

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74244>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL): Applicant's Pre-contractual Information Duty (art. 2:101-105)

Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL): Applicant's Pre-contractual Information Duty (art. 2:101-105)

Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL): Applicant's Pre-contractual Information Duty (art. 2:101-105)

Vindplaats: AV&S 2008, 26 Bijgewerkt tot:01-08-2008

Auteur: Mr. N. van Tiggele-van der Velde[1]

Wetgeving: Boek 7 BW art. 928; Boek 7 BW art. 930;

Principles of European Insurance Contract Law (PEICL): Applicant's Pre-contractual Information Duty (art. 2:101-105)

Inleidend

De PEICL, zoals deze zijn neergelegd in het Ontwerp 'Common frame of reference' van 17 december 2007, kennen een opzet die vergelijkbaar is met die van 'ons' systeem in titel 7.17 BW.[2] Gekozen is voor een set van bepalingen, die van algemeen naar meer specifiek gaan. De voorliggende bijdrage gaat specifiek over de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, welk leerstuk - vanuit de hiervoor beschreven gelaagdheid vanzelfsprekend - meteen na de inleidende bepalingen van deel 1 is opgenomen.

Aan de orde komt allereerst de structuur van de regeling en vervolgens ga ik in op de regeling zelf: wat is de (uiteindelijke) omvang van de mededelingsplicht en welke gevolgen verbinden de PEICL aan de vastgestelde niet-nakoming van de mededelingsplicht? Bij mijn bespreking zal ik daar waar mogelijk een vergelijk maken met 'ons' recht op dit punt, titel 7.17 BW.

Uiteindelijk, immers, is het antwoord op de vraag of de PEICL als 'optional instrument' aanbevelenswaardig is, mede afhankelijk van hetgeen partijen 'winnen' of 'verliezen' wanneer zij voor de PEICL kiezen. Ik rond af met een oordeel over het betreffende deelonderwerp.

De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst: de gekozen structuur

De verzwijgingsregeling kent een mijns inziens wat rommelige opbouw omdat ervoor gekozen is om de mededelingsplicht eerst in brede zin op te leggen en daaraan vervolgens weer af te doen in een andere, latere fase (de sanctiefase). Voor de inzichtelijkheid van mijn betoog geef ik allereerst de omschrijving van de mededelingsplicht.

'Art. 2:101 Duty of disclosure

(1) When concluding the contract, the applicant shall inform the insurer of circumstances of which he is or ought to be aware, and which are the subject of clear and precise questions put to him by the insurer.

(2) The circumstances referred to in para. 1 include those of which the person to be insured was or should have been aware.'

De mededelingsplicht is op deze manier strikt gekoppeld aan door de verzekeraar gestelde vragen: alle door de verzekeraar gevraagde informatie dient in beginsel gegeven te worden; dit ongeacht of de feiten de (redelijk handelend) verzekeraar ervan zouden hebben weerhouden de in concreto gesloten verzekering aan te gaan en zonder aan die mededelingsplicht enige begrenzing - in tijd - op te leggen ten aanzien van de periode waarover de verzekeringnemer informatie omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden dient te verstrekken. Als gezegd wordt op deze brede mededelingsplicht pas in de sanctiefase teruggekomen, niet door haar (alsnog) als zodanig te beperken, maar door te bepalen dat de in

art. 2:102 gegeven sancties op de niet-nakoming van de mededelingsplicht in daar genoemde gevallen niet mogen worden toegepast:

'Art. 2:103 Exceptions

The sanctions provided for in Article 2:102 shall not apply in respect of

- (a) a question which was unanswered, or information supplied which was obviously in complete or incorrect;
- (b) information which should have been disclosed or information inaccurately supplied, which was not material to a reasonable insurer's decision to enter into the contract at all, or to do so on the agreed terms;
- (c) information which the insurer led the policyholder to believe did not have to be disclosed;
- (d) information of which the insurer was or should have been aware.'

De gekozen structuur wijkt daarmee af van 'ons' systeem, waarin - in art. 7:928 BW - de omvang van de mededelingsplicht in een enkel artikel uitvoerig ingevuld en tegelijkertijd begrensd wordt. Wat ik aan die opzet zelf 'zuiverder' vind, is dat door die constructie in minder gevallen tot het oordeel gekomen wordt dat 'de mededelingsplicht niet is nagekomen'. In de PEICL-opzet, immers, zal aan de mededelingsplicht al heel snel niet zijn voldaan en volgt pas in de sanctiefase het oordeel dat dat niet-nakomen geen gevolgen heeft (in die zin dat zich een uitzondering op de sanctionering voordoet).

De vraag of de gekozen structuur uiteindelijk, 'onder de streep', leidt tot een andere uitkomst is meest wezenlijk. Om dat te kunnen beoordelen is het goed de opgenomen 'exceptions' te bespreken.

De (uiteindelijke) omvang van de mededelingsplicht

De mededelingsplicht is, zoals uit het voorgaande volgt, in beginsel heel ruim geformuleerd: al die omstandigheden die de aspirant-verzekeringnemer kent en die onderwerp van een heldere en nauwkeurige vraagstelling (door verzekeraar) zijn, dient de aspirant-verzekeringnemer mee te delen. De niet-nakoming van deze mededelingsplicht wordt gesanctioneerd (zie hierna onder het kopje 'de rechtsgevolgen bij niet-nakoming van de mededelingsplicht'), behoudens in een aantal in art. 2:103 gegeven uitzonderingen.

Het opleggen van een sanctie is - ingevolge dat laatst genoemde artikel - níet mogelijk indien de niet-nakoming van de mededelingsplicht ziet op: a. een niet-beantwoorde vraag of kenbaar onvolledig of onjuist verschaft informatie; b. niet of onjuist verstrekte informatie die voor een redelijk handelend verzekeraar niet wezenlijk was voor beoordeling van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten; c. feiten waaromtrent de verzekeraar de verzekeringnemer aanleiding gaf te veronderstellen dat deze niet behoeften te worden meegedeeld; of d. feiten die de verzekeraar bekend waren of behoorden te zijn.

De in het verzekeringsrecht ingevoerde lezer herkent hier - onder a en d - het verschoonbaarheidsvereiste: de verzekeraar dient de uiterste zorg te betrachten om te voorkomen dat hij onbekend met voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden de verzekering afsluit.[3]

'the answer not material to the decision or was (it) so marginal to the decision that the insurer was willing to assume that, if supplied, the information would not been material. This is the kind of scenario envisaged by para. 1.'

Daarmee lijken de PEICL invulling te willen geven aan de verschoonbaarheid en aan te geven dat onder dergelijke omstandigheden het niet ongewoon is dat de verzekering toch gesloten is. Het is wat lastig de strekking van de toelichting op dit punt te plaatsen, want is het niet zo dat juist in een dergelijk, geschetst geval, waarin een bepaalde vraag kennelijk onjuist/niet is beantwoord omdat het niet doorslaggevend of richtinggevend zou zijn, dit punt sowieso niet tot niet-nakoming van de mededelingsplicht kan leiden? En tegelijkertijd: als het wel wezenlijk zou zijn (geweest) voor de beoordeling, zal toch uitzondering a 'gewoon' aan

het opleggen van een sanctie in de weg dienen te staan?

Wel mis ik hier de bescherming die art. 7:928 lid 4 BW de verzekeraar zo fraai geeft, namelijk dat de bescherming van de verzekerde in deze niet zo ver gaat, dat hij een onjuist of onvolledig antwoord mag geven, althans dat een zodanig antwoord zonder rechtsgevolgen blijft, ook al kent de verzekeraar 'de bevraagde' feiten, of behoort hij deze te kennen.[4] '(...) De verzekeringnemer (...) kan zich er echter niet op beroepen dat de verzekeraar bepaalde feiten reeds kent of behoort te kennen indien op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven. (...)'

Ook de uitzondering onder b laat zich eenvoudig herkennen. Hier is sprake van het relevantievereiste: er is weliswaar informatie niet of onjuist verstrekt, maar deze moet geacht worden de beslissing van een redelijk handelende verzekeraar niet te beïnvloeden. De uitzondering onder c ziet, zo blijkt uit de toelichting, op de situatie waarin een aspirant-verzekeringnemer zich laat bijstaan door een werknemer of vertegenwoordiger van de verzekeraar. Wanneer deze de aspirant-verzekeringnemer adviseert om een bepaald feit niet te noemen en het redelijk is dat de laatste dat advies volgt, dan kan de verzekeraar zich op de niet-nakoming van de mededelingsplicht niet beroepen. Zelf zou ik als voorbeeld meer aansprekend vinden de begrenzing van de mededelingsplicht op basis van een redelijke uitleg van de door de verzekeraar opgestelde vraagstelling van de verzekeraar: 'in welke zin heeft de aspirant-verzekeringnemer de vraagstelling in redelijkheid mogen begrijpen'. De toelichting zwijgt hierover, maar mijns inziens laat de tekst van de uitzondering c alle ruimte om ook dit voorbeeld daaronder te rekenen.

De (samenhang tussen) kenbaarheid en de spontane mededelingsplicht

Tot slot van de bespreking van de omvang van de mededelingsplicht nog een tweetal opmerkingen over de (ontbrekende) kenbaarheid en over de spontane mededelingsplicht. In het systeem zoals dat in titel 7.17 BW is neergelegd, is de mededelingsplicht beperkt tot feiten waarvan de verzekeringnemer weet, of waarvan hij behoort te begrijpen, dat zij voor de verzekeraar van belang zijn of kunnen zijn; het zgn. kenbaarheidsvereiste, dat een ruime invulling heeft gekregen. Niet vereist is dat de verzekeringnemer weet of behoort te begrijpen dat de verzekeraar bij kennis van de feiten de overeenkomst ook daadwerkelijk niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (het zgn. strikte kenbaarheidsvereiste). Met recht wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat het ruime kenbaarheidsvereiste impliceert dat met het stellen van een vraag aan de kenbaarheid (van de mogelijke relevantie) van de 'bevraagde' feiten zal zijn voldaan.[5] In een verzwijgingsregeling die volledig is geënt op de praktijk waarin in de regel verzekeringsovereenkomsten worden gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, hoeft dat geen probleem te zijn. In die gevallen, immers, waarin gewerkt wordt met een dergelijke vragenlijst, verliest, naar algemeen aangenomen wordt, het in art. 7:928 lid 1 BW opgenomen kenbaarheidsvereiste ook voor 'ons' systeem zijn betekenis, doordat in art. 7:928 lid 6 BW is bepaald dat de verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat 'feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld'. [6] Oftewel: dat wat de verzekeraar wil weten, moet hij vragen. Doet hij dat niet, dan verspeelt hij daarmee zijn recht zich erop te beroepen dat die feiten niet zijn meegedeeld. [7] Hiermee hangt nauw samen de spontane mededelingsplicht: voor een spontane mededelingsplicht in aanvulling op de gehanteerde vragenlijst is geen ruimte meer. In het in de PEICL gehanteerde systeem past mijns inziens dat daaraan geen aandacht wordt besteed, nu de mededelingsplicht zonder meer beperkt blijft tot het beantwoorden van door de verzekeraar gestelde vragen. [8]

'That is why, although the other solution is the one found as the basic rule of law in most European countries, insurance practice today has mostly adopted the question method. (...) Article 2:101, para. 1 therefore adopts the question method, it being understood that, as

provided for in Article 1:103, para. 2, exception may be made for certain risks for which the question method is considered inappropriate.'

Blijft evenwel over de vraag hoe daarin nu om te gaan met een verzekeringsovereenkomst die zónder gebruikmaking van een vragenlijst tot stand is gekomen. Kan dat volgens de PEICL niet of alleen in die gevallen waarin - ingevolge art. 1:103 lid 2 - een uitzondering op de dwingendrechtelijkheid van de PEICL-bepalingen toegestaan is, dus alleen voor de zgn. grote risico's? En als dat al zo is, waarop zou voor die gevallen de mededelingsplicht dan gebaseerd zijn? Door te kiezen voor een opzet waarbij de mededelingsplicht nadrukkelijk uitsluitend ziet op overeenkomsten die zijn gesloten op de grondslag van een vragenlijst, bestaat niet - zoals in titel 7.17 BW - de mogelijkheid om zonder meer terug te vallen op de regeling in art. 2:103 PEICL e.v.[9]

Opvallend in die context is nog dat in de toelichting op de PEICL[10] aan de 'kenbaarheid in de tussenfase' (ineens wel) aandacht geschonken wordt, waar deze luidt:

'It is understood that, if the circumstances change in a material way between the time the application is submitted and the time when the contract is concluded, the applicant is obliged to give the insurer notice of any such change, of which the applicant is or should be aware. As regards, circumstances of which applicants should be aware, see Article 1:206.'

[11]

'If any person is entrusted by the policyholder, the insured or the beneficiary with responsibilities essential to the conclusions or performance of the contract, relevant knowledge which that person has or ought to have in the course of fulfilling his responsibilities shall be deemed to be the knowledge of the policyholder, the insured or the beneficiary, as the case may be.'

Juist in een setting waarin de mededelingsplicht op deze kenbaarheid niet gericht is, valt niet goed in te zien waarom het voor een aspirant-verzekeringnemer ineens 'understood' zou zijn dat op hem een overigens niet-bestaande spontane mededelingsplicht zou rusten tot het medelen van feiten die zijn voorgevallen sinds het inzenden van de vragenlijst (in de periode dat de acceptatie nog niet heeft plaatsgehad). Zeker in het licht van het bepaalde in art. 2:103 PEICL ligt het toch in de rede dat de aspirant-verzekeringnemer er in de regel van uit zal en mag gaan dat van hem na het inzenden van het aanvraagformulier niets meer verlangd wordt. Het lijkt alleszins redelijk dat van een spontane mededelingsplicht pas sprake kan zijn indien de verzekeraar de aspirant-verzekeringnemer (in zijn aanvraagformulier) op deze verplichting heeft gewezen en daarbij ook heeft aangegeven om welke feiten het daarbij gaat.[12]

De 'exceptions' kennen geen bijzondere regeling op het punt van het strafrechtelijk verleden. Opvallend is verder dat de PEICL op het punt van het zgn. moreel risico geen bepaling(en) kennen. Gelet op de eerder besproken structuur van de regeling, die geheel geënt is op de totstandkoming op de grondslag van de vragenlijst, hoeft dat op het punt van de 'zelfvernietigende spontaniteit' geen probleem te zijn: de angst dat van de aspirant-verzekeringnemer verwacht zal worden dat hij spontaan mededeling over zijn strafrechtelijk verleden zal (moeten) doen is daarmee van de baan. Er zal dus steeds een uitdrukkelijke vraag over het strafrechtelijk verleden gesteld (dienen te) worden door de verzekeraar. Wat mijns inziens wel een 'probleem' is, is dat er binnen de PEICL geen afbakening in tijd is aangebracht. Bijvoorbeeld door aan te geven dat - zoals dat in art. 7:928 lid 5 BW gedaan is - de verzekeringnemer slechts verplicht is feiten mede te delen omtrent zijn strafrechtelijk verleden voor zover zij zijn voorgevallen binnen de acht jaren die aan het sluiten van de verzekering vooraf zijn gegaan. Door voor een dergelijke afbakening niet te kiezen, is de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer op dit terrein onbepaald en het is de vraag of dat gewenst is. Vanzelfsprekend is juist dat informatie omtrent het strafrechtelijk verleden voor de verzekeraar van groot belang kan zijn voor de beoordeling van het morele risico van de verzekeringnemer. Tegelijkertijd dient ook het belang van de verzekeringnemer

gediend te worden om niet tot in eeuwigheid der dagen door zijn strafrechtelijk verleden achtervolgd te worden.[13] De PEICL houden daarmee - mijns inziens - onvoldoende rekening.

Voorts bestaat door niet het vereiste op te nemen dat de verzekeraar zijn vraag op dit punt in 'niet voor misverstand vatbare termen' stelt, het risico dat de verzekeraars vragen zullen stellen die teveel van het begripsvermogen van de verzekeringnemer vergen. Denk aan de problematiek zoals deze onder 'onze' oude regeling had te gelden over de vraag wat onder 'het strafrechtelijk verleden' diende te vallen. Met het stellen van een vraag in niet voor misverstand vatbare termen als bedoeld in art. 7:928 lid 5 BW is voor de aspirant-verzekeringnemer duidelijk wat van hem verwacht wordt.

Tussenconclusie

In aanmerking nemend dat de regeling - anders dan titel 7.17 BW - ook zwijgt over het toch actuele vraagpunt of en zo ja, in hoeverre het de verzekeraar vrij dient te staan vragen te stellen over erfelijk bepaalde ziektebeelden, lijkt op grond van het voorgaande de conclusie gerechtvaardigd dat de wijze waarop de mededelingsplicht en met name de reikwijdte daarvan, in de PEICL invulling heeft gekregen, de verzekerde minder bescherming biedt dan de regeling in titel 7.17 BW.

De rechtsgevolgen bij niet-nakoming van de mededelingsplicht ('breach')

De rechtsgevolgen bij niet-nakoming van de mededelingsplicht zijn neergelegd in een tweetal artikelen, te weten in art. 2:102 voor de 'gewone' niet-nakoming en in art. 2:104 PEICL voor opzettelijke niet-nakoming, oftewel bedrog. De tekst die heeft te gelden voor de eerste categorie luidt als volgt:

'Art. 2:102 Breach

- (1) When the policyholder is in breach of Artikel 2:101, subject to paras. 2 to 5, the insurer shall be entitled to propose a reasonable variation of the contract or to terminate the contract. To this end the insurer shall give written notice of its intention, accompanied by information on the legal consequences of its decision, within one month after the breach of Article 2:101 becomes known or apparent to it.
- (2) If the insurer proposes a reasonable variation, the contract shall continue on the basis of the variation proposed, unless the policyholder rejects the proposal within one month of receipt of the notice referred to in para. 1. In that case, the insurer shall be entitled to terminate the contract within one month of receipt of written notice of the policyholder's rejection.
- (3) The insurer shall not be entitled to terminate the contract if the policyholder is in innocent breach of Article 2:101, unless the insurer proves that it would not have concluded the contract, had it known the information concerned.
- (4) Termination of the contract shall take effect one month after the written notice referred to in para. 1 has been received by the policyholder. Variation shall take effect in accordance with the agreement of the parties.
- (5) If an insured event is caused by an element of the risk, which is the subject of negligent non-disclosure or misrepresentation by the policyholder, and occurs before termination or variation takes effect, no insurance money shall be payable if the insurer would not have concluded the contract had it known the information concerned. If, however, the insurer would have concluded the contract at a higher premium or on different terms, the insurance money shall be payable proportionately or in accordance with such terms.'

Wat de hiervoor gegeven regeling lastig in de toepassing maakt, is dat de gevolgen van de niet-nakoming op één hoop worden geveegd: zowel de gevolgen ten aanzien van het voortbestaan van de overeenkomst als die ten aanzien van (de hoogte van) de uitkering worden erin besproken. Wat verder opvalt, is dat de regeling op het eerste gezicht uitsluitend

lijkt uit te gaan van de zgn. 'vóór-ontdekking' van de verzwijging. Dat is evenwel niet het geval. Ik zal deze aspecten hieronder nader uitwerken.

Het moment van ontdekking van de niet-nakoming

Naar tijdverloop bekeken, kan zich bij de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst strikt genomen een tweetal situaties voordoen, te weten (i) de verzekeraar ontdekt de niet-nakoming van de mededelingsplicht op het moment dat het risico waartegen de verzekering dekking biedt, zich nog niet heeft verwezenlijkt of (ii) de verzekeraar ontdekt de verzwijging nadat het risico zich heeft verwezenlijkt. Als derde mogelijkheid kan gelden de situatie waarin de verzwijging wel is 'vóór-ontdekt', maar een wijziging van de overeenkomst of de opzegging nog niet van kracht is op het moment dat het risico zich verwezenlijkt (iii).

Allereerst: de vóór-ontdekte verzwijging (i)

De eerste vier leden van art. 2:102 PEICL zien op de eerste situatie, de zgn. vóór-ontdekte verzwijging. In het geval daarvan sprake is, is de verzekeraar - behoudens het in lid 2 tot 5 bepaalde - gerechtigd een 'redelijke wijziging' van de overeenkomst voor te stellen of de overeenkomst op te zeggen. De verzekeraar is bij het nemen van die beslissing aan een termijn gebonden: hij dient zijn voornemen binnen een maand nadat de schending van de mededelingsplicht hem bekend of kenbaar is geworden, schriftelijk aan de verzekeringnemer mede te delen, vergezeld van informatie omtrent de juridische gevolgen van zijn beslissing.[14] De verzekeringnemer aan wie een 'redelijke wijziging' wordt voorgesteld, heeft het recht dit voorstel (binnen een maand) af te wijzen.[15]

'In the case of a policyholder who fails to respond, it is better that there should be cover along the lines of the variation proposed than no cover at all.'

Doet hij dat, dan is de verzekeraar alsnog gerechtigd de verzekering op te zeggen, ook weer binnen een maand, aldus art. 2:102 lid 2. Langs deze weg - de weg van weigering na een voorstel tot wijziging - is voor de verzekeraar een 'extra' opzeggingsgrond gecreëerd.

Daarmee gaan de PEICL verder dan de regeling in titel 7.17 BW, die de mogelijkheid tot opzegging door verzekeraar op deze grond niet kent.[16] Vanzelfsprekend rest hier de verzekeringnemer het verweer dat de door de verzekeraar voorgestelde wijziging niet 'reasonable' is/was (en dat de daarop volgende opzegging niet houdbaar is). Maar daarmee is een bron van discussie tussen de verzekeraar en verzekeringnemer gegeven en zal er per keer beoordeeld moeten worden waar de grenzen van de redelijkheid in deze liggen. Een discussie die door een 'weigerende' verzekeringnemer dan ook nog eens zonder verzekeringsdekking gevoerd moet worden; de weigering van een voorstel geeft immers zonder meer een bevoegdheid tot opzegging. Het is jammer dat op dit punt niet voorzien is in een regeling die inhoudt dat voor de duur dat tussen partijen onenigheid bestaat over de redelijkheid van een gedaan voorstel tot wijziging, de overeenkomst toch in ieder geval op de voet van het nieuwe voorstel voortgezet wordt. De regeling zoals deze thans voorligt, lokt de verzekeraar mijns inziens te zeer uit tot het doen van een niet of in mindere mate redelijk voorstel, waarmee hij bij (vanzelfsprekende) weigering de handen vrij heeft om de overeenkomst op te zeggen. Dat roept de vraag op of meer in het algemeen de benadering in art. 7:929 lid 3 BW niet de voorkeur had verdiend. In de daarin vervatte regeling is het opzegrecht aan de verzekeringnemer (en niet aan de verzekeraar). Daarmee is het aan hem, verzekeringnemer, om de afweging te maken of hij in de gegeven omstandigheden meer gebaat is bij het voortzetten van de verzekering met de (resterende, mogelijk gebrekkige) dekking dan bij het sluiten van een nieuwe overeenkomst, waarbij hij de kans loopt dat een risicobeoordeling door een nieuwe verzekeraar tot een aanbod leidt, dat (nog) minder dekking biedt dan de oude door de verzwijging geraakte polis.

Opzegging door de verzekeraar bij 'breach' mag volgens de PEICL in beginsel dus in twee gevallen.[17] Dat is allereerst in de hiervoor besproken situatie dat het door de verzekeraar

gedane voorstel tot wijziging door de verzekeringnemer geweigerd wordt. Opzegging mag ook indien de verzekeraar bewijst dat hij de verzekeringsovereenkomst bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten, aldus art. 2:102 lid 3. Die laatste opzeggingsgrond, die ook titel 7.17 BW kent, spreekt in beginsel aan. Immers, het gaat niet aan de verzekeraar, die kan bewijzen dat de niet of onjuist verstrekte informatie voor hem dermate belangrijk was, dat zijn acceptatie ervan zou hebben afgehangen, aan een overeenkomst te houden die hij nimmer zou hebben gesloten.[18]

Wat evenwel lastig is, is dat die opzeggingsgrond gevangen is in een niet zonder meer duidelijke bepaling. Voor de helderheid van mijn betoog herhaal ik de betreffende passage: 'The insurer shall not be entitled to terminate the contract if the policyholder is in innocent breach of Article 2:101, unless the insurer proves that it would not have concluded the contract, had it known the information concerned.'

De laatste zinsnede spreekt - zoals al gezegd - voor zich: het is de verzekeraar die zich erop beroept dat hij de overeenkomst nooit gesloten zou hebben en het is daarmee aan hem - de uitzondering is te zijner behoeve opgenomen - om het bewijs daarvan bij te brengen.

Tegelijkertijd - en dat is wat het mijns inziens lastig maakt - wordt de bijzin voorafgegaan door een zin die ook een verweer inhoudt: 'de verzekeraar is niet gerechtigd de overeenkomst op te zeggen indien de verzekeringnemer art. 2:101 buiten zijn schuld (door een onschuldig verbreken?) schendt'. Omdat het hier de verzekeringnemer is die zich beroept op de rechtsgevolgen van door hem gestelde feiten of rechten ('jij, verzekeraar, zegt de overeenkomst op, maar dat mag jij niet want ik ben in 'innocent breach)'), is het ingevolge art. 150 Rv eerst aan hem die feiten of rechten te bewijzen. En daarmee wordt van belang wat nu precies onder 'innocent breach' verstaan moet worden. En hoe kan de verzekeringnemer bewijzen dat hij in 'innocent breach' was? Dient hij dat 'bestanddeel' wel te bewijzen? Of bedoelt de term 'innocent breach' de tegenhanger te zijn van het later gebruikte (door verzekeraar te bewijzen) 'fraudulent breach'? Dat laatste is goed voorstelbaar, mede in het licht van het feit dat uitsluitend in art. 2:102 lid 5 PEICL gesproken wordt over een 'negligent non-disclosure or misrepresentation' en die context uitsluitend betrekking heeft op het recht op uitkering voor de verzekerde bij verwezenlijking van het risico (en dus niet op het recht voor de verzekeraar om tussentijds op te zeggen). Het is jammer dat de toelichting op de gebruikte terminologie en de (voorstelbare) bewijsrechtelijke verplichtingen voor de verzekeringnemer niet ingaat.

De aanduiding 'nog niet van kracht zijnde opzegging of wijziging' dient breed opgevat te worden

In de inleiding van de bespreking van de rechtsgevolgen gaf ik al aan dat art. 2:102 in zijn geheel op het eerste gezicht lijkt te zien op de zgn. vóór-ontdekking van de verzwijging. Die indruk ontstaat mijns inziens doordat ook in het vijfde lid gesproken wordt over de situatie waarin het risico optreedt 'voordat de opzegging of een wijziging van kracht wordt'. De eerste gedachte die daarmee opkomt, is die aan de door mij hiervoor geschetste situatie (iii): de verzwijging is wel vóór-ontdekt, maar een wijziging van de overeenkomst of de opzegging is nog niet van kracht op het moment dat zich het risico verwezenlijkt. Strikte lezing van de betreffende bepaling zou inhouden dat de PEICL in het geheel niet zouden voorzien in de situatie waarin de verzwijging pas aan de orde komt nádat zich het risico heeft verwezenlijkt; dit terwijl dit - naar ik aanneem - de meest voorkomende variant zal zijn. Mede daarvan uitgaande moet de in lid 5 omschreven bepaling mijns inziens dan ook zo worden gelezen dat daaronder mede dient te worden begrepen de hiervoor door mij onder (ii) weergegeven situatie waarin de verzwijging pas is ontdekt nadat het risico zich heeft verwezenlijkt. In dat geval, immers, is ook (of eerder nog: juist) geen opzegging of wijziging van kracht en wel om de verstrekkende reden dat de noodzaak daartoe nog niet aan het licht is gekomen.

Wat zijn nu, daarvan uitgaande, de rechtsgevolgen voor het recht op uitkering bij

verwezenlijking van het risico?

Voor de situaties (ii) (de ná de verwezenlijking van het risico ontdekte verzwijging die (mede) onder lid 5 valt) en (iii) (de vóór-ontdekte verzwijging waarvan de wijziging van de overeenkomst of de opzegging nog niet van kracht is) kennen de PEICL een systeem van sanctionering, dat gebaseerd is op de beginselen van causaliteit en proportionaliteit respectievelijk *difference in conditions*. Het systeem lijkt daarmee op de afwikkeling zoals die onder titel 7.17 is geregeld, omdat deze beginselen daar ook hebben te gelden. Uitgangspunt ook in de PEICL vormt een causaliteitsvereiste, zij het dat dit strikter lijkt geformuleerd dan in art. 7:930 BW. Zo wordt in art. 2:102 PEICL gesproken over 'if an insured event is caused by an element of the risk, which is the subject of negligent non-disclosure or misrepresentation by the policyholder'. De vraag rijst of hiermee hetzelfde wordt bedoeld als in art. 7:930 lid 2 BW met de zinsnede: 'indien de niet of onjuist medegedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt'. Aan die bepaling ligt ten grondslag de gedachte dat het tegenover de verzekeraar gerechtvaardigd is dat voor het ontbreken van causaliteit wordt verlangd dat de niet of onjuist opgegeven feiten niet alleen geen enkele rol hebben gespeeld bij de verwezenlijking van het risico, maar ook dat zij de kans, dat het risico zich op deze wijze zou verwezenlijken, niet hebben vergroot. Daarmede kunnen ook omstandigheden zoals het niet-mededelen van een 'schadeverleden' tot de toepassing van het causaliteitsbeginsel leiden: wanneer bij het sluiten van een autoverzekering tegen eigen schade vorige aanrijdingen zijn verzwegen en opnieuw door eigen schuld een aanrijding ontstaat, dan hebben de vorige aanrijdingen weliswaar daartoe niet bijgedragen, maar bekendheid daarmee zou het oordeel over de kans van een nieuwe aanrijding ongunstiger hebben doen uitvallen. In dit geval bestaat dus - mijns inziens met recht - geen recht op volledige uitkering. Vooralsnog wordt ook uit de thans beschikbare 'Comments' niet duidelijk of de boven gestelde vraag bevestigend mag worden beantwoord, maar enige twijfel daarover lijkt gerechtvaardigd, gelet op de navolgende passage uit de toelichting (cursivering NvT):

'However, where the policyholder was negligent, the insurance money payable is qualified in the way set out in Article 2:102, para. 5, viz. where the error or non-disclosure was material both to the assessment of the risk and also to the loss.'

De lat lijkt daarmee hoger te liggen en causaliteit zal, zo stel ik me voor, minder snel aangenomen worden. Onder 'ons' recht is dat gunstig voor de verzekeringnemer nu in art. 7:930 lid 2 BW is aangegeven dat bij ontbrekende causaliteit de uitkering onverkort geschiedt. Wel geldt voor ons recht dat het aan de verzekeringnemer is om aan te voeren dat causaliteit ontbreekt,[19] terwijl uit de materiële regel van art. 2:102 lid 5 PEICL volgt dat de verzekeraar moet stellen en zo nodig bewijzen dat van causaliteit wél sprake is. Voorts geldt hier - zoals blijkt uit het citaat en anders dan in het kader van de uitoefening van het recht tot opzegging voor de verzekeraar - dat sprake moet zijn van een 'negligent' non-disclosure or misrepresentation. Ook hier bieden de 'Comments' geen helpende hand bij de uitleg van de regeling nu daarin over het begrip 'negligence' volledig wordt gezwegen en daarmee met name onduidelijk blijft waar de grenzen liggen tussen een 'innocent' en een 'negligent breach'. Uitleg was juist gelet op de nadrukkelijke verschillen in rechtsgevolgen die met de verschillende vormen van 'non-disclosure or misrepresentation' samenhangen, geboden. Bij 'innocent breach' kan de verzekeraar - ingevolge art. 2:102 lid 3 - overgaan tot 'termination of the contract' (opzegging en dus geen terugwerkende kracht en geen recht op terugvordering van eerder gedane uitkeringen, aldus de toelichting bij art. 2:104 onder 5). Bij 'negligent breach' (de term die - ingevolge lid 5 van genoemd artikel - uitsluitend ziet op de hoogte van de uitkering en geen invloed heeft op het voortbestaan van de overeenkomst) kan terugbetaling gevorderd worden, maar uitsluitend voor zover het proportionaliteitsbeginsel die ruimte biedt. Bij 'fraudulent breach' tot slot is de verzekeraar - ingevolge art. 2:104 PEICL

- 'entitled to avoid the contract' (vernietiging met terugwerkende kracht en dus terugbetaling van eerder gedane uitkeringen).

Is (uiteindelijk) voldaan aan het causaliteitsvereiste en is sprake van een 'negligent' non-disclosure or misrepresentation - zo leert de regeling ons vervolgens weer wel - dan geldt het volgende, geheel in overeenstemming met de regeling in art. 7:930 BW:

- indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de overeenkomst niet zou hebben gesloten: geen recht op uitkering;

- indien de verzekeraar de overeenkomst tegen een hogere premie of onder andere voorwaarden zou hebben gesloten: uitkering verschuldigd naar evenredigheid of in overeenstemming met die andere voorwaarden.

De rechtsgevolgen bij opzettelijke niet-nakoming van de mededelingsplicht ('fraudulent breach')

Tot slot nog een enkel woord over art. 2:104 dat het recht op opzegging in geval van opzet tot misleiding regelt. De toelichting bij de betreffende bepaling is opvallend lang (2 van 9 pagina's) maar leert de lezer niet heel veel meer dan de bepaling zelf in art. 2:104 tot uitgangspunt neemt in geval van opzet tot misleiding sprake is:

'Art. 2:104 Fraudulent Breach

Without prejudice to the sanctions provided for in Article 2:102, the insurer shall be entitled to avoid the contract and retain the right to any premium due, if it has been led to conclude the contract by the policyholder's fraudulent breach of Article 2:101. Notice of avoidance shall be given to the policyholder in writing within two months after the fraud becomes known to the insurer.'

Vermeldenswaard op deze plaats is wel dat 'fraud' in de PEICL weliswaar niet gedefinieerd is, maar dat voor de uitleg daarvan aansluiting gezocht dient te worden bij the PECL (art. 4:107 para. 2): 'representation or non-disclosure is fraudulent if was intended to deceive'. Evenals in die regeling het geval is, heeft bedrog dat niet van invloed is op de beslissing van de verzekeraar om het contract al dan niet te sluiten geen gevolg voor de verzekeringnemer. De toelichting noemt daarbij de voorbeelden van de informatie die niet wezenlijk is en informatie waarvan de verzekeraar wist dat deze onjuist was.

Conclusie

Nadat ik hiervoor op de verschillende deelonderwerpen van de verzwijgingsregeling al heb aangegeven in welke zin ik de PEICL waardeer ten opzichte van 'ons' verzekeringsrecht in titel 7.17 BW, kan de conclusie mijns inziens kort zijn: de regeling geeft door de in beginsel (te) ruime mededelingsplicht en de niet op alle fronten (op sanctieniveau) daaraan afdoende uitzonderingen aan de verzekeringnemer niet de bescherming die wij kennen (en als een minimumniveau ervaren). Bovendien is zij door de gegeven structuur niet zonder meer helder. Dat geldt - naast de hiervoor bedoelde (te) ruime mededelingsplicht en het pas weer in de sanctiefase corrigeren hiervan - met name ook voor het niet afzonderlijk en daardoor meer overzichtelijk weergeven van de rechtsgevolgen van verzwijging voor enerzijds het voortbestaan van de overeenkomst en anderzijds de (hoogte van de) uitkering.

Het belang van de 'cross-border-handelend-verzekeraar' die zich niet geconfronteerd wil zien met een veelheid van van elkaar afwijkende rechtsstelsels is invoelbaar, maar het is de vraag of dit belang voldoende zwaarwegend is om de bescherming die de verzekeringnemer in titel 7.17 BW - na een lange ontwikkeling - gegeven is, te laten inboeten op een manier als in de PEICL-verzwijgingsregeling voorzien. Als product van wetgeving dat 'onze' regeling op het door mij behandelde onderwerp zou moeten vervangen, acht ik de PEICL in ieder geval in het huidige format en zonder nadere invulling op een aantal door mij hierboven genoemde punten minder gelukkig.

Voetnoot

- [1] Mop van Tiggele-van der Velde is als universitair docent/onderzoeker verbonden aan het Verzekeringsinstituut, Erasmus Universiteit Rotterdam.
- [2] Deze bijdrage is de tweede in een reeks van artikelen waarin de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) besproken worden.
- [3] De toelichting bij art. 2:103 onder a beschrijft de (volgens die toelichting:) niet ongewone situatie dat een verzekeraar ondanks dat bepaalde vragen opengelaten zijn, toch de verzekering afsluit. In een dergelijk geval, zo is de gevolgtrekking in de toelichting, was
- [4] Art. 7:928 lid 4 BW luidt, voor zover thans van belang:
- [5] Zie Asser/Clausing & Wansink, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. De Verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 152 en 156.
- [6] Asser/Clausing & Wansink 2007, t.a.p., nr. 152.
- [7] Een 'uitzondering' wordt in titel 7.17 BW gelaten voor de verzekeringen die in de uitoefening van een bedrijf of beroep worden gesloten. Naar hun aard kunnen deze betrekking hebben op risico's die ook voor een redelijk handelend verzekeraar niet vooraf zijn te voorzien en die daarmee in het vragenformulier ook niet (goed) kunnen worden 'bevroegd'. Daarom heeft - ingevolge art. 7:943 lid 1 BW - het bepaalde in art. 7:928 lid 5 BW alleen voor consumentenverzekeringen een dwingendrechtelijk karakter en kan de verzekeraar voor bedrijfsmatige verzekeringen een aanvullende spontane mededelingsplicht (met name ook in de vorm van een algemene slotvraag) met zo veel woorden 'in ere herstellen'. De daardoor gecreëerde ruimte voor een spontane mededelingsplicht voor de verzekeringnemer die verder reikt dan het (uitsluitend) beantwoorden van gestelde vragen, wordt overigens in de PEICL ook gegeven in art. 1:103 (de zgn. 'grote' risico's).
- [8] Wel wordt in de (aan de auteurs in de reeks verstrekte) concepttoelichting (versie april 2008) het onderscheid tussen de spontane mededelingsplicht aangestipt. Opgemerkt wordt dat het de voorkeur verdient om te werken met een vragenlijst omdat het voor verzekeringnemers moeilijk is om te weten welke informatie wezenlijk is in het kader van de beoordeling van een aangeboden risico. De toelichting vervolgt:
- [9] Algemeen wordt aangenomen dat alsdan bij een spontane mededelingsplicht het hierboven aangegeven strikte kenbaarheidsvereiste geldt.
- [10] De eerder besproken versie van april 2008.
- [11] De tekst van art. 1:206 PEICL ('Imputed knowledge') luidt:
- [12] Vgl. Asser/Clausing & Wansink 2008, t.a.p., nr. 153, waarin weergegeven is dat voor het Nederlandse recht 'prioriteit gegeven wordt aan het verschoonbaarheidsvereiste' in die zin dat het naar het oordeel van auteurs 'op de weg van de verzekeraar ligt om aan te geven dat wanneer er in de tussenfase feiten naar voren komen die van belang zijn voor

de beoordeling van het risico, hij deze dient mee te delen aan de verzekeraar'. Anders dan de PEICL met de hierboven opgenomen verwijzing naar art. 1:206 lijken aan te nemen, behoort aan deze verantwoordelijkheid van de verzekeraar niet af te doen dat de aspirant-verzekeringnemer wordt bijgestaan door een tussenpersoon.

[13]

Het zijn deze argumenten geweest die uiteindelijk hebben geleid tot het evenwicht van (de aan de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens ontleende termijn van) acht jaren.

[14]

In de gehanteerde terminologie van art. 2:102 komt niet tot uitdrukking wat de gevolgen zijn van een melding buiten de genoemde termijn van een maand. Art. 7:929 lid 1 BW doet dat indirect wel, waar het artikel bepaalt dat de verzekeraar die ontdekt dat de mededelingsplicht niet is voldaan de gevolgen daarvan *slechts* kan invoeren indien hij binnen twee maanden na ontdekking op de niet-nakoming wijst, onder vermelding van de mogelijke gevolgen.

[15]

In de toelichting die is gegeven op de 'reasonable variation' wordt aangegeven dat deze uitsluitend gevolg heeft indien deze is geaccepteerd door de verzekeringnemer. Een verzekeringnemer dient immers in de gelegenheid te zijn om elders betere voorwaarden te bedingen (indien mogelijk). Weigert de verzekeringnemer de voorgestelde wijziging niet, dan wordt de overeenkomst voortgezet langs de lijnen van het voorstel:

[16]

Naar titel 7.17 BW heeft de verzekeraar slechts in twee gevallen het opzeggingsrecht, te weten bij opzet hem te misleiden (zie ook hierna bij de bespreking van 'fraudulent breach') of ingeval hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Zie over deze situatie nader in de hoofdtekst.

[17]

Een derde grond voor beëindiging van de verzekering door de verzekeraar ziet op de 'fraudulent breach' waarover hieronder nader.

[18]

Bewijsrechtelijk volgt de regeling de lijn van art. 150 Rv: het is de verzekeraar die zich erop beroept dat hij de overeenkomst nooit gesloten zou hebben en het is daarmee aan hem - de uitzondering is te zijner behoeve opgenomen - om het bewijs daarvan bij te dragen.

[19]

Zie N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 151.

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 07-05-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.