

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/2066/37145>

Please be advised that this information was generated on 2019-09-20 and may be subject to change.

Mw. mr. F.H.E. van der Moolen*

Het nieuwe verzekeringsrecht: een nader verslag

1. INLEIDING

Op 22 februari jl. stelde de vaste Commissie van Justitie het nader voorlopig verslag omtrent de invoering van Titel 7.17 BW: het nieuwe verzekeringsrecht vast.¹ In deze bijdrage wil ik op een aantal van de in het verslag gestelde vragen ingaan. Dit betreft met name vragen ter zake van:

- de beschermingsomvang van de kleine ondernemer in relatie tot de beschermingsomvang van consumenten;
- de verzwijgingsregeling in de artikelen 7.17.1.4 – 7.17.1.6 BW;
- de regeling met betrekking tot de opzet en roekeloosheid in artikel 7.17.2.9 BW;
- de subrogatieregeling in artikel 7.17.2.25 BW.

Alvorens dat te doen, zal ik ten aanzien van de door mij te behandelen punten eerst kort de inhoud van de memorie van antwoord² op het voorlopige verslag van de vaste commissie bespreken³. In deze memorie stelt minister Donner ter zake van de positie van kleine ondernemers, dat deze positie mede door bemoeienissen van brancheorganisaties en door advisering van assurantietussenpersonen, toch wat minder zwak is dan die van consumenten.⁴ Verder merkt de minister op dat de in Titel 7.17 BW opgenomen bepalingen van dwingend recht slechts op onderdelen verschil maken tussen de kleine ondernemer en de consument. De minister verwijst tot slot naar de geboden bescherming in afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden), waarin volgens hem het uitgangspunt gehanteerd wordt dat zowel de consument als de kleine ondernemer een beroep kan doen op het onredelijke bezwarend beding in algemene voorwaarden, mede gezien de reflexwerking die van deze bepalingen uitgaat.⁵

Ter zake van de verzwijgingsregeling merkt de minister op dat objectivering van hetgeen een verzekeringnemer ‘behoort te kennen’ en ‘behoort te begrijpen’ het uitgangspunt dient te zijn bij de beoordeling of door de verzekeraar een gerechtvaardigd beroep op de verzwijgingsregeling is gedaan.⁶ Omtrent de mate van deze objectivering stelt de minister dat in algemene zin kan worden opgemerkt dat bij de beoordeling van de vraag welke feiten een verzekeringnemer behoort te kennen, of wat hij behoort te begrijpen, moet worden uitgegaan van een behoorlijk (handelend) en zorgvuldig verzekeringnemer en dat daarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen. Daarbij geldt dan nog dat feiten die verder buiten het gezichtsveld van de

verzekeringnemer liggen, minder snel aan het objectiveringsvereiste zullen voldoen.

Ter zake van de roekeloosheid en de opzet zoals deze maatstaven gehanteerd worden in artikel 7.17.2.9 BW merkt de minister op dat roekeloosheid het synoniem is van grove schuld en dat onder het verzekeringsrechtelijke begrip ‘opzet’ zowel de opzet als oogmerk en als zekerheidsbewustzijn, alsmede het voorwaardelijk opzet valt te begrijpen.⁷

Tot slot merkt de minister inzake de subrogatiebepaling van artikel 7.17.2.25 BW op dat lid 2 met zich brengt dat de verzekeraar zijn recht op subrogatie niet ten nadele van de verzekerde kan uitoefenen die na de verzekeringsuitkering een eventueel resterende deel van de vordering op de derde moet verhalen.⁸

In het nu volgende ga ik verder met een bespreking van hetgeen in het nader voorlopig verslag naar aanleiding van het voorgaande wordt opgemerkt.

2. DE BESCHERMING VAN KLEINE ONDERNEMERS IN HET NIEUWE VERZEKERINGSRECHT

In het nader voorlopig verslag valt te lezen dat de leden van de VVD-fractie de hierboven weergegeven opvatting van de minister aangaande de beschermingsomvang

* Mw. mr. F.H.E. van der Moolen is docent Verzekeringsrecht Radboud Universiteit Nijmegen.

1. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, D.
2. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B.
3. *Kamerstukken I* 2003/04, 19 529, A.
4. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 4.
5. Zie over deze reflexwerking B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer 1997, p. 126 e.v. Zij verwijzen daarbij naar de MvT waarin te lezen valt: ‘(...) dat de art. 6:236 en 237 juist door de werking van de open norm van art. 6:233 onder a waar nodig ook bij de toetsing van overeenkomsten tussen ondernemers een zekere normerende werking zullen kunnen uitoefenen.’ (MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1651).
6. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 7.
7. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 19.
8. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 26.

van kleine ondernemers niet deelt.⁹ Reeds eerder is er in de literatuur¹⁰ op gewezen dat door de opzet van het nieuwe verzekeringsrecht een tweedeling ontstaat tussen consument-verzekerden enerzijds en ondernemers-verzekerden anderzijds, zonder dat daarvoor mijns inziens steekhoudende argumenten worden gegeven. Hendrikse¹¹ heeft, onder verwijzing naar HR 28 april 1989¹², aangevoerd dat *alle* 'niet-professionele verzekeringnemers' eenzelfde beschermingsomvang dienen te verkrijgen. Het betreft dan niet alleen de consument als verzekeringnemer, maar ook de kleine ondernemer, waarvan óók moet worden aangenomen dat deze in de regel onvoldoende kennis heeft van het verzekeringsrecht. De opvatting van Hendrikse verdient zeker steun, hoewel niet duidelijk is waar de afgrenzing plaats dient te vinden. Hij bepleit om artikel 6:238 lid 2 BW zo aan te passen dat ook niet-professionele wederpartijen bescherming tegen onduidelijke bedingen verkrijgen. Een niet-professionele wederpartij wordt door hem omschreven als een wederpartij die onvoldoende kennis heeft van en onvoldoende inzicht heeft in het onder-

werp dat bij de overeenkomst van doorslaggevend belang is.¹³

3. DE VERZWIJGINGSREGELING

Het antwoord van de minister inzake de objectivering van 'kennis' en 'begrijpen' van de verzekeringnemer bij een beroep van de verzekeraar op de verzwijgingsregeling, leidt bij de CDA-fractie, onder verwijzing naar hetgeen door de Hoge Raad is beslist in zijn arrest van 3 november 1978¹⁴, en dan met name naar de omstandigheid dat van een 'leek' niet te veel mag worden verwacht bij de beantwoording van vragen in een aanvraagformulier, tot de vraag in hoeverre subjectivering een rol speelt in het kader van artikel 7.17.1.4 lid 3, waarin staat:

'Betreft een persoonsverzekering het risico van een bekende derde die de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, dan omvat de mededelingsplicht mede de hem betreffende feiten die deze kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen'.

Niets lijkt zich ertegen te verzetten dat de subjectivering die de Hoge Raad gebruikt heeft in zijn arrest van 3 november 1978 ook gebruikt wordt in het kader van artikel 7.17.1.4 lid 3 BW. Zou dat anders zijn, dan lopen de leden 1 en 3 uit de maat en zou de bescherming van de verzekeringnemer een dubbele maatstaf kennen. Dat is ongewenst. Opmerkelijk is dat de vraag van de CDA-fractie slechts betrekking heeft op het kennisvereiste en niet tevens op het kenbaarheidsvereiste, terwijl dat vereiste ook genoemd wordt in bedoeld lid 3. Het lijkt mij dat hier hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in zijn arrest van 1 december 1995¹⁵ van toepassing is. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat verzekeringnemers de vragen in een aanvraagformulier mogen opvatten naar de zin die zij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs hebben toegekend.¹⁶

4. OPZET EN ROEKELOOSHEID

Ter zake van de roekeloosheid in de zin van artikel 7.17.2.9 BW vraagt de CDA-fractie zich af in hoeverre onbewustheid bij een verzekerde een rol speelt en behoort te spelen in de beoordeling van verwijtbaar gedrag, indien door een handelwijze van de verzekerde brand ontstaat.¹⁷ Als voorbeeld wordt een licht dementerend persoon opgevoerd die een pan op het vuur laat staan waardoor brand uitbreekt. In zijn arrest van 4 april 2003¹⁸ besliste de Hoge Raad ter zake van (merkelijke) schuld:

'Van (merkelijke) schuld (...) is derhalve ook sprake, indien het gaat om een gedraging die, al is de verzekerde zich daarvan niet bewust, naar objectieve maatstaven een zodanige aanmerkelijke kans op schade met zich brengt dat de betrokken verzekerde zich van dat gevaar bewust had behoren te zijn en door zich van die

9. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, D, p. 3. Ook ter zake van de door de minister aangehaalde reflexwerking ten behoeve van kleine ondernemers, vragen de CDA- en de VVD-fractie zich af (*Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, D, p. 6) waarom artikel 6:237 sub d BW niet expliciet van toepassing wordt verklaard op de verzekeringsovereenkomst en dan met name bij artikel 7.17.1.13 waarin het opzeggingsrecht voor de verzekeraar is geregeld. M.L. Hendrikse 'Naar een verzekeringsrechtelijke novelle', *AV&S* 2003-4, p. 130-131, heeft hierop ook nadrukkelijk gewezen. Hij stelt, mijns inziens met recht: '(...) niet enkel consumenten hebben last van het feit dat een opzegging door een vorige verzekeraar niet zelden een grond is voor een andere verzekeraar om de aangeboden verzekeringspost te weigeren.' Een betere bescherming van kleine ondernemers is dan ook op zijn plaats.
10. Zie onder andere G.J. Vossestein & R. Feunekes, 'De mededelingsplicht van de verzekeringnemer (I)', *WPNR* 1999-6359, p. 417.
11. M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, bereddingsplicht en mededelingsplicht in het schadeverzekeringsrecht*, Deventer 2002, p. 18 e.v.
12. *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (*Liszkay/Harman*).
13. Zie voor een bespreking van dit voorstel R. Feunekes, 'Boekbespreking', *RMThemis* 2002-4, p. 215-216. Hendrikse heeft de niet-professionele wederpartij en zijn mening omtrent de beschermingsomvang van deze wederpartij scherper omschreven in 'Naar een verzekeringsrechtelijke novelle?', *AV&S* 2003-4, p. 128 en, samen met N.J. Margetson, in 'De memorie van antwoord bij Titel 7.17 NBW: weer een stap in de richting van een nieuw verzekeringsrecht', *NTHR* 2004-4, p. 106. Zijn voorstel is om voor het bepalen van de beschermingsomvang van kleine ondernemers gebruik te maken van een strak mededingingsrechtelijk criterium in de trant van artikel 6:235 lid 1 BW. Enerzijds omdat het begrip 'niet-professioneel' tot veel discussie kan leiden, anderzijds omdat een mededingingsrechtelijk criterium beter rekening houdt met de onderhandelingspositie van de verzekerde tegenover de verzekeraar.
14. *NJ* 1980, 500, m.nt. BW.
15. *NJ* 1996, 707 m.nt. MMM (*Westdorp/Nationale-Nederlanden*).
16. Een overweging die herhaald werd in HR 23 mei 1998, *NJ* 1998, 623 (*H./Bloemers*). Daarbij geldt mijns inziens wel dat de eveneens in dit arrest gebruikte overweging dat verzekeringnemers bij de beantwoording van de vragen in een aanvraagformulier deze vragen in hun onderling verband en samenhang dienen te lezen, een beperking met zich brengt op de vrijheid van interpretatie op grond van de redelijkheid en billijkheid.
17. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, D, p. 8.
18. *NJ* 2004, 536 m.nt. MMM. Zie hierover ook R. Feunekes, 'Objectieve maatstaf bij schuld in het verzekeringsrecht', *NTHR* 2004, p. 47-48.

gedraging niet te onthouden in ernstige mate tekortschiet in de zorg ter voorkoming van schade.’

Door te verwijzen naar het feit dat een verzekerde zich van het gevaar ‘bewust had behoren te zijn’, zou je kunnen zeggen dat de Hoge Raad aangeeft dat de verwijtbaarheid wel degelijk een rol kan spelen bij de beoordeling van het gedrag van de verzekerde. Een gedraging van een verzekerde onder invloed van een stoornis, zal de toets der verwijtbaarheid wellicht kunnen doorstaan. In het licht van de overweging van de Hoge Raad lijkt het mij dan ook dat die verzekerde geen roekeloosheid in de zin van artikel 7.17.2.9 BW kan worden verweten, indien hij zijn stoornis aannemelijk maakt.

Een meer algemene opmerking naar aanleiding van hetgeen de minister in de memorie zegt ter zake van het opzetbegrip in artikel 7.17.2.9 BW betreft het volgende. De minister is van oordeel dat onder het begrip ‘verzekeringsrechtelijk opzet’ zowel de opzet als oogmerk en als zekerheidsbewustzijn, alsmede het voorwaardelijk opzet, ook wel aangeduid als opzet met mogelijkheids-, dan wel waarschijnlijkheidsbewustzijn valt. Deze aanname lijkt mij juist, indien verzekeringen in hun algemene voorwaarden gebruikmaken van de nieuwe opzetclausule¹⁹ waarin verzekeraars bevrijd zijn van het doen van betalingen die voortvloeien uit, of veroorzaakt worden door opzettelijke handelingen van de verzekerde.²⁰ Bij het toepassen van deze bepaling doet het niet meer terzake of een schade willens en wetens is veroorzaakt, of slechts het mogelijke of waarschijnlijk te verwachten gevolg is van de opzettelijk verrichte gedraging.²¹

5. SUBROGATIE

Het in de inleiding verwoorde standpunt van de minister ter zake van de positie van de verzekerde die van zijn verzekeraar niet de gehele schade vergoed heeft gekregen en voor dat restant de aansprakelijke derde aan dient te spreken, waarbij hij een recht van voorrang op de subrogerende verzekeraar heeft, leidt bij de VVD-fractie tot de vraag of er een mogelijkheid bestaat om die verzekerde te beschermen, indien de verzekeraar, overigens geheel te goeder trouw, de aansprakelijke derde op grond van subrogatie reeds heeft aangesproken en de penningen heeft gekregen, zodat (eventueel) voor de later komende verzekerde bij die derde niets meer te halen valt.

Mijns inziens bestaat deze mogelijkheid. Hier valt een analogie te maken met hetgeen in artikel 7.17.1.11 lid 3 BW is geregeld ter zake van de positie van de assurantietussenpersoon indien deze de premie van de verzekeringnemer nog niet heeft ontvangen en de verzekeraar door die verzekeringnemer aangesproken wordt tot het doen van een uitkering. Genoemd lid 3 bepaalt dan:

‘De verzekeraar die voornemens is een uitkering te doen aan een ander dan de tussenpersoon, verzoekt deze laatste om binnen tien dagen het bedrag op te geven, dat

deze ingevolge lid 1 van de verzekeringnemer heeft te vorderen. Indien de tussenpersoon daaraan gevolg geeft, draagt de verzekeraar voor zoveel mogelijk het opgegeven bedrag aan hem af. Heeft de verzekeraar hieraan voldaan of heeft de tussenpersoon binnen de gestelde termijn niets opgegeven, dan staat het de verzekeraar vrij aan de ander de nog verschuldigde uitkering te doen.’

In het kader van de subrogatie zou artikel 7.17.2.25 BW dan als volgt kunnen worden uitgelegd:

‘De verzekeraar kan de vordering waarin hij is gesubrogeerd, of die hij door overdracht heeft verkregen, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen. Hij verzoekt de verzekerde om binnen een maand na de aan hem krachtens de verzekeringsovereenkomst gedane schadevergoeding aan te geven of hij van de aansprakelijke derde nog een betaling ter zake van de schade heeft te vorderen’.

6. DE DEFINITIE VAN DE VERZEKERINGSOVEREENKOMST

In de memorie van antwoord schrijft de minister ter zake van de definitie van de verzekeringsovereenkomst in artikel 7.17.1.1 BW²²:

‘Het artikel (7.17.1.1, FM) behelst als essentieel element onzekerheid, hetzij met betrekking tot de uitkering, hetzij met betrekking tot de duur van de premiebetaling, maar daarbij behoeft het niet te gaan om een voorval in de gebruikelijke betekenis van het woord.’

Wansink²³, Feunekes en schrijver dezes²⁴ hebben zich ter zake van het loslaten van het onzekere voorval als voorwaarde voor het ontstaan van de uitkeringsverplichting van de verzekeraar kritisch uitgelaten. Als gevolg van de definitie in artikel 7.17.1.1 is niet meer de onzekerheid met betrekking tot het voorval een vereiste voor de totstandkoming van een rechtsgeldige verzekeringsovereenkomst, maar onzekerheid met betrekking tot de schade: een stelsel dat wij ook in het huidige verzekeringsrecht kennen onder de noemer van de

19. Een clausule die gebruikt wordt in particuliere aansprakelijkheidsverzekeringen.
20. Anders Hendrikse die verdedigt dat op grond van art. 6:238 lid 2 BW en HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572, onder opzettelijke handelingen alleen vallen opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn. Zie M.L. Hendrikse, diss. 2002, p. 139.
21. Bij toepassing van de oudere opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen, werd, naar aanleiding van HR 30 mei 1975, *NJ* 1976, 572, m.nt. BW (stukgegooid bierglas) aangenomen dat het voorwaardelijk opzet niet onder het opzetbegrip valt. In de tekst van de oude opzetclausule werd dit ook expliciet tot uitdrukking gebracht middels de terminologie ‘beoogde schade of schade die het zekere gevolg is’.
22. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 6.
23. J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 197.
24. F.H.E. van der Moolen & R. Feunekes, ‘Het nieuwe verzekeringsrecht; onzekerheid en ingebeelde winst’, *VA* 1-2002, p. 4.

artikelen 269 en 270 K. Dit betekent dat een rechtsgeldige verzekeringsovereenkomst tot stand kan komen indien de verzekeringnemer weliswaar niet (subjectief) onzeker is met betrekking tot het voorval van waaruit schade zou kunnen voortvloeien, maar onzekerheid kent ter zake van de schade die uit het voorval zou kunnen voortvloeien. Het is de vraag of de voorgestelde definitie past in het arrest van de Hoge Raad van 11 april 1997.²⁵ In deze zaak ging het om het verlenen van een retro-actieve dekking, nadat het voorval waartegen dekking werd gezocht zich reeds had voorgedaan vóórdat de verzekeraar het risico had geaccepteerd, terwijl de verzekerde/verzekeringnemer van deze verwezenlijking kennis droeg. De Hoge Raad merkte hierover op:

‘Echter, indien de verzekeringnemer en/of verzekerde daarvan (verwezenlijking van het risico, FHEvdm) op het tijdstip, waarop de verzekeraar zich verbond om het risico te lopen, reeds kennis droeg/droegen en dus voor hen geen onzekerheid meer bestaat over de verwezenlijking van het risico, is de schade als gevolg daarvan (curs. FM) niet gedekt.’

In deze beslissing van de Hoge Raad plaatst hij het gevolg, namelijk de vergoeding van de schade, ná het tijdstip waarop de verwezenlijking van het risico heeft plaatsgevonden en geeft daarbij aan dat, bij kennis van de verwezenlijking, het gevolg niet meer plaats zal vinden. Dat is volstrekt logisch, reden waarom we kunnen afvragen waaróm artikel 7.17.1.1 BW nu juist onzekerheid eist met betrekking tot het gevolg, en niet ter zake van de omstandigheid die logischerwijs voor dat gevolg uitgaat. De motivering hiervoor dat zowel de schadeverzekering als de sommenverzekering onder een en dezelfde definitie moeten vallen, lijkt mij niet plausibel.

Eerder²⁶ is gewezen op de mogelijkheid om artikel 7.17.1.1 BW zo aan te passen dat de bovenstaande bezwaren ondervangen worden. Dat voorstel luidde:

‘Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en waarbij de gebondenheid tot het doen van de uitkeringen afhankelijk is gesteld van een voor partijen onzekere voorwaarde. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering’.

De onzekere voorwaarde kan zowel betrekking hebben op de gebeurtenis vanwaaruit schade kan voortvloeien, als op de omvang van de uitkering en het moment waarop, in het kader van de sommenverzekering, premiebetaling eindigt. De vraag blijft waarom, ondanks bovenstaande bezwaren, toch vastgehouden wordt aan

de voorgestelde definitie van de verzekeringsovereenkomst.

7. CONCLUSIE

Het wetsvoorstel voor een nieuw verzekeringsrecht is ondanks bovenstaande vragen en opmerkingen een mooi voorstel. Het voldoet aan het vereiste van transparantie en biedt een goed afgewogen bescherming aan zowel verzekeringnemers/verzekerden, als aan verzekeraars. Om aan te geven dat het verzekeringsrecht, mede onder invloed van het aansprakelijkheidsrecht voortdurend in beweging is en het einde van deze bewegingen nog lang niet in zicht is, haal ik ter afsluiting een passages aan uit de memorie van antwoord.²⁷

‘Thans wordt ook overwogen in hoeverre het wenselijk is een verplichte verzekering tegen het beroepsrisico in te voeren, waarbij deze verzekering de huidige aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten en bedrijfsongevallen vervangt (artikel 7:658 BW). (...) de vraag naar de noodzaak van een nadere regeling van het beroepsrisico (blijft) actueel omdat de kans groot is dat het in voorbereiding zijnde stelsel van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen tot meer civiele claims zal leiden.’

25. NJ 1998, 111 m.nt. MMM (*Bike Brothers*). Zie over deze uitspraak

Ph.H.J.G. van Huizen, *NTHR* 2004-3, p. 70-71.

26. F.H.E. van der Moolen & R. Feunekes, (noot 23).

27. *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B, p. 3.