

DE BEANTWOORDING VAN EEN VRAGENLIJST VOORDAT DE VERZEKERINGS- OVEREENKOMST TOT STAND KOMT: VAN UBERRIMAE FIDES NAAR BONA FIDES

RON FEUNEKES

De casus

In april 2005 heeft A. bij Ohra een aanvraag ingediend voor een 'Ohra arbeidsongeschiktheidsverzekering basis'. Hij heeft op 21 april 2005 een zogenaamde 'gezondheidsverklaring arbeidsongeschiktheidsverzekering' ingevuld, een vragenlijst van Ohra voor de kandidaat-verzekerde. De vragen 3d, 3e en 3j van die vragenlijst luiden respectievelijk:

"Lijdt of heeft u geleden aan:

(...)

*d. Aandoeningen van het zenuwstelsel, bijvoorbeeld verlamming, migraine, epilepsie
e. Aandoeningen van houdings- en bewegingsapparaat; bijvoorbeeld rugklachten, spit, hernia, ischias, slijtage van de gewrichten, gewrichtsreuma, aandoeningen van de spieren, schouder of nek, tennisarm, meniscus- en/of kniebandletsel, CANS (Complaints of Arm, Neck and/or Shoulder)*

(...)

j. Is er sprake (geweest) van enige andere ziekte of afwijking, verschijnsel, klacht of gebrek anders dan hiervoor genoemd?"

A. heeft al die vragen met 'nee' beantwoord. Op 7 juni 2005 is A. in opdracht van Ohra medisch gekeurd in verband met de aanvraag. De arbeidsongeschiktheidsverzekering is tot stand gekomen met ingang van 20 juni 2005. Op 27 juni 2005 heeft Ohra de polis van de arbeidsongeschiktheidsverzekering opgemaakt. Op 16 februari 2009 heeft A. zich per 26 januari 2009 bij Ohra arbeidsongeschikt gemeld met als klacht: "krachtverlies in handen en voeten, evenwichtsproblemen, doof gevoel in de voeten en 's nachts krampen". Ohra heeft vervolgens medische informatie over A. opgevraagd. Daaruit is het volgende gebleken. A. lijdt sinds 2001 aan een zogenaamde (rechter)sleepvoet bij grote vermoeidheid. Daarnaast heeft hij zich begin juni 2005 tot zijn huisarts gewend met klachten over een pijnlijke, rode en gezwollen rechtervoet. De huisarts dacht aan een schimmelinfectie en schreef een middel ter behandeling van voetschimmel voor. Op 29 juni 2005 heeft A. weer de huisarts bezocht omdat de klachten niet over waren. De huisarts heeft Lamisil voorgeschreven. Op 5 juli 2005 heeft de huisarts A. doorverwezen naar de dermatoloog.

Nadat Ohra informatie heeft opgevraagd bij de dermatoloog en de later ingeschakelde neuroloog, schrijft Ohra per brief van 15 april 2009:

"De medisch adviseur van Ohra heeft op basis van de huidige medische gegevens van uw neuroloog inmiddels geconcludeerd dat de gezondheidsverklaring bij aanvraag van de verzekering niet correct is ingevuld door u. (...)

Om te kunnen beoordelen wat het advies zou zijn geweest bij juiste en volledige opgave van medische gegevens ten tijde van het aangaan van de verzekering wil onze medisch adviseur opnieuw informatie opvragen bij uw huisarts. (...)

Op basis van de huidige gegevens hebben wij besloten om nog geen uitspraak met betrekking tot uw recht op uitkering te doen tot het onderzoek hiernaar volledig is afgerond. Na ontvangst van de noodzakelijke informatie zullen wij u berichten. (...)"

Bij brief van 2 juni 2009 heeft Ohra aan A. bericht dat hij de gezondheidsverklaring niet juist of volledig heeft beantwoord, dat de aanvraag niet in behandeling zou zijn genomen indien hij dat wel had gedaan en dat Ohra daarom de verzekering per direct beëindigt. A. is het hier niet mee eens en stelt dat hij aan zijn verplichting tot mededelen heeft voldaan. (Uit: rechtbank Arnhem, 22 december 2010, LJN: BP 0965).

Een mooi uitgangspunt om op deze plaats nog eens de voorcontractuele mededelingsplicht bij verzekeringsovereenkomsten, waarbij de verzekeraar gebruik maakt van een vragenformulier, onder de loep te nemen.

Inleiding

In verreweg de meeste gevallen komt een verzekeringsovereenkomst tot stand na aanvaarding door de verzekeraar van het door de verzekeringnemer ingevulde en ondertekende vragenformulier. Dit vragenformulier vormt dan ook de grondslag van de verzekeringsovereenkomst, immers op basis van de door de verzekeringnemer gegeven antwoorden beslist de verzekeraar niet alleen óf hij het aangeboden risico accepteert, maar ook welke premie daarbij hoort en welke, eventuele, uitsluitingen moeten worden toegepast. Het is dus van groot belang dat verzekeringnemers dit vragenformulier duidelijk en naar waarheid invullen. De wetgever heeft dan ook in artikel 7:928 lid 1 BW bepaald dat verzekeringnemers verplicht zijn om vóór het sluiten van een verzekeringsovereenkomst aan een verzekeraar alle feiten mee te delen die hij kent of behoort te kennen en waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat ze van belang zijn of kunnen zijn voor de beoordeling van het risico door die verzekeraar. Deze zogenoemde voorcontractuele mededelingsplicht strekt zich uit over zowel de materiële, als de morele feiten. De materiële feiten betreffen omstandigheden die samenhangen met het te verzekeren object en kunnen informatie geven betreffende de mogelijkheid van het intreden van de gebeurtenis waartegen dek-

king wordt gezocht. De morele feiten betreffen omstandigheden die samenhangen met de verzekeringnemer als persoon. Het gaat hierbij vooral om de betrouwbaarheid van de verzekeringnemer. Hiervan is te onderscheiden de zogenaamde Moral Hazard. Dit is een wijziging in het gedrag van een verzekerde, wetende dat hij meer risico kan nemen omdat hij verzekerd is, bijvoorbeeld de automobilist die roekelozer gaat rijden omdat hij een aansprakelijkheidsverzekering heeft moeten sluiten en eventuele schade aan derden daardoor verzekerd is. In deze zin valt ook HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 te begrijpen waarin de Hoge Raad overwoog dat van onaanvaardbaarheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW sprake kan zijn, indien een verzekerde, zich bewust van het bestaan van een verzekering, uit de mogelijke alternatieven de weg kiest, die de grootst mogelijke kans op schade voor de verzekeraar schept en tegelijkertijd voor de verzekerde zelf het meest voordelig is.

De mededelingsplicht van de verzekeringnemer loopt door tot het moment dat de verzekeraar een beslissing over het al dan niet aangaan van de overeenkomst heeft genomen en geldt ook alleen voor het sluiten van een nieuwe overeenkomst. Er kunnen zich in de praktijk drie situaties voordoen waarbij de vraag gesteld moet worden of de mededelingsplicht aanwezig is en welke gevolgen de overeenkomst kunnen treffen.

- A verzekering 1 loopt af op 31/12; overeenkomst 2 begint op 1/1. Er is sprake van een verlenging, dus overeenkomst 2 is geen nieuwe overeenkomst en de mededelingsplicht herleeft niet voor overeenkomst 2. De gevolgen die overeenkomst 1 kunnen treffen, treffen ook overeenkomst 2;
- B verzekering 1 loopt af op 31/12; overeenkomst 2 begint op 1/1. Er is sprake van een nieuwe overeenkomst dus de mededelingsplicht herleeft voor deze nieuwe overeenkomst en de gevolgen die overeenkomst 1 kunnen treffen, treffen overeenkomst 2 niet;
- C verzekering 1 loopt af op 31/12; overeenkomst 2 begint op 1/1. Er is sprake van een nieuwe overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op de eerdere overeenkomst (artikel 6:229 BW). De mededelingsplicht herleeft, maar overeenkomst 2 kan ook getroffen worden door gevolgen die overeenkomst 1 kunnen treffen.

Lange tijd is aangenomen dat verzekeringsovereenkomst, en dan in het bijzonder de voorcontractuele mededelingsplicht, beheerst wordt door het beginsel van de *uberrimae fides* (de overtreffende trap van de goede trouw). Hiervan is sprake indien partijen bij het contract niet alleen hun eigen belangen in het oog moeten houden, maar bij hun handelen mede oog moeten hebben voor de belangen van hun wederpartij. Het is de vraag of, gezien de bewoordingen van artikel 7:928 BW en ontwikkelingen in de jurisprudentie, deze gedachte nog steeds geldt of dat de verzekeringsovereenkomst, gelijk andere verbintenisscheppende overeenkomsten, beheerst wordt door de "gewone" goede trouw, de *bona fides*. Aan de hand van een wandeling door de ontstaansgeschiedenis van de voorcontractuele mededelingsplicht en de bovenstaande casus van de rechtbank Arnhem kan mijns inziens een antwoord op bovengestelde vraag worden gevonden voor wat betreft

overeenkomsten waarbij voor het sluiten daarvan gebruik wordt gemaakt van een vragenlijst. Een antwoord dat van belang is voor de hedendaagse verzekeringspraktijk en dan met name voor wat betreft het voldoen aan die voorcontractuele mededelingsplicht zonder het risico te lopen dat verzekeraars zich kunnen beroepen op het niet nakomen daarvan. De gevolgen van een geslaagd beroep van de verzekeraar op het niet nakomen van deze mededelingsplicht kunnen desastreus zijn, waaronder een totaal verval van uitkering.

De ontstaansgeschiedenis van de voorcontractuele mededelingsplicht

De verzekeringsovereenkomst is een van de oudste overeenkomsten die er bestaan. Het 300 artikelen tellende wetboek van koning Hammoerabi (1728-1682 v. Chr.) bevatte al bepalingen die leken op verzekeren, waarbij de schade die een deelnemer aan een karavaan leed doordat zijn muuldiër kwam te overlijden, vergoed moest worden door de overige deelnemers aan die karavaan. Van wederkerigheid in de zin van artikel 6:261 BW, waarbij partijen bij de overeenkomst verplichtingen op zich nemen, was echter nog geen sprake. Bij de opkomst van het vervoer van goederen over zee, ontstaat ook de wederkerige verzekeringsovereenkomst. Bekend is de pecunia traiectica, het lenen van een som geld om het schip uit te rusten en welke niet terugbetaald hoefde te worden als het schip verging. Als het schip wel veilig aankwam moest een hoge rente worden betaald, de foenus nauticum. Door het pauselijk verbod op deze foenus (canon de navigantis et eundis at nundinas), werd de overeenkomst van de pecunia gesplitst in een geldlening en een overeenkomst waarbij tegen betaling risico werd overgenomen. En in deze laatste overeenkomst is sprake van wederkerigheid en herkennen we het verzekeringscontract.

Voor de eerste Nederlandse definitie van het verzekeringscontract komen we uit bij Hugo de Groot (Grotius) die in zijn 'Inleydinge tot de Hollandsche regts-geleertheit', Boek 3, titel 24 lid 1, de verzekeringsovereenkomst omschreef als "ene overkoming waer door yemant op hem neemt het onseker gevaer dat een ander hadt te verwachten: Den welke wederom hem daer voor gehouden is loon te geven". De inhoud van de verzekeringsovereenkomst werd echter bepaald door keuren en plakكاتen. Niet alleen bij Grotius, maar ook in de middeleeuwse keuren en plakكاتen kwam een mededelingsplicht in de zin van artikel 7:928 BW in het geheel niet voor. Wel werden op verzekeringnemers verplichtingen gelegd om bepaalde, met name genoemde informatie aan verzekeraars mee te delen, zoals bijvoorbeeld de naam van het te verzekeren schip, alsmede laad- en losplaats en de te vervoeren goederen. Van een aanvullende of spontane mededelingsplicht waarbij de verzekeringnemer uit zichzelf mededeling moest doen van feiten waarnaar door de verzekeraar niet was gevraagd, was in ieder geval geen sprake. Opgemerkt zij wel dat in de keuren en plakكاتen het verzekeringscontract beschouwd werd als een contract van "goeder trauen daerinne egheen fraulde oft bedrogh en behoorde te intervenieeren oft geschieden".

Indien partijen bij het contract zich toch schuldig maakten aan bedrieglijke handelingen, konden zij zelfs met de dood worden gestraft. Een kentering in de mededelingsplicht is zichtbaar in het veel besproken Engelse arrest *Carter v. Boehm* (1766), Burr. 1905. In deze uitspraak werd door rechter Mansfield overwogen dat het achterhouden van voor de verzekeraar relevante informatie aangaande het aangeboden risico te bestempelen is als fraude, óók indien naar die informatie door de verzekeraar niet uitdrukkelijk was gevraagd. Dat betekent dat op verzekeringnemers een spontane mededelingsplicht rust ter zake van relevante, met de beoordeling van het risico samenhangende feiten. Om het belang van de voorcontractuele mededelingsplicht te begrijpen, moet kennis worden genomen van de overwegingen van Lord Mansfield:

"Insurance is a contract upon speculation. The special facts, upon which the contingent chance is to be computed, lie more commonly in the knowledge of the insured only: the underwriter trusts to his representation, and proceeds upon the confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge, to misled the underwriter into a belief that the circumstance does not exist, and to induce him to estimate the risque as if it does not exist. The keeping back such circumstance is a fraud, and, therefore, the policy is void, because the risqué run is really different of the risqué understood and intended to be run at the time of the agreement. (...) The reason of the rule which obliges parties to disclose, is to prevent fraud, and to encourage good faith. The question therefore must always be "whether there was, under all circumstances at the time the policy was underwritten, a fair representation ; or a concealment; fraudulent, if designed; or, though not designed, varying materially the object of the policy, and changing the risqué understood to be run."

De bijzonderheid van deze uitspraak ligt in het feit dat voor het eerst op partijen bij het sluiten van een contract een spontane mededelingsplicht werd gelegd. Wat Mansfield hier doet is aan het door de verzekeraar over te nemen risico een zelfstandige betekenis toe te kennen, welke betekenis gewaardeerd wordt aan de hand van de bij de verzekeraar bekende feiten. (Hoewel uit de bovenstaande weergave van hetgeen Mansfield heeft overwogen valt af te leiden dat de verzekeraar zich kan onttrekken aan zijn uitkeringsplicht indien feiten niet worden meegegeeld, bleek dat in casu niet zo te zijn. Mansfield vervolgde door te stellen dat de verzekeraar in kwestie had nagelaten te onderzoeken waarom de verzekeringnemer deze verzekering wilde. Anders gezegd: de verzekeraar heeft een onderzoeksplicht als hem zaken niet duidelijk zijn. Nu de verzekeraar dit had nagelaten kwam hem geen beroep toe op verzwijging. Dit bij elkaar leggend zien wij de basis van onze huidige dwalingsleer zoals verwoord in artikel 6:228 BW)

De uitspraak van Mansfield wordt beschouwd als de grondgedachte van de *uberrimae fides* (the utmost good faith, zoals dit nog steeds geldt voor het Engelse recht, vgl. art. 17 Marine Insurance act waarin staat: "A contract of Insurance is a contract based upon the

utmost good Faith (..."). Hoewel deze term een Romeinsrechtelijke inslag doet vermoeden, vinden we dit rechtsbeginsel nergens terug in de Romeinsrechtelijke geschriften. Een passage dat de uberrimae fides benaderd staat in Digest 4.37.4: In societatis contractibus fides exeburet." Het leerstuk van de uberrimae fides is dan ook geheel in het Engelse recht ontwikkeld. Opgemerkt zij wel dat in het Hollandse recht in Consultatie CXXX van 17 januari 1667 (te vinden in het Nederlands Advys-boek, uitgegeven door J.A. de Chalmot in 1731, p. 346) de volgende passage staat: Want behalve dat in materie van assurance, in quo contractu bona fides summopere exuberat, (...)." Ook hier lijkt de allerhoogste goede trouw te gelden voor het verzekeringsrecht, waarbij opgemerkt moet worden dat het hier niet ging om het doen van mededelingen, maar van een koerswijziging tijdens de reis.

Deze ontwikkeling van de voorcontractuele mededelingsplicht waarbij als uitgangspunt van de uberrimae fides op verzekeringnemers een spontane mededelingsplicht rust, heeft in het Nederlands verzekeringsrecht zijn weerslag gevonden in artikel 74 van het in 1800 door Walraven geschreven ontwerp aangaande het verzekeringsrecht. Dit artikel is nooit ingevoerd, maar heeft wel stof opgeleverd voor latere ontwerpen, zoals het ontwerp van Van der Linden in 1807. Deze beide ontwerpen, in samenhang met artikel 348 Code de Commerce, welke Code hier ten lande tot 1838 dienst heeft gedaan en waarin werd bepaald "Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, qui diminueraient l'opinion du risque et en changeraient le sujet annulent l'assurance" zijn uiteindelijk de basis geweest van de via artikel 251 WvK (oud) in artikel 7:928 BW opgenomen mededelingsplicht bij het sluiten van een verzekeringsovereenkomst, waarbij in het oude artikel 251 Wetboek van Koophandel (WvK) nog duidelijk sporen te vinden zijn van de uberrimae fides.

Artikel 251 WvK (oud)

Artikel 251 WvK (oud) heeft gegolden van 1838 tot 1 januari 2006. In dit artikel werd bepaald dat de verzekerde (verzekeringnemer) alle feiten mee moest delen vóór het sluiten van de overeenkomst die voor de beoordeling van het risico van belang zijn. Opmerkelijk daarin was dat de verzekeraar zich ook op deze regeling kon beroepen indien de verzekerde geen schuld had aan foutieve mededelingen. Deze zienswijze komt voort uit het eerder genoemde artikel 74 van Walraven, die op zijn beurt goed gekeken heeft naar het Engelse recht en dan met name naar uitspraken van Mansfield. De basis van de door Mansfield gecreëerde mededelingsplicht ligt besloten in drie mogelijkheden. Ten eerste de verzwijging ter goeder trouw, ten tweede die ter kwader trouw en ten derde de opzettelijk verkeerde mededeling. In alle gevallen bestempelde Mansfield de overeenkomst als nietig. Ten aanzien van de verzwijging ter goede trouw stelde Mansfield: "(...) although the suppression should happen through mistake without any fraudulent intention (..), it will

avoid the policy (..)." Anders gezegd, ook indien een verzekeringnemer niet ter kwader trouw is inzake zijn verzwijging, baat hem dit niet omdat de verzekeraar, door deze verzwijging niet in staat is geweest het door hem overgenomen risico op de juiste waarde in te schatten. En het is juist deze zienswijze die is overgenomen in artikel 251 WvK (oud), waardoor de uberrimae fides van toepassing is op de mededelingsplicht. In de literatuur is verdedigd dat de gedachte van de uberrimae fides in het verzekeringsrecht betrekking heeft op het vertrouwensbeginsel, welk beginsel door de Hoge Raad als volgt is omschreven in zijn arrest van 8 juni 1962, NJ 1962, 366 m nt. HB (Tilkema): "(..) dat die kansen niet alleen bepaald worden door het risico van het voorvallen van de onzekere gebeurtenis en haar gevolgen, (..) doch mede door de betrouwbaarheid van den verzekerde, waarop het bij de uitvoering van een verzekeringsovereenkomst in nog sterkere mate (onderstreping RF) dan bij andere overeenkomst aankomt (..)."

De vereisten voor een geslaagd beroep op het niet nakomen van de mededelingsplicht

Op 1 januari 2006 is het wettelijk verzekeringsrecht verplaatst van het WvK naar titel 7.17 BW. De voorcontractuele mededelingsplicht is daarbij terechtgekomen in artikel 7:928 BW (en 7:929 en 930 voor wat betreft de gevolgen indien de verzekeraar een geslaagd beroep op het niet nakomen van de mededelingsplicht doet). Wil het beroep van een verzekeraar op artikel 7:928 BW slagen, dan dient aan vier vereisten te zijn voldaan. Achtereenvolgens betreft het hier het kennisvereiste, het kenbaarheidsvereiste (beiden lid 1), het verschoonbaarheidsvereiste en het relevantievereiste (beiden lid 4).

A. het kennisvereiste

De mededelingsplicht van de verzekeringnemer, en ingevolge lid 2 en lid 3 ook de derde wiens belangen mede worden gedekt of ingeval het een persoonsverzekering betreft, de derde die de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt, is beperkt tot de feiten die de verzekeringnemer of de derde kent of behoort te kennen. In het geval van de derde zoals bedoeld in lid 2 en 3, is het niet van belang of de verzekeringnemer zelf de feiten kent die de derde betreffen. Bij het sluiten van de overeenkomst rust op hem de verplichting om bij de bedoelde derde naar die feiten te vragen. Bij de bepaling van hetgeen de verzekeringnemer of de derde kent of behoort te kennen, moet rekening worden gehouden met het beoordelingsvermogen van de betreffende personen. Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Zo lezen we in 'Kamerstukken I', 2004-2005, 19 529, B, p. 7, dat een verzekeringnemer minder snel feiten hoeft te kennen die verder buiten zijn gezichtsveld liggen. Dit is van belang bij de beoordeling van het kennisvereiste van de verzekeringnemer of de derde. Over het strafrechtelijk verleden hoeft niet spontaan een mededeling te worden gedaan. Een mededeling daarvan is alleen aan de orde indien de verzekeraar daar

uitdrukkelijk naar vraagt en de feiten binnen een periode van 8 jaar voor het sluiten van de overeenkomst liggen, zoals verwoord in lid 5.

B. het kenbaarheidsvereiste

Met het kenbaarheidsvereiste wordt bedoeld op het feit dat het voor de verzekeringnemer kenbaar moet zijn geweest dat de door hem niet of onjuist opgegeven feiten voor de verzekeraar van belang waren of hadden kunnen zijn voor de beoordeling van het risico. In het geval verzekeraars een vragenlijst hanteren voor het sluiten van de overeenkomst wordt al snel voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Immers, een dergelijke vragenlijst heeft een gidsfunctie en uit de daarin gestelde vragen kan de verzekeringnemer eenvoudig afleiden welke informatie voor zijn verzekeraar van belang is. In zijn arrest van 1 december 1995, NJ1996, 707 m nt. MMM (Nationale Nederlanden/ Westdorp) is de Hoge Raad ingegaan op het kenbaarheidsvereiste. De belangrijkste overweging ten aanzien van de gestelde vragen in het aanvraagformulier is dat verzekeringnemers een hen door de verzekeraar voorgelegde vraag mogen opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen. Deze interpretatie van de vragen kan van belang zijn voor de omvang van het kenbaarheidsvereiste. Enige inperking van de interpretatie lees ik in HR 15 mei 1998, NJ 1998, 623 (H./Bloemers) waarin de Hoge Raad overwoog dat verzekeringnemers de in een vragenformulier gestelde vragen in hun onderling verband en samenhang dienen te lezen. Een afzonderlijke interpretatie van een vraag lijkt dan minder voor de hand te liggen.

C. het verschoonbaarheidsvereiste

Ingevolge het bepaalde in lid 4, kan een verzekeraar zich niet op de verzwijgingsregeling beroepen indien het gaat om feiten die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen. Dit wordt aangeduid wel als het verschoonbaarheidsvereiste. In HR 18 april 2003, NJ 2004, 634 m nt. MMM (Huls/NLP) is uitgebreid aandacht besteed aan dit vereiste. In deze zaak ging het om het volgende. Een verzekeringnemer heeft door middel van een assurantietussenpersoon een verzekeringsovereenkomst gesloten ter dekking van zijn WA- en cascoschade voor zijn vliegtuig. De tussenpersoon heeft geen gebruik gemaakt van het aanvraagformulier dat de verzekeraar in kwestie hanteert en waarin onder andere de vraag wordt gesteld of degene die zal gaan vliegen over een vliegbrevet beschikt. De verzekeringnemer heeft geen vliegbrevet, doch de tussenpersoon die met dit feit bekend was, geeft dit niet door aan de verzekeraar. Na een ongeval met het vliegtuig weigert de verzekeraar dekking te verlenen met een beroep op verzwijging. Rechtbank en Hof achten het beroep op de verzwijgingsregeling gegrond, doch de Hoge Raad is het hier niet mee eens. Hij overweegt dat de dwaling van de verzekeraar is veroorzaakt doordat enerzijds de tussenpersoon heeft verzuimd de verzekeraar juist in te lichten, en anderzijds doordat de verzekeraar geen navraag heeft gedaan omtrent het vereiste vliegbrevet, hoewel juist die informatie, getuige de expliciete vraag in het aanvraagformulier, voor haar essentieel was.

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat een verzekeraar, voor zover redelijkerwijs mogelijk, de uiterste zorg dient te betrachten om te voorkomen dat hij, onbekend met de voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden, een verzekeringsovereenkomst afsluit. Laat hij deze zorg achterwege, dan komt hem geen beroep op de verzwijgingsregeling toe wegens het ontbreken van de vereiste verschoonbaarheid van de dwaling. Dit uitgangspunt brengt met zich dat het door een verzekeraar accepteren van een vragenlijst waarin sommige vragen niet zijn beantwoord voor zijn rekening komt en zijn eventuele beroep op de verzwijgingsregeling ter zake van de niet beantwoorde vragen, niet kan slagen. In uitzonderlijke gevallen zou een beroep van de verzekeraar toch kunnen slagen, indien hij uit het stelsel van door de verzekeringnemer wel gegeven antwoorden mag afleiden dat de niet beantwoorde vragen beschouwd mogen worden als zogenaamde negatieve antwoorden. De bewijslast hiervoor lijkt mij echter zwaar.

D. het relevantievereiste

Ingevolge lid 4, en dan met name de zinsnede "feiten, die niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid", dient een verzekeraar die zich op verzwijging wil beroepen, aan te tonen dat het door de verzekeringnemer verzwegen feit voor zijn beoordeling van het risico van belang was, of had kunnen zijn. Deze vraag naar de relevantie brengt met zich dat achteraf, dus ná het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, moet worden vastgesteld of de verzekeraar, ware hij op de hoogte geweest van het verzwegen feit bij het sluiten van de overeenkomst, de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. In HR 19 mei 1978, NJ 1978, 607 m nt. BW (Hotel Wilhelmina) werd door de Hoge Raad ten aanzien van de toepassing van het relevantievereiste het criterium van de 'redelijk handelend verzekeraar' gebruikt, waarmee een ruimer toetsingscriterium wordt bedoeld dan 'naar maatstaven van gangbare opvattingen binnen het verzekeringsbedrijf'. Hoewel het door de Hoge Raad geformuleerde criterium niet staat in artikel 7:928 BW, volgt uit artikel 6:2 BW dat het criterium ook in de nieuwe verzwijgingsregeling geldt. De ruime opvatting van de Hoge Raad leidt er niet toe dat verzekeraars geen eigen, van de gangbare opvattingen afwijkend, acceptatiebeleid mogen voeren. Wel is het zo dat indien een verzekeraar een afwijkend acceptatiebeleid voert, dit afwijkende beleid kenbaar moet zijn bij de verzekeringnemer ten tijde van de aanvraag. Is dat niet het geval, dan verzet artikel 6:2 BW zich ertegen dat de verzekeraar bij zijn beroep op verzwijging daarvoor als grond zijn afwijkend acceptatiebeleid aanvoert. De vraag naar de relevantie van de niet, of onjuist meegedeelde feiten geldt zowel ten aanzien van het materiële risico als het morele risico. De vraag naar de morele omstandigheden betreft hoofdzakelijk de vraag naar het strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer. Het is juist dit verleden dat iets zegt over het morele karakter van de verzekeringnemer en dan met name of hij zich gedurende de loop van de overeenkomst zal gedragen als een "goed huisvader" en niet (door opzet of roekeloosheid) zal bijdragen aan het ontstaan van schade.

opzet te misleiden (lid 6)

Met het opzettelijk misleiden van een verzekeraar is bedoeld: het bewegen van een verzekeraar tot het sluiten van een overeenkomst die hij anders niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Het is duidelijk dat voor de vraag naar de opzet het kenbaarheidsvereiste een grote rol speelt. De vraag is echter of de relevantie van de verzwijging óók geldt in het geval van een opzettelijke misleiding van de verzekeraar. Anders gezegd, kan de verzekeraar een beroep doen op de opzettelijkheid van de verzwijging indien het verzwegen feit een omstandigheid betreft die, ware hij juist en correct meegegeeld, niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zou hebben geleid. Duidelijk moge zijn dat het opzettelijk verzwijgen van feiten en omstandigheden iets zegt over de morele feiten die de verzekeringnemer betreffen. Deze omstandigheid zou, indien hij bekend zou zijn bij de verzekeraar bij het sluiten van de overeenkomst, ertoe kunnen leiden dat de verzekeraar de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. Van hieruit beschouwd meen ik dan ook dat, indien vast komt te staan dat de verzekeringnemer een feit opzettelijk verzwijgt met de bedoeling de verzekeraar te misleiden, de morele relevantie in dat geval gegeven is en een verdere beantwoording van de vraag naar de materiële relevantie van het verzege feit in relatie tot het door de verzekeraar in dekking genomen risico, niet meer hoeft plaatst te vinden. Dit laatste leid ik af uit de laatste zin van artikel 7:928 lid 6 BW waarin het opzettelijk misleiden van de verzekeraar, de verzekeringnemer zwaar wordt aangerekend. Het is mijns inziens niet de bedoeling dat een verzekeraar aan een contract vast blijft zitten met een verzekeringnemer die (opzettelijk) onbetrouwbaar is.

de open vraag (lid 6)

Verzekeraars kunnen zich onder andere niet op de verzwijgingsregeling beroepen, indien een in het aanvraagformulier in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord. Een algemene vraag luidt bijvoorbeeld: "Heeft u nog iets mee te delen wat voor de beoordeling van het risico van belang kan zijn?" De vraag is dan welke betekenis aan de open vraag (nog) kan worden toegekend, gezien het feit dat juist deze vraag gezien moet worden als in algemene termen gesteld. In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 9) valt hierover te lezen:

"Indien de verzekering wordt gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst (...) geeft hij daarmee te kennen dat die feiten (waarnaar hij vraagt, RF) voor hem van belang zijn, maar de lijst suggereert ook dat andere feiten hem niet interesseren. (...) De toevoeging aan de vragenlijst van een in algemene termen luidende slotvraag (...) neemt die suggestie niet weg." Hieruit laat zich afleiden dat aan de algemene vraag nog maar weinig betekenis toekomt. Dit sluit overigens niet uit dat een verzekeraar een algemene vraag in de vragenlijst op kan nemen in de hoop dat de verzekeringnemer aanvullende informatie verschaft die voor hem van belang zou kunnen zijn. Vgl. in deze zin HR 11 september 1992, NJ 1993, 754, m.nt. MMM (K./Avero), waarin de verzekeraar gebruik maakt van de

mogelijkheid om door te vragen bij een vaag antwoord in de algemene slotvraag. Toen bleek dat de gegeven antwoorden op het doorvragen van de verzekeraar onjuist waren, kwam de verzekeraar een gerechtvaardigd beroep op de verzwijgingsregeling toe.

Assurantiebemiddeling en artikel 7:928 BW

Een behoorlijk aantal studenten in het HBO komen terecht bij organisaties die bemiddelen tussen opdrachtgevers en derden. Zo ook in de assurantiebemiddeling. Voor hen is het volgende van belang. Assurantietussenpersonen verlenen regelmatig bijstand aan verzekeringnemers bij het invullen van een vragenlijst. Het uitgangspunt daarbij is dat door ondertekening van het aanvraagformulier door de verzekeringnemer, deze laatste gebonden is aan de gegeven antwoorden in het aanvraagformulier, ook al zou de tussenpersoon bij wijze van dienstverlening de antwoorden ingevuld hebben. In zijn arrest RVS/ Van Scharenburg, HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 m.nt. PvS, verwoordde de Hoge Raad dit als volgt:

"Het Hof heeft geoordeeld dat de opgave zijdens (de tussenpersoon, RF) moet gelden als opgave zijdens (de verzekeringnemers, RF), nu dezen de gezondheidsverklaring hebben getekend. Daarmee bedoelt het Hof dat (de verzekeringnemers, RF) door hun ondertekening van het desbetreffende formulier de inhoud van de daarop gestelde antwoorden voor hun rekening hebben genomen. Dit oordeel is juist."

Omtrent de zorg die een assurantietussenpersoon in acht dient te nemen bij (zijn hulp bij) het invullen van een vragenlijst, overweegt de Hoge Raad in zijn arrest van 11 december 1998, NJ 1999, 650 m.nt. Clausen dat "(...) de zorg die van een redelijk bekwame en redelijk handelende assurantietussenpersoon mag worden verwacht, meebrengt dat hij aan de verzekeraar voldoende inlichtingen geeft om deze ervan te weerhouden naderhand een beroep op artikel 251 K (nu artikel 7:928 BW, RF) te doen." Dit betekent enerzijds dat een tussenpersoon, indien hij niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt, bijvoorbeeld uit een eerder contact met de verzekeringnemer, nog volledig en juist zijn, hij bij de verzekeringnemer naar die feiten moet informeren voor zover die feiten van belang zijn voor de beantwoording van de vragen die de verzekeraar heeft gesteld. Anderzijds dient hij op de stoel van de verzekeraar te gaan zitten en beoordelen of de informatie die hij aan een verzekeraar heeft verstrekt voldoende essentieel is voor de beoordeling van het risico door die verzekeraar.

Uberrimae fides in artikel 7:928 BW?

Het lijkt er op dat in artikel 7:928 BW afstand is genomen van de *uberrimae fides*. Hoewel lid 1 van genoemd artikel nog bepaald dat op verzekeringnemers een spontane mededelingsplicht rust ten aanzien van feiten en omstandigheden die hij kent of behoort te kennen en waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar omtrent het sluiten van de overeenkomst van kennis van deze feiten afhangt of kan afhan-

gen, wordt deze verplichting op twee wijzen ingeperkt. De eerste inperking vinden we in lid 6, waarin staat dat indien een verzekeraar gebruik maakt van een vragenlijst bij het sluiten van de overeenkomst, hij er zich niet op kan beroepen dat vragen niet zijn beantwoord, of feiten waarnaar niet is gevraagd, niet zijn meegedeeld.

De tweede inperking ligt in het arrest Gielen qq. (HR 18 december 1981, NJ 1982, 570 m.nt. BW). In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat op verzekeringnemers geen spontane mededelingsplicht rust ten aanzien van een eventueel strafrechtelijk verleden, indien de verzekeraar niet naar dit verleden vraagt. Dit doet zich in het bijzonder voor indien de verzekeraar geen gebruik maakt van een vragenlijst.

Zoals hiervoor gezegd, lijkt het erop dat afstand is genomen van de gedachte van de uberrimae fides. Toch verdient het volgende de aandacht. In artikel 7:928 lid 1 BW staat het kenbaarheidsvereiste. Met het kenbaarheidsvereiste wordt bedoeld op het feit dat het voor de verzekeringnemer kenbaar moet zijn geweest dat de door hem niet of onjuist opgegeven feiten voor de verzekeraar van belang waren of hadden kunnen zijn voor de beoordeling van het risico. In het geval verzekeraars een vragenlijst hanteren voor het sluiten van de overeenkomst wordt al snel voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Immers, een dergelijke vragenlijst heeft een gidsfunctie en uit de daarin gestelde vragen kan de verzekeringnemer eenvoudig afleiden welke informatie voor zijn verzekeraar van belang is. In zijn hiervoor aangehaalde arrest Nationale Nederlanden/ Westdorp heeft de Hoge Raad overwogen dat verzekeringnemers een hen door de verzekeraar voorgelegde vraag mogen opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen. Deze interpretatie van de vragen kan van belang zijn voor de omvang van het kenbaarheidsvereiste.

Ten aanzien van het kenbaarheidsvereiste wijs ik ook op de "zinsnede feiten die van belang kunnen zijn". Klaarblijkelijk gaat het bij het kenbaarheidsvereiste niet alleen om feiten die daadwerkelijk van belang zijn voor de beoordeling van het risico, maar ook om feiten die van belang kunnen zijn betreffende het al dan niet sluiten van de overeenkomst door de verzekeraar. De Memorie van Toelichting uit 1986 (Tweede kamer 1985/86, 19 529, nr. 3) geeft niet aan waarom de wetgever voor dit ruime criterium heeft gekozen. Dat is opmerkelijk omdat in het Voorontwerp uit 1972 en dergelijke verruiming ontbrak. Het lijkt er verdacht veel op dat de wetgever over de landsgrenzen heen gekeken heeft en dan voornamelijk in het Engelse recht. Het Engelse verzekeringsrecht wordt ter zake van de mededelingsplicht nog geheel beheerst door de uberrimae fides. Uit de uitspraak *Rozanes v. Bowen* (1928) 32 L1.L.R 98, 102 valt af te leiden dat op verzekeringnemers een spontane mededelingsplicht (dus van feiten en omstandigheden waarnaar door de verzekeraar niet is gevraagd) rust ten aanzien van alle 'material circumstances'. Deze circumstances betreffen feiten waarvan vaststaat dat de mededeling daarvan van invloed is op de beslissing van de verzekeraar betreffende het al dan niet sluiten van een overeenkomst. Evenals

in Nederland wordt daarbij gebruik gemaakt van een objectieve maatstaf, nl. de prudent insurer (de redelijk handelend verzekeraar). Ten aanzien van dit criterium kan niet voorbij worden gegaan aan de uitspraak C.T.I. v Oceanus Mutual Underwriting Co Ltd (1984) 1 Lloyd's Rep 474. In deze uitspraak werd overwogen dat de materiality of a fact beoordeeld dient te worden aan de hand van de maatstaf of a prudent insurer, ware hij op de hoogte geweest van het niet meegedeelde feit, tot een andere beslissing had kunnen komen. Niet noodzakelijk is dat de verzekeraar daadwerkelijk tot een andere beslissing zou zijn gekomen. Dit is een uitvloeisel van de uberrimae fides waarbij vooral het belang van de verzekeraar bij mededeling van alle juiste feiten van groot belang is. Via deze omweg maakt de uberrimae fides (dus) nog steeds deel uit van ons verzekeringsrecht.

Terug naar de casus

Rest ons nog de vraag te beantwoorden of rechtbank Arnhem op juiste gronden heeft aangenomen dat A. aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan. Van belang hierin is de vraag of A. had moeten begrijpen dat hij de "sleepvoet" had moeten medelen bij vraag 3j, gezien tegen de achtergrond van andere, in het aanvraagformulier gevraagde informatie. De rechtbank oordeelt dat A. bij de in algemene termen vervatte vraag (vraag 3j) geen melding hoefde te maken van zijn "sleepvoet". De rechtbank komt hiertoe na de vaststelling dat A bij het sluiten van de overeenkomst nooit hinder had ondervonden van zijn sleepvoet, dat hij nooit arbeidsongeschikt is geweest en dat, hoewel deze kwaal in zijn familie voorkwam, niemand ooit is afgekeurd vanwege deze kwaal. Het stond hem, op grond van het voorgaande, niet voor ogen dat zijn aandoening waaraan hij leed ten tijde van het invullen van het vragenformulier, tot arbeidsongeschiktheid zou kunnen leiden.

De beslissing van de rechtbank is geheel in lijn met het eerder aangehaalde arrest HR 1 december 1995, NJ 1996, 707 m nt. MMM (Nationale Nederlanden/ Westdorp). In deze zaak vraagt Westdorp een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan bij Nationale Nederlanden. In de vragenlijst komt de vraag voor of Westdorp lijdt of heeft geleden aan rugklachten, zoals ischias, spit etc. Westdorp beantwoordt deze vraag met Nee, terwijl hij gemiddeld vier dagen per jaar thuis blijft vanwege rugpijn. Binnen enkele jaren nadat de overeenkomst is gesloten wordt Westdorp afgekeurd vanwege een "versleten" rug. De verzekeraar komt erachter dat Westdorp voorafgaand aan het sluiten van de verzekering enkele dagen per jaar thuis bleef en stelt daarop vast dat Westdorp dit had moeten melden. Als dat al niet zo was bij de gerichte vraag naar de rugklachten, dan wel bij de open vraag waar hem gevraagd was of hij nog iets had mee te delen wat van belang voor de beoordeling zou kunnen zijn. De Hoge Raad overweegt:

"Bij de beoordeling (...) dient tot uitgangspunt te worden genomen dat een verzekeringnemer een hem voorgelegde vraag mag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer

daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen. (...) dat het door Westdorp gegeven antwoord (neen) moet worden gezien in de context van het totale aanvraagformulier, meer in het bijzonder in het kader van bedoelde vraag waar niet wordt gevraagd of Westdorp wel eens rugpijn had, maar of hij leed aan rugklachten."

Het inzicht in de rugklachten wordt dan afgezet tegen het beroep van Westdorp als stratenmaker. In deze beroepsgroep is het normaal dat men een aantal dagen verzuimt wegens rugpijn. Tegen die achtergrond overweegt de Hoge Raad "(...) ervan uitgaande dat Westdorp niet behoefde te begrijpen dat de voormelde vraag ook werd gevraagd naar rugklachten als door Westdorp ondervonden."

Het bovenstaande overziend kan niet anders worden vastgesteld dat bij het gebruik van een vragenlijst door de verzekeraar bij het aangaan van de overeenkomst, de gedachte van de uberrimae fides het veld heeft moeten ruimen. De eerdere vaststelling dat via de omweg van de verruiming van de kenbaarheid, de uberrimae fides nog invloed heeft, is door bovengenoemd arrest van de Hoge Raad teniet gedaan. Immers, in het kader van de uberrimae fides moeten alle material circumstances worden meegedeeld. Rugpijnen en sleepvoeten zijn in dat opzicht te beschouwen als zulke circumstances. Echter, met de vaststelling dat de verzekeringnemer vragen mag interpreteren tegen de achtergrond van de overige vragen in het aanvraagformulier, rekening houdend met de werkomgeving en opleidingsniveau, maakt dat bij het invullen van een vragenformulier de "gewone" bona fides van toepassing is.

Literatuur

- Asser, C. (2006) *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5-VI: De verzekeringsovereenkomst*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Berliner, B. (1982) *Limits of insurability of Risks*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Hondius, E.H. & Rijken G.J. (2006) *Handboek Consumentenrecht*. Zutphen: Paris.
- Wansink, J.H, J.G.C. Kamphuisen e.a. (2005) *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Huizen, Ph.H.J.G. van, J.B Wezeman & J.C. Van Eijk-Graveland (2010) *Grondslagen van het verzekeringsrecht*. Den Haag: SDU.