

Mr. E.J. Wervelman*

Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: een schade- of een sommenverzekering?

1. INLEIDING

Met de invoering van titel 7.17 BW worden verzekeringsovereenkomsten onderscheiden in overeenkomsten van schadeverzekering en overeenkomsten van sommenverzekering.¹ Het kernelement dat de beide vormen van verzekering van elkaar onderscheidt is dat de schadeverzekering ingevolge artikel 7:944 BW strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden. De sommenverzekering daarentegen is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (artikel 7:964 BW). Het onderscheid tussen de beide vormen van verzekering speelt veelvuldig een rol bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.² Eerder³ heb ik aangegeven dat het uitgangspunt uit het verleden dat de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering een sommenverzekering was, wankelt. Dat beeld kwam naar voren sinds het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2003.⁴ Echter heeft de Hoge Raad in de maand oktober 2008 twee arresten gewezen waarin de aldaar in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekeringen toch als sommenverzekering werden aangemerkt.

In het hierna volgende wordt uitgebreid bij de beide recente arresten stilgestaan. Ik zal aanvangen met het onderscheid in de jurisprudentie. Meer specifiek zal vervolgens aan de hand van enkele gemeenschappelijke elementen een overzicht worden gegeven aan de hand waarvan concreet per polis kan worden beoordeeld of sprake is van een schade- dan wel van een sommenverzekering.

2. ONDERSCHIED IN OPVATTING

2.1. De particuliere AOV is een sommenverzekering
In de casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2008⁵ had een directeur-groootaandeelhouder mer ingang van 1 december 1987 een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten. De verzekering had ten doel uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeids-

ongeschiktheid. Zoals gebruikelijk bij verzekeringen als deze, bedroeg de uitkering een percentage van het verzekerde bedrag, variërend van 30 tot 100% daarvan. Blijkens artikel 16 van de polis was verzekerd een van dag tot dag verkregen periodieke uitkering die per dag bij volledige arbeidsongeschiktheid het overeengekomen dagloon bedroeg. Ten slotte was in de polis neergelegd dat de uitkering eindigt per de dag dat verzekerde niet meer minstens 25% arbeidsongeschikt is.

Op 30 juni 1996 overkwam verzekerde een motorongeval waarbij hij ernstig knieletsel opliep. Nadien heeft hij zijn oude functie van directeur groothandel bouwproducten niet meer volledig uitgeoefend. Wel heeft hij na het ongeval inkomsten uit zijn vennootschappen ontvangen. Verzekeraar deed van 30 juni 1996 tot 1 januari 2002 in wisselende percentages uitkering. Nadien niet meer. Daartoe stelde verzekeraar zich primair op het standpunt dat de verzekering moest worden aangemerkt als een sommenverzekering, gelet op de polisbladen. Die vermeldten het verzekerde bedrag en het jaarlijkse klimpercentage. Voorts was geen correctiebepaling opgenomen en heeft verzekeraar ook nimmer naar zijn inkomensgegevens of zijn inkomensontwikkeling geïnformeerd. Verzekeraar betwistte dat en betoogde dat uit de strekking van de verzekering blijkt dat een schadeverzekering is overeengekomen. De verzekering strekte er immers toe om schade te vergoeden, te weten gederfd inkomen, aldus verzekeraar. Gezien de nettoresultaten van de vennootschappen en het loon uit arbeid dat verzekerde genoot, werd verdere uitkering geweigerd. Er was immers geen sprake van inkomensderving.

Rechtbank, hof en Hoge Raad deelden dat standpunt niet. Het hof overwoog dat uit de strekking van de polisvoorwaarden wellicht een aanwijzing viel te putten dat verzekering beoogde een schadeverzekering te zijn. Dat wil zeggen uitkering te doen bij schade (derving van inkomen als gevolg van arbeidsongeschiktheid van de verzekerde). Echter overwoog het hof voorts met inachtneming van de polisvoorwaarden in hun geheel, mede bezien

* Mr. E.J. Wervelman is advocaat bij KBS Advocaten te Utrecht.

1. Vgl. Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 34-39.

2. Vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2004, p. 31 e.v.

3. E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2004-2006', *AV&S* 2007, p. 29-36.

4. *NJ* 2004, 670.

5. *LJN* BD5828.

in samenhang met de offertes, dat de verzekering als sommenverzekering moest worden aangemerkt. Naar zijn overtuiging kon voor verzekerde niet in voldoende mate duidelijk zijn dat de verzekering ertoe strekte slechts daadwerkelijk geleden schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Daarbij nam het hof in aanmerking dat (1) de polisvoorwaarden geen correctiebepaling bevatten; (2) omvang van de uitkering uitsluitend is gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid, en niet aan de hoogte van de inkomstenderving; (3) de mate van arbeidsongeschiktheid op zichzelf niets zegt over de hoogte van de schade; (4) uit de offertes niet bleek dat de hoogte van de uitkering op enigerlei wijze afhankelijk is gesteld van de omvang van de schade van de verzekerde als gevolg van zijn arbeidsongeschiktheid; (5) de verzekering rechtstreeks bij verzekeraar is afgesloten en (6) het geen praktijk is dat deze verzekeraar informeerde naar de hoogte van de schade als gevolg van de arbeidsongeschiktheid. Verzekeraar had bovendien nimmer inkomensgegevens opgevraagd. Dat had voor de hand gelegen als de polis beoogd had schade te vergoeden, aldus het hof.

Het betoog van verzekeraar dat de afwezigheid van een correctiebepaling nu juist in de richting wees van een schadeverzekering, vond evenmin gehoor bij de Hoge Raad. In de polis van een arbeidsongeschiktheidsverzekering die een schadeverzekering is, is een bepaling inzake de verrekening van inkomsten bepaald niet overbodig. Immers moet duidelijk zijn op welke wijze de verrekening van inkomsten plaats moet vinden. En in het bijzonder over welke tijdvakken die inkomsten telkens vastgesteld moeten worden, aldus de Hoge Raad die het oordeel van het hof dat het ontbreken van zo'n correctiebepaling een aanwijzing vormt dat de verzekering geen schadeverzekering is, dan ook niet onbegrijpelijk acht.

A-G Spier wijst er in zijn conclusie voor het arrest nog op dat partijen terecht beide hebben onderkend dat over het karakter van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verschillend wordt gedacht. Onder verwijzing naar de memorie van toelichting op titel 7.17 BW wijst hij erop dat de wetgever heeft aangegeven dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in beginsel strekken tot vergoeding van schade, maar dat de daarvoor uit te keren vergoeding reeds bij overeenkomst is vastgelegd, ongeacht of het bedrag door op geld waardeerbare schade gerechtvaardigd wordt. Daarom, zo vervolgt de wetgever, is sprake van een sommenverzekering.⁶ Verzekeraar kon met het inzicht van de minister aldus rekening houden, maar heeft ervan afgezien om dat te doen. Dat is, zo vervolgt de A-G, haar goed recht, maar de consequenties daarvan komen voor haar rekening.

Verzekeraar had nog aangevoerd dat zonder meer duidelijk was hoe een verzekerde de polis moest begrijpen. De A-G maakt met dat standpunt korte metten door erop

te wijzen dat dat allerminst eenduidig was. Met name nu ook verzekeraar zelf de verschillende inzichten daaromtrent had aangevoerd.

Precies veertien dagen na het arrest van 3 oktober 2008 heeft de Hoge Raad een soortgelijke uitspraak gedaan op 17 oktober 2008.⁷ Inzet vormde de cassatie tegen een arrest van het Hof Amsterdam van 24 mei 2007⁸, waarin het hof de in het geding zijnde polis tot sommenverzekering had betiteld. Het daartegen ingestelde cassatiemiddel werd verworpen op de voet van artikel 81 Wet RO. Lezenswaardig is evenwel de conclusie van A-G Spier voor het arrest van 17 oktober 2008. Een van de essentialia waarop (ook) het cassatiemiddel stukloopt is dat ook in deze zaak geen koppeling was aangebracht met het inkomen dat verzekerde verdiende. Dienaangaande achtte de A-G het oordeel van het hof dat dat aldus wees in de richting van een sommenverzekering allerminst onbegrijpelijk. Datzelfde, zo vervolgt de A-G, geldt voor de omstandigheid dat verzekerde verzekeraar niet op de hoogte behoefde te brengen van het bestaan en de omvang van zijn inkomen. Daarin was verzekeraar kennelijk ook niet geïnteresseerd, om te vervolgen dat:

'In de door verzekeraar bepleitte visie dat sprake was van een schadeverzekering, had voor de hand gelegen dat zij in elk geval zou hebben geïnformeerd naar het inkomen dat verzekerde voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid genoot.'

Verzekeraar viel ook om een andere reden in haar eigen zwaard. Immers had zij gedurende een eerdere periode van arbeidsongeschiktheid van verzekerde klakkeloos uitgekeerd, terwijl tussen partijen vaststond dat toen zijn loon werd doorbetaald. Dat had voor verzekeraar toen geen, althans geen voor verzekerde kenbare, rol gespeeld. Fijntjes wordt tevens nog aangestipt dat de stelling van verzekeraar dat een verzekerd belang is komen te ontvallen nu geen sprake is van een verzekeraar belang ook overigens niet strookt met het feit dat zij wel, zelfs na het innemen van dat standpunt, de premie voor de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering is blijven incasseren.

2.2. Oudere lagere jurisprudentie: AOV als sommenverzekering

De opvatting van de Hoge Raad in de oktober-arresten strookt overigens met oude (lagere) jurisprudentie die individuele particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen doorgaans ook beschouwde als sommenverzekering. In dit verband kan ik wijzen op de arresten van de Gerechtshoven Leeuwarden van 14 januari 1976⁹ en Den Bosch van 10 juli 1979¹⁰. In gelijke zin oordeelde ook het Hof Arnhem bij arrest van 10 februari 1998.¹¹

In zijn arrest van 14 januari 1976 overwoog het Hof Leeuwarden dat het sommenverzekeringskarakter van

6. Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 6.

7. LfN BF0006.

8. RAV 2007, 28.

9. VR 1978, 98.

10. NJ 1980, 251.

11. VR 1998, 174. In gelijke zin: Rb. Arnhem 7 juni 2006, LfN AY0479.

de polis overheerste. De verplichting om de verzekerde sommen, of naar de mate van invaliditeit een gedeelte van de verzekerde sommen, uit te keren, vloeide immers zonder meer voort uit het enkele intreden van de invaliditeit. De polis bevatte een zogenaamde correctiebepaling. Op grond daarvan waren verzekeraars bevoegd om een eventueel aanvullend inkomen in mindering te brengen op de krachtens de polis te verstrekken uitkering. Daaruit vloeide naar het oordeel van het hof evenwel niet voort dat de extra verworven inkomsten schadeverminderende factoren op de te verrichten uitkering waren. In gelijke zin oordeelde het Hof Den Bosch bij arrest van 10 juli 1979. Naar het oordeel van het hof vertoonde die polis niet zodanige kenmerken dat zij in overwegende mate als een schadeverzekering diende te worden aangemerkt. Weliswaar was de uitkering krachtens de polis gemaximeerd, maar dat aspect maakte de verzekering nog geen schadeverzekering. Naar de mening van het hof hield:

'dat laatste niet meer of anders in dan een nadere verjijning van de berekening van het bedoelde plafond en derhalve de verzekering niet maakt tot een schadeverzekering. Overwegende dat in tegendeel de polisvoorwaarden niet (...) toelaten dat de assuradeur uitbetaling aan de begunstigde besproken rente achterwege zou kunnen laten indien de begunstigde, hoewel ook invalide geworden, door enigerlei omstandigheid geen schade zou lijden, hetgeen zich bijvoorbeeld zou kunnen voordoen als gevolg van een door de begunstigde pro se gesloten sommenverzekering met het oog op invaliditeit'.

In zijn arrest van 10 februari 1998 was ook het Hof Arnhem van oordeel dat in het geding zijnde polis een sommenverzekering was. Artikel 3 van de toepasselijke polisvoorwaarden luidde:

'de verzekering heeft ten doel de in artikel 5 omschreven uitkeringen te verstrekken bij overlijden, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid van de verzekerde'.

Artikel 5 van de polis bepaalde dat bij overlijden het verzekerde kapitaal werd uitgekeerd. Bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid van meer dan 25% werd een met de mate van arbeidsongeschiktheid overeenkomend gedeelte van de verzekerde dagrente uitgekeerd. Naar aanleiding van de redactie van de polis overwoog het hof als volgt:

'Blijkens artikel 3 (...) heeft de verzekering ten doel de in artikel 5 omschreven uitkeringen te verstrekken bij overlijden, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid van de verzekerde. Volgens die omschrijving staat de uitkering los van het overlijden, invaliditeit en de arbeidsongeschiktheid en los van de vraag of en in hoeverre de verzekerde realiter inkomsten derft ten gevolge van invaliditeit of arbeidsongeschiktheid. Deze omschrijving wijst op een sommenverzekering.'

2.3. De particuliere AOV is een schadeverzekering. In zijn arrest van 6 juni 2003¹² betitelde de Hoge Raad de aldaar in het geding zijnde verzekering als schadever-

zekering. Zowel de rechtbank, als het hof en de Hoge Raad waren van oordeel dat de aldaar in het geding zijnde polis te betitelen was als schadeverzekering. Een zekere Koning vordert uitkering krachtens een door de Holding-Cobra Asten B.V. voor hem als (enige) verzekerde afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering. Op het aanvraagformulier was ingevuld dat aan salaris voor het arbeidsongeschiktheidspensioen werd beschouwd twaalf keer het maandsalaris en 8% vakantietoeslag. Gevraagd naar welk deel van het salaris moest worden verzekerd, stond genoteerd: '70% aanvullend'.

De enige deelnemer van de verzekering was Koning zelf. Als zijn salaris was opgegeven een bedrag van Fl. 200 000. Verzekerde accepteerde het aangeboden risico. Na totstandkoming van de verzekering liet de Holding als verzekeringnemer aan verzekeraar weten dat Koning 80% van zijn salaris wenste te verzekeren. Een berekening daarvan werd bij die aanvraag bijgevoegd. Koning meldde zich vervolgens arbeidsongeschikt op of omstreeks 11 november 1993, maar hem werd uitkering geweigerd. Verzekeraar betoogde dat het verzekerbaar belang ontbrak omdat het inkomen sinds 1991 vrijwel nihil geweest was. Daar partijen een schadeverzekering met elkaar hadden afgesloten en het belang ontbrak, werd de polis geroyeerd met ingang van 1 januari 1991. Koning was het daarmee niet eens, maar vond in feitelijke instanties geen gehoor. Evenmin bij de Hoge Raad door de overweging dat het hof had onderkend dat de aan hem voorgelegde gegevens niet eenduidig waren en dat het op grond van een afwijging terecht had geconcludeerd tot een schadeverzekering. In het bijzonder had het hof in dat verband bijzondere betekenis toegekend aan het ingevulde aanvraagformulier, de offerte, de inhoud van het deelnemersbewijs en het feit dat Koning jaarlijks een door hem ondertekende opgave van zijn salaris aan verzekeraar deed. Kortom, de Hoge Raad doet geen algemene uitspraak, maar laat het antwoord op de vraag naar het karakter van de polis steeds afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval.

In lijn met het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2003 maar enigszins kort door de bocht in dit verband ligt een arrest van het Hof Amsterdam van 11 september 2003.¹³ Daarin betitelde het Amsterdamse Hof de aldaar in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering als schadeverzekering. Het doel van de verzekering was uitkering verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van diens arbeidsongeschiktheid. Dienaangaande overwoog het hof dat aldus duidelijk was dat, wil de verzekering aan haar doel beantwoorden, inkomen aanwezig moet zijn dat door het intreden van het verzekerde voorval, arbeidsongeschiktheid, in gevaar kan komen.

Met name ook gelet op de hiervoor besproken twee oktober-arresten van de Hoge Raad is het voor mij de vraag of die opvatting stand zou hebben gehouden in cassatie. Meer in lijn met de opvatting van de Hoge Raad ligt een

12. NJ 2004, 670.

13. T.k.u. AV&S 2007, p. 35.

arrest van het Hof 's-Gravenhage van 29 november 2005.¹⁴ Dat is overigens meer te wijten aan de stellingen van de verzekerde in de gerechtelijke procedure dan aan de inhoud van de verzekering zelf. Centraal in de procedure tussen partijen stond artikel 2.1 van de polisvoorwaarden 1280 die luiden als volgt:

'Deze verzekering heeft tot doel uitkering te verlenen in geval van geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen van verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid.'

Tussen partijen waren niet alleen de voorwaarden 1280, maar ook de voorwaarden 1157 van toepassing. Deze laatste voorwaarden bevatten overigens geen bepaling waarin de dekking wordt omschreven. Het hof ging daar echter aan voorbij. De aard en strekking van ook die verzekering gold naar het oordeel van het hof aldus dat de verzekering dekking beoogt te geven voor inkomensverlies:

'Het gaat hier om een verzekering voor zelfstandigen die tot doel heeft een dekking te geven voor het wegvallen van de inkomsten die voor werknemers in loondienst zijn gedekt door de sociale verzekeringen. Verder heeft J. zelf in zijn inleidende dagvaarding betoogd dat het hier een verzekering betreft ter delging van een eventueel door hem te lijden inkomensschade als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Tot slot draagt punt 3 van de polisvoorwaarden met nummer 1157 het kopje "schaderegeling". Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mede dat de onderhavige verzekering derhalve reeds vanaf het moment van sluiting is aan te merken als een schadeverzekering en niet (...) als een sommenverzekering. Deze betekenis mochten partijen over en weer in redelijkheid aan het dekkingsbereik van de verzekering toekennen. In de polisvoorwaarden met nummer 1280 is het uitgangspunt in artikel 2.1 expliciet vastgelegd.'

De Rechtbank Den Haag blijkt er overigens bij herhaling dezelfde opvatting op na te houden. Van Weering¹⁵ heeft drie vonnissen van die rechtbank besproken. In alle gevallen werd aangenomen dat sprake was van een schadeverzekering. Twee van de door haar behandelde vonnissen zijn het bespreken waard. In het vonnis van 29 augustus 2007¹⁶ stelt de rechtbank in wel zeer algemene bewoordingen voorop dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering slechts 'causaal gerelateerd' inkomensverlies dekt. Dat is mij eerlijk gezegd toch wel wat al te kort door de bocht. Zeker ook gelet op de opvatting van de Hoge Raad die daaraan, zoals we hebben gezien in zijn oktober-arresten, hoge(re) eisen stelt. Temeer ook daar het nu juist afhangt van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De beoordeling van de polisvoorwaarden maakt daarvan een essentieel deel uit. In die zin ook wijst de Ombudsman Financiële Dienstverlening in zijn jaarverslag 2007¹⁷ erop dat derving van inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid zijns inziens niet precies hetzelfde is als een

periodieke uitkering tot een bedrag dat direct aan de gederfde inkomsten gerelateerd is.

Meer inhoudelijk getint overweegt de Rechtbank Den Haag bij vonnis van 14 november 2007 dat de stellingen van partijen – waarvan de ene stelde dat sprake was van een sommen- en de andere van een schadeverzekering – noopten tot uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Aldus overweegt de rechtbank als volgt:

'Daarbij moet niet alleen acht worden geslagen op de bewoordingen van de relevante bepalingen van de overeenkomst, maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan deze bepalingen mochten toekennen en wat zij op dit punt over en weer van elkaar mochten verwachten. De rechten en verplichtingen van partijen worden daarnaast niet alleen bepaald door wat zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst.'

De rechtbank overwoog – met verzekeraar – dat partijen een schadeverzekering waren aangegaan. Daarbij wees zij (a) op het aanvraagformulier waarin uitdrukkelijk was gevraagd naar het inkomen in de zin van financiële resultaten voor belastingen van het bedrijf in de drie jaren daarvoor; en (b) op de vraag naar het persoonlijk inkomen in diezelfde periode. In (c) de toelichting op het aanvraagformulier werd uitgelegd wat de maximum te verzekeren jaarrente is en uitgelegd wat voor keuzemogelijkheden er waren ten aanzien van de hoogte van de uitkering. (d) Het doel van de verzekering was omschreven in artikel 3 van de toepasselijke polisvoorwaarden dat luidde 'uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid'. Artikel 25 van de polisvoorwaarden ten slotte legde (e) verzekerde de verplichting op om op straffe van het verlies van het recht op uitkering de verzekeraar in kennis te stellen terstond wanneer hij onder een soortgelijke regeling van derving van arbeidsinkomsten kwam te vallen. Naar aanleiding van de schademelding (f) merkte de rechtbank op dat was gevraagd naar het inkomen van de daarvoor liggende drie jaren. Verder achtte de rechtbank (g) relevant dat het begrip 'schade' in de polisvoorwaarden en in de toelichting op het aanvraagformulier werd aangehaald. Deze feiten en omstandigheden duiden er naar het oordeel van de rechtbank: 'onmiskenbaar op dat partijen bij de verzekering hebben bedoeld de werkelijk geleden schade te vergoeden'.

De enkele omstandigheid dat gedurende de looptijd niet regelmatig naar de financiële gegevens van de onderneming van verzekerde was gevraagd en dat verzekeraar zonder voorbehoud tot uitkering van de verzekerde jaarrente was overgegaan, achtte de rechtbank in het licht van het feit dat sedert de melding van arbeidsongeschiktheid om die gegevens wel was gevraagd onvoldoende om te concluderen tot een sommenverzekering.

14. T.k.u. AVES 2007, p. 34.

15. C. van Weering, *PIV-bulletin*, februari 2008, p. 15-17.

16. RAV 2008, 71.

17. P. 14.

Ik vermoed dat – gelezen de oktober-arresten – het vonnis van de rechtbank op zichzelf in cassatie stand zou hebben gehouden. Met name ook omdat de rechtbank terecht de polis in zijn geheel heeft gezien.¹⁸ De overweging van de rechtbank dat ‘de’ werkelijk geleden schade is verzekerd, acht ik echter niet geheel juist. Immers bepalen de polisvoorwaarden niet meer en niet minder dan dat sprake moet zijn van derving van inkomen. Dat vormt de wat ik zou willen betitelen als ‘ingangseis’ om in aanmerking te kunnen komen voor een uitkering. De hoogte van de uitkering is echter in de polisvoorwaarden niet gerelateerd aan werkelijk geleden schade, laat staan ‘de’ werkelijk geleden schade. Daarvan is mij in het vonnis van de rechtbank althans niet gebleken. Neen, zoals overigens gebruikelijk, is de hoogte van de uitkering gerelateerd aan de mate van arbeidsongeschiktheid als percentage van het verzekerd bedrag. De Hoge Raad noemt dat in zijn van arrest van 3 oktober 2008 ook als een van de elementen die hij van belang achtte ter betiteling van de polis tot sommenverzekering.¹⁹ Op zichzelf behoeft een gefixeerde uitkering nog niet op te gespannen voet te staan met het karakter van een sommenverzekering, mits de bandbreedte tussen inkomen en uitkering maar niet te groot wordt.²⁰

3. DE OPVATTING VAN DE RAAD VAN TOEZICHT

Anders dan de civiele rechter, gaat de Raad van Toezicht Verzekeringen bij de beantwoording van de vraag welk belang door de verzekering wordt gedekt, uit van een veel ruimer begrip; te weten het belang dat de verzekerde heeft bij het niet plaatsvinden van een gebeurtenis als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt zou worden in de zin van de verzekerde polis. In zijn beslissing 2006 / 077 (Med.) had verzekeraar zich op het standpunt gesteld dat klager geruime tijd voor zijn arbeidsongeschiktheidsmelding van 8 september 2003 was opgehouden belang te hebben bij de polis, omdat hij in elk geval vanaf de bouwvakvakantie in juli 2003 tot zijn arbeidsongeschiktheidsmelding geen werk meer had en geen werk meer verrichtte. De enige opdrachtgever had hem al geruime tijd geen opdrachten meer gegeven. Verzekeraar had zich in dit verband beroepen op artikel 28.2 sub c van de verzekeringsvoorwaarden. Daarin was, kort gezegd, bepaald dat de verzekeringnemer, respectievelijk de verzekerde, verplicht was op straffe van verlies van het recht op uitkering de verzekeraar terstond ervan kennis te geven wanneer de verzekeringnemer geen of minder verzekeraar belang had bij hetgeen verzekerd was. Beoordeling hiervan vond plaats op basis van artikel 2. In dat geval had verzekeraar het recht andere voorwaarden te stellen, de premie te wijzigen of de verzekerde jaren te verlagen, dan wel de verzekering te beëindigen. Artikel 2 van de verzekeringsvoorwaarden bepaalde dat de verzekering

tot doel had een periodieke uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. De Raad van Toezicht stelde het volgende voorop:

‘het antwoord op de vraag welk belang door de verzekering wordt gedekt hangt in beginsel af van wat verzekeraar en verzekeringnemer daaromtrent over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid’.

Klager heeft ervan mogen uitgaan, zo vervolgt de raad, dat verzekerd was een belang overeenkomstig de betekenis die aan dit begrip in het algemeen wordt toegekend. Dat is het belang dat de verzekerde heeft bij het niet plaatsvinden van een gebeurtenis zoals bedoeld in de verzekeringsvoorwaarden, als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt zou worden in de zin van de door hem verzekerde rubrieken. Naar de overtuiging van de raad mocht klager ervan uitgaan dat dit belang was blijven bestaan, ondanks de aangegeven omstandigheden. Verzekeraar had niet aannemelijk gemaakt dat er geen reële kans bestond dat klager in zijn verzekerde hoedanigheid van eigenaar van een klussenbedrijf spoedig nieuwe opdrachten zou hebben verworven, indien hij op 8 september 2003 niet arbeidsongeschikt zou zijn geworden. Om te vervolgen als volgt:

‘gelet op de korte duur van de werkloosheid van klager voorafgaand aan deze arbeidsongeschiktheid kan ook niet worden aangenomen dat deze tijdelijke werkloosheid van klager een gevolg is van een verminderde kans op arbeid die niet in verband staat met de nadien ingetreden arbeidsongeschiktheid van klager. Verzekeraar heeft niet aannemelijk gemaakt dat klager na het wegvallen van de opdrachten van zijn enige opdrachtgever en mede in verband met de bouwvakvakantie er niet voor had gekozen enige tijd minder of in het geheel niet te werken, maar daarna – al of niet voor andere opdrachtgevers – zijn werkzaamheden weer te hervatten, ware dit niet doorkruist door zijn op 8 september 2003 ingetreden arbeidsongeschiktheid’.

In zijn beslissing van 2002 / 18 (Med.) heeft de raad in soortgelijke zin overwogen. De raad overwoog dat het belang van de verzekerde is het niet plaatsvinden van de gebeurtenis zoals bedoeld in artikel 1.5.2 van de verzekeringsvoorwaarden²¹ als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt zou worden in de zin van rubriek B. Klager mocht er voorts van uitgaan dat dit belang, ondanks zijn werkloosheid, was blijven bestaan nu er een reële kans bestond dat hij een nieuwe werkkring in de zin van de rubriek B zou hebben verworven, indien hij niet arbeidsongeschikt

18. Zie ook 4.3 van de conclusie van A-G Spier voor het arrest HR 3 oktober 2008 (LJN BD5828).

19. Vgl. r.o. 3.5.1 onder (ii) en (iii).

20. Vgl. J.H. Wansink, Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2004, p. 49; S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle 1988, p. 43.

21. Luidende als volgt: ‘Indien er in relatie tot ziekte of ongeval medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor de verzekerde voor ten minste 25% niet in staat is tot het verrichten van werkzaamheden die voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en die, gelet op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden, in redelijkheid van hem kunnen worden verlangd.’

zou zijn geworden. Ook hier speelde naar het oordeel van de raad de korte duur van de werkloosheid van klager voorafgaand aan het ongeval een rol. Ook om die reden kon naar de overtuiging van de raad niet worden aangenomen dat de werkloosheid van klager een gevolg was van een verminderde kans op arbeid die niet in verband stond met het ongeval dat tot de arbeidsongeschiktheid had geleid.

In gelijke zin heeft de Raad van Toezicht geoordeeld bij beslissing van 2005 / 055 (Med.) door te overwegen dat de verzekeraar ervan uit diende te gaan dat klager voornemens was om enige tijd na het binnen afzienbare tijd te verwachten overlijden van zijn echtgenote zijn beroepsbezigheden te hervatten en niet zijn beroep wilde beëindigen. Ook in die beslissing verwierp de raad het betoog van verzekeraar dat het verzekerd belang aldus was komen te ontvallen.

4. DE OPVATTING IN DE LITERATUUR

Wansink²² is van oordeel dat de benadering van de Raad van Toezicht moeilijk valt in te passen in de dogmatische plaatsbepaling van het begrip 'verzekerbare belang'. Ik ben dat met hem eens, omdat het er allereerst om gaat een antwoord te geven op de vraag of de in het geding zijnde polis een schade- dan wel een sommenverzekering is. De eis van een verzekerbare belang in verzekeringsrechtelijke zin is niet aan de orde bij sommenverzekeringen. Bij schadeverzekeringen wijst de civiele jurisprudentie inmiddels wel uit dat sprake moet zijn van een afdwingbare aanspraak op inkomen. In die zin ook strekken particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die het karakter hebben van een schadeverzekering tot het doen van uitkeringen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. Een geldelijk belang dus. Wansink werkt dat onderscheid mijns inziens terecht uit, alhoewel ik het niet met hem eens ben dat de raad de eis van verdien capaciteit stelt. De polissen die ten grondslag liggen aan de diverse beslissingen van de Raad van Toezicht Verzekeringen gaan ook niet uit van verdien capaciteit, maar van arbeidscapaciteit.

Bespreking verdient ook de opvatting van Mijnsen²³ die uit het feit dat een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, die de verzekeraar verplicht tot het doen van een van tevoren overeengekomen vaste uitkering die strekt tot dekking van schade die de verzekerde mocht lijden door zijn arbeidsongeschiktheid, afgesloten kan worden, afleidt dat het vereiste van een verzekerbare belang geldt. Degene die leeft van inkomsten uit zijn vermogen en niet voornemens is zich door arbeid een regulier inkomen te verwerven kan geen arbeidsongeschiktheidsverzekering sluiten. Hij heeft er, zo vervolgt Mijnsen, natuurlijk belang bij dat hij niet getroffen wordt door ziekte of ongeval, echter niet met het oog op verwerven van inkomsten. Onder verwijzing naar het hiervoor be-

sproken arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2003²⁴ valt daar naar de overtuiging van Mijnsen uit te leren dat voor het antwoord op de vraag of een verzekerde, wiens omstandigheden zijn veranderd, aan een arbeidsongeschiktheidsverzekering een recht op uitkering kan ontleenen, beslissend kan zijn welk belang verzekerd is. De arts die op een tijdstip waarop hij als zelfstandig arts werkzaam was 'als arts' een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft gesloten, zal naar zijn overtuiging aan de verzekering ook het recht op uitkering kunnen ontleenen, indien hij na in dienst te zijn getreden van een stichting die een ziekenhuis exploiteert, arbeidsongeschikt wordt. Heeft hij zich daarentegen verzekerd als 'zelfstandig werkzaam arts' dan is naar zijn overtuiging alleen het belang gedekt dat hij heeft bij het behoud van zijn arbeidsinkomsten als zelfstandig arts. Dit belang is komen te vervallen, zo sluit Mijnsen af, op het moment dat hij voor de volle werktijd in loondienst werkzaam werd. Inkomensverlies van nadien intredende arbeidsongeschiktheid is dan naar zijn oordeel niet gedekt.

Ofschoon ik het met Mijnsen in zijn algemeenheid wel eens ben, ziet hij mijns inziens voorbij aan het feit dat het geven van een antwoord op de vraag of er sprake is van een verzekerd belang en zo ja welk, in beginsel afhangt van de inhoud van de verzekeringsvoorwaarden. Zo bepaalt artikel 2 van de Modelpolisvoorwaarden AOV-Individueel 2005 (Schade) dat de verzekering ten doel heeft om schadevergoeding te verlenen bij derving van inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. Stel dat die polisvoorwaarden ten grondslag liggen aan het geven van een antwoord op de vraag of een verzekerd belang aanwezig is, dan is dus essentieel of (a) sprake is van inkomen en vervolgens (b) de vraag of sprake is van derving aan inkomen. Het tweede voorbeeld dat Mijnsen geeft ziet er bovendien mijns inziens ten onrechte aan voorbij dat ook de zelfstandig werkzaam arts die later voor de volle werktijd in loondienst werkzaam wordt, wel degelijk derving aan inkomen bij arbeidsongeschiktheid kan hebben, gelet op de almaar afkalvende socialezekerheidswetgeving.²⁵

5. TOT SLOT

Wat is nu de koers? Een geheel eenduidig antwoord is niet te geven. Wel kan aan de hand van enkele terugkerende thema's uit de drie arresten van de Hoge Raad worden opgemaakt welke elementen van belang zijn ter beantwoording van de vraag naar het karakter van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. De twee uitersten die ik daarbij zou willen onderscheiden zijn de verzekering die niet strekt tot het doen van een uitkering en geen rekening houdt met het inkomen aan de ene zijde van de balans. En aan de andere zijde daarvan de verzekering die tot doel heeft om uitkering te verlenen bij derving van inkomen en waarbij partijen zich de moeite getroosten om de hoogte van het inkomen af te stemmen op de

22. Wansink 2004, p. 53.

23. F.H.J. Mijnsen, 'Verzekerbare belang', VR 2005, p. 176-179.

24. NJ 2004, 670, m.nt. MMM.

25. Zie in dit verband: M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen jaarverslag 2003', AV&S 2004, p. 258-259.

hoogte van het verzekerde bedrag. Doorgaans is de situatie echter niet zo duidelijk en komt het aldus aan op uitleg. Terecht heeft het Verbond van Verzekeraars zich de problematiek dan ook aangetrokken en een schade- en een sommenvariant van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering ontwikkeld. Zo luidt artikel 2 van de Modelpolisvoorwaarden AOV-Individueel 2005 (Schade):

'Deze verzekering heeft ten doel schadevergoeding te verlenen aan de begunstigde bij derving van inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid.'

De strekking van de door het Verbond van Verzekeraars ontworpen sommenvariant in artikel 2 van de Modelpolisvoorwaarden AOV-Individueel 2004 (Sommen) luidt daarentegen als volgt:

'Deze verzekering heeft tot doel een periodieke uitkering te verlenen bij arbeidsongeschiktheid van de verzekerde.'

Andere verschillen tussen de beide Modelpolisvoorwaarden zijn dat in de schadevariant van de Modelpolisvoorwaarden letterlijk de aloude correctiebepaling is teruggekeerd. Ter toelichting op artikel 7.3 waarin die bepaling is neergelegd wordt aangegeven dat daaraan kan worden toegevoegd dat verzekeraar hierbij het recht heeft om de bedragen die zijn verzekerd op dezelfde wijze te verlagen. Ook het begrip 'inkomen' is gedefinieerd, te weten als:

'Het bruto inkomen van de verzekerde uit arbeid en/of winst uit onderneming in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting.'

Uit de arrestenreeks van de Hoven te Leeuwarden²⁶, 's-Hertogenbosch²⁷ en Arnhem²⁸ weten wij inmiddels reeds geruime tijd dat de enkele correctiebepaling de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering op zichzelf nog niet tot schadeverzekering verheft. Daarvoor is meer nodig. En voor dat meerdere heeft het Verbond van Verzekeraars mijns inziens op zichzelf een stap in de goede richting gedaan door aanpassing van de Modelpolisvoorwaarden. Ik zou dan ook menen dat de verzekeraar die aansluit bij de formulering van de Modelpolisvoorwaarden (Schade) in beginsel blijf geeft van de bedoeling om met verzekerde een schadeverzekering, althans niet een sommenverzekering te zijn aangegaan. Met name ook nu de Hoge Raad in zijn arrest van 3 oktober 2008 erop wees dat een correctiebepaling ontbrak. Echter wordt uit de arrestenreeks van de Hoge Raad duidelijk dat het inkomen zowel bij de totstandkoming van de verzekering als tijdens de looptijd (in het midden te laten of dat per se moet zijn voor of na het intreden van het verzekerde evenement) een rol van betekenis moet spelen, wil sprake zijn van een schadeverzekering. A-G Spier²⁹ heeft er in dat verband op gewezen dat daarin ook het kenmerkende verschil ligt tussen de casus die leidde tot het arrest van 6 juni 2003 en die van het arrest van 17 oktober 2008.

Temeer in de richting van een schadeverzekering pleit dan, indien de verzekeraar dan ook (a) nog – bijvoorbeeld in uitingen aan de aspirant-verzekeringnemer – voorts bij het aangaan van de polis duidelijk heeft gemaakt dat het gaat om vergoeding van schade en niet zonder meer om vergoeding van een vaste som onafhankelijk van welke schade dan ook en (b) een controle verricht naar de verhouding tussen de hoogte van het inkomen en de verzekerde bedragen. Dat wil zeggen in ieder geval bij het aangaan van de polis maar bijvoorbeeld ook gedurende de looptijd van de verzekering terwijl van arbeidsongeschiktheid van verzekerde (nog) geen sprake is. Dat laatste is op dit moment in de branche nog geen gemeengoed. De polisvoorwaarden zouden in dat verband (c) dan een regeling kunnen bevatten waarin verzekeringnemer – kort gezegd – verplicht wordt om telkens wanneer verzekeraar daarom vraagt opgave te doen van zijn inkomensgegevens en/of mee te werken aan de vaststelling daarvan. De Modelpolisvoorwaarden AOV-individueel 2005 (Schade) leggen die verplichting thans namelijk pas op in geval van arbeidsongeschiktheid. Idealiter zou het dan zo moeten zijn dat bij het intreden van arbeidsongeschiktheid blijkt dat de hoogte van het inkomen (zo ongeveer) strookt met de inkomensgegevens waarover verzekeraar al beschikt. Daarnaast (d) kan men denken aan het opnemen van een bepaling waarin is neergelegd dat uitkering wordt gedaan tot het bedrag dat verzekerde derft aan inkomen wegens de in de polis gedekte arbeidsongeschiktheid. En dus niet alleen 'wegens' derving van inkomen.

26. 14 januari 1976, VR 1976, 98.

27. 10 juli 1979, NJ 1980, 251.

28. 10 februari 1998, VR 1998, 174.

29. Zie: 4.21 van zijn conclusie voor het arrest.