

EUR Research Information Portal

Vijftien jaar verzwijging. Steeds bestendiger, maar in de praktijk blijft het een waarderingskwestie

Published in:

De praktijk van 15 (+1) jaar 'nieuw' verzekeringsrecht

Publication status and date:

Published: 22/12/2022

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

van Tiggele-van der Velde, M., & Bartels, L. (2022). Vijftien jaar verzwijging. Steeds bestendiger, maar in de praktijk blijft het een waarderingskwestie. In M. van Tiggele-van der Velde, S. Meijer, & N. Vloemans (Eds.), *De praktijk van 15 (+1) jaar 'nieuw' verzekeringsrecht* (1st ed., pp. 41-58). Wolters Kluwer. <https://shop.wolterskluwer.nl/De-praktijk-van-15-1-jaar-nieuw-verzekeringrecht-sNPBSPNWVR/>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3

3 Vijftien jaar verzwijging

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676262:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

3.1 Inleiding 3.2 De termijn van inroeping van verzwijging 3.3 'De redelijk handelend verzekeraar' anno 2021

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.1

3.1 Inleiding

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676187:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

In een bijdrage over de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, uitgebracht in de bundel *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht* ^[1] besprak een van ons een drietal (deels met elkaar samenhangende) aspecten van de verzwijgingsregeling. Aan de orde waren de termijn van inroeping van verzwijging, (de betekenis van) het deskundigenbericht en de figuur van de redelijk handelend verzekeraar. De bijdrage werd afgerond met de vaststelling dat de exercitie leerde 'dat de ontwikkeling van het leerstuk in het afgelopen decennium niet heeft stilgestaan en vooral ook niet dat we er al zijn'. Er was nieuwsgierigheid naar 'hoe verder'.

Inmiddels zijn we vijf jaar verder en ten dele kunnen we de nieuwsgierigheid naar het 'hoe verder' bevredigen. Op het punt van (een specifiek element van) de termijn van inroeping van verzwijging in de zin van art. 7:929 BW is een verdere stap gezet. Ook is er de nodige ontwikkeling geweest op het punt van (de betekenis van het deskundigenbericht voor) de figuur van de redelijk handelend verzekeraar. Op die aspecten gaat deze bijdrage in.

Voetnoten

[1] N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (Recht & Praktijk nr. VR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, hoofdstuk 3.

3.2 De termijn van inroeping van verzwijging

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676284:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Vanuit de gedachte dat de verzekeraar, die ontdekt dat aan de mededelingsplicht niet is voldaan, de verzekeringnemer niet in onzekerheid mag laten of hij de gevolgen van die niet-nakoming wenst in te roepen, kent art. 7:929 lid 1 BW een termijn waarbinnen hij de verzekeringnemer moet informeren: binnen twee maanden na de ontdekking dient de verzekeraar de verzekeringnemer - onder vermelding van de mogelijke gevolgen - op de niet-nakoming te wijzen.

De niet-nakoming van de mededelingsplicht kan op een tweetal momenten aan het licht komen, te weten tijdens de looptijd van de verzekering of tijdens de schadeafwikkeling die volgt op de verwezenlijking van het risico. Die laatste situatie is het meest voorkomend^[1] en omdat de verzekeraar zich in die situatie direct geconfronteerd ziet met de vraag of hij de rechtsgevolgen die art. 7:930 BW aan deze niet-nakoming verbindt, wil inroepen, is tijdens de totstandkoming van de wettekst nog de vraag aan de orde geweest of voor deze situatie de mededeling van de verzekeraar (zoals bedoeld in art. 7:929 lid 1 BW) achterwege kon blijven. Uiteindelijk^[2] is daar niet voor gekozen. Vanuit de gedachte dat het, ook als het risico zich al heeft voorgedaan, van belang is dat de verzekeringnemer weet welke gevolgen de verzekeraar aan de niet-nakoming van de mededelingsplicht wil verbinden, is door de wetgever bepaald dat de verzekeraar zich ook in dat geval (dus ook als het verzekerd risico zich al heeft voorgedaan) uitsluitend binnen twee maanden na ontdekking van de niet-nakoming daarop zal kunnen beroepen.^[3]

De materie is daarmee helder: de wetgever verlangt van de verzekeraar dat hij de verzekeringnemer tijdig wijst op de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Wat daarmee niet zonder meer helder is, is jegens wie die mededeling dient te worden gedaan in het geval dat de verzekeringnemer vermist of overleden is. De Hoge Raad heeft zich over die vraag, alsook - bij wege van *obiter dictum* in deze uitspraak - over de verdeling van de stelplicht en bewijslast uitgelaten.

3.2.1 Het arrest Kennisgevingsplicht 3.2.2 De termijn: wiens last en risico?

Voetnoten

[1] MvT, [Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3](#), p. 10.

[2] De definitieve keuze van de wetgever (vgl. de volgende noot) wijkt daarmee af van het eerder bij [Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3](#), p. 10 ingenomen standpunt. De verwijzing in de dissertatie van Van Tiggele, N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2008, p. 141, is daarmee achterhaald.

[3] Bij NvW, [Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5](#), is de oorspronkelijke tweede volzin ("De vorige zin geldt niet in geval van de verwezenlijking van het risico voor of binnen twee maanden na de ontdekking.") vervallen. Vgl. ook J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere Overeenkomsten Verzekering 7-IX** 2012, nr. 236 e.v. Wij delen daarmee de kritiek van E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere

arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013', AV&S 2013, nr. 16, die aangeeft dat in de vonnissen Rb. Arnhem 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX5871 en Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2012, ECLI:NL:RBDHA:2012:BW0682 ten onrechte overwogen wordt dat deze termijn alleen speelt als nog geen sprake is van verwezenlijking van het risico. Terecht merkt Wervelman op dat die opvatting de termijn van twee maanden in het leeuwendeel van de zaken tot een dode letter zou maken, nu de mogelijke schending van de mededelingsplicht bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen immers pas in zicht is na melding van de arbeidsongeschiktheid.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.2.1

3.2.1 Het arrest Kennisgevingsplicht

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676314:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Aan de orde is daarmee het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 2021:^[1] verzekeringnemer, een accountant, heeft op 1 april 2005 een overlijdensrisicoverzekering gesloten en met ingang van 6 maart 2006 is hij vermist geraakt. Op 2 mei van datzelfde jaar wordt het faillissement van de praktijkvennootschap van verzekerde uitgesproken. De verzekeraar, Aegon, stelt aan de hand van het haar beschikbaar gestelde faillissementsverslag vast dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de overeenkomst zijn schuldenpositie niet juist heeft weergegeven: waar verzekeringnemer een schuldenpositie van € 600.000 had vermeld, blijkt dat een schuld van € 1.200.000 te zijn. Aegon als verzekeraar beroept zich in 2007, tijdig na de ontdekking, op de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Zij doet die mededeling aan de curator in het faillissement van de praktijkvennootschap.

Wanneer in april 2011 het stoffelijk overschot van de verzekeringnemer in een kanaal gevonden wordt, maken de kinderen als begunstigden onder de polis (de echtgenote en moeder als eerst begunstigde was toen al overleden) aanspraak op uitkering. Aegon weigert uit te keren vanwege de genoemde schending van de mededelingsplicht. De erven op hun beurt nemen het standpunt in dat Aegon aan de kennisgeving als bedoeld in art. 7:929 lid 1 BW niet heeft voldaan en dat zij (dus) de rechtsgevolgen van de schending van de mededelingsplicht niet kan invoeren. Relevant werd daarmee de vraag of Aegon voldaan heeft aan de voorwaarde om de verzekeringnemer te informeren door, zoals zij heeft gedaan, de curator in het faillissement van de praktijkvennootschap van die ontdekking op de hoogte te stellen. De Hoge Raad is duidelijk:

“3.1.4 Gelet op doel en strekking van art. 7:929 BW lid 1 BW (...) kan de verzekeraar de kennisgeving dat aan de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, slechts doen aan de verzekeringnemer zelf, dan wel diens rechtsoptolger(s). De verzekeraar kan zich daarbij houden aan het laatste hem bekende adres van de verzekeringnemer dan wel diens rechtsoptolger(s). Dit volgt uit art. 7:933 lid 1, tweede volzin BW, waar met ‘woonplaats’ adres wordt bedoeld. De desbetreffende schriftelijke verklaring van de verzekeraar heeft haar werking op het moment dat zij op dat adres is afgeleverd (art. 3:37 lid 3 BW), ook indien de verzekeringnemer niet van de inhoud van die verklaring kan kennisnemen, bijvoorbeeld als gevolg van afwezigheid of vermissing.”

De Hoge Raad concludeert daarop dat het oordeel van het hof dat Aegon met haar brief van 1 november 2007

aan de curator niet heeft voldaan aan de kennisgevingsplicht geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat het evenmin onvoldoende is gemotiveerd (eveneens onder r.o. 3.1.4). Als de verzekeraar niet tijdig heeft voldaan aan de kennisgevingsplicht kan hij zich op grond van art. 7:929 lid 1 BW niet meer op zijn rechten ter zake van de niet-nakoming van de mededelingsplicht beroepen. Dit gevolg treedt in, zo voegt de Hoge Raad nog toe, ongeacht het feit of de verzekeringnemer daadwerkelijk nadeel ondervindt van het niet tijdig voldoen aan de kennisgevingsplicht. Al met al een zuivere en daarmee strikte invulling van het in de wet bepaalde en dat is terecht.

Voetnoten

[1] ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 (*Kennisgevingsplicht*).

De praktijk van 15 + 1 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.2.2

3.2.2 De termijn: wiens last en risico?

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676368:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Een termijn dus van twee maanden na ontdekking, waarbinnen de verzekeraar een beroep dient te doen op die niet-nakoming. Over de kwestie op wie het bewijs rust van een eventuele ontdekking en het tijdstip daarvan schreef een van ons in de bundel *Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht* dat het de verzekeraar is die in geval van een geschil moet stellen en zo nodig bewijzen dat hij bij het inroepen van de gevolgen van verzwijging binnen de wettelijke termijn van twee maanden is gebleven.^[1] Die verdeling, zo was (uiteindelijk) de gedachte, sluit beter aan bij het algemeen handvat dat in een geval als het onderhavige, waarin de bevoegdheid of een recht slechts onder bepaalde voorwaarden of omstandigheden kan worden uitgeoefend of verkregen, degene die zich erop beroept bevoegd of gerechtigd te zijn, te dien aanzien de stelplicht en de bewijslast draagt.^[2] Op die manier, zo ging het betoog verder, sluit de materie ook weer aan bij het door de wetgever (ongemotiveerd) ingenomen standpunt.^[3]

Inmiddels heeft de Hoge Raad ook op het punt van de verdeling van de stelplicht en bewijslast richting gegeven en wel in het hiervoor in paragraaf 3.2.1 besproken arrest *Kennisgevingsplicht*. In de betreffende zaak zag een van de cassatiemiddelen op die verdeling. En ondanks dat een oordeel op dit punt niet voor de hand lag omdat het betreffende onderdeel ‘in verband met het falen van de [eerdere] onderdelen [bij gebrek aan belang] niet tot cassatie [kon] leiden’, ziet de Hoge Raad ‘niettemin aanleiding daarover het volgende op te merken’: ^[4]

“3.3.2 De stelplicht en de bewijslast ter zake van de vraag of de verzekeraar aan de kennisgevingsplicht heeft voldaan, rusten op de verzekeraar. Dit volgt uit de hoofdregel van bewijslastverdeling (art. 150 Rv), nu naleving van de kennisgevingsplicht nodig is voor het slagen van een beroep door de verzekeraar op de rechtsgevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 7:929 lid 1 BW ervan is uitgegaan dat stelplicht en bewijslast met betrekking tot de naleving van de kennisgevingsplicht op de verzekeraar rusten.” ^[5]

Voetnoten

[1] Zie N. van Tiggele-van der Velde, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (Recht & Praktijk nr. VR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 3.3.1.

[2] Van Tiggele-van der Velde 2008, t.a.p., p. 7.

[3] Nadere MvA, [Kamerstukken I 2004/05, 19 529, p. 7.](#)

[4] HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 (*Kennisgevingsplicht*), r.o. 3.3.1.

[5] De Hoge Raad verwijst op deze plaats naar *Parl. Gesch. Verzekering*, p. 33.

[6] Zie in die zin eerder N. van Tiggele-van der Velde in haar annotatie bij dit arrest, NJ 2021/187, waarin zij de door de Hoge Raad gehanteerde terminologie looft.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.3

3.3 'De redelijk handelend verzekeraar' anno 2021

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676285:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Wil de verzekeraar een geslaagd beroep kunnen doen op de niet-nakoming van de mededelingsplicht door de aspirant-verzekeringnemer, dan is onder andere vereist dat de feiten die door de aspirant-verzekeringnemer niet of onjuist meegedeeld zijn relevant zijn voor de verzekeraar. De norm daarbij is - in de duiding van het *Hotel Wilhelmina*-arrest - de 'redelijk handelend verzekeraar'. ^[1] Vast moet komen te staan dat de verzekeraar als redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met het niet of onjuist medegedeelde feit de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.^[2] Art. 7:928 lid 1 BW spreekt van 'de beslissing van de verzekeraar', waardoor het lijkt te gaan om het individuele acceptatiebeleid van de verzekeraar. De wetgever heeft deze indruk zelf willen weghalen door vlak voor de invoering van titel 7.17 BW aan te geven dat beoogd is aan te sluiten bij hetgeen is geoordeeld in het *Hotel Wilhelmina*-arrest.

In de praktijk bleek de toepassing op dit punt gevarieerd^[3] en daarom werd er hoopvol naar de Hoge Raad gekeken toen hem een casus werd voorgelegd die tot een oordeel op dit punt uitlokte: het *Maatman*-arrest.^[4] De inhoud van voornoemd arrest en de vraag of, en zo ja, welke handvatten voor de praktijk nu het beste gehanteerd kunnen worden, bespraken wij eerder uitgebreid in een bijdrage in *AV&S*.^[5] Voor nu volstaan we met een korte bespreking van het arrest om daarna te bezien hoe de rechtspraak sinds het bedoelde arrest en sinds onze bespreking daarvan in 2019 omgaat met deze materie.

3.3.1 De Maatman-verzekeraar als redelijk handelend verzekeraar
3.3.2 De (verdere) uitspraken sinds 'Maatman' beschouwd
3.3.3 De conclusie: vooralsnog is er een wisselende benadering

Voetnoten

[1] HR 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6258, NJ 1978/607, m.nt. B. Wachter (*HotelWilhelmina*).

[2] HR 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6258, NJ 1978/607, m.nt. B. Wachter (*HotelWilhelmina*).

[3] Zo kwam het in de praktijk voor dat de rechter zelf oordeelde over de vraag of de redelijk handelend verzekeraar de verzekeringsovereenkomst bij kennis van de ware stand van zaken al dan niet gesloten zou hebben. Ook werd soms de redelijk handelend verzekeraar niet genoemd in een vonnis of werd door de rechter teruggesprepen naar de omschrijving 'niet of niet op dezelfde voorwaarden gesloten'. In sommige gevallen bouwde de rechter een (verdere) redenering op, bijvoorbeeld vanuit een door de verzekeringnemer niet of niet voldoende betwiste gemotiveerde stelling van verzekeraar. Zie N. Van Tiggele-van der Velden, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht* (R&P nr. VR4), 2015/3, p. 52-55.

[4] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, NJ 2020/69, m.nt. S.D. Lindenbergh.

[5] Zie L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.3.1

3.3.1 De Maatman-verzekeraar als redelijk handelend verzekeraar

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676213:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

De feiten in het *Maatman*-arrest zijn als volgt.^[1] De verzekeringnemer, eiser in cassatie, heeft per 12 januari 2007 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij Delta Lloyd.^[2] Voor de aanvraag van deze verzekering heeft de verzekeringnemer een gezondheidsverklaring ingevuld. In deze verklaring heeft de verzekeringnemer uitsluitend zijn knieklachten vermeld en heeft hij de rest van zijn medische geschiedenis achterwege gelaten. Informatie over de ziekte ITP (een bloedstollings- en auto-immuunziekte, NvT/LB) waaraan hij leed, een in het verleden gebroken hand, overspannenheidsklachten, een zenuwomlegging in de linkerarm en een ingreep aan de linkerarm waarbij een zenuw (de nervus ulnaris) werd vrijgelegd, hoofdpijnklachten en een operatie aan het borstbeen, zoals die later naar voren kwam, ontbrak.^[3] De vraag die in cassatie centraal staat, is volgens welke maatstaf moet worden bepaald wat de verzekeraar zou hebben gedaan als hij de volledige informatie had gekregen.^[4]

De Hoge Raad hakt de knoop door, waar hij overweegt dat 'een beroep van de verzekeraar op art. 7:930 lid 4 BW in beginsel alleen [zal] kunnen slagen indien de verzekeraar aantoont dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten'.^[5] Dat kan echter anders zijn, aldus de Hoge Raad, wanneer een verzekeraar een acceptatiebeleid hanteert dat afwijkend is van dat van een redelijk handelend verzekeraar, indien en voor zover dat afwijkend beleid bij de verzekeringnemer bekend is.^[6] Zo op het eerste oog een helder oordeel. Nadere lezing leert echter dat een en ander toch de nodige vragen oproept, waar de Hoge Raad overweegt:

“3.4.8 Opmerking verdient dat bij het beantwoorden van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan, groot gewicht kan toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Niet uitgesloten is evenwel dat het

beleid van een of meer andere verzekeraars op inhoudelijke gronden de toets aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar niet kan doorstaan, zodat daarop geen beroep kan worden gedaan. Evenmin is uitgesloten dat het acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar op inhoudelijke gronden blijkt te voldoen aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar, ook al voeren andere verzekeraars een ander (of geen) beleid ten aanzien van de betrokken feiten en omstandigheden.

Het beredeneerde betoog van een verzekeraar dat een redelijk handelend verzekeraar, bij kennis van de ware stand van zaken, de verzekering niet zou hebben gesloten, kan - afhankelijk van de door de verzekeraar daartoe aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval - tot het oordeel leiden dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in dat geval niet zou zijn aangegaan. Voor dat oordeel is niet steeds noodzakelijk dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Het zal van het verweer van de verzekeringnemer afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken.” [7]

Enerzijds kan het eigen beleid van de betrokken verzekeraar dus voldoen aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar, ook al voeren andere verzekeraars een ander (of geen) beleid ten aanzien van de betrokken feiten en omstandigheden; anderzijds kan groot gewicht toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Dat laatstgenoemde beleid hoeft echter niet per se in de beoordeling te worden betrokken; of dat het geval is, hangt af van het verweer dat de verzekeringnemer voert. Lastige materie, mede omdat de vraag gesteld kan worden of de ‘betrokken verzekeraar’ - zoals hiervoor weergegeven in r.o. 3.4.8 - niet toch wel in de buurt komt van de redelijke individuele verzekeraar, welke indruk - zoals we zojuist zagen - de wetgever juist heeft willen weghalen.

Wij kwamen in ons artikel in AV&S tot de conclusie dat de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2018 onzes inziens wel enige richting heeft gegeven: gekeken dient te worden naar de maatman-verzekeraar en niet naar de individuele verzekeraar. Het eigen beleid van de verzekeraar kan bepalend zijn, maar ook dat van andere verzekeraars. De vraag blijft of dat beleid de toets aan dat van een redelijk handelend verzekeraar kan doorstaan, ongeacht welk beleid tot uitgangspunt wordt genomen.^[8] De reconstructie was, zo merkten wij in onze bijdrage op, nog *under construction*, mede omdat de rechter zelf nog niet heus aan zet was geweest bij het reconstrueren van de acceptatiebeslissing van de verzekeraar. Wij stelden ons daarbij de vraag of de toetsing van het door de verzekeraar ingenomen standpunt aan de redelijkheid uiteindelijk zou leiden tot (voorbeelden van) relevante omstandigheden die (steeds) meespelen bij de beantwoording van de vraag of een redelijk handelend verzekeraar een verzekering al dan niet zou hebben gesloten.^[9]

Het arrest na verwijzing

Op 18 augustus 2020 heeft het Gerechtshof Den Haag (het verwijzingshof) arrest gewezen in vervolg op het *Maatman*-arrest.^[10] Het hof overweegt dat het ‘nog slechts gaat om de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden een redelijk handelend verzekeraar bij de juiste kennis van zaken een arbeidsongeschiktheidsverzekering zou hebben gesloten’.^[11] Door de verzekeraar is ter onderbouwing van het standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar geen arbeidsongeschiktheidsverzekering zou hebben gesloten verwezen naar de reacties die de medisch adviseur van de verzekeraar heeft gekregen van andere medisch adviseurs. Door de medisch adviseur is aan hen gevraagd te reageren op de vraag hoe hun acceptatieadvies zou hebben geluid bij kennis van de volledige medische geschiedenis van de verzekeringnemer.^[12]

Door de verzekeringnemer is aangevoerd dat op basis van de standpunten van de medisch adviseurs moet worden geconcludeerd dat de verzekeraar in de knieklachten geen aanleiding zag de verzekering in het geheel af te wijzen, zodat nog slechts de vraag is of de overige klachten aanleiding waren geweest voor een afwijzing en/of extra clausule. De verzekeringnemer stelt dat dat niet het geval is, waarbij van belang is dat bij een acceptatieprocedure voor iedere afzonderlijke aandoening wordt bekeken of deze leidt tot een verhoogd risico.^[13] De verzekeraar stelt daarentegen dat de kern van de zaak wordt gevormd door de veelvoud van en

variatie in klachten en de onverklaarbaarheid van een deel daarvan, een en ander in combinatie met het beroep van de verzekeringnemer als elektromonteur. Ook is - zo stelt de verzekeraar - sprake van een discrepantie tussen de klachtenpresentatie en het ontbreken van een objectiveerbare verklaring voor de klachten. Hierdoor is, aldus de verzekeraar, het arbeidsongeschiktheidsrisico niet te beoordelen en derhalve onverzekerbaar.^[14]

Het hof komt bij deze feiten en omstandigheden tot het volgende oordeel:

“2.16 Het hof is van oordeel dat [de verzekeraar] haar standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen arbeidsongeschiktheidsverzekering met [appellant] zou hebben afgesloten, aldus voldoende heeft gemotiveerd en onderbouwd. *Het mag zo zijn dat een medisch adviseur doorgaans iedere aandoening (eerst) afzonderlijk bekijkt. Dit neemt echter niet weg dat de omstandigheid dat er in het verleden sprake is geweest van meerdere klachten, waarvan sommige (een klachtenpatroon met hoofdpijn, braken, overgevoeligheid voor licht en geluid, geheugenverlies en bewustzijnsverlies) vaag, zonder duidelijk medisch substraat - zal kunnen en mogen meewegen bij de beslissing de verzekering (reeds op basis van de knieklachten) af te wijzen in plaats van deze geclausuleerd te accepteren* [cursivering NvT/LB]. Dat dit in het onderhavige geval tot afwijzing van de verzekering zou hebben geleid, heeft [de verzekeraar] met de door haar overgelegde verklaringen van de verschillende medisch adviseurs voldoende aangetoond. Weliswaar kan aan [appellant] worden toegegeven dat de vraagstelling door Lok (als medisch adviseur van de verzekeraar, NvT/LB) enigszins gekleurd (en ten aanzien van de elleboogzenuw mogelijk zelfs onjuist, omdat de zenuw slechts is blootgelegd) was en niet was voorzien van de onderliggende stukken, maar dat doet aan het vorenstaande principe niet af. Dat enkel de vorenbedoelde knieklachten voor een redelijk handelend verzekeraar al voldoende reden konden zijn om de verzekering af te wijzen en dat bij [appellant] daarnaast sprake was van andere (deels) onbegrepen klachten, staat in deze procedure immers vast. [appellant] heeft zijn kanttekeningen bij de stelling van [de verzekeraar] dat de medische consumptie en de klachtenfrequentie belangrijke indicatoren zijn voor de wijze waarop iemand met zijn klachten en lichaam omgaat (en daarmee voor de acceptatievraag) onvoldoende onderbouwd. De omstandigheid dat een andere verzekeraar (Aegon) mogelijk wel bereid zou zijn geweest een (geclausuleerde) verzekering met [appellant] aan te gaan, staat aan dit oordeel niet in de weg.”^[15]

Naar het oordeel van het hof heeft de verzekeraar het standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen arbeidsongeschiktheidsverzekering zou hebben gesloten voldoende gemotiveerd en onderbouwd. Het hof gaat daarbij - zie de cursieve passage - mee in de stelling van de verzekeringnemer dat het mogelijk is dat een medisch adviseur doorgaans iedere aandoening (eerst) afzonderlijk bekijkt, maar dat dat niet wegneemt, aldus het hof, dat de omstandigheid dat sprake is van meerdere klachten (waarvan sommige vaag) mee zal kunnen en mogen wegen bij de acceptatiebeslissing.

Een voorzichtige conclusie kan zijn dat de omstandigheid dat sprake is van meerdere klachten - waarbij de vraag is of in dat geval ook sprake moet zijn van vage klachten - een relevante omstandigheid kan zijn die meespeelt bij de vraag of een redelijk handelend verzekeraar een verzekering al dan niet zou hebben gesloten. Wat ons verder opvalt, is dat het hof als uitgangspunt voor de te reconstrueren acceptatiebeslissing neemt de acceptatieadviezen van de medisch adviseurs. Het valt ons op, omdat bestudering van andere uitspraken leert dat het overleggen van een acceptatieadvies niet altijd voldoende is om aan te tonen dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten. Een acceptatieadvies is immers, zo overwoog nota bene hetzelfde hof eerder, nog geen acceptatiebeslissing.^[16]

Inmiddels is het drie jaar na het *Maatman*-arrest. Hoe het verwijzingshof tegen de materie aankijkt, is zojuist aan de orde gekomen. Interessant is om te bezien hoe in andere zaken door de rechter met het oordeel van de Hoge Raad wordt omgegaan. Hoe beantwoordt de rechter onder het huidige recht de vraag wat de redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken gedaan zou hebben?

Voetnoten

- [1] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.1.2.
- [2] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.1.2.
- [3] Concl. A-G Wissink, randnummers 1.1-2.2, bij HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, *NJ* 2020/69, m.nt. S.D. Lindenbergh.
- [4] Concl. A-G Wissink, randnummer 2.2, bij HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, *NJ* 2020/69, m.nt. S.D. Lindenbergh.
- [5] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.4.6.
- [6] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.4.6.
- [7] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.4.8.
- [8] L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6.
- [9] L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6, p. 204.
- [10] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404.
- [11] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404, r.o. 2.1.
- [12] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404, r.o. 2.2.
- [13] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404, r.o. 2.12-2.13.
- [14] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404, r.o. 2.14.
- [15] ECLI:NL:GHDHA:2020:1404.
- [16] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956. Zie over deze uitspraak hierna onder het subkopje 'Belang van tijdige bewijslevering'.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.3.2

3.3.2 De (verdere) uitspraken sinds 'Maatman' beschouwd

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676264:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Bestudering van recente uitspraken leert dat de redelijk handelend verzekeraar in bijna alle gevallen zijn plek heeft gevonden en onderdeel vormt van de discussie. Of deze figuur nu wordt ingevuld mede aan de hand van

het eigen beleid van de betrokken verzekeraar (dat in dat geval dan blijkt te voldoen aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar) of aan de hand van de vraag wat het beleid van andere verzekeraars is, de redelijk handelend verzekeraar maakt onderdeel uit van de rechtsoverwegingen. En toch is het nog steeds^[1] zo (om die reden spreken wij over 'bijna' in de aanloop van deze alinea) dat de redelijk handelend verzekeraar in sommige gevallen (ook na het *Maatman*-arrest) niet wordt genoemd; getoetst wordt dan bijvoorbeeld aan het eigen acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar, zonder dat bekeken wordt of dat beleid voldoet aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar:

“4.13. Ook overigens staat als niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken vast dat De Goudse bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. De Goudse heeft gemotiveerd gesteld dat zij conform haar acceptatiebeleid de verzekering voor het pand, dat de bestemming van partycentrum had, niet zou hebben gesloten indien zij had geweten dat de elektrische installatie niet voldeed. Op grond van artikel 7:930 lid 4 BW is in dat geval (eveneens) geen uitkering verschuldigd.”^[2]

Een toepassing die onzes inziens onjuist is, omdat de redelijk handelend verzekeraar onderdeel is van de toets aan het relevantievereiste en om die reden steeds (actief)^[3] betrokken dient te worden in de discussie.^[4]

De redelijk handelend verzekeraar: toetsing aan acceptatiebeleid én aan de redelijkheid

Een fraai voorbeeld, waarin de rechter wel uitgebreid ingaat op de vraag of een redelijk handelend verzekeraar een verzekering al dan niet zou hebben gesloten, is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 19 mei 2021.^[5] In de aan de rechter voorgelegde zaak heeft Allianz als verzekeraar ter onderbouwing van het (subsidiar ingenomen) standpunt dat ook een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten, naar voren gebracht dat aan twee medisch adviseurs is gevraagd naar hun acceptatieadvies (beide adviseurs hebben de vraag of zij tot acceptatie zouden hebben geaccepteerd ontkennend beantwoord); dat aan de uitlatingen van de adviseurs een bredere betekenis toekomt dan louter voor deze specifieke zaak, omdat beide medisch adviseurs ook voor andere levensverzekeraars werken en uit hun uitlatingen blijkt dat zij ook het beleid van herverzekeraars hebben betrokken; dat uit de uitlatingen volgt waarom zij negatief zouden hebben geadviseerd en dat een redelijk handelend verzekeraar deze adviezen zou hebben overgenomen en dus geen verzekering zou hebben afgesloten, mede ook omdat die verzekeraar het risico vervolgens niet zou hebben kunnen herverzekeren.

De rechtbank komt daarop tot de volgende conclusie:

“2.6. De rechtbank constateert dat [eiseres] dit betoog niet concreet weerspreekt. [eiseres] stelt dat erflater niet wist welk acceptatiebeleid Allianz voerde. Daar gaat het hier echter niet om. Het gaat om de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan. Kennis van het specifieke acceptatiebeleid van Allianz zou alleen van belang zijn als dit in voor erflater negatieve zin zou afwijken van hetgeen een redelijk handelend verzekeraar zou hebben gedaan. In dat geval zou Allianz hier namelijk geen beroep op mogen doen als erflater bij het aangaan van de verzekering niet wist of behoorde te begrijpen dat Allianz dat acceptatiebeleid hanteerde. Ook is niet (meer) van belang het standpunt van [eiseres] dat erflater niet behoefde te begrijpen dat zijn eerdere klachten relevant zouden zijn voor de acceptatie. Dat punt is al in het tussenvonnissen afgedaan met de beslissing dat erflater zijn mededelingsplicht heeft geschonden. Ten slotte heeft [eiseres] erop gewezen dat de meeste van de door de Toetsingscommissie genoemde risicofactoren (verhoogde bloeddruk, verhoogd cholesterol, overgewicht) in werkelijkheid niet aan de orde waren. Alleen van roken was nog sprake. Ook dit doet aan de stellingen van Allianz niet af. Uit de uitlatingen van de medisch adviseurs (met name de nadere toelichting, overgelegd bij akte na tussenvonnissen) moet worden afgeleid dat het vooral de recente aan de hersenen gerelateerde klachten zouden zijn geweest die tot afwijzing zouden

hebben geleid. Die stelling heeft [eiseres] niet betwist. Zij heeft bij wijze van betwisting ook geen feiten gesteld die kunnen leiden tot de conclusie dat aan de opvatting van de door Allianz aangehaalde medisch adviseurs geen betekenis toekomt voor wat betreft de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar in gelijke omstandigheden zou hebben gedaan en/of dat, anders dan die medisch adviseurs aanvoeren, een eerdere hersenbloeding niet leidt tot een hoger overlijdensrisico.

2.7. De aldus niet voldoende betwiste stellingen van Allianz bieden naar het oordeel van de rechtbank een voldoende onderbouwing voor het standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou zijn aangegaan. De stellingen wijzen er immers op dat ook andere verzekeraars en herverzekeraars deze opvatting huldigen. *Gelet op het grotere overlijdensrisico na een eerdere recente hersenbloeding, kan niet worden gezegd dat een dergelijk acceptatiebeleid een redelijk handelend verzekeraar niet past.* [cursivering NvT/LB] [6]

Uit de geciteerde overwegingen blijkt dat de rechtbank in dit geval het acceptatiebeleid van andere verzekeraars betreft in de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan. De vraag wordt gesteld in hoeverre het verweer van (de erfgenaam van) de verzekeringnemer (zoals dat door de Hoge Raad in het *Maatman*-arrest werd opgemerkt, zie de eerder in deze bijdrage geciteerde r.o. 3.4.8) daartoe aanleiding heeft gegeven; door de erfgenaam zijn bijvoorbeeld geen stukken ingebracht waaruit het - andere (of geen) - beleid van andere verzekeraars blijkt ten aanzien van het verzwegen feit.^[7] De laatste door ons gecursiveerde volzin van r.o. 2.7 geeft een fraaie weergave van de 'tweede toets': de toets aan de redelijkheid door de rechter (vanuit de gedachte dat wat gangbaar is, niet per se ook redelijk is).^[8] Het is de toets die volgt op de toetsing van het gedrag van de verzekeraar aan het eigen beleid, wanneer daarvoor ruimte bestaat,^[9] maar ook - afhankelijk van het verweer van de verzekeringnemer^[10] - aan het beleid van andere verzekeraars.^[11] Deze 'eerste toets' kan ook (mede) inhouden dat de rechter inventariseert wat gangbaar is in de verzekeringsbranche, al dan niet met behulp van de inschakeling van een deskundige of bijvoorbeeld aan de hand van de bij partijen verkregen informatie over de desbetreffende (verzekerings)periode.^[12]

Belang van (tijdige) bewijslevering

Bestudering van uitspraken leert verder dat een verzekeraar gehouden is om te stellen (en zo nodig: te bewijzen) dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in het onderhavige geval niet zou hebben gesloten. Een voorbeeld van de mogelijke bewijsrechtelijke gevolgen van de niet-tijdige bewijslevering is te vinden in een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 11 december 2018.^[13] De vraag in die zaak was of de verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken (derhalve met de door de verzekeringnemer verzwegen heupklachten bij het aangaan van de verzekering) de verzekering al dan niet zou hebben gesloten.^[14]

Het hof overweegt dat 'voor zover Reaal zich op het standpunt stelt dat de vraag of zij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten moet worden beantwoord aan de hand van het eigen beleid van Reaal, dit standpunt [faalt]'.^[15] Ook overweegt het hof dat het onjuist is dat de bewijslast op de verzekeringnemer rust; de bewijslast dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in het onderhavige geval niet zou hebben gesloten, rust derhalve op de verzekeraar.^[16] Het hof komt tot de volgende conclusie:

"3.11. Reaal heeft ter onderbouwing van haar stellingen berichten overgelegd van drie medisch adviseurs aan wie zij de casus van [appellant] heeft voorgelegd. De adviseurs komen elk tot de conclusie dat zij de verzekeraar zouden hebben geadviseerd geen verzekering te sluiten. De berichten betreffen echter medische acceptatieadviezen, geen acceptatie*beslissingen*, althans dat stelt Reaal niet, hetgeen wel verwacht had mogen worden als dit het geval was geweest, mede omdat [appellant] nadrukkelijk wijst op het onderscheid tussen de verzekeringstechnische en de medische beoordeling en ook Reaal zelf dat onderscheid maakt. De overgelegde berichten

rechtvaardigen dan ook niet, althans niet zonder meer, de conclusie dat Reaal afwijzend zou hebben beslist. Voor zover Reaal bedoelt dat het acceptatiebeleid van Reaal er (in dit geval) uit bestaat dat zij te allen tijde het advies van de medisch adviseur opvolgt, stelt het hof vast dat die stelling niet is toegelicht of onderbouwd. Specifieke informatie over haar eigen acceptatiebeleid heeft Reaal niet overgelegd, bijvoorbeeld door een op schrift gesteld acceptatiebeleid uit de van belang zijnde periode en/of verklaringen van acceptatiemedewerkers van Reaal. Echter, zelfs als dit wel het acceptatiebeleid van Reaal was geweest, dan volgt daaruit niet dat een redelijk handelend verzekeraar ook op deze manier had gehandeld.” [17]

De door de verzekeraar overgelegde acceptatieadviezen rechtvaardigen dus, aldus het hof, niet zonder meer de conclusie dat de verzekeraar afwijzend zou hebben beslist. Daarbij komt dat - wanneer het volgen van het acceptatieadvies het acceptatiebeleid van Reaal was geweest - dit niet betekent dat een redelijk handelend verzekeraar ook op deze manier had gehandeld. Kortom, van de verzekeraar had in dit geval meer mogen worden verwacht bij de onderbouwing van het door hem ingenomen standpunt.

Mooi is dat het hof inzichtelijk maakt hoe aan de overweging van de Hoge Raad dat het ‘van het verweer van de verzekeringnemer [zal] afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken’ in de praktijk invulling kan worden gegeven. Verzekeringnemer heeft in dit geval namelijk stukken van andere verzekeraars ingebracht, waaruit blijkt dat andere verzekeraars wel verzekeringen sluiten met twee ‘grotere’ clausules. [18] Dit had voor Reaal aanleiding moeten zijn om het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in haar standpunt te betrekken, aldus het hof:

“3.13. Reaal heeft over dat punt gesteld dat de beslissing is terug te voeren tot de Handleiding Medische Acceptatie bij arbeidsongeschiktheids- en ongevallenverzekering van de Geneeskundige Adviseurs Verzekeringszaken (hierna: de GAV). Reaal heeft deze Handeling niet in het geding gebracht. Op grond van de stellingen van partijen en de overgelegde medische berichten gaat het hof er van uit dat in de GAV wordt bepaald dat een advies tot afwijzing *overwogen* moet worden als sprake is van twee of meer ‘grotere’ clausules. Reaal heeft niet betwist dat, zoals [appellant] heeft gesteld, de GAV geen richtsnoeren bevat die duidelijkheid bieden bij de keuze tussen het opnemen van twee uitsluitingsclausules en een afwijzing. Reaal heeft onvoldoende toegelicht op grond waarvan een redelijk handelend verzekeraar er in dit geval voor zou kiezen om geen overeenkomst te sluiten. Dat volgt in elk geval niet zonder meer uit de bijzonderheden van de casus, waar Reaal op wijst, zoals [appellant] leeftijd, en het feit dat hij werkzaam was in de zwaarste beroepsklasse. [appellant] heeft immers stukken in het geding gebracht waaruit blijkt dat andere verzekeraars wel verzekeringen sluiten met twee ‘grotere’ clausules, ook bij zware beroepen. Gelet op deze stukken had van Reaal mogen worden verwacht dat zij (gedocumenteerd) was ingegaan op zowel haar eigen acceptatiebeleid als ook op het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Dit is niet gebeurd; Reaal heeft enkel stellingen betrokken over de uit die stukken blijkende casuïstiek, die zij heeft vergeleken met de casus van [appellant], en over de verschillen tussen de aanvraag bij Reaal en de aanvragen bij de andere verzekeraars. Daaruit volgt echter niet dat een redelijk handelend verzekeraar in de omstandigheden van het onderhavige geval geen verzekering zou zijn aangegaan bij kennis van de ware stand zaken.” [19]

Een overweging die, als gezegd, invulling geeft aan een van de vingerwijzingen van de Hoge Raad in het *Maatman*-arrest, maar die bij ons ook wel de vraag oproept hoe een en ander zich verhoudt tot de vingerwijzing die de Hoge Raad ook gaf, namelijk dat het enkele feit dat een andere verzekeraar de onderhavige verzekering wel zou hebben gesloten niet af hoeft te doen aan het oordeel dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekeringsovereenkomst zou zijn aangegaan. Ook dat argument wordt in de jurisprudentie door de rechter wel gebruikt.[20] De keuze is onzes inziens met name afhankelijk van de vraag hoe partijen over en weer hun standpunten hebben onderbouwd. In het onderhavige geval heeft de verzekeringnemer stukken ingebracht van andere verzekeraars die wel zouden accepteren. In zo een geval achten wij het voorstelbaar dat de verzekeraar het door hem ingenomen standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar de overeenkomst niet zou zijn aangegaan nader zou

onderbouwen, waarbij ook wordt ingegaan op het eigen acceptatiebeleid en op het acceptatiebeleid van andere verzekeraars.

Het hof komt tot de slotsom dat door verzekeraar onvoldoende is onderbouwd dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. Wel kan naar het oordeel van het hof worden aangenomen dat Reaal een clausule voor de heupen zou hebben opgenomen.^[21] Het belang van tijdige bewijslevering door partijen volgt uit de volgende overweging van het hof:

“3.16. Het hof passeert het bewijsaanbod van Reaal. Zonder toelichting die niet is gegeven, valt in het licht van het bovenstaande niet in te zien dat het horen van de door Reaal genoemde getuigen - medisch adviseurs en personen die de claim van [appellant] hebben beoordeeld - tot een andere beslissing kan leiden. Het hof leest in de stellingen van Reaal geen bewijsaanbod met betrekking tot het acceptatiebeleid van Reaal en/of een redelijk handelend verzekeraar. Voor zover Reaal - onder verwijzing naar het door haar in eerste aanleg gedane bewijsaanbod - aanbiedt om nog stukken in het geding te brengen, geldt dat Reaal voldoende in de gelegenheid is geweest om relevante stukken in te brengen.”^[22]

Een overweging die laat zien dat het wezenlijk is om - zodra de redelijk handelend verzekeraar om de hoek komt kijken - tijdig een en ander in te brengen in de procedure. Voor komt ook de situatie waarin de rechter de verzekeraar nog wel in de gelegenheid stelt om bewijs te leveren dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten.^[23] De verzekeraar kan de regie evenwel beter in eigen hand houden door tijdig bewijs aan te bieden.

De geïnformeerde rechter

In het verleden werd regelmatig gewerkt met een door de rechter te benoemen deskundige, die zich uitliet over de vraag of een redelijk handelend verzekeraar de overeenkomst bij bekendheid met de ware stand van zaken zou hebben gesloten of niet.^[24] In een eerdere bijdrage over de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst gaf een van ons al aan dat wat dit punt betreft een ontwikkeling gaande is: niet langer kiest de rechter er in alle gevallen voor om een deskundigenrapport uit te laten brengen, maar steeds vaker kiest de rechter ervoor om de reconstructie van de acceptatiebeslissing zelf af te doen.^[25] Daarvoor heeft de rechter wel informatie nodig. In een zaak die aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd voorgelegd - waarin aan de orde was de vraag of de verzekeringnemer in het aanvraagformulier voor een opstalverzekering de vraag naar het strafrechtelijk verleden onjuist heeft beantwoord - komt de rechter bijvoorbeeld tot het (tussen)oordeel dat hij geïnformeerd wenst te worden:

“3.10 (...) ASR heeft de mogelijkheid geopperd dat een deskundige (uit de wetenschap) hiernaar onderzoek doet en hierover rapporteert. Deze mogelijkheid is ter zitting in hoger beroep met partijen en hun advocaten besproken. Het hof zal hiertoe niet overgaan. Het hof heeft tevens een aantal andere aspecten besproken die van belang zijn voor de beoordeling of ASR als redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken [appellant] had geaccepteerd als verzekerde (al dan niet onder bepaalde voorwaarden), zoals de omvang en ernst van de strafbare feiten waarvoor [appellant] is veroordeeld en het toentertijd (in 1998) gehanteerde acceptatiebeleid van (de rechtsvoorganger van) ASR en mogelijk ook dat van andere verzekeraars. Zowel [appellant] als ASR konden ter zitting in hoger beroep hierover geen duidelijkheid verschaffen; stukken hierover ontbreken in het procesdossier. Het hof wenst hierover echter deugdelijk voorgelicht en geïnformeerd te worden. Dat betekent dat het hof [appellant] opdraagt (ex artikel 22 Rv) om de strafrechtelijke veroordelingen van 22 april 1998 (vonnis rechtbank) en van 5 december 2000 (arrest hof) over te leggen en eveneens alle bescheiden betreffende de verzekeringsovereenkomst met Centraal Beheer (zoals het aanvraagformulier en de polis). Aan ASR draagt het hof op (ex artikel 22

Rv) om feitelijke gegevens te verstrekken over het acceptatiebeleid in 1998 van (de rechtsvoorganger van) ASR en van andere verzekeraars. Partijen dienen hun over te leggen stukken aan elkaar te sturen, zodat zij in hun eigen akten hierop kunnen reageren. Het hof biedt partijen ook de mogelijkheid om, mede naar aanleiding van de toegezonden stukken, zich bij diezelfde akte uit te laten over de vraag of ASR bij kennis van de ware stand van zaken als redelijk handelend verzekeraar [appellant] als verzekerde in november 1998 had geaccepteerd.” [26]

Bij eindarrest concludeert het hof dat er - hoewel dat wel aan verzekeraar was opgedragen - geen protocollen of andere schriftelijke stukken zijn overgelegd betreffende het acceptatiebeleid van verzekeraars in 1998. Wel heeft de verzekeraar andere stukken overgelegd, waarmee de verzekeraar naar het oordeel van het hof genoegzaam heeft aangetoond en onderbouwd dat zij bij kennis van de ware stand van zaken betreffende de strafrechtelijke veroordeling als redelijk handelend verzekeraar de verzekeringsovereenkomst met de verzekeringnemer niet zou hebben gesloten.^[27] Een eigen afdoening dus, na een (door de rechter gevraagde) informatievoorziening.

Het komt ook voor dat de rechter er wel voor kiest om een deskundige te benoemen om de vraag te beantwoorden of een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken bepaalde risico's zou hebben uitgesloten en, zo ja, tot de conclusie zou zijn gekomen dat in het geheel geen verzekeringsovereenkomst kon worden aangegaan.^[28] Zo kwam het Gerechtshof Amsterdam op deze wijze tot de volgende beslissing:

“3.26. Naar het oordeel van het hof is dit rapport op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en consistent en begrijpelijk geformuleerd. [appellant] heeft zijn bezwaren tegen dit rapport onvoldoende gemotiveerd. (...) Het hof neemt de conclusie van Van Duinkerken (de door de rechtbank benoemde deskundige, NvT/LB) daarom over en maakt deze tot de zijne.

3.27. Naar het oordeel van het hof volgt uit voornoemde rapportage dat, mede gelet op de handleiding acceptatierichtlijnen arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, een redelijk handelend medisch adviseur tot 3 à 4 uitsluitingen zou hebben geconcludeerd en op grond daarvan zou hebben geadviseerd om geen verzekering af te sluiten. Het is ook zijn ervaring dat verzekeraars dit advies in de regel volgen. Weliswaar heeft [appellant] gesteld dat bij de acceptatiebeslissing door de verzekeraar ook commerciële motieven een rol kunnen spelen, maar door [appellant] is niet gemotiveerd weersproken dat, zoals door Delta Lloyd gesteld, een redelijk handelend verzekeraar het advies van de medisch adviseur zou hebben gevolgd, omdat het aanbieden van een verzekering met zo veel uitsluitingen strijdig zou zijn met de zorgplicht. Evenmin is gemotiveerd weersproken dat Delta Lloyd in het voorliggende geval het advies van haar medisch adviseur zou hebben gevolgd.

3.28. Het voorgaande leidt het hof tot de slotsom dat moet worden aangenomen dat Delta Lloyd, als redelijk handelend verzekeraar, bij kennis van de ware stand van zaken in 2004 geen verzekering met [appellant] zou hebben gesloten. Haar komt dan ook een beroep op artikel 7:930 lid 4 BW toe. Tevens was zij bevoegd op grond van artikel 7:929 lid 2 BW de overeenkomst op te zeggen. De vorderingen van [appellant] kunnen daarom niet worden toegewezen.” [29]

Nu het benoemen van een deskundige, die zich uitlaat over de vraag of een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de overeenkomst wel of niet zou hebben gesloten, tijdrovend en kostbaar is, is de bovengenoemde ontwikkeling - waarbij de rechter zich laat informeren door partijen zelf - bepaald interessant te noemen, omdat ook op die manier zowel de opvattingen binnen de verzekeringsbranche als de redelijkheid en billijkheid (bij de toetsing door de rechter) aan bod komen.

Voetnoten

[1] Van Tiggele-van der Velde stipte dat ook aan in N. Van Tiggele-van der Velden, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR4)*, 2015/3,

[2] Rb. Rotterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:11195.

[3] Zie in die zin ook het (hierna in de hoofdtekst te bespreken) vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 19 mei 2021, r.o. 2.4.

[4] Vgl. Van Tiggele-van der Velde, t.a.p., p. 53.

[5] ECLI:NL:RBROT:2021:4478.

[6] Rb. Rotterdam 19 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4478, r.o. 2.6-2.7. Zie in dit kader ook Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5240, waarin de rechter ervoor kiest om de reconstructie van de acceptatiebeslissing zelf af te doen aan de hand van door partijen aangeleverde informatie. Deze uitspraak komt later in deze bijdrage uitgebreider aan de orde. Zie ook L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6, p. 202-203.

[7] Vgl. Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, waarin door appellant stukken van andere verzekeraars zijn ingebracht; dit brengt het hof tot het oordeel dat van Reaal had mogen worden verwacht dat zij was ingegaan op het eigen acceptatiebeleid en het acceptatiebeleid van andere verzekeraars.

[8] Zie ook L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6.

[9] Het eigen beleid mag niet maatgevend zijn als dat niet-kenbaar 'afwijkend beleid' is: HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.4.6-3.4.7.

[10] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, r.o. 3.4.8.

[11] Zie ook L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6, p. 199.

[12] Zie bijv. Hof Amsterdam 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3065, *JA* 2019/09, waarin het hof een deskundige benoemt om zich uit te laten over de vraag of een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de overeenkomst wel of niet zou hebben gesloten. Zie anders Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5240, waarin de rechter ervoor kiest om de reconstructie van de acceptatiebeslissing zelf af te doen aan de hand van de door partijen aangeleverde informatie.

[13] ECLI:NL:GHDHA:2018:3956.

[14] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 2.1-2.2.

[15] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.9.

[16] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.9.

[17] ECLI:NL:GHDHA:2018:3956.

[18] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.13, neemt dit over, maar niet wordt aangegeven wat 'grotere clausules' zijn. De tekst is afkomstig uit de Handleiding Medische Acceptatie van de GAV (zie verderop in de hoofdtekst, r.o. 3.13). Wervelman in zijn noot bij het arrest ECLI:NL:GHAMS:2019:3065 in *JA* 2019/09 acht (een advies tot) afwijzing 'logisch: van dekking blijft dan feitelijk weinig tot niets over'.

[19] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.13.

[20] Zie in dit kader bijv. Hof Den Haag 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1404. Zie over dit arrest

eerder onder het subkopje 'Het arrest na verwijzing'. Een oordeel dat - zo blijkt uit r.o. 3.4.8 van HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841 - ook de Hoge Raad voorstaat. Illustratief is ook Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1045, waarin het hof in r.o. 4.7 overweegt: "[Verzekeraar] heeft dan ook voldoende aangetoond dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken betreffende de rijontzegging in verband met de EMG, de verzekering met [Appellant] niet zou zijn aangegaan. Dat één of meer andere verzekeraars mogelijk een ander acceptatiebeleid voeren, zoals [Appellant] stelt, doet hier niet aan af. Maatgevend is immers niet of er verzekeraars te vinden zijn die onder de gegeven omstandigheden wel de verzekering zouden hebben gesloten met [Appellant], bepalend is het antwoord op de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan. Het hof acht het acceptatiebeleid van ABN AMRO te voldoen aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar, ook al zijn er andere verzekeraars die mogelijk een ander beleid voeren. (...)"

[21] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.14.

[22] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956, r.o. 3.16.

[23] Vgl. Rb. Amsterdam 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9035; vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11004, waarbij het hof aangeeft dat verzekeraar deze gelegenheid krijgt, omdat het hof uitgaat van andere feiten dan destijds de kantonrechter en omdat hangende de procedure het *Maatman*-arrest door de Hoge Raad is geweest (r.o. 2.26). Vergelijkbaar Rb. Overijssel 23 juni 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3012, r.o. 4.16: ABN AMRO heeft gesteld dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten, althans onder andere voorwaarden. Nu ABN AMRO op dit punt aan haar stelplicht heeft voldaan en een bewijsaanbod heeft gedaan, stelt de rechtbank haar in de gelegenheid bewijs te leveren op dit punt. Het komt ook voor dat de rechter bij de stelling van de verzekeraar dat hij de verzekering niet zou zijn aangegaan bij kennis van de ware stand van zaken, partijen alsnog in de gelegenheid stelt zich hierover bij akte uit te laten: vgl. Rb. Rotterdam 3 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:911.

[24] L. Bartels & N. van Tiggele-van der Velde, 'Een maatman op maat? Over de rol en positie van de redelijk handelend verzekeraar sinds het Maatman-arrest', *AV&S* 2019/39, afl. 6.

[25] N. Van Tiggele-van der Velden, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR4)*, 2015/3, p. 52-55.

[26] Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5240, r.o. 3.10.

[27] Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10660, r.o. 2.6.

[28] Vgl. Hof Amsterdam 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3065, JA 2019/09.

[29] Hof Amsterdam 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3065, r.o. 3.26-3.28.

De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (R&P nr. VR9) 2022/3.3.3

3.3.3 De conclusie: vooralsnog is er een wisselende benadering

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels, datum 20-06-2022

Datum	20-06-2022
Auteur	Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels
JCDI	JCDI:ADS676188:1
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht (V)

Bestudering van de jurisprudentie leert dat het aan partijen in de procedure is om (tijdig) voldoende naar voren te brengen, zodat de rechter zich - goed geïnformeerd - kan buigen over de vraag wat de redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken gedaan zou hebben. Op de vraag of ter onderbouwing van het standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar - in het geval van een arbeidsongeschiktheidsverzekering - de onderhavige verzekering niet zou hebben gesloten het overleggen van adviezen van medisch adviseurs bijvoorbeeld voldoende is, volgt geen eenduidig antwoord.

Niet altijd wordt duidelijk in hoeverre het verweer van de verzekeringnemer aanleiding geeft tot het betrekken van het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling. Soms wordt door de verzekeringnemer het standpunt ingenomen dat een bepaalde verzekeraar hem wél zou hebben verzekerd, waarbij bijvoorbeeld een brief van een andere verzekeraar in het geding wordt gebracht. In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling wordt betrokken. Het komt ook voor dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling wordt betrokken, hoewel daar zo op het eerste oog - uitgaande van het verweer van de verzekeringnemer - geen aanleiding voor lijkt te zijn.

Een en ander leidt tot de vraag of dit nu de toepassing van de norm van de redelijk handelend verzekeraar is die de Hoge Raad voor ogen had bij het wijzen van het *Maatman*-arrest. Duidelijk was in ieder geval dat gekeken moest worden wat de redelijk handelend verzekeraar - als maatfiguur - zou doen. Het gaat derhalve niet om de vraag of een verzekeraar redelijk handelt door te handelen zoals hij doet. Het is lastig vast te stellen of de rechter dit onderscheid ook daadwerkelijk maakt. Wel blijkt dat door de rechter na het betrekken van het acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar en (soms, niet altijd) dat van (een) andere verzekeraar(s) in de beoordeling in de meeste gevallen nog wordt getoetst aan de redelijkheid.

In een eerdere bijdrage stelden we de vraag of het mogelijk is om tot (voorbeelden van) relevante omstandigheden te komen die meespelen bij de beantwoording van de vraag of een redelijk handelend verzekeraar een verzekering al dan niet zou hebben gesloten. Zo ver lijkt het (nog) niet te zijn. De omstandigheid dat bijvoorbeeld - in het kader van een arbeidsongeschiktheidsverzekering - sprake is van meerdere klachten (waarvan sommige vaag) kan een relevante omstandigheid zijn, zo leert lezing van het arrest van het Hof Den Haag.^[1]

Verder blijft veel afhankelijk van het partijdebat, waarbij het aan partijen is om over en weer ingenomen stellingen (gemotiveerd) te betwisten. Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt op dat punt de noodzaak van tijdige bewijslevering: het is aan de verzekeraar om te stellen (en zo nodig: te bewijzen) dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in het onderhavige geval niet zou hebben gesloten.^[2] Maar ook komt voor - en dat onderstreept hoezeer de materie casuïstisch blijft - dat de rechter partijen wel alsnog in de gelegenheid stelt om zich bij akte uit te laten over de stelling van de verzekeraar dat hij de verzekering niet zou zijn aangegaan bij kennis van de ware stand van zaken.^[3]

In ieder geval lijkt uit de jurisprudentie naar voren te komen dat de toets aan de norm van de redelijk handelend verzekeraar tweeledig is. Getoetst wordt aan acceptatiebeleid, waarbij (mede) door de rechter - al dan niet na inschakeling van een deskundige of bijvoorbeeld aan de hand van door partijen aangeleverde informatie - wordt geïnventariseerd wat gangbaar is in de verzekeringsbranche, maar ook (door de rechter zelve) aan de redelijkheid. Wat gangbaar is, is niet per se ook redelijk.

Het zijn benaderingen waar we mee verder kunnen, al leren zij ons ook dat het nog te vroeg is om te spreken van een bepaalde lijn in de jurisprudentie. Wat ons betreft is de materie ook nu *still under construction*.

Voetnoten

[1] Hof Den Haag 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1404.

[2] Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3956.

[3] Zie bijv. de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 februari 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:911).