

Ministerie van Veiligheid en Justitie

Den Haag, 9 mei 2017
dossiernummer: 103465
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 22
e-mail: i.tan@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie voorstel tot verruiming recht op premierestitutie

Geachte heer/mevrouw,

Op 15 maart 2017 is de internetconsultatie voorstel tot verruiming recht op premierestitutie gepubliceerd. De NOVA heeft zijn adviescommissie verzekeringsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie verzekeringsrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie verzekeringsrecht
Datum	: 29 januari 2013
Betreft	: voorstel tot verruiming recht op premierestitutie verzekerde wanneer hij zijn mededelingsplicht te goeder trouw heeft geschonden

1. Opmerkingen vooraf

Voor de invoering van titel 7.17 BW in 2006 had een verzwijging of verkeerde opgave nietigheid van de verzekeringsovereenkomst tot gevolg (artikel 251 WvK). Door deze nietigheid kon de verzekeraar alle reeds verrichte uitkeringen als onverschuldigd terugvorderen. De verzekeringnemer had recht op premierestitutie.

Artikel 281 WvK bepaalde:

'In alle gevallen in welke de overeenkomst van verzekering voor het geheel of ten deele vervalt, of nietig wordt, en mits de verzekerde te goeder trouw hebbe gehandeld, moet de verzekeraar de premie terug geven, het zij voor het geheel, het zij voor zoodanig gedeelte waarvoor hij geen gevaar heeft gelopen.'

Artikel 282 WvK bepaalde:

'Bijaldien de nietigheid van de overeenkomst, uit hoofde van list, bedrog of schelmerij van den verzekerde ontstaat, geniet de verzekeraar de premie, onverminderd de openbare regtsvordering, zoo daartoe gronden zijn.'

De premierestitutieregeling is thans in titel 7.17 BW geregeld in artikel 7:938 en 939 BW.

Artikel 7:938 lid 1 BW bepaalt:

'1. Behoudens het geval van opzet van de verzekeringnemer of de derde, bedoeld in artikel 928 lid 2 of lid 3 om de verzekeraar te misleiden is geen premie verschuldigd indien in het geheel geen risico is gelopen. Indien over een vol verzekeringsjaar geen risico is gelopen, is over dat jaar geen premie verschuldigd. De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten.'

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de woorden *'in het geheel geen risico is gelopen'* is bedoeld dat *"noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd"*.

Er staat:

"Lid 1 stelt een van oudsher geldende regel omtrent premierestorno voorop: indien in het geheel geen risico is gelopen, is ook geen premie verschuldigd. De tweede zin bevat een uitbreiding met het oog op langlopende verzekeringen. Met de woorden: geen risico is gelopen, wordt tot uitdrukking gebracht, dat de bepaling eerst toepassing vindt, indien noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd. De bepaling vindt aldus toepassing indien koopmansgoederen voor een bepaalde reis zijn verzekerd, doch niet worden verzonden. Zij vindt geen toepassing indien een gebouw tegen brand is verzekerd op voorwaarde dat bepaalde blusmiddelen aanwezig zijn, terwijl aan die voorwaarden gedurende een vol verzekeringsjaar niet is voldaan. Dan is wel risico gelopen, zij het niet door de verzekeraar."

Indien premie ingevolge dit artikel zonder rechtsgrond blijkt te zijn betaald, kan zij op grond van artikel 6.4.2.1 worden teruggevorderd. Wel heeft de verzekeraar recht op een billijke vergoeding van te zijnen laste gekomen kosten, te weten provisie en administratiekosten. De bepaling laat alle ruimte deze kosten op een percentage van de premie te stellen.

*De aanhef van dit lid brengt tot uitdrukking dat de premie wel ten volle verschuldigd is indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde de verzekeraar door misleiding tot het sluiten van de overeenkomst heeft bewogen, doch uiteindelijk geen risico blijkt te zijn gelopen. Men heeft bij voorbeeld een niet-bestaande zaak verzekerd en deze daarna als gestolen of als vernietigd aangemeld. Dan behoudt de verzekeraar de premie. (onderstreping toegevoegd).*¹

In 2006 is er in de literatuur al op gewezen dat de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde wel het risico lopen waartegen werd verzekerd en dat er dus ingevolge artikel 7:938 BW, anders dan onder het oude recht het geval was, geen recht op premierestitutie bestaat indien de verzekeringnemer te goeder trouw de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden.² De verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde heeft immers wel het risico gelopen waartegen werd verzekerd.

Indien de verzekeringnemer de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden en de verzekeraar zou de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet hebben gesloten, kan de verzekeraar de verzekering krachtens artikel 7:929 lid 2 BW opzeggen. De verzekeraar is in dat geval ingevolge artikel 7:930 lid 4 BW ook geen uitkering verschuldigd.

Uit de tot nu toe beschikbare rechtspraak van de geschillencommissie Financiële Dienstverlening van Kifid blijkt dat de verzekeringnemer geen recht op premierestitutie heeft en wordt uitdrukkelijk verwezen naar (de wetsgeschiedenis van) artikel 7:938 BW.³

De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 8 juni 2016, nr. 2016-249, r.o. 4.7 overwoog het volgende

“Voor zover de vordering betrekking heeft op de eerder vervallen – dus niet de laatst vervallen – door Consument betaalde premies dient artikel 7:938 BW te worden toegepast. Deze bepaling brengt mee dat premierestitutie alleen aan de orde is indien zowel de verzekeraar als de tot uitkering gerechtigde in het geheel geen risico hebben gelopen. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, Deventer: Kluwer 2007, p. 82. Nu door Consument over de gehele periode risico is gelopen heeft Consument geen recht op premierestitutie ex artikel 7:938 BW.

Voor zover de vordering betrekking heeft op de laatst vervallen premie (lopende premie) dient artikel 7:939 BW te worden toegepast. Deze bepaling brengt mee dat de op 25 juli 2014 lopende premie naar billijkheid wordt verminderd. Verzekeraar heeft hieraan reeds gevolg gegeven.”

Ook de overheidsrechter volgt tot nu toe dezelfde lijn.⁴ De Hoge Raad heeft zich hier echter nog niet over kunnen uitlaten.

¹ M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 7.17 BW. Verzekering, Deventer: Kluwer 2011, p. 82.

² N. Palstra-Tinbergen, 'Geen premierestitutie meer bij schending mededelingsplicht', in: N. van Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), De Wansink-bundel. Van draden en daden, Deventer: Kluwer 2006, p. 373-376.

³ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 27 augustus 2015, nr. 2015-243, r.o. 5.6. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 8 juni 2016, nr. 2016-249, r.o. 4.7.

⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingslocatie Arnhem) 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2362, r.o. 2.16. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0682, r.o. 4.11.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingslocatie Arnhem) 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2362, r.o. 2.16 heeft als volgt overwogen:

“Hierover oordeelt het hof als volgt. Een geval van ontbinding van de verzekeringsovereenkomst doet zich hier niet voor. De verzekeraar heeft de overeenkomst opgezegd bij brief van 4 februari 2008. Artikel 7:938 BW is op dit geval niet van toepassing omdat dit artikel slechts geldt indien in het geheel geen risico is gelopen, noch door verzekeraar noch door de verzekerde. Deze laatste heeft immers wel risico gelopen. Volgens het ingevolge artikel 7:943 lid 1 BW dwingendrechtelijke artikel 7:939 BW wordt, behalve bij opzegging wegens opzet de verzekeraar te misleiden (hier niet aan de orde), bij tussentijdse opzegging de lopende premie naar billijkheid verminderd. Onder de lopende premie dient te worden verstaan de laatste vervallen en meestal al betaalde premie die mede betrekking heeft op de periode die gelegen is nadat de verzekeringsovereenkomst tussentijds door opzegging is beëindigd. Het gaat dus niet over alle premies die zijn vervallen vóór en betrekking hebben op de gehele periode tot de opzegging. Nu [appellanten] maandpremierestitutie vorderen over de periode van 15 juli 2003 tot 3 oktober 2007, terwijl de opzegging eerst heeft plaatsgevonden bij brief van 4 februari 2008, is artikel 7:939 BW niet van toepassing. De grondslag van onverschuldigde betaling kan [appellanten] daarom niet baten. Het beroep op ongerechtvaardigde verrijking heeft [appellanten] niet onderbouwd aan de hand van de door artikel 6:212 BW gestelde eisen. Daarom wordt ook dit beroep verworpen. Grief X treft geen doel.”

Met de invoering van titel 7.17 BW is dus de verzekeringnemer die bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst te goeder trouw de precontractuele mededelingsplicht schendt slechter af dan onder het oude recht: er lijkt geen afdwingbaar recht op premierestitutie te zijn.

Omdat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt van een duidelijke weloverwogen keuze van de wetgever om dit te wijzigen, is in de literatuur verdedigd dat de rechter in een voorkomend geval met een welwillende uitleg van de wet of door toepassing van de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) tot een andere uitkomst zou kunnen komen.⁵

Uit het wetsvoorstel blijkt dat uit een bijeenkomst met deskundigen en vertegenwoordigers van belangenverenigingen is gebleken dat het recht op premierestitutie in deze situatie breed gedragen wordt. Voor de duidelijkheid: het gaat dan alleen om de situatie van een verzekeringnemer die te goeder trouw de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden en de verzekeraar zou bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering hebben gesloten (artikel 7:930 lid 4 BW).

2. Is wetgeving gerechtvaardigd?

In het kader van het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) wordt de vraag gesteld: *“Wat rechtvaardigt overheidsinterventie gerechtvaardigd?”*. Op die vraag wordt door de wetgever als volgt geantwoord: *“Huidige praktijk is gebaseerd op wetgeving, die niet voorziet in een recht op premierestitutie in voornoemd geval.”*

De vraag is of dat wel zo is.

Het wetsvoorstel is ingegeven door Kamervragen die weer zijn terug te voeren op een uitzending van het consumentenprogramma Radar van maandag 18 januari 2016 over

⁵ K. Engel & P.M. Leerink, Verzwijging, causaliteit en premierestitutie, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2016-4, p. 169-179, p. 179.

arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.⁶ Bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering gaat het veelal om langlopende contracten met hoge premies. In zoverre is begrijpelijk dat juist hier een punt gemaakt wordt van het uitblijven van premierestitutie. De onvrede zit echter primair in het uitblijven van een uitkering. In dat verband is van belang dat het Verbond van Verzekeraars naar aanleiding van de signalen zoals die ook in de Radaruitzending van 18 januari 2016 naar voren kwamen, begin 2017 een nieuwe gezondheidsverklaring heeft gepubliceerd.⁷

Daarnaast moet worden opgemerkt dat in de rechtspraak strenge eisen plegen te worden gesteld aan het inroepen van artikel 7:930 lid 4 of 929 lid 2 BW. De verzekeraar zal moeten aantonen dat hij als redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten.⁸ Hoewel er discussie is of het hierbij gaat om het acceptatiebeleid van de betreffende verzekeraar of om de gangbare opvattingen omtrent acceptatie van dit soort risico's binnen het verzekeringsbedrijf: bij de beoordeling van het optreden van een verzekeraar dient steeds betekenis te worden toegekend aan hetgeen van een 'redelijk handelend verzekeraar' mag worden verwacht.⁹

Tenslotte dringt zich de vraag op of verzekeraars in de praktijk in voorkomend geval de premie (onverplicht) willen teruggeven. Nu men het er kennelijk over eens is dat premierestitutie in dit geval redelijk lijkt, zou aangenomen kunnen worden dat er in het algemeen door verzekeraars wel enige coulance ten aanzien van de premie zal worden betracht. (Het Verbond van) Verzekeraars zou(den) hier ook door zelfregulering meer richting aan kunnen geven. Anderzijds geldt dat verzekeraars zich kennelijk, zo blijkt uit de eerder aangehaalde rechtspraak, nog wel in voorkomend geval op het ontbreken van een wettelijk recht op premierestitutie beroepen. Vanuit het perspectief van consumentenbescherming is ingrijpen van de wetgever dan ook goed te verdedigen.

3. Overgangsrecht

In het wetsvoorstel ontbreekt een bepaling van overgangsrecht. Is het de bedoeling om de gevolgen van de nieuwe wet ook van toepassing te laten zijn op een reeds voor invoering ingeroepen beroep op schending van de precontractuele mededelingsplicht? In dat geval is denkbaar dat de verzekeraar geen rekening heeft gehouden met de verplichting om de premie terug te geven toen zij een beroep op de schending deed.

4. Kosten

In artikel 7:938 lid 1 BW staat: *'De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten.'* Het lijkt redelijk dat de verzekeraar ook in het geval van artikel 7:930 lid 4 BW een redelijk bedrag aan kosten mag inhouden op de terug te geven premie. Anders gezegd: het risicodeel van de premie behoort te worden gerestitueerd, omdat de verzekeraar op dit verzekeringscontract immers geen risico heeft gelopen, althans in ieder geval niet behoeft uit te

⁶ Brief van de Minister van Financiën d.d. 11 februari 2016 met de titel 'Beantwoording van de kamervragen van de leden Aukje de Vries en Ziens over de Radar-uitzending over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (2016Z01123)'.

⁷ Te raadplegen op de website <https://www.vanatotzekerheid.nl/begrippen/medische-keuring/>.

⁸ K. Engel, De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 369-370. Hof Den Bosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1073, r.o. 3.28.

⁹ Tot voor kort werd algemeen getoetst aan het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar, zie bijv. o.a. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (kifid) 26 september 2016, nr. 2016-452 r.o. 4.2 en Hof Den Bosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1073 r.o. 3.27. Zie ook Asser 7-IX* nr. 220. Recent werd een andere lijn gevolgd in Hof Amsterdam 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1195, r.o. 3.6.

keren.¹⁰ Voor het deel van de premie dat ziet op de kosten van de verzekeraar zoals de kosten van administratie, polisopmaak, provisie e.d. ontbreekt een redelijke grond voor restitutie.¹¹ Het lijkt niet consistent om in artikel 7:938 BW wel en in artikel 7:930 lid 4 BW geen rekening te houden met de kosten van de verzekeraar. Wellicht is het verstandig in het wetsvoorstel op te nemen de zin *‘De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten’*.

5. Te goeder trouw

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat het moet gaan om een verzekeringnemer die te goeder trouw de mededelingsplicht schendt. In de wettekst zelf komt dat niet terug. Er kan een samenloop zijn tussen lid 4 en lid 5, dus van opzettelijke verzwijging en een situatie dat bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou zijn gesloten.

Als opzettelijke verzwijging niet bewijsbaar blijkt te zijn, is er nog niet per definitie sprake van goede trouw. Onder het oude recht was er alleen sprake van een recht op premierestitutie *‘mits de verzekerde te goeder trouw hebbe gehandeld’*. De verzekeringnemer zal de goede trouw aannemelijk moeten maken.

Wellicht is het verstandig dit in (de toelichting van) het wetsvoorstel te verduidelijken.

6. Levensverzekering

Voor de levensverzekering is in artikel 7:982 en 983 BW een bijzondere regeling getroffen die ten dele afwijkt van de regeling van artikel 7:928-931 BW, dat van toepassing is op alle verzekeringen. Artikel 7:983 lid 1 BW beoogt de afkoopwaarde bij opzegging op grond van artikel 7:929 BW veilig te stellen, maar de vraag is hoe zich dit nu verhoudt tot de verplichting tot premierestitutie in het voorgestelde artikel 7:930 lid 4 BW.

7. Dwingend recht voor consumentenverzekering

De gehele regeling van artikel 7:928-930 BW is alleen van dwingend recht voor consumentenverzekeringen (artikel 7:943 lid 3 BW). Het lijkt inderdaad consistent om voor de premierestitutie geen uitzondering te maken. Echter, de opmerking van de wetgever in de toelichting dat een ZZP-er als consument is aan te merken bij het afsluiten van een AOV die strekt tot derving van het wegvallen van privé-inkomsten, is te stellig. Dat is wel tot nu toe de lijn in de rechtspraak¹² maar dit is ook steeds een weging van alle omstandigheden van het individuele geval.

8. Afrondend

De algemene conclusie is dat het wetsvoorstel op de in deze notitie genoemde punten heroverweging, althans verduidelijking behoeft. Dit zijn samengevat:

- a. De werking van het overgangsrecht (punt 3 hierboven),
- b. De mogelijkheid van inhouding van kosten (punt 4 hierboven),
- c. De mogelijke samenloop van lid 4 en 5,
- d. De werking van het wetsvoorstel voor levensverzekeringen.

¹⁰ Er is in de literatuur verdeeldheid over de vraag of de verzekeraar in dit geval risico heeft gelopen, zie nader K. Engel & P.M. Leerink, Verzwijging, causaliteit en premierestitutie, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2016-4, p. 175-176.

¹¹ K. Engel & P.M. Leerink, Verzwijging, causaliteit en premierestitutie, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2016-4, p. 178.

¹² Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941 r.o. 2.5.