

Mr. M. Jongkind*

Het averechts effect van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging

De zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging beoogt het belang van de (aspirant-)verzekeringnemer te beschermen. Onder omstandigheden kan de zorgplicht echter averechts effect hebben. Nakoming van de zorgplicht leidt er namelijk toe dat de verzekeraar de (aspirant-)verzekeringnemer, bij beoordeling van een verzekeringsaanvraag, vaker geheel of gedeeltelijk dekking zal ontzeggen, dan wel dat de verzekeraar, na totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst, sneller met succes een beroep kan doen op verzwijging wegens schending van de (spontane) mededelingsplicht. De (aspirant-)verzekeringnemer kan hierdoor in een nadeliger situatie terecht komen dan zonder (nakoming van) de zorgplicht het geval zou zijn geweest.

1. INLEIDING

Zorgplichten zijn een essentieel onderdeel van het Nederlandse verbintenissenrecht. Het begrip ‘zorgplicht’ wordt in de literatuur verschillend gedefinieerd. Tjong Tjin Tai geeft de volgende omschrijving: ‘een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object’.¹ De door Jansen, Munneke, Van Ommeren en Rutgers gehanteerde definitie luidt als volgt: ‘een gedragsnorm op grond waarvan de betrokkenen de zorg voor een bepaald door de wetgever of de rechter geformuleerd belang in acht moeten nemen’.² In de kern komt het erop neer dat bij zorgplichten een verplichting aangenomen wordt om iets te doen of na te laten in het belang van een andere persoon (of object).³ Zorgplichten doen zich voor in tal van situaties. In de rechtspraak zijn onder andere zorgplichten aanvaard voor ziekenhuizen, banken, werkgevers en wegbeheerders.⁴ Ook op beroepsbeoefenaren rusten zorgplichten.⁵ Dit geldt onverkort voor de assurantietussenpersoon.⁶ In dit artikel wordt nader ingegaan op de zorgplicht van de assurantietussenpersoon in geval van verzwijging door de (aspirant-)verzekeringnemer. Uiteengezet zal worden dat die zorgplicht een averechts effect kan hebben, in die zin dat de (aspirant-)verzekeringnemer ten behoeve van wie de zorgplicht geldt uiteindelijk in een nadeliger situatie

terecht kan komen dan zonder (nakoming van) de zorgplicht het geval zou zijn geweest. De verzekeraar zal de (aspirant-)verzekeringnemer bij beoordeling van een verzekeringsaanvraag vaker geheel of gedeeltelijk dekking ontzeggen, dan wel – na totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst – sneller met succes een beroep kunnen doen op verzwijging wegens schending van de (spontane) mededelingsplicht. Omdat de (omvang van de) zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging niet los gezien kan worden van het verzwijgingsleerstuk, zullen de relevante aspecten van dit leerstuk hieronder als eerste besproken worden (paragraaf 2). Vervolgens zal uiteengezet worden welke zorgplicht op de assurantietussenpersoon rust in het kader van verzwijging (paragraaf 3). Het averechtse effect van die zorgplicht zal daarna aan de orde komen (paragraaf 4). Ten slotte zal het artikel afgesloten worden met een conclusie (paragraaf 5).

2. VERZWIJGING

Artikel 7:928 BW heeft betrekking op de informatieplicht van de (aspirant-)verzekeringnemer bij de totstandkoming van een verzekering. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat de verzekeringnemer verplicht is vóór het sluiten van de overeenkomst alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort

* Marko Jongkind is advocaat bij VanNiekercKieremans Advocaten te Rotterdam.

1. Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 97.
2. Zie C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 14.
3. Zie ook B. Rijsbeek, ‘De zorgplicht van advocaten jegens derden: uitbreiding geboden?’, in: M.R. Helby e.a. (red.), *Schaalvergroting in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019, p. 278. Rijsbeek definieert het begrip ‘zorgplicht’ als: ‘een plicht om iets te doen of na te laten met als doel bepaalde belangen van een ander te bevorderen, te beschermen of te ontzien en waarbij de zorgdrager zelf mag bepalen hoe hij dat doel bereikt’.
4. Zie bijvoorbeeld HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, *NJ* 1996/118, m.nt. J. de Boer; HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256, *NJ* 1997/260; HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, *NJ* 2009/330; HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, *NJ* 1993/547, m.nt. C.J.H. Brunner.
5. Zie ook E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 16.
6. Zie onder andere HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, *NJ* 1997/718, m.nt. M.M. Mendel; HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, *NJ* 1998/586, m.nt. M.M. Mendel; HR 29 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2837, *NJ* 1999/651, m.nt. P. Clausing en HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003/375, m.nt. M.M. Mendel.

te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten, afhangt of kan afhangen. Uitgangspunt is derhalve dat op de (aspirant-)verzekeringnemer een spontane, precontractuele mededelingsplicht rust: hij is verplicht om uit zichzelf relevante feiten, waarmee hij bekend is of behoort te zijn, mede te delen aan de verzekeraar.⁷ Op dit uitgangspunt bestaat een belangrijke uitzondering. Die doet zich voor wanneer de verzekeraar gebruikmaakt van een vragenlijst. In artikel 7:928 lid 6 BW wordt aangegeven dat, indien de verzekering is afgesloten op grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, de verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat vragen niet zijn beantwoord, of feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld en evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Achterliggende gedachte hierbij is dat de verzekeraar, door invulling van een door hem zelf opgestelde vragenlijst te verlangen, niet alleen te kennen geeft dat hij deze feiten van belang acht voor de aanvraag, maar tevens suggereert dat hij niet geïnteresseerd is in de feiten waarnaar niet gevraagd wordt. De (aspirant-)verzekeringnemer mag niet de dupe worden van een door de verzekeraar opgestelde onvolledige vragenlijst, tenzij de (aspirant-)verzekeringnemer tegen beter weten in heeft gehandeld.⁸ Dit laatste doet zich voor bij het in de tenzijzin van artikel 7:928 lid 6 BW bedoelde opzet tot misleiden.⁹ Uit artikel 7:930 lid 5 BW volgt dat de verzekeraar bij opzet tot misleiden geen uitkering is verschuldigd (bij een schade die normaliter gedekt zou zijn onder de polisvoorwaarden van de verzekering). In navolging van Wuyts merkt Engel op dat de tenzijzin van artikel 7:928 lid 6 BW 'het achterpoortje van de spontane mededelingsplicht' openhoudt.¹⁰ Engel geeft vervolgens het volgende aan:

'Als de aspirant-verzekeringnemer bij het sluiten van een verzekering bekend is met een relevant feit (hij lijdt sinds kort aan een ernstige, relatief onbekende ziekte), en hij de relevantie voor de acceptatiebeslissing van de verzekeraar inziet, moet het dan uitmaken dat de verzekeraar naar dit specifieke feit geen vraag heeft gesteld? Ik ben van mening dat de aspirant-verzekeringnemer het betreffende feit ook dan aan de verzekeraar moet mededelen en er dus in beginsel een "aanvullende, spontane mede-

delingsplicht" bestaat. In dit verband wijs ik erop dat verzekeraars in de praktijk algemene slotvragen stellen, waardoor de aspirant-verzekeringnemer ermee bekend raakt dat er meer van hem wordt verwacht dan slechts het beantwoorden van de wél concrete vragen van de verzekeraar.

Een schending van de aanvullende spontane mededelingsplicht kan echter alleen worden gesanctioneerd, indien zij is begaan met het opzet de verzekeraar te misleiden (zie de tenzijzin van lid 6). Zo wordt mijns inziens de verzekeringnemer beschermd; in beginsel blijft een schending van de aanvullende spontane mededelingsplicht zonder gevolgen voor het recht op uitkering.¹¹

Op 25 maart 2016 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waaruit afgeleid kan worden wat onder opzet tot misleiden dient te worden verstaan:

'(...) dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.'¹²

De overweging van de Hoge Raad heeft betrekking op opzet tot misleiden in de zin van artikel 7:930 lid 5 BW. De Hoge Raad benadrukt echter dat er samenhang bestaat tussen artikel 7:928 en 7:930 BW. Bij beide artikelen dient het begrip 'opzet tot misleiden' dan ook op identieke wijze uitgelegd te worden. Geruime tijd heeft in de literatuur discussie bestaan over de vraag of onder opzet tot misleiden uitsluitend opzet als oogmerk is begrepen¹³ of ook voorwaardelijke opzet.¹⁴ Bij opzet als oogmerk gaat het om willens en wetens handelen. Voorwaardelijke opzet is aan de orde indien de (aspirant-)verzekeringnemer de mogelijkheid van misleiden wel heeft voorzien, maar denkt dat het niet zo'n vaart zal lo-

7. Zie ook K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 179; C.J. de Jong, 'De zorgplicht van een verzekeringstussenpersoon in geval van verzwijging', *TAV* 2016, afl. 7, p. 20-21.

8. Zie PG 7:17 BW Verzekering, p. 11-12 en 15. Zie ook E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (3e druk; 1e druk verschenen als diss. Rotterdam), p. 87-88.

9. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/149; K. Engel, 'Naar een precontractuele vraagplicht voor de verzekeraar?', *NTHR* 2013, afl. 6, p. 319-320; M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.5.1 en K. Engel & M.L. Hendrikse, 'Precontractual fraud in insurance contract law', *EJCCL* 2014, afl. 2, p. 37.

10. Zie Engel 2016, p. 192 en D. Wuyts, *Verzekeringsfraude* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Intersentia 2014, p. 301.

11. Zie Engel 2016, p. 192.

12. Zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507, r.o. 3.3.3, *NJ* 2016/382, m.nt. M.M. Mendel.

13. Dit is de opvatting van Wansink, Van Tiggele en Wervelman. Zie J.H. Wansink, 'Het KIFID en vervalbedingen: verval van recht of recht in verval?', *AV&S* 2011/17, p. 165; N. van Tiggele-van der Velde, 'De foute verzekerde. Over verzekering & fraude', *VA* 2013, afl. 2, p. 72-75; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/190 en Wervelman 2016, p. 322-323.

14. De (toenmalige) opvatting van Hendrikse en Engel. Zie Hendrikse 2013, par. 2.5.2; Engel *NTHR* 2013, p. 320 en K. Engel, 'Met het opzet de verzekeraar te misleiden bij het sluiten van een verzekering', *NTHR* 2016, afl. 5, p. 263 en 268. De auteur van dit artikel heeft de opvatting van Hendrikse en Engel verdedigd. Zie M. Jongkind & M. Verheijden, 'Fraude en de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', *L&S* 2017, afl. 2, p. 20-21.

pen en de werkelijke afloop hem eigenlijk niet interesseert.¹⁵ Door Engel wordt in dit verband gesproken over een (aspirant-)verzekeringnemer die bewust ‘oogkleppen’ opzet.¹⁶ Inmiddels is duidelijk dat het begrip ‘opzet tot misleiden’ beperkt is tot opzet als oogmerk en dat voorwaardelijke opzet (dus) niet volstaat. Volgens Hendrikse en Rinkes volgt dit (reeds) uit het feit dat de Hoge Raad in de hierboven geciteerde rechtsoverweging uit het arrest van 25 maart 2016 spreekt over de *bedoeling* van de verzekeringnemer om de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.¹⁷ Met Engel,¹⁸ Rutten en Weterings¹⁹ ben ik van mening dat de betreffende overweging van de Hoge Raad niet inzichtelijk maakt wanneer sprake is van ‘een bedoeling de verzekeraar te misleiden’, zodat met die uitspraak nog steeds niet duidelijk was welke opzetgradatie (minimaal) vereist is. Wat hiervan verder ook zij, de Hoge Raad heeft, bij arrest van 21 februari 2020,²⁰ definitief uitsluitel gegeven over de reikwijdte van het begrip ‘opzet tot misleiden’.²¹ In de betreffende zaak was in het cassatiemiddel de rechtsklacht opgenomen dat het hof het begrip ‘opzet tot misleiden’ te beperkt had opgevat, omdat daaronder ook voorwaardelijk opzet zou vallen.²² De Hoge Raad heeft dit klachtonderdeel ongegrond verklaard. Het hof had de juiste maatstaf aangelegd bij zijn beoordeling of sprake was van opzet tot misleiden.^{23, 24}

Bij een beroep op opzet tot misleiden geldt dat de stelplicht en de bewijslast ter zake op de verzekeraar rusten.²⁵ Indien de verzekeraar een beroep op verzwijging doet in

verband met een bij de verzekeringsaanvraag niet vermeld feit waarnaar in de door hem opgestelde vragenlijst geen specifieke vraag is gesteld, is het dus aan de verzekeraar om te stellen en – bij voldoende gemotiveerde weerspreking – te bewijzen dat de (aspirant-)verzekeringnemer zijn aanvullende, spontane mededelingsplicht niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden. In gevallen waarin de (aspirant-)verzekeringnemer dit niet zelf erkent, kan het opzet tot misleiden alleen worden aangetoond met behulp van vermoedens, te putten uit de omstandigheden van het geval.²⁶ Wanneer de feiten en omstandigheden in hun onderling verband bezien daartoe aanleiding geven, kan voorshands als bewezen worden aangenomen dat de aspirant-verzekeringnemer het opzet had de verzekeraar te misleiden.²⁷ De verzekeraar behoeft dan in beginsel geen verder bewijs te leveren voor het opzet tot misleiden van de (aspirant-)verzekeringnemer, tenzij de (aspirant-)verzekeringnemer het voorshands bewijsoordeel door middel van tegenbewijs kan ontzenuwen.²⁸

3. DE ZORGPLICHT VAN DE ASSURANTIETUSSENPERSOON BIJ VERZWIJGING

De rechtsverhouding tussen de (aspirant-)verzekeringnemer en de assurantietussenpersoon kwalificeert als een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 lid 1 BW.²⁹ Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. Bij beroepsbeoefenaren, zoals een

15. Zie Hendrikse 2013, p. 25.

16. Zie Engel, *NTHR* 2016, p. 263 en 268.

17. Zie M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk, nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019/6.10.2. Zie ook M.L. Hendrikse, ‘Fraude bij de vaststelling van de uitkering van een (handels)verzekering’, *NTHR* 2018, afl. 2, p. 79.

18. Zie Engel, *NTHR* 2016, p. 263-264.

19. Zie S. Rutten & W.C.T. Weterings, ‘Kroniek Ontwikkelingen schadeverzekeringsrecht 2015-2016’, *TvC* 2017, afl. 5, p. 210.

20. Zie HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311.

21. Het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2020 heeft betrekking op opzet tot misleiden ex artikel 7:941 lid 5 BW. De Hoge Raad laat er echter geen enkel misverstand over bestaan dat aan de woorden ‘met het opzet de verzekeraar te misleiden’ in artikel 7:941 lid 5 BW een betekenis moet worden toegekend die aansluit bij de betekenis die daaraan toekomt in het kader van artikel 7:930 lid 5 BW (en dus ook artikel 7:928 lid 6 BW). Zie HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311, r.o. 3.1.6.

22. Zie HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311, r.o. 3.1.1.

23. Zie HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311, r.o. 3.1.5 en 3.1.6.

24. Voor een kritische bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2020 zie: L. Bartels, ‘Het opzet de verzekeraar te misleiden na verwezenlijking van het risico’, *NTHR* 2020, afl. 3, p. 101-109. Volgens Bartels is ook na het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2020 nog onduidelijk of onder opzet tot misleiden alleen opzet als oogmerk is begrepen of ook voorwaardelijke opzet. Deze conclusie deel ik niet. De Hoge Raad heeft de rechtsklacht waarin betoogd werd dat onder opzet tot misleiden ook voorwaardelijke opzet valt, immers verworpen.

25. Zie PG Titel 7:17 BW Verzekering, p. 12. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/194; N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 141 en M.L.S.W.E. de Lange, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 104.

26. Zie Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 217.

27. Zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507, r.o. 3.5.1 en 3.5.2, *NJ* 2016/382, m.nt. M.M. Mendel; Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 142-146 en Wansink, *AV&S* 2011, p. 165.

28. Zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507, r.o. 3.5.2, *NJ* 2016/382, m.nt. M.M. Mendel. Zie ook Engel, *NTHR* 2016, p. 267.

29. Zie ook C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon en de gevormachtigd agent* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 65.

assurantietussenpersoon, gaat het erom of zij in de gegeven omstandigheden de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot hebben betracht.³⁰

Zorgplichten dienen nader ingevuld te worden aan de hand van de omstandigheden van het geval.³¹ Dit geldt evenzeer voor de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging. Bij de invulling van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon is een relevante omstandigheid of bij de verzekeringsaanvraag gebruik is gemaakt van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. Op de Nederlandse verzekeringsmarkt is dit doorgaans het geval.³² Grote uitzondering hierop vormen de ter beurze gesloten verzekeringsovereenkomsten. Bij het aangaan van die verzekeringen wordt in de regel geen gebruik gemaakt van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst.³³ Dit betekent dat de zorgplicht bij verzwijging voor de beursmakelaar op een andere wijze wordt ingevuld dan voor de assurantiepersoon die op de provinciale markt acteert. In dit artikel ligt de focus op de zorgplicht van laatstgenoemde assurantietussenpersoon. De zorgplicht van de beursmakelaar bij verzwijging wordt buiten beschouwing gelaten.³⁴

De Hoge Raad heeft in een arrest van 11 december 1998 het volgende overwogen over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon bij verzwijging:

‘Bij de beoordeling van de in de onderdelen vervatte klachten moet worden vooropgesteld dat de zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende assurantietussenpersoon mag worden verwacht, meebrengt dat hij aan de verzekeraar voldoende inlichtingen geeft om deze ervan te weerhouden naderhand een beroep op art. 251K [thans artikel 7:928 BW, MJ] te doen (HR 22 november 1996, nr. 16 078, *NJ* 1997, 718). Zulks brengt mee dat indien de tussenpersoon niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt nog volledig en juist zijn, hij daarnaar bij zijn cliënt (de aspirant-verzekeringnemer) dient te informeren, ook wanneer het gaat om feiten betreffende een eventueel strafrechtelijk verleden, voor zover die feiten van belang zijn voor de beantwoording van vragen die de verzekeraar met betrekking tot het aangaan van de verzekering heeft gesteld. De assurantietussenpersoon dient daarbij ermee rekening te houden dat zijn cliënt niet spontaan zal overgaan tot vermelding van gegevens omtrent zijn strafrechtelijk verleden (vgl. HR 18 december 1981,

nr. 11 745, *NJ* 1982, 570 en HR 13 september 1996, nr. 16 042, *NJ* 1997, 637).³⁵

Uit bovenstaande overweging kan afgeleid worden dat de assurantietussenpersoon ervoor zorg dient te dragen dat aan de verzekeraar bij een verzekeringsaanvraag de informatie wordt verstrekt die nodig is om te voorkomen dat de verzekeraar zich op een later moment op het standpunt kan stellen dat sprake is van verzwijging. Onderdeel van deze zorgplicht is een informatie-inwinverplichting.³⁶ De assurantietussenpersoon moet bij de (aspirant-)verzekeringnemer naar feiten informeren, indien hij ofwel niet over voldoende gegevens beschikt, ofwel bij twijfel of de gegevens waarover hij beschikt nog volledig en juist zijn.³⁷ Het gaat hier om verplichtingen die de assurantietussenpersoon heeft in het belang van de (aspirant-)verzekeringnemer. De zorgplicht van de assurantietussenpersoon strekt ertoe te voorkomen dat de (aspirant-)verzekeringnemer, na de acceptatie van zijn verzekeringsaanvraag, geconfronteerd kan worden met een beroep op verzwijging door de verzekeraar. Uit die strekking volgt dat de informatie-inwinverplichting van de assurantietussenpersoon niet beperkt is tot de feiten waarnaar specifiek gevraagd wordt in de door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. De verzekeraar kan immers ook een beroep op verzwijging doen indien de (aspirant-)verzekeringnemer zijn aanvullende, spontane mededelingsplicht niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden (zie de vorige paragraaf). Ook het risico van een dergelijk beroep op verzwijging, beoogt de zorgplicht van de assurantietussenpersoon te voorkomen. Een assurantietussenpersoon die zijn zorgplicht bij verzwijging niet naar behoren is nagekomen, is in beginsel aansprakelijk voor de schade die de (aspirant-)verzekeringnemer hierdoor lijdt. De schadevergoedingsvordering jegens de assurantietussenpersoon kan gebaseerd worden op een toerekenbare tekortkoming ex artikel 6:74 BW.³⁸ Bij laakbaar handelen van de (aspirant-)verzekeringnemer (opzet tot misleiden), kan de assurantietussenpersoon een beroep doen op eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Onder omstandigheden kan de eigen schuld van de (aspirant-)verzekeringnemer ertoe leiden dat hij zijn volledige schade zelf moet dragen.³⁹

30. Zie De Jong 2011, p. 73; I. van Velzen, ‘De assurantietussenpersoon’, in: S.Y.Th. Meijer e.a. (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector* (Recht en Praktijk, nr. VR6), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 123-124; L. Schuur, ‘De verzekeringsovereenkomst’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 44 en F. van der Woude, E.M. van Orsouw & J.S. Overes, ‘Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon’, *AV&S* 2017/6, afl. 1, p. 32.

31. Zie bijvoorbeeld HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, r.o. 3.6.2, *NJ* 1996/118, m.nt. J. de Boer; HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, r.o. 3.6.2, *NJ* 1999/285, m.nt. W.M. Kleijn en HR 26 september 2003, ECLI:HR:2003:AI0830, r.o. 3.6, *NJ* 2003/660.

32. Zie ook Engel 2016, p. 179 en PG Titel 7:17 BW Verzekering, p. 15.

33. Zie ook N. van Tiggele-van der Velde, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst in coassurantie: de lastige grens tussen “moeten melden” en “moeten vragen”’, in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurze. Coassurantie in theorie en praktijk* (Onderneming & Recht, nr. 67), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 70.

34. Zie hiervoor: Van Tiggele-van der Velde 2017, p. 72-95.

35. Zie HR 11 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2805, r.o. 3.3.2, *NJ* 1999/650, m.nt. P. Clausing.

36. Zie ook De Jong, *TAV* 2016, p. 22.

37. Zie ook R. Feunekes, ‘De zorgplicht van assurantietussenpersonen bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten’, *NTHR* 2007, afl. 4, p. 166.

38. Zie ook Van der Woude, Van Orsouw & Overes, *AV&S* 2017, p. 32.

39. Zie Rb. Rotterdam 5 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6357, r.o. 5.3.

4. HET AVERECHTSE EFFECT VAN DE ZORGPLICHT

Aan de hand van een door de Hoge Raad beoordeelde zaak,⁴⁰ zal hieronder uiteengezet worden dat de op de assurantietussenpersoon rustende zorgplicht bij verzwijging een averechts effect kan hebben, in die zin dat de (aspirant-)verzekeringnemer ten gevolge van die zorgplicht uiteindelijk in een nadeliger situatie kan geraken dan zonder (nakoming van) de zorgplicht het geval zou zijn geweest. De feiten van de zaak laten zich als volgt samenvatten. Een verzekeringnemer had via zijn assurantietussenpersoon een opstal- en inboedelverzekering afgesloten. Bij de verzekeringsaanvraag was gebruikgemaakt van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. In de vragenlijst was geen vraag opgenomen die rechtstreeks betrekking had op een opzegging van een verzekering in het verleden door een andere verzekeraar. De vragenlijst bevatte wel een algemene slotvraag waarin de (aspirant-)verzekeringnemer gevraagd werd of er nog andere feiten waren die voor de verzekeringsaanvraag van belang konden zijn. De voor het antwoord op deze vraag bestemde ruimte in de vragenlijst, was opengelaten. Nadat de verzekering tot stand waren gekomen, is de opstal en inboedel door brand verloren gegaan. De verzekeraar heeft vervolgens uitkering geweigerd met een beroep op verzwijging. Door de verzekeraar werd erop gewezen dat de verzekeringnemer bij de verzekeringsaanvraag niet vermeld had dat een andere verzekeraar enkele maanden eerder verzekeringen had opgezegd in verband met een ingediende, (beweerdelijk) frauduleuze claim. De verzekeringnemer kon zich niet verenigen met het beroep op verzwijging en heeft zowel de verzekeraar als de assurantietussenpersoon in rechte betrokken. In eerste aanleg en hoger beroep zijn de vorderingen tegen de verzekeraar en de assurantietussenpersoon afgewezen. De Hoge Raad casseert echter het oordeel van het hof. Met betrekking tot de vordering tegen de verzekeraar, overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘Indien een verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, kan de verzekeraar zich niet erop beroepen dat feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden (HR 20 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2235, NJ 1997/638; sinds 1 januari 2006 art. 7:928 lid 6 BW). Daaronder moet worden verstaan het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij bij kennis van de niet meegedeelde feiten in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (HR 18 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4298, NJ 1982/570 en Kamerstukken II 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 9). Het is aan de verzekeraar die zich op deze uitzondering beroept om feiten en omstandigheden aan te voeren, en zo nodig te bewijzen, waaruit dat opzet kan worden afgeleid.’⁴¹

Volgens de Hoge Raad heeft het hof niet miskend dat voor een geslaagd beroep op verzwijging vereist is dat de verzekeringnemer gehandeld heeft met het opzet de verzekeraar te misleiden. Wel heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom het betoog van de verzekeringnemer dat van dergelijk opzet geen sprake was, verworpen is. De Hoge Raad acht in dit verband relevant dat de verzekeringnemer diverse omstandigheden heeft aangevoerd waaruit volgens hem zou blijken dat geen sprake was van opzet tot misleiden.⁴² Het gaat hier om de volgende omstandigheden:

- bij de verzekeringsaanvraag zou de assurantietussenpersoon alles geregeld hebben, ook het invullen van de vragenlijst;
- de verzekeringnemer zou niet meer hebben gedaan dan het ondertekenen van de door de assurantietussenpersoon ingevulde vragenlijst;
- de vragenlijst bevatte geen vragen over een eerdere opzegging van een verzekering door een verzekeraar;
- de verzekeringnemer zou verder geen kennis hebben gehad van verzekeringszaken;
- ten tijde van de verzekeringsaanvraag zou de verzekeringnemer zich de relevantie van de eerdere opzegging door de andere verzekeraar in het geheel niet hebben gerealiseerd;
- de verzekeringnemer was het bovendien niet eens met de opzegging van de andere verzekeraar; hij zou ervan uitgegaan zijn dat die opzegging op een groot misverstand berustte, zodat de opzegging voor niemand relevant was.⁴³

Over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon oordeelt de Hoge Raad als volgt:

‘De zorg die van een redelijk bekwame en redelijk handelende assurantietussenpersoon mag worden verwacht, brengt mee dat hij aan de verzekeraar voldoende inlichtingen geeft om deze ervan te weerhouden naderhand een beroep te doen op art. 251 (oud) WvK of, onder het sinds 2006 geldende recht, art. 7:928 BW. Dit brengt mee dat indien de tussenpersoon niet over voldoende gegevens beschikt of niet ervan mag uitgaan dat de gegevens waarover hij beschikt volledig en juist zijn, hij daarnaar bij zijn cliënt (de aspirant-verzekeringnemer) dient te informeren, voor zover die feiten van belang zijn voor de beantwoording van vragen die de verzekeraar met betrekking tot het aangaan van de verzekering heeft gesteld (vgl. HR 11 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2805, NJ 1999/650).

Deze zorg die de tussenpersoon met het oog op de belangen van zijn cliënt dient te betrachten, brengt ook mee dat deze, indien hij bekend is met een opzegging door een verzekeraar van een eerdere verzekeringsovereenkomst, zijn cliënt nader over de achtergrond van die opzegging dient te bevragen, ook indien de beoogde verzeke-

40. Zie HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:336, NJ 2016/381, m.nt. M.M. Mendel.

41. Zie HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 3.3.3, NJ 2016/381, m.nt. M.M. Mendel.

42. Zie HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 3.3.4 en 3.3.5, NJ 2016/381, m.nt. M.M. Mendel.

43. Zie par. 2.17 van de conclusie van A-G Wuisman d.d. 27 november 2015 (ECLI:NL:PHR:2015:2350) en Hof Amsterdam 7 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4587, r.o. 3.9.

raar geen specifiek daarop gerichte vraag heeft gesteld. Aldus kan immers worden voorkomen dat de betrokkene later wordt geconfronteerd met een beroep op opzet tot misleiding bij het aangaan van de nieuwe verzekeringsovereenkomst.⁴⁴

Bovenstaand oordeel is in lijn met de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad over de zorgplicht van de *assurantietussenpersoon* bij *verzwijging* (zie de vorige paragraaf). Nieuw aan de uitspraak is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk bevestigt dat de informatie-inwinplicht van de *assurantietussenpersoon* verder reikt dan (enkel) de feiten waarnaar specifiek gevraagd wordt in de door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. De Hoge Raad maakt bovendien duidelijk dat de informatie-inwinplicht van de *assurantietussenpersoon* impliceert dat doorgevraagd moet worden.⁴⁵ Van de *assurantietussenpersoon* wordt een alerte en proactieve houding verwacht.⁴⁶ In voorkomend geval dient hij vragen te stellen en zich nader te laten informeren over de achterliggende oorzaak van een hem bekend feit, ook indien de specifieke vragen in de door de verzekeraar opgestelde vragenlijst daartoe geen directe aanleiding geven. De Hoge Raad heeft de aan hem voorgelegde zaak doorverwezen naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing. Bij tussenaarrest van 7 november 2017 heeft het Hof Amsterdam als volgt overwogen:

‘In aanmerking moet worden genomen dat het hier gaat om een uitzondering op de regel dat de verzekeraar zich niet erop kan beroepen dat feiten waarnaar niet is gevraagd, niet zijn medegedeeld. Voor opzet zijn bijkomende omstandigheden nodig, anders zou een enkele *verzwijging* reeds tevens opzet tot misleiding kunnen zijn. Op grond van bijkomende omstandigheden moet kunnen worden aangenomen dat [de verzekeringnemer] de opzegging door [de andere verzekeraar] niet heeft gemeld met de bedoeling om [de verzekeraar] te misleiden. Dat is: de bedoeling [de verzekeraar] te bewegen een verzekering aan te gaan die zij bij kennis van het niet meegedeelde feit niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.⁴⁷

Het Hof Amsterdam heeft de verzekeraar vervolgens een bewijsopdracht gegeven. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt niet wat de uitkomst van de zaak is. De feiten van de zaak illustreren wel dat indien de *assurantietussenpersoon* zijn zorgplicht bij *verzwijging* *niet* is nagekomen, het vrijwel onmogelijk zal zijn de verzekeringnemer met succes dekking te ontzeggen voor het niet mededelen van feiten waarnaar in de door de verzekeraar opgestelde vragenlijst geen specifieke vragen zijn gesteld. De verzekeraar zal veelal onvoldoende feiten en omstandigheden kunnen stellen en bewijzen waaruit volgt dat de verzekeringnemer zijn aanvullende, spontane mededelingsplicht heeft geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden. Dit vanwege de grote belemmeringen die voor de verzekeraar bestaan. De verzekeraar kan (en zal door-

gaans) geconfronteerd worden met een verzekeringnemer die zich erop beroept dat hij ervan uitgegaan is dat de (al dan niet door zijn *assurantietussenpersoon* verzorgde) verzekeringsaanvraag volledig en juist was, hij geen verstand heeft van verzekeringen, hij zich de relevantie van het niet specifiek gevraagde feit niet heeft gerealiseerd en hij nimmer de intentie heeft gehad de verzekeraar opzettelijk op het verkeerde been te zetten. Dergelijke stellingen van de verzekeringnemer zullen zeer lastig voor de verzekeraar te pareren zijn. Indien de verzekeringnemer te goeder trouw handelde, is dit natuurlijk geen probleem. De positie van de verzekeraar is echter ook benard wanneer de verzekeringnemer te kwader trouw handelde. Dit temeer nu slechts (bewijs van) opzet als oogmerk volstaat. De verzekeraar heeft dus zelfs onvoldoende in handen wanneer hij kan stellen en bewijzen dat de verzekeringnemer getwijfeld heeft over (de noodzaak van) het melden van het onder zijn aanvullende, spontane mededelingsplicht vallende feit, maar vervolgens nagelaten heeft hierover navraag te doen bij zijn *assurantietussenpersoon* omdat het hem eigenlijk niet interesseerde dat de verzekeraar mogelijk een foutief beeld had en hierdoor misleid zou kunnen worden. Dit levert immers slechts voorwaardelijke opzet op. Kortom: indien de *assurantietussenpersoon* zijn zorgplicht bij *verzwijging* niet is nagekomen, is de kans uiterst gering dat de verzekeringnemer verzekeringsdekking zal ontberen vanwege (niet vermelde) feiten waarnaar niet specifiek is gevraagd in de door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. Dit ongeacht of de verzekeringnemer te goeder trouw handelde.

De verzekeringnemer ten behoeve van wie de *assurantietussenpersoon* zijn zorgplicht wel is nagekomen, heeft een andere positie. Voor hem is de kans aanmerkelijk groter dat hij verzekeringsdekking misloopt dan wel slechts beperkte verzekeringsdekking verkrijgt in verband met feiten waarover de verzekeraar geen specifieke vragen heeft gesteld. De alerte en proactief handelende *assurantietussenpersoon* zal de (aspirant-)verzekeringnemer bij een verzekeringsaanvraag immers niet alleen bevragen over de feiten waarnaar gericht gevraagd wordt in de vragenlijst van de verzekeraar, maar ook over (de achtergrond van) andere feiten die voor de verzekeraar van belang (kunnen) zijn. De informatie-inwinplicht van de *assurantietussenpersoon* is niet grenzeloos,⁴⁸ maar reikt wel ver. In die gevallen waarin de *assurantietussenpersoon* (op grond van de hem bekende feiten) weet dat hij niet over alle, voor de verzekeraar mogelijk relevante gegevens beschikt dan wel twijfel dient te hebben over de volledigheid en juistheid van zijn gegevens, zal hij moeten doorvragen. Dit brengt met zich dat de kans dat bij een verzekeringsaanvraag feiten boven water komen waarnaar de verzekeraar niet specifiek gevraagd heeft, maar die wel mede bepalen of en, zo ja, onder welke voorwaarden hij dekking wenst te verlenen, substantieel groter is wanneer de *assurantietussenpersoon* zijn zorgplicht bij *verzwijging* nakomt. Normaal gesproken zal de *assurantietussenpersoon* er zorg voor dragen dat de boven water gekomen

44. Zie HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:226, r.o. 3.5.2, NJ 2016/381, m.nt. M.M. Mendel.

45. Zie ook De Jong, TAV 2016, p. 22.

46. Zie ook Van der Woude, Van Orsouw & Overes, AV&S 2017, p. 39.

47. Zie Hof Amsterdam 7 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4587, r.o. 3.11.

48. Zie ook Van der Woude, Van Orsouw & Overes, AV&S 2017, p. 39.

feiten aan de verzekeraar worden gemeld. Naar aanleiding van die melding kan de verzekeraar vervolgens besluiten de verzekeringsaanvraag af te wijzen dan wel de (aspirant-)verzekeringnemer een dekking aan te bieden onder minder gunstige voorwaarden. De (aspirant-)verzekeringnemer en assurantietussenpersoon die zo onverstandig zijn de boven water gekomen feiten niet aan de verzekeraar te melden, lopen verhoogd risico dat de verzekeringnemer (na een schademelding) geconfronteerd wordt met een succesvol beroep op verzwijging door de verzekeraar. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarbij door het horen van de medewerkers van de assurantietussenpersoon als getuigen, vast komt te staan dat de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer ten tijde van de verzekeringsaanvraag uitdrukkelijk gesproken hebben over een verzwegen feit dat relevant is voor de acceptatiebeslissing, maar waarnaar de verzekeraar geen specifieke vragen heeft gesteld. Dit vaststaande feit kan de verzekeraar dan helpen bij het bewijzen van de stelling dat de verzekeringnemer zijn aanvullende, spontane mededelingsplicht heeft geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden. Het wordt voor de (te kwader trouw gehandeld hebbende) verzekeringnemer veel moeilijker vol te houden dat hij uitgegaan is van de volledigheid en juistheid van de verzekeringsaanvraag, hij zich de relevantie van het niet specifiek gevraagde feit niet heeft gerealiseerd (omdat hij geen verstand heeft van verzekeringen) en hij niet bewust tegen beter weten in heeft gehandeld. Goed voorstelbaar is dat een rechter op basis van hetgeen vast is komen te staan over de (inhoud van de) contacten die de assurantietussenpersoon en de verzekeringnemer ten tijde van de verzekeringsaanvraag hebben gehad, voorshands als bewezen aanneemt dat de verzekeringnemer gehandeld heeft met het opzet te misleiden. De verzekeringnemer ontkomt dan uitsluitend aan een succesvol beroep op verzwijging door de verzekeraar, indien hij dit bewijsvermoeden door middel van tegenbewijs kan ontzenuwen. Dit zal niet zelden een onmogelijke opgave zijn.

5. CONCLUSIE

De verplichtingen die de assurantietussenpersoon heeft in verband met zijn zorgplicht bij verzwijging, beogen het belang van de (aspirant-)verzekeringnemer te beschermen. Het is de bedoeling dat de (aspirant-)verzekeringnemer gebaat is bij nakoming van de zorgplicht. Dit is echter niet altijd het geval. Indien ten tijde van een verzekeringsaanvraag feiten bestaan die relevant zijn voor de acceptatiebeslissing maar waarover in de vragenlijst van de verzekeraar geen specifieke vragen zijn opgenomen, kan de (aspirant-)verzekeringnemer slechter af zijn wanneer de assurantietussenpersoon zijn zorgplicht bij verzwijging nakomt. Dit geldt ook voor de (aspirant-)verzekeringnemer die te goeder trouw handelt. Hij kan geconfronteerd worden met een dekkingsweigering of acceptatie tegen ongunstiger voorwaarden, terwijl zijn verzekeringsaanvraag zonder (nakoming van) de zorgplicht van de assurantietussenpersoon (volledig) geaccepteerd zou zijn en de verzekeraar zich niet met succes op verzwijging had kunnen beroepen. De zorgplicht heeft hier averechts effect. Dit kan voorkomen worden door de informatie-inwinverplichting die de assurantietussenpersoon heeft

in het kader van zijn zorgplicht bij verzwijging, alleen nog maar te laten gelden voor feiten waarnaar de verzekeraar specifiek gevraagd heeft. De toekomst zal leren of voor een dergelijke inperking van de zorgplicht steun bestaat.