

BW gehoor gegeven en wel in art. 7:928 lid 5 BW. In de NvW 2000¹⁹ zegt de minister onomwonden:

'Zonder uitdrukkelijke vraag, al dan niet onderdeel uitmakend van een vragenlijst, zo meen ik, zou de verzekeringnemer ook niet spontaan mededelingen daarover behoeven te doen.'

Daarmee wordt wel de vraag opgeroepen of zulks ook zou moeten gelden indien de verzekeringnemer met het opzet tot misleiden heeft gehandeld. Een vraag die in de parlementaire behandeling van titel 7.17 BW opmerkelijk genoeg nimmer aan de orde is geweest. Dit is te meer opmerkelijk omdat in het zesde lid bij het wel gebruiken van een vragenlijst een aanvullende spontane mededelingsplicht weliswaar in de ban wordt gedaan, maar bij wijze van uitzondering met zo veel woorden niet indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet tot misleiden.²⁰

De vraag rijst of daar waar in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer een beroep op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de orde is, het belang van de verzekeraar slechts dan zwaarder mag wegen dan dat van de verzekeringnemer indien de eerste zich de moeite getroost een gerichte vraag te stellen, ook indien de verzekering zijn strafrechtelijk verleden heeft verzwegen met het opzet de verzekeraar te misleiden. Brengt het karakter van de verzekeringsovereenkomst – uberrimae fidei – niet mee dat de verzekeraar die zowel bij het sluiten van de verzekering als bij de verwezenlijking van het risico in hoge mate afhankelijk is van de door de verzekerde te verschaffen informatie en daardoor kwetsbaar is voor de onbetrouwbaarheid van de (aspirant-)verzekeringnemer, in het verlengde van het bepaalde in art. 7:928 lid 6 BW hier evenzeer bescherming verdient tegen opzettelijk misleidend gedrag van de laatste, ook als de verzekering zonder gebruik van een vragenlijst wordt gesloten? Voor-

alsnog ben ik geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, zeker wanneer de verzekering wordt gesloten in omstandigheden, waarin beide partijen geacht mogen worden met de te volgen acceptatieprocedure – en in dat kader met het ontbreken van een vragenlijst – te hebben ingestemd, zoals bij verzekering ter beurze door tussenkomst van een professionele makelaar. Wel plaats ik daarbij de kanttekening dat aan het bewijs van het opzet tot misleiding – waarvan de bewijslast rust op de verzekeraar – dan wel hoge eisen moeten worden gesteld: de verzekeringnemer moet zich ten volle bewust zijn geweest dat de verzekeraar bij kennis van deze feiten geen verzekering zou sluiten of deze niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

Ik keer terug naar de voorliggende zaak. Nu het hof aan de verzwijging niet het strafrechtelijk, maar het overige (schade)verleden van betrokkene 1 ten grondslag heeft gelegd, bleef het aspect van de spontane mededelingsplicht in relatie tot een strafrechtelijk verleden buiten bereik van een nader oordeel daarover door de Hoge Raad. Ook de conclusie van de A-G zwijgt erover. Aldus blijft de onzekerheid daarover voortbestaan en is het wachten hetzij op een volgende zaak, hetzij op een reactie van de wetgever al dan niet in het kader van een mogelijk eerste evaluatie van de praktische uitwerking van de regeling in titel 7.17 BW.

J.H. Wansink

Hoogleraar verzekeringsrecht, Verzekeringsinstituut EUR en Universiteit Leiden.

Nr. 7

De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering als sommenverzekering

HR 3 oktober 2008, RvdW 2008, 908, LJN BD5828 en HR 17 oktober 2008, RvdW 2008, 961, LJN BF0005

Verzekeringsovereenkomsten worden onderscheiden in overeenkomsten van schadeverzekering en overeenkomsten van sommenverzekering.¹ Dat blijkt uit art. 7:925 lid 1 BW. Kenmerkend verschil tussen de beide vormen van verzekering is dat de schadeverzekering strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden (art. 7:944 BW). De sommenverzekering daarentegen is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW).

De maand oktober van dit jaar is een vruchtbare periode geweest voor het verder tot wasdom komen van het karakter van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Inmiddels was het ruim vijf jaar geleden dat de Hoge Raad zich voor de laatste – toen tevens overigens eerste – keer daarover uitliet in zijn arrest van 6 juni 2003.² De in dat geding beoordeelde verzekeringsovereenkomst werd door de Hoge Raad betiteld als een schadeverzekering. De beide polissen daarentegen die inzet vormden van de arresten van 3 en 17 oktober 2008 werden door de Hoge Raad beschouwd als sommenverzekering.

HR 3 oktober 2008

Een directeur-groootaandeelhouder van

- 1 Zie omtrent het onderscheid tussen de beide schadevormen bijvoorbeeld: Asser/Clausing & Wansink 2007, nr. 34-36; P.L. Wery, *Hoofdzaken Verzekeringsrecht* (1995), p. 11-12; Van Huizen/Wezeman/Zevenbergen, *Grondslagen verzekeringsrecht* (2006), p. 81-84; L. Molk, *Verzekeringsrecht*, p. 13-15; V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, 1990, p. 213-214; N.L.C. Fonkert, *Beschouwingen over de wetgeving op de verzekeringsovereenkomst*, p. 31-34.
- 2 NJ 2004, 670 (Koning/Nationale Nederlanden).

19 Kamerstukken II, 1999/2000, 19529, nr. 5, p. 44.

20 De Toelichting Meijers zegt zelfs op dit punt dat 'uiteraard een uitzondering moet

worden opengelaten voor handelen tegen beter weten in, hetgeen de verzekeraar echter zal hebben te bewijzen'.

een bedrijf dat zich richt op bitumeneuze dakbedekking sloot met ingang van 1 december 1987 een arbeidsongeschiktheidsverzekering af bij verzekeraar. In de bij de verzekeringsovereenkomst behorende algemene voorwaarden werd de strekking van de verzekering omschreven in art. 3, luidende als volgt:

'Deze verzekering heeft ten doel uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid.'

Blijkens het polisblad was verzekerd het beroep 'directeur groothandel bouwproducten'. Op 30 juni 1996 raakte verzekerde betrokken bij een motorongeval. Hij liep daarbij ernstig knieletsel op. Na het ongeval heeft hij zijn oude functie niet meer volledig uitgeoefend. Wel heeft hij na het ongeval inkomsten uit zijn vennootschappen ontvangen. Vanaf 30 juni 1996 tot 1 januari 2002 is aan hem in wisselende percentages uitkering gedaan uit hoofde van de polis. Aansluitend werd verdere uitkering geweigerd met als verweer dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering is. Uit art. 3 van de polis blijkt immers – aldus verzekeraar – dat de verzekering ertoe strekt om schade te vergoeden, te weten: gedeeld inkomen. Verzekeraar stelde zich dan ook op het standpunt dat verdere uitkering kon worden geweigerd, gezien de nettorezultaten van de vennootschap waarvan verzekerde directeur-grootheidhouder was en gezien het loon uit arbeid dat hij als directeur van die vennootschap genoot. Er was immers geen sprake van inkomensderving. De rechtbank was het daarmee niet eens en wees de vorderingen toe. Het daartegen door verzekeraar ingestelde hoger beroep vond geen gehoor bij het hof. Het hof overwoog dat voor verzekerde uit de polisvoorwaarden, ook in samenhang met de offertes, niet in voldoende mate duidelijk kon zijn dat de onderhavige arbeidsongeschiktheidsverzekering ertoe strekte daadwerkelijk geleden schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid te vergoe-

den. Dat leidde er volgens het hof toe dat de polis niet als een schadeverzekering, maar als een sommenverzekering moest worden aangemerkt. Verzekeraar nam met dat oordeel geen genoegen en stelde cassatie in bij de Hoge Raad. Ons hoogste rechtscollege stelde voorop dat:

'Ingevolge (...) artikel 7:925 lid 1 BW een verzekeringsovereenkomst hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering is. Daarmee heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat de wet slechts twee categorieën van verzekering kent, zij het dat niet is uitgesloten dat een overeenkomst deels schade-, deels sommenverzekering is. Artikel 7:944 omschrijft de schadeverzekering als een verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden, artikel 7:964 de sommenverzekering als een verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Dit laatste neemt niet weg dat ook sommenverzekeringen veelal worden gesloten met het oog op de mogelijkheid dat zich gevallen voordoen waarin de verzekerde schade zal lijden.'

Vervolgens citeert de Hoge Raad de Parlementaire Geschiedenis van art. 7:925 lid 2 BW, waarin de wetgever aangeeft dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering in beginsel wel tot vergoeding van schade strekt, maar de daarvoor uit te keren vergoeding reeds bij de overeenkomst is vastgelegd, ongeacht of het bedrag door op geld waardeerbare schade wordt gerechtvaardigd. Om die reden acht de wetgever dan ook sprake van een sommenverzekering,³ aldus de Hoge Raad die – in aansluiting op het hof – meer specifiek het volgende in aanmerking nam:

1. de polisvoorwaarden bevatten geen correctiebepaling waarin is geregeld dat het hebben van inkomsten uit arbeid na het intreden van arbeidsongeschiktheid gevolgen heeft voor het recht op uitkering onder de arbeidsongeschiktheidsverzekering;
2. de omvang van de arbeidsongeschiktheidsuitkering in de polisvoor-

waarden is uitsluitend gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid en niet aan de hoogte van de inkomensderving (de schade);

3. de mate van arbeidsongeschiktheid zegt op zichzelf niets over de hoogte van de schade;

4. uit de offertes van 18 januari en 3 mei 1995 blijkt niet 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 is niet tot stand gekomen door bemiddeling van een tussenpersoon maar rechtstreeks bij verzekeraar gesloten; en

6. er is geen praktijk dat verzekeraar bij de verzekerde informeert naar de hoogte van de schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid, terwijl zij ook nimmer inkomensgegevens heeft opgevraagd. Dat had voor de hand gelegen als de polis had beoogd om schade te vergoeden.

Kennelijk, zo vervolgt de Hoge Raad, was het hof van oordeel dat in de arbeidsongeschiktheidsverzekering, ondanks de strekking, de omvang van de uit te keren vergoeding reeds was vastgelegd en dat de bedongen vergoeding zou worden uitgekeerd ongeacht of het beloop daarvan door op geld waardeerbare schade werd gerechtvaardigd. Niet reeds op grond van de enkele doelomschrijving is de polis als schadeverzekering aan te merken, aldus de Hoge Raad.

Tot slot wijdt de Hoge Raad nog een passage aan het argument van verzekeraar dat een correctiebepaling ontbrak. Dat wees in haar optiek dus juist op het karakter van een schadeverzekering. A-G Spier deelt die visie in zijn conclusie voor het arrest niet door erop te wijzen dat een correctiebepaling, ook indien juridisch niet strikt noodzakelijk wel nuttig en nodig kan zijn om het rechtskarakter en de inhoud van de overeenkomst met (aspirant-)verzekeringnemers/verzekerden duidelijk te maken. De Hoge Raad is het met hem eens door te overwegen dat:

³ Kamerstukken II 1985/86, 19529, nr. 3, p. 6.

'in de polis van een arbeidsongeschiktheidsverzekering die een schadeverzekering is een bepaling inzake de verrekening van inkomsten bepaald niet overbodig is, nu immers duidelijk moet zijn op welke wijze de verrekening van inkomsten dient plaats te vinden, in het bijzonder over welke tijdvakken die inkomsten telkens vastgesteld moeten worden.'

Het oordeel van het hof dat het ontbreken van zo'n correctiebepaling een aanwijzing vormt dat de verzekering geen schadeverzekering is, acht de Hoge Raad dan ook niet onbegrijpelijk.

HR 17 oktober 2008

In lijn met het arrest van 3 oktober 2008 ligt een arrest van slechts 14 dagen later.⁴ Het hof had in zijn arrest van 24 mei 2007⁵ het vonnis van Rechtbank Alkmaar bekrachtigd waarin de in het geding zijnde particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering als een 'sommenverzekering' werd betiteld. Ook deze polis had tot doel om uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid.

De casus is als volgt. Verzekerde wendde zich op 9 juni 2004 tot zijn huisarts met klachten. Reeds eerder had verzekerde zich op het werk arbeidsongeschikt gemeld. De WAZ ging ervan uit dat sedert 16 mei 2004 arbeidsongeschiktheid was ingetreden. Verzekerde werd vervolgens in staat van faillissement gesteld op 15 juni 2004. Het laatst aan hem betaalde loon werd uitgekeerd over de maand april 2004. Opmerkelijk genoeg was verzekerde twee jaar tevoren ook arbeidsongeschikt geweest. Verzekeraar had hem toen een uitkering verstrekt. Toen werd zijn loon wel doorbetaald. Dat had voor verzekeraar op dat moment geen kenbare rol gespeeld. In 2004 echter beriep verzekeraar zich erop dat de arbeidsongeschiktheid na het faillissement was gemeld en dat er toen geen loondoorbetaling had plaatsge-

vonden. Daarom achtte verzekeraar geen schade aanwezig en evenmin een verzekeraar belang. Verzekeraar stelde zich op het standpunt dat de polis tot schadeverzekering te betitelen was. Rechtbank, hof en Hoge Raad waren dat niet met haar eens. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen op de voet van art. 81 Wet RO. Lezenswaardig is evenwel (wederom) de conclusie van A-G Spier die met het standpunt van verzekeraar korte metten maakt. Spier wijst erop dat op zichzelf weliswaar relevant is dat de polisvoorwaarden als strekking inkomensderving noemen, maar dat dat op zichzelf nog niet voldoende grond oplevert voor het aannemen van een schadeverzekering:

'Noch op zich, noch ook tegen de achtergrond van het volgende. Verzekeraars waren met het probleem en de onduidelijkheid bekend. Dat waren zij in 1991 en dat zijn zij nog steeds. Ook wanneer het slechts gaat om het welbewust op de koop toenemen van (eenvoudig te ondervangen) onduidelijkheid met betrekking tot een zo wezenlijk verzekeringsproduct kan niet worden aanvaard dat een verzekeringnemer/verzekerde wordt opgehangen aan een in de polisvoorwaarden genoemde strekking wanneer andere elementen van de polis(voorwaarden) evident in andere richting wijzen. Mij lijkt duidelijk dat de deklingsomschrijving in andere richting wijst dan het door verzekeraar met vuur verdedigde standpunt. Onduidelijk is ook waarom, als haar standpunt juist zou zijn, verzekeraars geen bepaling hebben opgenomen, inhoudende dat deze bedragen slechts gelden indien en voorzover daadwerkelijk sprake is van een inkomensderving.'

Ook overigens acht A-G Spier het oordeel van het hof allerminst onbegrijpelijk door te vervolgen dat:

'De omstandigheid dat geen koppeling is aangebracht met het inkomen dat ver-

zekerde verdiende inderdaad wijst in de richting van een sommenverzekering. Datzelfde geldt voor de omstandigheid dat verzekerde verzekeraar niet op de hoogte behoefde te brengen van het bestaan en de omvang van zijn inkomen, terwijl (maar dit ten overvloede) verzekeraar daarin kennelijk ook niet was geïnteresseerd.'

Commentaar

Mijns inziens ligt het kenmerkende verschil tussen de beide arresten uit oktober 2008 en het arrest dat de Hoge Raad heeft gewezen op 6 juni 2003⁶ in de (afwezigheid van de) rol die het inkomen van verzekerde speelde voor de verzekeraars. A-G Spier wijst daar ook op. Naar mijn oordeel echter wat al te kort door de bocht betoogt hij overigens dat hem 'onduidelijk' is waarom verzekeraars geen bepaling hebben opgenomen die inhoudt dat de verzekerde bedragen slechts gelden, indien en voor zover daadwerkelijk sprake is van inkomen en die reden dan daarin te zoeken dat 'deze derving er allicht niet toe doet'. Neen, vanzelfsprekend doet die derving er op zichzelf wel toe. Echter, hadden de verzekeraars in de arresten van 3 en 17 oktober jl. geen interesse getoond in het inkomen. Daardoor resteerde slechts het algemene argument van de strekking van de polis om te bepleiten dat sprake was van een schadeverzekering. Dat is daartoe dan weliswaar een indicatie, maar om te komen tot een schadeverzekering in de zin van art. 7:944 BW die strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden, is meer nodig dan dat. Tot uitgangspunt geldt immers dat het verzekeraar vrij staat om de primaire dekking te bepalen.⁷ In dit verband kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan het opnemen van de (al oude) correctiebepaling. Echter, weten wij uit de arrestenreeks van Hof Leeuwarden,⁸ Hof 's-Hertogenbosch⁹ en Hof Arnhem¹⁰ inmiddels reeds geruime tijd dat ook de enkele correctiebepaling de

4 LJN BF0006.

5 RAV 2007, 28.

6 NJ 2004, 670. De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering werd eveneens betiteld als schadeverzekering in: Hof Amsterdam 11 september 2003, t.k.u. AV&S 2007, 4, p. 35; Hof 's-Gravenhage 29

november 2005, AV&S 2007, 4, p. 34; Rb. 's-Gravenhage 29 augustus 2007, RAV 2008, 71; Rb. 's-Gravenhage 14 november 2007, PIV Bulletin februari 2008, p. 15-17.

7 Vgl. HR 9 juni 2006, NJ 2006, 325; HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284.

8 Hof Leeuwarden 14 januari 1976, VR 1978, 98.

9 Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1979, NJ 1980, 251.

10 Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174.

particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering naar hun oordeel op zichzelf nog niet tot schadeverzekering verheft. Er is dus nog meer nodig. En dat meerdere ligt dan bijvoorbeeld in de interesse die de verzekeraar heeft in de hoogte van het inkomen in de fase van de totstandkoming van de verzekering en nadien. Ter illustratie kan in de polisvoorwaarden een regeling worden opgenomen die periodieke toetsing van het inkomen mogelijk maakt ter afstemming van de verzekerde bedragen op het inkomen.¹¹ In die situatie zou het dan zo moeten zijn dat bij het intreden van de arbeidsongeschiktheid blijkt dat de hoogte van het inkomen zo ongeveer strookt met de inkomensgegevens waarover verzekeraar dan al beschikt. De verzekerde bedragen zijn daarop dan immers, als het goed is, afgestemd.

Met deze arresten lijkt de opmars van de opvatting dat de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering is in zekere zin een halt toegeroepen te zijn in situaties waar het inkomen geen rol speelt. Van een zo ondergeschikte betekenis van het inkomen als in deze zaken is naar mijn ervaring in het algemeen echter geen sprake. Wat is dan de rode draad? Dat de Hoge Raad met de oktoberarresten heeft willen terugkomen op zijn opvatting uit 2003 blijkt op zichzelf niet. Het gaat veeleer om een verdere uitwerking van de elementen die een rol spelen bij het geven van een antwoord op de vraag naar het karakter van de verzekering. In 2003 heeft de Hoge Raad weliswaar aandacht geschonken aan het inkomen

maar niet met zo veel woorden een koppeling aangelegd met het inkomen, terwijl hij toen wel aannam dat sprake was van een schadeverzekering. Daarbij komt nog dat de polis die aan dat arrest ten grondslag lag (zelfs) niet strekte tot het doen van uitkeringen bij derving van inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. Uit de oktoberarresten blijkt op zichzelf niet dat een primair verelste is dat er een duidelijke koppeling is tussen inkomen en schade, wil pas sprake kunnen zijn van een schadeverzekering. Het afwezig zijn daarvan vormde evenwel een indicatie voor het bestaan van een sommenverzekering. Waar het mijns inziens om gaat, is dat de cassatiemiddelen in de beide zaken zijn vastgelopen op de desinteresse van de verzekeraars naar het inkomen. Dan wordt dus niet toegekomen aan beantwoording van de vraag of de uitkering door op geld waardeerbare schade wordt gerechtvaardigd. In die zin verschillen de casus van de oktoberarresten ook cruciaal van die welke ten grondslag liggen aan de arresten van Hof 's-Gravenhage 29 november 2005¹² en Hof Amsterdam 11 september 2003.¹³ Daarin speelde het inkomen een eminente rol. Naar aanleiding daarvan werd dan ook aangenomen dat sprake was van een schadeverzekering.

In de praktijk van alledag wordt bij het aangaan van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen wel degelijk gevraagd naar de hoogte van het inkomen. De overeen te komen uitkering wordt in het algemeen met het oog op een re-integratiestimulus begrensd op ongeveer 80% daarvan. Bo-

vendien wordt bij de bepaling van de hoogte van de te verzekeren bedragen, net als in de casus die leidde tot het arrest uit 2003, dikwijls ook rekening gehouden met andere inkomensbestanddelen. Dat strookt ook met de door A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest van 17 oktober 2008 omarmde opvatting van Wansink¹⁴ die geneigd is ervan uit te gaan dat de polis het karakter van een schadeverzekering krijgt, indien de polis strekt tot het doen van uitkering bij derving van inkomen ten gevolge van de arbeidsongeschiktheid en, kort gezegd, bij het sluiten daarvan de hoogte van de periodieke uitkering is afgestemd op het op dat moment verdiende of te verwachten inkomen. De bandbreedte tussen de tevoren overeengekomen uitkering en de schade moet daarbij dan echter niet te groot worden, aldus Wansink. Het is in dat verband belangrijk om voor ogen te houden dat het enkele feit dat het uit te keren bedrag gefixeerd wordt, nog niet onverenigbaar is met de schadeverzekering, zolang de verzekering maar de strekking behoudt daadwerkelijk geleden schade te vergoeden.¹⁵ Door in de polisvoorwaarden een daartoe strekkende regeling op te nemen creëren verzekeraars zich de mogelijkheid om dat te voorkomen en kunnen zij in voorkomend geval tevens steun putten voor hun standpunt dat tussen partijen sprake is van een schadeverzekering. Twee vliegen in een klap dus.

E.J. Wervelman

Advocaat bij KBS Advocaten te Utrecht.

11 Een voorbeeld van periodieke toetsing vormt het arrest HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670.

12 T.k.u. AV&S 2007, 4, p. 34.

13 T.k.u. AV&S 2007, 4, p. 35.

14 Preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2004, p. 49.

15 Vgl. S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), 1988, p. 43.