

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1

1 De rode draden in het verzekeringsrecht. Over het spanningsveld tussen zekerheid bieden en nee verkopen

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676268:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

1.1 Inleiding
1.2 De rode draden in het verzekeringsrecht
1.3 De sociale functie van verzekering
1.4 Het vertrouwensbeginsel bij schadeverzekering
1.5 Het indenniteitsbeginsel bij schadeverzekering
1.6 Afronding

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.1

1.1 Inleiding

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676192:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Met de invoering van titel 7.17 BW in 2006 verdween het oude Wetboek van Koophandel van het toneel en dat was met recht. De verander(en)de maatschappelijke verhoudingen en inzichten verdienden een nieuwe wettelijke regeling die mee ontwikkelde was. Wat Wansink als auteur in die tijd bezighield, was de vraag in hoeverre de regeling in titel 7.17 BW een weerslag vormde van die gewijzigde inzichten in de jurisprudentie en in de literatuur. Inzichten die samenhangen met de maatschappelijke positie van de particuliere verzekering in de verzorgingsstaat, zoals die zich tot ver in de twintigste eeuw had ontwikkeld. Wansink beschreef een en ander in de bundel *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 17 BW belicht* aan de hand van een drietal kernpunten die aan de overeenkomst van verzekering een eigen karakter geven. Hij benoemde de 'rode draden in het verzekeringsrecht' en beschreef (i) de sociale functie van verzekering; (ii) het vertrouwensbeginsel; en (iii) - voor de schadeverzekering - het indenniteitsbeginsel.^[1] Aan de rode draden, dat laat de jurisprudentie zien, wordt getrokken. Soms heeft de sociale functie de overhand, soms het vertrouwensbeginsel. En, zo is wezenlijk om te onderkennen, tussen dit alles door, maar primair als uitwerking van de sociale functie van verzekering, speelt de vraag of het gedekt zijn van een bepaald risico door verzekering betekenis heeft voor het aannemen van aansprakelijkheid: *assurance oblige*?

Het stuk dat voorligt, gaat op deze samenspraak in, maar niet eerder dan nadat de rode draden weer eens geschetst zijn. Ditmaal met name ook aan de hand van de meest recente ontwikkelingen, zoals die in de

Voetnoten

[1] J.H. Wansink, 'Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in Titel 7.17 BW: een nieuw geluid?', in: J.H. Wansink & J.G.C. Kamphuisen (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-26.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.2

1.2 De rode draden in het verzekeringsrecht

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676344:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

In bovenbedoelde bundel omschreef Wansink de rode draden in het verzekeringsrecht als volgt.

De *sociale functie* ziet op de zekerheid die verzekering biedt aan het individu door risico's die hij in het maatschappelijk verkeer loopt en die hij niet zelf kan dragen, af te wentelen op een collectiviteit. 'Neen verkopen' door de verzekeraar doorbreekt dit afwentelingsmechanisme en frustreert bedoelde sociale functie.

Het *vertrouwensbeginsel* komt ook wel tot uitdrukking in de karakterisering van de verzekeringsovereenkomst als een *contractus uberrimae fidei*: de aard van de verzekering brengt mee dat de verzekeraar zowel bij het sluiten van de overeenkomst als bij de verwezenlijking van het risico in hoge mate afhankelijk is van door de verzekerde verschaft informatie. Hij moet in beginsel vertrouwen op de juistheid daarvan en dat maakt hem kwetsbaar voor de onbetrouwbaarheid van de verzekerde.^[1] Daarom ontvalt bij een - welbewuste - beschaming van dit vertrouwen in feite de basis aan de verzekeringsovereenkomst. En ten slotte het *indemniteitsbeginsel*: de overeenkomst van schadeverzekering mag niet de strekking hebben dat de verzekerde door een uitkering na schade in een duidelijk voordeliger positie geraakt en - zo deze 'verboden' strekking ontbreekt en de verzekering aldus geldig is - de verzekerde mag voorts ook de facto niet door de uitkering in een duidelijk voordeliger positie geraken.^[2]

De uitdagende vraag na vijftien jaar titel 7.17 BW is duidelijk: hoe hebben de rode draden zich in die periode ontwikkeld? Op welke punten hebben zich duidelijke accentverschuivingen voorgedaan?

Voetnoten

[1] Zie HR 8 juni 1962, NJ 1962/366, m.nt. Hijmans van den Bergh (*Afgehakte duim*).

[2] J.H. Wansink 2005, t.a.p., p. 4-5.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3

1.3 De sociale functie van verzekering

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676216:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Allereerst aandacht voor de meest dominante rode draad: de sociale functie van verzekering. Kenmerkend voor de betekenis daarvan zijn in het bijzonder zeven aspecten, te weten:

- zij eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde;
- zij beperkt de vrijheid van acceptatie;
- zij eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering;
- zij eist een zo veel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen;
- zij is onverenigbaar met het “altijd-niets”-beginsel als sanctie op het niet-nakomen van de mededelingsplicht bij het sluiten van een verzekering;
- zij verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde;
- zij schept voor de rechter ruimte om in “uitzonderlijke” situaties de voorwaarden te scheppen voor het laten vrijvallen van een verzekeringsuitkering onder een daartoe beschikbare verzekeringsovereenkomst (het hiervoor al kort benoemde beginsel van ‘*assurance oblige*’).

Wij werken dat als volgt uit.

1.3.1 De sociale functie van verzekering eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde
1.3.2 De sociale functie beperkt de vrijheid van acceptatie voor de verzekeraar
1.3.3 De sociale functie eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering
1.3.4 De sociale functie van verzekering is onverenigbaar met het ‘altijd-niets’-beginsel als sanctie op de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering
1.3.5 De sociale functie eist een zoveel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen
1.3.6 De sociale functie van verzekering verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde
1.3.7 De sociale functie nodigt uit tot het vrijvallen van dekking onder de polis waar dat - de polis weggedacht - niet voor zich hoeft te spreken: *assurance oblige*

1.3.1 De sociale functie van verzekering eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676321:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Het vereiste van actief handelen als uitwerking van de sociale functie is het meest in het oog springend op een tweetal punten, te weten dat van verzwijging en dat van de waarschuwingsplichten.

Verzwijging

Vanouds is dit vereiste kenmerkend geweest voor het leerstuk van de niet-nakoming van *de mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering* (verzwijging). In de daarbij geldende *eis van verschoonbaarheid* komt tot uitdrukking dat het de verzekeraar is die weet welke gegevens relevant zijn voor de beoordeling van het te verzekeren risico en dat om die reden van hem de uiterste zorg mag worden gevergd om te voorkomen dat hij onbekend met voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden de verzekering afsluit. Schiet de verzekeraar daarin tekort, dan kan hij zich later wanneer een verzekerd risico zich verwezenlijkt, niet met succes op verzwijging beroepen.^[1]

Dat is ook sinds 2005 het beleid van de onafhankelijke Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens die op basis van het Convenant inzake onjuiste en/of onvolledige opgave van gezondheidsgegevens onderzoek doet naar verzwijging bij levensverzekering.^[2] Sprekende voorbeelden zijn verzekeraars die gezondheidsverklaringen hanteren die slechts twee eenvoudige vragen bevatten over het bekend zijn met enige ziekte, kwaal of gebrek, en medicijngebruik of die zelfs volstaan met de vraag of met de verklaring van de kandidaat-verzekerde dat deze geen ziekten heeft die medische behandeling vereisen. Verzoeken om onderzoek bij levensverzekeringen die op basis van dit soort gezondheidsverklaringen zijn gesloten, acht de Commissie zodanig in strijd met het actief handelen van de verzekeraar dat zij ze niet eens in behandeling neemt.^[3]

In de ultieme uitwerking leidt de eis van verschoonbaarheid tot de regel die is neergelegd in art. 7:928 lid 6 BW en die de Hoge Raad reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw voor het oude recht had aanvaard: indien de verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst dient bij de vraag of de verzekeraar een beroep op de niet-nakoming van de mededelingsplicht toekomt, onder meer als uitgangspunt te gelden dat een verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat feiten waarnaar niet (gericht) is gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.^[4] Voor feiten omtrent een strafrechtelijk verleden is deze regel nog nader aangescherpt. Voor deze feiten geldt nimmer een spontane mededelingsplicht, dus ook niet indien de verzekering niet op basis van een vragenlijst wordt gesloten. Naar deze feiten moet de verzekeraar dus altijd uitdrukkelijk informeren en wel - in de woorden van art. 7:928 lid 5 BW - in niet voor misverstand vatbare termen.^[5]

De eis van verschoonbaarheid impliceert tevens dat de verzekeraar geen genoegen mag nemen met in de vragenlijst opengelaten of onduidelijk beantwoorde vragen, tenzij daarbij door de verzekeringnemer met het opzet tot misleiding is gehandeld. Zijn zorgplicht gaat evenwel niet zover dat hij niet mag vertrouwen op de juistheid van de door de verzekeringnemer gedane mededelingen.^[6] Dat komt ook tot uitdrukking in art. 7:928 lid 4 BW: de verzekeringnemer kan zich er 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. Met recht wordt op dit punt afstand genomen van de veel te ruime opvatting dat wetenschap bij één onderdeel van de organisatie geldt als wetenschap van de gehele organisatie.^[7] Een regel die overigens ook om een andere reden nuancering verdient, nu voorstelbaar is dat uit de in de loop der jaren aangescherpte regelgeving met betrekking tot de omgang met persoonsgegevens zal voortvloeien dat bepaalde gegevens niet binnen de organisatie mogen circuleren of slechts voor een bepaald doel mogen worden gebruikt. Nu ook de verzekeraar daarmee bekend is, brengt de eis van verschoonbaarheid weer mee dat hij de vragenlijst op die regelgeving moet afstemmen en naar die feiten dus uitdrukkelijk vraagt.

Waarschuwingsplichten en ‘Verborgene valkuilen’

Het belang van actief anticiperend handelen van de verzekeraar vindt erkenning in titel 7.17 BW. Zo bepaalt art. 7:934 BW dat alleen het achterwege blijven van betaling *na* een aanmaning *na de vervalddag* kan leiden tot beëindiging of opschorting van de dekking. Feitelijk heeft dit tot effect dat, indien betaling na de premienota uitblijft, de verzekeringnemer in een zelfstandig bericht ten tweeden male wordt herinnerd aan zijn betalingsverplichting.^[8]

Een andere aansprekende wettelijke bepaling in dit verband is art. 7:929 lid 1 BW, dat de verzekeraar die gedurende de loop van de verzekering ontdekt dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering niet naar behoren is nagekomen, verplicht de laatste daarop te wijzen onder vermelding van de mogelijke gevolgen.^[9]

Ook in de rechtspraak na de invoering van titel 7.17 BW klinkt het belang van actief anticiperend handelen van de verzekeraar in toenemende mate door in het opleggen van een waarschuwingsplicht voor de verzekeraar die wordt geconfronteerd met omstandigheden die hem bekend zijn geworden en waarvan hij met zijn professionele kennis en ervaring weet dat de onervaren verzekeringnemer deze niet onderkent als bedreigend voor het behoud van dekking. In dat geval is een waarschuwingsplicht jegens de verzekerde op zijn plaats om hem voor ‘dekkingsonheil’ te behoeden. Bescherming van de verzekerde wordt in de onderlinge verhouding tot de verzekeraar in die gevallen doorgaans gevonden in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 2 BW.^[10]

Voetnoten

[1] Zie voor een bespreking in breder verband, alsook voor de eigen begrenzing van het verschoonbaarheidsvereiste J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/153 e.v.

[2] <https://www.verzekeraars.nl/publicaties/longreads/longread-toetsingscommissie-gezondheidsgegevens>.

[3] Vgl. N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, ‘Privacy en Verzekering: De mededelingsplicht ex art. 7:928 BW bij levensverzekering en de Toetsingscommissie gezondheidsgegevens’, *VA* 2014, p. 97 e.v.

[4] Zie voor het oude recht HR 13 september 1996, *NJ* 1997/637, HR 20 december 1996, *NJ* 1997/638 en HR 21 maart 1997, *NJ* 1997/639, m.nt. MMM.

[5] Daarmee greep de wetgever in daar waar de rechtspraak de reikwijdte van het begrip ‘feiten omtrent een strafrechtelijk verleden voorgevallen binnen acht jaar na het sluiten van de verzekering’ had laten uitdijen op basis van een aan de verzekeringnemer veelal te ruim toegemeten inzicht in de betekenis van dit begrip. Vgl. HR 9 februari 1996, *NJ* 1996/745, m.nt. MMM. Zie meer uitvoerig J.H. Wansink, ‘Verzwijging van een strafrechtelijk verleden: who is to blame?’, in: *Zekerheidshalve* (bundel aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel), Deventer: Kluwer 2003, p. 137 e.v.

[6] Vgl. HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183 (*Booij-Wisman*) en HR 17 oktober 1986, *S&S* 1987/59.

[7] Zie onder verwijzing naar jurisprudentie en literatuur Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/156.

[8] Vgl. ook art. 7:980 BW.

[9] Zie over de termijn van inroeping van verzwijging, die nadrukkelijk ook heeft te gelden tijdens de looptijd en zonder dat enig risico zich (nog) verwezenlijkt heeft, elders in deze bundel N. van Tiggele-van der Velde & L. Bartels, paragraaf 3.2.

[10] In N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (Recht & Praktijk nr. VR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, hoofdstuk 1.4.1.2 besprak J.H. Wansink de problematiek van de vervalbedingen, met als mooi voorbeeld het arrest Hof 's-Gravenhage 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSR:2012:BV8730 alsook de problematiek bij het oversluiten van aansprakelijkheidsverzekeringen op claims-madebasis. Zie eerder ook in AV&S 2013/9 en - in breder verband, onder verwijzing naar vindplaatsen - Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/112 en M.H. Pluymen, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht (R&P VR2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 2.4.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.2

1.3.2 De sociale functie beperkt de vrijheid van acceptatie voor de verzekeraar

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676269:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

In beginsel bestaat voor de individuele verzekeraar vrijheid van acceptatie ter zake van hem ter verzekering aangeboden risico's. Dat geldt zelfs voor de bij de wet verplicht gestelde aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen.^[1] Vanaf de jaren tachtig heeft het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering het vrije bedrijfsbeleid voor verzekeraars verder beperkt.

Van vóór de invoering van titel 7.17 BW dateert de Wet op de medische keuringen die voor levens- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen het vraag- en onderzoeksrecht in het kader van de acceptatieprocedure beperkt met betrekking tot genetisch onderzoek en voor gevallen van hiv- of aidsbesmetting.^[2] Gewezen zij in dat verband op art. 7:928 lid 4 BW: de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering ziet niet op feiten waarnaar ingevolge art. 4-6 Wet op de medische keuringen geen medisch onderzoek mag worden verricht en geen vragen mogen worden gesteld.^[3] Een regeling die recht doet aan de belangen van de aspirant-verzekeringnemer, en in die lijn past ook de met ingang van 1 januari 2021 - omwille van de sociale functie van verzekering - ingevoerde tweede beperking van de vrijheid van acceptatie voor verzekeraars die in de Wet op de medische keuringen is ingevoerd, te weten de zogenoemde schoneleiregeling.^[4] Het Besluit verzekeringskeuringen ex-kankerpatiënten ligt aan deze beperking ten grondslag, en kort weergegeven houdt de regeling in dat voor bepaalde overlijdensrisico- en uitvaartverzekeringen geldt dat degene die de verzekering wil sluiten en in het verleden kanker heeft gehad daarvan bij het sluiten geen melding hoeft te doen indien naar het oordeel van de hulpverlener die de keurling heeft behandeld, sprake is van volledige remissie. Zulks houdt in dat de ziekteactiviteit niet meer detecteerbaar is en dat er, gerekend van het moment van vaststelling van volledige remissie, gedurende een onafgebroken periode van tien jaar geen terugkeer van de kanker is gediagnosticeerd. Indien de keurling op het moment van het diagnosticeren van de kanker jonger was dan 21 jaar, bedraagt de termijn vijf jaar. Voorts biedt de regeling de mogelijkheid om voor bepaalde

vormen van kanker kortere termijnen te hanteren op basis van daartoe gemaakte afspraken tussen representatieve organisaties van patiënten en verzekeraars.

Tegelijkertijd met titel 7.17 BW trad op 1 januari 2006 de Zorgverzekeringswet in werking waarbij voor iedereen die in Nederland woont of werkt een verplichte verzekering tegen zorgkosten werd ingevoerd conform een door de Rijksoverheid vastgesteld basispakket. Zorgverzekeraars zijn verplicht iedereen als verzekerde voor de basisverzekering te accepteren. Zij mogen geen duurdere premie rekenen voor ouderen of voor mensen met veel medische problemen. Opgelegde volledige solidariteit, maar alleen voor het basispakket en niet voor de vrijwillige aanvullende verzekering, en de ervaring uit vijftien jaar titel 7.17 BW laat zien dat het concept van de verplichte zorgverzekering juist daar deuken oploopt. Voor de moeizame financiering van de kosten van het basispakket vormt een permanente jaarlijkse verhoging van de basispremie geen afdoende oplossing. Op het moment dat gekozen wordt voor een verplaatsing van dekking uit het basispakket naar de aanvullende verzekering, zal de vrijheid van acceptatie in toenemende mate tot een aantasting van de sociale functie van verzekering leiden. Een risico dat nog vergroot wordt door de keuze van (kleinere) zorgverzekeraars die zich voor de aanvullende verzekering richten op specifieke doelgroepen in de samenleving, zoals met name personen met een hogere opleiding (hbo'ers, academici en hoger personeel). Ontwikkelingen als deze dienen van overheidswege goed gemonitord te worden vanuit het besef dat zij uiteindelijk de voor de zorgverzekering zo gewenste maatschappelijke solidariteit in gevaar zouden kunnen brengen.

Voetnoten

[1] Voor de 'moeilijke' gevallen is daartoe door de bedrijfstak de verzekeringsmaatschappij De Vereende (voorheen Rialto) opgericht.

[2] *Stb.* 1997, 635, laatstelijk gewijzigd op 17 februari 2014, *Stb.* 2014, 576.

[3] Een en ander is nader uitgewerkt in het Protocol verzekeringskeuringen 2003, laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2012. Dit protocol is een afspraak tussen het Verbond van Verzekeraars, de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (KNMG) en het Breed Platform Verzekerden en Werk (BPV&W) op basis van art. 9 WMK.

[4] *Stb.* 2020, 453.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.3

1.3.3 De sociale functie eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676238:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering komt ook tot uitdrukking in het eisen van een bijzondere rechtvaardiging voor *het verval van het recht op uitkering na schade*. In de jurisprudentie en de literatuur geldt reeds lang bij wijze van uitgangspunt dat niet-nakoming van de verplichtingen na schade tegenover de verzekerde het contractueel bedongen verval van het recht op uitkering alleen dan rechtvaardigt, indien de verzekeraar aantoont dat hij door het handelen of nalaten van de verzekerde in een redelijk belang is

geschaad dan wel de verzekerde met het opzet tot misleiden heeft gehandeld.^[1] Het laatste is vanzelfsprekend een uitwerking van het vertrouwensbeginsel.^[2]

Art. 7:941 lid 4 BW legt uitdrukkelijk vast dat de verzekeraar het vervallen van het recht op uitkering wegens niet-nakoming van een in lid 1 en 2 genoemde verplichting bij verwezenlijking van een verzekerd risico slechts kan bedingen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad. Gelet op het ingrijpend karakter van de sanctie mag voor het aannemen van een *belangenbenadeling* worden verlangd dat de verzekeraar op het concrete geval toegesneden feiten en omstandigheden aandraagt die het vermoeden rechtvaardigen dat hij door de nalatigheid van verzekerde ook daadwerkelijk in een ongunstiger positie is gebracht.^[3] Voorts heeft Abas er met recht op gewezen dat ook op het belang van de verzekerde moet worden gelet. Het gaat niet aan de laatste een niet-tijdige aanmelding van het schadevooral aan te rekenen, zolang het er in redelijkheid niet naar uitziet dat dit zal leiden tot een onder de verzekering gedekte schade of aanspraak op uitkering.^[4]

Voor de situatie dat de verzekerde bovenbedoelde verplichtingen niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden geeft art. 7:941 lid 5 BW een tegenover de verzekerde 'harde' regeling; dit met name voor gevallen van zogenoemd *partieel bedrog*, waarbij het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op een deel van de vordering tot schadevergoeding (bijv. niet alle opgegeven zaken zijn gestolen). Ook dan vervalt bij opzet tot misleiding in beginsel voor het geheel het recht op uitkering. De wettelijke bepaling kent als toevoeging op de sanctie de bewoordingen 'behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt'. Een toevoeging die bezien dient te worden in het licht van art. 6:237 aanhef en onderdeel h BW en waarbij uit de toelichting meteen uitdrukkelijk blijkt dat als uitgangspunt zal moeten gelden dat gezien de opzet tot misleiding alleen in bijzondere omstandigheden aangenomen kan worden dat het (gehele) verval van uitkering niet gerechtvaardigd is. Met recht ligt daarbij de bewijslast niet op de verzekeraar, maar op de verzekerde.

De duidelijke lijn is en blijft daarmee de 'harde' benadering waarin het vertrouwensbeginsel zwaarder weegt dan de sociale functie van verzekering, zoals die was ingezet door de Raad van Toezicht Verzekeringen^[5] en vervolgens ook - onder verwijzing naar de uitspraak van de Raad van Toezicht - door de Hoge Raad in zijn arrest van 3 december 2004.^[6] De enkele (door eiseres in de feitelijke instanties aangevoerde) omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof, zo parafaseren wij de uitspraak van de Hoge Raad, is naar het oordeel van het hof niet een zodanige bijzondere omstandigheid dat op grond daarvan het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd is en dat oordeel, aldus de Hoge Raad, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Voetnoten

[1] Zie *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/170*.

[2] Zie *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/172*.

[3] Zie voor een onzes inziens te ruime toepassing HR 29 mei 1970, *NJ 1970/435 (Twaalfhoven/Railway Passengers)* en voor de schending van aangifteplicht bij diefstal HR 16 oktober 1998, *NJ 1998/698 (Zoekgeraakte ring)*. Zie voorts *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/170*.

[4] P. Abas, 'Vervalbeding in de verzekeringspolis en goede trouw', *NJB 1970*, p. 1454. Zie voorts *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/170* en met name Rb. Amsterdam 5 juni 1968, *NJ 1970/416*.

[5] RvT 2002/11 Br, 8 april 2002. Zie nader *Prg. 2000*, nr. 5919, p. 649 en *AV&S 2002*, p. 84.

[6] *RvdW 2005/160*. Zie daaromtrent nader J.G.C. Kamphuisen, 'Ook de Hoge Raad aanvaardt verlies van dekking bij bedrog', *AV&S 2005*, p. 32 e.v.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.4

1.3.4 De sociale functie van verzekering is onverenigbaar met het 'altijd-niets'-beginsel als sanctie op de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676270:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Met de sociale functie van verzekering is ingeval van verzwijging evenmin verenigbaar het 'altijd-niets'-beginsel, op grond waarvan de verzekerde bij verwezenlijking van het risico onder *alle* omstandigheden elk recht op uitkering verliest.

Ook hier komt titel 7.17 BW de verzekerde tegemoet met een genuanceerde sanctieregeling. Geen enkel recht op uitkering en (daarmee samengaan) opzegging van de overeenkomst geldt nog uitsluitend als sanctie in twee gevallen, te weten wanneer de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken (in het geheel) geen verzekering zou hebben gesloten en wanneer de verzekeringnemer met opzet tot misleiden heeft gehandeld (art. 7:930 lid 4 en 5 BW). In alle andere gevallen heeft de causaliteit haar intrede gedaan in het sanctiestelsel: de verzekerde behoudt een volledig recht op uitkering zolang er geen causaal verband is tussen het verzwegen feit en de verwezenlijking van het risico (art. 7:930 lid 3 BW). Indien causaliteit wel aangenomen wordt, bestaat (alsnog) een verminderd recht op uitkering en wel langs de weg van art. 7:930 lid 3 BW. Afwikkeling vindt alsdan plaats met inachtneming van proportionaliteit en *difference in conditions*. Daarnaast kent titel 7.17 BW in afd. 3 voor de levensverzekering nog een tweetal bijzondere bepalingen, te weten art. 7:982 BW, waarin conversie van rechtswege bij onjuiste opgave van geslacht of leeftijd is geregeld, en art. 7:983 BW, dat de verzekeringnemer bij opzegging, respectievelijk de begunstigde bij het einde van het risico ten minste recht geeft op de afkoopwaarde, indien aanwezig.

Een duidelijk signaal dat het 'altijd-niets'-beginsel geen positie meer kent onder titel 7.17 BW is daarnaast te vinden in de wettelijke sanctionering. Waar onder art. 251 WvK (oud) nog de vernietigbaarheid van de overeenkomst (met de daarbij behorende terugwerkende kracht) was opgenomen, gaat het huidige systeem uit van opzegging van de overeenkomst (in de bij wet genoemde gevallen). De wederzijdse dwaling valt daarmee buiten de reikwijdte van de regeling, nu enerzijds de mededelingsplicht wordt beperkt tot feiten die de verzekeringnemer kent of behoort te kennen (art. 7:928 lid 1 BW) en anderzijds - doorslaggevend zelfs - een beroep door de verzekeraar op de algemene dwalingsregeling in art. 6:228 BW (alook die op bedrog in de zin van 3:44 BW) wordt afgesneden in art. 7:931 BW. Anders dan meer dan eens in de literatuur is bepleit, blijft de verzekerde ook onder het nieuwe recht verstoken van enig recht op uitkering indien hij met opzet tot misleiding van de verzekeraar heeft gehandeld, maar het causaal verband in bovenbedoelde zin ontbreekt.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.5

1.3.5 De sociale functie eist een zoveel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676239:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Met name bij persoonsverzekeringen rechtvaardigt de sociale functie van verzekering een zoveel mogelijk op de continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling in geval van het niet naar behoren nakomen van de op de verzekeringnemer rustende mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering (*verzwijging*) tegenover de verzekeraar, anders dan met het opzet de laatste te misleiden. Daarin voorziet in titel 7.17 BW art. 7:929: de overeenkomst blijft ook bij verzwijging als zodanig bestaan, tenzij de verzekeringnemer haar opzegt. De verzekeraar heeft slechts een recht van opzegging indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Voorts zij gewezen op art. 7:940 lid 5 BW, op grond waarvan een persoonsverzekering gedurende de looptijd van de verzekering niet opzegbaar is vanwege een verslechterend gezondheidsrisico van de persoon die de verzekering betreft.

Het belang bij continuïteit van een lopende verzekering heeft ook erkenning gevonden in de situatie waarin de verzekeraar zijn *recht om de verzekering tussentijds op te zeggen* - naar aanleiding van een (reeks) schademelding(en) - wil uitoefenen tegenover de verzekeringnemer die niet te kwader trouw heeft gehandeld. Met name in de jurisprudentie van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf klonk reeds lang door dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat een verzekeraar in beginsel terughoudend is in het hanteren van dat recht en niet volstaat met na te gaan of voldaan is aan de in de verzekeringsvoorwaarden geformuleerde vereisten. Hij zal tevens zorgvuldig moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en moeten nagaan of in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen.^[1] Die redelijkheid en billijkheid klinkt door in art. 7:940 lid 3 BW: "De verzekeraar kan slechts tussentijds opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden geveerd." De regeling biedt de rechter de mogelijkheid om te toetsen of bij een in beginsel polisconforme opzegging niet (toch) gebondenheid (van de verzekeraar) aan de overeenkomst kan worden geveerd.^[2]

Voetnoten

[1] Zie nader Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/146.

[2] De materie wordt onder vermelding naar vindplaatsen besproken in Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/239.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.6

1.3.6 De sociale functie van verzekering verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676194:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Het dwingend recht in de oude wettelijke regeling in het Wetboek van Koophandel beperkte zich in feite tot het vooropstellen van het aleatoire karakter van de verzekeringsovereenkomst en het handhaven van het indenniteitsbeginsel. Daaraan heeft (mede) de vanouds levende gedachte ten grondslag gelegen dat het hier gaat om beginselen van goede zeden en openbare orde. De jurisprudentie uit het laatste decennium leert dat ook hier sprake is van een opschuiven ten gunste van het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering. Reeds in 1975 oordeelde de Hoge Raad dat het verzekeren van *voorwaardelijk opzet* bij aansprakelijkheidsverzekering niet in strijd was met de goede zeden en openbare orde.^[1]

Veel verder - onzes inziens te ver - ging de Hoge Raad in 1998 in zijn oordeel dat een ziektekostenverzekeraar zich tegenover de verzekerde er niet op kan beroepen dat deze zijn gezondheid *opzettelijk* heeft geschaad (en dat hij onder de ziektekostenverzekering dus geen uitkering zou verkrijgen). Zulks zou, zo oordeelt de Hoge Raad, tot het onaanvaardbare gevolg kunnen leiden dat de verzekerde zich gedwongen zou zien een - in beginsel gedekte - medisch noodzakelijke behandeling achterwege te laten.^[2] Daargelaten dat de verantwoordelijkheid in dezen niet op verzekeraars, maar op de medische sector rust, ervaren wij als keerzijde van een overweging als hier gebezigd, dat een verzekerde die zich opzettelijk verwondt (bijv. zich een duim afhakt) om een uitkering onder een ongevallenzekeringspolis te verwerven, die uitkering vanwege opzet tot misleiding niet krijgt, maar voor de kosten van de noodzakelijke medische behandeling van zijn afgehakte duim een beroep op zijn ziektekostenverzekering zou kunnen doen. Wat van ons standpunt ook zij: het oordeel van de Hoge Raad heeft inmiddels ook weerklink gevonden in de nieuwe wettelijke regeling van de zorgverzekering en wel in art. 15 lid 2 Zorgverzekeringswet: de verzekeraar is niet bevoegd een verzekerde prestatie geheel of gedeeltelijk te weigeren indien het intreden van het risico (de behoefte aan zorg) aan de verzekerde te wijten is en dat geldt blijkens de Toelichting ook voor opzet of roekeloosheid.^[3]

Strijd met de openbare orde en goede zeden ligt in feite ook ten grondslag aan de verzekeringsrechtelijke variant van de uit het erfrecht bekende *onwaardigheid* voor de sommenverzekering. Deze heeft erkenning gevonden in art. 7:973 BW: "Aan de overeenkomst kunnen geen rechten worden ontleend door degene die onherroepelijk veroordeeld is ter zake dat hij het risico opzettelijk teweeg heeft gebracht of daaraan opzettelijk meegewerkt heeft." ^[4]

Ten slotte bestaat er in de sfeer van de aansprakelijkheidsverzekering duidelijkheid dat een in de polisvoorwaarden opgenomen verbod voor de verzekerde om na een schadeval de benadeelde over de *feiten* zoals deze zijn voorgevallen te informeren en deze als zodanig te *erkennen*, als strijdig met beginselen van goede zeden en openbare orde moet worden beschouwd.^[5] Zulks komt nadrukkelijk in art. 7:953 BW tot uitdrukking, nu daarin een onderscheid tussen een erkenning van aansprakelijkheid en een erkenning van feiten wordt gemaakt en wordt bepaald dat het laatste nimmer gevolgen heeft.

Voetnoten

[1] HR 30 mei 1975, NJ 1976/572, m.nt. BW (*Bierglas*).

[2] HR 11 september 1998, NJ 1999/664, m.nt. MMM.

[3] [Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3](#), p. 113 (MvT).

[4] Zie voor het oude recht HR 10 december 1976, NJ 1978/114, m.nt. BW (*Auto in kanaal*).

[5] J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer 2006, p. 370 e.v.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.7

1.3.7 De sociale functie nodigt uit tot het vrijvallen van dekking onder de polis waar dat - de polis weggedacht - niet voor zich hoeft te spreken: assurance

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676193:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Een ontwikkeling die in de jurisprudentie zichtbaar is, is dat de rechter zich bereid toont om in uitzonderlijke situaties de voorwaarden te scheppen voor het laten vrijvallen van een verzekeringsuitkering onder een daartoe beschikbare verzekeringsovereenkomst omdat - kort gezegd - de situatie daar naar zijn oordeel om vraagt. Wij spreken hier over *assurance oblige*. In de meeste gevallen ziet bedoelde toepassing op de samenspraak tussen aansprakelijkheid en verzekering en in ieder geval is dat in deze bijdrage zo, omdat de meest recente ontwikkelingen zich op het vlak van de aansprakelijkheidsverzekering hebben voorgedaan.^[1]

Een tweetal verschijningsvormen van *assurance oblige* verdient bespreking.

1.3.7.1 Verzekering dus aansprakelijkheid? 1.3.7.2 Assurance oblige: aansprakelijkheid door niet verzekerden alsnog verzekerd?

Voetnoten

[1] Er is ook een voorbeeld dat ziet op de basisdekking van de zorgverzekering, het *Bosentan*-arrest van de Hoge Raad van 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679. Aan de orde is de vraag of de zorgverzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (of op enige andere grond) jegens een minderjarige verzekerde onder een (natura)zorgverzekering ingevolge de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) is gehouden tot verstrekking van het medicijn Bosentan, ondanks het feit dat dit medicijn niet tot het (dwingendrechtelijk) 'verzekerd pakket' in de zin van art. 11 Zvw behoort. Wij verwijzen hiervoor naar de vorige druk van dit werk, zij het wel met de kanttekening dat de leeftijdsgrens voor het medicijn inmiddels is vervallen.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.7.1

1.3.7.1 Verzekering dus aansprakelijkheid?

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676322:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

De eerste ontwikkelingen speelden zich ook op dat vlak af, want in feite kunnen in het aloude *Vliegtuigvleugel*-arrest van de Hoge Raad uit 1968 de eerste sporen van het beginsel van *assurance oblige* worden herkend. In de bedoelde zaak had vliegtuigfabriek Fokker een overeenkomst van opdracht gesloten met Zentveld. Laatstgenoemde zou een aan Fokker toebehorende vliegtuigvleugel overhevelen naar een transportwagen en tijdens die actie ontstond er schade aan de vleugel, doordat een bout van de kraanwagen afbrak. Aan de orde is de vraag of Zentveld voor de gebreken van de door hem gebruikte kraan aansprakelijk is. De Hoge Raad overweegt dat dit afhangt van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. Bij de

invulling van het drieluik overweegt hij op het punt dat hier wezenlijk is onder meer 'dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was'. [1]

Inmiddels heeft de Hoge Raad in een drietal arresten verdere invulling gegeven aan de toepassing van het beginsel van *assurance oblige* in situaties waarin een aansprakelijkheidsverzekering in beeld komt door het scheppen van een daartoe vereiste aansprakelijkheid, waarvoor die reeds bestaande aansprakelijkheidsverzekering in beginsel, maar in het gegeven geval niet zonder meer, dekking bood.

Het eerste voorbeeld betreft het *Meppelse ree*-arrest van de Hoge Raad uit 1983: een plotseling overstekende ree veroorzaakt een frontale botsing tussen twee elkaar tegemoet komende auto's waarbij meerdere doden en zwaar gewonden vallen.^[2] Het dilemma is duidelijk. De uitwijkende bestuurder, dhr. Vos, had - zoals de wet hem verplichtte - een aansprakelijkheidsverzekering voor zijn auto gesloten, maar die verzekering bood alleen dekking aan de nabestaanden van de bestuurder van de tegenligger, dhr. Lanting, indien Vos voor de schade aansprakelijk kon worden gehouden. Het spanningsveld wordt zichtbaar wanneer zowel de rechtbank als het hof geen aansprakelijkheid aannemen: "De achteraf bezien, onjuiste en fatale reactie van Vos is geenszins onbegrijpelijk en hem niet als schuld aan te rekenen." Dan klinkt in cassatie (onbenoemd) een beroep op het beginsel van *assurance oblige* door in de conclusie van de A-G Biegman-Hartogh, waar zij het volgende stelt:

"Want enerzijds ben ik - met Rb. en Hof - van mening dat aan Vos van zijn ook voor hemzelf fatale reactie menselijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt, maar anderzijds zou het m.i. bepaald onredelijk zijn de gelaedeerde Lanting met alle door het falen van Vos veroorzaakte schade te laten zitten; en *zulks temeer nu niet de nabestaanden van Vos, maar zijn assuradeur voor de schadepeningen kan opkomen.*" (curs. JHW/NvT)

Minder uitgesproken is de Hoge Raad in zijn oordeel, maar de uitkomst is de facto dezelfde:

"Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden - hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn - rechtens geen enkel verwijt valt te maken. Het Hof heeft dan ook ten onrechte aangenomen dat Vos ter zake van het ongeval geen schuld treft."

In een situatie als die van de *Meppelse ree*, zo leert het arrest ons, kan onder voorwaarden dus een beroep gedaan worden op het beginsel van *assurance oblige*. Tegelijkertijd is terughoudendheid onzes inziens geboden in die zin dat de sociale functie van verzekering niet meer dan een geconditioneerde toepassing van het beginsel *assurance oblige* rechtvaardigt. Een *eerste voorwaarde* is dat consensus moet bestaan dat er sprake is van een situatie van uitzonderlijk leed met individueel niet te dragen financiële gevolgen, waarbij de mogelijkheid van dekking onder de polis in beginsel gegeven is, maar nog 'uitsluitend' de dekkingsgrond ingevuld hoeft te worden. Wanneer door de rechter creativiteit aan de dag gelegd wordt, die is ingegeven door het verlangen naar vergoeding van de schade door de verzekeraar en die tot een dekkingsgrond leidt die in de gegeven omstandigheden juridisch verdedigbaar is, staan wij niet afwijzend tegenover *assurance oblige*. Het arrest *Meppelse ree*, waarin vastgesteld wordt dat er niet menselijkerwijs verwijtbaar is gehandeld, maar wel een rechtens verwijtbaar handelen als grondslag voor aansprakelijkheid aangenomen wordt (en daarmee een lijn naar dekking onder de polis) is daar voor ons een mooi voorbeeld van. De schade komt daarmee voor rekening van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke bestuurder. Wel voegen wij eraan toe dat in de afweging - en daar kent de *tweede, cumulatieve voorwaarde* haar inbedding - ook de (financiële) gevolgen van de beslissing voor de verzekeraar dienen te worden betrokken. Met andere woorden: er dient oog te zijn voor de vraag of de (financiële) verzekeraarbaarheid in het gedrang komt.^[3] Een aspect dat niet in beeld kwam in het *Meppelse ree*-arrest en in het licht van de voorliggende casus was dat ook verschoonbaar.

Dat was anders in de casus die ten grondslag ligt aan het *Hangmat*-arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010, waarin evenzeer een situatie van uitzonderlijk leed speelde en er ook een

aansprakelijkheidsverzekering was.^[4] De casus is de volgende: een vrouw van 33 jaar hangt in de tuin bij haar woning een hangmat op aan een gemetselde pilaar. Terwijl zij in de hangmat ligt, breekt de pilaar kort boven de grond af en valt over haar heen. Zij loopt hierbij onder meer een hoge complete dwarslaesie op. Door het ongeval kan zij haar armen en benen nooit meer gebruiken en is zij voor de rest van haar leven rolstoelgebonden en volledig afhankelijk van de hulp van derden. Zij spreekt haar partner, die medebezitter van het huis is, én diens aansprakelijkheidsverzekeraar aan op grond van art. 6:174 BW en vordert dat beide partijen hoofdelijk veroordeeld worden tot vergoeding van de door haar geleden schade. Op de bezitter rust een risicoaansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door een gebrek in de opstal dat een gevaar voor personen en zaken oplevert.

De kernvraag is of het recht bescherming behoort te verlenen aan degene die, hoewel de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW niet is gebaseerd op overtreding van enigerlei gedragsnorm, zelf in zekere zin (namelijk als mede-eigenaar) medeverantwoordelijk geacht kan worden voor de gebrekkige opstal. De Hoge Raad oordeelt dat ook een medebezitter een beroep op dit artikel toekomt, zij het dat de aanspraak van de medebezitster wel moet worden verminderd met het aandeel in de schade dat overeenkomt met haar aandeel in het bezit, in casu 50%.

Van belang hier is de vaststelling dat de Hoge Raad ook in dit arrest de facto tot de toepassing van het *assurance oblige*-beginsel komt, maar dat hij daarbij - naar het lijkt: in navolging van A-G Spier - in de afweging van de betrokken belangen ook het belang van verzekeraars bij het behoud van verzekeraarbaarheid van de in het geding zijnde risico's uitdrukkelijk betreft:

“Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door A. (de vrouw, JHW/NvT) bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt de te maken keuze af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van artikel 6:174. Die keuze valt uit ten gunste van het standpunt van [de vrouw]. De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico's van de in artikel 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174. Door B. (de partner, JHW/NvT) en Achmea is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van artikel 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van de premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden.”

Geconditioneerde toepassing, die onzes inziens recht doet aan de wederzijdse belangen.

En dan wordt in 2016 een derde arrest in deze setting gewezen, waarin opnieuw een risicoaansprakelijkheid centraal staat. Het arrest wordt wel aangeduid als het arrest *Hangmat-II*, ondanks dat de zaak draaide om het ernstig letsel dat een dier toebrengt aan een van de bezitters daarvan.^[5] Tijdens het geven van paardrijles slaat een paard op hol. Daarbij wordt een van de twee exploitanten van de manege ernstig en met blijvende gevolgen verwond. Beide exploitanten zijn bezitter van de 45 rijpaarden van de manege. De centrale vraag is vanzelfsprekend of de in art. 6:179 BW gegeven risicoaansprakelijkheid hier ook, net als in het *Hangmat*-arrest, de medebezitter beschermt. Neen, zegt de Hoge Raad in antwoord op de twee op de voet van art. 392 Rv door de Rechtbank Noord-Holland gestelde prejudiciële vragen in een fraai gemotiveerd arrest. Ook hier stelt de Hoge Raad voorop dat het antwoord afhangt van wat naar maatschappelijke opvattingen het meest redelijk moet worden geacht, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de eventuele aansprakelijkheidsverzekeraar.

Het antwoord op de *eerste prejudiciële vraag* of art. 6:179 BW in het algemeen een risicoaansprakelijkheid

vestigt jegens personen die de hoedanigheid van medebezitter van het dier hebben, wordt ontkennend beantwoord. Gewezen wordt op een aantal verschillen tussen de risicoaansprakelijkheid ex art. 6:174 en die ex art. 6:179 BW.

Allereerst bespreekt de Hoge Raad de verschillen van *principiële* aard. Het behoort tot de algemene doelstelling van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 BW, zo redeneert hij, dat op de benadeelden niet het risico wordt afgewenteld waarvan niet of niet eenvoudig kan worden bepaald en bewezen wie voor de door het gebrek aan de opstal veroorzaakte schade eventueel aansprakelijk kan worden gehouden op grond van de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Dit argument ten gunste van de benadeelde, dat bij art. 6:174 BW ook geldt voor de benadeelde medebezitter, ligt niet ten grondslag aan de aansprakelijkheid voor dieren. Het risico van schade ten gevolge van een verborgen gebrek aan een opstal kan niet worden aangemerkt als een voor een potentieel slachtoffer bekend risico, nog daargelaten dat de kans op zodanige schade in het algemeen gering is. Dit geldt ook voor medebezitters van een opstal. Daarom ligt het niet voor de hand, aldus de Hoge Raad, om vanwege dit specifieke risico een (ongevallen)verzekering af te sluiten. Mede gelet op de potentieel grote gevolgen van vooral personenschade, is het maatschappelijk gewenst dat ook het slachtoffer dat medebezitter van de opstal is, een andere medebezitter en daarmee vaak diens aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken voor een deel van de schade. Dat de bezitter van een opstal zich verzekert tegen de - potentieel grote - gevolgen van aansprakelijkheid, ligt immers wél voor de hand. In het *Hangmat*-arrest is ervan uitgegaan dat het aanvaarden van aansprakelijkheid jegens medebezitters niet wezenlijk afbreuk zou doen aan de mogelijkheid om tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. De Hoge Raad verwoordt het aldus:

“3.6.1 Grondslag voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:179 BW is dat de bezitter om hem moverende redenen - meestal economisch nut of eigen genoegen - het dier houdt, en daarmee voor derden gevaar schept in verband met de onberekenbare krachten die de eigen energie van het dier als levend wezen oplevert (vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 764). Deze grondslag wijkt af van die van art. 6:174 BW. Bij dieren berust de kwalitatieve aansprakelijkheid niet zozeer - zoals bij art. 6:174 BW - op een risicoverdeling ter bescherming van de benadeelde, maar vooral op de omstandigheid dat de bezitter tegenover anderen een risico in het leven roept. De (mede)verantwoordelijkheid van de medebezitter voor het gevaar speelt dus een aanzienlijk sterkere rol bij art. 6:179 BW dan bij art. 6:174 BW. De maatschappelijke wenselijkheid van bescherming van benadeelden tegen het gevaar dat een risico zich verwezenlijkt, geldt - anders dan bij art. 6:174 BW - bij art. 6:179 BW niet zonder meer ook voor de benadeelde medebezitter, nu deze mede verantwoordelijk is voor het scheppen of handhaven van dat risico.

3.6.2 Anders dan bij het gevaar voor schade dat uitgaat van een verborgen gebrek aan een opstal, is steeds kenbaar dat een dier - als levend wezen - beschikt over onberekenbare eigen energie waarmee het mogelijk schade kan toebrengen. Van de medebezitter die door toedoen van een dier schade lijdt, kan worden gezegd dat hij ook voor zichzelf een gevaar in het leven heeft geroepen of in stand heeft gehouden waarvan hij wordt geacht zich bewust te zijn. Het ligt minder voor de hand dat de norm van art. 6:179 BW ook zou strekken tot bescherming van de benadeelde die als medebezitter bewust bijdraagt tot het scheppen of handhaven van het voor hem kenbare gevaar waartegen deze bepaling bescherming biedt (vgl. HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6219, *NJ 2008/492*).”

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de verschillen van verzekeringstechnische aard:

“3.6.2 Het bovenstaande heeft ook gevolgen op het gebied van verzekering van het risico. Hetgeen hiervoor in 3.5.2 is overwogen over de geringe aanleiding voor de medebezitter van een opstal om zich te verzekeren tegen het risico van eigen schade ten gevolge van gebrekkigheid van die opstal, geldt niet in gelijke mate voor de medebezitter van een dier. Omdat die medebezitter geacht moet worden bekend te zijn met de mogelijkheid dat hij schade lijdt ten gevolge van de voor hem kenbare onvoorspelbare eigen energie van het dier, kan van hem, eerder dan van de medebezitter van een

gebouw, worden verwacht dat hij zich tegen het risico van zodanige schade verzekert. Dat geldt in het bijzonder voor het risico van - potentieel ernstige - schade aan de persoon.

3.6.4 Voorts zijn de gevolgen voor verzekering van de aansprakelijkheid groter en minder overzichtelijk bij de aanvaarding van kwalitatieve aansprakelijkheid jegens medebezitters voor schade veroorzaakt door dieren, dan bij aanvaarding van een zodanige aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige opstallen. In verband met het onberekenbare element dat in de eigen energie van (ook) huisdieren is gelegen, ligt voor de hand dat schade veroorzaakt door dieren regelmatig zal voorkomen. Indien medebezitters daaraan aanspraken jegens elkaar kunnen ontlenen, kan dit leiden tot een toename van claims die moeilijk te beoordelen zijn. Het risico dat een dier schade toebrengt aan een medebezitter, welke schade veelal in gezinsverband zal optreden, valt ook anderszins te verzekeren, bijvoorbeeld in geval van schade aan de persoon door middel van een ongevalverzekering.”

De Hoge Raad concludeert daarop dat het, de belangen van alle betrokkenen in aanmerking genomen, niet redelijk of maatschappelijk wenselijk is dat art. 6:179 BW ook aansprakelijkheid vestigt jegens personen die de hoedanigheid hebben van medebezitter van een dier. De argumenten die, zo overweegt hij in 3.6.5, in het *Hangmat*-arrest hebben geleid tot het wél aanvaarden van een aanspraak van de medebezitter van een gebrekkige opstal, kunnen voor een gedeelte ook worden gebruikt ten gunste van de aanspraak van de medebezitter van een dier. Bezien vanuit het in dit verband belangrijke gezichtspunt van het slachtoffer en vanuit verzekeringsoogpunt, bestaat er naar het oordeel van de Hoge Raad echter minder aanleiding voor bescherming van de medebezitter van een dier dan voor bescherming van de medebezitter van een opstal.

De *tweede prejudiciële vraag* stelt aan de orde of aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:181 BW kan worden gevestigd jegens een andere bedrijfsmatige gebruiker van een dier. Anders gezegd: luidt het antwoord op de eerste prejudiciële vraag anders, indien geen sprake is van medebezitters van het dier, maar indien dat dier wordt gebruikt in een door de benadeelde en de aangesproken persoon of personen gezamenlijk uitgeoefend bedrijf, de bedrijfsmatige medegebruikers. Ook die vraag beantwoordt de Hoge Raad ontkennend. De hiervoor gegeven argumenten voor afwijzing van aansprakelijkheid jegens medebezitters van dieren zijn ook argumenten voor afwijzing van aansprakelijkheid jegens bedrijfsmatige medegebruikers van dieren. De omstandigheid dat (ook) de benadeelde bedrijfsmatige medegebruiker profijt van het dier trekt, is zelfs een bijkomend argument voor die afwijzing. Ook ligt het bij bedrijfsmatig gebruik van dieren, nog meer dan bij het houden van dieren in de privésfeer, voor de hand om de daaraan verbonden risico's van schade af te dekken door een verzekering (zoals een arbeidsongeschiktheidsverzekering).

Het standpunt van de Hoge Raad was daarmee in lijn met een eerdere uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 4 maart 2015 die zag op de onderlinge aansprakelijkheid van twee hondenbezitters in de privésfeer.^[6] De rechtbank overwoog - onzes inziens met recht - dat in geval van een bijtincident door een huisdier, waarbij de hond [eiseres] 'uit eigen beweging' en dus zelfstandig heeft gebeten, [eiseres] als medebezitter geacht moet worden een dergelijk risico met het medebezit van de hond te hebben aanvaard en dat ook de redelijkheid onder de gegeven omstandigheden niet tot een ander oordeel noopt. Op het in dit verband wezenlijk punt overweegt de rechtbank dat 'het enkele feit dat [P] een aansprakelijkheidsverzekering heeft dat naar het oordeel van de rechtbank niet anders [maakt], nu het bestaan van een dergelijke verzekering op zich geen aansprakelijkheid schept'.

Voetnoten

[1] HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963, *NJ* 1968/102 (*Fokker/Zentveld*) (*Vliegtuigvleugel-arrest*).

[2] HR 11 november 1983, *NJ* 1984/331.

[3] Zie eerder J.H. Nieuwenhuis die naar aanleiding van dit arrest in *RMThemis* 1987, 5 in zijn 'Redactionele kanttekeningen' reeds uitdrukkelijk op dit vereiste van (financiële) verzekerbaarheid wees. Het punt kwam ook aan de orde in besprekingen van het hierna in de hoofdtekst te behandelen *Hangmat*-arrest.

[4] HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465.

[5] HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162.

[6] ECLI:NL:RBDHA:2015:2443. Benadrukt zij dat het vraagstuk dus niet speelt indien een huisdier derden, zoals kinderen van de medebezitters of een bezoeker, verwondt.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.3.7.2

1.3.7.2 Assurance oblige: aansprakelijkheid door niet verzekeren alsnog verzekerd?

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676217:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Tot zover de toepassing van het beginsel van *assurance oblige* door de Hoge Raad, daar waar een reeds bestaande aansprakelijkheidsverzekering dekking biedt en de daarvoor vereiste aansprakelijkheid - mede vanwege de aanwezigheid van die dekking - gevorderd en vervolgens ook gevestigd wordt (waar dit zonder verzekeringsdekking niet per se voorstelbaar zou zijn geweest).

Geheel anders is de situatie in het *Onderlinge/NN*-arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2012.^[1] Een arrest dat in de kern draait om de indirecte aansprakelijkheid van de werkgever jegens zijn werknemers ex art. 7:611 BW die voortvloeit uit zijn nalatigheid om een 'behoorlijke verzekering' te sluiten. Ook hier lijkt de Hoge Raad uiteindelijk toepassing te geven aan het beginsel van *assurance oblige*, maar anders dan in de voorgaande gevallen komt dekking onder een reeds bestaande aansprakelijkheidsverzekering niet in beeld doordat de Hoge Raad de daartoe vereiste aansprakelijkheid schept, maar doordat de Hoge Raad alsnog dekking creëert voor een vastgestelde aansprakelijkheid door daartoe de omvang van de bestaande dekking 'op te rekken'.

De casus ziet op een eenzijdig ongeval dat een werknemer overkomt in de uitvoering van zijn opgedragen werkzaamheden met zijn eigen auto waarbij hij ernstig letsel oploopt. Bij gebrek aan toepasselijkheid van de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW heeft de Hoge Raad uitgesproken dat - onder nader omschreven voorwaarden - de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Is de werkgever tekortgeschoten in de nakoming van deze verzekeringsverplichting, dan is hij voor de daardoor veroorzaakte schade - het missen van de uitkering die de werknemer op grond van een behoorlijke verzekering zou zijn toegekomen - jegens de werknemer aansprakelijk.^[2]

Naar mag worden aangenomen heeft de Hoge Raad met het arrest van 30 maart 2012 (slechts) de bedoeling gehad om ten behoeve van de werkgever voor deze door hem gecreëerde aansprakelijkheid van de werkgever ook een verzekeringsdekking te scheppen op diens bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering. Een dekking die, naar de Hoge Raad ook zelf lijkt te erkennen, er evenwel in feite niet is. Illustratief voor die veronderstelling is de navolgende overweging:

"4.4 Een redelijke uitleg van een AVB-polis die mede de aansprakelijkheid van een verzekerde als werkgever tegenover zijn ondergeschikten dekt voor letselschade van werknemers die in dienst van de verzekerde deelnemen aan het wegverkeer, brengt in beginsel mee dat deze tevens dekking

verleent tegen een op art. 7:611 gebaseerde aansprakelijkheid van de verzekerde als werkgever op de grond dat hij heeft verzuimd tegen dat risico een behoorlijke verzekering te sluiten voor die werknemers. *De functie die een AVB-polis in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekerden, rechtvaardigt immers een ruime dekkingssomvang, ook als de gedekte schade elders in de polisvoorwaarden is omschreven als 'schade aan personen en schade aan zaken'*. Dit is mede het geval omdat een zodanige verzekering ertoe strekt de werkgever dekking te verlenen voor de gevolgen van zijn aansprakelijkheid ter zake van de schade die zijn werknemers lijden als gevolg van ongevallen. *Weliswaar gaat het in geval van een aansprakelijkheid op de voet van art. 7:611 om vermogensschade die strikt genomen geen letselschade is, maar de rechtsgrond voor deze aansprakelijkheid, de bescherming van de werknemer tegen de gevaren van het wegverkeer in de uitoefening van zijn dienstbetrekking [deelnemt, vervallen?, JHW], is dezelfde welke ten grondslag ligt aan de onder omstandigheden - op art. 7:658 te baseren aansprakelijkheid van de werkgever tegenover zijn werknemer voor dezelfde gevaren. (...)*" [cursivering JHW/NvT]

Zoals hierboven al aangestipt, lijkt de Hoge Raad ook hier uitvoering te geven aan het beginsel van *assurance oblige*. Het is evenwel een toepassing waar wij in deze zaak (grote) moeite mee hebben (gehad). Eerst en vooral omdat de Hoge Raad op al te ruim geformuleerde gronden (de functie van de verzekering in het maatschappelijk verkeer en de daarop gebaseerde verwachtingen van de verzekerde) dekking verleent voor schade die elders in de polis (indirect) uitgesloten is. De uitkomst - en in die zin begrijpen wij de *assurance oblige*-gedachte ook - konden wij in de 7:611 BW-context op zich nog wel begrijpen, maar wij hadden met de uitspraak moeite omdat het principiële karakter van de aansprakelijkheidsverzekering erdoor miskend werd, maar ook omdat de casus goed had kunnen worden gebruikt om de ingezette rechtsontwikkeling voort te zetten.

Met het *Valschermzweeftoestel*-arrest van 9 juni 2006, immers, had de Hoge Raad - onzes inziens met recht - bepaald dat verzekeraars in beginsel vrij zijn in het bepalen van (de omvang van) de (primaire) dekking en dat daarmee onverenigbaar is te stellen dat een beroep van de verzekeraar op de primaire dekkingssomschrijving naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is met als argument dat de redenen waarom de verzekeraar dit soort evenementen niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen.^[3] De Hoge Raad heeft dit uitgangspunt in een later arrest in 2011^[4] (en daar weer na: in 2014)^[5] herhaald en binnen die ontwikkeling zou een ander oordeel in het arrest *Onderlinge/NN* in 2012 bepaald passend zijn geweest. Juist, immers, in een casus waarin zuivere vermogensschade geleden is die onder de polis niet gedekt is, had voor de hand gelegen dat de Hoge Raad in zijn overwegingen het wezenlijk aspect van de primaire dekkingssomschrijving en de vrijheid des verzekeraars zou hebben betrokken. Temeer, wat ons betreft, omdat in het aan de Hoge Raad voorgelegde geval de voornoemde redenen waarom een verzekeraar bepaalde risico's niet wil verzekeren zich juist wel voordeden: zuivere vermogensschade wordt voor de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering als een divers en daardoor verzekeringstechnisch (te) onoverzichtelijk risico beschouwd.^[6] Het lijkt alleszins verdedigbaar dat voor toepassing van het *assurance oblige*-beginsel geen ruimte behoort te zijn indien zulks in strijd zou komen met de uitkomst van een strikte uitleg van het uitgangspunt in het *Valschermzweeftoestel*-arrest, gelijk in casu het geval lijkt. In dat kader mag onzes inziens niet onvermeld blijven de - zo juiste - vaststelling van Spier dat "artikel 6:248 lid 2 BW de panacee is voor heel bijzondere individuele gevallen. Wanneer de door [de werkgever] bepleite benadering op zou gaan, dan zou in feite sprake zijn van een generieke uitzondering voor allicht een vrij groot aantal gevallen." Dat daarmee ook de tweede voorwaarde voor toepassing van het beginsel van *assurance oblige*, te weten het belang van de verzekeraar bij behoud van financiële verzekeraarbaarheid, buiten beeld blijft, is duidelijk.

Wij gaven hiervoor aan: het karakter van de aansprakelijkheidsverzekering wordt miskend, maar ook vreesden wij - vanwege de ruime omschrijving die de Hoge Raad aan het ongedekt dekking verlenen ten grondslag lag - voor een toepassing buiten de setting van art. 7:611 BW.^[7] Een casus waarin dat had gekund, deed zich voor in het *Ziektebeeld*-arrest.^[8] Een dierenarts meldt zich ongeschikt, er zijn reëel overkomende klachten, maar er zijn geen duidelijk objectiveerbare afwijkingen die de klachten kunnen verklaren. De verzekeraar beroept zich op het niet (langer) aan de orde zijn van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden en daarop op de vrijheid om de grenzen van de dekking te omschrijven. En de verzekerde dierenarts beroept zich - de bewaarheid van de genoemde vrees - op 'de functie die een arbeidsongeschiktheidsverzekering in het

maatschappelijk verkeer vervult en hetgeen [de dierenarts] redelijkerwijs mocht verwachten omtrent de dekkingsomvang'. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en overweegt op het punt dat in dit verband van belang is, als volgt:

“3.1.2 (...) Het weigeren van een vergoeding die buiten de verzekeringsdekking valt, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien zich bijzondere omstandigheden voordoen die dat oordeel rechtvaardigen. De in het onderdeel genoemde omstandigheden zijn niet als zodanig aan te merken. Voor zover die omstandigheden betrekking hebben op de keuze van Achmea om medisch objectiveerbare stoornissen die niet zijn te herleiden tot een (herkenbaar en benoembaar) ziektebeeld, van dekking uit te sluiten, wordt miskend dat Achmea in die keuze vrij was. Om dezelfde reden is niet van belang dat [eiser] de klachten niet simuleert: een beroep op de primaire dekkingsomschrijving kan niet met succes worden afgeweerd met de stelling dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat de redenen waarom de verzekeraar een bepaalde gebeurtenis niet wil verzekeren zich in het concrete geval niet voordoen. De enkele omstandigheid dat [eiser] niet kan terugvallen op een verplichte verzekering van overheidswege, brengt evenmin mee dat het beroep van Achmea op die dekkingsbeperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”

De uitspraak van de Hoge Raad stelt gerust en is in lijn met de bedoelde rechtsontwikkeling, die aan de ene kant de vrijheid van de verzekering om de omvang van de dekking zelf te bepalen vooropstelt, maar die evenzeer - bij omstandigheden van betekenis - ruimte laat voor afwijking van die bepalingen.^[9]

Het voorgaande laat zien dat de Hoge Raad ruimte heeft gelaten voor een geconditioneerde toepassing van het *assurance oblige*-beginsel, zij het dat niet alle gevallen waarin dit zichtbaar wordt, naar ons oordeel even gelukkig zijn.^[10]

In hun preadviezen voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Verzekeringsrecht 2012 over *Assurance oblige* hebben Kalff en Vloemans zich beiden een principieel tegenstander getoond van toepassing van het *assurance oblige*-beginsel voor rekening van de aansprakelijkheidsverzekeraar.^[11] Zelf zijn wij terughoudend aanhanger, waarbij toepassing van het *assurance oblige*-beginsel eerst aan de orde kan zijn indien sprake is van een bijzonder individueel geval van uitzonderlijk leed met individueel niet te dragen financiële gevolgen en waarbij de mogelijkheid van dekking onder de polis in beginsel gegeven is, maar nog 'uitsluitend' de dekkingsgrond ingevuld hoeft te worden. Daarnaast dient (cumulatief) ook het belang van de verzekeraar bij behoud van financiële verzekerbaarheid erkenning te vinden.

Voetnoten

[1] ECLI:NL:HR:2012:BV1295, *NJ* 2012/687.

[2] Zie - als voorlopig sluitstuk - HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597.

[3] HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/326.

[4] Wij doelen hier op het *Herbouwwaarde*-arrest van de Hoge Raad, HR 21 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5203.

[5] HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*).

[6] Vgl. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Kluwer 2006, p. 26 e.v. N. van Tiggele-van der Velde, 'De vrijheid van de verzekeraar tien jaar na het Valschermzweeftoestel-arrest', *TREMA* mei 2016, p. 157 noemt het *Onderlinge/NN*-arrest vanwege de doorbreking van de rechtsontwikkeling een vreemde eend in de bijt.

[7] Een van ons, N. van Tiggele-van der Velde, 'Het Ziektebeeld-arrest als sluitstuk op twee fronten',

AV&S 2021/2, p. 5, verwoordt die angst.

[8] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736.

[9] Zie voor een bespreking in breder verband N. van Tiggele-van der Velde, 'Het Ziektebeeld-arrest als sluitstuk op twee fronten', AV&S 2021/2.

[10] Overigens geldt voor ons dat de uitspraak van de Hoge Raad beter te plaatsen valt in de zienswijze van T. Hartlief, die in zijn annotatie onder het arrest *Onderlinge/NN (NJ 2012/687)* met zoveel woorden aangeeft dat de Hoge Raad op deze manier dekking kon realiseren voor 'oude' gevallen, waarin de behoorlijke verzekering ontbreekt omdat daaraan in het verleden niet werd gedacht.

[11] Zie nader de preadviezen van M. Kalff en N. Vloemans voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2012 (besloten publicatie).

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4

1.4 Het vertrouwensbeginsel bij schadeverzekering

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676346:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

1.4.0 Inleiding
1.4.1 Het vertrouwensbeginsel prevaleert boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
1.4.2 Het vertrouwensbeginsel prevaleert bij bewijsnood voor de verzekerde te goeder trouw na schade
1.4.3 Doet het vertrouwensbeginsel bij een - welbewust - beschamen van het vertrouwen door de verzekerde altijd de basis aan de verzekeringsrelatie vervallen?
1.4.4 Het vertrouwensbeginsel kan in de uitwerking afbreuk doen aan de sociale functie van verzekering
1.4.5 Het vertrouwensbeginsel behoort evenzeer te gelden ter bescherming van de verzekerde

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4.0

1.4.0 Inleiding

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676345:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Zoals hiervoor reeds aangegeven, komt het vertrouwensbeginsel ook wel tot uitdrukking in de karakterisering van de verzekeringsovereenkomst als een *contractus uberrimae fidei*. Wat dat in feite betekent, is mooi

beschreven in een ten onrechte wat onderbelicht gebleven overweging van de Hoge Raad in het *Afgehakte duim*-arrest:

“dat de bescherming welke genoemd artikel [251 K Oud] de verzekeraar bedoelt te bieden, haar grond vindt in het bijzondere karakter van de verzekeringsovereenkomst, welke meebrengt dat de verzekeraar, alvorens tot de verzekering van een bepaalden post te besluiten, moet kunnen beschikken over de gegevens welke hem in staat stellen de voor hem aan de verzekering verbonden kansen zo goed mogelijk te beoordelen;

dat die kansen niet alleen worden bepaald door het risico van het voorvallen van de onzekere gebeurtenis en haar gevolgen, waarvan de contractuele verplichtingen van den verzekeraar afhankelijk zijn gesteld,

dat, immers al zal rechtens door de vervulling van de voorwaarden waaraan de verplichtingen van den verzekeraar zijn verbonden, voor deze de gehoudenheid tot de overeengekomen uitkering ontstaan, hij in feite tot zodanige uitkering eveneens zal worden genoodzaakt indien door het toedoen van den verzekerde de schijn van het vervuld zijn van die voorwaarden worden gewekt, zonder dat de verzekeraar in staat is hetgeen in werkelijkheid is gebeurd op te sporen en te bewijzen, terwijl de aard van het verzekeringsbedrijf meebrengt dat de verzekeraar in vele gevallen op de enkele mededeling van den verzekerde dat die voorwaarden zijn vervuld, tot de uitkering overgaat.” [1]

Het citaat gaat daarmee in op een groot aantal aspecten, dat kenmerkend is voor de betekenis van het vertrouwensbeginsel in de praktijk:

- het prevaleert boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;
- het prevaleert bij bewijsnood voor de verzekerde te goeder trouw na schade;
- het doet bij een - welbewust - beschamen van het vertrouwen de basis aan de verzekeringsrelatie ontvallen;
- het kan in de uitwerking afbreuk doen aan de sociale functie van verzekering;
- het behoort evenzeer te gelden ter bescherming van de verzekerde.

Hieronder werken we elk van deze aspecten uit.

Voetnoten

[1] HR 8 juni 1962, *NJ* 1962/366, m.nt. Hijmans van den Bergh.

De praktijk van 15 + 1 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4.1

1.4.1 Het vertrouwensbeginsel prevaleert boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum

20-06-2022

Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676317:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Reeds uit het *Gielen*-arrest uit 1981 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad - in de fase van totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst - de aanspraak op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen absoluut karakter heeft willen geven.^[1] Het belang bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet worden afgewogen tegen het belang van de verzekeraar bij het verkrijgen van privacygevoelige gegevens in het kader van de acceptatieprocedure bij het aangaan van een verzekering. Bij deze afweging zal het belang van de verzekeraar slechts mogen prevaleren indien hij zich de moeite heeft getroost om een gerichte vraag ter zake te stellen.^[2] Die lijn is ook terug te vinden in titel 7.17 BW en wel in art. 7:928 lid 5. Inmiddels heeft de Hoge Raad eveneens uitgesproken dat de verplichting voor de verzekeringnemer om een gerichte vraag naar een strafrechtelijk verleden te beantwoorden niet wordt beperkt door een rechtstreekse werking van art. 8 EVRM en evenmin door het bepaalde in art. 7 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens van 7 november 2002.^[3]

Voetnoten

[1] De beperking van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft ook in breder verzekeringsverband te gelden. Richtinggevend op het gebied van het onderzoek in het kader van de afwikkeling van een schade is het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589, en dat van 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20 (*Redelijk vermoeden*-arrest).

[2] Opmerkelijk is dat de Hoge Raad daarbij geen enkele aanwijzing heeft gegeven hoe in het kader van het verschaffen van die gegevens dan vervolgens om te gaan met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zie daarvoor de adviesclausule van het Verbond van Verzekeraars uit 1999, waarin de volgende passage voorkomt: "U kunt deze informatie desgewenst vertrouwelijk aan de directie zenden."

[3] *Stb.* 2002, 552. Genoemde wet vervangt per 1 april 2004 de Wet op de justitiële documentatie en op verklaringen omtrent het gedrag (*Stb.* 1955, 395). Zie HR 19 juni 1992, NJ 1993/487, m.nt. MMM.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4.2

1.4.2 Het vertrouwensbeginsel prevaleert bij bewijsnood voor de verzekerde te goeder trouw na schade

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676265:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

De aard van bepaalde verzekerde risico's, zoals verlies en diefstal, brengt - naar partijen zich ook ten tijde van het sluiten van de verzekering bewust moeten zijn geweest - mede dat de dekking illusoir dreigt te worden indien van de verwezenlijking van die risico's en/of de omvang van de schade bewijs in strikte zin door de verzekeraar wordt verlangd. Algemeen is de opvatting dat om die reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan dat bewijs geen al te zware eisen mogen worden gesteld en voldoende moet worden geacht dat de verzekerde aannemelijk maakt dat het risico zich heeft verwezenlijkt.^[1] Bepalend voor de (reikwijdte van

de) uitkeringsplicht wordt daarmee veelal de presumpctie van volstreekte betrouwbaarheid aan de zijde van de verzekerde.^[2]

Voetnoten

[1] Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), 2008, p. 253 e.v., die stelt dat aan het te leveren bewijs niet altijd dezelfde (zware) eisen kunnen worden gesteld. Zij acht de aard van de overeenkomst en de dekkingsvorm mede bepalend voor de te stellen eisen.

[2] Zie nader Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/177*. Zie voorts HR 11 maart 2003, VR 2004, 38.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4.3

1.4.3 Doet het vertrouwensbeginsel bij een - welbewust - beschamen van het vertrouwen door de verzekerde altijd de basis aan de verzekeringsrelatie vervallen?

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676370:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Het korte, wenselijke antwoord op deze vraag is 'ja'. Dat bleek uit de sanctie van algeheel verval bij (partieel) bedrog zoals hiervoor in paragraaf 1.3.3 besproken. De vraag is evenzeer relevant op het punt van de sanctie ten aanzien van het voortbestaan van de verzekeringsovereenkomst bij vastgestelde fraude. Algemeen is aanvaard dat de verzekeraar op in de polis genoemde gronden het recht toekomt om de verzekering ook tussentijds op te zeggen. Een opzegginggrond die welhaast voor zich spreekt, is die waarbij opzegging volgt in de situatie waarin opzet tot misleiding is vastgesteld. Art. 7:940 lid 3 BW bepaalt dat in die situatie de termijn van opzegging van twee maanden niet heeft te gelden.

Indien de verzekeringnemer in de ogen van de verzekeraar in brede zin 'een moreel risico' is geworden en elke vertrouwensband tussen partijen is weggefallen, kan bij de verzekeraar het verlangen bestaan de uitoefening van het recht van opzegging mede te doen uitstrekken tot alle verzekeringen die met de betrokken verzekeraar zijn gesloten. En dus ook die waarbij het opzet tot misleiding zich niet heeft voorgedaan. Vanwege de grote gevolgen die die opzegging met zich mee brengt, past bij een dergelijke sanctie terughoudendheid. Onder het oude recht werd de grondslag voor de ruime uitoefening van het recht van opzegging wel gevonden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 1 BW: het moest dan gaan om onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de verzekeringnemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.^[1] De toets sluit fraai aan bij de afweging die art. 7:940 lid 3 BW voorschrijft voor opzegging op in de polis bepaalde gronden, namelijk of gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd.

Voor het opzet tot misleiding in de fase van de totstandkoming van de overeenkomst is dit recht van opzegging in art. 7:929 lid 2 BW erkend en kan de verzekeraar de verzekering binnen twee maanden na de ontdekking met onmiddellijke ingang opzeggen. Gewezen zij voorts op art. 7:930 lid 5 BW, dat de verzekeringnemer respectievelijk een medeverzekerde derde elk recht op uitkering ontzegt, indien zij bij het aangaan van de

verzekering met het opzet tot misleiden hebben gehandeld, respectievelijk de verzekeringnemer ten aanzien van het risico van de derde met het opzet tot misleiding heeft gehandeld.

Bijzondere aandacht verdient nog het gegeven dat in art. 7:928 lid 5 BW elke spontane mededelingsplicht ten aanzien van een strafrechtelijk verleden in de ban wordt gedaan, ook indien de verzekeringnemer zijn strafrechtelijk verleden heeft verzwegen met het opzet tot misleiden. De bepaling kent immers niet de toevoeging die in art. 7:928 lid 6 BW wel is opgenomen, namelijk dat de bescherming als in het lid benoemd heeft te gelden, 'tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden'. Dat die uitzondering ontbreekt is op zijn minst opmerkelijk te noemen. Juist, immers, het karakter van de verzekeringsovereenkomst - *uberrimae fidei* - brengt mee dat de verzekeraar bij het sluiten van de verzekering in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde te verschaffen informatie en daardoor kwetsbaar is voor de onbetrouwbaarheid van de (aspirant-)verzekeringnemer. Niet valt in te zien waarom de verzekeraar, juist in het verlengde van het bepaalde in art. 7:928 lid 6 BW, hier niet evenzeer bescherming verdient tegen opzettelijk misleidend gedrag van de laatste, ook als de verzekering zonder gebruik van een vragenlijst wordt gesloten. Dat laat onverlet dat aan het bewijs van het opzet tot misleiding - en de bewijslast rust op de verzekeraar - hoge eisen moeten worden gesteld: de verzekeringnemer moet zich ten volle ervan bewust zijn geweest dat de verzekeraar bij kennis van het strafrechtelijk verleden geen verzekering zou sluiten of deze niet onder dezelfde voorwaarden zou sluiten.

Voetnoten

[1] Vgl. HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483, NJ 1990/439 en HR 3 december 1999, RvdW 2000/192 en voor bespreking in breder verband van mogelijkheid tot opzegging van de overige polissen uitvoerig Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX 2019/246.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.4.4

1.4.4 Het vertrouwensbeginsel kan in de uitwerking afbreuk doen aan de sociale functie van verzekering

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676369:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Ter illustratie een voorbeeld in de hoek van de Zorgverzekeringswezen. Daar waar het vertrouwensbeginsel bij een - welbewust - beschamen van het vertrouwen door de verzekerde de basis aan de verzekeringsrelatie doet vervallen, is de onvermijdelijke consequentie voor de betrokken verzekerde verlies van de sociale functie van verzekering. Juist bij de zorgverzekering is die sociale functie zo wezenlijk en dat maakte bij de totstandkoming van de zorgverzekeringswet, die net als titel 7.17 BW op 1 januari 2006 in werking trad, het compromis, zoals neergelegd in art. 3 Zorgverzekeringswet wenselijk: de acceptatieplicht van een zorgverzekeraar tegenover een verzekeringsplichtige wiens eerdere zorgverzekering binnen een periode van vijf jaar is geëindigd wegens opzettelijke misleiding door de verzekeringnemer of de verzekerde vervalft. De vertrouwensrelatie tussen de zorgverzekeraar en de betrokkene kan zodanig geschonden zijn dat het niet realistisch is de verzekeraar te verplichten die betrokkene binnen een periode van vijf jaar opnieuw te accepteren, aldus de Toelichting bij het artikel. Benadrukt zij dat de acceptatieplicht van de overige zorgverzekeraars tegenover betrokkene onverminderd blijft bestaan.

1.4.5 Het vertrouwensbeginsel behoort evenzeer te gelden ter bescherming van de verzekerde

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676266:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Hoezeer het vertrouwensbeginsel ook voor de verzekeringnemer kan gelden, kan blijken uit de wijze waarop na een schadeval de schaderegeling in de ogen van de verzekeringnemer is verlopen. De door een verzekeraar ingenomen houding en/of de (financiële) afwikkeling van een schade kan evenzeer voor die verzekeringnemer een breuk in de vertrouwensbasis tussen hem en de verzekeraar tot gevolg hebben. De vertrouwensbasis doet ertoe, want in een toekomstige situatie kan zij (andermaal) bepalend zijn voor de wijze waarop de verzekeraar aanspraken op uitkering beoordeelt, alsook voor de betekenis die hij daarbij toekent aan de eigen verklaringen van de verzekerde, met name wanneer er geen of nauwelijks andersoortig bewijs voorhanden is.

Illustratief is de situatie waarin de verzekeraar op grond van een ernstig vermoeden van fraude besluit tot het instellen van een persoonlijk onderzoek. Voor de verzekerde, die daarvan (achteraf)^[1] op de hoogte wordt gesteld, kan dat - zeker als uit het onderzoek 'niets' naar voren komt - voelen als een (onterechte) uiting van wantrouwen jegens hem. Onder dergelijke omstandigheden dient de verzekeringnemer de vrijheid hebben de contractuele relatie met de verzekeraar te verbreken. In het algemeen kennen de polisvoorwaarden de nemer niet met zoveel woorden dit recht tot tussentijds opzeggen na schade toe. Omdat de verzekeraar dit recht doorgaans wel voor zichzelf bedingt, kan de verzekeringnemer op die grond opzeggen. Art. 7:940 lid 3 bepaalt immers: "Indien de verzekeraar de bevoegdheid heeft bedongen de overeenkomst tussentijds op te zeggen, komt de verzekeringnemer een gelijke bevoegdheid toe."

Voetnoten

[1] Art. 9.1 Gedragscode Persoonlijk Onderzoek bepaalt dat.

1.5 Het indenniteitsbeginsel bij schadeverzekering

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676191:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

De derde en laatste rode draad is het indemniteitsbeginsel bij schadeverzekering. Vanouds wordt aanvaard dat dit beginsel de grondslag vormt voor de overeenkomst van schadeverzekering. Een beginsel dat twee elementen bevat. Allereerst mag de overeenkomst niet de strekking hebben dat de verzekerde door de uitkering in een duidelijk voordeliger positie geraakt en - zo deze 'verboden' strekking ontbreekt en de overeenkomst aldus geldig is - voorts mag de verzekerde ook de facto niet door de uitkering in een duidelijk voordeliger positie geraken. Op het laatste element ziet met zoveel woorden art. 7:960 BW, het eerste ligt besloten in art. 7:944 BW, indien dat in samenhang met art. 7:960 BW wordt gelezen.

Art. 7:960 BW vormt daarmee de weerslag van een jurisprudentiële ontwikkeling. Een ontwikkeling die (verder) laat zien dat in de loop der jaren, al voor de invoering van titel 7.17 BW op 1 januari 2006, het indemniteitsbeginsel aan (princiële) kracht heeft verloren. De stelling dat aan het *indemniteitsbeginsel* nog beginselen van goede zeden en openbare orde ten grondslag liggen, kan niet langer staande worden gehouden sinds een tweetal arresten van de Hoge Raad uit 1991 en 1992. In deze arresten stonden (de betekenis van) schaderegelingsbedingen centraal die in veel brandpolissen gebruikt worden en krachtens welke als uitsluitend bewijs van de hoegroetheid van de schade zal gelden een taxatie opgemaakt door experts. De Hoge Raad heeft overwogen dat met de aard van de vaststellingsovereenkomst niet verenigbaar is dat de vaststelling als ongeldig zou dienen te worden beschouwd wanneer uitkering van het vastgestelde bedrag in strijd met het indemniteitsbeginsel zou komen doordat zij de verzekerde in een duidelijk voordeliger positie zou doen geraken. In het licht van art. 7:902 BW ligt in dat oordeel besloten dat het indemniteitsbeginsel niet langer haar basis vindt in beginselen van goede zeden en openbare orde.^[1]

Het indemniteitsbeginsel verbleekt voorts onder invloed van het aloude adagium *pacta servanda sunt*: indien verzekerd is op basis van herbouw- respectievelijk nieuwwaarde en op die basis ook premie is verschuldigd, zal in beginsel ook op die basis moeten worden uitgekeerd en is het aan de verzekeraar om de door hem gewenste beperkingen met zoveel woorden in de polisvoorwaarden te bedingen. Voorts laat de jurisprudentie een niet-eenduidig beeld zien als het gaat om de praktische invulling van het indemniteitsbeginsel: welke waarde hoort bij een schade-uitkering overeenkomstig het indemniteitsbeginsel? Hoe zit dat bij een te koop staan van een pand, c.q. een voornemen tot sloop daarvan onmiddellijk voor het schadegebeuren? Het zijn kwesties waarop de polis richting zal (moeten) geven.

In het begin van deze bijdrage hebben wij in het kader van een andere rode draad - de sociale functie - meerdere uitwerkingen daarvan besproken. Een van die uitwerkingen is dat de sociale functie een actief handelen van de verzekeraar eist ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde. In het verlengde daarvan verdient aandacht de vraag welke rechtskracht polisbedingen ter regulering van het indemniteitsbeginsel hebben. Een beding dat in dit verband in het oog springt, is dat waarbij de verzekeraar ten aanzien van verzekerde zaken waarvan de dagwaarde minder is dan 40% van de nieuwwaarde niet meer dan die dagwaarde vergoedt. Die dagwaarde wordt bepaald door op de nieuwwaarde een afschrijving toe te passen. Een beding dat ingezet wordt om te voorkomen dat een verzekeringnemer door een verzekerd voorval in een duidelijk voordeliger positie geraakt en dat in de praktijk vooral speelt bij verlies van 'overjarige' inboedel onder de inboedelverzekering, waarbij uitgangspunt is dat verzekerd wordt op basis van nieuwwaarde en op die basis ook premie wordt geheven. Gebruikelijk is de navolgende omschrijving van nieuwwaarde: het bedrag dat de verzekerde nodig heeft om nieuwe voorwerpen van dezelfde soort en kwaliteit aan te schaffen.

De jurisprudentie van de Hoge Raad is duidelijk: vergoeding naar nieuwwaarde levert geen strijd met het zogenoemde indemniteitsbeginsel op zolang de vergoeding voor de tenietgegane zaken bestemd is en gebruikt wordt voor het verkrijgen van nieuwe zaken ten behoeve van de voortzetting van het bedrijf of de huishouding waarvan de verloren gegane zaken deel uitmaakten.^[2] Of, zoals de Hoge Raad het in het *Bruinisse*-arrest van 10 december 1993 verwoordt:

“(…) niet kan worden gezegd dat de enkele omstandigheid dat de veronderstelde vermogenswaarde ('dagwaarde') van de verzekerde zaken, ook al gaat het daarbij om machines en bedrijfsinventaris, voor het evenement 40% van de nieuwwaarde of minder bedroeg, tot de gevolgtrekking noopt dat een uitkering op basis van nieuwwaarde in strijd is met het indemniteitsbeginsel. Ook wanneer de 'dagwaarde' van de verzekerde zaken voor het evenement 40% van de kosten van vervanging nadien of minder bedroeg, is immers goed mogelijk dat de schadelijke gevolgen van het evenement voor de verzekerde slechts kunnen worden weggenomen door een uitkering op basis

van nieuwwaarde. Dat zal zich met name voordoen in geval de functie welke de machines en bedrijfsinventaris voor de verzekerde hebben, meebrengt dat zij bij tenietgaan of beschadiging noodzakelijkerwijs moeten worden vervangen, ook al overtreffen de kosten daarvan hun ‘dagwaarde’ zeer aanzienlijk, terwijl de economische betekenis welke de vervangende zaken voor de verzekerde hebben, niet beduidend verschilt van die welke de oude voor hem hadden.” [3]

De functie van het verloren gegane goed staat daarbij centraal. Een punt dat wij evenzeer willen maken - en daarmee wordt duidelijk hoezeer de rode draden met elkaar verweven zijn - is dat de bedoelde 40%-regel waar verzekeraar zich op beroept onderdeel is van de zogenoemde primaire dekkingsomschrijving en als zodanig een kernbeding vormt in de zin van art. 6:233 BW. Wat verzekeraars onzes inziens veelal onvoldoende beseffen, is dat het zijn van een kernbeding wel meebrengt dat de 40%-regel alleen dan als overeengekomen tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer zal hebben te gelden, indien daaromtrent ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst (inhoudelijk) wilsovereenstemming tussen partijen bestond. Dat impliceert dat de verzekeringnemer zich bij het sluiten van de verzekering bewust moet zijn geweest van de 40%-regel in de polis en de verzekering in volle bewustheid daarvan moet hebben gesloten. Het bewijs daarvan lijkt op voorhand niet altijd eenvoudig (door de verzekeraar) te leveren. Daarbij komt dat een professionele verzekeraar zich moet realiseren dat de doorsneeverzekerde bij inboedelschade zal rekenen op een vergoeding op basis van nieuwwaarde en van een professionele verzekeraar daarom temeer mag worden verlangd dat hij bij het sluiten van de verzekering het geldende vergoedingssysteem op een heldere en niet mis te verstane wijze onder de aandacht van de verzekerde brengt. Hier is ook sprake van een dekkingsbeperking van een ‘bezwarende’ aard, waarbij naar het oordeel van de Hoge Raad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een waarschuwingsplicht voor de verzekeraar gerechtvaardigd is.[4]

Voetnoten

[1] HR 5 april 1991, *NJ* 1992/344, m.nt. Schilfgaarde (*Mangnus*); HR 14 februari 1992, *NJ* 1992/245, m.nt. Schilfgaarde (*CSF*) en HR 11 september 1998, *NJ* 1998/851. Zie hieromtrent nader in *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/433.

[2] *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/424.

[3] HR 10 december 1993, *NJ* 1994/686 (*Bruinisse*).

[4] HR 9 september 1994, *NJ* 1995/285.

De praktijk van 15 + 1 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/1.6

1.6 Afronding

Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
JCDI	JCDI:ADS676235:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Het is tijd om af te sluiten. Uitgangspunt in deze derde bijdrage over de rode draden was nog eens het belang daarvan voor de maatschappelijke betekenis van het materiële verzekeringsrecht in titel 7.17 BW te laten zien. De uitkomst sluit aan bij de conclusie in de eerste druk van de ‘*Bespiegelingen*’. Ook in de jaren daarna is het

meest kenmerkend geweest de verdere versterking van de sociale functie van het verzekeringsrecht. Dit ook nu met name in de vorm van een toenemende druk in de jurisprudentie waarin een actief handelen van de verzekeraar geëist wordt ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde. Daarnaast heeft de jurisprudentie in het licht van de sociale functie van verzekering laten zien dat het beginsel van *assurance oblige* een meer complete invulling heeft gekregen die in de uitkomsten op punten onze steun verdient. Daarmee wint ook titel 7.17 BW opnieuw aan gewicht.