

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/192036>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-26 and may be subject to change.

Mop van Tiggele-van der Velde
Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde
is hoogleraar Verzekeringsrecht aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
(Verzekeringsinstituut) en de Radboud
Universiteit Nijmegen.

ARTIKEL

De proportionaliteitstoets ex art.

7:940 lid 3 BW

Ook bij vastgestelde opzet tot misleiding?

Met de zogenoemde proportionaliteitstoets, zoals deze in de laatste volzin van art. 7:940 lid 3 BW is opgenomen, heeft de wetgever een toetsingskader willen bieden om de verzekeringnemer te beschermen tegen een polisconforme, maar niettemin onredelijke opzegging van de overeenkomst (door de verzekeraar). Aan de orde is daarmee de vraag of gebondenheid van de verzekeraar aan de overeenkomst gevegd kan worden. Auteur concludeert dat – wat zij noemt – de zuivere proportionaliteitstoets ook zuiver wordt toegepast, maar voelt een duidelijke grens waar opzet tot misleiding vastgesteld is.

1. Inleidend

De regeling van de tussentijdse opzegging van de verzekeringsovereenkomst, zoals deze in art. 7:940 lid 3 BW is opgenomen, heeft op enig moment een wat onrustig bestaan gekend. Eind van de jaren '00 van deze eeuw speelde immers de vraag of de restrictie in de bevoegdheid om op te zeggen op de grond dat *“gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kon worden gevegd”* ook voor de verzekeringnemer had te gelden. Die gedachte was ontstaan omdat partijen gelijke bevoegdheden voor opzegging hadden gekregen en aan de orde was daarmee de samenhang tussen de eerste en de laatste volzin van art. 7:940 lid 3 BW. Voor een goed begrip van de materie geef ik de bedoelde bepaling hierna weer:

“3. Indien de verzekeraar de bevoegdheid heeft bedongen de overeenkomst tussentijds op te zeggen, komt de verzekeringnemer een gelijke bevoegdheid toe. (...) 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 gevegd.”

De kern van het debat(je) dat in die periode over dit artikellid en deze geciteerde volzin had te gelden, zag – wat populair verwoord – op de vraag of de verzekeringnemer *“als een free rider zonder enige redengeving de overeenkomst kon opzeggen”*,¹ waar voor de verzekeraar dus die genoemde beperking uit de laatste volzin had te gelden.

Nadat in twee instanties werd geoordeeld dat dat inderdaad zo is en dat de beperking van de laatste volzin niet voor de verzekeringnemer geldt (waardoor de verzekeringnemer in beginsel (dus) tussentijds kan opzeggen zonder dat sprake was van een opzeggingsgrond die van dien aard hoefde te zijn dat de gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van hem kon worden gevegd),² was de materie voor de branche helder. Art. 7:940 lid 3 BW werd daarmee op het aspect van de (niet) gelijke opzeggingsbevoegdheid een rustig bezit.

Dat geldt niet zonder meer voor de aan het invoeren van de opzeggingsbevoegdheid te stellen inhoudelijke toets: wannéer kan gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar worden gevegd? In de rechtspraak is dit aspect wel aangeduid als de 'proportionaliteitstoets' die *"voor het nemen van de verstrekende maatregel van beëindiging van de verzekeringsovereenkomst"* (voor de verzekeraar, voeg ik toe) *"heeft te gelden"*.³

In deze bijdrage ga ik op de betreffende materie in. Dat is allereerst door de bedoelde proportionaliteitstoets te duiden en vervolgens door – aan hand van een onderzoek en bespreking van de jurisprudentie – te bezien of die toets wordt toegepast op een manier die (uiteindelijk) recht doet aan de wederzijdse belangen.

2. De van de verzekeraar niet meer te vergen gebondenheid aan de overeenkomst

De door mij hiervoor geciteerde laatste volzin van lid 3 van art. 7:940 BW laat zien dat voor een tussentijdse opzegging door de verzekeraar twee vereisten hebben te gelden: de bevoegdheid om de overeenkomst tussentijds op te zeggen moet bedongen zijn én 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 gevegd"*.

2.1 De wettelijke bepaling zelf

Alvorens op de toepassing in de praktijk in te gaan, is het goed (de bedoeling achter) de wettelijke bepaling in kaart te brengen. Ik hecht daaraan omdat het mij – wanneer de genoemde wettekst letterlijk genomen wordt – verdedigbaar voorkomt dat een *inhoudelijke* toets van een aan de rechter voorgelegd geschil waarbij de opzeggingsbevoegdheid in geschil is, welhaast achterwege kan blijven. Beoordeling van de vraag of *"de in de overeenkomst vermelde gronden van dien aard zijn dat gebondenheid aan die overeenkomst van de verzekeraar niet meer kan worden gevegd"* kan strikt genomen immers al plaatsvinden door beoordeling van de overeenkomst zelf. Iedere overeenkomst kent een opsomming in de polisvoorwaarden waarin is opgenomen wat – in de ogen van de opsteller van die voorwaarden – als gerechtvaardigde grond voor ontbinding heeft te gelden. Strikte uitleg van de wettelijke bepaling laat ruimte voor de opvatting dat deze gronden ook gewoon op polisniveau kunnen worden beoordeeld; dus zonder ze aan voorkomende omstandigheden te toetsen.

Ook (en het geheel overziend: beter) verdedigbaar is dat de wetgever het zo uiteindelijk niet bedoeld heeft. De parlementaire geschiedenis, immers, laat zien dat in het Voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie aan de minister de vraag wordt gesteld waarom een beschermingsclausule tegen een willekeurige opzegging door de verzekeraar ontbreekt.⁴ Letterlijk wordt aangegeven dat een verbod op een polisconforme, maar niettemin onredelijke beëindiging ontbreekt. Het is (eerst) in vervolg op deze vragen dat de laatste zinsnede is toegevoegd aan het wetsvoorstel.⁵

Uit deze overwegingen en de wijze van totstandkoming van de thans geldende bepaling kan worden afgeleid dat de wetgever wel degelijk bedoeld heeft met deze laatste volzin van art. 7:940 lid 3 BW handvatten te bieden om een door de verzekeraar genomen beslissing tot beëindiging van een overeenkomst op haar juistheid te toetsen.

2.2 De toetsing van de opzegging in de praktijk

2.2.1 Opzegging op in de overeenkomst vermelde gronden

Alvorens op de toepassing zoals die in de praktijk plaatsvindt in te gaan, is het goed te realiseren dat de vraag of opzegging van de overeenkomst met inachtneming van het bepaalde in de laatste volzin van art. 7:940 lid 3 BW heeft plaatsgehad vanzelfsprekend eerst kan plaatsvinden indien een, de ingeroepen (opzeggings)grond ook daadwerkelijk in die overeenkomst is opgenomen. Illustratief in dezen is de casus die heeft geleid tot een arrest van het hof Amsterdam van 22 februari 2011. Aan de orde is de vraag of de verzekeraar gerechtigd was een motorrijtuigverzekering op te zeggen omdat zij (na schade) erachter komt dat verzekeringnemer het kenteken van de auto – tijdens de looptijd van de overeenkomst – heeft overgeschreven op naam van 'M', die een uitgebreid schadeverleden heeft. Verzekeraar beroept zich erop dat zij op grond van art. 11 sub 4 van de algemene verzekeringsvoorwaarden (Formulier 355) de verzekering

kan beëindigen bij een risicowijziging. Verzekeringnemer stelt daartegenover dat zij niet gehouden was de wijziging van de tenaamstelling van het kenteken aan de verzekeraar mee te delen, zich erop beroepend dat voor haar slechts een mededelingsplicht bestaat bij het aangaan van de verzekering. Het hof overweegt op het punt dat in deze voorliggende bijdrage centraal staat:⁶

“3.12 Hierbij tekent het hof aan dat artikel 7:940 lid 3 BW bepaalt dat de verzekeraar slechts tussentijds kan opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd. Deze bepaling is van dwingend recht (artikel 7:943 lid 2 BW). Reaal (de verzekeraar; NvT) heeft onvoldoende onderbouwd dat zij met inachtneming van deze genoemde wetsbepaling heeft bedongen dat zij in het onderhavige geval het recht heeft de verzekering tussentijds op te zeggen. De verwijzing naar artikel 11 sub 4 van Formulier 355 volstaat in dit opzicht niet, omdat deze bepaling blijkens de bewoordingen daarvan slechts ziet op de opzegging tegen het einde van een verzekeringsperiode teneinde verlenging van de verzekeringsovereenkomst te voorkomen als bedoeld in artikel 7:940 lid 1 BW.”

Een terechte overweging nu de opzegging en de toetsing aan de van de verzekeraar te vergen gebondenheid nu eenmaal uitsluitend kan plaatsvinden indien zij, die opzegging, gebaseerd is op in de overeenkomst vermelde gronden.⁷

Lastig(er) is de situatie waarin een opzeggingsbevoegdheid wel opgenomen, maar heel ruim geformuleerd is. Zoals de bepaling die aangeeft dat de verzekeraar:⁸

“(…) het recht heeft de verzekeringen binnen 30 dagen na afwikkeling van een schade schriftelijk te beëindigen waarbij een opzegtermijn van twee maanden in acht genomen wordt.”

In algemene zin is juist, zoals in de parlementaire geschiedenis, in de literatuur,⁹ maar ook in de uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening wordt aangegeven, dat de verzekeraar bij de keuze voor een opzegging grote zorgvuldigheid in acht moet nemen.¹⁰ Mijns inziens strekt die zorgvuldigheid nog wat verder indien de opzeggingsbevoegdheid een dergelijke ruime formulering kent en rust alsdan op de verzekeraar des te sterker de verplichting om inzicht te geven in de gronden die voor hem aanleiding vormen om de overeenkomst op te zeggen. Zulks om de eenvoudige reden dat de proportionaliteitsweging door de rechter anders niet te maken valt.

De verzekeraar moet bij de keuze voor een opzegging grote zorgvuldigheid in acht nemen. Mijns inziens strekt die zorgvuldigheid nog wat verder indien de opzeggingsbevoegdheid een ruime formulering kent.

2.2.2 Niet iedere niet-toegestane opzegging is een resultante van weging ex art. 7:940 lid 3 BW
Verder is het goed op deze plaats aan te geven dat ik me in dit artikel beperk tot de bespreking van die gevallen waarin een zuivere proportionaliteitstoets aan de orde is. In de jurisprudentie zijn talloze voorbeelden te vinden van situaties waarin de verzekeraar een standpunt inneemt (er is verzwegen; de contractuele verplichtingen zijn niet nagekomen; er is fraude gepleegd) en in vervolg daarop de overeenkomst opzegt. Op het moment dat zo'n zaak voor de rechter komt en deze oordeelt dat het standpunt van de verzekeraar in rechte niet handhaafbaar is (de feiten en omstandigheden rechtvaardigen geen beroep op verzwijging; de verplichtingen zijn wel nagekomen; fraude komt niet vast te staan), is het door de verzekeraar gedane beroep op opzegging niet terecht. Maar daarmee is niet de proportionaliteitstoets ex art. 7:940 lid 3 BW aan de orde. Dan is de opzegging 'alleen maar' onterecht. Ook hier een bespreking van een casus om het punt dat ik wil maken helder te krijgen: in vervolg op een tweetal

bij een verzekeraar ingediende claims (één ter zake van inbraak en één ter zake van het zoek raken van een koffer) laat die verzekeraar onderzoek verrichten. Onder meer¹¹ omdat de verzekeraar uit de resultaten van het onderzoek naar de inbraakschade afleidt dat de verzekeringnemers met opzet een verkeerde voorstelling van zaken hadden gegeven met als doel een schade-uitkering te verkrijgen, zegt zij de overeenkomst op. Het hof gaat op de feitelijke kwestie gedegen en uitgebreid in en oordeelt – op het in het kader van deze bijdrage relevante punt – dat opzet niet is komen vast te staan:¹²

“4.18 In de tweede plaats heeft ASR (de verzekeraar; NvT) aangevoerd dat zij op grond van artikel 7:940 lid 3 BW het recht had de verzekeringen op te zeggen, nu in de polisvoorwaarden onder meer is bedongen dat tussentijds mag worden opgezegd in geval van opzet tot misleiding van verzekerden. Zij stelt daarbij dat de gronden van opzegging van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van haar kan worden gevergd. Mede gelet op hetgeen in de brief van 7 mei 2013 is vermeld, gaat het hof ervan [uit] dat ASR hiermee doelt op de opzeggingsgrond dat de verzekerde over een gebeurtenis of schade met opzet een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven (artikel 5 lid 2 onder e van de Algemene Voorwaarden Voordeelpakket). Dat [appellanten] (verzekeringnemers; NvT) ten aanzien van de inbraak, de vermissing van bagage en/of de daardoor geleden schade met opzet een onjuiste voorstelling van zaken hebben gegeven, is naar het oordeel van het hof echter niet komen vast te staan. Zoals hiervoor is overwogen, voldoen de verklaringen van [appellanten] over de diefstalschade niet aan de hoge eisen van consistentie en volledigheid, zodat hun vordering in zoverre onvoldoende is onderbouwd, maar daaruit volgt nog niet dat sprake is geweest van opzet tot misleiding.”

Een feitelijk oordeel, dat ik – juist gelet op de gedegen en uitgebreide overwegingen – volgen kan. De opzegging, zoals deze door de verzekeraar is gedaan, is daarmee onterecht; er is nu eenmaal geen opzet tot misleiding geweest en dus kan dat als argument voor opzegging ook niet gelden. Maar het is géén zuivere toets aan het bepaalde in art. 7:940 lid 3 BW, nu die eerst aan de orde kan zijn als de opzegging in beginsel (ook naar het oordeel van de rechter) polisconform zou zijn. En dat speelt hier niet. In die zin acht ik de volgende aan het einde van r.o. 4.18 opgenomen passage, waarin onmiskenbaar wordt geappelleerd aan de laatste volzin van lid 3, dan ook onjuist:

“Bij deze stand van zaken kan ook niet worden gezegd dat hetgeen is gebleken van dien aard is dat gebondenheid aan de verzekeringsovereenkomst niet meer van ASR kan worden gevergd.”

De daarop (in r.o. 4.19) weer volgende conclusie dat de opzegging door de verzekeraar niet rechtsgeldig is, is een juiste, maar enige proportionaliteitsweging speelt hierbij geen rol.

2.2.3 De zuivere proportionaliteitstoets

In welke situatie speelt de zuivere proportionaliteitstoets dan wel? Mijns inziens is die toets aan de orde in een geval waarin de opzegging op grond van de voorwaarden in beginsel polisconform zou zijn, maar een afweging van de wederzijdse belangen aan die opzegging (desondanks) in de weg staat. Fraai in de toepassing is mijns inziens het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak waarin de verzekeraar de overeenkomst opzegt omdat de verzekeringnemer niet “alle (aanvullende) informatie” verstrekt die de verzekeraar nodig stelt te hebben (en waarin de overeenkomst een dergelijk tekortschieten sanctioneert met de bevoegdheid tot opzegging van de overeenkomst). Strikt genomen is opzegging van de overeenkomst daarmee gegeven te noemen, waarna het hof langs de weg van art. 7:940 lid 3 BW ingrijpt en een heldere belangenafweging inzichtelijk maakt:¹³

“4.11 (...) Een redelijke uitleg van de bewoordingen van de artikelen 7 en 11 (...) (in welke de verplichting en de sanctie zijn weergegeven; NvT) brengt mee dat de daarin neergelegde verplichting om informatie te verstrekken slechts betrekking heeft op informatie die noodzakelijk is om de rechten en plichten van de verzekerde onder de verzekering vast te stellen en/of te controleren. Niet kan worden aangenomen dat deze artikelen een verplichting behelzen om steeds zonder meer alle informatie te verstrekken waar Achmea (de verzekeraar; NvT) om vraagt. Een zo ruime uitleg van de in deze artikelen neergelegde verplichtingen is evenmin geïndiceerd in het licht van de polisvoorwaarden als geheel. Aan het tekortschieten in de

nakoming van genoemde verplichtingen is immers in artikel 24 Algemene Voorwaarden een zeer vergaande beëindigingsbevoegdheid van de verzekeraar verbonden, met voor de verzekerde uiterst zwaarwegende gevolgen.

Gelet daarop, en in aanmerking genomen de informatie die [verzekeringnemer] wél aan Achmea heeft doen toekomen naar aanleiding van de diverse informatieverzoeken, is de door [verzekeringnemer] verstrekte informatie niet zodanig ontoereikend geweest dat dit het oordeel rechtvaardigt dat [zij] haar informatieverplichtingen heeft geschonden en Achmea op die grond de overeenkomst redelijkerwijs heeft mogen beëindigen.”

Het hof weegt daarmee of de in de overeenkomst weergegeven, maar ruim omschreven verplichtingen door de verzekeringnemer zo zeer geschonden zijn dat die schending de (in beginsel polisconforme) sanctie van beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigt. Het hof refereert in dezen ook zelf aan art. 7:940 lid 3 BW, door in r.o. 4.12 te overwegen:

“Het hof wijst er ten overvloede nog op dat de door het hof in r.o. 4.11 weergegeven beoordeling van Achmea’s beëindigingsbevoegdheid strookt met de in art. 7:940 BW neergelegde dwingendrechtelijke bepaling dat de verzekeraar slechts tussentijds de verzekeringsovereenkomst kan opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd.”

Een zuivere proportionaliteitsweging speelt ook in de zaak die leidt tot het oordeel van de rechtbank Gelderland van 6 november 2017. Voor ligt onder meer de vraag of de verzekeraar gerechtigd was om de verzekeringsovereenkomst te beëindigen in een situatie waarin vast is komen te staan – mede doordat zulks ter zitting namens de verzekeringnemer is erkend – dat bepaalde geclaimde schade niet samenhangt met het verzekerd evenement (waar die schade eerder wel aan werd toegerekend). De rechter oordeelt met inachtneming van de beperkingen die een kortgedingprocedure met zich brengt (onder r.o. 4.9) dat voorshands voldoende aannemelijk is geworden dat de verzekeringnemer de verzekeraar ten aanzien van de aanrijding en de daardoor ontstane schade onjuist heeft voorgelicht om zodoende een hoger schadebedrag uitgekeerd te krijgen. Op het punt van de beëindiging van de verzekeringsovereenkomst oordeelt de voorzieningenrechter:¹⁴

“4.10 Voorop staat dat de relatie tussen een financiële instelling en een cliënt (mede) een vertrouwensrelatie betreft. De verzekeringsovereenkomst is voor de duur van een jaar aangegaan en wordt telkens automatisch met een jaar verlengd maar Achmea (de verzekeraar; NvT) meent dat zij gerechtigd is deze overeenkomst op grond van artikel 5 van de Polisvoorwaarden en artikel 7:940 lid 3 BW tussentijds op te zeggen. Daarbij voert zij aan dat [eisende partij] (de verzekeringnemer; NvT) bij het aanvragen van een uitkering niet de waarheid heeft verteld en frauduleus heeft gehandeld waardoor zij kennelijk het vertrouwen in [eisende partij] is verloren. [eisende partij] stelt dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat het vertrouwen tussen hem en Achmea is geschaad omdat uit niets blijkt dat hij met opzet heeft getracht Achmea te misleiden. Hij was van bepaalde feiten en omstandigheden gewoonweg niet op de hoogte, aldus [eisende partij].

4.11 Gelet op hetgeen de voorzieningenrechter hiervoor heeft overwogen, heeft Achmea in onderhavig kort geding voldoende aannemelijk gemaakt dat [eisende partij] Achmea heeft misleid en dat aan de vereisten van artikel 5 van het Protocol en van artikel 7:940 lid 3 BW is voldaan. De vordering van [eisende partij] tot ongedaanmaking van de beëindiging van de verzekeringsovereenkomst wordt dan ook afgewezen.”

Een korte overweging waarbij niet meer dan wordt geoordeeld dat (gelet op de vastgestelde fraude?) is voldaan aan de vereisten van art. 7:940 lid 3 BW. De proportionaliteitsweging wordt niet nader inzichtelijk gemaakt, maar lijkt voor de voorzieningenrechter een gegeven en staat aan opzegging van de overeenkomst (dus) niet in de weg. Ik snap dat, temeer nu de voorzieningenrechter vooropstelt dat de relatie tussen de verzekeraar en diens cliënt een vertrouwensrelatie betreft. En juist wanneer het bijzondere karakter en die daarmee gepaard gaande vertrouwensrelatie tot uitgangspunt worden genomen, dient dan

niet te worden geoordeeld dat bij vastgestelde fraude de grens wordt bereikt van wat van een verzekeraar nog kan worden gevergd?¹⁵ Toch is er recent een arrest gewezen dat deze grens passeert.

De zuivere proportionaliteitstoets speelt in een geval waarin de opzegging op grond van de voorwaarden in beginsel polisconform zou zijn, maar een afweging van de wederzijdse belangen aan die opzegging (desondanks) in de weg staat.

3. Kan meer vergen nog worden gevergd?

Aan de orde is daarmee het arrest van het hof Den Haag van 20 februari 2018,¹⁶ dat gaat over een tussen verzekeringnemer en verzekeraar gesloten woonhuis- en inboedelverzekering. Door zware regenval is in twee opvolgende maanden schade geleden. De schade is in het souterrain van de woning en de beide schades zijn bij de verzekeraar gemeld. De tweede schade wordt door tussenkomst van die verzekeraar tot tevredenheid afgewikkeld, de eerste schade nog niet want de verzekeraar betaalt van die schade in eerste instantie slechts de helft, ruim € 450,=. Verzekeraar laat daarbij weten dat dat de andere helft wordt voldaan als verzekeringnemer de definitieve nota toestuurde.

Dan wordt de creativiteit bij verzekerde aangewakkerd: hij stuurt een mail aan de verzekeraar waarin hij betaling van het restantbedrag vraagt en met die mail stuurt hij een schermafbeelding mee. Te zien is een internetbankieromgeving en het afgebeelde scherm toont een betaalopdracht aan de loodgieter. In de balk waar bij de opdracht tot uitvoering informatie kan worden ingevuld, zet de verzekerde 'direct'. Wanneer de verzekeraar later een kopie van de herstelnota en een kopie van het bankafschrift vraagt, laat de verzekeringnemer haar uiteindelijk (telefonisch) weten dat de schade niet hersteld is. En de factuur niet voldaan. Een eerste aspect dat hier speelt, is vanzelfsprekend de vraag of verzekeringnemer door te handelen zoals hij deed de verzekeraar bedoeld heeft te misleiden. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat vast is komen te staan dat de verzekeringnemer onjuiste informatie aan de verzekeraar heeft verstrekt met de opzet om de verzekeraar te misleiden. Het hof is vrij ferm daarin zelfs, waar het overweegt:

"9. (...) Dit samenstel van feiten en omstandigheden kan naar het oordeel van het hof tot geen andere conclusie leiden dan dat [verzekeringnemer] NN (de verzekeraar; NvT) op het verkeerde been heeft willen zetten ten aanzien van zijn recht op uitkering van het restantbedrag. (...) Anders dan [verzekeringnemer] kennelijk meent, is voor opzet tot misleiding niet vereist dat NN daadwerkelijk was misleid of dat de kans daarop groot was."

Aan de orde is vervolgens de vraag welke gevolgen het oordeel opzet tot misleiding moet hebben en op het punt van de vraag naar beëindiging van de overeenkomst is het hof vrij uitgebreid in zijn overwegingen:

"14. Anders dan NN mogelijk meent (...), geldt voor het nemen van de verstrekkende maatregel van beëindiging van de onderhavige overeenkomst (ook) een proportionaliteitstoets. Dit vloeit voort uit het bepaalde in artikel 7:940 lid 3 BW (laatste volzin), dat ingevolge art. 7:943 lid 2 BW van dwingend recht is. (...) De verzekeraar zal in dit verband 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. Het hof is van oordeel dat de verstrekkende maatregel van beëindiging van de beide verzekeringsovereenkomsten, gezien in het licht van alle relevante feiten en omstandigheden, niet evenredig is aan de zwaarte van de onderhavige gebeurtenis, dat wil zeggen de opzettelijke misleiding door [verzekeringnemer]."

Het hof acht daartoe het volgende redengevend:

“15. Het gaat hier om een eenmalig incident. [Verzekeringnemer] is, naar als onweersproken vast staat circa 20 jaar bij NN verzekerd geweest zonder dat gesteld of gebleken dat zich eerder een incident heeft voorgedaan. Verder staat vast dat [verzekeringnemer], nadat NN hem om nadere uitleg had gevraagd over de gang van zaken rond de reparatie van de waterschade, niet gepersisterd heeft in de misleiding, maar heeft medegedeeld dat Kaal (de loodgieter aan wie de betaalopdracht van de schermafbeelding gericht was; NvT) nog niet betaald was en dat aan Kaal (nog) geen opdracht was verstrekt. Daarnaast betreft het hier een daadwerkelijke (water)schade in een woning, waarvan de omvang bovendien niet in geschil is en waarbij [verzekeringnemer] als particuliere verzekerde (consument) in beginsel recht had op betaling van het bewuste (restant)bedrag, zij het pas na indiening van de definitieve nota van Kaal. Verder is van belang dat hier geen sprake is geweest van vervalsing of manipulatie van stukken of andere gegevensdragers, maar van het opwekken van de schijn van betaling door indiening van een op zichzelf niet vervalste printscreen van een betalingsopdracht (die echter niet is uitgevoerd). Bovendien gaat het bij deze verkeerde voorstelling van zaken om een vrij laag bedrag (het restantbedrag van de offerte van Kaal, dat wil zeggen de helft van € 845,= exclusief BTW). Tot slot is van belang dat NN niet heeft bestreden, dat [verzekeringnemer] bij het afsluiten van nieuwe verzekeringen zal moeten vermelden dat hem verzekeringen zijn opgezegd om de door NN gehanteerde redenen, hetgeen in de praktijk ertoe leidt dat [verzekeringnemer] slechts tegen een hoge premie bij een gespecialiseerde verzekeraar dekking kan verkrijgen. Het grote belang van [verzekeringnemer] bij de voortzetting van de verzekeringen is daarmee gegeven.”

Inmiddels heb ik de overwegingen van het hof talloze malen gelezen en herlezen. Dit voorliggend onderzoek ziet immers op de proportionaliteitstoets die eigen is aan een polisconforme opzegging als de onderhavige: opzet tot misleiding van de verzekeraar is – in de zaak die is voorgelegd aan het hof – een in de overeenkomst vermelde grond voor opzegging en daarmee is de proportionaliteitsweging aan de orde. En toch merk ik dat ik hier aan alle kanten weerstand voel. Is het niet zo dat bij vastgestelde opzet tot misleiding – zoals ik hiervoor bij bespreking van een eerdere uitspraak al aangaf – de gebondenheid aan de overeenkomst van een verzekeraar sowieso niet hoeft te worden gevergd? Juist vanwege het bijzondere vertrouwens karakter dat eigen is aan de verzekeringsovereenkomst meen ik dat afwegingen als hier door het hof gemaakt niet zouden mogen leiden tot een (gedwongen) voortzetting van de overeenkomst. Er is opzet tot misleiding in het spel; de bijl aan de wortel van het bij de verzekeringsovereenkomst zo wezenlijke vertrouwensbeginsel en toch laat het hof aspecten meewegen die mij voornamelijk cynisch maken. Zowat bij ieder van de gegeven argumenten, voel ik gedachten opkomen als: als je al twintig jaar verzekerd bent zonder incidenten, mag je dus één keer zonder dat je polis wordt opgezegd frauderen? En: vervalsen of manipuleren van stukken mag niet, maar het opwekken van de schijn van betaling is in de ogen van het hof wel toegestaan? Maar bovendien: zijn we juist niet vanaf 2004 zover dat de omvang van de fraude er niet toe doet;¹⁷ is dit terug naar af? Het doet er niet aan af dat de punten die het hof benoemt, aspecten zijn die er op zich wel toe kunnen doen. Zeker geldt dat voor genoemde parameters als de vraag of in de misleiding gepersisterd is en/of er inderdaad werkelijk waterschade is geleden. Maar als zij al iets mogen doen in de waardering van de voorliggende casus, dan is het mijns inziens bij de vaststelling van de vraag of opzet tot misleiding al dan niet dient te worden aangenomen.¹⁸ Zij spelen naar mijn overtuiging geen rol van betekenis in de fase waarin de in beginsel polisconforme opzeggingsbevoegdheid mag worden ‘tegengehouden’. De proportionaliteitsweging is een groot goed, maar zij lijkt mij haar begrenzing te moeten vinden waar door de rechter tot opzet tot misleiding (en dan ook nog eens zo stellig als in deze zaak) geconcludeerd is.

De proportionaliteitsweging is een groot goed, maar zij lijkt mij haar begrenzing te moeten vinden waar door de rechter tot opzet tot misleiding geconcludeerd is.

4. Concluderend

Het geheel overziend, concludeer ik dat de proportionaliteitsweging een dienstbaar instrument is. Art. 7:940 lid 3 BW biedt met haar laatste volzin de mogelijkheid om te toetsen of bij een in beginsel polisconforme opzegging niet (toch) gebondenheid (van de verzekeraar) aan de overeenkomst kan worden gevergd. Toetsing van de opzegging in de praktijk laat zien dat die toets wat in opkomst lijkt. De meeste uitspraken op dit terrein zijn immers vrij recent geweest.

Dat de materie niet heel frequent aan de rechter wordt voorgelegd, doet zich verklaren uit het feit dat het oordeel dat opzegging niet op zijn plaats was, praktisch gezien vaak beperkt in zijn gevolgen is.

Dat de materie niet heel frequent aan de rechter wordt voorgelegd, doet zich wat mij betreft op zich wel verklaren uit het feit dat het oordeel dat opzegging niet op zijn plaats was, praktisch gezien vaak beperkt in zijn gevolgen is. Een oordeel van de rechter is allereerst niet snel verkregen en ondertussen heeft te gelden dat de verzekeraar doorgaans – het rechterlijk oordeel over de tussentijdse opzegging ten spijt – (alsnog) de bevoegdheid heeft om de overeenkomst in ieder geval per prolongatiedatum te beëindigen. Maar ook dan is de rechterlijke toets en een oordeel over de opzegbaarheid voor de verzekeringnemer nog waardevol; het beëindigen per prolongatiedatum is immers te zien als een niet-verlenging van de overeenkomst, die door de verzekeringnemer bij het aangaan van een nieuwe verzekeringsovereenkomst niet hoeft te worden gemeld.

Onderzoek naar en mijn bespreking van de materie laten verder zien dat de zuivere proportionaliteitstoets naar mijn oordeel ook zuiver wordt toegepast: het artikel biedt de door de wetgever bedoelde handvatten om de beslissing van een verzekeraar op haar juistheid te toetsen. Een duidelijke grens voel ik evenwel daar waar opzet tot misleiding is vastgesteld: juist wanneer de contractuele vertrouwensrelatie die de verzekeringsovereenkomst kenmerkt serieus wordt genomen, dient dat voor de rek die van de verzekeraar kan worden verwacht evenzeer te gelden. Het vergen van voortzetting kan onder die omstandigheden van de verzekeraar niet worden gevergd.

¹ Passage ontleend aan een advies aan van prof. mr. J.H. Wansink aan Nationale Nederlanden. De geciteerde passage wordt genoemd in de uitspraak Rb. Arnhem 14 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB8208 (waarbij Wansink – net als een van de partijen – onder r.o. 4.5 wordt aangeduid als '[XXX]'). In deze uitspraak wordt – in lijn met het advies van Wansink – geoordeeld dat het strookt met de bedoeling van de wetgever om de beperking van de vierde volzin ook voor de verzekeringnemer te laten gelden. Zij houdt evenwel geen stand; zie het in de volgende noot genoemde arrest van het hof Arnhem.

² Rb. 's-Gravenhage 14 januari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH5296 en hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI1728. De materie was in een eerder stadium aan de toenmalige Raad van Toezicht Verzekeringen voorgelegd (zie uitspraken 2007/026 en 2007/027). In die procedures werd volstaan met het oordeel dat de verzekeraar door te handelen naar het advies van prof. mr. J.H. Wansink in die concrete situatie de goede naam van het verzekeringsbedrijf niet heeft geschaad. De vraag naar (de uitleg van) art. 7:940 lid 3 BW werd daarmee inhoudelijk niet beoordeeld.

³ De omschrijving is ontleend aan de (bij ter publicatie gaan van dit artikel nog niet gepubliceerde) uitspraak van het hof Den Haag van 20 februari 2018, nr. 200.180.287/01, waarin het hof in r.o. 14 op deze manier aan de toepassing van de laatste volzin van art. 7:940 lid 4 BW refereert. Het arrest wordt hierna onder par. 3 uitvoerig besproken.

⁴ VV I *Kamerstukken I* 2003/04, 19529, A, Parl. Gesch. Verzekering, Deventer: Kluwer 2007, p. 87.

⁵ RO Invoering 7.17 *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, 1-2, Parl. Gesch. Verzekering, t.a.p., p. 91-92.

⁶ Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6444.

⁷ Onbegrijpelijk in die zin is de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 21 augustus 2017, nr. BA 2017-553, waarin (r.o. 4.6) wordt overwogen dat *bij gebreke van een contractuele opzegmogelijkheid* (cursivering NvT)

een tussentijdse opzegging uitsluitend mogelijk is indien de grond voor opzegging “*van dien aard [is] dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd*”.

⁸ Een dergelijke polisbepaling speelt in de zaak die heeft geleid tot het bindend advies van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 27 juli 2016, nr. 2017-208.

⁹ 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: Kluwer 2012, nr. 286, waarin wordt verwezen naar die parlementaire geschiedenis.

¹⁰ Vgl. Geschillencommissie 2009-13 en 2013-327, alsook – ruim daarvoor – Raad van Toezicht Verzekeringen nr. 2004/83 WA.

¹¹ In de zaak die aan het hof is voorgelegd, spelen twee (verzekeringsrechtelijke) opzeggingsgronden naast elkaar. Er is – in de kwestie van de als kwijt geraakt opgegeven koffer – de opzegging ex 7:929 lid 2 BW vanwege door de verzekeraar gestelde opzet tot misleiding bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Deze materie, die in r.o. 4.17 van het arrest wordt beoordeeld, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

¹² Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11219.

¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:10179.

¹⁴ Rb. Gelderland 6 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6091.

¹⁵ De fraude dient wel vast te staan en ‘uitsluitend’ dient het aan te komen op toetsing aan art. 7:940 lid 3 BW; vgl. hiervoor par. 2.2.2.

¹⁶ Het arrest is ten tijde van de publicatie van deze aflevering van *Trema* nog niet gepubliceerd, maar is in de rechtspraak-eigen omgeving bekend onder nr. 200.180.287/01.

¹⁷ HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8089, *NJ 2005/160 (Lorushorloge)*.

¹⁸ Eerder, zie N. van Tiggele-van der Velde, ‘De foute verzekerde. Over verzekering & fraude’ (oratie Rotterdam), *VA* 2013, afl. 2, p. 74, besprak ik de situatie waarbij verzekerde onjuiste of onvolledige informatie aanlevert nadat zich geheel buiten zijn wil om een verzekerd voorval heeft voorgedaan. Ik wijs erop dat in die situatie in beginsel recht op uitkering bestaat, maar dat (ook) dat kan vervallen bij vaststaande fraude. Waarna de reguliere sanctionering, waaronder opzegging van de overeenkomst, gewoon heeft te gelden.