

Reactie op consultatie Wijzigingswet financiële markten 2021

Inleiding

Van het ontwerpvoorstel maakt deel uit het (reeds in 2017 gedane) voorstel om aan lid 4 van art. 7:930 BW twee zinnen toe te voegen, zodat lid 4 in zijn geheel als volgt komt te luiden:

'In afwijking van de leden 2 en 3 is geen uitkering verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. De verzekeringnemer die te goeder trouw heeft gehandeld, is in dit geval evenmin premie verschuldigd. De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten.'

Het gaat om art. XI van het wetsvoorstel. Kort samengevat wordt aldus bepaald dat als de verzekeraar uitkering geheel weigert met een beroep op art. 7:930 lid 4 BW, omdat de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekering de op hem rustende mededelingsplicht heeft geschonden en de verzekeraar de verzekering niet zou hebben gesloten met kennis van de ware stand van zaken, de verzekeringnemer wél de door hem betaalde (koopsom)premie of premies terugkrijgt. Daar staat dan tegenover dat de verzekeraar recht heeft op een billijke vergoeding, omdat hij toch, door toedoen van de verzekeringnemer (die immers de mededelingsplicht heeft geschonden), kosten zal hebben gemaakt (uitvoeringskosten bijvoorbeeld). Aannemelijk is dat de verzekeraar de billijke vergoeding mag inhouden op het bedrag dat hij aan de verzekeringnemer moet terugbetalen.

In de praktijk komen zogenoemde verzwijgingszaken, waarin de verzekeraar de verzekeringnemer een schending van de mededelingsplicht (art. 7:928 BW) verwijt en daarom uitkering geheel of gedeeltelijk weigert, nog veel voor. Procedures hierover lopen niet alleen bij de overheidsrechter, maar ook, en vaker, bij de Geschillencommissie van het Kifid. Met name bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen komt de vraag aan de orde of de verzekeringnemer recht heeft op premierestitutie. De Geschillencommissie heeft reeds verschillende keren moeten oordelen dat de betrokken verzekeringnemer géén recht had op premierestitutie, omdat – nu eenmaal – de wet hierin niet voorziet. De betrokken verzekeraars zijn daarbij wel in overweging gegeven om desondanks tot premierestitutie over te gaan.

Hierna zal ik eerst enkele inleidende opmerkingen maken, die van belang zijn voor een goed begrip van het voorstel om art. 7:930 lid 4 BW aan te vullen. Daarna zal ik twee onderwerpen aansnijden, waaraan nog aandacht zou moeten worden besteed.

Argumenten voor en tegen

In de juridische literatuur zijn de meningen verdeeld over het voorstel de verzekeringnemer recht op premierestitutie te geven. Sommigen menen dat de verzekeringnemer géén recht zou moeten hebben op premierestitutie, omdat:

- de verzekeraar toch (uitkerings)risico heeft gelopen, waaronder het risico dat hij de schending van de mededelingsplicht niet zou hebben ontdekt;
- sprake kan zijn geweest van een poging tot verzekeringsfraude door de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekering, dus van opzettelijke misleiding, terwijl de verzekeraar dat (slechts) niet kan bewijzen;
- verzekeringnemers bij het sluiten van de verzekering iets kunnen denken in de trant van “ik vertel maar niet de waarheid en mocht de verzekeraar uitkering weigeren, dan krijg ik tenminste de door mij betaalde premies terug”;

- premierestitutie om praktische redenen bezwaarlijk is voor verzekeraars, in verband met de assurantiebelasting en om boekhoudkundige redenen.

Anderen zijn juist vóór invoering van het recht op premierestitutie. Zij merken op dat:

- onder het oude, vóór 1 januari 2006 geldende verzekeringsrecht, de verzekeringnemer in hetzelfde geval ook recht had op premierestitutie, hetgeen bij de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht per 1 januari 2006 door de wetgever over het hoofd is gezien;
- de verzekeraar zich in het voorliggende geval eigenlijk op dwaling bij het sluiten van de verzekering beroept, zodat, in overeenstemming hiermee, de gevolgen van de overeenkomst moeten worden teruggedraaid, hetgeen dan ook teruggave van de betaalde premies tot gevolg heeft;
- de verzekeringnemer bijzonder hard kan worden getroffen als hij, door een onschuldige vergissing, géén recht heeft op uitkering, zijn verzekering wordt beëindigd (art. 7:929 lid 2 BW) én de door hem betaalde premies niet terugkrijgt. Gedacht kan worden aan de verzekeringnemer die een vraag van de verzekeraar verkeerd heeft begrepen.

Politici zullen nu de knoop moeten doorhakken. Ondergetekende schaart zich onder degenen die vóór invoering van het recht op premierestitutie zijn.

Onder het oude verzekeringsrecht

Een belangrijk argument van de voorstanders van het voorstel, berust op het oude, vóór 1 januari 2006 geldende verzekeringsrecht. Art. 251 van het Wetboek van Koophandel bepaalde het volgende:

‘Alle verkeerde of onwaarachtige opgave, of alle verzwijging van aan den verzekerde bekende omstandigheden, hoezeer te goeder trouw aan diens zijde hebbende plaats gehad, welke van dien aard zijn, dat de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zoude zijn gesloten, indien de verzekeraar van den waren staat der zaak had kennis gedragen, maakt de verzekering nietig.’

In niet-juridisch taalgebruik staat hier dat de verzekering nietig is als de verzekeringnemer, bij het sluiten van de verzekering, feiten die relevant zijn voor de acceptatiebeslissing van de verzekeraar, niet heeft medegedeeld. Nietigheid had tot gevolg dat de verzekering ten einde kwam en dat de uitkeringsplicht van de verzekeraar kwam te vervallen.

Art. 281 voorzag, als pleister op de wond, in een recht op premierestitutie:

‘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 geloopt.’

De oplettende lezer zal de frase ‘te goeder trouw hebbe gehandeld’ zijn opgevallen. Het is de bedoeling van het conceptwetsvoorstel om deze frase in art. 7:930 lid 4 op te nemen.

Art. 282 hield vervolgens rekening met de mogelijkheid dat de verzekeringnemer de op hem rustende mededelingsplicht heeft geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden:

‘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.’

In het geval van bedrog bij het sluiten van de verzekering mocht de verzekeraar de betaalde premies dus houden.

Art. 251, 281 en 282 van het Wetboek van Koophandel zijn per 1 januari 2006 komen te vervallen. Sindsdien is het verzekeringsrecht te vinden in titel 7.17 van het Burgerlijk Wetboek. Het recht met betrekking tot de mededelingsplicht van de verzekeringnemer (zie art. 7:928-931 BW en specifiek voor levensverzekering ook art. 7:982 en art. 7:983 BW) is toen op belangrijke punten gewijzigd.

Opmerking verdient nog dat er maar weinig (oudere) juridische literatuur en maar weinig rechtspraak is te vinden waaruit kan worden afgeleid hoe art. 281 en art. 282 Wetboek van Koophandel werden toegepast (in het kader van de mededelingsplicht). Hoe verzekeraars in de twintigste eeuw met deze bepalingen omgingen, kan waarschijnlijk het beste worden gevraagd aan oudgedienden uit de verzekeringsbranche. Ik heb de indruk dat de betreffende bepalingen nooit een grote rol hebben gespeeld.

In andere landen

Interessant is dat in de Engelse *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012* – een wet die alleen van toepassing op zogenoemde consumentenverzekeringen – wel voorzien is in een recht op premierestitutie. Heeft de consument-verzekeringnemer:

- de op hem rustende mededelingsplicht te goeder trouw geschonden (bijvoorbeeld door een vergissing bij het interpreteren van één van de vragen van de verzekeraar; de verzekeringnemer handelde daarbij *careless* en dus niet *deliberate* of *reckless*), en;
- zou de verzekeraar de verzekering niet hebben gesloten met kennis van de ware stand van zaken;

dan mag de verzekeraar de verzekering vernietigen (*avoidance*), maar moet hij wel de betaalde premies teruggeven. Dat hoeft de verzekeraar dus niet te doen, als de verzekeringnemer de mededelingsplicht *opzettelijk* of *roekeloos* (*deliberate* of *reckless*) heeft geschonden.

De Engelse *Law Commissions*, die de *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012* hebben voorbereid, zijn ervan uitgegaan dat het begrip *careless* niet hoefde te worden gedefinieerd. Dit kon aan de rechter worden overgelaten. Desalniettemin maakten de *Law Commissions* duidelijk dat *careless* gelegen is tussen *reasonable* (de verzekeringnemer valt eigenlijk niets te verwijten en de verzekeraar moet gewoon uitkeren) enerzijds en *deliberate* of *reckless* anderzijds (de verzekeringnemer valt een groot verwijt te maken). De *Law Commissions* merkten op: “A *careless* misrepresentation is one made without reasonable care, but which was not deliberate or reckless.” Ook merkten de *Law Commissions* op: “Careless misrepresentations cover a broad swathe of conduct where the policyholder failed to take sufficient care to understand what the insurer wanted to know or to check their facts.” Zie het rapport *Consumer Insurance Law: Pre-contract Disclosure and Misrepresentation* uit December 2009.

Ook in de *Insurance Act 2015* – een wet die van toepassing op zakelijke verzekeringen –, is voorzien in een recht op premierestitutie.

In het Belgische verzekeringsrecht bepaalt art. 60 lid 3 van de Wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014 het volgende:

‘Indien het verzwijgen of het onjuist meedelen van gegevens kan verweten worden aan de verzekeringnemer [...], is de verzekeraar slechts tot prestatie gehouden op basis van de verhouding tussen de betaalde premie en de premie die de verzekeringnemer zou hebben moeten betalen, indien hij het risico naar behoren had meegedeeld. Indien de verzekeraar echter bij een schadegeval het bewijs levert dat hij het risico, waarvan de ware aard door dat schadegeval aan het licht komt, in geen geval zou hebben verzekerd, wordt zijn prestatie beperkt tot het betalen van een bedrag dat gelijk is aan alle betaalde premies.’

In het Belgische verzekeringsrecht is dus ook voorzien in een recht op premierestitutie. Lid 3 gaat uit van het geval dat de schending van de mededelingsplicht de verzekeringnemer *verweten* kan worden. Is dat niet het geval, dan zal de verzekeraar moeten uitkeren (lid 2). Is dat wel het geval, en zou de verzekeraar met kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet hebben gesloten, dan hoeft de verzekeraar niet uit te keren, maar moet hij wel alle betaalde premies terugbetalen.

Opmerking verdient dat het recht inzake de precontractuele mededelingsplicht in verschillende Europese landen weliswaar in hoofdlijnen hetzelfde is, maar dat desondanks belangrijke verschillen zijn aan te wijzen, die bij het voorgaande in acht moeten worden genomen. Met andere woorden: regels uit het ene rechtstelsel zijn, met voorbijgaan aan de context, niet één op één over te plaatsen naar het andere rechtstelsel.

De woorden ‘te goeder trouw’

Onder het voorstel krijgt de verzekeringnemer die bij het sluiten van de verzekering de mededelingsplicht heeft geschonden, maar daarbij *te goeder trouw*, handelde, de betaalde premies terug van de verzekeraar als die uitkering geheel weigert. Aandacht verdient de vraag hoe de woorden ‘te goeder trouw’ moeten worden opgevat (vgl. de vraag wat onder ‘careless’ moet worden verstaan).

Mogelijkheid 1

Is reeds aan het *te goeder trouw*-criterium voldaan, indien de verzekeraar de verzekeringnemer geen opzettelijke misleiding in de zin van art. 7:930 lid 5 BW verwijt? In dat geval zouden de woorden *te goeder trouw* net zo goed kunnen komen te vervallen, zodat de verzekeringnemer eenvoudigweg recht heeft op premierestitutie als het beroep van de verzekeraar op lid 4 slaagt.

Mogelijkheid 2

Of moet de verzekeringnemer, die premierestitutie wenst, eerst bewijzen dat hij *te goeder trouw* was? Dit ligt niet direct voor de hand, nu het aan de verzekeraar is om te bewijzen dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet om hem te misleiden (art. 7:930 lid 5 BW).

Mogelijkheid 3

Of is het de bedoeling dat met de invoeging van de woorden *te goeder trouw* bedoeld is een driedeling te creëren? Die zou er dan als volgt uitzien:

- i. De verzekeringnemer heeft de mededelingsplicht te goeder trouw geschonden. Aannemelijk is dat hij slechts een vergissing heeft gemaakt, bijvoorbeeld bij het interpreteren van een vraag van de verzekeraar.
- ii. De verzekeringnemer heeft de mededelingsplicht geschonden en hij is daarbij bijzonder onhandig geweest. Van 'te goeder trouw' kan niet worden gesproken, terwijl ook weer niet kan worden bewezen dat hij de mededelingsplicht heeft geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden.
- iii. De verzekeringnemer heeft de mededelingsplicht geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden en de verzekeraar kan dit bewijzen.

De vraag die voorligt is dus: heeft de verzekeringnemer ook in het geval onder ii. recht op premierestitutie? Ik vermoed dat dit *niet* de bedoeling is van het conceptwetsvoorstel. Bedoeld zal zijn dat de verzekeringnemer enkel in het geval onder i. recht heeft op premierestitutie. Ik raad wel aan dat hierover nog duidelijkheid wordt verschaft, ook met betrekking tot de bewijslast.

Dwingend recht, overgangsrecht en lopende, zakelijke verzekeringen

Het voorstel kan leiden tot een financiële verzwaring voor verzekeraars. Anders dan voorheen zullen zij, als het voorstel wet wordt, verplicht kunnen zijn tot het terugbetalen van de premies. Gaat het om een particuliere inboedelverzekering, dan zal de verzekeraar niet bijzonder bezorgd zijn. Gaat het echter om een verzekering waarbij de maandelijkse premie (tien)duizenden euro's per maand bedraagt, dan zal de verzekeraar zich wel zorgen maken.

Art. 7:930 lid 4 BW is op grond van art. 7:943 lid 3 BW van dwingend recht als de verzekeringnemer een *consument* is (een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Is de verzekeringnemer bijvoorbeeld een bedrijf, dan is lid 4 niet van dwingend recht; verzekeraars kunnen in dit geval het recht op premierestitutie uitsluiten in de verzekeringsvoorwaarden.

Aandacht verdient dat verzekeraars van lopende, zakelijke verzekeringen – waarin veel geld omgaat, denk aan zogenoemde beursverzekeringen – mogelijk hun verzekeringsvoorwaarden zullen willen aanpassen als het voorstel wet wordt, omdat anders ook zij verplicht kunnen zijn tot het betalen van premierestitutie. Zij zullen dus gebruik willen maken van de ruimte die art. 7:943 lid 3 BW biedt. Het verdient aanbeveling het Verbond van Verzekeraars hierop te wijzen. Of het nodig is om een (overgangsrechtelijke) voorziening te treffen in de wet, om zeker te stellen dat zakelijke verzekeraars niet overgeleverd zijn aan de bereidheid van de (zakelijke) verzekeringnemer de verzekering aan te passen en om discussies te voorkomen, kan het Verbond beter inschatten dan ik. Bij zakelijke verzekeringen komt verzwijging zelden voor.

Slotsom

Het voorstel tot aanvulling van art. 7:930 lid 4 BW verdient aanbeveling. Wel verdienen de woorden 'te goeder trouw' en het overgangsrecht nog toelichting/aandacht. Overigens zullen naar verwachting ook andere verzekeringsjuristen reageren op het conceptwetsvoorstel.

Mr. dr. K. Engel