

## **Beoordelingsmaatstaf bij schending van de mededelingsplicht: toetsen aan de norm van de redelijk handelend verzekeraar?**

Bb 2019/29

HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841

*Indien een verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen op basis van onjuiste of onvolledige feiten, kan de verzekeraar zich op verval van uitkering beroepen indien hij bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben afgesloten. Dit is een vergaande sanctie. Tot voor kort was het onduidelijk welke maatstaf geldt bij de beoordeling of de verzekeraar de verzekering niet zou hebben afgesloten als hij wel bekend was geweest met de juiste en volledige feiten. De Hoge Raad heeft hier op 5 oktober 2018 duidelijkheid over gegeven.*

### **Mededelingsplicht**

Voor het afsluiten van een verzekering is de verzekeringnemer op grond van art. 7:928 BW verplicht om – kort gezegd – die feiten aan de verzekeraar mede te delen die van belang kunnen zijn voor de beslissing van de verzekeraar om, en tegen welke voorwaarden, een verzekeringsovereenkomst aan te gaan. Het gaat hier niet alleen om de feiten die de verzekeringnemer zelf kent, maar ook de feiten die hij behoort te kennen, en waarvan hij weet of behoort te weten dat zij voor de verzekeraar van belang kunnen zijn. Buiten deze mededelingsplicht van de verzekeringnemer vallen overigens de feiten die de verzekeraar zelf reeds kende of behoorde te kennen – en die hij dus zelf al kan laten meewegen in zijn beslissing – en de feiten die niet tot een ongunstiger beslissing zouden leiden – en dus niet relevant zijn voor de beslissing. Ook hoeft een verzekeringnemer geen medische informatie te verschaffen waarvan de Wet op de medische keuringen voorschrijft dat zij niet in een medisch onderzoek mag worden betrokken en waar geen vragen naar mogen worden gesteld.

Indien de verzekering de belangen van een ten tijde van het afsluiten bekende derde dekt, omvat de mededelingsplicht ook de feiten en omstandigheden die deze derde betreffen en waarvan die derde weet of behoort te begrijpen dat zij relevant zijn voor de acceptatiebeslissing van de verzekeraar. Gedacht kan worden aan een door de (top)holding van een concern voor alle tot het concern behorende bedrijven af te sluiten verzekering of, in kleiner opzicht, een door de werkgever af te sluiten collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering of beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor zijn werknemers.

Ten behoeve van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer kan gebruik gemaakt worden van een vragenlijst. Door in die lijst specifieke feiten uit te vragen, krijgt de ver-

zekeraar de voor hem relevante informatie voor het doen van een verzekeringsaanbod. Deze methode is in zekere zin gunstig voor de verzekeringnemer: als op basis van een vragenlijst een verzekeringsovereenkomst tot stand komt kan de verzekeraar zich er achteraf niet op beroepen dat bepaalde feiten niet zijn medegedeeld doordat een daarop gerichte vraag niet was beantwoord of als naar die feiten in de vragenlijst niet was gevraagd. Een verzekeraar kan zich er evenmin op beroepen dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord. In die zin bepaalt de vragenlijst dus de omvang van de mededelingsplicht. De verzekeringnemer wordt echter niet tegemoet gekomen als hij een specifieke vraag onjuist of onvolledig beantwoordt. De bescherming die de vragenlijst de verzekeringnemer biedt, ontbreekt bovendien als de verzekeringnemer met opzet de verzekeraar misleidt.

Als achteraf blijkt dat de mededelingsplicht is geschonden, kampt de verzekeraar in veel gevallen met het probleem dat hij een bepaald risico heeft verzekerd, terwijl hij dat niet had willen verzekeren of in elk geval niet tegen de voorwaarden waarvoor het risico nu is verzekerd. De wet schrijft daarom sancties voor in geval van schending van de mededelingsplicht (ook wel verzwijging genoemd). De zwaarste sanctie is het direct opzeggen van de verzekering (art. 7:929 lid 2 BW) en het verval van het recht op uitkering (art. 7:930 lid 4 en 5 BW). Beide sancties zijn mogelijk indien:

- de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden (de zogenaamde verzekeringsfraude), of
- de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten.

Een minder vergaande sanctie is een verminderd recht op uitkering (art. 7:930 lid 3 BW). Uitgangspunt hiervoor is dat de verzwegen feiten in causaal verband staan met de beoordeling van het risico, zoals zich dat heeft verwezenlijkt. Indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken:

- een hogere premie zou hebben bedongen, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer zou hebben bedragen,
- een lagere verzekerde som zou hebben gehanteerd, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de verzekerde som minder zou hebben bedragen,
- andere voorwaarden zou hebben gesteld, is er slechts een uitkering voor zover de andere voorwaarden daaraan niet in de weg zouden staan.

<sup>1</sup> Mr. J. Kruijswijk Jansen is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

## Achtergrond rol van de ‘redelijk handelend verzekeraar’

In het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 staat de vraag centraal of en in hoeverre bij de beoordeling of de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekeringsovereenkomst zou zijn aangegaan, acht moet worden geslagen op het acceptatiebeleid van de zogenaamde ‘redelijk handelend verzekeraar’. In andere woorden: gaat het er alleen om wat deze verzekeraar zou hebben gedaan of gaat het er ook – of juist – om wat een redelijk handelend verzekeraar zou hebben gedaan? De achtergrond van deze vraag is gelegen in het *Hotel Wilhelmina*-arrest (HR 19 mei 1978, NJ 1978/607, ECLI:NL:HR:1978:AC6258), waarin onder het oude recht was geoordeeld dat het beroep van de verzekeraar op verval van uitkering slechts kan slagen indien “zij als redelijk handelend verzekeraarster, ware zij bekend geweest met de verkeerdheid van de opgave (...) de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben aangegaan.” Toen het nieuwe – huidige – verzekeringsrecht werd ingevoerd, kwam dit arrest met de daarin gebezigde maatstaf van redelijk handelend verzekeraar ter sprake bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. De toenmalige Minister van Justitie merkte op (Parl. Gesch. Boek 7, Titel 17 BW, p. 27):

“Het arrest *Hotel Wilhelmina* is niet met zoveel woorden in het nieuwe recht neergelegd. In [art. 7:928 lid 1] wordt immers gesproken over feiten waarvan de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen.

Indien evenwel een verzekeraar een acceptatiebeleid hanteert dat afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar, dan is dit bij toepassing van [art. 7:928 lid 1 BW] alleen van betekenis indien de verzekeringnemer zulks wist of behoorde te begrijpen. Is dit laatste niet het geval dan zal ingevolge [art. 7:928 lid 1 BW] buiten de mededelingsplicht vallen hetgeen een verzekeraar, anders dan andere verzekeraars, relevant acht. Langs deze weg wordt een zelfde resultaat bereikt als met het door deze leden genoemde arrest. (...) Wordt aldus een beperking bereikt voor de omvang van de mededelingsplicht, dan werkt dit ook door in [art. 7:930 lid 4 BW], in die zin dat de verzekeraar voor aldus buiten de mededelingsplicht vallende feiten zich ook niet aan uitkering kan onttrekken door te stellen dat hij bij kennis daarvan in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten.”

## Oordeel Hoge Raad

In de casus die aan het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 ten grondslag ligt, sloot een zelfstandig elektromonteur in 2007 een arbeidsongeschiktheidsverzekering af bij Delta Lloyd. Voorafgaande hieraan vulde hij een gezondheidsverklaring in en gaf hij in antwoord op de vraag of hij leed of had geleden aan bepaalde in de vraag opgesomde aandoeningen, ziekten en gebreken, enkel aan een kruisbandoperatie/reconstructie te hebben gehad. Hierop werd een beperkende clausule opgenomen voor de rechter-

knie. Toen later bleek dat de elektromonteur voordat hij de verzekering aanvraag ook meerdere malen was behandeld voor zijn linkerknie, heeft Delta Lloyd alsnog ook een beperkende clausule voor de linkerknie opgenomen. Eind 2009 viel de elektromonteur vervolgens uit vanwege “*zeer ernstige hoofdpijn en zeer ernstige pijn achter de schouderbladen (laag gedeelte)*”. Na onderzoek bleek vervolgens dat de elektromonteur voordat hij de verzekering aanvraag ook had gekampt met: de ziekte ITP in 1976, een gebroken hand in 1977, een eenmalig insult en overspannenheid in 1984, een zenuwomlegging in de linkerarm in 1986 en een nieuwe ingreep aan de linkerarm in 1995 waarbij een zenuw werd vrijgelegd, hoofdpijnklasten tussen 1984 en 1993 en een operatie aan het borstbeen in 1992. Volgens de medisch adviseur van Delta Lloyd zou hij in retrospectief bij kennis hiervan hebben geadviseerd de verzekering niet af te sluiten, omdat er sprake was van aandoeningen die een verhoogd arbeidsongeschiktheidsrisico met zich brachten en bij een zwaar lichamelijk beroep niet door middel van een uitsluiting of verhoging konden worden gecompenseerd. Delta Lloyd heeft zich daarom op schending van de mededelingsplicht beroepen en op grond van art. 7:929 lid 2 BW de verzekeringsovereenkomst opgezegd en op grond van art. 7:930 lid 4 BW terugbetaling gevorderd van de verzekeringsuitkeringen in verband met de uitval in 2009.

De elektromonteur startte hierop een procedure en vorderde uitkering onder de polis vanwege zijn uitval. Zowel de rechtbank als het hof wezen de vordering van de elektromonteur af. In de kern komt de motivering van het hof erop neer dat Delta Lloyd voldoende heeft aangetoond dat zij volgens haar acceptatiebeleid bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten. Het hof achtte niet maatgevend wat een redelijk handelend verzekeraar of een individuele concurrent bereid zou zijn te accepteren.

De elektromonteur heeft tegen dit oordeel met succes cassatieberoep ingesteld. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever blijkens de hierboven geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van art. 7:930 lid 4 BW de maatstaf uit het *Hotel Wilhelmina*-arrest voor ogen gehad. Een beroep op art. 7:930 lid 4 BW zal in beginsel dus alleen kunnen slagen indien de verzekeraar aantoonde dat een *redelijk handelend verzekeraar* bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. De verzekeraar die een acceptatiebeleid voert dat afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar, kan zich daarop alleen beroepen als hij aantoonde dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde. Deze maatstaf geldt niet alleen voor een beroep op art. 7:930 lid 4 BW, maar ook indien de verzekeraar wegens schending van de mededelingsplicht de verzekeringsovereenkomst wil opzeggen (art. 7:929 BW) en wanneer de verzekeraar zich erop beroept dat hij bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering weliswaar wel had gesloten, maar tegen een hogere premie, voor een lagere verzekerde som of tegen andere voorwaarden (art. 7:930 lid 3 BW).

Uit het arrest blijkt dat de ratio achter deze maatstaf is dat voorkomen wordt dat een verzekeringnemer die zijn mededelingsplicht niet nakomt, zonder dat sprake is van opzet om de verzekeraar te misleiden, daarvan de gevolgen ondervindt die een redelijk handelend verzekeraar niet daaraan zou verbinden. Het is alleen aanvaardbaar dat een verzekeringnemer dergelijke gevolgen ondervindt als hij wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde. Dan kon hij immers de relevantie van de niet-medegedeelde feiten binnen dat acceptatiebeleid overzien. Het is in dit laatste geval overigens niet nodig dat de verzekeringnemer óók wist of behoorde te begrijpen dat het acceptatiebeleid van deze verzekeraar afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar. De noodzaak tot die wetenschap volgt niet uit de wet. De verzekeringnemer wordt ook zonder die wetenschap reeds voldoende beschermd.

De vraag is wel hoe de verzekeraar aan zijn bewijslast kan voldoen. De Hoge Raad geeft in zijn arrest reeds een aantal aanwijzingen wanneer en hoe een verzekeraar in een concreet geval kan aantonen dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou zijn aangegaan. Deze aanwijzingen komen er samengevat op neer dat het beleid van andere verzekeraars weliswaar relevant is voor de beoordeling of een redelijk handelend verzekeraar in een concreet geval de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou zijn aangegaan, maar dat dit niet per definitie doorslaggevend is. Het hangt af van hoe het partijdebat zich, mede door de stellingen die de verzekeringnemer inneemt naar aanleiding van het beroep van de verzekeraar op verval van uitkering, ontwikkelt. Daarbij geldt dat in de branche ingesloten gebruiken in het acceptatiebeleid niet per definitie tot de conclusie leiden dat dat beleid dus overeenstemt met het beleid van een redelijk handelend verzekeraar. Zoals Wachter in zijn noot onder het *Hotel Wilhelmina*-arrest reeds schreef (*NJ 1978/607*), zou dat immers impliceren dat ook ingesloten misbruiken of misstanden rechtsgevolg krijgen. De Hoge Raad maakt duidelijk dat de maatstaf van redelijk handelend verzekeraar een normatieve maatstaf is en niet louter wordt ingevuld aan de hand van wat 'men' in de branche pleegt te doen.

In de praktijk wordt wel gebruik gemaakt van een deskundigenonderzoek om vast te stellen wat het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar is. Zo werd in een vergelijkbare kwestie waarin de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht had geschonden bij aanvraag van een arbeidsongeschiktheidsverzekering door het Hof 's-Hertogenbosch een medisch adviseur als deskundige benoemd (Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2018, *ECLI:NL:GHSHE:2018:5101*).

In de tweede plaats maakt de Hoge Raad duidelijk dat het gebruik van de gezondheidsverklaring in deze zaak niet voldoende is als bewijs dat de verzekeringnemer daardoor wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar voerde. Het gaat er niet alleen om dat de verzekeringnemer wist of moest begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar om, en tegen welke voorwaarden, de

verzekeringsovereenkomst aan te gaan, van de in de gezondheidsverklaring gevraagde informatie kon afhangen. Van belang is echter ook dat de verzekeringnemer wist of moest begrijpen welke gevolgen de verzekeraar volgens haar acceptatiebeleid aan deze informatie zou verbinden. Het enkel uitvragen van specifieke feiten zonder dat daarbij duidelijk wordt gemaakt tot welke gevolgen die feiten concreet leiden in het kader van de acceptatiebeslissing, geeft nog geen inzicht aan de verzekeringnemer van het specifieke acceptatiebeleid. Als dit beleid afwijkt van het beleid van een redelijk handelend verzekeraar, kan de verzekeraar dus niet volstaan met verwijzing naar een dergelijke gezondheidsverklaring (tenzij daarin wel de concrete gevolgen zouden staan beschreven). Denkbaar is dat een verzekeraar bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen of andere persoonsverzekeringen (zoals een overlijdensrisicoverzekering of levensverzekering) op zijn aanvraagformulier of in de gezondheidsverklaring verwijst naar een op internet raadpleegbaar acceptatiebeleid. Het is wel de vraag of daarmee het beleid ook voldoende inzichtelijk en dus kenbaar is voor een verzekeringnemer. Het acceptatieproces is bij zulke verzekeringen primair een medische afweging, waarbij de relevantie van de gebeurtenissen in de medische voorgeschiedenis bovendien onderling gewogen dient te worden. Laat het acceptatieproces zich dus wel vatten in een ook voor de niet medisch onderlegde verzekeringnemer te bevatten beleid? Of zou de verzekeraar ermee kunnen volstaan in niet mis te verstane bewoordingen te vermelden dat een verzekeringsovereenkomst alleen wordt aangegaan indien de verzekeringnemer de gezondheidsverklaring juist en volledig invult en dat dus iedere onjuiste opgave er toe leidt dat een verzekeringnemer niet wordt geaccepteerd? Dit laatste zou een erg versimpelde versie van het acceptatiebeleid zijn, waarbij niet zozeer de aard van de niet of onjuist medegedeelde informatie bepalend is voor de vraag of een verzekeringsovereenkomst in retrospectief niet was gesloten, maar het enkele feit dat de verzekeringnemer niet 'eerlijk' is geweest (ook al was dat 'per ongeluk'). Het is de vraag of dit strookt met de ratio achter zowel de wettelijke regeling als het onderhavige arrest waarin de Hoge Raad expliciet overweegt dat voorkomen moet worden dat een verzekeringnemer die zonder opzet handelt de vergaande sanctie van verval van uitkering wordt tegengeworpen bij schending van de mededelingsplicht. Waar het andere informatie dan medische informatie betreft, zoals bijvoorbeeld het strafrechtelijke verleden of schadeverleden van de verzekerde, is het op het eerste gezicht eenvoudiger om inzage te kunnen geven in het acceptatiebeleid. Op het aanvraagformulier of in de vooraf raadpleegbare productinformatie kan een verzekeraar reeds vermelden in welke mate strafrechtelijke veroordelingen of schades tot het niet in dekking nemen zal leiden.

### Conclusie

De mededelingsplicht voorafgaande aan het sluiten van een verzekeringsovereenkomst is geen sinecure, zeker nu deze ook op informatie betreffende medeverzekerden ziet (zoals

dochtervennootschappen of werknemers). Het kan voor de verzekeringnemer vergaande gevolgen hebben als hij niet alle relevante informatie verschaft of zelfs informatie verkeert voorspiegelt. Met het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 is duidelijk geworden dat de verzekeringnemer een zekere bescherming geniet en niet snel voor verrassingen zal komen te staan. Zo kan een verzekeraar zich in geval van schending van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer buiten de situatie van opzet tot misleiding alleen op verval van uitkering beroepen indien hij aantoont dat (a) een redelijk handelend verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou zijn aangegaan, of (b) indien het beleid afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar, dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde. Hoe de verzekeraar hieraan kan voldoen valt mijns inziens nog te bezien en hangt af van het soort informatie dat meeweegt in het acceptatieproces.