

langen niet in redelijkheid tot uitfasering van 118 heeft kunnen besluiten. Het College is van oordeel dat het besluit van 28 april deze marginale toetsing kan doorstaan. De Minister heeft geoordeeld dat er voor hem onvoldoende grond was om in afwijking van voornoemd uitgangspunt het driecijferige 118 te handhaven, waarbij de volgende omstandigheden voorop staan. Ten eerste kan 118 slechts éénmaal per netwerk worden gebruikt, als gevolg waarvan aanbidders van abonnee-informatiediensten, die niet over een netwerk beschikken, hun abonnee-informatiediensten niet onder 118 kunnen aanbieden. Voorts biedt een driecijferig nummer een concurrentievoordeel boven een viercijferig nummer, omdat een korter nummer beter is te onthouden. Ten slotte is 118 een historisch bekend nummer, hetgeen in combinatie met de lengte van het nummer extra voordelen biedt. Het College oordeelt dat de minister op grond van deze omstandigheden de conclusie heeft mogen trekken dat uitfasering van 118 nodig was om een gelijk speelveld te creëren. De minister heeft tenslotte ook het belang van de houders van 118 bij de besluitvorming betrokken. De beslissing om uitfasering van 118 eerst in 2007 te laten plaatshebben, is mede met het oog op het belang van de houders van 118 genomen. Dit neemt uiteraard niet weg dat de uitfasering van 118 met name voor de houders ervan nadelige gevolgen kan hebben. Gelet op het hiervoor overwogene is er evenwel geen grond voor het oordeel dat de minister niet in redelijkheid de andere belangen heeft kunnen laten prevaleren boven die van de houders van 118.

Conclusie

Nu de (inhoudelijke) beroepen in de bodemprocedure ongegrond zijn verklaard is de nummerplanwijziging van kracht. Het nummer 118 mag derhalve vanaf 17 januari 2007 niet meer worden gebruikt voor de abonnee-informatiedienst. Naar aanleiding van de uitspraak van het CBb heeft OPTA, wiens taak het is het nummerplan te handhaven, bij brief laten weten dat uiterlijk vanaf 1 april 2007 het nummer 118 een automatische boodschap moet laten horen. Hiermee zou het nummerplan worden nageleefd.

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

*Aansprakelijkheidsverzekering.
Derogerende werking redelijkheid
en billijkheid bij falend beroep op
opzetclausule. HR 12 januari 2007,
RvdW 2007, 84. 07-031*

Inleiding

In het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad komt de vraag aan de orde of een verzekeraar zijn in beginsel bestaande dekkingsverplichting kan afwijzen op de grond dat de dekkingsaanspraak van zijn verzekerde in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De verzekeraar beroept zich aldus op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ingevolge art. 6:248 lid 2 BW, teneinde een vordering van de verzekerde tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst te parkeren. Hoewel de rechter bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW de nodige terughoudendheid moet betrachten (zulks gelet op de formulering van de onaanvaardbaarheidseis in dit artikel), oordeelt de Hoge Raad dat genoemde vraag onder omstandigheden bevestigend kan worden beantwoord. Het gaat dan om de situatie waarin de verzekerde weloverwogen kiest voor een bepaalde, voor hem gunstige handelwijze, waaraan evenwel een zeker risico kleeft dat daardoor schade wordt berekend aan een derde. De verzekerde neemt dat risico echter voor lief in de wetenschap dat eventuele schade is gedekt onder zijn aansprakelijkheidsverzekering. Een dergelijke situatie deed zich voor in de casus van het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 2007.

De casus

Een gemeente had een aantal verhuurde woningen aangekocht, teneinde deze te slopen en te vervangen door nieuwbouw. De gemeente zegde de huur op, maar de huurder was niet bereid tot vrijwillige ontruiming, zodat de gemeente de huurder dagvaardde tot ontruiming. De Kantonrechter

beval de ontruiming, uitvoerbaar bij voorraad. Hoewel de huurder in hoger beroep ging, besloot de gemeente het vonnis van de Kantonrechter direct ten uitvoer te leggen, teneinde te kunnen profiteren van medefinanciering door de rijksoverheid van het ter plaatse te ontwikkelen project. Vervolgens vernietigde de Rechtbank in hoger beroep het vonnis van de Kantonrechter en wees zij de vordering van de gemeente tot ontruiming alsnog af. De huurder dagvaardde daarop de gemeente tot schadevergoeding wegens onterechte ontruiming en sloop (de hoofdzaak). De gemeente riep haar aansprakelijkheidsverzekeraar in vrijwaring op en vorderde dat deze zou worden veroordeeld tot betaling van al hetgeen waartoe de gemeente in de hoofdzaak jegens de huurder mocht worden veroordeeld. De verzekeraar betwistte dekking te moeten verlenen met een beroep op de opzetclausule in zijn polisvoorwaarden, alsmede met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De verzekeraar stelde dat het bestaan van de verzekering de gemeente had doen besluiten om tot onmiddellijke executie over te gaan op basis van een niet definitief vonnis, in plaats van de uitkomst in hoger beroep af te wachten.

Rechtbank en Hof

In de vrijwaringsprocedure verwerpt de Rechtbank het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule, maar zij honoreert zijn beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en wijst op die grond de vordering van de gemeente tot vrijwaring af. In hoger beroep oordeelt het Hof eveneens dat het beroep op de opzetclausule niet opgaat. Met betrekking tot het beroep van de verzekeraar op art. 6:248 lid 2 BW, draagt het Hof aan de gemeente te bewijzen op feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat bij het nemen van het besluit tot executie van het ontruimingsvonnis het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering geen factor van gewicht is geweest. Het Hof stelt tegen dit tussenarrest tussentijds cassatieberoep open. Partijen maken van deze mogelijkheid gebruik.

Hoge Raad

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat het bij een aansprakelijkheidsverzekering niet is uitgesloten dat feiten en omstandigheden, die niet toereikend zijn voor een geslaagd beroep op art. 7:952 BW (verzekeraar vergoedt geen schade die verzekerde met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt) of een opzetclausule in de polisvoorwaarden, niettemin van dien aard zijn dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat de verzekerde aanspraak maakt op uitkering onder de polis. De Hoge Raad stelt vast dat volgens het Hof van bedoelde onaanvaardbaarheid sprake kan zijn, indien bij de besluitvorming door de gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht is geweest. Dit laatste kan het geval zijn als de gemeente, zich bewust van het bestaan van de verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg heeft gekozen, die de grootste kans op schade voor de verzekeraar schepte en tegelijkertijd voor de gemeente zelf het meest voordelig was. De Hoge Raad overweegt dat aan het oordeel van het Hof kennelijk de gedachte ten grondslag ligt dat *'met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen.'* Het Hof heeft aldus niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting noch is het oordeel onbegrijpelijk.

De Hoge Raad overweegt voorts dat uit art. 150 Rv. voortvloeit dat een partij die zich op art. 6:248 lid 2 BW beroept, zoals hier de verzekeraar, in beginsel de bewijslast van haar stellingen draagt. Het Hof heeft echter in de bijzondere omstandigheden van het geval terecht aanleiding gevonden om bij wijze van vermoeden aan te nemen dat het bestaan van de verzekering een belangrijke factor is geweest bij de totstandkoming van het besluit van de gemeente om het ontruimingsvonnis hangende het hoger beroep ten uitvoer te leggen. Het is aan de gemeente tegenbewijs tegen dit vermoeden te leveren.

Commentaar

In de onderhavige vrijwaringsprocedure vorderde de gemeente als verzekerde van haar aansprakelijkheidsverzekeraar vergoeding van schade die zij aan een derde had berokkend, terwijl zij ten tijde van haar handelen wist dat de kans op het toebren- gen van schade reëel aanwezig was.

De verzekeraar verweerde zich allereerst met een beroep op een in de polisvoor- waarden opgenomen opzetclausule, welke clausule van de verzekering uitsluit de aansprakelijkheid van diegene(n) met wiens opzet of goedgevonden de schade is veroor- zaakt. Voor een geslaagd beroep op een dergelijke opzetclausule is vereist dat bij de verzekerde sprake is van opzet als oog- merk of zekerheidsbewustzijn. Daarvan was in dit geval geen sprake. Toen de gemeente besloot over te gaan tot executie op basis van een niet onherroepelijk von- nis, wist zij uiteraard niet wat de uitkomst van de reeds ingestelde appèlprocedure zou zijn. Er bestond mitsdien geen zeker- heid dát schade zou intreden door de exe- cutie. Wel bestond er tenminste enig risico dat het ontruimingsvonnis in hoger beroep zou worden vernietigd, dat de executie achteraf onrechtmatig zou blijken te zijn en dat deze zou leiden tot schadeplichtigheid.

Aangezien de opzetuitsluiting aldus toe- passing miste, diende de aansprakelijk- heidsverzekeraar in beginsel dekking te verlenen aan de gemeente. De verzeke- raar beriep zich vervolgens echter op art. 6:248 lid 2 BW, waarin is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van een over- eenkomst geldende regel niet van toepas- sing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Die onaanvaardbaarheid schuldte volgens de verzekeraar daar in dat de ge- meente door te handelen zoals zij deed - ontruimen en slopen op basis van een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis - had gekozen voor een handelwijze die in haar voordeel strekte (het veiligstellen van een rijkssubsidie), terwijl de eventuele nadelen daarvan zouden kunnen worden afgewen- teld op haar verzekeraar. De besluitvor- ming van de gemeente was in verband met

het bestaan van de verzekering ingegeven door een onjuiste belangenafweging, aldus de verzekeraar.

Wansink is van mening dat sprake moet zijn van misbruik van de verzekering wil een beroep op dekking als in strijd met de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW kunnen worden geoordeeld (J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzeke- ring. Een hernieuwde beschouwing in het licht van titel 7.17 BW*, Deventer: Kluwer 2006, pag. 305 t/m 307). Wansink denkt daarbij aan de situatie 'waarin de verzeker- de kiest voor een bepaalde aanpak ten aanzien waarvan de verzekerde zich ten volle bewust is van de aanmerkelijke kans dat deze onder de polis gedekte schade tot gevolg zal hebben, maar deze kans op de koop toeneemt in een weloverwogen stre- ven naar een zo hoog mogelijk rendement (...). Anders gezegd, er moet tenminste sprake zijn van voorwaardelijk opzet dat weliswaar volgens de polisvoorwaarden tot de verzekerde vormen van opzet behoort, maar waarvan dekking in de gegeven om- standigheden naar maatstaven van redel- ijkheid en billijkheid tot een onaanvaardba- re uitkomst zou leiden nu daaraan ten grondslag ligt een weloverwogen streven naar een maximaal rendement ten koste van de verzekeraar'.

Advocaat-generaal mr. J. Spier merkt in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad sub 4.7 t/m 4.9 op dat Wansink naar zijn mening te strenge eisen stelt aan een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het lijkt Spier noodzakelijk, maar in het algemeen tevens voldoende 'dat sprake is van een geval waarin redelijkerwijs valt aan te nemen dat:

- a. de verzekerde met het oog op voor hem relevante voordelen voor een bepaalde handelwijze heeft gekozen en
- b. de potentiële nadelen in de vorm van wettelijke aansprakelijkheid op de koop heeft toegenomen, uitgaande van de gedachte dat deze voor rekening van de verzekeraar zullen komen'.

De gemeente had zich in cassatie beroepen op een arrest van de *Hoge Raad van 10 december 1976 (NJ 1978, 114)*. Daarin had de Hoge Raad overwogen dat wanneer eenmaal was beslist dat de verzekeraar niet gerechtigd was om op grond van bepaalde feiten (in dat geval eigen schuld van de begunstigde uit een levensverzekering) uitkering van het verzekerde bedrag te weigeren, de verzekeraar zich niet op grond van diezelfde feiten erop zou kunnen beroepen dat de begunstigde naar goede trouw niet gerechtigd was uitkering van het verzekerde bedrag te vorderen. De gemeente betoogde dat met het falen van het beroep op de opzetclausule onverenigbaar was dat de verzekeraar op basis van diezelfde feiten zijn dekkingsplicht kon afwijzen op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

Dit arrest uit 1976 kon de gemeente evenwel niet baten: de verzekeraar had zijn beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet uitsluitend gebaseerd op dezelfde feiten als die welke het beroep op de opzetclausule hadden onderbouwd; bovendien was in dit geval sprake van een aansprakelijkheidsverzekering, terwijl in het arrest uit 1976 sprake was van een overeenkomst van levensverzekering, welke overeenkomst zich vanwege het daarin vervatte verzorgings- en spaarelement onderscheidt van een schadeverzekering. De Hoge Raad oordeelde kort gezegd dat het bij een aansprakelijkheidsverzekering niet is uitgesloten dat de verzekeraar bij het falen van een beroep op de opzetclausule, onder omstandigheden een beroep toekomt op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, teneinde te voorkomen dat de verzekerde aanspraak kan maken op polisdekking.

Dit oordeel van de Hoge Raad leidt naar mijn mening in onderhavige casus tot een rechtvaardig resultaat. Zoals de verzekeraar terecht had opgemerkt, was het niet aannemelijk dat de belangenafweging van de gemeente hetzelfde zou zijn uitgevallen, indien zij niet verzekerd was geweest. Met art. 6:248 BW kan, in situaties waarin een beroep op de opzetclausule faalt, worden voorkomen dat oneigenlijk gebruik c.q. misbruik van de verzekeringsovereenkomst wordt gemaakt.

HOOFDARTIKEL

BANK - EN EFFECTENRECHT

Mr. M.H. van de Vorst, Norton Rose, Amsterdam

Alternext Amsterdam

nader bezien

07-032

Gastauteurs: mr. O.J. Klaassen en mr. R.J. Colenbrander, Norton Rose, Amsterdam

Inleiding

Op 24 november 2006 lanceerde Euronext Amsterdam de door haar gedreven alternatieve effectenbeurs Alternext, bedoeld voor kleine en middelgrote ondernemingen. Op deze datum was ook de eerste notering, met de beursgang van The Member Company (TMC), een feit. Een alternatieve markt kan uitkomst bieden voor kleine en middelgrote ondernemingen die wel toegang tot publiek kapitaal zoeken, maar voor wie een notering aan een officiële beurs zoals Eurolist van Euronext geen interessante optie is. Alternext Amsterdam is voorafgegaan door Alternext Parijs, dat in mei 2005 opende, en Alternext Brussel, dat in juni 2006 van start ging. Alternext kan worden gezien als de reactie van Euronext op de Alternative Investment Market (AIM), de sinds 1995 opererende alternatieve markt van de London Stock Exchange (LSE). In dit artikel zal een vergelijking worden gemaakt tussen enkele belangrijke eigenschappen van gereguleerde en alternatieve markten, daarnaast zal een vergelijking worden gemaakt tussen de toelatingscriteria van Alternext Amsterdam, AIM en de gereguleerde Euronextmarkt, *Eurolist by Euronext* ('Eurolist'). Ten slotte zullen Alternext en AIM meer in het algemeen worden vergeleken.

Regulering

Alternext en AIM danken hun kwalificatie 'alternatieve markt' aan het feit dat ze een alternatief bieden voor een notering aan de grote officiële beurzen, zoals Eurolist en de *Main Market of the London Stock Exchange*. Deze officiële beurzen zijn gereguleerde markten in de zin van de Richtlijn Beleggingsdiensten (93/22/EEG), beter bekend als de ISD. De ISD zal overigens worden vervangen door de *Markets in*