

Vergaderjaar 2004–2005

19 529

Vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 15 juni 2005

1. Inleiding

Met veel belangstelling heb ik kennis genomen van de opmerkingen en vragen van de fracties van CDA en VVD.

De leden van de VVD-fractie willen graag vernemen of de Invoeringswet op korte termijn tegemoet kan worden gezien. Dit wetsvoorstel is zeer onlangs bij de Tweede Kamer ingediend. In dit verband zij nog het volgende opgemerkt. Thans is bij uw Kamer aanhangig de Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Kamerstukken I 2004/05, 29 763, A). De beoogde datum van inwerkingtreding van deze Zorgverzekeringswet is 1 januari 2006. Omdat het in deze wet neergelegde stelsel al is gebaseerd op het nieuwe verzekeringsrecht, dient ook gestreefd te worden naar de inwerkingtreding op uiterlijk 1 januari 2006 van het onderhavige voorstel, alsmede van de Invoeringswet. Ik hoop dan ook dat uw Kamer op korte termijn de Invoeringswet tegemoet kan zien.

2. Algemeen

In de memorie van antwoord heb ik melding gemaakt van een voorgenomen (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de meest wenselijke en efficiënte invulling van de aansprakelijkheid van toezichthouders c.q. aansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht en handhaving in het algemeen. De leden van de CDA-fractie vragen op welke termijn het onderzoek tot rapportage zal leiden. De opdracht voor het onderzoek is verleend aan het British Institute of International and Comparative Law en zal aan het einde van deze zomer of het begin van het najaar gereed zijn. Deze leden verwijzen voorts naar een onderzoek van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg, te weten een inventarisatie van procedures en mechanismen in andere landen waarmee transactiekosten kunnen worden teruggebracht op het terrein van afwikkeling van letselschade. Deze leden vragen wanneer deze inventarisatie beschikbaar komt. Dit onderzoek, getiteld «Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?», is inmiddels voltooid en is te raadplegen op www.uvt.nl/faculteiten/frw/onderzoek/schoordijk/cva/

publicatie s/rapporten/. Binnenkort zal een kabinetsstandpunt worden ingenomen.

De leden refereren verder aan het door het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht gestarte project «Procedurele normering van de buitengerechtelijke afwikkeling van personenschadeclaims in Nederland». Doel van dit project is om in overleg met de bij het schaderegelingsproces betrokken partijen (slachtoffers, verzekeraars en hun beider belangenbehartigers) te trachten consensus te bereiken over de preprocesuele normering waardoor de afwikkeling van personenschadeclaims uiteindelijk voor alle betrokken partijen beter, sneller en goedkoper wordt. In de beantwoording van vragen van de Tweede Kamer heb ik aangegeven dat indien uit het project naar voren komt dat wetgeving hierbij een ondersteunende rol kan spelen ter bevordering van een spoedige afwikkeling van letselschadeclaims, dat zeker zal worden overwogen. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VI, nr. 168. Deze leden vragen waaraan in dat verband gedacht moet worden en of dat nog consequenties kan hebben voor het onderhavige voorstel.

Vooropgesteld zij dat het hier om een proces van zelfregulering gaat. Daarbij wordt in het project toegewerkt naar een permanente organisatie die de toepassing van de procedurele normering gaat bewaken. Niet uit te sluiten is evenwel dat bepaalde normen een wettelijke verankering behoeven, maar in verband met de aard van de materie ligt het niet voor de hand dat deze zullen worden opgenomen in titel 7.17 BW. Gezien het stadium waarin dit project zich bevindt kan nog niet gezegd worden waaraan in concreto gedacht moet worden. In de zojuist genoemde beantwoording is bij wijze van voorbeeld gewezen op het per 15 juli 2003 in werking getreden vijfde lid van artikel 52 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993. Deze bepaling verplicht de verzekeraar van een motorrijtuig waarmee schade is veroorzaakt, om binnen drie maanden nadat een benadeelde zijn verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend, gemotiveerd te reageren op dit verzoek. De leden van de CDA-fractie vragen voorts naar het onderzoek van de Commissie Borghouts met betrekking tot de vraag hoever de verantwoordelijkheid van de overheid bij rampen en calamiteiten strekt. Dit onderzoek is inmiddels voltooid en is recentelijk aangeboden aan mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en mij.

Binnenkort zal ter zake een kabinetsstandpunt worden ingenomen. Deze leden vragen verder naar het onderzoek over mogelijke strijdigheid van het voorgenomen nieuwe WAO-stelsel met internationale verdragen. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het internationaal arbeidsbureau (IAB) van de ILO om een informele opinie gevraagd naar de internationaalrechtelijke bestendigheid daarvan.

Deze leden leggen voorts een gedachte voor die ook in het kader van de plenaire behandeling van het wetsvoorstel door hen nog aan de orde zal worden gesteld. Deze betreft de wijze van afhandeling van aanspraken van werknemers. Thans kunnen met elkaar samenhangende geschillen terecht komen bij verschillende rechters. Zo oordeelt de kantonrechter over ontslag, terwijl geschillen over de WW door de bestuursrechter worden behandeld. In het geval van een bedrijfsongeval oordeelt de kantonrechter over geschillen betreffende de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer, terwijl geschillen over aanspraken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering worden behandeld door de bestuursrechter, als het om de WAO gaat, of de sector civiel van de rechtbank, als het gaat om particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Het leek deze leden het overwegen waard om deze doorgaans samenhangende geschillen bij één rechter te concentreren en de procedureregels zo in te richten, dat geen stapeling van procedures bij ook nog eens verschillende rechters plaatsvindt, maar juist concentratie. Aan deze leden kan worden toegegeven dat het voordelen kan bieden als samenhangende geschillen in samenhang kunnen worden behandeld en

afgedaan. Vooropgesteld zij dat de mogelijkheid van concentratie zich uiteraard slechts voordoet wanneer de geschillen zich gelijktijdig voordoen. In dit verband wijzen de leden van de CDA-fractie er zelf op dat procedures over WW-aanspraken vaak in de tijd volgen op een procedure over het ontslag (veelal een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW). In zo'n geval is gezamenlijke afdoening derhalve niet mogelijk. Wel zal veelal de later oordelende rechter rekening houden met hetgeen door de eerste rechter reeds is beslist. Vervolgens is van belang in hoeverre een gezamenlijke behandeling inderdaad bijdraagt aan een betere, ook doelmatiger, afdoening. Wanneer samenvoeging van zaken ertoe leidt dat meer dan twee partijen in één procedure optreden, kan dat tot een complicering van de procesvoering leiden, die op zichzelf niet als wenselijk kan worden beschouwd. Zeker als voor de zaken uiteenlopende geschilpunten beslissend zijn, kan een afzonderlijke behandeling dan de voorkeur verdienen. Met name is dit het geval wanneer de zaken uiteenlopende – bestuursrechtelijke resp. civielrechtelijke – expertise vergen, die behandeling door daarin geverseerde rechters aangewezen maakt. Tenslotte rijst de vraag naar de processuele mogelijkheden van gezamenlijke behandeling. In het civiele procesrecht zijn er diverse mogelijkheden om tot gezamenlijke behandeling te komen (vergelijk de artikelen 94, tweede, derde en vierde lid, en 220 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Moeilijker ligt het als de ene zaak door de bestuursrechter en de andere zaak door de civiele rechter moet worden behandeld. Wettelijke voorzieningen voor samenvoeging bestaan daarvoor niet, hetgeen overigens niet wil zeggen dat samenvoeging in de praktijk geheel uitgesloten is (zie bijvoorbeeld President Rechtbank Den Haag 10 mei 1996, Kort Geding 1996, 204).

3. Inhoud wetsvoorstel

Titel 7.17

In de memorie van antwoord heb ik opgemerkt dat de in titel 7.17 opgenomen bepalingen van dwingend recht slechts op onderdelen verschillen maken tussen de consument en de kleine ondernemer. Ik heb daarbij verwezen naar de artikelen 7.17.1.16 lid 3, 7.17.2.25a lid 6 en 7.17.3.25 lid 3. De leden van de VVD-fractie delen deze opvatting niet en zijn van mening dat het hier niet om bijzaken gaat. Deze leden zouden daarover nog graag een nadere toelichting krijgen.

In de desbetreffende passage ging ik in op de vraag van deze leden waarom alleen de consument wordt beschermd en niet ook de kleine onderneming. In mijn beantwoording heb ik duidelijk willen maken dat de meeste bepalingen die van dwingend recht zijn geen verschil maken tussen de consument en de kleine ondernemer. Zie de in de artikelen 7.17.1.16 leden 2 en 3, 7.17.2.25a leden 1 tot en met 5, 7.17.3.8a en 7.17.3.25 leden 1, 2 en 4 opgenomen bepalingen. Wel wordt een onderscheid gemaakt in de overige leden van deze artikelen, maar daaruit blijkt in samenhang met de andere leden dat voor de meeste bepalingen die van dwingend recht zijn geen verschil wordt gemaakt. Daarbij kan ik onderschrijven dat bij die onderwerpen waarbij wel een onderscheid is gemaakt het niet telkens om bijzaken gaat, doch ik heb vooral beoogd het beeld recht te zetten dat de kleine ondernemer in het geheel geen bescherming geniet. Voor een verdergaande dwingendrechtelijke bescherming bestaat – behoudens hetgeen hierna bij artikel 7.17.1.13 nog aan de orde komt – naar mijn oordeel onvoldoende grond.

De leden vragen voorts wat precies wordt bedoeld met de reflexwerking. Deze leden vragen of bedoeld wordt dat de kleine ondernemer heil moet zoeken in de reflexwerking van de zwarte en grijze lijst (artikelen 6:236 en

237 BW), of dat bedoeld is dat gelijk aan deze reflexwerking er ook een reflexwerking uitgaat van de alleen voor consumenten dwingende bepalingen van titel 7.17.

Ik doelde op het eerste. De artikelen 7.17.1.16, 7.17.2.25a en 7.17.3.25 maken een duidelijk onderscheid in bepalingen die alleen dwingend zijn voor consumenten en bepalingen die ook voor anderen, zoals de kleine ondernemer, dwingend zijn. Ten einde een zo volledig mogelijk beeld te geven van de bescherming die een kleine ondernemer in deze geniet, heb ik erop gewezen dat naast de consument ook de kleine ondernemer bescherming vindt in afdeling 6.5.3. Dit brengt mee dat in algemene verzekeringsvoorwaarden voorkomende onredelijk bezwarende bedingen ook door de kleine ondernemer op de voet van artikel 6:233 BW kunnen worden vernietigd. Om vervolgens de omvang van deze bescherming te schetsen heb ik erop gewezen dat consumenten, anders dan kleine ondernemers, weliswaar rechtstreeks kunnen profiteren van de zwarte en grijze lijst, maar dat kleine ondernemers mogelijk weer wel kunnen profiteren van de zogenaamde reflexwerking van deze lijsten. Mijn opmerking over de reflexwerking moet dan ook in deze zin begrepen worden. Daarbij wil ik nog opmerken dat de kleine ondernemer zijn heil niet alleen behoeft te zoeken in deze reflexwerking, maar dat hij ieder beding dat onredelijk bezwarend is op de voet van artikel 6:233 BW kan vernietigen.

Artikel 7.17.1.4

In de memorie van antwoord is uiteengezet dat artikel 7.17.1.4 naast de algemene regels met betrekking tot dwaling een nuttige functie vervult. De leden van de CDA-fractie zijn er evenwel nog niet geheel van overtuigd dat de bepaling veel nuttigs toevoegt. Op hetgeen deze leden in dit verband opmerken, ga ik als volgt in. In de memorie van antwoord heb ik afstand genomen van de argumentatie van Mok, die als belangrijkste argument voor de stelling dat volstaan zou kunnen worden met afschaffing van artikel 251 Wetboek van Koophandel aanvoert dat die bepaling de verzekeraar niet meer bescherming biedt dan artikel 6:228 BW. In dat verband heb ik erop gewezen dat ten minste eveneens onder ogen behoort te worden gezien in hoeverre in de bescherming van de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde wordt voorzien. Met de regeling van artikel 7.17.1.4 en volgende is beoogd te voorzien in een evenwichtige regeling, die zowel de belangen van de verzekeraar als die van de verzekeringnemer en, in voorkomende gevallen, de bij een verzekering betrokken derde in aanmerking neemt. Wat de belangen van de verzekeringnemer en de derde betreft, kan erop gewezen worden dat artikel 7.17.1.5 ten opzichte van de algemene dwalingsregeling een nuttige prikkel biedt voor de verzekeraar om na de ontdekking van niet-nakoming van de mededelingsplicht de verzekeringnemer voor de gevolgen daarvan te waarschuwen, op straffe van verval van de mogelijkheid om zich op die niet-nakoming te beroepen. De in artikel 7.17.1.6 vervatte regeling strekt ertoe het recht op uitkering voor een bepaalde schade in stand laten voorzover de verzekeraar voor een dergelijke schade ook dekking zou hebben geboden, indien de niet meegedeelde feiten hem wèl waren meegedeeld. Een vergelijkbare mogelijkheid ligt niet zonder meer in artikel 6:228 BW besloten. Ter bescherming van de verzekeraar zijn hierbij wel duidelijke grenzen aangegeven, vooral voor het geval is gehandeld met het opzet om de verzekeraar te misleiden (artikel 7.17.1.6 lid 5, vgl. ook artikel 7.17.1.4 lid 6). Behalve op het belang van een evenwichtige regeling heb ik in de memorie van antwoord ook gewezen op het belang van specifieke, op de verzekeringsovereenkomst toegespitste, bepalingen. De in dat verband genoemde bepalingen (artikel 7.17.1.4 leden 4, laatste volzin, 5 en 6)

dienden derhalve als voorbeeld van zodanige toespitsingen, niet zozeer als voorbeeld van méér bescherming voor de verzekeringnemer en/of de derde. De laatste volzin van lid 4 maakt duidelijk dat ten aanzien van die feiten waarnaar de verzekeraaringsvolge de Wet op de medische keuringen geen vragen mag stellen, ook geen spontane mededelingsplicht geldt (Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, blz. 20). Dat zou niet zonder meer uit deze wet voortvloeien. Voor de leden 5 en 6 geldt dat zij belangrijke regels bevatten ten aanzien van de mededelingsplicht, ook voorzover zij neerkomen op een vastlegging of verduidelijking van hetgeen de afgelopen jaren is vastgelegd in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij wel opmerking verdient dat met deze jurisprudentie voor een belangrijk deel is geanticipeerd op deze bepalingen.

De conclusie van de genoemde leden dat in mijn visie de algemene dwalingsregeling onverminderd van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst, onderschrijf ik slechts ten dele. Voor de verzekeraar staat aan een beroep op artikel 6:228 BW immers artikel 7.17.1.6a in de weg, welke bepaling zo'n beroep uitdrukkelijk uitsluit. Dat past ook in de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek, waarin de verzekeringsrechtelijke regeling is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene dwalingsregeling. Wel kan een verzekeringnemer zich in voorkomende – vermoedelijk overigens zeldzame – gevallen op de algemene regeling beroepen. Bij de uitleg van de regeling zal er voorts niet zozeer van moeten worden uitgegaan dat de regeling gericht is op méér bescherming van de verzekeringnemer en de verzekerd, maar dat de regeling is bedoeld als een evenwichtige regeling die in de verzekeringsrechtelijke context recht doet aan de belangen van alle betrokkenen.

Vervolgens gaan de leden van de CDA-fractie in op de objectivering van de in artikel 7.17.1.4 tot uitdrukking gebrachte begrippen en dan met name die in lid 3. Ten aanzien van die bepaling wijzen zij erop dat wanneer een ouder zich wenst te verzekeren tegen de ziektekosten die hij ten behoeve van zijn kind moet maken, volgens de memorie van toelichting van een kind van zestien jaar of ouder mag worden aangenomen dat het voldoende oordeel des onderscheids heeft om de ouder te kunnen inlichten omtrent de van belang zijnde feiten. Deze leden merken op dat noch de tekst van lid 3, noch de memorie van toelichting vooronderstelt dat de ouder ter zake navraag doet bij zijn kind. Zij vragen of deze vooronderstelling juist is.

Of de ouder navraag doet, zo beantwoord ik deze vraag, is voor de toepassing van de regeling niet van belang. Waar het om gaat is dat voor de verzekeraar voor het sluiten van de verzekering bepaalde gegevens van belang zijn en dat de aspirant-verzekeringnemer deze gegevens zal moeten verstrekken voorzover hij deze gegevens kent of behoort te kennen en voorzover hij weet of behoort te begrijpen dat zij voor de verzekeraar relevant zijn (lid 1). Is de verzekeringnemer een vragenlijst voorgelegd, dan kan hij zich in beginsel beperken tot beantwoording van de gestelde vragen (lid 6). Wordt het risico van een derde gedekt, dan zal de verzekeraar (ook) geïnteresseerd zijn in gegevens betreffende die derde. Het ligt op de weg van de verzekeringnemer die het desbetreffende risico verzekerd wenst te zien om ervoor te zorgen dat de verzekeraar over de relevante gegevens kan beschikken. Om die reden wordt de mededelingsplicht van de verzekeringnemer uitgebreid in lid 2 en, voorzover het gaat om persoonsverzekeringen en de derde ten minste zestien jaar oud is, in lid 3 met de gegevens die de derde kent of behoort te kennen en waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat zij voor de verzekeraar relevant zijn. Het is aan de verzekeringnemer overgelaten om ervoor te zorgen dat hij deze gegevens aan de verzekeraar kan meedelen. Het ligt voor de hand dat de hij daartoe navraag doet bij de derde. Of hij daadwerkelijk navraag doet, is echter niet van invloed voor de vraag of hij

aan de mededelingsplicht heeft voldaan. Aan de vraag van de genoemde leden hoe de stel- en bewijsplicht ligt ten aanzien van die navraag, zal men derhalve in de praktijk bij toepassing van de regeling niet toekomen. Aan het voorgaande kan overigens worden toegevoegd dat een acceptatieplicht bij ziektekostenverzekeringen, zoals ook voorzien in de Zorgverzekeringswet, de ruimte voor toepassing van de artikelen 7.17.1.4 en volgende verkleint.

Vervolgens willen deze leden weten hoe een beroep op lid 3 uitpakt, indien de betrokken jongere wegens zijn beperkte geestvermogens of wegens een persoonlijkheidsstoornis zich subjectief niet bewust is van een bepaald lichamelijk lijden of een bepaalde zwakte in zijn fysieke conditie, respectievelijk vanwege de verminderde geestelijke vermogens of de persoonlijkheidsstoornis niet in staat is om datgene waarvan hij zich wel bewust is onder woorden te brengen.

In het eerste geval, waarbij de jongere zich door beperkte geestvermogens of een persoonlijkheidsstoornis niet bewust is van een voor de verzekeraar relevant feit, «kent» de jongere dat relevante feit derhalve niet. De vraag is vervolgens of de jongere het feit wel «behoort te kennen». Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. De objectivering van de in artikel 7.17.1.4 gebezigde begrippen strekt er slechts toe om te abstraheren van hetgeen de betrokken persoon in concreto weet, maar niet van hetgeen hij behoort te begrijpen. Voor de vraag wat de betrokkene behoort te begrijpen, dient rekening te worden gehouden met de persoon en omstandigheden van de betrokkene. In de memorie van toelichting is dit ten aanzien van lid 1 aldus onder woorden gebracht dat rekening moet worden gehouden met wat «een persoon als de verzekeringnemer in deze» weet of behoort te begrijpen (in dezelfde zin Asser-Clausing-Wansink, nr. 98). Daarbij is verwezen naar HR 3 november 1978, NJ 1980, 500, in welk arrest voor de beoordeling van wat een aspirant-verzekeringnemer heeft kunnen begrijpen uitdrukkelijk rekening werd gehouden met de mate van ontwikkeling van de betrokkene. Voor de jongere wiens risico wordt verzekerd, geldt bij de toepassing van lid 3 hetzelfde.

In het tweede geval gaat het erom dat de jongere zich wel bewust is van voor de verzekeraar relevante feiten, maar door verminderde geestvermogens of een persoonlijkheidsstoornis niet in staat is deze onder woorden te brengen. Op zichzelf is dan niet aan de orde of bepaalde feiten, op grond van de in lid 3 tot uitdrukking gebrachte objectivering van hetgeen de betrokkene weet of begrijpt, onder de mededelingsplicht vallen. Aan de orde is wel of feiten die in beginsel onder de mededelingsplicht vallen, omdat de betrokkene de feiten kent en de relevantie inziet, maar die door in de persoon van de betrokkene gelegen omstandigheden niet kunnen worden meegedeeld, de verzekeraar aanleiding kunnen geven voor een beroep op schending van de mededelingsplicht. Het antwoord op deze, naar het mij wil voorkomen in de praktijk overigens niet snel aan de orde zijnde, vraag wordt in de regeling zelf niet beantwoord. Als uitgangspunt moet ervan worden uitgegaan dat het niet-meedelen van een onder de mededelingsplicht vallende omstandigheid voor rekening dient te komen van de verzekeringnemer. Dat kan evenwel anders zijn als de verzekeraar wel op de hoogte is gesteld van de verminderde geestvermogens of de persoonlijkheidsstoornis. In dat geval kon de verzekeraar er immers op bedacht zijn dat dientengevolge bepaalde gegevens niet konden worden meegedeeld. Alsdan ligt het op de weg van de verzekeraar om, indien nodig geacht, door nader onderzoek duidelijkheid te verkrijgen over de voor hem relevante gegevens. Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan artikel 7.17.1.4 lid 6, op grond waarvan de verzekeraar zich er in het geval hij gebruik maakt van een vragenlijst, niet op kan beroepen dat vragen niet zijn beantwoord.

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens of een formulier, dat in de

praktijk veelal door de verzekeringnemer wordt ingevuld bij wijze van aanbod aan de verzekeraar tot het aangaan van een verzekeringsovereenkomst, geldt als een vragenlijst in de zin van artikel 7.17.1.4 lid 6. Deze leden zullen mij ten goede houden dat ik geen nauwkeurig overzicht heb van de uiteenlopende aanvraagformulieren die door verzekeraars worden gehanteerd. In algemene zin kan worden opgemerkt dat een aanvraagformulier al snel als vragenlijst in de zin van de genoemde bepaling zal kwalificeren. Voldoende is dat daarop van de verzekeringnemer enige informatie wordt verlangd omtrent het te verzekeren risico of in verband daarmee relevante gegevens.

De leden van de CDA-fractie wijzen vervolgens op de mogelijkheid dat een afzonderlijke gezondheidsverklaring wordt gevraagd van de verzekeringnemer of de verzekerde en uit die verklaring of daarbij gevoegde bescheiden blijkt dat de betrokken derde, die ouder dan zestien jaar is, beschikt over verminderde geestelijke vermogens of aan een persoonlijkheidsstoornis lijdt. Is dat dan van invloed op de toepassing van artikel 7.17.1.4 lid 3? In hetgeen hiervoor door mij naar voren is gebracht met betrekking tot genoemde bepaling, mede onder verwijzing naar het ook in dit verband door de genoemde leden aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 3 november 1978, NJ 1980, 500, ligt besloten dat ik met deze leden van oordeel ben dat zulks van invloed is.

Artikel 7.17.1.5

Indien de verzekeraar ontdekt dat jegens hem niet is voldaan aan de mededelingsplicht van artikel 7.17.1.4, kan hij de gevolgen daarvan slechts inroepen indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen (artikel 7.17.1.5 lid 1). De verzekeraar zal in geval van een geschil daarover moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij binnen de genoemde termijn is gebleven, zo antwoord ik de leden van de CDA-fractie. De bepaling maakt daarbij sedert de eerste nota van wijziging geen onderscheid meer naar het tijdstip waarop een aanspraak jegens de verzekeraar is ontstaan: in alle gevallen zal de verzekeraar zich slechts binnen twee maanden na ontdekking van de niet-nakoming daarop kunnen beroepen. Dat geldt dus ook als de verzekerde inmiddels is overleden. Daarbij teken ik aan dat wanneer de verzekeraar de verzekering op grond van artikel 7.17.1.5 lid 2 met dadelijke ingang aan de verzekeringnemer opzegt, deze opzegging ook geldig is wanneer achteraf blijkt dat de verzekerde inmiddels is overleden zonder dat daarvan aan de verzekeraar is kennisgegeven, ongeacht of dit overlijden voor of na de opzegging plaatsvond. Wel zal de opzegging, wil zij werking hebben, moeten voldoen aan de vereisten van artikel 3:37 BW. Zij zal derhalve in beginsel de verzekeringnemer binnen de termijn van twee maanden moeten bereiken (artikel 3:37 lid 3 BW). Voor een uitzondering op de algemene regeling van artikel 3:37 BW zie ik in dit verband, waar de eisen van rechtszekerheid een belangrijke rol spelen, onvoldoende grond.

Artikel 7.17.1.8

De leden van de CDA-fractie vragen of in het geval een verzekeringsovereenkomst is aangegaan zonder dat de verzekeringnemer vooraf kennis heeft kunnen nemen van alle algemene verzekeringsvoorwaarden de verzekeringnemer niet een korte tijd zou moeten worden gegund om na ontvangst van de polis de verzekering met onmiddellijke ingang en met aanspraak op restitutie van de premie op te zeggen. Deze leden hadden de indruk dat in zo'n situatie een bedenktijd een zeer nuttige rol zou kunnen spelen en wijzen daarbij op het grote belang van de algemene verzekeringsvoorwaarden voor de kern van de prestatie, te weten de omvang van de dekking.

Indien een verzekeringnemer niet een redelijke mogelijkheid is geboden om uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst kennis te nemen van de algemene verzekeringsvoorwaarden kan hij zijn gebondenheid daaraan geheel of gedeeltelijk beëindigen door op de voet van artikel 6:233, aanhef en onder b, BW een of meer van deze bedingen te vernietigen. Deze sanctie is passender dan een mogelijkheid om door opzegging zich aan de gebondenheid aan de gehele overeenkomst te onttrekken, nu het immers alleen de algemene verzekeringsvoorwaarden zijn waarvan de verzekeringnemer niet tijdig kennis heeft genomen, en niet de overige (in de polis opgenomen) bedingen van de overeenkomst. Daarover zij nog opgemerkt dat onder die omstandigheden waarin terhandstelling van de algemene voorwaarden voorafgaand of bij het sluiten van de verzekering achterwege kan blijven, ook dan – met als sanctie vernietigbaarheid – vereist is dat de verzekeringnemer daarvan op andere wijze voor of bij het sluiten kennis kan nemen. Zie de onderdelen b en c van lid 1 van artikel 6:234 BW.

Ter voorkoming van misverstanden zij bovendien nog opgemerkt dat onder algemene voorwaarden niet zijn begrepen bedingen die de kern van de prestatie aangeven. Zie artikel 6:231, onder a, BW. Bedingen die de dekking omschrijven zijn doorgaans als kernbedingen aan te merken (zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1521 en 1527). Dergelijke bedingen behoren bovendien vaak tot de essentialia van de overeenkomst en zijn met andere woorden van zo wezenlijke betekenis dat de overeenkomst zonder een dergelijk beding bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen (art. 6:227 BW) niet tot stand komt of zonder een dergelijk beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake kan zijn (art. 6:217 BW). Indien derhalve een «verzekeringnemer» niet kennis heeft kunnen nemen van deze bedingen, kan er ook nog geen sprake zijn van een tot stand gekomen overeenkomst. Bedacht zij hierbij dat de verzekering pas tot stand komt zodra het besluit van de verzekeraar om de verzekering te accepteren de verzekeringnemer heeft bereikt. Indien dit geschiedt in de vorm van toezending van de polis waarin afwijkende bedingen voorkomen ten opzichte van het aan de verzekeraar aangeboden risico, vindt de verzekeringnemer voldoende bescherming in artikel 6:225 BW. Een bedenktijd met opzeggingsmogelijkheid is derhalve overbodig.

Artikel 7.17.1.13

De leden van de CDA-fractie leiden uit de verwijzing in de memorie van antwoord naar de reflexwerking van de in artikel 6:237 BW opgenomen «grijze lijst» af dat opzegging van een verzekeringsovereenkomst naar mijn oordeel in beginsel alleen aan de orde zou moeten zijn op gronden die van dien aard zijn, dat gebondenheid van de verzekeraar niet meer van deze kan worden gevergd (artikel 6:237, onder d, BW). Mijn betoog in de memorie van antwoord strekte ertoe duidelijk te maken dat instrumenten uit het algemene vermogensrecht bescherming bieden tegen een al te willekeurige opzegging door de verzekeraar. Zo kan een beding dat opzegging mogelijk maakt vernietigbaar zijn op grond van een wilsgebrek, kan een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of misbruik van bevoegdheid opleveren. Ook kan een zodanig beding onredelijk bezwarend worden geacht, waarbij reflexwerking van artikel 6:237, onder d, BW niet uitgesloten is. Al deze instrumenten hebben gemeen dat zij een correctief vormen op hetgeen in contractuele verhoudingen tussen professionele partijen (tegenover consumenten geldt artikel 6:237, onder d, BW zonder meer) voorop staat: dat het hun vrijstaat bij duurovereenkomsten, zeker als die voor onbepaalde tijd wordt gesloten, een mogelijkheid van tussentijdse opzegging overeen te komen. Naar mijn oordeel is in de praktijk niet

gebleken dat de bestaande en genoemde instrumenten in verhoudingen waarbij geen consumenten zijn betrokken, op zichzelf tekort schieten. Intussen past bij de verzekeringsovereenkomst in het algemeen wel dat de verzekeraar in beginsel terughoudend is in het hanteren van een bevoegdheid tot tussentijdse opzegging, zeker als er geen sprake is van kwade trouw bij de verzekeringnemer. Hetgeen men hier veelal ook zou kunnen afleiden uit bepalingen van het algemene vermogensrecht, leent zich ook voor een verzekeringsrechtelijke toespitsing. Men zie voor hetgeen reeds thans voor verzekeringen geldt: Asser-Clausing-Wansink, nr. 150, en de daargenoemde uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen. In elk geval zal voldaan moeten zijn aan de in de verzekeringsvoorwaarden gestelde vereisten. Voorts zal de verzekeraar veelal zorgvuldig moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en moeten nagaan of in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen. Alvorens tot opzegging over te gaan, kan een waarschuwing op zijn plaats zijn. Ook kan gedacht worden aan het instellen danwel het overeenkomen van een eigen risico per gebeurtenis als voorwaarde voor het voortzetten van de verzekering. In het geval van tussentijdse opzegging zal de verzekeraar steeds gehouden zijn schriftelijk mee te delen welke redenen aan de opzegging ten grondslag liggen, reeds omdat de verzekeringnemer deze informatie bij het sluiten van een nieuwe verzekering nodig heeft. Teneinde aan betrokkenen bij de verzekeringsovereenkomst op dit punt de nodige duidelijkheid te bieden, wordt in het wetsvoorstel voor de invoeringswet voorgesteld aan artikel 7.17.1.13 lid 3 een nadere bepaling toe te voegen, voor de formulering waarvan aansluiting is gezocht bij artikel 6:237, onder d, BW.

Aan de leden van de VVD-fractie, die opmerken dat bij toepassing van de artikelen 3:13 BW en 6:237, onder d, BW steeds van geval tot geval moet worden beoordeeld of de opzegging redelijk is, antwoord ik dat zulks ook bij vastlegging van een afzonderlijke verzekeringsrechtelijke toespitsing het geval is. Ook wanneer de verzekeraar zich ingevolge de voorgestelde bepaling in de invoeringswet dient te onthouden van opzegging op andere dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat voortzetting van de overeenkomst niet meer van hem kan worden gevegd, zal de beoordeling daarvan in concreto toch steeds moeten geschieden aan de hand van de omstandigheden van het desbetreffende geval. Wel zal daarbij uiteraard betekenis toekomen aan de normen en gezichtspunten zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, waaronder ook uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen, en de verzekeringsrechtelijke literatuur.

Met de voorgestelde toevoeging aan artikel 7.17.1.13 lid 3 wordt tenslotte recht gedaan aan het door de leden van de VVD-fractie benadrukte belang van duidelijkheid welke bescherming toekomt aan kleine ondernemers.

Artikel 7.17.1.14

De leden van de CDA-fractie hebben de indruk dat artikel 7.17.1.14 leden 3 en 4 moeten worden beschouwd als van dwingend recht. Zij zijn van oordeel dat de verzekeraar niet in afwijking van lid 3 kan bedingen dat hij geen enkele uitkering behoeft te doen, indien de mate van schade die de verzekeraar heeft geleden door verzaking van de verplichtingen van de leden 1 en 2 tot het melden van de verwezenlijking van het risico en tot het verschaffen van alle relevante inlichtingen en bescheiden, vaststelbaar is.

Ik wil voorop stellen dat hetgeen deze leden voorstaan, naar mijn oordeel niet zozeer bereikt zou worden door lid 3 van dwingend recht te maken, maar door de inhoud van lid 4 te wijzigen. Lid 3 verschaft de verzekeraar steeds de bevoegdheid om, geconfronteerd met verzaking van de in de

leden 1 en 2 omschreven verplichtingen, de uitkering te verminderen met de dientengevolge door hem geleden schade. Lid 3 is niet van dwingend recht; afwijking van lid 3 zou echter slechts meebrengen dat de verzekeraar bij verzaking van de verplichtingen van lid 1 en lid 2 zijn schade niet of niet volledig op de uitkering in mindering zou mogen brengen. Dat is niet waar het deze leden om te doen is.

De genoemde leden zijn van mening dat wanneer de schade van de verzekeraar vastgesteld kan worden, de verzekeraar geen verdergaande maatregel mag treffen dan voortvloeit uit lid 3. Een beding in de verzekeringsovereenkomst dat de verzekeraar het recht geeft om de uitkering te doen vervallen in gevallen dat duidelijk is dat de schade die hij door verzaking van de voornoemde verplichtingen lijdt kleiner is dan de opeisbaar geworden uitkering, kan in de ogen van deze leden derhalve niet door de beugel. Ik zou menen dat het hier gaat om de vraag wanneer gezegd kan worden dat de verzekeraar door de verzaking van de in de leden 1 en 2 bedoelde verplichtingen in een redelijke belang is geschaad. Voor het geval de verzekeraar in zodanig redelijk belang is geschaad, acht ik een beroep op een beding dat het recht op uitkering vervalt toelaatbaar. Ik neem daarbij in aanmerking dat het in veel gevallen heel moeilijk zal zijn om, in het kader van toepassing van lid 3, vast te stellen hoe groot de schade is die de verzekeraar lijdt. Bij toepassing van het in verzekeringsovereenkomsten gehanteerde alternatief, het verval van het recht op uitkering, is van belang dat deze sanctie een ingrijpend karakter heeft. Dat brengt mee dat aan het vereiste dat de verzekeraar in een redelijk belang is geschaad niet is voldaan door het enkele feit dat de verzekeraar door de niet-nakoming of niet-tijdige nakoming van de meldings- en inlichtingenplicht de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen en om feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang kunnen zijn voor de dekkingsvraag. Als de benodigde gegevens namelijk toch komen vast te staan en de verzekeraar derhalve door de bemoeilijking van zijn onderzoek niet daadwerkelijk is benadeeld, behoort het vervallen van de uitkering achterwege te blijven. Ten aanzien van de stelplicht (en vervolgens zonodig de bewijslast) in dit verband zou ik er voorshands van willen uitgaan dat het aan de verzekeraar die zich beroept op een beding als bedoeld in lid 4 is om te stellen dat niet is voldaan aan de meldings- en inlichtingenplicht, alsmede – zoals lid 4 dwingend-rechtelijk als voorwaarde stelt – dat hij daardoor geschaad is in een redelijk belang, zoals met name het nauwkeurig vaststellen van de door de verzekerde geleden schade. In beginsel zal het vervolgens aan de verzekerde zijn om daartegenover aan te voeren dat de schade niettemin kan worden vastgesteld, zodat het beroep op lid 4 dient te worden gepasseerd. Het zou te ver gaan om van de verzekeraar te vergen dat hij stelt en zo nodig ook bewijst dat de benodigde gegevens niet langs andere weg kunnen worden verkregen. Het is immers aan de verzekeringnemer en/of de verzekerde te wijten dat de verzekeraar de benodigde gegevens niet heeft kunnen verzamelen op de reguliere wijze van een schadevaststelling en toedrachtsonderzoek naar aanleiding van een onverwijld melding en correcte verstrekking van inlichtingen. Tenslotte onderschrijf ik dat indien door onderzoek van een of meer deskundigen, waarvan de onafhankelijkheid en deskundigheid vaststaan, de oorzaak voor de schade ook voor de verzekeraar vaststaat, de verzekeraar niet zonder meer kan stellen in een redelijk belang te zijn geschaad, enkel omdat hem niet de gelegenheid is geboden om zelf ook door een deskundige onderzoek te laten doen naar de oorzaak van de schade.

Artikel 7.17.2.4

De leden van de CDA-fractie zijn niet overtuigd door hetgeen in de memorie van antwoord is opgemerkt over de vraag waarom lid 2 van artikel 7.17.2.4 niet tevens van toepassing is op de gemeenschap die

bestaat tussen de gerechtigde tot de nalatenschap en die tot met name een gemeenschappelijke eigendom van een onroerende zaak. Ik ga daarop gaarne nader als volgt in.

Uitgangspunt van artikel 7.17.2.4 is de thans ingevolge artikel 267 Wetboek van Koophandel eveneens geldende regel dat de verzekerings-overeenkomst slechts belangen van de verzekeringnemer dekt. Willen partijen van dit uitgangspunt afwijken, en derhalve bewerkstelligen dat belangen van derden worden verzekerd of meeverzekerd, dan zal deze afwijking moeten blijken. Over de juistheid van deze benadering bestaat in de literatuur geen discussie. Wel heeft discussie bestaan over de vraag wat er geldt indien de verzekering betrekking heeft op goederen die in de huwelijksgemeenschap van de verzekeringnemer vallen. Twijfel is mogelijk over de vraag of in zo'n geval ook slechts het belang van de verzekeringnemer is gedekt en, zo ja, of de huwelijksvermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten meebrengt dat dit belang de gehele waarde van het goed betreft of slechts de helft daarvan. Artikel 7.17.2.4 lid 2 neemt de twijfel weg: beide echtgenoten zijn voor hun belang verzekerde. De regel strekt zich niet uit tot andere gemeenschappen dan die tussen echtgenoten of geregistreerde partners, waarbij vorenbedoelde twijfel zich ook niet voordoet. In de toelichting bij de eerste nota van wijziging is er voorts op gewezen dat de deelgenoten daarvan niet zonder meer een zodanige band met elkaar hebben dat het wenselijk is dat bij een verzekering van een zaak door een deelgenoot ook de belangen van de andere deelgenoten gedekt zijn (Tweede Kamer 1999–2000, 19 529, nr. 5, blz. 29).

In het voorlopig verslag was door de leden van de CDA-fractie geopperd dat voor de deelgenoten in een nalatenschap of een onroerende zaak de motivering aan het slot van de zojuist bedoelde toelichting niet geldt. In het nader voorlopig verslag werken deze leden deze gedachte nader uit. Ook in het geval van een nalatenschap kunnen zich, aldus deze leden, situaties voordoen dat (opnieuw) een verzekering moet worden gesloten, dat niet alle erven bereikbaar zijn of in staat zijn om aan het sluiten van de overeenkomst te participeren, daarover met hen geen communicatie mogelijk is, terwijl nog een verklaring van erfrecht ontbreekt op grond waarvan één van de erven namens allen een dergelijke verzekering zou kunnen sluiten. Vergelijkbare problemen kunnen zich volgens deze leden voordoen tussen gerechtigden tot een onroerende zaak. Tot zover kan ik de opmerkingen van de genoemde leden onderschrijven. Daaraan zou ik echter niet de conclusie willen verbinden dat artikel 7.17.2.4 lid 2 mede dergelijke situaties dient te omvatten. Van belang is dat de verhoudingen tussen de deelgenoten bij gemeenschappen als hier aan de orde uiteenlopend kunnen zijn, zodat een algemene regel, naast hetgeen reeds kan voortvloeien uit artikel 3:170 BW, niet op zijn plaats is. Doet zich het geval voor van een erfgenaam die een verzekering wenst te sluiten zonder dat hij alle andere erfgenamen kan bereiken, dan staat het hem vrij behalve zijn eigen belang ook dat van de andere deelgenoten te verzekeren. Een volmacht of verklaring van erfrecht is daarvoor niet vereist. De verzekeringnemer behoeft daarbij niet op te treden namens de andere erfgenamen, aangezien verzekering ten behoeve van een derde is gebaseerd op het mechanisme van het beding ten behoeve van een derde. Wel dient tussen verzekeraar en verzekeringnemer uitdrukkelijk of stilzwijgend te zijn afgeweken van het uitgangspunt dat slechts belangen van de verzekeringnemer gedekt worden. Nu de voorgestelde regeling derhalve in situaties als door deze leden geschetst geenszins in de weg staat aan totstandkoming van passende verzekeringen, bestaat naar mijn oordeel onvoldoende grond voor een uitbreiding van lid 2.

Artikel 7.17.2.9

De leden van de CDA-fractie stellen een aantal vragen over de eigen

schuld van de verzekerde die tot uitsluiting van de dekking leidt. Alvorens tot beantwoording daarvan over te gaan is het goed een aantal meer algemene opmerkingen te maken.

Artikel 7.17.2.9 is van regelend recht. Dit betekent dat in de polissen een afwijkende regeling kan worden opgenomen in die zin dat ook zwaardere vormen van schuld gedekt zijn, dan wel juist lichtere graden van schuld van de dekking zijn uitgesloten. Het eerste ziet men bijvoorbeeld bij aansprakelijkheidsverzekeringen, het tweede bij bijvoorbeeld kostbaarheden- en brandverzekeringen. Daarbij is van belang dat in de polis ook wordt omschreven voor welke risico's de verzekeraar dekking biedt c.q. bereid is te bieden, in die zin dat daarmee begrensd wordt voor welke mate van onzorgvuldigheid van de verzekerde de verzekeraar nog bereid is het risico te lopen. Het bepaalt dus mede de dekkingsomvang. Ook hierom is artikel 7.17.2.9 van regelend recht, omdat de omvang van de dekking en de daarvoor verschuldigde premie in beginsel aan partijen dient te worden overgelaten. Tenslotte is het van belang om op te merken dat de uitleg van de verschillende gradaties van schuld telkens mede afhankelijk kan zijn van het rechtsgebied waar zij worden gehanteerd. De uitleg van wettelijke bepalingen waarin een bepaalde gradatie van schuld is opgenomen, is immers mede afhankelijk van de ratio van deze bepalingen. Dit betekent dat bij hantering van dezelfde terminologie de precieze invulling daarvan per rechtsgebied kan verschillen.

De leden van de CDA-fractie vragen een reactie op de beschouwingen van I. Haazen in WPNR 6569 (2004) blz. 193–198 en WPNR 6570 (2004), blz. 209–214. Omdat de betekenis van de verschillende schuldgradaties mede kan afhangen van het rechtsgebied waar het wordt gehanteerd, zal ik mij beperken tot haar beschouwingen op het gebied van het verzekeringsrecht.

Haazen constateert dat de bijzondere bepaling voor de brandverzekering (art. 294 WvK) niet terugkeert. Zij merkt daarover op dat het gevolg van de nieuwe regeling voor de verzekeraar is dat hij in de toekomst de vergoeding van brandschade slechts kan afwijzen indien de verzekerde roekeloos heeft gehandeld waar thans merkelijke schuld vereist is. Dit is alleen juist indien in de polis geen specifieke regeling zou zijn getroffen. In (brand)verzekeringen kan echter een van artikel 7.17.2.9 afwijkende regeling worden opgenomen, bijvoorbeeld een die aansluit bij artikel 294 WvK. Wel speelt hier dan een vraag van overgangsrecht. In het geval bij thans lopende verzekeringen geen regeling is getroffen, moet worden aangenomen dat partijen hebben beoogd merkelijke schuld van de dekking uit te sluiten. Voorkomen moet worden dat door het in werking treden van artikel 7.17.2.9 in dat opzicht een ruimere dekking ontstaat. Daarom is in de Invoeringswet een overgangsbepaling opgenomen die artikel 7.17.2.9 alleen van toepassing laat zijn op verzekeringen die na de inwerkingtreding zijn gesloten. Alleen bij deze verzekeringen kan immers met dit artikel rekening worden gehouden en desgewenst een afwijkende regeling in de polis worden opgenomen.

Vervolgens geeft mevrouw Haazen een beschouwing over de ernstige vormen van eigen schuld, namelijk merkelijke schuld, grove schuld en roekeloosheid. Met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 (NJ 2004, 536) merkt zij op dat voor het aannemen van merkelijke schuld niet vereist is dat de verzekerde heeft gehandeld in het bewustzijn dat de schade het gevolg van zijn handelen kan zijn. Niet vereist is derhalve dat de verzekerde in zoverre in subjectieve zin een verwijt kan worden gemaakt. Vervolgens merkt zij op dat merkelijke schuld een ernstige mate van schuld is, maar in ernst wordt voorbijgestreefd door grove schuld. Grove schuld – zo vervolgt zij – grenst in laakbaarheid weer aan opzet. In artikel 7.17.2.9 is de term roekeloosheid weer synoniem met grove schuld. Vervolgens constateert zij dat op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid grove schuld wordt gedefi-

nieerd als opzet of bewuste roekeloosheid, maar dat voor artikel 7.17.2.9 niet van belang is of het om bewuste of onbewuste roekeloosheid gaat. Dit alles kan ik onderschrijven. Het bewustheidsvereiste wordt in artikel 7.17.2.9 niet gesteld, zodat in dat opzicht niet vereist is dat de verzekerde in subjectieve zin een verwijt kan worden gemaakt. Daarover wil ik wel opmerken dat dit verwijt dan alleen betrekking heeft op de vraag of de verzekerde wetenschap heeft gehad van de risico's van zijn handelen. Bij onbewuste roekeloosheid ontbreekt deze wetenschap maar behoeft het handelen daarom niet minder verwijtbaar te zijn, omdat hij zich wel bewust had behoren te zijn van de risico's van zijn handelen. Het verwijt is dan dat de verzekerde zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen van zijn handelen.

De leden van de CDA-fractie wijzen op artikel 8:1108 BW en het daar expliciet gehanteerde begrip bewuste roekeloosheid. Zij vragen waarom daar van de verzekeraar wel wordt vereist dat bewustheid wordt aange-toond en in het algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht niet. Artikel 8:1108 BW, dat overigens geen betrekking heeft op de overeenkomst van verzekering, maar op de overeenkomst van goederenvervoer, bepaalt, kort gezegd, dat een *vervoerder* zich bij opzet of bewuste roekeloosheid niet kan beroepen op enige beperking van zijn aansprakelijkheid. De reden hiervoor is de behoefte aan een bijzondere bescherming van de vervoerder in die zin dat een ongelimiteerde aansprakelijkheid ongewenst kan zijn, gegeven de verhouding van de vergoeding van zijn diensten tot de waarde van de mogelijk zeer kostbare lading. Artikel 7.17.2.9 heeft een andere achtergrond. Het geeft een regel van risico-verdeling in die zin dat het bij gebreke van een nadere regeling in de polis omschrijft voor welke gevaren de verzekeraar het risico moet lopen en welke daarentegen voor rekening van de verzekerde blijven.

Vervolgens vragen de leden van de CDA-fractie aandacht voor het volgende aspect van bewuste en onbewuste roekeloosheid. Dit is in het kort de vraag of een verzekerde die wegens een persoonlijkheidsstoornis of een handicap zich niet bewust kan zijn geweest van het gevaar van schadeveroorzaking, desalniettemin roekeloosheid kan worden verweten. Als voorbeelden noemen deze leden onder meer een dementerende persoon die brand veroorzaakt omdat hij vergeten is dat een pan eten op het vuur staat en iemand die door doofheid zich niet bewust is van de risico's van zijn handelen. Deze leden menen dat in een dergelijk geval deze persoon moeilijk roekeloosheid kan worden verweten. Het kwam deze leden voor dat in zulke situaties de verzekerden de hen persoonlijk betreffende omstandigheid zullen moeten stellen en vervolgens niet meer dan aannemelijk behoeven te maken.

In geval van onbewuste roekeloosheid is de verzekerde zich niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans op schade die het gevolg van zijn handeling kan zijn, maar had zich hier wel bewust van behoren te zijn. In dat geval kan de verzekerde worden verweten dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke schadelijke gevolgen van zijn handelen. Zie hierover M.M. Mendel, Enkele aspecten van opzet en grove schuld in het schadeverzekeringsrecht, in: In volle verzekerdheid, Zwolle, 1993, blz. 117–118. Indien, zoals in de door deze leden gegeven voorbeelden, een verzekerde zich niet bewust heeft kunnen zijn van de mogelijk schadelijke gevolgen van zijn handelen, kan hem dan ook inderdaad geen roekeloosheid worden verweten. Het is daarbij in beginsel aan de verzekeraar om te bewijzen dat de schade door roekeloosheid is veroorzaakt. Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419. Dit betekent dat de verzekeraar de uit de gedraging voortvloeiende aanmerkelijke kans op schade moet bewijzen, evenals het feit dat de verzekerde zich hier ook bewust van had moeten zijn. Bij dit laatste geldt dat uit de risicovolle gedragingen van de verzekerde veelal als voorshands bewezen kan worden aangenomen dat hij zich daarvan bewust had moeten zijn. Indien evenwel de verzekerde stelt dat dit ten gevolge van een lichamelijke of geestelijke tekortkoming

anders is, rust op hem geen zware bewijslast. Voldoende is dat hij feiten aantoonde die zoveel twijfel zaaien dat het als voorshands bewezen geachte dat hij zich van de risico's bewust had moeten zijn geweest niet langer houdbaar is.

Overigens dient deze situatie wel te worden onderscheiden van die waarin een verzekerde zich wel bewust is van de schadelijke gevolgen van zijn handelen, maar dit handelen hem op grond van een geestesstoornis niet verweten kan worden. Dit bijvoorbeeld omdat de verzekerde door deze stoornis ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handelen, of door deze stoornis buiten staat was om anders te handelen dan hij heeft gedaan. Te denken valt aan een ook door deze leden genoemde opzettelijke brandstichting die begaan is onder invloed van een geestesstoornis. In zijn arrest van 27 maart 1987 (NJ 1987, 658) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet van merkelijke schuld gesproken kan worden indien aan de verzekerde op grond dat hij toen leed aan een stoornis van zijn geestvermogens geen verwijt kan worden gemaakt van het veroorzaken van de brand. Dit een en ander geldt evenzeer voor de andere gradaties van schuld, zoals bij roekeloosheid in de zin van artikel 7.17.2.9.

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens aandacht voor de nieuwe opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen die als volgt luidt: «Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten». Deze clausule beoogt duidelijker tot uitdrukking te brengen dat de gevolgen van crimineel gedrag niet gedekt zijn. Deze leden wijzen er echter op dat het gevolg van deze tekst ook is dat niet alleen crimineel handelen geen dekking vindt maar ook bijvoorbeeld het handelen van een judoka die na een stopsignaal van een scheidsrechter nog een worp inzet waardoor zijn tegenstander gewond raakt. Ook hier is volgens deze leden sprake van een opzettelijk tegen een persoon gericht wederrechtelijk handelen. Zij verwijzen daarbij naar HR 11 november 1994, NJ 1994, 376. Deze leden vragen in hoeverre deze nieuwe opzetclausule in overeenstemming is met inhoud en strekking van artikel 7.17.2.9 en vragen of, indien er licht is tussen een en ander, er reden is om ten behoeve van slachtoffers een beperking aan te brengen op de vrijheid van verzekeraars om verdergaande uitsluitingen te bedingen.

Niet gezegd kan worden dat de nieuwe opzetclausule niet in overeenstemming is met inhoud en strekking van artikel 7.17.2.9. Deze bepaling is immers van regeland recht, mede omdat het verzekeraars, zeker bij onverplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, vrij dient te staan om te bepalen voor welke mate van onzorgvuldig gedrag van de verzekerde de verzekeraar nog bereid is het risico te lopen. Met deze leden ben ik wel van mening dat de redactie van de nieuwe opzetclausule ruimte laat voor de opvatting dat ook de gevolgen van niet-crimineel wederrechtelijk gedrag niet gedekt zijn, doch gezien de toelichting op deze clausule is het nadrukkelijk de bedoeling om alleen de gevolgen van crimineel gedrag van de dekking uit te sluiten. Zie daarover J.H. Wansink, AV&S 2000, blz. 14–17. Ik zie gezien dit alles dan ook geen reden om beperkingen aan te brengen op de vrijheid van verzekeraars om in deze uitsluitingen te bedingen.

De leden van de CDA-fractie wezen voorts op het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 1996 (NJ 1997, 199) in de strafzaak van de Porsche-rijder. Deze leden vragen of de stelling kan worden onderschreven dat deze rijder, in de zin van artikel 7.17.2.9, geacht moet worden met (voorwaardelijk) opzet te hebben gehandeld toen hij de schade veroorzaakte.

De verdachte in deze zaak heeft bij een inhaalmanoeuvre een frontale botsing veroorzaakt waarbij vijf personen om het leven zijn gekomen. De verdachte had voor de fatale botsing al een aantal gevaarlijke inhaalpogingen ondernomen. Voorts staat vast dat de verdachte had gedronken.

Het Hof had op grond daarvan bewezen geacht dat de verdachte zich willens en wetens had blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat andere verkeersdeelnemers ten gevolge van zijn handelwijze van het leven zouden worden beroofd zodat zijn opzet – in de zin van voorwaardelijk opzet – op die levensberoving betrekking had. De Hoge Raad oordeelt dat deze bewezenverklaring nadere motivering behoeft, omdat de verdachte met zijn handelwijze dan ook de aanmerkelijke kans op de koop toeneemt dat hijzelf door het ongeval het leven zal verliezen. Dit duidt er volgens de Hoge Raad op dat de verdachte verwachtte dat de manoeuvre niet tot een botsing zou leiden. De stelling dat deze rijder geacht moet worden met (voorwaardelijk) opzet te hebben gehandeld, kan dan ook niet worden onderschreven. Dit ook niet in de zin van artikel 7.17.2.9, omdat – zoals ik in de memorie van antwoord heb opgemerkt – het hier gehanteerde begrip opzet verwant is met het begrip opzet (waaronder voorwaardelijke opzet) in strafrechtelijke zin. Wel lijkt mij – in antwoord op een vraag daarnaar van deze leden – met de vaststaande feiten verdedigbaar dat de gedragingen van de bestuurder als roekeloosheid kunnen worden aangemerkt

Artikel 7.17.2.9c

De leden van de CDA-fractie hadden nog enkele vragen over de betekenis van de directe actie in het geval van long tail-schades bij aansprakelijkheidsverzekeringen met een claims made-dekking. Alvorens tot beantwoording daarvan over te gaan is het goed ook hier een aantal meer algemene opmerkingen te maken.

De directe actie van artikel 7.17.2.9c is van betekenis voor die terreinen waar een aansprakelijkheidsverzekering niet verplicht is gesteld. Een benadeelde kan in dat geval evenzogoed een veroorzaker aantreffen die geen verzekering heeft gesloten. Artikel 7.17.2.9c wil de positie van de benadeelde versterken door te bewerkstelligen dat, indien een verzekering is gesloten die dekking biedt, de verzekeringspenningen bij de benadeelde terechtkomen. Daarbij valt nog op te merken dat op die terreinen waar de wetgever geen aansprakelijkheidsverzekering verplicht heeft gesteld, er in beginsel ook geen aanleiding is dan wel wettelijke eisen aan de omvang van de dekking te stellen voor het geval er onverplicht een aansprakelijkheidsverzekering is gesloten.

De leden van de CDA-fractie merken op dat voor hen een probleem blijft dat bij long tail-schades er in de praktijk geen pro rata-verdeling zal plaatsvinden indien de eerste gelaedeerden de jaarlimiet hebben opgesoupeerd. Dat zal zich, zo merken deze leden op, al spoedig voordoen.

In de praktijk zal er alleen geen pro rata-verdeling van de jaarlimiet plaatsvinden indien de verzekeraar in de zin van lid 5 te goeder trouw aan de eerste gelaedeerden een uitkering heeft gedaan waardoor de verzekerde som is opgesoupeerd. Overschrijding van een jaarlimiet zal zich – anders dan deze leden stellen – bij long tail-schades juist minder spoedig voordoen dan bij andere schades. Het kenmerkende van een long tail-schade is immers dat er een lange periode zit tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het zich openbaren van de schade. Hierdoor zal in vergelijking met bijvoorbeeld een ongeval met vele slachtoffers de manifestatie van long tail-schades in het geval van een massaschade, zich ook over een langere periode uitspreiden.

Deze leden wijzen voorts op de mogelijkheid van een verzekeraar om na het opkomen van de eerste gelaedeerden de verzekering op te zeggen om daarmee voor de toekomst claims uit te sluiten. In de memorie van antwoord heb ik erop gewezen dat dit streven in verband met de zogenaamde in de modelpolis AVB 96 voorkomende omstandighedenmelding vermoedelijk slechts in beperkte mate succesvol zijn. Deze leden merken op dat dit antwoord erop neerkomt dat de wetgever het in dit

opzicht aan de branche overlaat om door middel van een modelpolis enig soelaas te bieden, en vragen zich af of dit wel genoegzaam geacht kan worden.

Hierboven heb ik al opgemerkt dat die terreinen waar de wetgever geen aansprakelijkheidsverzekering verplicht heeft gesteld, er in beginsel ook geen aanleiding is dan wel wettelijke eisen aan de omvang van de dekking, waaronder de uitloopdekking, te stellen voor het geval er een aansprakelijkheidsverzekering is gesloten. Dit laat onverlet dat de omstandigheden kunnen meebrengen dat een opzegging om daarmee voor de toekomst claims uit te sluiten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook kan gewezen worden op de voorgestelde toevoeging aan artikel 7.17.1.13 lid 3, dat terughoudendheid vereist in het hanteren van een bevoegdheid tot tussentijdse opzegging. Daarbij is overigens van betekenis dat juist met de omstandighedenmelding naar een evenwicht is gezocht tussen enerzijds het belang van de verzekeraar om na beëindiging van de verzekering niet nog tot in lengte van jaren geconfronteerd te worden met oude schadegevallen en anderzijds het belang van de verzekerde om niet plotsklaps dekking te verliezen voor tijdens de looptijd voorgevallen feiten waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaruit een aanspraak tot schadevergoeding voortvloeit. Voor dergelijke aanspraken valt immers geen dekking te verkrijgen op een nieuw af te sluiten verzekering.

Tenslotte vragen deze leden welke omvang deze uitloopdekking heeft en welke eisen gesteld worden aan een omstandighedenmelding, zó dat later opkomende gelaedeerden zich daar ook in het kader van een directe actie op kunnen beroepen.

In de toelichting op de modelpolis AVB 96 wordt over de omstandigheden-melding opgemerkt dat daaronder vallen feiten die bij de verzekerde bij het einde van de verzekering al wel bekend zijn en die wijzen op de mogelijkheid van een onder de verzekering gedekte aanspraak op schadevergoeding. Het gaat daarbij – aldus deze toelichting – om feiten waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaruit een aanspraak tot schadevergoeding kan voortvloeien. De exacte omvang van deze uitloopdekking, waarbij in het bijzonder de vereiste mate van waarschijnlijkheid dat deze feiten tot een aanspraak zullen leiden, is een vraag van uitleg die uiteindelijk aan de rechter is voorbehouden. Zie over de uitleg van polisvoorwaarden Asser-Clausing-Wansink, no. 179–182. Voorts kan over de eisen die aan de omstandighedenmelding worden gesteld nog worden opgemerkt dat het moet gaan om feiten die door de verzekerde tijdens de geldigheidsduur van de verzekering bij de verzekeraar zijn gemeld. Daarbij is van belang dat de verzekeraar bij een tussentijdse opzegging ingevolge artikel 7.17.1.13 lid 3 (dwingend) een opzegtermijn van ten minste twee maanden in acht moet nemen.

Artikel 7.17.2.18

De leden van de VVD-fractie zijn wat betreft de bereddingsplicht niet overtuigd van het antwoord op blz. 23 en 24 van de memorie van antwoord. Deze leden vragen zich af hoe de bereddingsplicht zich nu verhoudt tot de reikwijdte van de vergoedingsplicht van de verzekeraar daarvoor, en in het bijzonder of het zo kan zijn dat de kosten van het voldoen aan de bereddingsplicht niet worden vergoed, terwijl desalniettemin aan deze plicht moet worden voldaan.

De maatregelen die de verzekeringnemer of een verzekerde moet nemen om een ingetreden of ophanden zijnde schade te voorkomen of te verminderen, alsmede de verplichting van de verzekeraar om de kosten daarvan te vergoeden, zijn in de leden 1 en 2 van artikel 7.17.2.18 nauwkeurig op elkaar afgestemd. Dit betekent dat deze kosten door de verzekeraar vergoed moeten worden, en wel dwingend (art. 7.17.2.25a lid 5). In de door deze leden genoemde passage is evenwel betoogd dat

andere op geld waardeerbare opofferingen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Dit overigens met uitzondering van schade aan zaken die bij de bereddingsplicht worden ingezet en voorzover de polis niet anders bepaalt. Als voorbeeld van op geld waardeerbare opofferingen die aldus niet voor vergoeding in aanmerking komen is genoemd de reissom van een vakantie die de verzekerde annuleert teneinde maatregelen te kunnen nemen om een ernstige waterschade in zijn woning te kunnen beredden. Dit betekent derhalve dat de kosten van de door deze verzekerde genomen maatregelen wel door de verzekeraar vergoed dienen te worden, maar niet de door de verzekerde verschuldigde reissom. Het annuleren van de vakantie is immers geen maatregel ter voorkoming of beperking van schade, hooguit een voorwaarde om dergelijke maatregelen te kunnen nemen.

Artikel 7.17.2.21

In de memorie van antwoord is ingegaan op de in artikel 7.17.2.21 gebezigde begrippen vervangingswaarde, herbouwwaarde en nieuwwaarde. Met betrekking tot het begrip herbouwwaarde is opgemerkt dat daarmee wordt bedoeld op het bedrag dat nodig is voor de verkrijging van een nieuwe zaak van dezelfde soort en kwaliteit als de verloren gegane zaak. De leden van de CDA-fractie vragen nu om in te gaan op de situatie van een verzekerd pand dat een monument vormde en verloren is gegaan, en waaruit bepaalde, voor het monumentale karakter bepalend zijnde, materialen tegen extra kosten zouden kunnen worden hergebruikt in het nieuw te bouwen pand. De vraag is of deze extra kosten als zodanig begrepen zijn in het begrip herbouwwaarde. Opmerking verdient dat bij een pand dat zijn waarde nu juist voor een belangrijk deel ontleent aan het feit dat het gaat om een monument, gebruik van het begrip herbouwwaarde zonder nadere kwalificatie problematisch kan zijn. Partijen bij de verzekering zullen vermoedelijk dan ook in de verzekeringsvoorwaarden aangeven welke dekking precies is beoogd. Meer in het algemeen geldt uiteraard dat het partijen in de praktijk vrij staat de dekking zelf te omschrijven en te begrenzen, waarbij ook het begrip herbouwwaarde nader in de polis kan worden omschreven.

Artikel 7.17.2.25

Lid 2 van deze bepaling lost ten gunste van de verzekerde een rangordeprobleem op indien zowel de verzekerde als diens verzekeraar krachtens subrogatie een vordering op de aansprakelijke partij heeft, maar deze bijvoorbeeld onvoldoende verhaal biedt of slechts beperkt aansprakelijk is. De leden van de VVD-fractie stellen de vraag aan de orde hoe het recht van de verzekerde veilig kan worden gesteld indien de verzekeraar geheel te goeder trouw zijn schade vergoed heeft gekregen en vervolgens de aansprakelijke partij niet meer in staat (of verplicht) is om de restantschade van de verzekerde te voldoen.

In dit geval waarin aldus de verzekeraar ten koste van de verzekerde meer vergoed heeft gekregen dan waarop hij aanspraak kan maken, is de verzekeraar ten koste van de verzekerde ongerechtvaardigd verrijkt. Artikel 6:212 BW verplicht in dat geval de verzekeraar de schade van de verzekerde te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. In de situatie waarin de aansprakelijke partij beperkt aansprakelijk is en lid 2 tot gevolg heeft dat alleen de verzekerde nog een vordering op deze partij heeft, kan de verzekerde bovendien op grond van de artikelen 6:34 jo 36 BW verhaal nemen op de verzekeraar.

In de memorie van antwoord heb ik erop gewezen dat in lid 3 verhaal op gezinsleden is uitgesloten omdat het uitoefenen daarvan hun relatie met de verzekerde kan verstoren, of ook de verzekerde economisch kan treffen. De leden van de VVD-fractie wijzen op de HR 19 april 1985, NJ

1986, 209 en HR 11 februari 1994, NJ 1995, 494, waarin de Hoge Raad oordeelde dat verhaal op een gezinslid wel mogelijk is. Deze leden willen graag in het licht van het onderhavige voorstel mijn visie vernemen op deze uitspraken.

Zonder nadere regeling ter zake in de polis wordt naar huidig recht in het algemeen aangenomen dat alleen op medeverzekerden geen verhaal kan worden genomen. Dit betekent dat in het geval gezinsleden niet als zodanig zijn aan te merken, verhaal op een mede-gezinslid mogelijk is. In de door deze leden genoemde arresten was daarvan sprake, zij het dat het hier het verhaal van een ziekenfonds ingevolge artikel 83 sub b van de Ziekenfondswet betrof. Om de zojuist genoemde redenen acht ik evenwel het verhaal op gezinsleden onwenselijk. In lid 3 van artikel 7.17.2.25 worden daarom ten behoeve van deze gezinsleden wettelijke beperkingen te zake aangebracht. Daarbij is dan ook niet meer relevant of zij als medeverzekerden zijn aan te merken. Zie overigens ook reeds Hof Amsterdam 1 maart 2001, NJ 2004, 540, waar het verhaal van een ziektekostenverzekeraar op een echtgenoot niet werd toegestaan.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner