met de hiervoor in paragraaf 12.5.5 voorgestelde mogelijkheid. In dit scenario is de positie van de beslaglegger immers gelijk aan die van een tussengerechtigde: hij ondervindt voordeel noch nadeel van de rangwisseling.

12.6.3 Aanbevelingen

Uit de vorige paragraaf bleek dat de Duitse regeling betreffende rangwisseling veel gelijkenis vertoont met de mogelijkheid dat de rangwisseling goederenrechtelijke werking heeft, doch maximaal tot het bedrag van de oorspronkelijk eerste hypothecaire inschrijving, welke mogelijkheid mijn voorkeur heeft. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de positie van de beslaglegger tussen rangwisselende hypotheekhouder wettelijk kan worden vastgelegd door expliciet te bepalen dat een beperkt recht, daaronder begrepen een beslag, dat is gevestigd/gelegd tussen de rangwisselende hypotheekrechten niet wordt aangetast door die rangwisseling, tenzij er sprake is van medewerking.

Zo'n wettelijke regeling schept weliswaar duidelijkheid inzake de gevolgen van rangwisseling en de positie van de anterieure beslaglegger, maar biedt geen oplossing voor de problematische verdeling die zich voordoet indien een posterieur beslag gelegd wordt. Voor de vaststelling van de aanspraak van alle betrokkenen op de verdeling van de executieopbrengst dient nog altijd een ingewikkelde rekenmethode te worden gehanteerd. Een dergelijke methode is niet opgenomen in een wettelijke regeling en in de literatuur heerst verdeeldheid over welke methode de juiste is.

⁶⁹ J.F. Baur en R. Stürner, *Sachenrecht. 18. Auflage*, München: Verlag C.H. Beck 2009, p. 221-222; O. Mühl (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 6. Sachenrecht. §§854-1296*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 1990, p. 152; E. Bund e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht. §§854-882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2007, p. 614.

Naar mijn mening kan eenvoudig duidelijkheid worden gecreëerd door afschaffing van de blokkerende werking van beslag. Het gevolg hiervan is dat de anterieure beslaglegger niet meer beschermd wordt tegen de vestiging van een hypotheekrecht. Een posterieure hypotheekhouder gaat dus voor op de anterieure beslaglegger. Dit geeft onzekerheid voor de beslaglegger: hij weet niet of zijn vordering zal worden voldaan nu de hypotheekhouder voorgaat. Die onzekerheid is echter geen reden vast te houden aan de blokkerende werking. De beslaglegger weet immers evenmin of na hem beslag wordt gelegd door een preferente schuldeiser, zodat zijn vordering niet kan worden voldaan.

De afschaffing van de blokkerende werking doet dus recht aan de *paritas creditorum*: de schuldeisers bevinden zich in beginsel in een gelijke positie, ongeacht of zij voor of na een hypotheekrecht beslag hebben gelegd. Bij de verdeling van de opbrengst wordt vervolgens rekening gehouden met ieders preferentie. Het wettelijk systeem van voorrang en voorrechten wordt derhalve gehandhaafd. Dit is in het voordeel van hypotheekhouders, die sneller bereid zullen zijn een hypothecaire geldlening te verstrekken na een beslaglegging. Deze extra kredietverstrekking heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de overlevingskansen van een onderneming toenemen.

Een bijkomend voordeel van de afschaffing van de blokkerende werking is dat de problematiek van de rangwisseling opgelost wordt. De rangwisseling heeft namelijk alleen gevolgen voor de onderlinge rangorde van de hypotheekrechten. De anterieure beslaglegger wordt niet meer beschermd door de blokkerende werking en moet zowel het anterieure als het posterieure hypotheekrecht laten voorgaan. Een wettelijke regeling voor een beslag tussen twee rangwisselende hypotheekrechten is dan niet nodig.

Het nadeel van de afschaffing van de blokkerende werking is dat de ratio van beslaglegging, namelijk het voor uitwinning veiligstellen van vermogensbestanddelen, verloren gaat. Een eigenaar kan immers in weerwil van het beslag tot vervreemding van het beslagen goed overgaan. Dit bezwaar kan worden weggenomen door aan beslag zaaksgevolg⁷⁰ toe te kennen: het beslag volgt het goed waarop het rust. De beslaglegger kan zich op het goed verhalen, ongeacht in wiens vermogen het zich bevindt. Door zaaksgevolg kan eenzelfde effect voor verhaal worden bereikt als bij blokkerende werking, maar zonder daadwerkelijke blokkering. De Hoge Raad heeft mijns

70 Uitgebreid: H.W. Heyman en S.E. Bartels, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR* 1998-6306, p. 192-196 en *WPNR* 1998-6307, p. 207-210.

inziens de deur hiervoor opengezet door de zaaksgevolgler reeds aan te nemen.⁷¹

12.7 Conclusie

Het antwoord op de vraag hoe de executieopbrengst van een registergoed verdeeld moet worden indien er sprake is van cumulatie van beslagen en hypotheekrechten en rangwisseling heeft plaatsgevonden, blijkt niet eenvoudig. Gebleken is dat vooral de situatie hypotheek-beslag-hypotheek-beslag voor ingewikkelde verdelingsvraagstukken zorgt, waarover in de literatuur verschillend wordt gedacht. De methode van Heyman en Bartels lijkt het meest recht te doen aan alle aspecten van een juiste oplossing. Voorts zijn diverse mogelijkheden inzake de rechtsgevolgen van rangwisseling aan de orde gesteld, waarbij de gedachte dat rangwisseling goederenrechtelijke werking heeft, maar de positie van de anterieure beslaglegger niet mag beïnvloeden, de voorkeur heeft. Hoewel rangwisseling explicieter wettelijk geregeld zou kunnen worden, wordt de boobytrap het meest effectief onschadelijk gemaakt door de afschaffing van de blokkerende werking van beslag en het wettelijk toekennen van zaaksgevolg aan beslag.

71 HR 20 februari 2009, *NJ* 2009, 376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*).

XIII Verhoging van de griffierechten tot iedere prijs?

D. Hoff

Op de vraag wie de kosten van rechtspraak dienen te dragen zijn twee uiterste antwoorden mogelijk: de belastingbetalers of de directe gebruikers. Momenteel vindt verdeling van de kosten plaats over beide groepen. Voor het overgrote deel wordt rechtspraak gefinancierd vanuit de algemene middelen. Daarnaast wordt van rechtzoekenden een eigen bijdrage gevraagd in de vorm van griffierechten. Budgetoverschrijdingen en lange doorlooptijden hebben er echter toe geleid dat deze verdeling onder druk is komen te staan. Recente plannen beogen een verschuiving waarbij de directe gebruikers van rechtspraak het merendeel van de kosten moeten dragen. Degene die profiteert, betaalt, zo is de gedachte. Een dergelijke gedachte miskent evenwel dat ook de samenleving als geheel profiteert van rechtspraak. Het bestaan van rechtspraak helpt conflicten te voorkomen en bevordert schikkingen, daar waar toch geschillen rijzen. De baten die uit deze zogenaamde ‘schaduwwerking van het recht’ voortvloeien zijn aanzienlijk. Door eenzijdige nadruk op de private baten en afwenteling van de kosten op de directe gebruiker ontstaat het risico dat vanuit economisch perspectief te weinig zal worden geprocedeerd. Idealiter zouden de kosten van rechtspraak moeten worden verdeeld op basis van de verhouding tussen publieke en private baten. Deze baten zijn echter nauwelijks kwantificeerbaar en dus is dit geen reële optie. Desondanks bestaat er ruimte om met behulp van griffierechten het procedeedrag beter te beïnvloeden. Daarbij kan gedacht worden aan de invoering van een gematigd pay as you go systeem of aan verhoogde griffierechten voor repeat players. Door meer differentiatie in het griffierecht kunnen prikkels worden geboden om de omvang van het beroep op de rechter en daarmee de kosten van rechtspraak te beperken.

13.1 Inleiding

De financiering van de rechtspraak is de laatste jaren steeds meer op de voorgrond getreden. Op 1 september 2010 is de Wet griffierechten burgerlijke zaken in werking getreden. Met de komst van deze regeling is de betaling van het griffierecht van groot belang geworden. Bij niet-tijdige betaling lopen partijen het risico de toegang tot de rechter te verliezen. Ondertussen zijn er plannen gerezen om de griffierechten fors te verhogen. De vrees bestaat dat een verhoging van de griffierechten leidt tot een drastische

beperving van de toegang tot de rechter met alle schadelijke gevolgen van dien. In dit hoofdstuk wordt de heffing van griffierechten vanuit rechtseconomisch perspectief gezien. De vraag die daarbij centraal staat is of er in de verhoging van het griffierecht een maatschappelijke en economische valkuil schuilt. Ter beantwoording van deze vraag bespreek ik in paragraaf 13.2 op welke wijze de rechtspraak kan worden gefinancierd, waarna in paragraaf 13.3 onderzocht wordt waarom de huidige wijze van financiering ter discussie staat. In paragraaf 13.4 bespreek ik wat de relatie is tussen de heffing van griffierechten en de toegang tot de rechter. Vervolgens wordt in beeld gebracht welke belangen gemoeid zijn met de toegang de rechter (§13.5). Na een kort overzicht van de berekende gevolgen van griffierechtenverhoging (§13.6) sluit ik in paragraaf 13.7 af met twee alternatieve kostenverdelingen.

13.2 Financiering van de rechtspraak

In beginsel bestaan er twee uiterste grondslagen voor het financieren van de rechtspraak: reallocatie van middelen door de rechtspraak te bekostigen uit de algemene middelen of volledige afwenteling van de kosten op de directe gebruikers van de rechtspraak.¹ Het Nederlandse financieringsstelsel is gebaseerd op beide grondslagen met een nadruk op de eerste grondslag.² Het overgrote deel van de rechtspraak wordt bekostigd uit de algemene middelen. Het resterende deel (in 2008 18,3%) komt voor rekening van de directe gebruikers op grond van het griffierechtenstelsel.³

De keuze van de grondslag is afhankelijk van het nagestreefde doel, bijvoorbeeld vrije toegang tot de rechter, private bijdragen voor private belangen of ontmoediging van bagatelzaken.⁴ Recente plannen beogen een wijziging in de onderlinge verhouding tussen beiden grondslagen. In het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van griffierechten’(hierna: Wet verhoging griffierechten) worden de griffierechten substantieel verhoogd.⁵ De gedachte hierachter is dat de gebruikers van de rechtspraak meer moeten betalen voor het profijt dat zij daarvan ondervinden.⁶ Het wetsvoorstel is niet onweersproken gebleven. Tegenstanders

1 *Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 3.*

2 *Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 3.*

3 European Commission for the Efficiency of Justice, European judicial systems – edition 2010 (data 2008) : efficiency and quality of justice, CEPEJ 2010, p. 63.

4 P. L. Spector, ‘Financing the courts through fees: Incentives and equity in civil litigation’ *Judicature* 1975- 7, p. 330.

5 *Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 1.*

6 *Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 3*

vrezen dat de toegang tot de rechter te sterk zal worden beperkt en zien in de verhoging van de griffierechten een potentiële valkuil.⁷

13.3 Een andere wijze van financiering?

Om meer inzicht te krijgen in de discussie rond de verhoging van het griffierecht ga ik op deze plaats in op de doelstelling van de verhoging. Geschilbeslechting door middel van overheidsrechtspraak brengt kosten met zich mee. In 2002 bedroeg de begroting van de totale rechtspraak 650 miljoen euro en in 2010 was dit bedrag al gestegen tot 960 miljoen euro.⁸ Van het totale budget wordt bijna de helft besteed aan civiele rechtspraak.⁹ In de periode van 2002 to 2010 zijn de kosten van de civiele rechtspraak dus met 47,7% toegenomen en al geruime tijd kampt de civiele rechtspleging met terugkerende budgetoverschrijdingen.¹⁰ Onder de huidige economische constellatie waarin de overheidsfinanciën zwaar onder druk staan is deze stijging extra bezwarend. Er staat echter meer dan alleen geld op het spel. De stijging van het jaarlijks aantal afgedane zaken blijft achter bij de stijging van de kosten.¹¹ Hierdoor rijzen problemen van overbelasting en lange doorlooptijden. Dit is ondermeer schadelijk omdat er een relatie bestaat tussen de snelheid waarmee zaken worden afgedaan en de kwaliteit van de rechtspraak.¹² Een einduitspraak jaren nadat het geding is aangebracht is niet adequaat.¹³

-
- 7 Raad voor de Rechtspraak, *Advies wetsvoorstel kostendekkende griffierechten*, RvdR 2011, p. 23.
- 8 E. Bauw, 'Wat is rechtspraak waard', in: W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 19.
- 9 J.M. Barendrecht, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011- 293, p. 354.
- 10 J.M. Barendrecht, 'Griffierechten...de verdieping', in: W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 10.
- 11 W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 19.
- 12 M. Heise, 'Justice delayed?: an empirical analysis of civil case disposition time', *Case W. Res. L. Rev.* 1999, p. 814.
- 13 R.E. Lee, 'The American courts as public goods: who should pay the costs of litigation?', *Cath. U.L. Rev.* 1984-267, p. 269.

De problemen die rond de civiele rechtspraak spelen worden algemeen erkend.¹⁴ Er worden zelfs regelmatig pogingen ondernomen om deze problemen met behulp van procesinnovatie te verhelpen. Deze pogingen zijn evenwel niet erg succesvol. Zo stelt Barendrecht dat de verbeteringsprojecten die wereldwijd lopen zelden een duidelijke impact hebben op de kwaliteit, de doorlooptijden of de kosten van civiele rechtspraak.¹⁵ Ook in Nederland is het vermogen van de rechtspraak om met vernieuwingen te komen beperkt.¹⁶

In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel Verhoging Griffierechten wordt eveneens gewezen op het punt dat een stijgend volume van het aantal gerechtelijke procedures in combinatie met hogere eisen aan kwaliteit en tempo, een grote druk leggen op het stelsel.¹⁷ Het voorstel ziet de oplossing van deze problemen grotendeels gelegen in een verhoging van de griffierechten. De verantwoordelijkheid van de overheid voor het bewaken van de kwaliteit en de toegankelijkheid van het rechtsbestel brengt volgens de voorstel met zich mee dat gekozen moet worden voor een systeem waarin door hogere griffierechten, gebruikers een grotere bijdrage betalen aan de kosten van de civielrechtelijke procedures.¹⁸ De verwachting is dat een dergelijke verhoging de druk op het systeem zal wegnemen.

De in het wetsvoorstel aangedragen verhoging is echter op massale weerstand gestuit. Verschillende organisaties hebben forse kritiek geuit op de uitgangspunten en motivering van het wetsvoorstel.¹⁹ Zij wijzen op de functie van de rechtspraak in de democratische rechtsstaat alsmede het brede belang dat de rechtspraak heeft voor de maatschappij. Deze functie maakt het volgens de reagerende organisaties noodzakelijk dat de rechtspraak voor een aanzienlijk deel uit de algemene middelen dient te worden

14 J.M. Barendrecht, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011-293, p. 350.

15 J.M. Barendrecht, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011-293, p. 350.

16 A.F.M. Brenninkmeijer, 'Ressentiment tegen rechtspraak', in: W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 7.

17 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 2.

18 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 3.

19 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 12.

gefinancierd.²⁰ De vrees bestaat dat door de voorgestelde verhoging, de toegang tot het recht in verregaande mate wordt beperkt.²¹

13.4 De invloed van griffierechten op de toegang tot de rechter

Een belangrijke vraag is in hoeverre de heffing van griffierecht invloed heeft op de toegang tot de rechter en welke consequenties dit heeft voor de hoogte ervan. In veel gevallen vormen de griffierechten namelijk slechts een deel van de totale kosten van de toegang tot de rechter.²² Dit laat evenwel onverlet dat als gevolg van een verhoging of verlaging van de griffierechten de marginale kosten van het procederen respectievelijk toenemen of dalen.²³ Met uitzondering van familiezaken wordt daarom voor alle zaken verwacht dat een wijziging van het griffierecht leidt tot een verandering in het aantal processen.²⁴ Op grond van deze aanname lijkt de vrije toegang tot de rechter het meest gebaat bij zo laag mogelijke griffierechten. Als het rechtsbestel de toestroom van zaken echter niet aankan veroorzaken lage griffierechten een verstopping van de rechtspraak en wordt de toegang tot de rechter juist beperkt.²⁵ Vanuit rechtseconomisch oogpunt bestaan daarom wellicht argumenten voor een verhoging van de griffierechten. Als overbelasting en lange doorlooptijden worden veroorzaakt doordat te veel rechtzoekenden een beroep doen op de rechter, ligt het immers niet voor de hand om civiele rechtspraak te subsidiëren. Dit houdt de prijs van rechtspraak kunstmatig laag waardoor een beroep op de rechter gestimuleerd wordt. De economische oplossing ligt dan voor de hand: schaf de subsidie op civiele rechtspraak af of verlaag deze.²⁶ Dat deze oplossing echter niet

20 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 071, nr. 3, p. 12.

21 J.M. Barendrecht, 'Griffierechten...de verdieping', in: W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 9.

22 J.M. Barendrecht, 'Griffierechten...de verdieping', in: W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 11.

23 M.M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2006, p. 27.

24 Van den Braak e.a., *Beoordeling Impactanalyse Kostendekkende Griffierechten*, WODC 2011, p. 47.

25 R.E. Lee, 'The American courts as public goods: who should pay the costs of litigation?', *Cath. U.L. Rev.* 1984-267, p. 270.

26 R.E. Lee, 'The American courts as public goods: who should pay the costs of litigation?', *Cath. U.L. Rev.* 1984-267, p. 270.

geheel zonder problemen is, wordt duidelijk wanneer men de bijzondere kenmerken van de civiele rechtspraak nader beziet.

13.5 Het karakter van de civiele rechtspraak

13.5.1 Inleiding

Hierboven is de mogelijkheid besproken om de subsidie op civiele rechtspraak af te schaffen. De prijsstijging die hiervan het gevolg is zorgt voor een beperking van de toegang tot de rechter. De vraag is echter of een dergelijke beperking economisch wenselijk is. Bij de beantwoording van deze vraag maak ik gebruik van de door econoom Paul A. Samuelson geïntroduceerde theorie van publieke goederen.²⁷

Volgens Samuelson hebben publieke goederen twee kenmerken: non-rivaliserend en non-exclusiviteit.²⁸ De economische betekenis hiervan is dat de marginale kosten van het goed niet stijgen naarmate het aantal gebruikers toeneemt. Naast onmogelijk is het in dat geval ook economisch onwenselijk om iemand uit te sluiten van het gebruik van het goed. Uitsluiting leidt dan namelijk tot minder profijt van het goed zonder dat daar een vermindering van kosten tegenover staat. Klassieke voorbeelden van publieke goederen zijn vuurtorens, dijken en defensie. Voor de meeste goederen en diensten geldt echter wel degelijk dat zij vatbaar zijn voor overbelasting, dat er concurrentie heerst tussen de gebruikers en dat de marginale kosten voor het bedienen van meer gebruikers positief zijn.²⁹ Een veel voorkomende fout is dat goederen en diensten worden bestempeld als ‘publiek goed’ vanwege het feit dat zij door de overheid worden aangeboden terwijl het in economische zin ‘private goederen’ zijn.³⁰ Ook rechtspraak wordt met regelmaat een publiek goed genoemd.³¹ Bij een nadere toetsing aan de definitie van Samuelson is deze kwalificatie echter onjuist.

Wanneer meer personen een beroep doen op de rechter vereist dit meer faciliteiten (meer rechters, ondersteuning, gebouwen, enz.) en zijn dus de marginale kosten positief. Zolang de marginale opbrengsten hoger zijn dan

27 P.A. Samuelson, ‘The Pure Theory of Public Expenditure’, *The Review of Economics and Statistics* 1954, p. 387-389.

28 P.A. Samuelson, ‘The Pure Theory of Public Expenditure’, *The Review of Economics and Statistics* 1954, p. 387.

29 K.D. Goldin, ‘Equal access vs. Selective access: a critique of public goods theory’, *Public Choice* 1977, p. 57.

30 *Equitable Fees in Civil Courts*, Wellington: Department for Courts 2000, p. 89.

31 Zie bijvoorbeeld het advies van Raad van State inzake de Wet verhoging griffierechten p. 5.

de marginale kosten loont het om te investeren in de capaciteit van de rechtspraak. Wanneer de benodigde investeringen echter niet opwegen tegen de baten en er dus niet verder wordt geïnvesteerd in de capaciteit van de rechtspraak, brengt dit kosten met zich mee voor de overige gebruikers in de vorm van langere doorlooptijden en/of minder aandacht voor de zaak.³² In die situatie is het dus efficiënt om de toegang tot het recht te beperken op het niveau waar de marginale kosten gelijk zijn aan de marginale opbrengsten. Het vaststellen van deze opbrengsten is echter niet eenvoudig vanwege het feit dat civiele rechtspraak zowel private als publieke baten genereert.

13.5.2 *Private baten*

Er bestaan in beginsel meerdere manieren om met een geschil om te gaan: partijen kunnen al dan niet met behulp van mediation tot een schikking komen, het geschil voorleggen aan een geschillen- of arbitragecommissie of zich erbij neerleggen. De keuze van partijen om hun geschil voor te leggen aan de rechter vloeit niet voort uit altruïstische motieven, zij verwachten met een gerechtelijke procedure een bepaald voordeel te behalen.³³ De partijen zullen echter in lang niet alle gevallen de verwachte voordelen behalen. De winst van de ene partij gaat gewoonlijk ten koste van de andere partij en het is zelfs niet uitgesloten dat beide partijen slechter af zijn met een rechterlijke uitspraak. Gerechtelijke geschilbeslechting creëert op dit punt dus geen welvaart doch verdeelt dit alleen.³⁴

De waarde van het door partijen verwachte voordeel is om verschillende redenen niet eenvoudig te kwantificeren. Een eerste complicatie is dat het door partijen nagestreefde voordeel niet in alle gevallen van materiële aard en dus eenvoudig op geld waardeerbaar is. Dit probleem speelt met name in personen- en familierecht zaken. Maar ook buiten dit rechtsgebied wordt geprocedeerd om immateriële belangen die bijvoorbeeld verband houden met principiële of privacy redenen. Een tweede complicatie is dat de waarde van de zaak voor partijen niet per definitie gelijk is aan de waarde van de vordering.³⁵ Een zaak met een klein financieel belang wordt dikwijls gezien

32 K.D. Goldin, 'Equal access vs. Selective access: a critique of public goods theory', *Public Choice* 1977, p. 65.

33 A.A.S. Zuckerman & R. Cranston, *Reform of Civil Procedure*, Oxford : Clarendon Press 1995, p. 63.

34 *Equitable Fees in Civil Courts*, Wellington: Department for Courts 2000, p. 24.

35 *Equitable Fees in Civil Courts*, Wellington: Department for Courts 2000, p. 25.

als een investering die zich op een later moment zal uitbetalen.³⁶ Een incassozaak waarin de te verwachten kosten de directe baten ruimschoots zullen overschrijden kan bijvoorbeeld toch lonend zijn vanwege het afschrikwekkend effect ten opzichte van potentiële wanbetalers.

Hoewel dus onduidelijk is wat het precieze zaaksbelang is voor partijen, kan wel iets worden gezegd over de uitkomst van de door partijen gemaakte belangenafweging. Volgens het rapport *Geschilbeslechtingsdelta* wordt slechts 4,9% van de geschillen uiteindelijk voorgelegd aan de rechter en ook door de rechter beslist.³⁷ Van de resterende 95% zaken wordt in 60% een oplossing gevonden. Een aanzienlijk deel (40%) van de zaken komt echter niet tot een oplossing doordat partijen het erbij laten zitten.

13.5.3 Publieke baten

Het bestaan van rechtspraak levert als zodanig ook baten op voor de samenleving als geheel. De civiele rechter past niet alleen het recht toe bij de beslechting van geschillen maar levert ook een bijdrage aan de ontwikkeling en verduidelijking van het recht. Daardoor beperkt het profijt van rechtspraak zich niet tot de directe gebruikers. Zo is bijvoorbeeld het oordeel van de rechter dat een bepaald beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is niet alleen van belang voor procespartijen, maar ook voor anderen. Er kan zelfs worden gesteld dat degenen die geen beroep doen op de rechter meer profiteren van het bestaan van rechtspraak dan de directe gebruikers omdat zij geen tijd en geld hebben hoeven te investeren in een procedure.³⁸

Met het bovenstaande hangt samen wat ook wel de ‘schaduwwerking van het recht’ wordt genoemd.³⁹ De dreiging van een gerechtelijke procedure helpt het ontstaan van conflicten te voorkomen. Waar toch conflicten ontstaan bevordert deze dreiging bovendien het tot stand komen van een schikking. Het belang van deze schaduwwerking moet niet worden onderschat. Volgens de Raad voor de Rechtspraak heeft een goed functionerende rechtspraak (toegankelijk, snel en duidelijk) een positief effect op de

36 M. Galanter, ‘Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change’, *Law & Society Review* 1974, p. 100.

37 B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: BJu/WODC 2010, p. 199.

38 P. L. Spector, ‘Financing the courts through fees: Incentives and equity in civil litigation’ *Judicature* 1975-7, p. 331.

39 B.C.J. van Velthoven e.a., *Recht en efficiëntie : een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 228.

economie en zal het terugdringen van de rol van rechtspraak in de samenleving op termijn risico's oproepen die de economie kunnen schaden.⁴⁰ Uit een in opdracht van de Raad uitgevoerd onderzoek volgt dat rechtspraak als onderdeel van de juridische infrastructuur van belang is voor het maatschappelijk en economisch verkeer.⁴¹ Uitgangspunt is dat een goed functionerende juridische infrastructuur bijdraagt aan de veiligheid van personen en bezittingen. Het geeft partijen zekerheid dat overeenkomsten zullen worden nagekomen en helpt bovendien om onrechtmatige gedragingen te voorkomen.⁴²

De belangrijke rol van de rechtspraak voor de economie is met name zichtbaar bij incassovorderingen. Een groot deel van de interne handel steunt op kredietverlening waarbij de leverancier aan de afnemer uitstel van betaling verleent. Indien de gerechtelijke procedure ter incasso van een geldvordering te duur of te traag is, zullen de prikkels voor een schuldenaar om (tijdig) aan zijn betalingsverplichting te voldoen beperkt zijn. Het gebrek aan een efficiënte procedure leidt dan tot meer oninbare vordering waardoor bedrijven in financiële problemen raken. Een kwart van de faillissementen binnen Europa wordt veroorzaakt door de niet-tijdige betaling van geldvorderingen.⁴³ Jaarlijks gaan hierdoor 450.000 arbeidplaatsen verloren.

Bovendien resulteert ontoegankelijke rechtspraak mogelijk in verminderde bereidheid tot kredietverschaffing en meer inspanningen om te zorgen dat de betaling en de verstrekking van de goederen of diensten op hetzelfde moment plaatsvinden. Uiteraard bestaan er mogelijkheden om het betalingsrisico af te dekken in gevallen waarin partijen niet op elkaar kunnen vertrouwen, bijvoorbeeld door zekerheid te vragen in de vorm van pandrecht. Hierdoor stijgen echter de transactiekosten en hogere transactiekosten verminderen de economische efficiëntie doordat zij ten koste gaan van de winst.

De precieze waarde van de rechtspraak voor de Nederlandse economie is niet bekend. Wel heeft Van Velthoven in 2005 berekend dat van de gemiddelde 2 procent economische groei per jaar, ongeveer 0,8 procent kan

40 Raad voor de Rechtspraak, *Advies wetsvoorstel kostendekkende griffierechten*, RvdR 2011, p. 2.

41 B.C.J. van Velthoven, *De waarde van de juridische infrastructuur voor de Nederlandse economie*, Den Haag: RvdR 2005.

42 F. van Dijk, 'Economisch belang van de rechtspraak', Publicatie RvdR 2003.

43 EC, *Review of the effectiveness of European Community legislation in combating late payments*, p. 76.

worden toegerekend aan het goed functioneren van de juridische infrastructuur.⁴⁴

13.6 Berekende gevolgen verhoging griffierecht

In opdracht van het ministerie van justitie is een impactanalyse gemaakt voor het wetsvoorstel verhoging griffierechten. De analyse laat zien dat bij een verhoging van het griffierecht de totale instroom van zaken bij de rechtspraak afneemt doordat minder particulieren, bedrijven en organisaties de rechter inschakelen voor de beslechting van hun geschil.⁴⁵ Bij een gemiddelde stijging van de griffierechten met 119% zal de totale vraaguitval (zowel civiele als bestuurszaken) op termijn tussen de 2,2 en 4,2% procent bedragen.⁴⁶ Deze vraaguitval wordt voornamelijk veroorzaakt door particulieren. De instroom van zaken van particulieren neemt af met een percentage tussen de 4,0 en 7,3%.⁴⁷ Dit is fors meer dan de zaakuitval bij organisaties en bedrijven, die tussen de 0,9 en 1,9% ligt. Desondanks wordt de hoogte van de vraaguitval bij particulieren gerelativeerd. Volgens het onderzoek zal als gevolg van de afname nog tussen de 4,5 en 4,7% van alle geschillen bij de rechter belanden, in plaats van de huidige 4,9%.

Een deel van de conflicten dat als gevolg van de verhoogde griffierechten niet meer aan de rechter wordt voorgelegd zal volgens de impactanalyse op een andere wijze beslecht gaan worden. Voor de verdeling van deze geschillen over de andere wijzen van geschilbeslechting of berusting zoekt de analyse aansluiting bij de cijfers in de Geschilbeslechtingsdelta 2009. Deze verdeling is mijns inziens echter niet waarschijnlijk. De Geschilbeslechtingsdelta 2009 ziet op geschillen in het algemeen waarbij partijen de mogelijkheid hebben om hun geschil aan de rechter voor te leggen.⁴⁸ Die dreigende werking van deze mogelijkheid speelt een rol bij de keuze van partijen om de zaak buiten rechte af te doen. De impactanalyse houdt aldus geen rekening met de verminderde schaduwwerking van het recht. Mijn verwachting is dan ook dat een aanzienlijk groter deel van de conflicten eindigt in berusten.

44 B.C.J. van Velthoven, *De waarde van de juridische infrastructuur voor de Nederlandse economie*, Den Haag: RvdR 2005, p. 18.

45 *Impactanalyse Verhoging Griffierechten*, Significant 2011, p. 63.

46 *Impactanalyse Verhoging Griffierechten*, Significant 2011, p. 63.

47 *Impactanalyse Verhoging Griffierechten*, Significant 2011, p. 66.

48 W.J. van den Bergh & R.J.O. Klomp (red.), *Verhoging griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie*, Nijmegen: Ars Aequi 2012, p. 10.

13.7 Wenselijke verdeling van de kosten

13.7.1 *Inleiding*

In een optimaal financieringsstelsel worden de kosten per zaak berekend waarna deze worden verdeeld op basis van de verhouding tussen de gegenereerde private en publieke baten.⁴⁹ Erg praktisch is deze oplossing evenwel niet daar inmiddels duidelijk is dat deze baten zeer moeilijk te kwantificeren zijn. Dit laat onverlet dat het gemengde karakter van de baten naar mijn mening een verdeling van de kosten over zowel de belastingbetalers als de directe gebruikers rechtvaardigt. Niet alleen de directe gebruiker, maar de samenleving als geheel profiteert van rechtspraak. Door voornamelijk de directe gebruiker met de kosten van de rechtspraak te belasten ontstaat het risico dat er vanuit economisch perspectief te weinig zal worden geprocedeerd. Echter ook zonder het streven naar kostendekkendheid zie ik mogelijkheden om in bepaalde situaties het griffierecht te verhogen, om aldus het procedeedrag beter te kunnen beïnvloeden. Deze mogelijkheden zal ik hieronder bespreken.

13.7.2 *Verband tussen griffierechten en het beroep op de rechter*

Onder het huidige griffierechtenstelsel zijn de geheven griffierechten op geen enkele wijze gerelateerd aan de daadwerkelijk gemaakte kosten. Voor de hoogte van het griffierecht is niet van belang of het een verstekprocedure betreft dan wel een procedure op tegenspraak. Het bereiken van een schikking waardoor het wijzen van een vonnis overbodig wordt, levert partijen evenmin een vermindering van het griffierecht op. En ook het aantal tussenvonnissen, getuigenverhoren en deskundigenberichten heeft geen invloed op het te betalen griffierecht. Na aanvang van de procedure biedt de heffing van het griffierecht dus geen prikkel om de omvang van de procedure te beperken. Dit probleem kan worden opgelost door de griffierechten afhankelijk te maken van de gemaakte kosten. Dit vergt wel een aanzienlijke administratie aangezien de kosten dan per zaak dienen te worden berekend. Bovendien beperkt dit de mogelijkheid om de heffing en inning van griffierechten bij aanvang van de procedure te laten plaatsvinden terwijl dit juist bijzonder efficiënt is.⁵⁰

49 P. L. Spector, 'Financing the courts trough fees: Incentives and equity in civil litigation', *Judicature* 1975-7, p. 332.

50 *Equitable Fees in Civil Courts*, Wellington: Department for Courts 2000, p. 34.

Een beter alternatief is wellicht een ‘pay as you go’-systeem, vergelijkbaar met dat van Schotland of Engeland.⁵¹ Op basis van dit systeem wordt naast een basistarief voor iedere stap in de procedure een afzonderlijk griffierecht geheven.⁵² Wanneer de griffierechten stijgen naarmate het aantal procedurestappen toeneemt, is de verwachting dat deze toenemende kosten het gedrag van partijen zullen beïnvloeden doordat de prikkels om die aanvullende stappen te nemen worden gereduceerd.⁵³ In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel verhoging griffierechten is het pay as you go systeem om een aantal redenen uitdrukkelijk verworpen.⁵⁴ Het systeem zou vanwege de daaraan verbonden administratieve lasten moeilijk uitvoerbaar zijn. Het leidt tot moeilijk inschatbare procesrisico’s omdat de kosten niet vooraf vaststaan. Er zullen geschillen ontstaan over de wenselijkheid van aanvullende proceshandelingen. En tot slot krijgen partijen de mogelijkheid om de procedure te manipuleren. Deze argumenten worden echter niet verder onderbouwd. Ik acht de genoemde bezwaren overzienbaar. De administratieve lasten kunnen beperkt blijven wanneer het pay as you go-systeem voor slechts een beperkt aantal proceshandelingen wordt ingevoerd, bijvoorbeeld voor het getuigenverhoor of het houden van pleidooi. Geschillen over wenselijkheid van nadere proceshandelingen en manipulatie kunnen worden voorkomen door alleen aanvullende griffierechten te heffen van de initiërende partij.

Een andere mogelijkheid is om de hoogte van het griffierecht te baseren op het aantal keren dat een partij in een bepaalde periode bij een rechtszaak betrokken is geweest.⁵⁵ Procespartijen kunnen worden verdeeld in *one-shotters* en *repeat players*. In tegenstelling tot *one-shotters* procederen *repeat players* met grote regelmaat.⁵⁶ Sommige *repeat players* zorgen voor een groot aantal gerechtelijke procedures die zij door onzorgvuldig

51 M.M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2006, p. 10.

52 M.M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2006, p. 28.

53 M.M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2006, p. 29.

54 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 758, nr. 3, p. 5.

55 P. L. Spector, ‘Financing the courts through fees: Incentives and equity in civil litigation’, *Judicature* 1975-7, p. 337.

56 M. Galanter, ‘Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change’, *Law & Society Review* 1974, p. 97.

handelen zelf veroorzaakt hebben.⁵⁷ Een voorbeeld hiervan biedt de aandelenlease-affaire die aanleiding heeft gegeven tot duizenden rechtszaken. Bovendien beschikken repeat players over ruime financiële middelen.⁵⁸ Naar mijn mening rechtvaardigt dit dat zij meer griffierechten moeten betalen.

13.7.3 *Griffierecht als onderdeel van de proceskostenveroordeling*

Na afloop van de procedure worden de door de winnende partij betaalde griffierechten volledig verhaald op de veroordeelde partij. Dit uitgangspunt is met name bezwaarlijk wanneer een niet-kapitaalkrachtige veroordeelde de hoge griffierechten van zijn wederpartij moet voldoen. Door een aantal organisaties is daarom betoogd dat de veroordeling in het griffierecht zou moeten worden beperkt tot het tarief van griffierecht dat de veroordeelde zelf heeft betaald.⁵⁹ Bij dit standpunt wil ik mij aansluiten. Op deze manier wordt de financieel zwakkere partij ook na een ongunstige afloop van de procedure beschermd tegen hoge griffierechten. Wel zou ik hier aan toe willen voegen dat het niet door de proceskostenveroordeling gedekte griffierecht van de winnende partij ten laste dient te komen van de algemene middelen. Zodoende wordt voorkomen dat de in het gelijk gestelde partij een groot deel van het griffierecht zelf moet dragen.

13.7.4 *Transactiekosten*

Bij de inrichting van het griffierechtenstelsel is ook de uitvoerbaarheid een factor van belang. Het huidige stelsel is gebaseerd op eenvoud.⁶⁰ Vanuit het oogpunt van systeemkosten valt veel te zeggen voor een stelsel dat makkelijk uitvoerbaar is. Naarmate er binnen het griffierechtenstelsel meer gedifferentieerd wordt, nemen ook de transactiekosten toe. Een 'pay as you go'-systeem vereist bijvoorbeeld wegens de verschillende heffings- en inningsmomenten meer administratieve handelingen. De toepassing van dit systeem gaat daarom gepaard met hogere kosten. Het gevaar bestaat dan dat de marginale opbrengsten als gevolg van een betere beïnvloeding van

57 Raad voor de Rechtspraak, *Advies wetsvoorstel kostendekkende griffierechten*, RvdR 2011, p. 15.

58 R.J.S. Schwitters e.a., *Recht en samenleving in verandering : inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008, p. 4.

59 Nederlandse Orde van Advocaten, Consultatiereactie conceptwetsvoorstel kostendekkende griffierechten, p. 7.

60 *Kamerstukken II 2008/09, 31 758, nr. 3, p. 1.*

het procesgedrag wegvallen tegen de marginale kosten van een verdere differentiatie van het griffierechtenstelsel.⁶¹

13.8 Conclusie

De problemen van stijgende kosten van de rechtspraak in combinatie met toenemende doorlooptijden worden algemeen erkend. De pogingen om deze problemen door middel van procesinnovatie te verhelpen hebben tot dusver geen uitkomst geboden. Het bij wijze van oplossing (grotendeels) laten opdraaien van de directe gebruikers van de rechtspraak voor deze kosten is echter niet zonder risico. Civiele rechtspraak creëert naast private baten ook een aanzienlijke hoeveelheid publieke baten. Het gevaar bestaat dat de vraaguitval als gevolg van sterk verhoogde griffierechten ten koste gaat van de publieke baten doordat de schaduwwerking van het recht afneemt. De berekende vraaguitval is weliswaar gering, maar de speelruimte is dan ook niet groot. Reeds wordt slechts 4,9% van de geschillen aan de rechter voorgelegd. Verdere terugdringing van de instroom acht ik daarom niet wenselijk. Een verhoging van de griffierechten dient zich naar mijn mening eerder te richten op het beperken van de omvang van procedures. De huidige griffierechten bieden te weinig prikkels om het beroep op de rechter binnen de perken te houden. Een dergelijke verhoging valt te realiseren door bijvoorbeeld een gematigd ‘pay as you go’-systeem in te voeren, waarbij de hoogte van het griffierecht gekoppeld wordt aan een aantal proceshandelingen. Een andere mogelijkheid is om de griffierechten voor *repeat players* te verhogen. Dit betekent wel dat er concessies moeten worden gedaan aan de eenvoud van het huidige stelsel. Desalniettemin verwacht ik dat opbrengsten van een verdere differentiatie van het griffierecht de kosten zullen overschrijden.

61 M.M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2006, p. 28.

XIV (On)gewenste effecten bij incassowetgeving

Een rechtseconomische analyse

K.H. Boonzaaijer

Veel schuldenaren moeten bij te late betaling, zonder voorafgaande waarschuwing, hoge buitengerechtigde incassokosten voldoen. Deze kosten vormen daarmee een valkuil voor vergeetachtige debiteuren. De wet bood hiervoor geen oplossing en de wetgever heeft de wet daarom aangepast. De aan consumenten in rekening te brengen incassokosten zijn voortaan gemaximeerd en consumenten moeten vooraf zijn aangemaand met vermelding van de consequenties van wanbetaling. In deze bijdrage worden de aanpassingen rechtseconomisch geanalyseerd op noodzaak, effectiviteit en evenredigheid. Vanwege marktfalen en nadelige gedragsprikkel onder de oorspronkelijke situatie was er noodzaak tot ingrijpen. Deze problemen zijn nu gedeeltelijk geëlimineerd, maar tegelijk zijn nieuwe problemen en valkuilen geïntroduceerd. Mogelijkheden tot stimulering van tijdige betaling en positieve gedragsprikkel daarbij zijn weggenomen en de toegenomen risico's en niet-verhaalbare kosten voor crediteuren kunnen leiden tot een hogere marktprijs. Door de maximering van regeland recht te laten zijn en de aanmaningsplicht te laten gelden bij alle debiteuren, kan de balans tussen protectie van crediteuren en debiteuren en repressie van nadelig gedrag beter in evenwicht worden gebracht, ten gunste van alle partijen.

14.1 Inleiding

Een schuldeiser mag de redelijke kosten die hij maakt bij het buitengerechtigd voldaan krijgen van zijn vordering conform artikel 6:96 lid 2 sub c BW als vermogensschade verhalen op zijn schuldenaar. Deze incassokosten kunnen hoog oplopen, wat ertoe leidt dat een onwetende consument die een rekening vergeet te betalen, onverwachts met hoge kosten wordt geconfronteerd. Redelijke incassokosten vormen zo een valkuil voor de onwetende debiteur, die bovendien deze kosten doorgaans niet kan controleren.

Om de rechtszekerheid en positie van met name consumenten en kleine ondernemers te versterken, heeft de wetgever daarom recent een aangepaste wet geïntroduceerd en op 1 juli 2012 is deze wet tot normering van

buitengerechtelijke kosten in werking getreden.¹ Het aangepaste artikel 6:96 BW beoogt onder meer onredelijk hoge buitengerechtelijke incassokosten aan banden te leggen door deze te fixeren op een vast percentage van de openstaande contractuele vordering.

Heeft de wetgever hiermee een reëel probleem aangepakt? Is voldoende rekening gehouden met de externaliteiten van betalingsachterstanden en geeft de nieuwe wet geen prikkel tot verkeerd gedrag? Neemt de wetgever wellicht de verkeerde partij in bescherming en creëert hij nieuwe valkuilen door crediteuren de rekening te presenteren van de slechte betalingsmoraal van notoire wanbetalers? Worden onschuldige consumenten voortaan geconfronteerd met hogere prijzen omdat de incassokosten worden doorberekend in de kostprijs van producten? Kortom: zijn er valkuilen geëlimineerd of geïntroduceerd?

In deze bijdrage zal ik de problematiek van buitengerechtelijke incassokosten en de door de wetgever aangedragen oplossing rechtseconomisch analyseren. De centrale vraag daarbij luidt: Biedt de aangepaste incassowetgeving een noodzakelijke, effectieve en evenredige oplossing voor economische problemen die ontstaan door buitengerechtelijke incassokosten bij contractuele vorderingen? Ter beantwoording van deze vraag bespreek ik in paragraaf 14.2 het oorspronkelijke systeem van de buitengerechtelijke kosten en vervolgens behandel ik in paragraaf 14.3 de aanpassingen van de wet, de beleidsdoelen van de wetgever en de bespreking ervan in de literatuur. Daarna breng ik in paragraaf 14.4 de problemen bij wanbetaling en incassokosten in kaart om te beoordelen of ingrijpen in rechtseconomisch opzicht *noodzakelijk* was. In paragraaf 14.5 vergelijk ik deze rechtseconomische inzichten met de aanpak van de wetgever om zodoende te analyseren of de aangepaste wet *effectief* is in het elimineren van de problemen. In paragraaf 14.6 onderzoek ik vervolgens of de wetgever een *evenredige* belangenafweging maakt of dat er wellicht nieuwe valkuilen worden geïntroduceerd. In paragraaf 14.7 besluit ik met een conclusie.

14.2 Buitengerechtelijke incassokosten

In zowel het oorspronkelijke als het aangepaste systeem van de buitengerechtelijke incassokosten bepaalt artikel 6:96 lid 2 sub c BW dat redelijke kosten ter verkrijging van vergoeding buiten rechte als vermogensschade

1 Wetsvoorstel Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (normering buitengerechtelijke kosten), *Kamerstukken II* 2009/10-2011/12, 32 418, nr. 1-16; *Kamerstukken I* 2010/11-2011/12, 32 418, nr. A-F.

kunnen worden gevorderd. In geval van incasso van een openstaande contractuele vordering berust de grondslag voor aansprakelijkheid voor de incassokosten op artikel 6:74 BW; artikel 6:96 BW vestigt zelf geen aansprakelijkheid.² Voor toewijzing van de niet-genormeerde buitengerechtelijke kosten hanteert de Hoge Raad een dubbele redelijkheidstoets: de kosten moeten binnen een redelijke omvang blijven én het was in de gegeven omstandigheden redelijk om deze kosten te maken.³

De buitengerechtelijke kosten komen in het oorspronkelijke systeem voor volledige vergoeding in aanmerking, maar wanneer het tussen partijen tot een procedure komt, kunnen de buitengerechtelijke kosten ingevolge artikel 241 Rv als proceskosten worden aangemerkt (het zogenoemde ‘van kleur verschieten⁴’) en blijft de regeling van artikel 6:96 BW voor deze kosten buiten toepassing.⁵ Om een uniforme toepassing van de artikelen 6:96 BW en 241 Rv te bevorderen, heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak in het rapport ‘Voor-Werk II’ aanbevelingen gedaan voor de vaststelling van buitengerechtelijke kosten.⁶ Op grond van deze aanbevelingen verschieten buitengerechtelijke kosten meestal van kleur.⁷ In dat geval wordt de vergoeding van deze kosten in kantonprocedures berekend aan de hand van een staffel die gerelateerd is aan de hoofdsom van de vordering en in andere procedures vallen de kosten onder het liquidatietarief, een forfaitair tarief waarmee aan iedere proceshandeling een aantal punten wordt toegekend en waarbij een bedrag per punt aan kostenvergoeding wordt bepaald dat afhankelijk is van het financiële belang van de zaak.⁸

2 Zie o.a.: HR 15 december 2000, NJ 2001, 57 (*Van de Visch/SBA*), r.o. 3.6; HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50 (*Bravenboer/London Verzekeringen*), r.o. 3.5.2.

3 Zie o.a.: HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 (*AMEV/Staat*), r.o. 3.6; HR 8 februari 2002, NJ 2002, 242 (*R./Inspecteurs Gezondheidszorg*), r.o. 3.4; HR 27 april 2012, NJ 2012, 277 (*Buitengerechtelijke kosten*), r.o. 3.3-3.4.2.

4 Sinds C.J.H. Brunner, annotatie bij: HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 (*L&L/Drenth*), punt 3.

5 Zie o.a.: HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695 (*Ontvanger/Van Zoolingen*), r.o. 6.2; HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651 (*Vaston/Smith*), r.o. 3.5; HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566 (*Vervroegd Uitrede Wonen/De Bruin*), r.o. 3.5; HR 14 januari 2005, NJ 2007, 482 (*Van Rossum/Fortis*), r.o. 3.9.

6 ‘Voor-werk II over buitengerechtelijke kosten’, *Adv.bl.* 2001, p. 216-222.

7 Het rapport stelt in paragraaf 8.3: ‘De werkgroep meent dat als uitgangspunt dient te worden genomen dat verrichtingen voorafgaand aan het geding worden gezien als voorbereiding van de gedingstukken en instructie van de zaak. Wil er sprake zijn van afzonderlijk voor vergoeding in aanmerking komende kosten, dan zal het moeten gaan om verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel) herhaalde aanmaning, het enkel doen van een – niet aanvaard – schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijk manier samenstellen van het dossier.’

8 Zie o.a.: P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 221; A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely,

De buitengerechtelijke kosten worden in beide gevallen doorgaans slechts deels vergoed. Wel heeft de schuldeiser steeds de mogelijkheid te stellen en bewijzen dat meer kosten zijn gemaakt, in welk geval een inhoudelijke beoordeling zal plaatsvinden.⁹ Op het rapport 'Voor-Werk II' kan in cassatie geen beroep worden gedaan.¹⁰ Hoewel er in de literatuur de nodige kritiek is gekomen op het rapport,¹¹ wordt het tot op dit moment in de praktijk veelvuldig als leidraad gebruikt.¹²

14.3 Aanpassingen incassowetgeving

14.3.1 Wetswijziging

Per 1 juli 2012 is een aantal aanpassingen van de incassowetgeving in werking getreden. Artikel 6:96 BW is gewijzigd en uitgebreid. Een toegevoegd lid 4 geeft de wettelijke basis voor een algemene maatregel van bestuur¹³ waarbij onredelijk hoge buitengerechtelijke incassokosten aan banden worden gelegd door deze te fixeren op een vast percentage van de openstaande

Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg, Deventer: Kluwer 2011, p. 290-291; H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 121; J.L.R.A. Huydecoper, 'Verhaal van (buitengerechtelijke) kosten – wat doen we ermee?', *VrA* 2005-3, p. 5; J. Sap, 'Op weg naar normering van buitengerechtelijke kosten', *TVP* 2008, p. 48.

9 Zie o.a.: C.H. van Dijk, '(Buiten)gerechtelijke kosten: de onwenselijkheid van het op grote schaal van kleur verschieten', *MvV* 2006, p. 139-140; J. Sap, 'Op weg naar normering van buitengerechtelijke kosten', *TVP* 2008, p. 48.

10 Zie o.a.: HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553 (*Naus/Van de Beuken*), r.o. 4.3; HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 277 (*Buitengerechtelijke kosten*), r.o. 3.4.2.

11 Zie o.a.: J.L.R.A. Huydecoper, 'Verhaal van (buitengerechtelijke) kosten – wat doen we ermee?', *VrA* 2005-3, p. 4-31; J.L.R.A. Huydecoper, 'De kosten van ongelijk en de kosten van verhaal', *PP* 2006, p. 130-132; S.M.A.M. Venhuizen, 'Is rapport Voor-werk II thans aanvaard?', *PP* 2006, p. 135-140; C.H. van Dijk, '(Buiten)gerechtelijke kosten: de onwenselijkheid van het op grote schaal van kleur verschieten', *MvV* 2006, p. 137-142; S.M.A.M. Venhuizen, 'Tien jaar rapport Voor-werk: leve rapport Voor-werk II (?)', *TvdP* 2010, p. 7-10; S.M.A.M. Venhuizen, 'De verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten', *WPNR* 2011, p. 283-290.

12 Zie o.a.: J. Ekelmans, 'Naar een nieuwe balans bij de toedeling van kosten van een procedure?', in: M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Kluwer: Deventer 2004, p. 147; F.B. Falkena, 'Andere kosten dan proceskosten', *PP* 2006, p. 128-129; R.C. de Graaf, 'Buitengerechtelijke kosten: wettelijk systeem en rapport Voor-werk II', *PP* 2006, p.124-127; A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, p. 292.

13 'Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten recht (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten)', *Stb.* 2012, 141.

contractuele vordering. De vastgestelde percentages worden trapsgewijs lager naarmate de vordering toeneemt en tevens is bepaald dat een minimumbedrag van 40 euro (voor vorderingen tot € 266,67) en een maximumbedrag van 6775 euro (voor vorderingen vanaf € 1.000.000) gelden.¹⁴ Alleen crediteuren die de hun in rekening gebrachte btw over incassodienstverlening niet kunnen verrekenen, mogen deze bovenop de maximumvergoeding verhalen op hun schuldenaar,¹⁵ weliswaar voor zover berekend over het genormeerde incassokostenbedrag.¹⁶ Om de berekening eenvoudig te houden, is het besluit alleen van toepassing op contractuele verbintenissen tot betaling van een geldsom.¹⁷ De maximaal toegestane vergoeding wordt op voorhand redelijk geacht, ongeacht het aantal incassohandelingen of wie ze heeft verricht; matiging ervan is niet mogelijk en de vergoeding omvat alle incassohandelingen, ongeacht de benaming ervan.¹⁸

De tweede volzin van artikel 6:96 lid 4 BW bepaalt dat van deze regels niet ten nadele van de schuldenaar kan worden afgeweken indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een beding waarin dit gebeurt, is vernietigbaar of kan door de rechter ambtshalve terzijde worden gesteld op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, zulks ook wanneer het beding op grond van artikel 6:91 BW als een boetebeding kan worden aangemerkt.¹⁹ De gemaximeerde kosten verschieten niet meer van kleur bij een gerechtelijke procedure, maar partijen die kunnen afwijken van de regels worden in dat geval via artikel 241 Rv nog wel geconfronteerd met het liquidatietarief.²⁰

Lid 5 bepaalt dat consument-debiteuren na intreden van het verzuim eerst een aanmaning met een termijn van ten minste veertien dagen moet worden gestuurd waarin de gevolgen bij uitblijven van betaling zijn vermeld. Consumenten zijn dan geïnformeerd en gewaarschuwd ten aanzien van het bedrag aan incassokosten. Lid 6 voegt daar aan toe dat bij meerdere opeisbare vorderingen zonder dat reeds is aangemaand, één aanmaning moet

14 Art. 2 lid 1 en 2 Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, *Stb.* 2012, 141. Zie ook: 'Normering buitengerechtelijke incassokosten', *NJB* 2012, p. 1150-1151.

15 Art. 2 lid 3 Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, *Stb.* 2012, 141.

16 Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, *Stb.* 2012, 141, p. 10 (NvT).

17 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 418, bijlage bij nr. 5, p. 3 (NvT).

18 H.J.S.M. Langbroek, 'Nieuwe regels voor buitengerechtelijke kosten', *Adv.bl.* 2012-7, p. 24-25; H.J.S.M. Langbroek, 'Buitengerechtelijke kosten: wat verandert er en hoe daar mee om te gaan?', *BER* 2012-4, p. 34-35.

19 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 418, nr. 3, p. 2 (MvT).

20 Art. 241 Rv jo 6:96 lid 4 BW.

worden verstuurd waarbij de vergoeding voor incassokosten over het totaal van de hoofdsommen moet worden berekend.

14.3.2 *Beleidsdoelen*

De aanleiding voor de wetwijziging was een rapport van de Landelijke Organisatie Sociaal Raadslieden/MOgroep (LOSR) dat concludeert dat schuldeisers en incassobureaus vaak te hoge incassokosten in rekening brengen.²¹ De oorspronkelijke redelijkheidsnorm blijkt in de buitengerechtelijke fase onvoldoende houvast te bieden bij vaststelling van het bedrag aan incassokosten waardoor de debiteur in onzekerheid verkeert over de redelijkheid ervan, terwijl hij het niet op een proces laat aankomen vanwege de kosten en moeite daarvan.²² Met het nader invullen van de norm beoogt de wetgever aan zowel crediteur als debiteur duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden over de hoogte van de incassokosten en conflicten daarover te voorkomen.²³ Hij wil voornamelijk consumenten en kleine bedrijven, zoals eenmanszaken, beschermen tegen onredelijke incassokosten.²⁴ Gerechtelijke procedures over incassokosten en situaties waarin schuldenaren uit onwetendheid teveel kosten betalen, moeten worden voorkomen.²⁵ Vanwege toepassing in het buitengerechtelijk traject is ernaar gestreefd de regeling zo eenvoudig en hanteerbaar mogelijk te maken.²⁶

14.3.3 *Commentaar in de literatuur*

In de Nederlandse literatuur zijn enkele artikelen verschenen over het wetsvoorstel.²⁷ Verheij waardeert de bescherming van consumenten, maar vindt de veranderingen te beperkt. Hij bepleit om de regeling ook van dwingend recht te laten zijn wanneer de schuldenaar een klein bedrijf is, het minimumbedrag van 40 euro lijkt hem te hoog, de regels met betrekking tot het aanmanen moeten beter en bovendien moeten er meer middelen komen

-
- 21 A.J. Moerman & W.C.P. van den Berg, *Incassokosten, een bron van ergernis!*, Rapport van de LOSR oktober 2008, www.sociaalraadslieden.nl > Over Sociaal Raadsliedenwerk > Publicaties en links. Zie ook: A.J. Moerman & W.C.P. van den Berg, 'Incassokosten aangepakt!', *Schuldsanering* 2009-2, p. 7-10.
- 22 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 418, nr. 3, p. 1-2 (MvT). Zie ook: 'Verschuldigde incassokosten worden in amvb geregeld', *NJB* 2009, p. 1877-1878.
- 23 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 418, nr. 3, p. 2 (MvT).
- 24 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 418, nr. 3, p. 1 (MvT).
- 25 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 418, bijlage bij nr. 5, p. 1 (NvT).
- 26 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 418, bijlage bij nr. 5, p. 5-6 (NvT).
- 27 Artikelen die uitsluitend een beschrijving geven van het wetsvoorstel zonder daarop commentaar te leveren, laat ik onbesproken.

om de regels te handhaven.²⁸ Hij constateert dat de nieuwe regeling met name beoogt een oplossing te bieden voor het probleem van toegang tot de rechter van zwakke partijen die vanwege niet-juridische factoren nalaten hun materiële recht via de rechter te verwezenlijken.²⁹ Verheij bepleit verbetering van toegang tot de rechter voor zwakke partijen door hen ruimer in hun (proces)kosten te voorzien ten koste van grote ondernemingen.³⁰

Venhuizen richt zich in zijn beoordeling van het wetsvoorstel op de vraag of de nieuwe regeling een goed alternatief biedt voor de oorspronkelijke situatie onder het door hem bekritiseerde rapport ‘Voor-Werk II’.³¹ Het voorstel is volgens hem ‘in grote mate teleurstellend’, omdat het slechts een nieuwe regeling aan het bestaande scala toevoegt, oude onzekerheden in stand laat, gelijke gevallen ongelijk behandelt en de verhaalbaarheid van buitengerechterlijke kosten nog gecompliceerder maakt dan zij al was.³²

Langbroek beschrijft de consequenties van het wetsvoorstel voor niet-consumenten. Hij vreest dat het bedrijfsleven de verplichting tot aanmanen van consumenten als een administratieve last zal ervaren die bovendien aanleiding kan geven tot discussie, aangezien een consument-debiteur die met succes de ontvangst van de aanmaning betwist aan vergoeding van buitengerechterlijke kosten kan ontkomen.³³ Hij weegt de voordelen dat discussies over de redelijkheid van de vergoeding op voorhand zijn beslecht en dat de vergoeding niet meer door de rechter wordt beperkt af tegen het nadeel dat de vergoeding op voorhand is begrensd. In kantonzaken geeft het besluit recht op een hoger bedrag dan rapport ‘Voor-Werk II’, terwijl dit bij de andere zaken juist andersom is. Of het aantrekkelijk is om bij handelsovereenkomsten van het besluit af te wijken, verschilt daarom naar zijn mening per situatie.³⁴

28 A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)’, *VR* 2011, p. 33-38.

29 A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)’, *VR* 2011, p. 37.

30 A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)’, *VR* 2011, p. 37-38.

31 M.A.M. Venhuizen, ‘De verhaalbaarheid van buitengerechterlijke kosten’, *WPNR* 2011, p. 283-290. Zie ook: S.M.A.M. Venhuizen, ‘Is rapport Voor-werk II thans aanvaard?’, *PP* 2006, p. 135-140; S.M.A.M. Venhuizen, ‘Tien jaar rapport Voor-werk: leve rapport Voor-werk II (?)’, *TvdP* 2010, p. 7-10.

32 M.A.M. Venhuizen, ‘De verhaalbaarheid van buitengerechterlijke kosten’, *WPNR* 2011, p. 288-290.

33 H.J.S.M. Langbroek, ‘Buitengerechterlijke kosten: wat verandert er en hoe daar mee om te gaan?’, *BER* 2012-4, p. 36.

34 H.J.S.M. Langbroek, ‘Buitengerechterlijke kosten: wat verandert er en hoe daar mee om te gaan?’, *BER* 2012-4, p. 37-38.

14.4 Noodzaak

14.4.1 Inleiding

De vraag rijst of de aanpassingen in deze vorm rechtseconomisch gezien noodzakelijk waren. Wat zijn de economische problemen bij wanbetaling en incassokosten? Het juridische oogmerk bij introductie van consumentenbeschermende bepalingen is doorgaans het herstellen van het verstoorde evenwicht tussen sterke en zwakke spelers.³⁵ De rechtseconomie kiest voor een andere benadering. Voor een antwoord op de vraag wie een bepaalde schade moet dragen, is niet relevant wat billijk of rechtvaardig is, maar wordt gezocht naar die verdeling waarbij de welvaart wordt gemaximaliseerd.³⁶

14.4.2 Marktfalen

Welvaartsmaximalisatie treedt volgens rechtseconomen op in een situatie van volledige concurrentie, in een goed functionerende vrije markt waarin partijen zodanig kunnen onderhandelen dat zij alle voordelen van hun samenwerking volledig uitbuiten en een maximaal contractueel surplus, een maximale gezamenlijke winst bereiken.³⁷ Idealiter ontstaat zo tussen partijen een compleet contract waarin over elk mogelijke onvoorziene omstandigheid een afspraak is gemaakt.³⁸ Nu is dit in werkelijkheid vanwege transactiekosten zoals tijd, geld en moeite onmogelijk en zelfs onwenselijk, maar de wetgever zou er bij het opstellen van het contractenrecht naar moeten streven dat het recht het bereiken van complete contracten ondersteunt en stimuleert.³⁹

Door diverse oorzaken kan de markt falen in het bereiken van een optimale welvaartsallocatie. De negatieve consequenties van dergelijk marktfalen, waardoor van welvaartsmaximalisatie geen sprake is, zijn een rechtseconomische legitimatie voor regulerend ingrijpen door de

35 R.J. van den Bergh, 'Consumentenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 119 en 121.

36 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: BJu 2005, p. 21.

37 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 53.

38 L.T. Visscher, 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', *NTBR* 2007, p. 387-388.

39 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 53-54.

wetgever.⁴⁰ Binnen de economie worden diverse vormen van marktfalen onderscheiden,⁴¹ die ik zal bespreken voor zover van toepassing op de incassokostenproblematiek.

14.4.2.1 *Transactiekosten*

Hierboven zijn reeds de transactiekosten vermeld, die veroorzaken dat alleen de hoofdzaken in het contract worden geregeld waardoor er leemten in overeenkomsten ontstaan. Het kost de nodige tijd en moeite om voorafgaand aan contractsluiting te onderzoeken wat een redelijke vergoeding voor eventuele buitengerechtelijke incassokosten is en om hierover te onderhandelen. Ex ante zijn deze kosten niet transparant en bovendien is onduidelijk hoe groot de kans is dat ze daadwerkelijk zullen worden gemaakt. Partijen zullen daarom doorgaans nalaten hierover te onderhandelen en er wordt geen (uit-onderhandelde) bepaling over opgenomen in het contract. Dit stelt crediteuren in staat ex post een bedrag aan incassokosten vast te stellen dat alleen hun eigen belang maximaliseert. De oorspronkelijke regelgeving met betrekking tot buitengerechtelijke incassokosten lost dit probleem niet op. Het begrip ‘redelijke kosten’ wordt in de buitengerechtelijke fase niet nader uitgewerkt en het blijkt in de praktijk niet eenvoudig te beoordelen welk bedrag als redelijk kan worden aangemerkt.⁴²

14.4.2.2 *Informatieasymmetrie*

Een andere vorm van marktfalen ontstaat bij informatieasymmetrie tussen de contractspartijen. De partij met een informatievoorsprong kan door middel van strategisch gedrag zijn voordeel uitbuiten en zodoende wel zijn eigen, maar niet de gezamenlijke welvaart maximaliseren. Dit opportunistisch gedrag is het *morele risico*⁴³ bij informatieongelijkheid. Wanneer

40 A.M. Paces & L.T. Visscher, ‘Law and Economics: Methodology’, in: B. van Klink & S. Taekema (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Berlijn: Mohr Siebeck 2011, p. 93; R.H.J. van Bijnen, ‘Contractenrecht’, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 54, 61.

41 Zie o.a.: R.J. van den Bergh, ‘Consumentenrecht’, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 123-125; R.H.J. van Bijnen, ‘Contractenrecht’, in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 55-58; L.T. Visscher, ‘A Law and Economics View on Harmonization of Procedural Law’, in: X.E. Kramer & C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, Den Haag: T.M.C. Asser Press/Springer 2012, p. 66-68.

42 H.H.J. de Bosch Kemper, ‘Let op: een geldvordering kost geld’, *VR* 2011, p. 47.

43 In de economie wordt ook het begrip ‘moral hazard’ gebruikt.

de crediteur incassokosten in rekening brengt, draagt alleen hijzelf wetenschap van zijn werkelijke kosten en of deze in verhouding staan tot de uitgevoerde incassohandelingen; de schuldenaar kan dit niet controleren. De crediteur heeft zo een prikkel om een hoger bedrag te claimen. Ook worden incassokosten door incassobureaus vaak dubbel in rekening gebracht door de onkosten van de schuldeiser op te nemen in de hoofdsom (zogenoemde verborgen incassokosten) en daaroverheen opnieuw incassokosten te berekenen.⁴⁴

Als de crediteur bovendien een zogenoemde repeat-player is, is hij beter dan de debiteur op de hoogte van zijn mogelijkheden om (te hoge) incassokosten in rekening te brengen. Dit stelt hem in staat om ex ante hoge incassokosten te bedingen of om ex post een trage betaler hoge kosten in rekening te brengen, zonder dit te zijn overeengekomen en zonder daarvoor te hebben gewaarschuwd. Daar komt bij dat crediteuren het contract meestal opstellen en de voorwaarden aanleveren, waardoor zij technische en organisatorische controle hebben over de elementen die de contractsinhoud bepalen en over meer specifieke informatie beschikken dan hun afnemers, ongeacht de wettelijke of sociaaleconomische status van de afnemers.⁴⁵ Door het informatietekort van debiteuren is er bij contractsluiting gebrek aan concurrentie op basis van incassokosten en heeft de schuldenaar het contract eenmaal getekend, dan is hij gebonden aan de schuldeiser, die vrij spel heeft bij het doorberekenen van incassokosten. Bijkomend probleem bij informatieongelijkheid is dat afnemers erop kunnen anticiperen door kapitaalverspillende onderzoekskosten of door terughoudendheid bij het afsluiten van een voor beide partijen gunstig contract.

De oorspronkelijke incassoregelgeving biedt ook voor deze problemen geen oplossing. De werkelijke kosten blijven voor de debiteur onbekend en de crediteur is niet verplicht te informeren over of te waarschuwen voor incassokosten, of om deze expliciet te vermelden in het contract.

Daarnaast is er bij informatieasymmetrie het probleem van *negatieve selectie*,⁴⁶ waarbij de partij met de minste informatie de minst voordelige contractspartij selecteert.⁴⁷ Dit probleem kan zich bij incassokosten

44 A.J. Moerman & W.C.P. van den Berg, *Incassokosten, een bron van ergernis!*, Rapport van de LOSR oktober 2008, www.sociaalraadslieden.nl > Over Sociaal Raadsliedenwerk > Publicaties en links, p. 3, 8, 23-25, 31.

45 V. Roppo, 'From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?', *European Review of Contract Law* (5) 2009, p. 315.

46 In de economie worden ook de begrippen 'adverse selection', 'anti-selectie', 'ave-rechtse selectie' en 'negatieve risicoselectie' gebruikt.

47 G.A. Akerlof, 'The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *Quarterly Journal of Economics* (84) 1970, p. 488-500.

voordoen doordat afnemers niet weten wélke aanbieders te hoge incassokosten in rekening brengen. Crediteuren die erin slagen het hoogste incassokostenbedrag te incasseren, genereren daarmee de meeste inkomsten en zijn zo in staat de laagste marktprijs te bieden. Zij bereiken daarmee de meeste debiteuren, die op hun beurt juist de immoreel handelende aanbieder selecteren. Dit concurrentievoordeel stimuleert crediteuren tot des te meer misbruik van hun mogelijkheden. De oorspronkelijke incassoregels gaan dit informatieprobleem niet tegen.

In theorie kan negatieve selectie zich bij wanbetaling ook bij crediteuren manifesteren, doordat zij ex ante meestal niet weten met welk ‘soort’ debiteuren zij een contract sluiten: vlotte betalers of notoire wanbetalers. Wanneer schuldeisers de kosten van wanbetaling niet (volledig) kunnen verhalen op of doorberekenen aan een specifieke groep afnemers, zal de kostprijs van hun product of dienst stijgen, waardoor ook de marktprijs veelal stijgt. Wanneer een deel van de vlot betalende debiteuren niet bereid is de hogere prijs te betalen en de markt verlaat, moeten de wanbetalingskosten worden gedragen door een kleinere groep afnemers, waardoor de prijs verder zal stijgen en dit proces zich herhaalt. Het is echter niet waarschijnlijk dat dit probleem zich daadwerkelijk manifesteert, aangezien dit informatieprobleem voor alle aanbieders in gelijke mate geldt en het prijsopdrijvend effect niet dusdanig groot zal zijn dat vlotte betalers de markt geheel verlaten. Wel kan bij volledige verhaalbaarheid van de (incasso)kosten bij wanbetaling onder de oorspronkelijk regelgeving juist positieve selectie optreden. Wanneer een crediteur ex ante hoge incassokosten wil bedingen, zijn namelijk alleen vlotte betalers tot overeenkomst bereid, aangezien zij weten dat zij deze kosten zullen voorkomen. Daarbij is wel vereist dat alle debiteuren ex ante op de hoogte zijn van het bestaan en de consequenties van dit beding. Het is vanwege deze mogelijkheid van positieve selectie positief dat onder de oorspronkelijke regels de incassokosten in de buitengerechtelijke fase volledig verhaalbaar zijn. Toch voldoet de regelgeving niet, omdat debiteuren, onder andere vanwege transactiekosten en informatietekort, niet altijd bekend zijn met het bestaan en de consequenties van een incassobeding.⁴⁸

14.4.2.3 *Negatieve externaliteiten*

Een laatste vorm van marktfalen bij wanbetaling is de aanwezigheid van *negatieve externaliteiten*: nadelige gevolgen voor derden die geen invloed

⁴⁸ Zie ook: W.F. van Raaij, ‘Het Beeld van de Consument in het Privaatrecht empirisch getoetst’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 55-63.

hebben op de totstandkoming en naleving van het contract en met wier belangen de contractpartijen geen rekening houden. Overheidsingrijpen is rechtseconomisch gezien noodzakelijk wanneer het totale nadeel voor derden groter is dan het gezamenlijk voordeel van de contractspartijen.⁴⁹

Een negatief gevolg van wanbetaling en niet-verhaalbare incassokosten is een afnemende bereidheid bij crediteuren om handelskrediet te verstrekken en vooruit te leveren. Deze afnemende bereidheid leidt tot maatschappelijke kosten vanwege de voordelen van handelskrediet.⁵⁰ Zo worden transactiekosten bespaard als partijen niet gelijktijdig hoeven te presteren. Bedrijven kunnen hun inkomsten en uitgaven beter op elkaar afstemmen, wat leidt tot minder fluctuaties in hun kasstromen waardoor zij minder geld hoeven te reserveren. Ook kunnen partijen met hun investeringen anticiperen op een toegezegde prestatie. Bij wanbetaling worden deze investeringskosten niet terugverdiend en uit vrees daarvoor kunnen noodzakelijke investeringen achterwege blijven: een zogenoemde contractuele *hold-up*.

Betalingsachterstanden zijn bovendien ongunstig voor de economie als geheel. Uit een Europese analyse blijkt dat er binnen Europa een negatief verband bestaat tussen te late betalingen en economische groei.⁵¹ Door wanbetaling ontstaan financieringskosten en invorderingskosten en onbetaalde facturen zijn een verliespost.⁵² Nu zijn deze kosten voor veel bedrijven grotendeels een te voorzien en beheersbaar kostenprobleem waarop zij anticiperen in hun prijsstelling,⁵³ maar de kosten worden daarmee via een hogere prijs afgewenteld op de totale groep van afnemers, wat leidt tot minder handel en lagere welvaart. Volgens de European Payment Index 2011 kost wanbetaling Europa 312 miljard euro en 500.000 banen, wordt één op de

49 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 61.

50 G.E. Elliehausen & J.D. Wolken, 'The Demand for Trade Credit: An Investigation of Motives for Trade Credit use by Small Business,' *Federal Reserve Bulletin* (79) 1993, p. 929-930; R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 47-51.

51 J. Albert, *Review of the effectiveness of European Community legislation in combating late payments*, 2006, <ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late_payments/doc/finalreport_en.pdf>, p. 225-228.

52 B.E. Baarsma & J.J.M. Theeuwes, 'Domeinmonopolie gerechtsdeurwaarder is te duur', *NJB* 2011, p. 479-480.

53 N. Huls & N. Jungmann, 'Bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp, in het bijzonder op crediteurengedrag', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 502.

vier faillissementen binnen Europa erdoor veroorzaakt en krijgen Nederlandse professionele dienstverleners 3,5% van hun facturen nooit betaald.⁵⁴

De rechtsregels moeten daarom zodanig worden vormgegeven dat betalingsachterstanden en wanbetaling onaantrekkelijk zijn. Onder de oorspronkelijke regels wordt dit enerzijds bereikt door volledige verhaalbaarheid van incassokosten in de buitengerechtelijke fase en de mogelijkheid van een hoog incassotarief. Anderzijds geeft het van kleur verschieten van de kosten debiteuren een prikkel om het aan te laten komen op een gerechtelijke procedure, omdat de incassokosten dan mogelijk door de rechter worden beperkt.⁵⁵ Dit kan een nog grotere betalingsvertraging veroorzaken.

Een procedure leidt bovendien tot extra negatieve externe effecten. De kosten van een proces worden gedeeltelijk gedragen door de belastingbetaler, temeer wanneer armlastige schuldenaren een beroep kunnen doen op gefinancierde rechtsbijstand. Door stimulering van buitengerechtelijke incasso kan een aanzienlijke kostenbesparing voor zowel partijen als de maatschappij als geheel en ontlasting van de rechterlijke macht worden bereikt.⁵⁶

14.4.3 Gedragsprikkel en stimuleringskosten

Volgens de rechtseconomie kan wetgeving niet alleen noodzakelijk zijn vanwege marktfalen, maar ook vanwege haar effect op het toekomstig gedrag van rechtssubjecten.⁵⁷ Een nieuwe wet prikkelt en motiveert hen om hun gedrag zodanig aan te passen dat zij er zelf beter van worden of dat hun verliezen worden beperkt.⁵⁸ Daarom moet niet alleen worden beoordeeld of sprake is van marktfalen, maar ook of er nadelige gedragsprikkel

54 Intrum Justitia, 'Zakelijke dienstverleners zwaarst getroffen door wanbetalers', persbericht van 21 november 2011, <www.intrum.com/nl/Pers-en-publicaties/Perberichten/Publication-Container/Op-tijd-betalen-levert-Europa--312-miljard-en-500000-banen-op/>.

55 Naast de mogelijkheid dat de schuldeiser bij nog langer uitstellen een aantrekkelijke betalingsregeling of gedeeltelijke kwijtschelding aanbiedt of zelfs geheel van het innen van zijn vordering afziet.

56 Zie o.a.: B.E. Baarsma & J.J.M. Theeuwes, 'Domeinmonopolie gerechtsdeurwaarder is te duur', *NJB* 2011, p. 479-485; A.J. Moerman & W.C.P. van den Berg, *Incassokosten, een bron van ergernis!*, Rapport van de LOSR oktober 2008, www.sociaalraadslieden.nl > Over Sociaal Raadsliedenwerk > Publicaties en links, p. 3, 11-12.

57 W.C.T. Weterings, 'De economische analyse van het recht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 5.

58 N. Huls & N. Jungmann, 'Bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp, in het bijzonder op crediteurengedrag', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij

uitgaan van het oorspronkelijke systeem van buitengerechtigde kosten die met wetwijziging kunnen worden aangepakt.

Zowel de wetgever als de literatuur noemen als belangrijk argument voor de ingevoerde normering van incassokosten de toegenomen rechtszekerheid voor partijen.⁵⁹ Economisch gezien is rechtszekerheid enerzijds te herschrijven als een factor die informatiekosten reduceert, maar is het anderzijds als argument nogal problematisch.⁶⁰ Rechtssubjecten kunnen namelijk tevreden zijn met zekerheid omtrent de inhoud van economisch inefficiënte regels. Tegenover de reductie van informatiekosten staan zogenoemde stimuleringskosten vanwege inefficiënt gedrag veroorzakende of efficiënt gedrag verbiedende regelgeving. Aangezien deze inefficiënties zwaarder kunnen wegen dan de besparing op informatiekosten, zal een rechtseconomische analyse beide kosten moeten meewegen bij zowel de beoordeling of overheidsingrijpen economisch wenselijk is als bij evaluatie van nieuwe wetgeving.

Enige nadelige gedragsprikkel onder de oorspronkelijk situatie volgen reeds uit de analyse bij de diverse vormen van marktfalen. Doordat alleen de schuldeiser wetenschap heeft van zijn werkelijke kosten en de maximale buitenrechtelijke vergoeding niet is gelimiteerd, wordt hij geprikkeld een te hoog bedrag aan incassokosten te claimen. Omdat het bij een te hoge incasso-vergoeding voor crediteuren gunstig kan zijn dat hun debiteuren te laat betalen en aangezien crediteuren niet verplicht zijn hun schuldenaren te informeren over of te waarschuwen voor het bedrag aan incassokosten bij wanbetaling, worden schuldeisers onvoldoende geprikkeld tot het ondernemen van noodzakelijke acties om tijdige betaling te stimuleren en daarmee incassokosten te voorkomen. Wanneer een crediteur bovendien de incassoactiviteiten zelf uitvoert, heeft hij onder genoemde omstandigheden de mogelijkheid zijn eigen inkomsten te genereren. Doordat het oorspronkelijke systeem de informatieongelijkheid tussen crediteuren en debiteuren ten aanzien van de in rekening te brengen kosten niet opheft, worden debiteuren geprikkeld tot het doen van kapitaalverspillende onderzoekskosten

(red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 499.

59 Zie o.a.: *Kamerstukken II 2009/10-2010/11*, 32 418, nr. 3, p. 2 (MvT); Bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10-2010/11*, 32 418, nr. 5, p. 1 en 5 (NvT), 'Normering buitengerechtigde incassokosten', *NJB* 2012, p. 1150; A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)', *VR* 2011, p. 35-36; M.A.M. Venhuizen, 'De verhaalbaarheid van buitengerechtigde kosten', *WPNR* 2011, p. 285-286, 289.

60 R.J. van den Bergh & P.D.N. Camesasca, *Competition Law and Economics: A Comparative Perspective, completely revised 2d ed.*, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 339-343, 437.

naar de redelijke kosten en zijn ze terughoudend bij het afsluiten van voor beide partijen gunstige contracten en bij het zo snel mogelijk betalen van hun aanmaningen. Verder geeft de mogelijkheid dat de buitengerechtelijke incassokosten door de rechter worden gematigd of worden aangemerkt als beperkt te vergoeden proceskosten debiteuren de prikkel om betaling uit te stellen en aan te koersen op een procedure.

Daar staat tegenover dat het risico van hoge incassokosten debiteuren stimuleert tot het tijdig betalen van facturen. Naarmate de consequenties van wanbetaling door schuldenaren als meer nadelig worden ervaren, zullen zij eerder aan hun betalingsverplichting voldoen omdat dit economisch gunstiger is voor hen.⁶¹ Zij moeten daarvoor echter wel op de hoogte zijn van deze gevolgen. Financiële prikkels werken namelijk alleen optimaal als degene wiens gedrag beïnvloed moet worden wetenschap heeft van de financiële consequenties van zijn gedrag.⁶² De mogelijkheid onder het oorspronkelijke systeem dat doorberekende kosten steeds verder oplopen geeft de prikkel om zo snel mogelijk te betalen. Tegelijkertijd hebben crediteuren een prikkel om de kosten niet té hoog te laten oplopen, aangezien zijn schuldenaar dan helemaal niet meer betaalt. Dat kan uitlopen op een rechtszaak, wat een schuldeiser vanwege hoge proceskosten, beperkte verhaalbaarheid van incassokosten en veel tijd en moeite wil voorkomen.

Door schuldenaren aansprakelijk te houden voor door hen veroorzaakte schade zullen zij er bij hun beslissingen rekening mee houden.⁶³ De negatieve externe effecten die hun gedrag veroorzaakt, worden dan geïnternaliseerd en zo wordt de situatie nagebootst dat de veroorzaker van het negatieve effect en diegenen die er last van hebben één en dezelfde persoon zijn.⁶⁴ Wanneer de debiteur zijn private belang maximaliseert, zal hij daarbij ook rekening houden met de maatschappelijke kosten die aan hem worden doorberekend.

61 D. Fox, 'Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract', *Cambridge Law Journal* (60) 2001, p. 33-35.

62 N. Huls & N. Jungmann, 'Bedoelde en onbedoelde effecten van de Wsnp, in het bijzonder op crediteurengedrag', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 495.

63 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: BJu 2005, p. 21.

64 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: BJu 2005, p. 20. Zie ook: R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* (3) 1960, p. 16.

14.5 Effectiviteit

In de voorgaande paragraaf is beschreven waarom er vanwege diverse vormen van marktfalen en nadelige gedragsprikkels bij het oorspronkelijke systeem van buitengerechtigde kosten rechtseconomische noodzaak was om de rechtsregels te wijzigen. Vervolgens zal in deze paragraaf worden geanalyseerd of de aanpassing van de incassowetgeving effectief is in het elimineren van de gesignaleerde marktfalens en nadelige gedragsprikkels.

De nieuwe regels geven invulling aan het begrip ‘redelijke kosten’, waarmee de transactiekosten zijn verlaagd. Partijen kunnen nu bij contractsluiting aan de hand van de vastgestelde percentages eenvoudig het maximale bedrag aan incassokosten berekenen en bedongen kosten op hun redelijkheid beoordelen.

Het probleem van opportunistisch gedrag bij informatieasymmetrie wordt gedeeltelijk opgelost. De bij consument-debiteuren dwingendrechtelijk voorgeschreven maximumbedragen verhinderen de crediteur om aan consumenten te hoge of dubbele kosten in rekening te brengen. Bovendien moet aan consumenten nu vooraf een aanmaning worden gestuurd waarin ze worden geïnformeerd over de incassokosten. Ze zijn dan gewaarschuwd en kunnen deze kosten voorkomen door binnen veertien dagen te betalen. Omdat onder de nieuwe regels de situatie zich kan blijven voordoen dat consumenten ex ante niet geïnformeerd zijn ten aanzien van de in rekening te brengen incassokosten, vindt nog steeds geen concurrentie en selectie plaats op basis van incassokosten, zodat consumenten hun nut niet kunnen maximaliseren.

Het is bovendien denkbaar dat een crediteur erop anticipeert dat de nieuwe regels niet bij al zijn afnemers bekend zijn. Te hoge incassobedingen kunnen weliswaar door de rechter ambtshalve terzijde worden gesteld en te hoge kosten zullen door hem worden verlaagd tot de maximumvergoeding, maar wanneer een debiteur de vordering in de buitengerechtigde fase vol doet, komt er geen rechter aan te pas. Nu zijn tevens organisaties als de Consumentenbond als ook de Consumentenautoriteit bevoegd de regels los van enig concreet geschil langs privaatrechtelijke weg te handhaven,⁶⁵ maar Verheij vindt dit onvoldoende en bepleit dat de Consumentenautoriteit de bevoegdheid zou moeten krijgen om in voorkomend geval een bestuurlijke

65 Zie o.a.: Besluit vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten, *Stb.* 2012, 141, p. 11 (NvT); H.J.S.M. Langbroek, ‘Nieuwe regels voor buitengerechtigde kosten’, *Adv.bl.* 2012-7, p. 25; H.J.S.M. Langbroek, ‘Buitengerechtigde kosten: wat verandert er en hoe daar mee om te gaan?’, *BER* 2012-4, p. 35.

boete op te leggen.⁶⁶ De in stand gebleven nadelige gedragsprikkel zou daarmee worden tegengegaan.

Bij zakelijke debiteuren zijn de regels niet van dwingend recht, maar in die gevallen wordt informatieasymmetrie toch effectief tegengegaan. Wanneer crediteuren van de regels willen afwijken, moeten ze voortaan expliciet in het contract opnemen welk bedrag aan incassokosten bij te late betaling moet worden betaald. Debiteuren weten daarmee waar ze aan toe zijn. Regelend recht is doorgaans in het nadeel van de partij met een informatievoorsprong, aangezien het hem ertoe dwingt om informatie te onthullen. Rechtseconomisch wordt dit de *strategische benadering* van het regelend of aanvullend recht genoemd, omdat het strategisch gedrag van partijen tegengaat.⁶⁷

Omdat ook bedrijven een rekening kunnen vergeten en aangezien zeker kleine zelfstandigen onwetend kunnen zijn ten aanzien van incassokosten die hun in rekening kunnen worden gebracht en die zij hadden willen voorkomen indien zij waren geïnformeerd, is het een lacune dat zij niet aangemaand hoeven te worden. Wanneer de genormeerde tarieven worden gevolgd, is het niet nodig dat er een bepaling over wordt opgenomen in het contract en deze schuldenaren worden dus ook niet door middel van het contract geïnformeerd. Het probleem van informatieongelijkheid tussen crediteuren en deze zakelijke debiteuren blijft dus in stand, zij het dat de kosten zonder afwijkende contractbepaling niet langer ongelimiteerd kunnen oplopen. De wetgever is echter gebonden aan de binnenkort te implementeren Europese richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, die bepaalt dat schuldeisers bij handelsovereenkomsten recht hebben op een vergoeding van ten minste 40 euro voor incassokosten zonder dat vooraf een aanmaning is verstuurd.⁶⁸ Crediteuren

66 A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)', VR 2011, p. 37. Zie ook: A.J. Moerman & W.C.P. van den Berg, *Incasokosten, een bron van ergernis!*, Rapport van de LOSR oktober 2008, www.sociaalraadsliden.nl > Over Sociaal Raadslidenwerk > Publicaties en links, p. 32.

67 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 66-67.

68 Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEU 2011, L 48/1). Zie ook: Wetsvoorstel Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEU L48/1), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 171, nr. 1-7.

verplichten tot het aanmanen van zakelijke debiteuren is daarom niet mogelijk.

De meeste negatieve externaliteiten van wanbetaling en incassokosten worden niet effectief tegengegaan. Onder de nieuwe regels worden consumenten bij wanbetaling beschermd, terwijl te late betaling juist zou moeten worden ontmoedigd. In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op deze negatieve consequenties van de wetswijziging. Positief is dat consument-debiteuren door de hun gestuurde aanmaning weten welk bedrag aan incassokosten hun in rekening zal worden gebracht wanneer zij niet binnen veertien dagen betalen, waardoor zij worden geprikkeld om alsnog bijtijds te betalen. Een verbetering is ook dat door de beperkte verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten crediteuren worden geprikkeld hun incassokosten niet te hoog te laten oplopen en lagere prijzen overeen te komen met incassobureaus. Een ander voordeel is dat de genormeerde vergoeding in rechte niet meer kan worden verlaagd, waarmee de prikkel om het aan te laten komen op een proces voor die debiteuren is weggenomen. Wanneer bij handelsovereenkomsten van de regels is afgeweken, is verlaging echter nog wel mogelijk. Overigens geldt dat ook door een lagere vergoeding voor buitengerechtelijke kosten een debiteur minder snel op een proces zal aankomen: er ontstaat minder onvrede over hoge kosten, zodat deze eerder worden betaald dan betwist.

14.6 Evenredigheid

Nu is besproken welke rechtseconomische problemen bij het oorspronkelijke systeem in de nieuwe situatie zijn geëlimineerd, rijst de vraag of de wetgever mogelijk nieuw marktfalen en nadelige gedragsprikkel heeft geïntroduceerd. Zijn de aanpassingen evenredig? Wordt een goede balans bereikt tussen de belangen van crediteuren, debiteuren, derden en de samenleving als geheel, of ontstaan er wellicht nieuwe valkuilen door de aangepaste wetsregels?

De problemen van hoge transactiekosten en informatieasymmetrie worden ten aanzien van consumenten aangepakt met gebruik van dwingend recht, terwijl dit onnodig en vanuit rechtseconomisch perspectief zelfs nadelig is.⁶⁹ Transactiekosten worden ook bij regelen recht verlaagd, aangezien de regels invulling geven aan het begrip 'redelijke kosten' en daarmee ex

69 Zie o.a.: R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 58, 61-64; A.M. Paccès & L.T. Visscher, 'Law and Economics: Methodology', in: B. van Klink & S. Taekema (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Berlijn: Mohr Siebeck 2011, p. 98-103.

ante voor duidelijkheid zorgen. Zijn partijen bovendien tevreden met de regels, dan hoeven zij ten aanzien van incassokosten niets te regelen in het contract, waarmee contracteerkosten worden voorkomen.⁷⁰ Ook bij informatieongelijkheid is regelen voldoende, omdat partijen dan expliciet van de regels zullen moeten afwijken, waarmee ze informatie onthullen. De verplichte aanmaning versterkt dit nog.

Door het gebruik van dwingend recht ontstaan echter nieuwe problemen en lacunes. Zo is in paragraaf 14.4.2.2 geconstateerd dat om te komen tot positieve selectie vereist is dat hoge incassokosten kunnen worden bedongen, zodat vlotte betalende partijen die bereid zijn te tekenen voor hogere kosten zich kunnen onderscheiden. Door de dwingendrechtelijk voorgeschreven maximumbedragen is dat niet meer mogelijk. Partijen hebben doorgaans verschillende opvattingen over de kans dat toekomstige gebeurtenissen zich zullen voordoen.⁷¹ Zo kan een debiteur van mening zijn op tijd te zullen betalen, terwijl zijn crediteur hier niet zeker van is. Door af te spreken dat de debiteur het risico van extra kosten bij te late betaling draagt, kan de prijs van het product lager blijven, omdat het risico dan niet wordt verdisconteerd in de kostprijs.⁷² De nieuwe regels beperken echter de contractsvrijheid van consumenten, die mogelijk een lagere prijs verkiezen boven lagere incassokosten. Zij gaan via hogere prijzen betalen voor hun eigen bescherming. Bovendien is er sprake van herverdeling van welvaart, terwijl een onrechtvaardige verdeling van welvaart in een samenleving volgens rechtseconomische inzichten alleen mag worden gecorrigeerd middels belastingmaatregelen en niet middels dwingend contractenrecht.⁷³ De nieuwe regeling laat aanbieders overigens wel de mogelijkheid om een borgsom of 'statiegeld' in rekening te brengen bovenop de marktprijs. Debiteuren die de vordering tijdig voldoen, krijgen deze extra heffing gerestitueerd, eventueel inclusief een bonus; schuldenaren die te laat betalen niet. Aangezien vlotte betalende partijen eerder bereid zijn dit extra bedrag te voldoen, hebben aanbieders zo de mogelijkheid deze groep debiteuren te selecteren.

De marktprijs kan, naast stijging door verdisconteerd risico, ook stijgen doordat de werkelijke incassokosten uitstijgen boven het maximaal te verhalen bedrag. Dit kan er in het uiterste geval toe leiden dat negatieve selectie ontstaat, omdat steeds meer vlotte betalende partijen uit de markt treden, de prijs

70 L.T. Visscher, 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', *NTBR* 2007, p. 388.

71 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 49-50.

72 R.J. van den Bergh, 'Consumentenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 130-131.

73 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 61-62.

daardoor steeds hoger wordt en alleen wanbetalers bereid zijn de hogere prijs te betalen. Bovendien geven de nieuwe regels aanbieders een prikkel om consumenten op grond van sociale kenmerken in te delen naar verschillende risicoprofielen en de groepen met een hoger risico indien mogelijk een hogere prijs te rekenen of geen contract aan te bieden.⁷⁴ Vlotte betalers binnen een hoogrisicogroep worden daardoor onevenredig gedupeerd.

Met de nieuwe regels worden vooral traag betalende debiteuren beschermd, terwijl zij vanwege de negatieve externe effecten van wanbetaling juist zouden moeten worden gestimuleerd tot tijdige betaling. Doordat de door hen veroorzaakte incassokosten niet langer volledig op hen kunnen worden verhaald, worden de negatieve externe effecten van hun handelen niet volledig geïnternaliseerd en daardoor is sprake van ontoereikende gedragsprikkel.⁷⁵ Crediteuren worden daarnaast beperkt om met doorberekening van oplopende kosten een prikkel te geven tot snelle betaling. Weliswaar heeft de schuldeiser de mogelijkheid om de maximaal toegestane vergoeding stapsgewijs in rekening te brengen,⁷⁶ maar het maximumbedrag van 40 euro bij lage vorderingen laat hiervoor weinig ruimte en beperkt bovendien het aantal incassohandelingen dat verhaalbaar kan worden uitgevoerd.⁷⁷ Dit kan leiden tot meer gerechtelijke procedures. Bijzondere verrichtingen zoals huisbezoeken en betalingsregelingen zijn succesvol, maar ook kostbaar en worden daarom naar verwachting in veel gevallen niet meer toegepast.⁷⁸ Sommige consumenten zijn wellicht bereid om de extra kosten van een voor hen aantrekkelijke betalingsregeling te dragen, maar vanwege de genormeerde vergoeding wordt deze mogelijkheid hun niet meer aangeboden.

Hoewel de wetgever heeft beoogd zowel crediteuren als debiteuren duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden over de hoogte van de incassokosten, gaat de toegenomen zekerheid voor schuldenaren ten koste van zekerheid voor hun schuldeisers. Crediteuren weten weliswaar welk bedrag zij maximaal vergoed kunnen krijgen, maar weten ex ante niet of en wanneer hun debiteur de vordering en de te verhalen incassokosten zal voldoen. Nu

74 Dit is onder voorwaarden toegestaan onder art. 7 AWGB. Zie o.a.: Commissie Gelijke Behandeling, *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus. Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecair financiers*, 2006, www.cgb.nl > Publicaties > Onderzoeken, p. 14-15.

75 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: BJu 2005, p. 206.

76 *Kamerstukken I 2011/12*, 32 418, nr. C, p. 8-9 (MvA).

77 Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen, 'Kostprijsberekening dossiers < 250', *Kamerstukken I 2010/11*, 32 418, bijlage bij nr. B, p. 5-11.

78 Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen, 'Reactie NVI op de Nota van Wijziging', *Kamerstukken I 2010/11*, 32 418, bijlage bij nr. B, p. 12-13.

doorberekening van incassokosten ook nog is gelimiteerd, neemt het risico van het incassotraject voor schuldeisers verder toe.

Een belangrijk doel van het contractenrecht is het afdwingbaar maken van afspraken om non-coöperatief gedrag en wanprestatie bij ongelijktijdig nakomen van contracten tegen te gaan en zo een goed functionerende markt te garanderen, aangezien welvaartsverhogende transacties uit vrees voor wanprestatie anders niet tot stand komen.⁷⁹ Incassokosten worden gemaakt om nakoming af te dwingen en beperking van de verhaalbaarheid van deze kosten vermindert de doeltreffendheid van het contractenrecht. Bovendien wordt ingeboet op de preventieve werking die uitgaat van het afdwingen van nakoming, omdat men niet weggkomt met behaald voordeel van contractbreuk.⁸⁰

Het gevaar bestaat dat de bescherming van debiteuren doorslaat, zodat de maatschappelijke kosten van de regels uitstijgen boven de baten, waardoor de nieuwe wet niet voldoet aan het criterium van economische efficiëntie.⁸¹

14.7 Conclusie

Aanpassing van de incassowetgeving was vanuit rechtseconomisch perspectief noodzakelijk vanwege diverse vormen van marktfalen. Door hoge transactiekosten, informatieasymmetrie en negatieve externaliteiten faalde de markt in het bereiken van optimale welvaartsallocatie. Bovendien waren er in de oorspronkelijke situatie stimuleringskosten vanwege nadelige gedragsprikkelers die konden worden opgelost. Transactiekosten en informatieasymmetrie veroorzaakten valkuilen voor debiteuren: zij konden zonder voorafgaande informatie en waarschuwing met hoge incassokosten worden geconfronteerd, die bovendien niet waren te controleren op feitelijkheid en redelijkheid. Dit gaf crediteuren een prikkel om te hoge kosten te vorderen. Door informatietekort vond geen concurrentie en selectie plaats op basis van incassokosten, zodat debiteuren hun nut niet konden maximaliseren. Er waren echter ook valkuilen voor crediteuren en derden. Doordat de kosten bij een gerechtelijke procedure voor debiteuren lager konden uitvalen dan bij buitengerechtelijke voldoening, werd uitstellen van betaling en procederen gestimuleerd. Betalingsachterstanden en procedures zijn een

79 L.T. Visscher, 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', *NTBR* 2007, p. 389; R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 47, 50.

80 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 83.

81 R.J. van den Bergh, 'Consumentenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: BJu 2008, p. 139.

(financiële) belasting voor crediteuren en de maatschappij. Derden worden hierdoor benadeeld via hogere prijzen en belastingen.

Met de nieuwe regels worden deze problemen en valkuilen gedeeltelijk geëlimineerd en de wetswijziging is daarmee op bepaalde onderdelen effectief. Transactiekosten zijn verlaagd en de informatieongelijkheid is verkleind aangezien incassokosten vanwege de vaste percentages eenvoudig kunnen worden berekend en beoordeeld. Dit voordeel geldt ook voor zakelijke debiteuren, die niet door middel van dwingend recht worden beschermd, maar vanwege de regels ingeval van afwijkende kosten via specifieke contractsbepalingen worden geïnformeerd. Consument-debiteuren moeten daarenboven via een aanmaning worden gewaarschuwd voor de kosten, waarmee de informatieasymmetrie verder wordt teruggedrongen. Bekendheid met de gevolgen van nadelig gedrag stimuleert bovendien tot aanpassing van dat gedrag. Bij zakelijke debiteuren is aanmaning vanwege Europese regelgeving niet verplicht gesteld, terwijl dit rechtseconomisch gezien voordelig zou zijn. Debiteuren hoeven ex ante niet te zijn geïnformeerd ten aanzien van incassokosten, zodat concurrentie en selectie op basis van incassokosten, en daarmee nutsmaximalisatie, achterwege blijft. De nieuwe regels prikkelen crediteuren hun incassokosten te beperken en aangezien de genormeerde kosten niet meer van kleur kunnen verschieten, is de prikkel tot verder uitstellen van voldoening en aankoersen op een gerechtelijke procedure verminderd. De eliminatie van enige nadelige gedragsprikkel gaat de negatieve externaliteiten van wanbetaling tegen, maar de wetswijziging creëert ook nieuwe prikkels en stimuleringskosten, waardoor dit probleem toch grotendeels in stand blijft.

Met name de dwingendrechtelijke aard van de normering bij consument-debiteuren leidt tot nieuwe valkuilen en beperkt de contractsvrijheid, terwijl regelend recht ook had volstaan. Het toegenomen risico en niet-verhaalbare incassokosten voor crediteuren kunnen leiden tot hogere prijzen, waardoor consumenten voor hun eigen bescherming betalen. Van welvaartsverhogende transacties kan in sommige situaties worden afgezien. De regels bieden vooral protectie aan te laat betalende debiteuren; crediteuren hebben minder mogelijkheden om tijdige betaling te stimuleren. Hoge incassokosten, al dan niet aangemerkt als boeteclausules, om betaling af te dwingen, zijn bij consumenten niet meer mogelijk en succesvolle incassohandelingen komen voor rekening van de crediteur, die er daarom vaker van zal afzien. De kosten voor crediteuren en derden nemen hierdoor toe. De aanpassingen zijn daarmee niet evenredig.

De incassowetgeving kan rechtseconomisch gezien worden verbeterd door dwingend recht te voorkomen en de genormeerde kosten in alle gevallen

van regelend recht te laten zijn. Het prijsopdrijvend effect van de regels wordt daardoor verminderd en crediteuren krijgen meer mogelijkheden om tijdige betaling te stimuleren. Verplichte aanmaning met vermelding van de consequenties van te late betaling zou voor alle partijen gunstig zijn, maar dat zal dan op Europees niveau moeten worden geregeld. Deze aanpassingen zullen de balans tussen protectie van crediteuren en debiteuren en repressie van hun economisch nadelige gedrag meer in evenwicht brengen, waarvan ook derden profiteren. Het is een gemiste kans dat de wetgever het invoeren van een informatieplicht voor crediteuren voorafgaand aan contractsluiting ten aanzien van incassokosten niet heeft overwogen. Bij voldoende informatie vooraf zou marktwerking het probleem van incassokosten wellicht afdoende hebben verholpen.

