

Beperking verwijtbaarheidstoets

In het wetsvoorstel wordt de verwijtbaarheidstoets beperkt tot gevallen waarin:

- a. aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 678 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt;
- b. de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren waren verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd.

Volledigheidshalve wordt dan verderop in hetzelfde artikel nog bepaald dat het niet voeren van verweer door de werknemer tegen of het instemmen van de werknemer met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van de werkgever niet leidt tot verwijtbare werkloosheid.

Samengevat wordt de verwijtbaarheidstoets dus beperkt tot gevallen waarin de werknemer op staande voet ontslagen danwel de arbeidsovereenkomst door de rechter wordt ontbonden op grond van een dringende reden en gevallen waarin de werknemer zonder geldige reden zelf ontslag neemt.

Op papier is dit een grote beperking van de verwijtbaarheidstoets, maar gelet op de bestaande pro-formaroute vermoedt de werkgever dat het effect op de instroom in de WW gering zal zijn. Het beoogde voordeel van de wetswijziging is vooral gelegen in het niet langer noodzakelijk zijn van een pro-formaontbindingsprocedure. Een werknemer hoeft zich na inwerkingtreding van het wetsvoorstel immers niet meer te verzetten tegen zijn ontslag. Voldoende is dat duidelijk moet zijn dat het initiatief tot beëindiging van de werkgever is uitgegaan. Dat zou kunnen worden vastgelegd in bijvoorbeeld de considerans van een beëindigingsovereenkomst. Vermindering van het aantal pro-formaprocedures leidt tot vermindering van de werkdruk bij de rechterlijke macht en beperkt daarnaast de (proces)kosten van de werkgever en werknemer in geval van ontslag.

Er is gesuggereerd dat onderhavig wetsvoorstel ook gevolgen zal hebben voor de werkgelegenheid van arbeidsrechtadvoca-

ten, nu zij immers niet meer ingeschakeld hoeven te worden voor pro-formaprocedures. In de praktijk bestaat echter het grootste deel van de werkzaamheden van een advocaat bij een ontslagzaak uit het voeren van onderhandelingen. Het voeren van een pro-formaprocedure is vaak het sluitstuk van de zaak, dat verhoudingsgewijs weinig tijd in beslag neemt.

Daarnaast is het zo dat het in bepaalde gevallen toch zinvol kan zijn om een pro-formaprocedure te volgen. Indien de rechter een vergoeding toekent, geeft zijn beschikking de werknemer de mogelijkheid tot executie over te gaan. Indien partijen een pro-formaprocedure achterwege laten en de werkgever weigert nadien de overeengekomen vergoeding te betalen (bijvoorbeeld omdat hij van mening is dat er nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen, die hem, als hij ze eerder had geweten, niet hadden doen instemmen met beëindiging tegen de overeengekomen vergoeding), zal de werknemer alsnog naar de rechter moeten om nakoming van de beëindigingsovereenkomst af te dwingen (een procedure waarbij dan hoger beroep en cassatie mogelijk is). Ook na de wetswijziging zullen er derhalve nog pro-formaprocedures voorkomen.

De beoogde datum voor inwerkingtreding van onderhavig wetsvoorstel is 1 oktober 2006. Gezien de fase waarin het proces van de parlementaire behandeling zich bevindt, zal deze datum waarschijnlijk worden gehaald.

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

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

Te late schademelding. Verval van het recht op uitkering. Een proportionele benadering?

(Hoge Raad 17 februari 2006, Rechtspraak van de Week 2006, 205; LJN: AU9717)

Inleiding

Ingevolge art. 283 WvK respectievelijk art. 7:941 BW (vervallen respectievelijk in werking getreden met ingang van 1 januari 2006) dient een verzekerde, dan wel de

verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde de verzekeraar zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van een voorval tegen de gevolgen waarvan de verzekeraar (mogelijk) dekking verleent. De wettelijke sanctie op overtreding van deze verplichting bestaat uit de gehoudenheid de schade te vergoeden die de verzekeraar daarvoor lijdt. Deze sanctie is veelal moeilijk te hanteren, omdat vaak niet met zekerheid kan worden gezegd of en zo ja, in welke mate de verzekeraar schade lijdt door de niet- of niet-tijdige nakoming van deze meldingsplicht. In vrijwel alle polisvoorwaarden hebben verzekeraars dan ook een verdergaande sanctie opgenomen, te weten het verval van het recht op uitkering. Voorzover dit niet al expliciet in de betreffende polisbepaling is opgenomen, geldt dat verzekeraars overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts een beroep op dit vervalbeding kunnen doen, indien zij in een redelijk belang zijn geschaad (vergelijk art. 7:941, lid 4 BW). De bewijslast en daarmee het bewijsrisico rust in beginsel op de verzekeraars. In de praktijk is gebleken dat het voor verzekeraars nogal eens moeilijk is om aan te tonen dat zij door de te late melding zijn benadeeld.

In de rechtspraak was het tot dusver een kwestie van alles of niets: indien de verzekeraar er in slaagde aan te tonen dat niet (tijdig) was voldaan aan de meldingsplicht én dat hij daardoor was geschaad in een redelijk belang, slaagde zijn beroep op het vervalbeding en behoefde hij niets uit te keren (zie bijvoorbeeld *Rechtbank Utrecht 23 januari 2002, Verkeersrecht 2002, 114*); indien de verzekeraar daar evenwel niet in slaagde, diende hij de volledige verzekeringsdekking te verlenen (zie voor een recent arrest *Hof Amsterdam 15 september 2005, NJ Feitenrechtspraak 2006, 65*). Met het hier te bespreken arrest is in deze 'alles of niets'-benadering verandering gekomen, aangezien het op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk blijkt te zijn een meer proportionele sanctie toe te passen.

De casus

Een bedrijf heeft door tussenkomst van een tussenpersoon een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten op de Londense assu-

rantiebeurs. Het bedrijf wordt op zeker moment aansprakelijk gesteld door een derde wegens laster en smaad. De derde spant een procedure aan tot schadevergoeding. Het bedrijf stelt de tussenpersoon onverwijld op de hoogte van de vordering van de derde en verweert zich tegen de vordering, maar wordt in eerste aanleg veroordeeld tot schadevergoeding. Het bedrijf gaat in hoger beroep en bereikt hangende de appelprocedure een schikking met de derde. Volgens de derde spreekt het bedrijf zijn aansprakelijkheidsverzekeraar aan tot vergoeding van het bedrag waarvoor de zaak is geschikt, alsmede van de gemaakte kosten van rechtsbijstand in de door de derde aangespannen procedure. De verzekeraar weigert dekking te verlenen, onder andere omdat het bedrijf de vordering van de derde veel te laat heeft gemeld. De verzekeraar betwist dat de melding aan de tussenpersoon geldt als een melding aan de verzekeraar, nu deze tussenpersoon niet optreedt voor de verzekeraar, maar bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is opgetreden namens het bedrijf (de verzekerde). De kosten van rechtsbijstand komen volgens de verzekeraar evenmin voor vergoeding in aanmerking, omdat het bedrijf niet conform de polisvoorwaarden toestemming aan de verzekeraar heeft gevraagd voor het maken van deze kosten.

Rechtbank

De Rechtbank oordeelt dat de verzekerde de schade te laat heeft gemeld. Nu de verzekeraar een redelijk belang had bij naleving van de meldingsverplichting, is hij niet tot uitkering gehouden.

Hof

Het Hof laat het bedrijf toe tot het bewijs van zijn stelling dat het in de verhouding tussen partijen gebruikelijk was dat schades uitsluitend werden gemeld bij de tussenpersoon. Het bedrijf slaagt niet in deze bewijsopdracht, zodat het beroep van de verzekeraar op het vervalbeding in beginsel openstaat, aangezien het Hof tevens vaststelt dat de verzekeraar zelf niet (tijdig) op de hoogte is gesteld van de vordering van de derde. Het Hof laat het bedrijf vervolgens toe tot het bewijs van feiten en omstandigheden op grond waarvan een beroep op het vervalbeding evenwel naar

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het bedrijf slaagt wel in deze tweede bewijsopdracht volgens het Hof. De zaak tegen de derde is immers alleszins deugdelijk en serieus behandeld door uiterst bekwame advocaten en de kans dat de verzekeraar een beter schikkingresultaat zou hebben weten te bereiken, acht het Hof gering. Hij taxeert deze kans op 10%. Dat brengt mee dat de verzekeraar slechts in zeer geringe mate is benadeeld door de late melding.

De afwijzing van de vergoeding van de kosten van rechtsbijstand acht het Hof eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Indien de verzekeraar wel tijdig was geïnformeerd, had hij nagenoeg dezelfde advocaatkosten moeten maken. De kans dat die kosten uiteindelijk lager zouden uitvallen, acht het Hof niet hoger dan 10%.

Het Hof wijst beide vorderingen van het bedrijf toe voor 90% van de gevorderde bedragen en compenseert de verzekeraar aldus voor zijn benadeling van 10%.

Hoge Raad

De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof dat het beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat een aftrek van 10% van het verzekerde schadebedrag moet worden toegepast, in stand. Art. 6:248, lid 2 BW geldt ook voor verzekeringsovereenkomsten. Het Hof was kennelijk van oordeel dat een beroep op het vervalbeding, gelet op het verstrekkende karakter van de sanctie, onvoldoende wordt gerechtvaardigd doordat de verzekeraar de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen, feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang zijn voor de dekkingsvraag en zelf in een vroeg stadium van het geschil een schikkingpoging te ondernemen. Het Hof heeft zich in staat geacht de mate van benadeling zelfstandig vast te stellen en heeft dit nadeel in mindering gebracht op het uit te keren bedrag. Het Hof is niet in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten, mede in aanmerking genomen het aan het BW ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt. Dit uitgangspunt is mede van belang bij de beoordeling van het beroep op het vervalbeding.

De begroting door het Hof van het door de verzekeraar geleden nadeel acht de Hoge Raad eveneens onaantastbaar. Art. 6:97 BW geeft de rechter de bevoegdheid om de omvang van de schade te schatten, indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De motivering van de omvang van het geschatte bedrag behoeft niet aan hoge eisen te voldoen.

Commentaar

Het Hof heeft met instemming van de Hoge Raad een bijzonder oordeel geveld met betrekking tot de consequenties van een te late schademelding voor de verplichting van de verzekeraar om uit te keren onder de polis. Het lijkt erop dat het Hof de wettelijke sanctie op overtreding van de meldingsplicht (vergoeding van de schade die de verzekeraar daardoor lijdt) en de contractuele sanctie (verval van het recht op uitkering) in elkaar schuift.

De onderhavige verzekeringsovereenkomst, die wordt beheerst door het Nederlandse recht, bepaalt dat de verzekerde een schadegeval zo snel mogelijk aan de verzekeraar moet melden. Op het polisblad is voorts vermeld: *'Provided always that the due observance and fulfilment of the terms, (..), conditions (..) so far as they relate to anything to be done or complied with by the insured shall be conditions precedent to any liability of the Insurers (..).'* Hoewel dit niet de gebruikelijke formulering van een vervalbeding is, is dit wel de bepaling waarop de discussie over het verval van het recht op uitkering wegens de (te) late schademelding is gebaseerd.

De verzekeraar had gesteld dat hem door de niet-tijdige schademelding de mogelijkheid was ontnomen om in te grijpen in de behandeling van de aansprakelijkheidszaak en om tijdig een schikking te treffen, waardoor hij in een ongunstigere positie was gebracht en in een redelijk belang was geschaad. Toen het Hof had vastgesteld dat de verzekerde te laat had gemeld, had het Hof naar mijn mening ingevolge vaste rechtspraak de verzekeraar moeten belasten met het bewijs van zijn (door de verzekerde betwiste) stelling dat hij daardoor in een redelijk belang was geschaad. In plaats daarvan overwoog het Hof:

'Nu [de verzekeraar] ... aldus met betrekking tot het redelijke belang bij die polisvoorwaarde voldoende heeft gesteld en in dat verband van [hem] redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat [hij] de door [hem] gestelde schade ook aantoot, rust op [de verzekerde] de bewijslast van door [hem] gestelde (en door [de verzekeraar] betwiste) feiten en omstandigheden, voorzover daaruit kan volgen dat in de gegeven omstandigheden het beroep op de desbetreffende polisvoorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (waaronder begrepen het ontbreken van enig redelijk belang van [de verzekeraar])'.

Als ik het goed zie, verschuift het Hof hiermee de bewijslast en derhalve het bewijsrisico van de verzekeraar naar de verzekerde. Wellicht heeft het Hof hiervoor gekozen, omdat de verzekeraar juist door de te late melding en derhalve door toedoen van de verzekerde in een onredelijk zware bewijspositie is geraakt. Het is immers vrijwel ondoenlijk de gestelde schade te bewijzen. Of het Hof de verzekeraar in deze bewijsnood tegemoet heeft willen komen door een andere verdeling van de bewijslast op te leggen, heeft het Hof evenwel niet inzichtelijk gemaakt in zijn arrest. Hoe dit ook zij, ik acht het redelijk dat het Hof de bewijslast bij de verzekerde heeft gelegd, omdat het de verzekerde is die door de te late melding tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichting uit de verzekeringsovereenkomst.

Na de bewijslevering door de verzekerde heeft het Hof geoordeeld dat de verzekeraar slechts in zeer geringe mate (10%) is benadeeld door de late melding. In plaats van daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat de verzekeraar geen beroep toekomt op het vervalbeding, aangezien hij niet in een redelijk belang is geschaad, heeft het Hof geoordeeld dat het beroep op het vervalbeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is 'voorzover [de verzekeraar] daarop de gehele claim van [de verzekerde] zou willen laten stranden'. Het Hof compenseert de verzekeraar dan voor de zeer geringe benade-

ling door een aftrek toe te passen van 10% van het verzekerde schadebedrag. Daarmee lijkt het Hof terug te grijpen op de wettelijke sanctie op overtreding van de meldingsverplichting, te weten een vergoeding van de schade die de verzekeraar daarvoor lijdt (vergelijk art. 7:941 lid 3 BW).

De overweging van het Hof dat de kans dat de verzekeraar uiteindelijk een beter schikkingresultaat zou hebben weten te bereiken gering is te achten en moet worden getaxeerd op slechts 10%, duidt er echter op dat het Hof van mening is dat de verzekeraar voor 10% is geschaad in een redelijk belang en dat het recht op uitkering voor dat percentage is vervallen. Dit wijst in de richting van een proportionele toepassing van de contractuele sanctie.

De Hoge Raad overweegt dat het Hof terecht toepassing heeft gegeven aan art. 6:248, lid 2 BW. In dit artikel is bepaald dat een tussen partijen overeengekomen regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het beroep op het vervalbeding is kennelijk voor 90% onaanvaardbaar en voor 10% wel aanvaardbaar. De Hoge Raad wijst voorts op het aan het BW ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt. Ook dit duidt er op dat de verzekeraar voor 10% een beroep toekomt op het contractuele vervalbeding.

Hoewel het mij niet geheel duidelijk is geworden of het Hof nu toepassing heeft gegeven aan de wettelijke, dan wel aan de contractuele sanctie op de te late melding, is het resultaat hetzelfde: de verzekeraar moet 90% van de gevorderde bedragen uitkeren, indien wordt vastgesteld dat het schadevooral onder de dekkingsomvang van de polis valt. Omdat de schade volgens de Hoge Raad schattenderwijs mag worden vastgesteld, wordt daarmee zowel het aan de wettelijke sanctie verbonden probleem dat vaak niet precies kan worden vastgesteld of en zo ja, in welke mate de verzekeraar schade heeft geleden als het aan de contractuele sanctie verbonden probleem dat de verzekeraar dikwijls niet

kan aantonen dat hij in een redelijk belang is geschaad, ondervangen.

Dit arrest laat zien dat met de door het Hof ingeslagen weg een billijkere uitkomst kan worden bereikt dan met een 'alles of niets'-benadering. Zo had de verzekeraar in dit geval volgens de vaste jurisprudentie wel eens met niets naar huis gestuurd kunnen worden (verplichting tot volledige uitkering bij verwerping van het beroep op het vervalbeding), maar in plaats daarvan heeft hij 10% gekregen in de vorm van een vermindering van het uit te keren verzekerde bedrag. Wel is het zo dat eindeloze debatten op de loer liggen met betrekking tot de vraag wat een juist percentage zou moeten zijn.

HOOFDARTIKEL

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Mr. E. Hennis, Winters & De Vries Advocaten, Hoofddorp

Convention on Choice of Court Agreements

Gastauteur: mw. mr. A. Paternotte,
Winters & De Vries Advocaten, Hoofddorp

Inleiding

De Nederlandse rechter erkent in beginsel slechts zijn eigen vonnissen. Vreemde vonnissen worden behoudens uitzonderingen niet erkend en tenuitvoergelegd in Nederland. Deze uitzonderingen betreffen bijvoorbeeld de vereenvoudigde procedures van de EEX-Vo.¹ en bilaterale verdragen op grond waarvan een exequatur kan worden verkregen voor de erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis in een andere verdragsluitende staat. Voor de erkenning en tenuitvoerlegging van Amerikaanse vonnissen in Nederland zijn echter geen vereenvoudigde procedures voorhanden. Op grond van het Verdrag van New York uit 1958² kunnen slechts vreemde arbitrale vonnissen, waaronder Amerikaanse, worden erkend en ten uitvoer worden gelegd in Nederland. Hiertoe dienen partijen derhalve een arbitrageclausule te zijn overeengekomen.

Het achterwege blijven van een vereenvoudigde exequaturprocedure voor Amerikaanse vonnissen heeft alles te maken met de vrees van Nederland voor de uitwerking van de Amerikaanse rechtspraak in ons land. Met name het punitieve stelsel voor de toekenning van schadevergoedingen in de Verenigde Staten speelt hierbij een rol. Nu de Verenigde Staten een belangrijke handelspartner is van Nederland en andere Europese landen, werd de afwezigheid van een hiervoor genoemde vereenvoudigde procedure toch als een groot gemis gezien. Gelet hierop is in 1999 op initiatief van de Verenigde Staten door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (Hague Conference on Private International Law)³ (hierna: Haagse Conferentie) een onderzoek gestart naar de mogelijkheid van een zogenaamd mondiaal executieverdrag. Dit verdrag dient te voorkomen dat de procedure die voor de Amerikaanse rechter is gevoerd in Nederland moet worden overgedaan. Het project dat door de Haagse Conferentie is opgezet wordt ook wel *The Hague Project on Judgments* (hierna: Judgments Project) genoemd. Een groot aantal landen - waaronder de Verenigde Staten - heeft geparticipeerd in dit project. Nederland was niet zelfstandig, doch vertegenwoordigd door de Europese Commissie, betrokken bij de onderhandelingen.

Inmiddels is na ruim vijf jaar en diverse bijeenkomsten per 30 juni 2005 de tekst van de *Convention on Choice of Court Agreements*⁴ (hierna: het Verdrag) definitief vastgesteld. De basis van het Verdrag wordt gevormd door een door partijen gemaakte 'exclusieve' forumkeuze. Het Verdrag is nog door geen enkel land ondertekend.

Judgments Project

De commissie binnen de Haagse Conferentie die leiding gaf aan het Judgments Project is de Special Commission on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Door deze commissie is in april 2002 een informele werkgroep samengesteld die sinds oktober 2002 diverse malen bijeen is gekomen. Deze bijeenkomsten hebben in mei 2004 geresulteerd in een voorstel voor de 'Convention on Exclusive Choice of Court Agreements', waarover hieronder meer. Dit voorstel vormde de basis voor de uiteindelijke verdragstekst.