

- Bijzonder is dat de voorzitter van de accountantskamer de zaak zonder zitting kan afdoen, indien de klacht hem 'kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of van onvoldoende gewicht' voorkomt. Dat kan ook bij gegrondbevinding van de klacht met oplegging van de maatregel van waarschuwing, berisping of geldboete van maximaal € 225,-. Hier tegen is binnen zes weken verzet mogelijk. Bij verzet komt de uitspraak te vervallen en wordt de zaak alsnog 'gewoon' behandeld.
- De door de accountantskamer op te leggen maatregelen zijn uitgebreider dan in het huidige tuchtrecht: waarschuwing, berisping, geldboete, tijdelijke doorhaling en (definitieve) doorhaling. De geldboete is nieuw en wordt door de wetgever als een efficiënte sanctie beschouwd. Het maximum is een geldboete ter grootte van de derde categorie als bedoeld in artikel 23 lid 4 WvS.
- Beroep van de uitspraak van de accountantskamer is mogelijk bij het CBb conform de artikelen 31 tot en met 41 van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisaties 2004.
- De accountantskamer resp. het CBB moeten de AFM en de voorzitter van het NIVRA dan wel NOVAA van de uitspraak in kennis stellen en zorgen voor opname van de tuchtrechtelijke maatregel in het register.

#### Tot slot

De voorgestelde nieuwe tuchtrechtspraak is zonder meer een verbetering ten opzichte van de huidige situatie. Op enkele plaatsen is het wetsvoorstel echter nog (steeds) niet goed doordacht.

Indien het CBB na behandeling een klacht zou willen (terug)verwijzen, dan biedt de nieuwe tuchtrekking niet de mogelijkheid om dit naar een andere accountantskamer terug te verwijzen, want een dergelijke tweede accountantskamer is er niet<sup>2</sup>.

In het huidige tuchtrechtstelsel is de ervaring dat de Raad van Tucht te Den Haag steevast gelegenheid biedt voor repliek en dupliek, terwijl Raad van Tucht te Amsterdam vrijwel steeds een mondelinge behandeling agendeert zonder repliek en dupliek. Verwacht mag worden dat de accountantskamer hierin meer systematiek brengt. Niettemin zou het beter zijn, indien de wet-

telijke regeling het recht voor een betrokken accountant inhield om een verweerschrift te kunnen indienen of schriftelijk te kunnen repliceren en dupliceren. Wellicht dat de voorzitter van de accountantskamer daaraan in de praktijk gevolg zal (willen) geven, maar zeker is dat niet. Dat vind ik een hiaat in de procesorde die de wetgever had kunnen – en wellicht ook had moeten – invullen.

#### Noten:

1. Zie ook E.C.A. Nass, 'Tuchtrechtspraak voor accountants', *Ondernemingsrecht* 2007, 125, p. 427-429.
2. H. Beckman en E.C.A. Nass wezen hier al op in '(On)gewenst tucht- en klachtrecht voor accountants', *Ondernemingsrecht* 2006, 80, p. 275.

## VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

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

*Algemene voorwaarden Nederlandse Beurs Brandpolis. Overgang verzekerd belang. Vervaltermijn. Bedrog.*

*Hoge Raad 5 oktober 2007,*

*RvdW 2007, 835.*

07-140

Gastauteur: mw. mr. J.T. Suijendorp, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

#### Feiten

De eigenaar van een eenmanszaak sluit met ingang van 30 december 1993 twee verzekeringsovereenkomsten met NOWM Verzekeringen N.V. De verzekeringen, die tot stand komen door tussenkomst van Aon Hudig Nijmegen B.V, bieden onder meer dekking voor het risico van brandschade. Op 30 mei 1994 wordt een bv opgericht, die de onderneming gaat drijven. Op 31 december 1996 wordt de naam van deze bv gewijzigd en wordt een nieuwe bv opgericht. De nieuwe bv gaat dan de onderneming drijven. Op 21 december 1997 ontstaat brand in het bedrijfspand dat door de nieuwe bv van derden wordt gehuurd. De door de brand veroorzaakte schade is aanzienlijk. NOWM weigert echter om over te gaan tot uitkering van de schade. Kort daarop worden zowel de oude als de nieu-

we B.V. in staat van faillissement verklaard. De curator dagvaardt NOWM op 24 december 2002 (vijf jaar en drie dagen na de brand). Hij vraagt uitkering onder de polis alsmede een verklaring voor recht dat de nieuwe bv door een toerekenbare onrechtmatige daad van NOWM in staat van faillissement is komen te verkeren en dat NOWM de dientengevolge door deze bv geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden, één en ander nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

NOWM bestrijdt deze vordering op vier gronden, waarvan ik er drie zal bespreken:

I Op grond van artikel 9 van de algemene voorwaarden Nederlandse Beurs Brandpolis is het recht op uitkering vervallen omdat de curator niet binnen 5 jaar na het evenement een rechtsvordering aanhangig heeft gemaakt;

Artikel 9 van de voorwaarden bepaalt:

*'Elk recht op schadevergoeding vervalt door verloop van 5 jaar na het voorval.'*

II Zowel in 1994 als eind 1996/begin 1997 is sprake geweest van een overgang van het verzekerd belang. De nieuwe verzekerde heeft toen niet op grond van artikel 11.2.2 van de algemene voorwaarden Nederlandse Beurs Brandpolis binnen 30 dagen aan NOWM gemeld dat deze de verzekering overnam. Daarom is de verzekering vervallen;

Artikel 11.2.2 van de voorwaarden bepaalt:

*'Na overgang van het verzekerd belang anders dan door overlijden vervalt de overeenkomst door verloop van 30 dagen, tenzij de nieuwe verzekerde binnen die termijn aan verzekeraars heeft verklaard, dat hij de verzekering overneemt. In dat geval mogen verzekeraars binnen 30 dagen na ontvangst van deze verklaring de overeenkomst aan de nieuwe verzekerde met een termijn van tenminste 8 dagen opzeggen.'*

In dit verband is ook nog van belang artikel 18 van de bijzondere verzekeringsvoorwaarden Uitgebreide Verzekering voor Inventarissen, welk artikel luidt:

*'Mededelingen van partijen*

*Alle mededelingen die partijen aan elkaar dienen te doen respectievelijk welke zij wensen te doen, gelden eveneens als gedaan zodra deze ter kennis van de makers Aon Hudig zijn gebracht.'*

III Er is sprake van bedrog omdat is geacht NOWM met valse stukken ervan te overtuigen dat de door art. 11.2.2 vereiste mededeling in 1994 tijdig heeft plaatsgevonden. Daarom is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat NOWM tot uitkering zou zijn gehouden;

#### Lagere rechters

De Rechtbank wijst de vordering van de curator af. Naar het oordeel van de Rechtbank kan NOWM een beroep doen op artikel 11.2.2 van de algemene voorwaarden.

In hoger beroep oordeelt het Hof ten aanzien van de vervaltermijn in artikel 9 van de polisvoorwaarden dat in dit artikel niet valt te lezen dat de curator binnen 5 jaar een rechtsvordering had dienen in te stellen.

In hoger beroep komt vast te staan dat de nieuwe bv de organisatiestructuur op 27 maart 1997 aan Aon Hudig heeft toegestuurd. Het Hof is van oordeel dat de nieuwe bv gelet op artikel 18 van de bijzondere verzekeringsvoorwaarden redelijkerwijze mocht aannemen dat ook NOWM eind maart 1997 van de structuurwijziging op de hoogte was geraakt en dat NOWM – nu zij hierop niet heeft gereageerd en de verzekeringsovereenkomst heeft gecontinueerd – daarmee (alsnog) akkoord was. Het Hof voegt hier aan toe dat NOWM weliswaar heeft aangevoerd dat zij de nieuwe verzekerde op grond van de polisvoorwaarden had mogen weigeren, maar dat NOWM niet heeft gesteld dat zij dat ook daadwerkelijk zou hebben gedaan. Daar komt bij dat er ook niet direct aanleiding is om te veronderstellen dat NOWM – als redelijk handelend verzekeraar – in deze fictieve situatie de

verzekerde zou hebben geweigerd; afgezien van de rechtsvorm en de naam van de onderneming vonden met de overgang van het verzekerd belang geen relevante veranderingen (verzwaringen) ten aanzien van het verzekerd risico plaats. Onder die omstandigheden is het beroep van NOWM op artikel 11.2.2 van de polisvoorwaarden volgens het Hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Er is geen grond hier anders over te denken op de grond dat verzekerde - later - heeft getracht op basis van vervalste stukken NOWM ertoe te bewegen het beroep op art. 11.2.2 op te geven.

Met betrekking tot de falsificaties overweegt het Hof verder dat in dit geval geen plaats is voor (anticiperende) toepassing van artikel 7:17.1.14 lid 5 BW (thans art. 7:941 lid 5 BW), omdat die bepaling uitsluitend ziet op mededelingen die voor de verzekeraar na verwezenlijking van het risico van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Het Hof is van oordeel dat er ook overigens geen rechtsgrond bestaat om op grond van de falsificaties uitkering te weigeren.

Het Hof laat NOWM vervolgens toe tot het nemen van een akte op twee thans niet ter zake dienende punten.

### Hoge Raad

In cassatie overweegt de Hoge Raad ten aanzien van het beroep van NOWM op de vervaltermijn in de polisvoorwaarden dat het Hof niet heeft miskend dat sprake is van een contractueel vervalbeding. Het Hof heeft dit beding evenwel zo uitgelegd dat het slechts eist dat de verzekerde binnen de daarin genoemde termijn jegens de verzekeraar aanspraak maakt op vergoeding van de onder de polis gedekte schade. Het instellen van een rechtsvordering is dus niet nodig. Deze uitleg acht de Hoge Raad niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad bekrachtigt voorts het oordeel van het Hof met betrekking tot art. 11.2.2 van de polisvoorwaarden. De overweging van het Hof dat AON Hudig en daarmee NOWM in maart 1997 bekend waren met de wijziging van de organisatiestructuur moet volgens de Hoge Raad aldus worden verstaan dat deze overweging ook betrekking heeft op de overgang van belang in 1994.

Ook het oordeel van het Hof met betrekking tot art. 7:941 BW laat de Hoge Raad in stand. De mededelingsplicht die de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde heeft op grond van art. 7:941 lid 2 BW en waarvan de niet-nakoming met het opzet de verzekeraar te misleiden ingevolge het vijfde lid van dat artikel leidt tot verval van het recht op uitkering, ziet op het verschaffen van inlichtingen en bescheiden die betrekking hebben op de verwezenlijking van het risico en de schade die daaruit voortvloeit voor de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde. Deze mededelingsplicht heeft volgens de Hoge Raad derhalve geen betrekking op de overgang van het verzekerd belang en de verplichting die de nieuwe verzekerde in dat verband jegens de verzekeraar heeft op grond van art. 11.2.2 van de onderhavige algemene polisvoorwaarden.

### Commentaar

#### *Vervaltermijn*

Verval heeft sterke werking; anders dan bij verjaring gaat door het verstrijken van de vervaltermijn niet alleen de rechtsvordering (het processuele middel, de actie) maar ook het recht zelf verloren (Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nrs. 685 e.v.). In art. 6:191 BW (verjaring en verval bij productaansprakelijkheid) wordt dit onderscheid op heldere wijze geïllustreerd. Volgens lid 1 van dit artikel verjaart de rechtsvordering tot schadevergoeding drie jaar nadat de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden. Ingevolge lid 2 van dit artikel vervalt het recht op schadevergoeding na verloop van tien jaar nadat het product in het verkeer werd gebracht. Verval treedt niet meer in nadat de rechtsvordering (tijdig) is ingesteld (MvA, Kamerstukken II 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 29). Na verjaring van een rechtsvordering resteert een natuurlijke verbintenis. Op een dergelijke verbintenis kan alsnog een beroep worden gedaan bij het inroepen van bijvoorbeeld een opschortingsrecht (art. 6:56 BW) of een recht van verrekening (art. 6:131 BW).

Blijkens een aantal wettelijke vervaltermijnen is het al dan niet intreden van verval niet altijd afhankelijk van het al dan niet instellen van een rechtsvordering. Zo vervalt

het recht van reclame van een verkoper (het recht een zaak terug te vorderen indien de koopprijs niet wordt voldaan) zes weken nadat de vordering tot betaling van de koopprijs opeisbaar is geworden en zestig dagen nadat de zaak aan koperszijde is opgeslagen, tenzij de verkoper de zaak binnen die termijn door middel van een schriftelijke verklaring van de koper terugvordert (art. 7:44 juncto art. 7:39 BW). De bevoegdheid om ter vernietiging van een rechtshandeling een beroep te doen op een vernietigingsgrond vervalt wanneer hij aan wie deze bevoegdheid toekomt, de rechtshandeling heeft bevestigd (art. 3:55 BW). De mogelijkheid om aanspraak te maken op de legitieme portie vervalt indien de legitiemaris niet binnen een hem door een belanghebbende gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaar na het overlijden van de erflater, heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen (art. 4:85 BW).

In dit geval was sprake van een contractuele vervaltermijn. De desbetreffende polisbepaling was als volgt geredigeerd: 'Elk recht op schadevergoeding vervalt door verloop van 5 jaar na het voorval.' Deze bepaling geeft derhalve niet aan wat de verzekerde kan en moet doen om te voorkomen dat verval intreedt. Het Hof heeft deze onduidelijkheid voor rekening van de verzekeraar gebracht en de bepaling zo uitgelegd dat deze slechts eist dat de verzekerde binnen de daarin genoemde termijn jegens de verzekeraar aanspraak maakt op vergoeding van de onder de polis gedekte schade.

Indien NOWM ondubbelzinnig tot uitdrukking had willen brengen dat een verzekerde in voorkomend geval binnen vijf jaar een rechtsvordering moet instellen, had de bepaling bijvoorbeeld aldus moeten luiden: 'De rechtsvordering tot schadevergoeding vervalt door verloop van vijf jaar na het voorval.' De onzuiverheid in de redactie van de bepaling is waarschijnlijk ontstaan, doordat de begrippen vorderingsrecht (het materiële recht van de schuldeiser) en rechtsvordering (het processuele middel, de actie) in de praktijk door elkaar worden gebruikt (Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 32).

Contractuele vervaltermijnen hebben overigens een ander karakter dan wettelijke vervaltermijnen. Wettelijke vervaltermijnen zijn van dwingend recht en de rechter moet deze ambtshalve toepassen. Op een contractuele vervaltermijn moet daarentegen een beroep worden gedaan. Partijen kunnen eventueel met onderling goedvinden van een contractuele vervaltermijn afwijken en de gerechtigde kan er eenzijdig afstand van doen (Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 692).

Door het dwingende karakter van de nieuwe verjaringsregeling van art. 7:942 juncto 943 lid 2 BW kunnen verzekeraars niet langer met succes een vervaltermijn in plaats van een verjaringstermijn bedingen. Art. 7:942 BW bepaalt dat een rechtsvordering tegen een verzekeraar tot het doen van een uitkering verjaart door verloop van drie jaar na de dag dat de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. Art. 7:943 lid 2 BW bepaalt dat hiervan niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde kan worden afgeweken.

#### *Overgang van belang*

Art. 11.2.2 van de algemene voorwaarden van de Beurs Brandpolis vormt een nadere uitwerking van het bepaalde in art. 263 (oud) Wetboek van Koophandel (thans art. 7:948 BW). Art. 263 WvK luidde: 'Bij overgang van een zaak of een beperkt recht waaraan een zaak is onderworpen, loopt de verzekering van rechtswege ten voordele van de nieuwe rechthebbende.'

Algemeen wordt aangenomen dat art. 263 WvK alleen betrekking had op verkrijging onder bijzondere titel. Men verkrijgt goederen onder bijzondere titel door overdracht, door verjaring en door onteigening, en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkriging (art. 3:80 lid 3 BW).

Bij verkrijging onder algemene titel zullen verzekeringen uit dien hoofde reeds overgaan op de rechtverkrijgenden, althans indien en voorzover de verzekeringsovereenkomst zich daartegen niet verzet (Asser-Clausing-Wansink, 1998, nrs. 213-220). Men verkrijgt goederen onder algemene titel door erfopvolging, door fusie

als bedoeld in art. 2:309 BW en door splitting als bedoeld in art. 2:334a BW (art. 3:80 lid 2 BW).

*Mededelingsplicht bij verwezenlijking van het risico*

In het vijfde lid van art. 7:941 BW wordt bepaald dat het recht op uitkering vervalt, indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een mededelingsverplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 van dat artikel niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden. De leden 1 en 2 bepalen dat de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde de verwezenlijking van een risico moet melden, zodra hij daarvan op de hoogte is. Voorts moet hij binnen redelijke termijn alle inlichtingen en bescheiden verschaffen welke van belang zijn voor de verzekeraar om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Bedrog dat wordt gepleegd na verwezenlijking van het risico, welk bedrog betrekking heeft op een omstandigheid die vóór verwezenlijking van het risico had moeten worden gemeld en in feite los staat van de verwezenlijking van het risico (zoals in dit geval de overgang van verzekerd belang in 1994 en eind 1996/begin 1997), valt volgens het Hof - met instemming van de Hoge Raad - niet onder dit artikel.

## HOOFDARTIKEL

### BOUWRECHT

Mw. mr. A.N. Kikkert, Houthoff Buruma NV, Rotterdam

*Waarschuwingsplicht aannemer*

07-141

#### Inleiding

Een aannemer heeft in beginsel de verplichting om te waarschuwen voor een onjuistheid in de opdracht die hij kent of redelijkerwijs behoort te kennen. Deze waarschuwingsplicht is een onderwerp dat in de jurisprudentie en literatuur veelvuldig aan de orde komt. Een in dat verband terugkomend thema is de vraag of de aan de zijde van de opdrachtgever aanwezige deskundigheid een rol mag spelen bij de beoordeling of de aannemer had behoren te waarschuwen. De Hoge Raad heeft zich over dit thema diverse malen uitgelaten. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken in de jurisprudentie en literatuur. Daarbij zal tevens aan de orde komen hoe de Raad van Arbitrage voor de Bouw, het scheidsgerecht ter beslechting van geschillen in de bouwnijverheid dat zijn bevoegdheid ontleent aan de veelvuldig gebruikte algemene voorwaarden zoals de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Werken 1989 ('UAV 1989'), omgaat met de waarschuwingsplicht van de aannemer.

#### Wet

Op 1 september 2003 is nieuw aannemingsrecht in werking getreden<sup>1</sup>. Daarmee is de uit 1838 stammende oude regeling vervallen. Op grond van de overgangsregeling is het nieuwe recht onmiddellijk van toepassing op nieuwe aannemingsovereenkomsten en met ingang van 1 september 2006 eveneens op bestaande aannemingsovereenkomsten. In de nieuwe wet is de op de aannemer rustende waarschuwingsplicht opgenomen. Artikel 7:754 BW bepaalt dat de aannemer bij het aangaan of het uitvoeren van de opdracht verplicht is de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt voor gebreken en