

JBPR 2005/36 Incassokosten, Proceskosten

**Wetsbepaling(en):** BW Boek 6 Artikel 74, BW Boek 6 Artikel 96, BW Boek 6 Artikel 162, Rv Artikel 237, Rv Artikel 56

**Ook gepubliceerd in:** JBPr 2005/36, JOL 2005/116, NJ 2005/216, RvdW 2005/32, LJN AR6164

**Overige referenties:** NJ 1997/651, NJ 1998/402, NJ 2001/57, NJ 2003/566



**JBPR 2005/36 Hoge Raad 's-Gravenhage, 18-02-2005, C03/185HR  
Incassokosten, Proceskosten**

**Aflevering** JBPR 2005 afl. 3

**Vindplaats** JBPR 2005/36

**College** Hoge Raad 's-Gravenhage

**Uitspraakdatum** 2005-02-18

**Rolnummer** C03/185HR

**Rechter(s)** Mr. Neleman  
Mr. Aaftink  
Mr. Beukenhorst  
Mr. De Savornin Lohman  
Mr. Numann

**Partijen** 1. Pejori Beheer BV,  
2. Apso BV,  
3. Aplof BV alle te Ursem, gemeente Wester-Koggeland, eiseressen tot cassatie, incidenteel verweersters, advocaat: mr. R.T.R.F. Carli, tegen Aegon Schadeverzekering NV te 's-Gravenhage, verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, advocaat: mr. R.S. Meijer.

**Noot** *M.R. Ruygvoorn*

**Trefwoorden** Incassokosten  
Proceskosten  
Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, artikel 162  
Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, artikel 74  
Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, artikel 96  
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 56

**Regelgeving** Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 237 t/m 241  
56  
56  
56  
56

**JBPR 2005/36 Hoge Raad 's-Gravenhage, 18-02-2005, C03/185HR  
Incassokosten, Proceskosten**

» **Samenvatting**

De overgang van buitengerechtigde kosten van rechtsbijstand ex art. 6:96 lid 2 sub c naar de proceskosten van art. 237 Rv.

» **Uitspraak**

## **Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Timmerman)

### **1. Feiten en omstandigheden**

1.1. Aanleiding voor deze verzekeringszaak is de vraag of de verzekeraar na het uitbreken van een brand dekking kan onthouden als de verzekerde tegenover de schadeexpert nalaat melding te maken van een omstandigheid die de brand veroorzaakt zou kunnen hebben.

1.2. De schadeveroorzakende brand heeft zich voorgedaan op een tuinbouwbedrijf dat zich in hoofdzaak bezighield met het produceren van witlof.

1.3. Ten tijde van de brand werd het betrokken bedrijf geëxploiteerd door de familie(...;red.), te weten vader B en diens zonen C, E en D, die ieder via een eigen houdstermaatschappij een aandeel hebben in Pejori Beheer BV: B via Y BV voor 57,7465%, en C, D en E ieder via een eigen Beheer BV voor 14,0845%. In Pejori Beheer BV waren onroerende zaken ondergebracht, onder andere het bedrijfsterrein en de bedrijfsruimten waar de brand heeft gewoed. Pejori Beheer BV is de moeder van twee werkmaatschappijen, Apso BV en Aplof BV, van welke met name Aplof BV de bedrijfsactiviteiten ontplooide.[noot:1] B was directeur van Apso BV en tevens van Pejori Beheer BV; de zeggenschap over de bedrijfsvoering berustte op deze manier in hoofdzaak bij hem.[noot:2]

1.4. Met ingang van respectievelijk 30 augustus 1994 en 1 november 1994 heeft de verzekeraar onder polisnummer(...;red.) onder meer tegen brand verzekerd de bedrijfsgebouwen gelegen aan de a-straat 1 te F en de bedrijfsgebouwen gelegen aan de b-straat 1 te G. Op de brandpolis zijn van toepassing de "Voorwaarden Brandverzekering voor agrarische bedrijven" nr. 1145 van de verzekeraar (hierna: de polisvoorwaarden), alsmede de clausules 90, 202, 593 en 773. De brandverzekering is mede op naam gesteld van onder meer eiseressen.

1.5. De bepalingen uit de polisvoorwaarden die in deze zaak centraal staan luiden als volgt:

"6.1. Zodra de verzekeringnemer kennis draagt van een gebeurtenis die voor de maatschappij tot een verplichting tot uitkering kan leiden, is hij verplicht:

(...)

6.1.3. zijn volle medewerking te verlenen bij de regeling van de schade en alles na te laten, wat de belangen van de maatschappij zou kunnen schaden;

(...)

6.1.5. de aanwijzingen van de maatschappij nauwkeurig op te volgen en de terzake van de schade gestelde vragen volledig en naar waarheid te beantwoorden.

6.2. Deze verzekering geeft geen dekking, indien de verzekeringnemer één van deze verplichtingen niet is nagekomen en daardoor de belangen van de maatschappij heeft geschaad.”

1.6. Op 6 februari 1996 is een brand ontstaan in een deel van bedrijfsgebouwen aan de b-straat 1 te G. Door de brand is schade toegebracht aan opstallen en inventaris, terwijl voorts schade is ontstaan als gevolg van opruimingskosten en (milieu)claims van de gemeente en particulieren.

1.7. De eiseressen hebben de brand terstond bij de verzekeraar gemeld. De voor partijen optredende taxateurs hebben bij akte van taxatie van augustus 1996 de schade getaxeerd op f.9,1 miljoen (ongeacht eventuele onderverzekering en exclusief 20% aanvullende dekking).<sup>[noot:3]</sup>

1.8. Bij brief van 15 april 1996 heeft de verzekeraar aan eiseressen medegedeeld dat hij, ook als hij formeel dekking zou weigeren, in ieder geval bereid is coulancehalve en sans préjudice een financiële tegemoetkoming te doen van de schade.<sup>[noot:4]</sup>De verzekeraar heeft eiseressen bij wege van voorschot op de definitieve schadeuitkering een bedrag van in totaal f 1.8 miljoen voldaan.

1.9. Daarna heeft de verzekeraar vastgesteld dat er bij het onderzoek door de schadeexpert A (verder te noemen de schadeexpert) naar de brandoorzaak informatie is achtergehouden ofschoon eiseressen daartoe wel verplicht zijn.<sup>[noot:5]</sup>Met name de aanwezigheid van een in opdracht van eiseressen in de werkplaats geconstrueerde en geplaatste allesbrander, welke niet bij de verzekering(-stussenpersoon) was gemeld, was aanleiding de dekking te ontzeggen. Bij brief van 21 augustus 1996 heeft de verzekeraar eiseressen meegedeeld de geclaimde schadevergoedingen onder de verzekeringsovereenkomsten af te wijzen en heeft hij aanspraak gemaakt op terugbetaling van het betaalde voorschot ad f 1.8 miljoen.

## 2. Procesverloop

2.1. In conventie vorderen eiseressen primair onder andere uitkering van het schadebedrag van f 9,1 miljoen vermeerderd met bedrijfsschade die het gevolg is van verzekeraars weigering om eiseressen te betalen en subsidiair de verzekeraar te veroordelen tot betaling aan eisers van een bedrag van f 4.5 miljoen.

2.2. In reconventie vordert de verzekeraar

– eiseressen hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot (terug-)betaling van f 1.8 miljoen vermeerderd met de wettelijke rente;

– eiseressen hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot vergoeding van de door de verzekeraar betaalde kosten van onderzoek en schadevaststelling te begroten op f 246.363,71 vermeerderd met de wettelijke rente;

– eiseressen hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot vergoeding van de door de verzekeraar betaalde buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand te begroten op f 113.070,30;

– eiseressen te veroordelen in de kosten van deze procedure.

2.3. De rechtbank beslist dat de verzekeraar op grond van artikel 6.1 en 6.2 van de polisvoorwaarden geen dekking onder de verzekeringsovereenkomst hoeft te verlenen. Daarbij is vooral de volgende feitenvaststelling van belang:<sup>[noot:6]</sup>

r.o. 3.2: De rechtbank neemt in casu als vaststaand aan dat D tijdens het politieverhoor d.d. 8 februari 1996 geen melding heeft gemaakt van de allesbrander. In confesso is dat die allesbrander was vervaardigd van een gebruikte Freontank, die nog op het bedrijf stond, met een lengte van bijna 3 meter en een doorsnede van bijna 1 meter waarop een afvoerpip was

aangesloten. Voorts staat onbetwist vast dat, kort voor de brand, in januari 1996, op de allesbrander nog een olietoevoer is aangesloten bestaande uit een koperen leiding die aansluiting gaf op een plastic olievat (over de omvang waarvan partijen van mening verschillen). Hoewel D tegenover de politie géén melding maakt van de allesbrander, van het bestaan waarvan hij naar onbestreden vaststaat op de hoogte was, heeft hij wèl – op onder meer een aan het proces-verbaal van verhoor gehechte situatieschets<sup>[noot:7]</sup> – nauwkeurig aangegeven welke andere zaken en apparaten in onder meer de werkplaats en de sorteer- en opslagruimte stonden. Hieruit kan slechts de conclusie worden getrokken dat D de aanwezigheid van de allesbrander tegenover de politie bewust heeft verzwegen. Als door eisers onvoldoende gemotiveerd betwist staat voorts vast dat in de gesprekken die de schadeexpert heeft gevoerd met B, C en D uitvoerig aan de orde is gekomen welke apparatuur/werktuigen/machines in het complex aanwezig waren, welke ten tijde van de brand in- of uitgeschakeld stonden, of er problemen met apparaten waren geweest en of er verdere bijzonderheden in het kader van het ontstaan van de brand te melden waren. Noch B, noch C noch D hebben de aanwezigheid van de allesbrander in die gesprekken met de schadeexpert ter sprake gebracht. Aangezien zij zich bewust moeten zijn geweest van de relevantie van de aanwezigheid van de allesbrander met het daarop aangesloten olievat voor het onderzoek naar de oorzaak van de brand, kan de rechtbank ook hieruit slechts de conclusie trekken dat voornoemde leden van de familie(...;red.)de aanwezigheid van die allesbrander tegenover de schadeexpert bewust hebben verzwegen.

r.o. 3.4: De verzwijging van de aanwezigheid van de allesbrander door B, C en D moet worden aangemerkt als verzwijging door eiseressen, nu zij allen direct belanghebbenden zijn bij eiseressen. Hiermee staat vast dat eisers de op hen rustende verplichtingen uit hoofde van de artikelen 6.1.3 en 6.1.5 van de polisvoorwaarden niet zijn nagekomen. Dit leidt op grond van artikel 6.2 van de polisvoorwaarden tot verval van dekking onder de polis, mits tevens vaststaat dat de verzekeraar als gevolg van het niet nakomen van vermelde verplichtingen door eiseressen in zijn belangen is geschaad. Aan deze voorwaarde van artikel 6.2 van de polis is voldaan. Doordat de schadeexpert tijdens zijn onderzoek kort na de brand door eiseressen niet op de hoogte is gesteld van de aanwezigheid in het bedrijvencomplex van de allesbrander, heeft deze niet onderzocht of de brand mogelijkveroorzaakt was door de allesbrander. De allesbrander is na de brand van haar plaats verwijderd en is omstreeks april 1996 geheel van het terrein verwijderd, zodat nader onderzoek naar de allesbrander niet meer mogelijk was. Dat de brand door de allesbrander is ontstaan is geenszins uitgesloten. Omdat het voor de verzekeraar van belang is de oorzaak van de brand te kennen is hij als gevolg van de verzwijging door eisers van de aanwezigheid van de allesbrander in haar belang geschaad.

2.4. De rechtbank wijst ook de subsidiaire vordering van eiseressen af.

2.5. In reconventie overweegt de rechtbank onder andere:

r.o. 3.8 Eiseressen hebben de vordering van de verzekeraar tot betaling van de kosten van onderzoek en schadevaststelling ad f 246.363,71 niet bestreden, anders dan dat zij van oordeel zijn dat de verzekeraar ten onrechte aanvoert dat zij hun verplichtingen uit hoofde van de artikelen 6.1.3 en 6.1.5 van de polisvoorwaarden hebben geschonden. De voormelde kosten zijn door de verzekeraar voldoende gespecificeerd en onderbouwd. Zij zullen tot een bedrag van f 221.034,01 worden toegewezen, nu dit deel niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt. De in de gevorderde geldsom begrepen kosten van de schadeexpert ad f 25.329,70 zullen niet worden toegewezen, nu niet aannemelijk is geworden dat deze kosten niet ook hadden moeten worden gemaakt als eiseressen de allesbrander hadden gemeld. Deze vordering zal worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 31 augustus 1996.

r.o. 3.9. De door de verzekeraar tot een bedrag van f 113.070,30 gevorderde kosten van rechtsbijstand zal de rechtbank afwijzen. Aangenomen moet worden dat de betreffende werkzaamheden uiteindelijk wel dienden ter instructie van de onderhavige procedure, waarvoor de proceskostenveroordeling een vergoeding pleegt in te houden.

2.6. Eiseressen komen van dit vonnis met één algemene en dertien nadere grieven in hoger beroep; bij memorie van antwoord (tevens memorie van grieven) stelt Aegon met drie grieven incidenteel appèl in.

2.7. Het hof bekrachtigt in het principaal beroep het vonnis van de rechtbank en overweegt hierbij onder andere als volgt:

r.o. 10: Naar het oordeel van het hof hadden B, C en D de door de schadeexpert in het kader van het door hem verrichte onderzoek aan hun gestelde vragen (nog los van de exacte bewoording daarvan) in redelijkheid niet anders kunnen en mogen opvatten dan in die zin, dat die vragen (mede) de strekking hadden en er op gericht waren om alle voor het onderzoek naar het ontstaan van de brand (mogelijk) van belang zijnde gegevens te verkrijgen. Door in dat verband niet mede te delen dat er in het bedrijf een allesbrander met een daarop aangesloten olievat aanwezig was zijn de in het kader van het onderzoek gestelde vragen terzake van de schade (gelet op de aard en strekking daarvan) niet volledig en naar waarheid beantwoord. Anders dan eisers betogen hadden B, C en D kunnen en moeten begrijpen dat de informatie terzake van de allesbrander voor de schadeexpert, en derhalve voor zijn opdrachtgever de verzekeraar, van belang zou kunnen zijn in verband met de beoordeling van de schade. Dit geldt temeer nu (zoals eiseressen in de toelichting op grief XI onderschrijven) in de land- en tuinbouw een allesbrander in zeer veel gevallen de oorzaak is van de brand.

r.o. 11: Door niet mede te delen dat er een allesbrander aanwezig was hebben eiseressen in strijd gehandeld met het duidelijke en niet voor tweeërlei uitleg vatbare artikel 6.1.5. van de polisvoorwaarden. Hieraan doet niet af dat, volgens eiseressen, het onderzoek van de schadeexpert zich van meet af aan heeft geconcentreerd op de werkplaats en de machinekamer en niet op de (direct daarnaast gelegen) loods waar de allesbrander stond. De verzekeraar heeft in dit verband onweersproken aangevoerd dat dit het gevolg is geweest van het feit dat D heeft verklaard dat hij kort voor de brand met een haakse slijptol slijpwerkzaamheden heeft uitgevoerd in de werkplaats. Dat de schadeexpert op grond van deze mededeling en de door hem in dat verband vastgestelde onzorgvuldigheden zijn onderzoek in de eerste plaats heeft gericht op de werkplaats waar, volgens de verklaring van D, de slijpwerkzaamheden zijn uitgevoerd is naar het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk en ontslaat eiseressen in elk geval niet van hun verplichting om (ook) de aanwezigheid van de allesbrander te melden in de direct naast de werkplaats gelegen loods. Dit laatste geldt ook voor de – door de verzekeraar overigens gemotiveerd betwiste – stelling van eiseressen dat de schadeexpert bij zorgvuldig onderzoek ook zelf had kunnen ontdekken dat er een allesbrander aanwezig was.

r.o. 12: Het hof tekent hierbij aan dat ook de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst in acht hebben te nemen meebrengen dat de verzekerde de verzekeraar binnen redelijke termijn alle inlichtingen en bescheiden verschafft die voor deze van belang zijn om de uitkeringsplicht te beoordelen.

r.o. 13: Het hof gaat tot slot voorbij aan de stelling van eisers dat zij niet hebben begrepen dat de schadeexpert namens de verzekeraar optrad. Eiseressen hebben de schade bij de verzekeraar gemeld. Direct na deze mededeling is de schadeexpert met zijn uitvoerig (technisch) onderzoek naar het ontstaan van de brand begonnen, in welk verband hij uitgebreid (meerdere malen) met B, C en D heeft gesproken. In dit licht moet het voor eiseressen duidelijk geweest zijn dat de schadeexpert zijn onderzoek verrichtte naar aanleiding en in het kader van hun schademelding bij de verzekeraar. De stelling van eiseressen dat B, C en D de dagen na de brand met zeer veel personen hebben gesproken leidt niet zonder meer tot een ander oordeel. Temeer niet nu eiseressen niet kenbaar hebben gemaakt in welke context – anders dan optredend in opdracht en ten behoeve van de verzekeraar – zij de schadeexpert en het door hem verrichte onderzoek dan wel hadden geplaatst.

r.o. 15: Vast staat dat een kraanmachinist op 8 februari 1996 in het kader van de ruiming de allesbrander en het rookkanaal heeft weggetrokken en op een grote puinhoop (buiten) heeft gegooid. Ook staat vast dat de verzekeraar medio mei 1996 een anonieme tip heeft gekregen dat de onderhavige brand niet het gevolg is geweest van het uitvoeren van de slijpwerkzaamheden maar een gevolg zou zijn van een brandende, zelfgebouwde allesbrander. Naar aanleiding van deze mededeling hebben de verzekeraar (afdeling speciale zaken) en de schadeexpert aanvullende onderzoeken verricht. In dat verband zijn door een medewerker van de afdeling speciale zaken (onder meer) de getuigen H, I en de echtgenote van I gehoord, welke verklaringen steun geven aan de anonieme tip. De door de verzekeraar (afdeling speciale zaken) opgestelde rapporten van 12 augustus 1996 en 25 oktober 1996 zijn als producties 3 en 4 bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie overgelegd. De getuigen H en J (echtgenote van I) hebben hun tegenover de medewerker van de afdeling speciale zaken van de verzekeraar afgelegde verklaringen bevestigd tegenover de rechter-commissaris tijdens de op 2 september 1997 in deze zaak gehouden voorlopige getuigenverhoren.<sup>[noot:8]</sup> De conclusie uit het nadere rapport van de schadeexpert d.d. 14 augustus 1996 (prod. 2 bij voormelde conclusie) luidt dat het mogelijk is te achten dat het ontstaan van de onderhavige brand een gevolg is geweest van het buiten de allesbrander terechtkomen van olie die ter plaatse tot ontbranding kwam. Resumerend wordt gesteld dat indien op voorhand de juiste informatie was verstrekt de accenten bij de ingestelde technische expertise op andere plaatsen/omstandigheden zouden zijn gelegd, met zeer wel mogelijk een andere conclusie met betrekking tot de brandoorzaak. Dit alles levert voldoende, op het concrete geval toegesneden feiten en omstandigheden op die het vermoeden rechtvaardigen dat het missen van de mogelijkheid om direct na de brand de allesbrander in het onderzoek naar het ontstaan van de brand te betrekken de verzekeraar ook daadwerkelijk in een ongunstiger positie heeft gebracht, zodat de verzekeraar zich op de voet van artikel 6.2. van de polisvoorwaarden terecht op het standpunt kan stellen dat de verzekering in dezen geen dekking geeft. De enkele omstandigheid dat in de door eisers overgelegde (door de verzekeraar betwiste) TNO rapportages het door de schadeexpert verrichte onderzoek en de daaruit getrokken conclusies worden bekritiseerd, en als conclusie is vermeld dat het zeer onwaarschijnlijk moet worden geacht dat de allesbrander de brand heeft veroorzaakt, leidt niet tot een ander oordeel. Deze rapportages, die eerst langere tijd na de brand zijn opgesteld doen er niet aan af dat de verzekeraar door de handelwijze van eiseressen in dezen daadwerkelijk is geschaad in een wezenlijk onderzoeksbelang, bestaande uit de mogelijkheid om in het kader van het onderzoek naar de oorzaak van de brand zelf tijdig en adequaat onderzoek te kunnen doen terzake van de allesbrander. Dat de resultaten van dit onderzoek hadden kunnen leiden tot een gerechtvaardigde afwijzing van de uitkering onder de polis kan op voorhand niet worden uitgesloten.

2.8. In het incidenteel appèl strekt de eerste grief van de verzekeraar ten betoge dat de rechtbank ten onrechte de door hem gevorderde kosten van onderzoek integraal heeft afgewezen. Het hof verwerpt deze grief; hiertoe overweegt het hof het volgende:

r.o. 22: het is bij brandschades als de onderhavige niet ongebruikelijk dat door de verzekeraar een extern expertisebureau wordt ingeschakeld om onderzoek te doen naar het ontstaan van de brand. De daarmee verband houdende kosten worden gemaakt in het kader van de vraag of er een verplichting tot uitkering bestaat onder de polis. Deze kosten zijn in beginsel voor rekening van de verzekeraar, ook als later blijkt dat er geen polisdekking is. De rechtbank heeft derhalve met juistheid overwogen dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de in deze grief aan de orde gestelde kosten niet ook hadden moeten worden gemaakt indien eiseressen de allesbrander wèl hadden gemeld. De omstandigheid dat de verzekeraar in dezen een beroep toekomt op de in de artikelen 6.1.5. en 6.2 van de polisvoorwaarden neergelegde regeling en de verzekering dientengevolge geen dekking geeft brengt, anders dan de verzekeraar betoogt, niet mee dat hij daarmee ook gerechtigd is de kosten van het door haar ingeschakelde bureau X op eiseressen te verhalen. Aan de stelling van de verzekeraar dat in geval van tijdige melding van de allesbrander (aanzienlijk) minder expertisecosten gemaakt hadden behoeven worden gaat het hof als onvoldoende onderbouwd voorbij. De enkele stelling van de verzekeraar dat de schadeexpert in

dat geval andere en mindere onderzoeksinspanningen had moeten leveren acht het hof in dit verband in elk geval onvoldoende. Ditzelfde geldt voor het tijdens het pleidooi door de verzekeraar genoemde bedrag van ruim f 20.000,=.

2.9. Ook de incidentele grief 2 die klaagt dat de rechtbank de door de verzekeraar gevorderde kosten van rechtsbijstand integraal heeft afgewezen, treft geen doel.

r.o. 23: Niet is gebleken dat deze kosten niet moeten worden aangemerkt als kosten ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak, welke kosten zijn ingesloten in het in rechte, in het kader van de proceskostenveroordeling, vastgesteld forfaitair salaris voor de procureur van de verzekeraar. Dat naast de gebruikelijke werkzaamheden in verband met de voorbereiding van de gedingstukken en de instructie van de zaak door de raadsman van de verzekeraar nog andere werkzaamheden zijn verricht die in aanvulling op het in het kader van de kostenveroordeling forfaitair vastgesteld salaris nog voor vergoeding in aanmerking komen is het hof niet gebleken. De door de verzekeraar in de toelichting op deze grief genoemde werkzaamheden kunnen, mede gelet op de aard van de onderhavige zaak, in elk geval niet als voor separate vergoeding in aanmerking komend worden aangemerkt. De verzekeraar heeft derhalve zijn stellingen op dit punt onvoldoende onderbouwd.

2.10. Het hof vernietigt het bestreden vonnis in conventie en in reconventie voorzover gewezen ten aanzien van de proceskostenveroordelingen en stelt de proceskosten opnieuw vast. Voor het overige wordt het in conventie en in reconventie tussen partijen gewezen vonnis bekrachtigd.

2.11. Eiseressen stellen tegen dit arrest tijdig cassatieberoep in; bij conclusie van antwoord stelt de verzekeraar incidenteel cassatieberoep in. Partijen geven schriftelijke toelichtingen en alleen eiseressen geven repliek in principaal cassatieberoep en dupliek in incidenteel cassatieberoep.

### **3. Bespreking van het principaal cassatieberoep**

3.1. Het middel is verdeeld over zeven onderdelen die elk afzonderlijk verschillende rechts- en motiveringsklachten bevatten. Kort gezegd richt het middel zich tegen 's hofs vaststelling dat de eiseressen de vraagstelling tijdens het onderzoek van de schadeexpert hadden moeten begrijpen als gericht op het meedelen van alle voor het onderzoek naar de oorzaak van de brand mogelijk van belang zijnde gegevens. Gelet op de feitelijke omstandigheden en de achtergrond van B, C en D hadden deze niet hoeven begrijpen in hoeverre een mededelingsplicht op hen rustte; het hof heeft daarom rechtens onvoldoende gemotiveerd besloten dat eiseressen de polisvoorwaarden houdende de verplichting volledig aan de waarheidsvinding rond schade mee te werken, hebben geschonden en daarmee het volledig recht op schadeuitkering hebben verloren.

3.2. Middel 1 richt zich tegen r.o. 10. Het middel betoogt in onderdeel 1a, dat aan het oordeel van het hof een vooronderstelling ten grondslag moet liggen die erop neerkomt dat de schadeexpert aan B, C en D een vraag heeft gesteld waarop het antwoord zou moeten zijn dat een allesbrander met olievat aanwezig was. Een dergelijke vooronderstelling mist feitelijke grondslag, zo meent het onderdeel, nu specifieke informatie omtrent de door de schadeexpert gestelde vragen ontbreekt. Daarmee schendt het hof art. 24 Rv., althans schendt het zijn motiveringsplicht door niet aan te geven op welke grondslag het meende dat de hierbedoelde vraag werd gesteld.

3.3. In r.o. 10 is niet te lezen, zoals onderdeel 1a stelt, dat het hof een te verwachten feit, de bedoelde vraag naar de allesbrander, heeft aangevuld. Het hof heeft het genoegzaam aannemelijk geacht dat de schadeexpert aan B, C, D en E heeft gevraagd naar relevante informatie over brandgevaarlijke stoffen en situaties (r.o. 8). Vervolgens stelt het hof alleszins begrijpelijk vast welk antwoord B, C en D in de omstandigheden van het geval hadden moeten geven, op de door de schadeexpert wel aan hen gestelde vragen.<sup>[noot:9]</sup>Zulks heeft het hof voldoende duidelijk laten uitschijnen in r.o. 10. Hiervan uitgaande kan noch van een gebrek aan

feitelijke grondslag noch van een motiveringsgebrek sprake zijn. Het hof heeft geoordeeld op basis van hetgeen uit de overgelegde stukken en de bijlagen naar voren komt. Van een schending van artikel 24 Rv is geen sprake.

3.4. Onderdeel 1b. klaagt dat het hof artikelen 24, 149 en/of 150 Rv. schendt, als het zou hebben gemeend dat bedoelde vraag (de specifieke vraag naar de aanwezigheid van een allesbrander) door de schadeexpert wel gesteld zal zijn, hetgeen eiseressen hebben ontkend en waarvoor geen bewijs is geleverd.

3.5. Het middelonderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof heeft niet geoordeeld dat er aan B, C en D een specifieke vraag naar de allesbrander is gesteld. Wel zijn er, zoals het hof genoegzaam aannemelijk acht, andere vragen naar de oorzaak van de brand gesteld waarop B, C en D in redelijkheid hadden moeten antwoorden dat er in het bedrijf een allesbrander aanwezig was.

3.6. Onderdeel 1c. bevat een motiveringsklacht; het onderdeel (dat blijkbaar ook tegen r.o 11 opkomt) verwijt het hof dat het niet heeft gemotiveerd waarom het schending van artikel 6.1.5 polisvoorwaarden constateert, terwijl artikel 6.1.5 spreekt over “gestelde vragen” en er geen vraag is gesteld, althans niet bewezen is dat zodanige vraag naar een allesbrander is gesteld.

3.7. Het middelonderdeel treft geen doel. Het hof heeft genoegzaam aannemelijk geacht dat er bepaalde vragen aan B, C en D zijn gesteld. Het heeft vervolgens alleszins begrijpelijk geoordeeld dat B, C en D op deze vragen iets hadden moeten meedelen over de aanwezigheid van de allesbrander.

3.8. Onderdeel 1d. brengt een motiveringsklacht naar voren die inhoudt dat het hof blijk geeft onvoldoende rekening te houden met de door eiseressen aangevoerde omstandigheden ter beoordeling van de vraag of B, C en D hadden kunnen begrijpen wat het onderzoek inhield en wat de aard van de informatie was die met de vragen beoogd werd te verkrijgen.

3.9. Het hof maakt in r.o. 10 en r.o.11 voldoende duidelijk dat B, C en D konden begrijpen en moesten begrijpen, wat de aard van de door de schadeexpert gewenste informatie was, wat de expert wilde weten en namens wie de expert optrad. Ik wijs met name op de beide laatste volzinnen van r.o. 10. Middelonderdeel 1d slaagt niet.

3.10. Onderdeel 2a leest in r.o. 10 dat B, C en D hadden moeten (onderstrepingsmiddel) begrijpen dat het onderzoek gericht was op het verkrijgen van alle voor het onderzoek (mogelijk) van belang zijnde gegevens; dat niet alleen de daadwerkelijk van belang zijnde gegevens maar ook de (alleen maar) mogelijk van belang zijnde gegevens boven water moesten komen. Het onderdeel brengt een motiveringsklacht te berde, door te betogen dat het hof niet heeft gemotiveerd waarom de door het hof gestelde eis voor B, C en D haalbaar was.

3.11. Hetgeen het middelonderdeel in r.o. 10 leest, staat er niet; het hof heeft tot uitdrukking willen brengen dat aan de (de deskundige van) de verzekeraar naar aanleiding van aan B, C en D gestelde vragen alle gegevens verstrekt moesten worden die voor het onderzoek naar het ontstaan van de brand belangrijk zouden kunnen zijn.

3.12. Onderdeel 2b. klaagt meer in het algemeen, dat het hof, na vastgesteld te hebben welke informatieplicht op B, C en D rustte,

“had moeten onderzoeken of B, C en D konden begrijpen dat de doelstelling van de over de vloer komende onbekende mensen meer inhield dan alleen maar nieuwsgierig zijn naar ‘hoe het gebeurd was’ en dat de doelstelling van één hunner, te weten A, pas bereikt zou zijn als niet alleen alles dat tot de brand geleid heeft, maar ook nog eens alles dat mogelijk tot die brand geleid heeft, bekend zou zijn.”



3.12. Het hof acht het – in r.o. 8 – genoegzaam aannemelijk dat de schadeexpert aan B, C, D en E heeft gevraagd naar relevante informatie over brandgevaarlijke situaties en stoffen. In r.o. 9 wordt gerefereerd aan gesprekken die de schadeexpert met elk van B, C en D in het kader van het door hem verrichte onderzoek heeft gevoerd. In r.o. 10 constateert het hof dat B, C en D de betrokken vragen in redelijkheid niet anders hadden kunnen opvatten dan dat zij er op gericht waren om alle relevante gegevens te verkrijgen. Hiermee heeft het hof feitelijk vastgesteld en behoorlijk gemotiveerd dat B, C en D op de hoogte waren van de beweegredenen van de schadeexpert.

3.13. Onderdeel 2c. voert het volgende aan:

“Het hof zou gemeend hebben dat zelfs de eenvoudigste van geest nog wel begrepen zou hebben dat hij tijdens een onderzoek naar een brand, gevraagd of ongevraagd, melding had moeten maken van de aanwezigheid van een allesbrander met een daarop aangesloten olievat. Voor zoveel het hof dit gemeend zou hebben kan het hof ook in die mening niet zonder nadere toelichting, welke ontbreekt, gevolgd worden. Omdat voornoemde allesbrander niet gebruikt werd, kan hij niet aan het begin van de brand gestaan hebben. Een lege emmer kan iemand niet nat maken. Een kachel die uit is kan geen brand veroorzaken. Ook daarom is het arrest dus niet naar behoren gemotiveerd.”

3.14. Bij dit middelonderdeel hebben eisers geen belang. Het gaat er in dit geding niet om om vast te stellen of de allesbrander wel of niet is gebruikt. Wel gaat het er om de vraag of de verzekeraar in haar belang is geschaad doordat zij niet direct na de brand onderzoek kon doen naar de vraag welke rol de allesbrander heeft gespeeld bij het ontstaan van de brand.

3.15. Middel 3 valt r.o. 11 aan. Volgens het middel gaat deze r.o. uit van twee veronderstellingen: a. een verzekerde moet meer doen dan een gestelde vraag beantwoorden; b. er is geen vraag gesteld naar de allesbrander. Onjuist noemt het middel de rechtsopvatting, dat het hof aan de verzekerde – ex 283 K en polisvoorwaarde 6.1.5 – een plicht oplegt die zo omvangrijk is als hier door het hof bedoeld, terwijl er geen specifieke “gestelde” vragen zijn gesteld. Het arrest is evenmin ten deze deugdelijk gemotiveerd.

3.16. Het middel kan niet slagen, omdat de beide veronderstellingen waarop het berust niet deugen. In r.o. 11 kan ik niet lezen dat het hof van mening zou zijn dat in het onderhavige geval de eiseressen meer hadden moeten doen dan op gestelde vragen een antwoord te geven. Ik verwijs naar r.o. 10; daar is te lezen welke vragen wel aan B, C en D zijn gesteld en wat naar de mening van het hof in redelijkheid het antwoord op deze vragen had moeten zijn.

3.17. De rechtsklacht van middel 4 houdt in dat het hof in r.o. 12 een oordeel geeft dat met art. 283 K. strijdt, “en dat veel voordeliger voor de verzekeraar uitvalt dan in art. 7.17.1.14.” Voorts stelt het middel dat het bestreden oordeel van het hof een leemte bevat omtrent de informatie die voor verzekeraar van belang is maar die niet ter beschikking van verzekerde staat.

3.18. Eiseressen hebben geen belang bij dit middel, omdat r.o. 12 niet dragend is voor het oordeel van het hof. Het bevat slechts een oordeel ten overvloede.

3.19. In middel 5 wordt aangevoerd dat het hof in r.o. 13 aan de stelling van eiseressen voorbij is gegaan dat zij niet hebben begrepen dat de schadeexpert namens Aegon optrad. Het middel stelt dat het hof hier de door eiseressen aan het hof verstrekte informatie miskent, namelijk de veelheid aan onbekende personen die voor verschillende instanties werkten en van wie eiseressen niet begrepen wie namens welke instantie sprak.

3.20. Het betreft hier het feitelijk oordeel van het hof over de vraag of in het licht van de omstandigheden van het geval eiseressen konden begrijpen dat de schadeexpert namens Aegon optrad. Over het antwoord op die vraag heeft het hof in r.o. 13 een goed gemotiveerd oordeel gegeven. Het middel wordt tevergeefs voorgesteld.

3.21. Onderdeel 6a. betoogt dat het hof had moeten onderzoeken of verzekerde te kwader trouw was, m.a.w. of er sprake was van opzettelijke verzwijging; voorts of het daardoor gemiste onderzoek verzekeraar in een redelijk belang heeft geschaad.

3.22. Het middelonderdeel kan niet slagen. Voor een beroep op artikel 6.2. van de polisvoorwaarden is niet vereist dat de verzekerde te kwader trouw dient te zijn geweest. De tekst van de desbetreffende bepaling stelt zo'n vereiste niet.

3.23. Onderdeel 6b. klaagt dat het hof niet heeft gemotiveerd of het gemiste onderzoek daadwerkelijk een ander resultaat zou hebben opgeleverd in de zin dat zou komen vast te staan dat de allesbrander de oorzaak van de brand zou zijn geweest.

3.24. Het hof heeft in r.o. 15 in een uitvoerig en goed gemotiveerde redenering uitgelegd dat het direct na de brand niet kunnen uitvoeren van een onderzoek naar de allesbrander de verzekeraar in een ongunstiger positie heeft gebracht. Hiermee heeft het hof aangegeven dat de verzekeraar door het niet-verstrekken van informatie over de allesbrander in zijn belangen is geschaad. Dat is voldoende voor een beroep op artikel 6.2 van de polisvoorwaarden. Sprake is van informatie waarvan men had kunnen en moeten weten dat deze van belang was. In het licht hiervan behoeft het hof niet in te gaan op de vraag of het "gemiste onderzoek" daadwerkelijk tot een andere uitkomst zou hebben geleid.

3.25. Middel 7 richt wederom zijn pijlen op het ontbreken van de specifieke vraag naar de aanwezigheid van de allesbrander. In onderdeel 7a. wordt het oordeel in r.o. 16 daarom aangevallen, nu bij het ontbreken van "de vraag" zonder motivering niet begrepen kan worden waarom een redelijk belang van de verzekeraar werd geschonden, zoals art. 6.2 van de polisvoorwaarden verlangt.

3.26. Het arrest geeft in r.o. 15 aan dat het geschonden belang van de verzekeraar bestaat in het niet verstrekken van de informatie over de allesbrander naar aanleiding van aan B, C en D gestelde vragen. Dat zulks hier door het hof gemotiveerd is gedaan kwam hierboven in de onderdeel 2.24 van deze conclusie aan de orde. Subonderdeel 7b gaat niet op: het hof heeft in r.o. 15 gemotiveerd uiteengezet dat de verzekeraar een redelijk belang had om onmiddellijk na de brand onderzoek te doen naar de aanwezigheid van de allesbrander. Ook heeft het hof – anders dan middelonderdeel 7c beweert – in r.o. 15 voldoende duidelijk aangegeven in welk belang de verzekeraar is geschaad.

## 4. Bespreking van het incidenteel cassatieberoep

4.1. Het eerste incidentele middel richt zich tegen 's hofs verwerping van verzekeraars incidentele grief 1 waarin deze de in reconventie gevorderde kosten van de schadeexpert vorderde. Het middel vindt de motivering van het hof ter afwijzing van de kosten rechtens onjuist danwel onvoldoende gemotiveerd, met name in het licht van een aantal in het middel opgevoerde – in de woorden van het middel: essentiële – stellingen.

4.2. Ik begin met een opmerking ten overvloede. Artikel 6, lid 2 van de polisvoorwaarden stelt als sanctie op het niet-verlenen van medewerking bij de regeling van de schade het verval van de uitkeringsplicht. Dat is op zich een zware sanctie. Er wordt in dat contractsartikel niets gezegd over het door de verzekerde moeten vergoeden van door de verzekeraar gemaakte onderzoekskosten. Hieraan zou men de conclusie kunnen verbinden dat het vorderen van de onderzoekskosten onder de polisvoorwaarden niet mogelijk is. In artikel 6, lid 2 van de polisvoorwaarden had immers bepaald kunnen zijn dat niet alleen de verzekeringnemer zijn recht op uitkering verliest, maar ook bepaalde expertisekosten dient te vergoeden. Van de uitleg van de polisvoorwaarden op dit punt is in dit geding geen kwestie gemaakt. Ik laat dit punt verder terzijde.

4.3. Het middel houdt in dat naast de sanctie van artikel 6, lid 2 er nog wel degelijk aanvullende schadevergoeding ter zake van expertisekosten gevorderd kan worden op basis van artikel 6: 74, lid 1 BW of op grond van onrechtmatige daad. Wanneer ik r.o. 22 van het bestreden arrest goed probeer uit te leggen, gaat het hof er impliciet vanuit dat zo'n aanvullende schadevergoeding voor gemaakte onderzoekskosten niet zonder meer en bij voorbaat op de in het middel aangegeven gronden uitgesloten kan worden. De vordering van de verzekeraar wordt door het hof immers niet afgewezen, omdat de grondslag ervoor ontoereikend zou zijn, maar omdat zij onvoldoende gespecificeerd is.

4.4. Ook al wordt in de onderhavige zaak het recht op schadeuitkering niet gehonoreerd vanwege onvoldoende medewerking aan de regeling van de schade, er zal in dergelijke gevallen altijd onderzoek door een expert naar de brandoorzaak plaatsvinden. Dit blijkt ook uit de twee rapporten die de expert in dit geval heeft uitgebracht, t.w. een op 26 februari 1996 kort na de brand (zie r.o. 6 van het bestreden arrest) en een op 14 augustus 1996 (zie r.o. 15 van het bestreden arrest). Beide rapporten hebben betrekking op het vinden van de oorzaak van de brand. Er bestaat overeenstemming dat de kosten van dergelijke rapporten in beginsel voor rekening van de verzekeraar zijn.

4.5. In dit geding stelt de verzekeraar dat de expertisekosten hoger zijn uitgevallen dan het geval zou zijn geweest wanneer eiseressen aan de regeling van de schade zouden hebben meegewerkt. Het hof lijkt hierin enigszins mee te gaan (zie r.o. 11 en 15 van het bestreden arrest). Dat hogere gedeelte van de kosten zou volgens de verzekeraar voor rekening van eiseressen dienen te komen. Ik lees, zoals hierboven ook al opmerkt, in r.o. 22 van het bestreden arrest niet dat het hof deze gedachte van de verzekeraar categorisch afwijst. Het enige dat het hof vaststelt is dat de verzekeraar onvoldoende specifiek heeft aangegeven welk deel van de expertisekosten niet zou zijn gemaakt, als de eiseressen hadden meegewerkt. Ik vind deze vaststelling in het licht van hetgeen de verzekeraar in MvA, onderdeel 6.3. heeft aangevoerd en in zijn pleitnota onder 6 op zich niet onbegrijpelijk. Wel heeft de verzekeraar in zijn MvA, onderdeel 7, bewijs aangeboden van de aard en de noodzaak van de door hem gemaakte onderzoekskosten. Ik meen dat het hof aan dit bewijsaanbod niet voorbij had mogen gaan. Dit bewijsaanbod had licht kunnen werpen op de volgens het hof niet duidelijk beantwoorde vraag welk deel van de expertisekosten niet gemaakt hadden behoeven te worden in geval de eiseressen aan de regeling van de schade hadden meegewerkt. In dit opzicht treft het middelonderdeel doel.

4.6. Het middel benadrukt daarnaast vooral nog dat het hof geen beslissing heeft genomen over de grondslag van de door de verzekeraar ingestelde vordering tot betaling van expertisekosten, terwijl de verzekeraar hierom wel heeft gevraagd. Hierop hebben ook de door de verzekeraar in het middel genoemde essentiële stellingen waaraan het hof volgens de verzekeraar ten onrechte voorbij zou zijn gegaan betrekking. M.i. hoefde het hof in de door hem gevolgde benadering niet in te gaan op de vraag wat de precieze grondslag van de vordering is, nu het meende dat de vordering van de verzekeraar tot betaling van expertisekosten niet voldoende gespecificeerd was. Als de verzekeraar in een aan hem te geven bewijsopdracht er wel slaagt in om de door hem gemaakte onderzoekskosten voldoende te specificeren, wordt de grondslag van de vordering tot vergoeding van onderzoekskosten uiteraard wel relevant. Hierover kan het hof waarnaar het geding wordt verwezen in geval van vernietiging van het bestreden alsnog na een eventuele nadere bewijsopdracht een beslissing nemen.

4.7. Het tweede incidentele middel klaagt over de afwijzing van bepaalde onderdelen van de kosten van rechtsbijstand die Aegon heeft moeten maken.

4.8. Het hof meent dat de verzekeraar geen separate vergoeding van eiseressen kan krijgen voor de kosten die de raadsman van verzekeraar in rekening bracht voor de in de onderdelen 6.5-6.8 van de MvA omschreven werkzaamheden. Het hof heeft deze kosten aangemerkt als kosten ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van zaak. Dat is voor een belangrijk deel een feitelijk oordeel. Ik meen dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is, omdat de resultaten

die de in 6.5-6.8 bedoelde werkzaamheden van de raadsman voor verzekeraar opleverden een belangrijke rol lijken te hebben gespeeld bij het door de verzekeraar innemen van posities in dit geding. Omdat de desbetreffende kosten geacht worden te zijn vergoed onder het liquidatietarief, komen deze ook niet voor vergoeding in aanmerking en dat ook in geval eiseressen wanprestatie hebben gepleegd dan wel onrechtmatig hebben gehandeld jegens verzekeraar. Ik verwijs naar artikel 241 Rv dat gelijk is aan artikel 57, lid 6 (oud) Rv.

4.9. Het derde incidentele middel klaagt erover dat het hof geen beslissing heeft genomen over de stelling van de verzekeraar dat opzettelijke verzwijging een voldoende grondslag is om een vergoeding van de in het eerste incidentele middel bedoelde expertisekosten en de in het tweede incidentele middel bedoelde kosten van rechtsbijstand toe te wijzen. Zoals ik hierboven in 4.6. heb aangegeven, dient het hof waarnaar bij vernietiging van het bestreden arrest de zaak wordt verwezen te beslissen over de mogelijke toereikendheid van de grondslag van vordering van de verzekeraar tot vergoeding van de door hem betaalde expertisekosten. Dit uiteraard alleen weer voor zover het verwijzingshof ook beslist dat de verzekeraar erin is geslaagd te bewijzen dat hij bepaalde, bijzondere en gespecificeerde meerkosten in verband met het expertisearchief heeft gemaakt.

## 5. Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het principale beroep en tot vernietiging van het bestreden arrest in het incidentele beroep en verwijzing van het geding naar een ander gerechtshof.

Hoge Raad

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie – verder te noemen: Pejori c.s. – hebben bij exploit van 12 augustus 1997 verweerster in cassatie – verder te noemen: Aegon – gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Na eismodificaties hebben zij gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

a te verklaren voor recht dat de schade die als gevolg van de brand van 6 februari 1996 is ontstaan is gedekt onder de brandpolis;

b Aegon te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 10.642.828,74, te verminderen met f 1.800.000,=, maar te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 21 augustus 1996, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening en vermeerderd met buitengerechtigde kosten ten bedrage van f 328.180,=;

c Aegon te veroordelen tot vergoeding van geleden aanvullende (bedrijfs)schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met wettelijke rente;

subsidiar:

Aegon te veroordelen tot betaling aan Pejori c.s. van een bedrag van f 4.558.068,50, te vermeerderen met 20% ter zake van aanvullende dekking, een en ander nog te vermeerderen met wettelijke rente als primair onder b gevorderd en buitengerechtigde kosten ten bedrage van f 164.090,=.

Aegon heeft de vorderingen bestreden en harerzijds in reconventie gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Aegon niet gehouden is dekking te verlenen voor enigerlei door Pejori c.s. geleden schade als gevolg van de brand van 6 februari 1996;
2. Pejori c.s. hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot (terug)betaling aan Aegon van f 1.800.000,=, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 31 augustus 1996 tot aan de dag der algehele voldoening;
3. Pejori c.s. hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot vergoeding van de door Aegon betaalde kosten van onderzoek en schadevaststelling verband houdende met de brand van 6 februari 1996, te begroten op f 246.363,71, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 31 augustus 1996, althans vanaf 24 november 1996, althans vanaf 9 juni 1998 tot aan de dag der algehele voldoening;
4. Pejori c.s. hoofdelijk (althans gezamenlijk) te veroordelen tot vergoeding van de door Aegon betaalde buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand verband houdend met de brand van 6 februari 1996, te begroten op f 113.070,30, althans nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 juni 1998 tot aan de dag der algehele voldoening.

Pejori c.s. hebben in reconventie de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 21 maart 2001 in conventie de vorderingen afgewezen, in reconventie Pejori c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan Aegon van f 1.800.000,= en f 221.034,01, vermeerderd met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 31 augustus 1996 tot aan de dag der algehele voldoening, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben Pejori c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Aegon heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 25 maart 2003 heeft het hof in het principaal appel het beroep tegen het tussen partijen in conventie en in reconventie gewezen vonnis van 21 maart 2001 van de rechtbank te 's-Gravenhage verworpen, in het incidenteel appel voormeld vonnis vernietigd, voor zover inhoudende de veroordeling van Pejori c.s. in de kosten van het geding in conventie en in reconventie, en, opnieuw rechtdoende, Pejori c.s. zowel in conventie als in reconventie veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Aegon zoals in het dictum van het arrest begroot en voor het overige voormeld vonnis van de rechtbank zowel in conventie als in reconventie bekrachtigd. [M&pg {}]Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen;*red.*).

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben Pejori c.s. beroep in cassatie ingesteld. Aegon heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit (niet opgenomen;*red.*).

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Aegon mede door mr. B.T.M. van der Wiel, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het principale beroep en tot vernietiging van het bestreden arrest in het incidentele beroep en verwijzing van het geding naar een ander gerechtshof.

De advocaat van Aegon heeft bij brief van 1 november 2004 op die conclusie gereageerd.

### 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Pejori c.s. exploiteerden in Ursem en Zwaagdijk-Oost een bedrijf dat zich meer in het bijzonder bezig hield met de witloftrekkerij en de handel in witlof en andere tuinbouwproducten. Aegon heeft de bedrijfsgebouwen, waarvan Pejori Beheer eigenaar was, sedert 1994 verzekerd tegen onder meer brand. De polisvoorwaarden houden onder meer de volgende bepalingen in:

“6.1. Zodra de verzekeringnemer kennis draagt van een gebeurtenis die voor de maatschappij tot een verplichting tot uitkering kan leiden, is hij verplicht:

(...)

6.1.3. zijn volle medewerking te verlenen bij de regeling van de schade en alles na te laten, wat de belangen van de maatschappij zou kunnen schaden;

(...)

6.1.5. de aanwijzingen van de maatschappij nauwkeurig op te volgen en de terzake van de schade gestelde vragen volledig en naar waarheid te beantwoorden.

6.2. Deze verzekering geeft geen dekking, indien de verzekeringnemer een van deze verplichtingen niet is nagekomen en daardoor de belangen van de maatschappij heeft geschaad.”

ii. Op 6 februari 1996 is brand ontstaan in een deel van de bedrijfsgebouwen van Pejori c.s. te Ursem. Pejori c.s. hebben de brandschade bij Aegon gemeld. Naar aanleiding daarvan heeft A van het technisch expertisebureau X B.V. een uitgebreid onderzoek ingesteld naar het ontstaan van de brand, in het kader waarvan hij ter plaatse technisch onderzoek heeft verricht en uitvoerig heeft gesproken met B (directeur en aandeelhouder van Pejori Beheer), C en D (beiden indirect aandeelhouder van Pejori Beheer). A heeft een expertiserapport opgesteld, gedateerd 26 februari 1996.

iii. Bij akten van taxatie van augustus 1996 hebben de voor partijen optredende taxateurs de schade getaxeerd op (ongeacht eventuele onderverzekering en exclusief 20% aanvullende dekking) f 9.116.137,95. Bij wege van voorschot op de definitieve schade-uitkering heeft Aegon een bedrag van in totaal f 1.800.000,= aan Pejori c.s. betaald.

iv. Aegon heeft bij brief van 21 augustus 1996 aan Pejori c.s. medegedeeld de verlangde schadevergoedingen onder de verzekeringsovereenkomsten af te wijzen en aanspraak gemaakt op terugbetaling van het betaalde voorschot.

3.2. Pejori c.s. hebben in het onderhavige geding de hiervoor in 1 nader omschreven vorderingen ingesteld, die voor zover in cassatie van belang hierop neerkomen dat voor recht wordt verklaard dat de schade als gevolg van de brand is gedekt onder de brandpolis en dat Aegon wordt veroordeeld tot vergoeding daarvan. Aegon heeft deze vorderingen bestreden en in reconventie de hiervoor in 1 weergegeven vorderingen ingesteld. Voor zover in cassatie van belang strekken deze vorderingen ertoe Pejori c.s. te veroordelen tot terugbetaling van het voorschot en tot vergoeding van de kosten van onderzoek en schadevaststelling alsmede de buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand, ten bedrage van f 246.363,71 onderscheidenlijk f 113.070,30. Aan deze vorderingen heeft Aegon ten grondslag gelegd dat deze kosten niet hadden behoeven te worden gemaakt indien Pejori c.s., kort gezegd, de aanwezigheid van een allesbrander in het bedrijfscomplex direct hadden gemeld, zoals zij verplicht waren.

De rechtbank heeft in conventie de vorderingen van Pejori c.s. afgewezen. In reconventie heeft zij de vordering van Aegon tot terugbetaling en tot vergoeding van de kosten van onderzoek en schadevaststelling tot een bedrag van f 221.034,01 toegewezen. De vordering tot vergoeding van buitengerechtigde kosten van rechtsbijstand heeft zij afgewezen.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank, behoudens de beslissingen ten aanzien van de proceskosten aan de zijde van Aegon, in conventie en in reconventie bekrachtigd.

#### **4. Beoordeling van de middelen in het principale beroep**

De in de middelen aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### **5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep**

5.1. Naar aanleiding van de in het principaal hoger beroep door Pejori c.s. aangevoerde grieven, die betrekking hadden op de vraag of Aegon zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat zij niet gehouden was de schade te vergoeden, heeft het hof onder meer het volgende overwogen.

Door niet mede te delen dat in het bedrijf een allesbrander met een daarop aangesloten olievat aanwezig was, zijn de in het kader van het onderzoek gestelde vragen ter zake van de schade niet volledig en naar waarheid beantwoord. Daardoor hebben Pejori c.s. in strijd gehandeld met het duidelijke en niet voor tweeërlei uitleg vatbare art. 6.1.5 van de polisvoorwaarden. Hieraan doet niet af dat volgens Pejori c.s. het onderzoek van A zich van meet af aan heeft geconcentreerd op de werkplaats en de machinekamer en niet op de direct daarnaast gelegen loods waar de allesbrander stond, nu dit het gevolg is geweest van het feit dat D heeft verklaard dat hij kort voor de brand slijpwerkzaamheden heeft uitgevoerd in de werkplaats. Aanvullende onderzoeken door Aegon (afdeling speciale zaken) en A naar aanleiding van een anonieme tip dat de brand niet het gevolg is geweest van het uitvoeren van de slijpwerkzaamheden, maar een gevolg zou zijn van een brandende zelfgebouwde allesbrander, alsmede de tijdens voorlopige getuigenverhoren afgelegde verklaringen leveren voldoende feiten en omstandigheden op die het vermoeden rechtvaardigen dat het missen van de mogelijkheid om direct na de brand de allesbrander in het onderzoek naar het ontstaan van de brand te betrekken Aegon ook daadwerkelijk in een ongunstige positie heeft gebracht.

Dit een en ander is in cassatie niet of tevergeefs bestreden. Nu Aegon haar vorderingen in reconventie mede heeft gegrond op hetgeen zij in conventie als verweer tegen de vordering van Pejori c.s. had aangevoerd, moet van hetgeen het hof heeft overwogen ook worden uitgegaan voor de beoordeling van het middel in het incidentele beroep, dat zich richt tegen de bekrachtiging door het hof van het vonnis van de rechtbank, voor zover daarin haar reconventionele vorderingen zijn afgewezen.

5.2.1. Onderdeel I heeft betrekking op de afwijzing van de vordering in reconventie van Aegon tot vergoeding van de kosten van het rapport-A ten bedrage van f 25.329,70. Het hof heeft de grief van Aegon tegen de afwijzing door de rechtbank van deze vordering verworpen op de grond dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat deze kosten niet ook hadden moeten worden gemaakt indien Pejori c.s. de allesbrander wel hadden gemeld, en dat de omstandigheid dat Aegon een beroep toekomt op de polisvoorwaarden en de verzekering dientengevolge geen dekking geeft, niet meebrengt dat Aegon daarmee ook gerechtigd is de kosten van het door haar ingeschakelde bureau X op Pejori c.s. te verhalen.

5.2.2. Het onderdeel klaagt dat het hof, aldus overwegende, is voorbijgegaan aan essentiële stellingen van Aegon, waarop zij haar vordering in reconventie en haar incidentele grief heeft

doen steunen, en die niet beperkt zijn tot het niet tijdig melden van de aanwezigheid van de allesbrander, maar primair het verwijt inhouden dat Pejori c.s. wisten dat de brand was veroorzaakt door het, als merkelijke schuld aan te merken, gebruik van een gevaarlijke allesbrander, dat zij desbewust voor A en Aegon de veroorzaking van de brand door de allesbrander hebben verzwegen en dat zij hebben getracht dit ook overigens voor hen te verdoezelen, terwijl A daardoor onnodige onderzoekshandelingen heeft verricht. Het onderdeel verwijt het hof voorts het uitdrukkelijke aanbod van Aegon de aard en noodzaak van deze kosten te bewijzen te hebben gepasseerd.

5.2.3. Deze klachten treffen doel. Door niet te onderzoeken of de desbetreffende stellingen van Aegon voldoende grond opleveren voor een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad van Pejori c.s. en het bewijsaanbod van Aegon met betrekking tot de aard en noodzaak van de kosten te passeren, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien het ervan zou zijn uitgegaan dat het vervallen van de dekking op grond van de polisvoorwaarden meebrengt dat geen plaats is voor een op wanprestatie of onrechtmatige daad van Pejori c.s. gegronde vordering van Aegon. Indien het hof niet van deze onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, heeft het onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, aangezien dan niet duidelijk is op grond waarvan de door Aegon aangevoerde stellingen, indien juist, ontoereikend zouden zijn om zodanige vordering daarop te doen steunen.

5.3.1. Ten aanzien van de vordering tot vergoeding van de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand, waarop grief 2 in het incidentele hoger beroep van Aegon betrekking had, heeft het hof, kort samengevat, overwogen dat niet is gebleken dat deze kosten niet moeten worden aangemerkt als kosten ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak, die zijn begrepen in het bij de veroordeling in de proceskosten toegepaste tarief, en evenmin dat de raadsman van Aegon naast de gebruikelijke werkzaamheden in verband met de voorbereiding van de gedingstukken en de instructie van de zaak nog andere werkzaamheden heeft verricht.

5.3.2. Bij de beoordeling van onderdeel II, dat zich met rechts- en motiveringsklachten richt tegen deze rechtsoverweging van het hof, moet het volgende worden vooropgesteld. Een veroordeling in de proceskosten, die in het algemeen ten laste van de verliezende partij en ten gunste van de winnende partij wordt uitgesproken, berust niet op een door de verliezende partij gepleegde onrechtmatige daad: procederen kan, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig worden aangemerkt (vgl. HR 27 juni 1997, nr. 16357, NJ 1997, 651). Daarmee hangt ook samen dat het hierbij gehanteerde forfaitaire tarief veelal niet een volledige vergoeding inhoudt van alle door de winnende partij in verband met de procedure gemaakte kosten.

Ten aanzien van buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand geldt dat zij op de voet van art. 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen, onder meer als het gaat om redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, behoudens ingeval krachtens art. 241 Rv. de regels omtrent proceskosten van toepassing zijn. Deze laatste uitzondering doelt op verrichtingen waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten; daarbij gaat het om de situatie dat een procedure volgt nadat eerst met het oog op het in die procedure te beslechten geschil kosten van rechtsbijstand zijn gemaakt. Gedacht kan dan worden aan bijvoorbeeld een aan die procedure voorafgaande aanmaning of een andere eenvoudige brief. Dit een en ander is niet alleen van toepassing op degene die voldoening van een vordering verlangt, maar moet van overeenkomstige toepassing worden geacht op degene op wie een ander pretendeert een vordering te hebben en die buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand maakt teneinde zich tegen die vordering te verweren.

5.3.3. Het onderdeel klaagt dat het hof door aan essentiële stellingen van Aegon – waaronder ook de in onderdeel I vermelde stellingen, die erop neerkomen dat deze kosten zijn gemaakt in verband met wanprestatie en/of onrechtmatig handelen van Pejori c.s. – voorbij te gaan en door het passeren van haar ook op de buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand betrekking



hebbende aanbod de aard en noodzaak van deze kosten te bewijzen, een onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven.

Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in 5.3.2 is overwogen, slaagt het onderdeel op overeenkomstige gronden als hiervoor in 5.2.3 zijn vermeld. Door niet te onderzoeken of de hier bedoelde kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen en het mede op deze kosten betrekking hebbende bewijsaanbod te passeren, heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c, BW in verbinding met art. 241 Rv., hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

5.4. De gegrondbevinding van de onderdelen I en II brengt mee dat het subsidiair voorgestelde onderdeel III geen behandeling behoeft.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

### **in het principale beroep:**

verwerpt het beroep;

veroordeelt Pejori c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Aegon begroot op € 4.895,34 aan verschotten en € 1.365,= voor salaris.

### **in het incidentele beroep:**

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 25 maart 2003;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Pejori c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Aegon begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.590,= voor salaris.

### **» Noot**

Wie verwickeld raakt in een juridische procedure heeft vrijwel altijd al een buitengerechtelijk traject achter zich waarin onder meer de aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden, verweer is gevoerd en mogelijk schikkingsonderhandelingen hebben plaatsgevonden, zulks mede ter voorkoming van het verwijt aan de eisende partij dat rauwelijks tot dagvaarding zou zijn overgegaan. Het is vanwege deze reden dat in de praktijk vrijwel altijd, naast op de proceskosten als bedoeld in art. 237 Rv, ook aanspraak wordt gemaakt op de zogenoemde buitengerechtelijke incassokosten. Daarbij wordt over het algemeen verwezen naar het bepaalde in art. 6:96 lid 2 sub c BW, welk artikel bepaalt dat vermogensschade, naast geleden verlies en gederfde winst, tevens omvat redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, behoudens voorzover in het gegeven geval die kosten dienen te worden aangemerkt als kosten als bedoeld in art. 237 Rv. In de onderhavige uitspraak gaat het wederom om de verhouding tussen de proceskosten (art. 237 Rv) en de buitengerechtelijke kosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW), waarbij het verstandig blijkt om met zoveel woorden de juridische grondslag voor het kostenverhaal in de eis te formuleren.

Proceskosten ex art. 237 Rv

Art. 237 Rv bepaalt dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld en dat het bedrag van de kosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld, voorzover die kosten vóór de uitspraak zijn gemaakt en niet aan haar zijde zijn gevallen, bij het vonnis worden vastgesteld. De na de uitspraak ontstane kosten worden op verzoek van de partijen in het voordeel van wie een kostenveroordeling is uitgesproken, begroot door de rechter die het vonnis heeft gewezen. Hoewel de wettekst ruimte biedt om, binnen de grenzen van art. 239 Rv, de in het ongelijk gestelde partij te veroordelen in de reële kosten van de wederpartij, wordt vrijwel altijd aansluiting gezocht bij het zogenoemde liquidatietarief (voorheen: tarief te liquideren kosten) dat sinds 1 september 1955 bestaat en vastgesteld wordt in overleg tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht. Volgens het liquidatietarief is het bedrag dat uiteindelijk wordt toegewezen enerzijds afhankelijk van het aantal en de aard van de verrichte proceshandelingen en anderzijds van de aard en omvang van de geldswaarde van de vordering. In de praktijk kan echter worden vastgesteld dat het bedrag dat de in het gelijkgestelde partij uiteindelijk krijgt toegewezen, zelden of nooit de daadwerkelijk door die partij in het kader van de procedure gemaakte kosten (aan de advocaat/procureur betaalde salarissen en de verschotten als bedoeld in art. 239 Rv casu quo, ingeval wordt geprocedeerd voor de kantonrechter, de kosten als bedoeld in art. 238 lid 2 Rv) kunnen dekken.

Dit is een bewust beoogd gevolg geweest van de invoering van het liquidatietarief, dat ook na de invoering daarvan regelmatig tot discussie heeft geleid. (Zie voor de argumenten pro en contra een vast liquidatietarief versus vergoeding van de daadwerkelijke (in redelijkheid) gemaakte kosten: A.W. Jongbloed in zijn verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, NJB nr. 32, 17 sept. 1992, p. 1050-1052.) Het huidige systeem van vaste liquidatietarieven is eenduidig een compromis dat enerzijds een drempel kan opwerpen tegen het lichtvaardig entameren van een juridische procedure, maar waarvan anderzijds mijns inziens ook gezegd moet worden dat het in een aantal gevallen bepaald onbillijk kan uitwerken, met name in die gevallen waarin zeer uitvoerig is geprocedeerd over een relatief klein belang. Concreet betekent dit dat de aangesproken partij, bij een louter zakelijke afweging aan de zijde van zijn wederpartij, in zekere zin een oneigenlijk machtsmiddel in handen heeft om zijn wederpartij tot een buitengerechtelijke schikking te bewegen.

Hoewel de bepalingen met betrekking tot het liquidatietarief dus geen wettelijke regeling vertegenwoordigen, worden zij wel uniform toegepast en zal er slechts in uitzonderingsgevallen plaats zijn voor vergoeding van de reële proceskosten. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan de casus die ten grondslag lag aan HR 17 december 2004, RvdW 2005, 2, waarin de Hoge Raad bepaalde dat indien de proceskosten zijn veroorzaakt door onrechtmatig procederen, grond bestaat de partij die misbruik van procesrecht heeft gemaakt "te veroordelen tot vergoeding van de gehele schade die de wederpartij als gevolg van het voeren van die procedure heeft geleden.". (Vergelijk ook Parl. Gesch. Wijziging Rv. (Inv. 3,5 en 6) p. 46.) De jure gaat het in dergelijke gevallen dan om misbruik van (proces)recht, gevallen waarbij de Hoge Raad terecht vooropstelt dat het om uitzonderingssituaties dient te gaan waarbij terughoudendheid dient te worden betracht bij de toetsing daarvan. De Hoge Raad spreekt in laatstgenoemde uitspraak van "zeer bijzondere gevallen" (vergelijk over misbruik van procesrecht: B.T.M. van der Wiel, WPNR 05/6618, p. 317-325). Hoofdregeel is en blijft, gevallen van juridische kansloosheid en feitelijke kansloosheid daargelaten (zie, voor wat betreft de hier bedoelde begrippen "juridische kansloosheid" en "feitelijke kansloosheid": Hof Arnhem 4 mei 2004, LJN-nr. AO9809, rolnr. 2002/1133), dat procederen, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt (zie r.o. 5.3.2 van de het hier besproken arrest en vergelijk HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651).

In het licht van het vorenstaande is het niet onbegrijpelijk dat de praktijk de introductie van art. 6:96 (en met name het in dat art. in lid 2 sub c bepaalde) heeft aangegrepen om zo veel mogelijk van de reële met een juridisch geschil verband houdende kosten, vergoed te krijgen. Dit brengt mij op de ratio van art. 6:96 lid 2 en de verhouding van dit artikel tot art. 237 Rv.

## Ratio art. 6:96 lid 2 BW en juridische grondslag voor vergoeding

Lid 2 van art. 6:96 BW bepaalt dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen (naast geleden verlies en gedeelde winst als omschreven in lid 1 van art. 6:96 BW), onder meer redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Het artikellid is in de wet opgenomen om zeker te stellen dat ook de daarin genoemde categorieën kosten als (vermogens) schade aan te merken vallen en dus bijvoorbeeld op de voet van het bepaalde in art. 6:162 en 6:74 BW in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Art. 6:96 lid 2 sub c BW kan immers niet als zelfstandige grondslag voor een dergelijke verbintenis tot schadevergoeding dienen; afdeling 10 van boek 6, handelend over de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, bevat slechts de algemene regels ten aanzien van de inhoud en omvang van alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, maar grondslagen voor deze verbintenissen tot schadevergoeding zijn in die afdeling niet te vinden. Hartkamp betoogt in zijn conclusie onder HR 5 december 1997, NJ 1998, 402 weliswaar dat art. 6:96 lid 2 sub c BW een zelfstandige grondslag voor vergoeding van de daar bedoelde kosten inhoudt, maar in HR 15 december 2000, NJ 2001, 57 maakt de Hoge Raad hier korte metten mee door te overwegen dat “moet worden vooropgesteld dat de vordering tot vergoeding van buitengerechtigde kosten blijkens art. 6:96 BW een vordering tot vergoeding van schade is, zodat, wil deze vordering toewijsbaar zijn, een grondslag voor een vordering tot schadevergoeding moet bestaan.” (zie ook M.L. Hendrikse en A.M.F. de Groot, ‘De buitengerechtigde kosten’ (deel 1), De Praktijkids, september 2004, p. 691-692).

Met de introductie van art. 6:96 lid 2 BW ontstond echter een spanningsveld met art. 237 Rv (art. 56 Rv (oud)), dat slechts gedeeltelijk door het huidige art. 241 Rv wordt ingevuld. Dit laatste artikel bepaalt dat ter zake van verrichtingen waarvoor de in de art. 237 t/m 240 Rv bedoelde kosten een vergoeding beogen in te sluiten, zoals “die ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak”, jegens de wederpartij geen vergoeding op grond van art. 6:96 lid 2 kan worden toegekend. In dat geval zijn alleen de regels betreffende de proceskosten van toepassing.

Welke handelingen vallen nu echter aan te merken als handelingen “ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak”? Evident is dat het opstellen van beslagstukken en de dagvaarding tot deze categorie werkzaamheden behoren. Maar hoe zit het met het bestuderen van de stukken teneinde überhaupt in staat te zijn om de hiervoor bedoelde processtukken op te stellen, maar die ook noodzakelijk zijn om een procesadvies te geven, zinvol met de wederpartij van gedachten te kunnen wisselen over een eventuele schikking of om een sommatie op te kunnen stellen? Invulling van deze vraag is onder meer te vinden in HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566, waarin de Hoge Raad, in navolging van de feitenrechter, aansluiting zoekt bij het zogenaamde rapport Voor-werk II dat is opgesteld door de werkgroep ‘Voor-werk’, bestaande uit vertegenwoordigers van de gerechtshoven, rechtbanken, kantongerechten en de advocatuur. Het rapport betreft een advies aan de rechters in Nederland met betrekking tot zowel bedongen buitengerechtigde kosten alsmede alle redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (het rapport van de werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake de buitengerechtigde kosten, zoals gewijzigd in november 2000 (tarieven aangepast aan de euro in 2002) onder meer te raadplegen via de NVvR-website [www.verenigingvoorrechtspraak.nl](http://www.verenigingvoorrechtspraak.nl)). Reden voor het rapport Voor-werk II vormde de grote lokale verschillen binnen Nederland voor wat betreft de toekenning van buitengerechtigde incassokosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub c BW.

In laatstgenoemd arrest, met een overigens zeer informatieve noot van A-G Huydecoper, heeft de Hoge Raad, aansluiting zoekend bij het rapport Voor-werk II, onder meer de redenering van de rechtbank gesanctioneerd dat indien slechts herhaalde sommaties zijn verzonden, deze verrichtingen dienden ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak, waarmee de daarmee gepaard gaande kosten niet konden worden gevorderd op grond van art. 6:96 lid 2 sub c, maar vielen onder de proceskostenveroordeling van 237 Rv. Verder wordt

aangenomen dat ook de bestudering van het dossier onder de proceskosten van art. 237 Rv valt, ook al is die studie evenzoveer noodzakelijk voor het voeren van schikkingsonderhandelingen als voor het opstellen van de dagvaarding (vergelijk ook mijn kritische uitlatingen in «JBPr» 24 juni 2004, afl. 3, p. 259-266, waarin wordt betoogd dat strikte toepassing van het rapport Voorwerk II wel erg rigide is en onbillijk kan uitwerken in gevallen waarin bijvoorbeeld een betalende cliënt een complexe zaak ter beoordeling aan zijn advocaat voorlegt en die vervolgens besluit, teneinde te voorkomen dat hem het verwijt wordt gemaakt dat hij rauwelijks tot dagvaarding is overgegaan, of teneinde meer informatie omtrent de stellingen van de wederpartij te verkrijgen teneinde het procesrisico reëel te kunnen inschatten, te corresponderen met de wederpartij. Een dergelijke “uitholling” van het begrip “redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte” als bedoeld in art. 6:96 BW, zonder dat daarop bijvoorbeeld voor de hier bedoelde categorie van complexe zaken een correctiemechanisme wordt toegepast, bevordert mijns inziens niet de behoefte van de rechtzoekende om in het pregerechtelijke stadium nog maar eens een tandje bij te zetten en zich aldus tot het uiterste in te spannen om een gerechtelijke procedure te voorkomen.)

Ook het hof in het hier besproken arrest overwoog dat de in casu door Aegon gevorderde kosten van buitengerechtelijke bijstand niet voor separate toewijzing in aanmerking kwamen omdat niet was gebleken dat deze kosten niet moeten worden aangemerkt als kosten ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak, die zijn begrepen in het bij de veroordeling in de proceskosten toegepaste tarief, en evenmin dat de raadsman van Aegon naast de gebruikelijke werkzaamheden in verband met de voorbereiding van de gedingstukken en de instructie van de zaak nog andere werkzaamheden heeft verricht. De Hoge Raad bevestigt weliswaar dit door het hof gehanteerde uitgangspunt (voor wat betreft art. 241 Rv overweegt de Hoge Raad dat de in dat artikel bedoelde uitzondering “doelt op verrichtingen waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten; daarbij gaat het om de situatie dat een procedure volgt nadat eerst met het oog op het in die procedure te beslechten geschil kosten van rechtsbijstand zijn gemaakt. Gedacht kan dan worden aan bijvoorbeeld een aan die procedure voorafgaande aanmaning of een andere eenvoudige brief.”), maar casseert vervolgens omdat het hof voorbij was gegaan aan de grondslag die door Aegon aan haar vordering van de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand ten grondslag had gelegd en van het bestaan waarvan zij uitdrukkelijk bewijs had aangeboden.

Aegon had namelijk niet louter aanspraak gemaakt op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand, maar had, meer in het bijzonder, betoogd dat de betreffende buitengerechtelijke kosten gemaakt waren in verband met door de wederpartij gepleegde wanprestatie casu quo een door de wederpartij gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad overweegt daaromtrent: “Door niet te onderzoeken of de hier bedoelde kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen en het mede op deze kosten betrekking hebbende bewijsaanbod te passeren, heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder c, BW in verbinding met artikel 241 Rv, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd”.

Ik zie in deze overweging van de Hoge Raad een bevestiging van de hiervoor al genoemde uitspraak van 15 december 2000, NJ 2001, 57 waarin de Hoge Raad – samenvattend – overwoog dat art. 6:96 lid 2 BW niet een zelfstandige grondslag vormt voor vergoeding van kosten van rechtsbijstand. Wie echter kosten van rechtsbijstand vordert zonder daarbij gemotiveerd aan te geven wat daarvan de grondslag is, loopt het risico dat de feitenrechter die kosten zonder meer onder art. 237 Rv schaarst, zodat daarvan geen separate vergoeding (naast de proceskostenveroordeling op grond van art. 237 Rv) volgt. Wie echter wanprestatie of onrechtmatige daad aan de betreffende vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand ten grondslag legt, dwingt de feitenrechter om zich hieromtrent gemotiveerd uit te laten. Dat laatste had het hof in het hier besproken arrest niet gedaan. Daarmee rijst overigens wel de vraag of het niet voldoende zou moeten zijn om in de dagvaarding (en

natuurlijk bij voorkeur in het petitum) art. 6:96 lid 2 sub c BW als grondslag met zoveel woorden te noemen. Uit het vorenstaande blijkt immers dat, wil dit artikellid in stelling kunnen worden gebracht, er in elk geval sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad. Strikt genomen zou dit dan ook mijns inziens voldoende moeten zijn, met dien verstande dat een korte referte in het lichaam van de dagvaarding die erop neerkomt dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand het directe gevolg zijn van de handelwijze van de schuldenaar waarop diens aansprakelijkheid ex art. 6:74 BW of 6:162 BW berust, en dat daarvan uitdrukkelijk (en gespecificeerd!) bewijs wordt aangeboden, de feitenrechter natuurlijk nog wat uitdrukkelijker op het juiste spoor zet.

Overigens betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat er een verschuiving optreedt tussen de kosten die vallen onder art. 237 Rv en die, die gevorderd kunnen worden op grond van art. 6:96 lid 2 sub c BW. Het betekent louter dat de feitenrechter niet zonder nadere motivering de gevorderde kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand onder art. 237 Rv mag “schuiven”. Daarnaast wijs ik er op dat het, conform het rapport Voor-werk II, natuurlijk nog steeds zo kan zijn dat hoewel de gevorderde buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand het gevolg zijn van de onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, deze toch niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat zij ofwel de nog steeds de in art. 6:96 lid 2 sub c BW ingebakken dubbele redelijkheidstoets niet kunnen doorstaan (de kosten dienen nog steeds op zichzelf redelijk te zijn én in redelijkheid te zijn gemaakt), ofwel komen zij op grond van het rapport Voor-werk II niet in aanmerking omdat de kosten zich – kort gezegd – beperkt hebben tot het versturen van een of slechts enkele sommaties die, zo voeg ik er dan maar veronderstellenderwijs aan toe in de hoop daarin wellicht in voorkomend geval nog een omslagpunt te kunnen zien, niet al te inhoudelijk mogen zijn.

Tot slot wijs ik nog op de overweging ten overvloede in r.o. 5.3.2 van het hier besproken arrest. Voor wie in de tekst van art. 6:96 lid 2 sub c BW mocht hebben gelezen dat slechts de partij die buiten rechte een vordering voldaan tracht te krijgen, recht heeft op vergoeding van de daarmee verband houdende kosten van rechtsbijstand, overweegt de Hoge Raad dat dit artikelsub “niet alleen van toepassing is op degene die voldoening van een vordering verlangt, maar tevens van overeenkomstige toepassing moet worden geacht op degene op wie een ander pretendeert de vordering te hebben en die buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand maakt teneinde zich tegen die vordering te verweren”. Ook de gedaagde partij derhalve die zich in het prejudiciële stadium verweert tegen een tegen hem gerichte vordering die uiteindelijk in rechte geen stand blijkt te kunnen houden, kan een beroep doen op art. 6:96 lid 2 sub c BW. Een interessante vraag die in dat verband rijst, is overigens wel wat in zulk voorkomend geval als grondslag voor de toepassing van art. 6:96 lid 2 sub c BW moet worden aangemerkt. Hiervoor is immers al betoogd dat het entameren van een juridische procedure, gevallen van misbruik van (proces) recht daargelaten, niet als een onrechtmatige daad kan worden gezien en dat op dit punt een terughoudende toetsing op zijn plaats is. In het licht van de hiervoor in dit verband aangehaalde arresten van de Hoge Raad en het arrest van het Hof Arnhem van 4 mei 2004, meen ik dan ook dat in de praktijk niet snel plaats zal zijn voor vergoeding van kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand die door de gedaagde partij zijn gemaakt, ook al wordt de tegen deze partij gerichte vordering uiteindelijk in rechte afgewezen. Van een grondslag voor de aansprakelijkheid voor deze buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand aan de zijde van de eisende partij (waartoe in de meeste gevallen alleen art. 6:162 BW in aanmerking zou komen) zal dan immers, gezien de terughoudende toetsing met betrekking tot het onrechtmatigheids criterium, niet snel sprake zijn.

M.R. Ruygvoorn, advocaat te Utrecht

## » Voetnoten

[1]

CvA vermeldt op p. 4 dat Apso BV een lege vennootschap is

[2]

Over de bedrijfsstructuur zie CvA p. 3-4; CvA p. 38-39 (par. 4.34-37)

[3]

CvEis prod. 2

[4]

CvEis prod. 6

[5]

Het door A opgestelde onderzoeksrapport is als bijlage 1 te vinden in de CvA

[6]

In de geciteerde overwegingen van rechtbank en hof zijn de aanduidingen Pejori c.s., Aegon en A met het oog op de gemakkelijke leesbaarheid van de conclusie vervangen door eiseressen, de verzekeraar en de schade expert

[7]

P-V van politieverhoor d.d. 8 februari 1996, CvA, prod. 5

[8]

productie 12 CvA in conventie

[9]

Het onderzoeksrapport is als bijlage 1 opgenomen in de CvA