

Woord vooraf

Voor u ligt de vijfde druk van dit boek. De vierde druk ervan dateert van 2015. Inmiddels heeft het verzekeringsrecht belangrijke ontwikkelingen doorgemaakt. Men kan in dit kader onder andere denken aan interessante ontwikkelingen in de rechtspraak, bijvoorbeeld inzake de opzetclausule van de AVP 2000 en het leerstuk van de verzwijging, en het verschijnen van tal van verzekeringsrechtelijke publicaties, waarvan als voorbeeld het Heerlense cum laude proefschrift van Engel (De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief), de Heerlense proefschriften van Van Zwieten (De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht), Hellegers (De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KIFID) anno 2015) en Holthinrichs (Vrijheid verzekerd, over de rechtsbijstandverzekering, eveneens cum laude) en de Amsterdamse proefschriften van Brouwer (Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht) en Vagasi (Verzekeren op de interne markt) kunnen worden genoemd. Deze en andere ontwikkelingen zijn meegenomen in de onderhavige, vijfde druk.

De onderhavige druk kent enige nieuwe hoofdstukken: coassurantie, registratie van persoonsgegevens door verzekeraars, verzekeraar en insolventie, CAR-verzekering en de natura-uitvaartverzekering. Met deze nieuwe onderwerpen is het boek nog completer geworden.

In dit boek staat de praktijkjurist centraal; dit werk is door zijn heldere opzet ook zeer geschikt voor onderwijsdoeleinden. De praktijkjurist wordt op zijn waken bediend door wetenschappelijke diepgang te combineren met oog voor de praktische toepasbaarheid.

Naast het weergeven van de ‘state of the art’ worden ook zoveel mogelijk bruikbare oplossingen gegeven voor problemen waar pasklare antwoorden niet (direct) voorhanden zijn en zullen verder ook – voor zover toepasselijk – kritiekpunten bij bestaande uitgangspunten en oplossingen geplaatst worden.

Alle onderwerpen worden belicht vanuit deze invalshoek. Er is dan ook gekozen voor een team van auteurs met praktijkervaring. De schrijvers zijn afkomstig uit de rechterlijke macht, de advocatuur, de juridische adviespraktijk en de wetenschap.

De auteurs en de redactie willen op deze plaats dankzeggen aan de registermaker, Birgitte Lauwerier, die op snelle en voortreffelijke wijze de in dit boek aanwezige registers tot stand heeft gebracht.

De kopij van dit boek is afgesloten op 1 september 2018. Ontwikkelingen die zich na dit tijdstip hebben voorgedaan, zijn in beginsel niet meer verwerkt

M.L. Hendrikse/Ph.H.J.G van Huizen/J.G.J. Rinkes

Amsterdam/Rotterdam/Heerlen november 2018

1 | Inleiding. De overeenkomst van verzekering

N. Vloemans*

1.1 Inleiding

De verzekeringsovereenkomst wordt geregeld in titel 7.17 ('Verzekering') van het Burgerlijk Wetboek. De titel is in werking getreden op 1 januari 2006. De opstellers zijn niet over een nacht ijs gegaan. Het eerste ontwerp, van T.J. Dorhout Mees,¹ zag reeds het licht in 1972. In 1986 werd het eerste wetsvoorstel bij de Eerste Kamer ingediend.² Na een periode van stilte volgde een op vele punten herzien wetsvoorstel in april 2003³ dat, na nog enkele aanpassingen, geleid heeft tot een invoeringswet.⁴ De invoering heeft dus ruim dertig jaar geduurd, hetgeen gerust een zware bevalling genoemd kan worden.

Inmiddels is de titel op verschillende punten alweer gewijzigd, zoals de bepaling over verjaring.⁵ In de verschillende hoofdstukken in dit boek wordt op deze wijzigingen ingegaan.

1.2 Geschiedenis en totstandkoming⁶

Naar algemeen wordt aangenomen vormt de transportverzekering de oudste vorm van verzekeren. Oorspronkelijk was de verzekering slechts een onderdeel van een groter geheel en bestond zij niet als zelfstandige overeenkomst (*Foenus nauticum* en bodemerij). Naar alle waarschijnlijkheid vormt het bodemerijcontract de voorloper van de hedendaagse verzekeringsovereenkomst. De levensverzekering is nog

* Mw. mr. N. Vloemans is advocaat en partner bij Ploum te Rotterdam.

1 'Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek', opgesteld onder leiding van F.J. de Jong, 's-Gravenhage 1972 (hierna *Ontwerp 1972*).

2 *Kamerstukken II*, 19529, 1-3.

3 *Kamerstukken I*, 19529, 206.

4 *Kamerstukken II*, 30137, 2.

5 Zie hoofdstuk 12.

6 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de geschiedenis, I. Haazen, 'Rente en risico: de ontwikkeling van zeeleen naar verzekering', *Het Verzekerings-Archief* 2004/4, p. 97-104 en 2005/1/2, p. 39-46; G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht* (diss. Utrecht), Zwolle 2001 (hierna Boshuizen 2001), p. 95-190 (met name over verzekeringstoezicht), T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, met medewerking van B. Wachter, Zwolle 1967 (hierna Dorhout Mees/Wachter 1967), nr. 13-38 en Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons, deel 7-IX *Verzekering*, Deventer 2012 (hierna Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012), hoofdstuk 1.

lange tijd verboden geweest. Boshuizen noemt de Rotterdamse Ordonnantie van 9 oktober 1721 als het eerste document dat enige verlichting gaf.⁷ Daarna is gaandeweg de levensverzekering als verzekeringsvorm aanvaard.

Dorhout Mees noemt als de eerste belangrijkste regelingen van (schade)verzekeringsrecht van overheidswege in Nederland de placaten van Karel V, de ordonnaties van Philips II en Alva en de stedekeuren van Amsterdam en Rotterdam in de zestiende en begin zeventiende eeuw.⁸ Het doel van deze regelingen was vooral gelegen in het tegengaan van fraude, zowel door de assuradeur als door de verzekeringnemer.

In die tijd hadden verzekeringen nog geen of nauwelijks een sociale functie. Verzekeraars waren handelaars die vrij wilden zijn in het bepalen van de risico's die zij wensten te verzekeren.⁹ Overigens waren assuradeuren in die tijd (vermogene) particulieren, die een gedeelte van een verzekerd risico overnamen bij wijze van belegging. Pas in de achttiende eeuw werden verzekeringsmaatschappijen opgericht.

In 1809 gaf Lodewijk Napoleon opdracht tot het ontwerpen van een Wetboek van Koophandel. Het oorspronkelijke ontwerp daarvan was beperkt en zag wat betreft het verzekeringsrecht slechts op de zeeverzekering. In de jaren dertig werd het ontwerp uitgebreid met andere soorten van verzekering en algemene beginselen, die op alle verzekeringstypen van toepassing waren.

De bepalingen over verzekeringsrecht (art. 246-307) van het Wetboek van Koophandel (WvK) traden uiteindelijk in werking in 1838. De meeste bepalingen waren van regeland recht. Veel bepalingen strekten bovendien ter bescherming van de verzekeraar tegen fraude door de verzekeringnemer. Voorbeelden daarvan zijn art. 251 WvK (verzwijging), art. 255 WvK (polis als bewijsstuk) en art. 276 en art. 294 WvK (eigen schuld verzekerde).

De tijden zijn veranderd. De verzekeringsovereenkomst heeft een belangrijke sociale functie gekregen: de verzekering biedt zekerheid aan het individu door risico's die hij in het maatschappelijk verkeer loopt en die hij zelf niet kan dragen, af te wentelen op een collectiviteit.¹⁰ Meer en meer stelt de wetgever bepalingen vast ter bescherming van de verzekeringnemer, verzekerde of benadeelde tegen de verzekeraar. Dat uit zich vooral in toezichtswetgeving, maar ook in bijvoorbeeld de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.¹¹ Niettemin is het Wetboek van Koophandel sinds 1838 nauwelijks veranderd. Wijzigingen in opvattingen hebben met name een plek gekregen in overeengekomen verzekeringsvoorwaarden.

7 Boshuizen 2001, p. 101, onder aanhaling van Goudsmit.

8 Dorhout Mees 1967, nr. 18.

9 Zie Boshuizen 2001, p. 132.

10 Aldus Wansink, in: J.H. Wansink, J.G.C. Kamphuisen e.a., *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer 2005, p. 2 en in: 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw', *AV&S* 2003/2, p. 45-52.

11 Vgl. J.C.E. van den Brandhof, 'Consumentenbescherming in titel 7.17 (verzekering) van het NBW', *Het Verzekerings-Archief* deel LXIV, 1987 (hierna Van den Brandhof 1987), p. 23 e.v.; en L. Mok, 'De bescherming van de consument in het verzekeringsbedrijf', *NJB* 1985/15.

Halverwege de vorige eeuw ontstond de gedachte dat het Wetboek van Koophandel niet meer voldeed en dat de verzekeringsovereenkomst geregeld zou moeten worden als een bijzondere overeenkomst, onderdeel uitmakend van Boek 7 van het nieuwe BW. De Commissies voor de Bedrijfsgroep Levensverzekering en Schadeverzekering hebben in 1948 respectievelijk 1950 de basis gelegd voor een nieuw verzekeringsrecht.¹² Tijdens de vergaderingen van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van Belgisch en Nederlands Recht van december 1951 en januari en december 1953 is uitvoerig over het schadeverzekeringsrecht gesproken.¹³ Uiteindelijk heeft dit geleid tot het eerder aangehaalde eerste ontwerp van T.J. Dorhout Mees in 1972 en later tot het – fors aangepaste – wetsvoorstel van 1986. Hierna is het voorstel echter lange tijd blijven liggen. Dat had te maken met de wens om de parlementaire behandeling van titel 7.17 te laten volgen op de behandeling van de wetsvoorstellen ter zake van het erfrecht, vanwege de samenhang tussen deze laatste wetsvoorstellen en afdeling 3 van titel 7.17. De erfrechtbepalingen werden echter niet goed ontvangen. Toen men zich eindelijk weer over titel 7.17 boog, zo rond 1998, werd ook dit voorstel weer uitgebreid onder de loep genomen.¹⁴ Dit heeft geleid tot twee nota's van wijziging en wederom een gewijzigd voorstel van wet.¹⁵ Als verklaring voor de vertraging in recenter jaren mag het vermoeden uitgesproken worden dat titel 7.17 eenvoudigweg niet erg hoog op de politieke agenda stond.

Uiteindelijk is op 3 juni 2005 de Invoeringswet aan de Tweede Kamer aangeboden.¹⁶ Ook hierin en in de hierop volgende Nota van Wijziging¹⁷ zijn nog enkele veranderingen en aanpassingen van het wetsvoorstel opgenomen.

Op 1 januari 2006 is de wet in werking getreden.¹⁸

Net als vele andere rechtsgebieden wordt ook het verzekeringsrecht beïnvloed door het Europees recht. Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 22.

1.3 Plaats van de Nederlandse wettelijke regeling in het BW

Krachtens titel 7.17 BW vormt de verzekeringsovereenkomst een bijzondere overeenkomst, naast vele andere bijzondere overeenkomsten als koop, opdracht, borgtocht, etc. Omdat Boek 7 voortborduurde op de Boeken 3, 5 en 6 van het BW zijn de algemene bepalingen uit deze Boeken ook van belang voor de totstandkoming van, de geldigheid van en de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst, voor zover daarvan in titel 7.17 BW niet wordt afgeweken.

12 V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, Deventer 1990, p. 5.

13 Ontwerp 1972, p. 1156.

14 N. Frenk & F.R. Salomons, 'Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt', *Het Verzekerings-Archief* 2001/1 (hierna Frenk/Salomons 2001), p. 4 e.v.

15 *Kamerstukken II*, 19259, nr. 5 en *Kamerstukken II*, 19259, nr. 8. Een gewijzigd voorstel van wet volgde (*Kamerstukken I*, 19529, nr. 206).

16 *Kamerstukken II*, 30137, nr. 1-2.

17 *Kamerstukken II*, 30137, nr. 9.

18 *Stb.* 2006, 2.

Verzekering is een kansovereenkomst.¹⁹ Zij is wel een bijzondere kansovereenkomst: het vertrouwensbeginsel speelt bij de verzekeringsovereenkomst een grote rol. De verzekeringsovereenkomst wordt om deze reden aangeduid als een overeenkomst *uberrimae fidae*.²⁰

1.4 Indeling

Titel 7.17 is overzichtelijk ingedeeld: afdeling 1 betreft de algemene bepalingen, afdeling 2 bevat de bepalingen over de schadeverzekering en afdeling 3 de bepalingen over de sommenverzekering. Deze laatste afdeling kent een onderverdeling in bepalingen die gelden voor alle sommenverzekeringen en bepalingen die slechts gelden voor levensverzekeringen. Het is aan de praktijk overgelaten om nadere regelingen te treffen over specifieke verzekeringen, zoals de brandverzekering of de transportverzekering.

De belangrijkste inhoudelijke wijzigingen in titel 7.17 ten opzichte van het oude gecodificeerde verzekeringsrecht betreffen de regelingen over verzwijging,²¹ verrekening van nog openstaande premie met een uitkering,²² het recht op afdracht van de tussenpersoon, opzegging van de verzekeringsovereenkomst,²³ verjaring,²⁴ overgang van het verzekerd belang,²⁵ verbod van erkenningen en directe actie²⁶ en meervoudige verzekering.²⁷ Deze wijzigingen komen in de hoofdstukken hierna uitvoerig aan de orde.

Titel 7.17 ziet niet op overeenkomsten van herverzekering. Dit type verzekeringsovereenkomsten is dermate atypisch – en vaak beheerst door internationaal recht – dat de wetgever deze overeenkomsten expliciet van de werking van titel 7.17 heeft uitgesloten (art. 7:927). Dat neemt niet weg dat bepaalde beginselen die aan de bepalingen in titel 7.17 BW ten grondslag liggen de uitleg van de herverzekeringsovereenkomst kunnen beïnvloeden.

19 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/26; en P.L. Wery, *Hoofdzaken verzekeringsrecht* (bewerkt door M.M. Mendel), Deventer 2017 (hierna: Wery/Mendel 2017), p. 5. Anders: H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn 1998 (hierna Scheltema/Mijnsen 1998), p. 22. Dit verschil in opvattingen hangt samen met een verschillend inzicht over de vraag of de verzekeringsovereenkomst een onvoorwaardelijke verbintenis op de verzekeraar legt tot het dragen van risico, of een voorwaardelijke verbintenis tot het doen van een uitkering (zie par. 1.6.5). Nuancerend: R.S. Meijer, 'Het onzeker voorval: een onzekere voorwaarde', in: *Verzekering en kans* (Preadviezen voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1997), Zwolle 1998 (hierna R.S. Meijer 1998), p. 9-23.

20 Zie daarover J.M. Berger-Bos, 'Verzekering: contractus uberrimae fidei of niet?', in: *Verzekeringen van Vriendschap* (Dorhout Mees-bundel), Deventer 1974, p. 109-117.

21 Zie hoofdstuk 6.

22 Zie hoofdstuk 8.

23 Zie hoofdstuk 10.

24 Zie hoofdstuk 12.

25 Zie hoofdstuk 13.

26 Zie hoofdstuk 16.

27 Zie hoofdstuk 19.

Niet alle civielrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op de verzekeringsovereenkomst zijn opgenomen in titel 7.17 BW. Zo hebben ook enkele artikelen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) privaatrechtelijke werking, evenals bepalingen ten aanzien van de sommenverzekering in Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Faillissementswet en de erfrechtwetgeving.

Voorts is mogelijk dat in andere regelgeving een of meer bepalingen uit titel 7.17 BW buiten toepassing wordt gesteld. Zo bepaalt de Zorgverzekeringswet in art. 15 lid 1 dat art. 7:941 (meldingsplicht) en art. 7:957 (bereddingsplicht) niet van toepassing zijn op de zorgverzekeringsovereenkomst.²⁸ Ook in de Pensioen- en spaarfondsenwet, de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling en de Wet verplichte beroepspensioenregeling worden nieuwe artikelen opgenomen, waarin meerdere bepalingen uit titel 7.17 BW niet van toepassing worden verklaard.²⁹

1.5 Dwingend recht

Opvallend is het gebruik van dwingend recht, ten aanzien waarvan in het ontwerp uit 1986 nog werd gezegd dat ‘uiterste terughoudendheid’ betracht werd.³⁰ Aan het eind van iedere afdeling van titel 7.17 BW (en iedere paragraaf van afdeling 3)³¹ verbiedt de wetgever afwijkingen van bepaalde wetsartikelen. Daarbij is een onderverdeling gemaakt: van sommige bepalingen mag in het geheel niet worden afgeweken, van andere bepalingen mag ten aanzien van de verzekeringnemer of tot uitkering gerechtigde niet worden afgeweken en van weer andere bepalingen mag slechts niet worden afgeweken ten aanzien van de verzekeringnemer die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (dan wel ‘in verband met de uitoefening van een beroep of bedrijf’ in het geval van de levensverzekering).³² Indien van een bepaling ter bescherming van één der partijen wordt afgeweken, dan is een dergelijk beding vernietigbaar conform art. 3:40 lid 2 BW (2^e gedeelte). Indien een dergelijke bescherming ontbreekt, levert strijd van een verzekeringsvoorwaarde met een dwingende wetsbepaling uit titel 7.17 BW een nietige verzekeringsvoorwaarde op. Daarbij moet overigens goed gekeken worden naar de inhoud van de bepaling die van dwingend recht is. Zo mag krachtens art. 7:963 lid 1 BW niet afgeweken worden van art. 7:962 lid 2 BW, dat een voorrangregeling geeft ten gunste van de verzekerde in geval van samenloop

28 *Kamerstukken I*, 29763, A, zie hoofdstuk 29.

29 *Zie Kamerstukken II*, 30137, nr. 9.

30 Ontwerp 1972, p. 1156.

31 Art. 7:943, art. 7:963, art. 7:974 en art. 7:986.

32 Zie over het gebruik van dwingend recht in titel 7.17 N. Vloemans, ‘Het begrip “consument” in het verzekeringsrecht’, in: *Verzekering en consument* (Preadviezen Vereniging voor Verzekeringswetenschap 2005), Amstelveen 2007 (hierna Vloemans 2007); Asser/Wansink/Van Tiggele & Salomons 2012/18, J.H. Wansink, ‘Dwingendrechtelijke bescherming in het verzekeringsrecht: voor wie, en in welke mate waarom?’, in: *Het Verzekerings-Archief* 2007-2 (hierna Wansink VA 2007-2), p. 37-38 en M.L. Hendrikse, ‘Balanceren tussen dwingend recht en regelend recht: het nieuwe verzekeringsrecht (titel 7.17 NBW)’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 109-117.

tussen het verhaalsrecht van de verzekerde en het gesubrogeerde recht van de verzekeraar. Art. 7:962 lid 2 BW formuleert het echter zodanig dat het verbod uitsluitend de verzekeraar lijkt te treffen ('De verzekeraar kan de vordering waarin hij is gesubrogeerd (...) niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde uitoefenen'). De consequentie lijkt te zijn dat het de verzekerde wél vrijstaat om van deze bepaling af te wijken.

De bijzondere bescherming van de verzekeringnemer die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, in de toelichtende stukken 'particulier' en later 'consument' genoemd,³³ is ingegeven door de bijzondere belangstelling die voor deze zelfde groep tot uiting is gekomen elders in de civielrechtelijke wetgeving, waarbij met name gedacht moet worden aan Boek 6 (de algemene voorwaardenregeling).³⁴ De wetgever heeft aangegeven dat de bescherming van de consument en die van de kleine ondernemer slechts op onderdelen verschillen.³⁵

De wetgever is niet erg duidelijk over de vraag of van de dwingendrechtelijke consumentbeschermende bepalingen reflexwerking kan uitgaan ten aanzien van de kleine ondernemer. Hij merkt op dat het beschermingsstelsel van titel 7.17 BW grosso modo overeenkomt met afdeling 6.5.3 (algemene voorwaarden): beide regelingen beschermen de kleine ondernemer en, in nog iets verdergaande mate, de consument. En, zegt de wetgever, bij de algemene voorwaardenregeling brengt de reflexwerking van de consumentbeschermende art. 6:236 en art. 6:237 BW (zwarte en grijze lijst) mee dat zij ook ter bescherming van anderen dan consumenten kunnen strekken.³⁶ Het lijkt erop dat de wetgever niet zonder meer reflexwerking aan de consumentbeschermende bepalingen in titel 7.17 BW wil toekennen, maar hij heeft het in ieder geval ook niet verboden.

Art. 221 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna Ow) regelt in beginsel³⁷ het overgangsrecht met betrekking tot titel 7.17 BW: deze bepaling geeft aan waar en in hoeverre aangaande titel 7.17 BW is afgeweken van de hoofdregel van

33 Zie over de definitie 'natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf' later in deze bijdrage.

34 *Kamerstukken II*, 19529, nr. 3, p. 2.

35 *Kamerstukken I*, 19529, B, p. 4.

36 *Kamerstukken I*, 19529, B, p. 4. Zie voor kritiek op deze argumentatie Vloemans 2007; J.H. Wansink (VA 2007-2) en M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'De memorie van antwoord bij titel 7.17: Weer een stap in de richting van een nieuw verzekeringsrecht', *NTHR* 2004, 4, p. 102-107.

37 Dit geldt niet voor de verjaringsregeling ex art. 7:942 BW. De algemene regels van overgangsrecht aangaande verjaring ex art. 72-73a Ow gelden ook voor art. 7:942 BW hoewel art. 221 Ow daarover zwijgt. Zie ook M.L. Hendrikse, 'De vernieuwde verzekeringsrechtelijke verjaringsregeling ex art. 7:942 BW kritisch beschouwd', *NTHR* 2011, 5, p. 187. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/11 en E.J. Kars, *NTHR* 2005, 6 (hierna Kars 2005), p. 282-283. Volgens de wetgever was een speciale regeling voor art. 7:942 in art. 221 Ow niet nodig nu de algemene regeling in art. 72-73a Ow ook voor art. 7:942 BW een bevredigende oplossing oplevert. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, nr. 3, p. 22.

onmiddellijke werking ex art. 68a Ow.³⁸ De wetgever heeft waarschijnlijk over het hoofd gezien dat art. 79 Ow eveneens een belangrijke invloed heeft op de werking van enkele bepalingen van titel 7.17 BW.³⁹ Dit artikel luidt als volgt:

“Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.”

Met andere woorden: een wetwijziging levert op zichzelf geen grond op voor de vernietigbaarheid van een rechtshandeling. Dat art. 79 Ow grote gevolgen heeft voor de werking van enkele bepalingen van titel 7.17 BW is onder meer (pijnlijk) duidelijk geworden door het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 11 juni 2008.⁴⁰ Uit deze uitspraak valt af te leiden dat art. 79 Ow het mogelijk maakt dat vervalbedingen toch toelaatbaar kunnen zijn ondanks het feit dat deze bedingen strikt genomen op grond van art. 7:942 jo. art. 7:943 lid 2 BW niet meer mogelijk zijn.

Met Hendrikse⁴¹ ben ik van mening dat de werking van art. 79 Ow niet beperkt is tot vervalbedingen. Verschillende bedingen die onder het oude recht gangbaar waren – de een meer dan de ander – maar op dit moment op grond van titel 7.17 niet meer mogen worden overeengekomen krijgen bij bestaande overeenkomsten door de toepassing van art. 79 een verlengd bestaan. Het Elektronischepolisbeding, het Elektronischemededelingenbeding, de Opzeggingsclausule, de Ruime meldingsclausule bij aansprakelijkheidsverzekeringen, het Verbod erkenningsbeding en het Bereddingskostenbeding zijn met name bedingen die in dit verband relevant zijn.⁴²

1.6 De elementen van de verzekeringsovereenkomst

1.6.1 Inleiding

Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren (art. 7:925).

38 Zie uitgebreid over deze bepaling Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/13 alsmede Kars 2005, p. 280-283. Zie over het overgangsrecht van het Nieuw Burgerlijk in het algemeen H.L. van der Beek, *Overgangsrecht Nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992 (hierna Van der Beek 1992).

39 Zie voor deze constatering en over de gevolgen van art. 79 Ow voor titel 7.17: M.L. Hendrikse, De gevolgen van art. 79 Ow voor titel 7.17 BW (verzekeringsovereenkomst): een (onverwacht) uitstel van de werking van enige bepalingen van titel 7.17 BW, *NTHR* 2009, 5 (hierna Hendrikse 2009), p. 205-216 en over art. 79 Ow in het algemeen Van der Beek 1992, p. 94-104.

40 Rb. Arnhem 11 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD6030. Zie over deze uitspraak B.M. Jonk-van Wijk/M.B. Esseling, *AV&S* 2009-2, p. 73.

41 Hendrikse 2009, p. 216.

42 Zie voor de mogelijke toepasselijkheid van art. 79 Ow op deze bedingen Hendrikse 2009, p. 207-215.

Uit deze omschrijving blijken vier essentiële kenmerken die overeenkomen met de kenmerken van de verzekeringsovereenkomst zoals deze was omschreven in art. 246 WvK:⁴³

- er moet sprake zijn van een overeenkomst (zie par. 1.6.2);
- daarbij dient premie betaald te worden (zie par. 1.6.3);
- de overeenkomst verbindt tot het doen van uitkeringen (zie par. 1.6.4);
- maar of, wanneer en hoeveel is onzeker (zie par. 1.6.5).

Daarnaast geldt nog een extra vereiste, afhankelijk van de vraag of de verzekering een schadeverzekering of een sommenverzekering is:

- de verzekering strekt tot vergoeding van vermogensschade (zie par. 1.6.6); of
- het is onverschillig of en in hoeverre schade wordt vergoed en het betreft een persoonsverzekering (zie par. 1.6.7).

Indien een overeenkomst aan de eerste vier eisen voldoet, maar niet strekt tot vergoeding van vermogensschade en geen persoonsverzekering is, dan is het tóch geen verzekeringsovereenkomst.⁴⁴

1.6.2 Een overeenkomst

Een overeenkomst is een rechtshandeling, tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverkeringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van een rechtsgevolg ten behoeve van een der partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.⁴⁵ In de toezichtrechtspraak wordt een overeenkomst geacht aanwezig te zijn telkens wanneer partijen vrijwillig een rechtsband tot stand hebben gebracht of een rechtsband zijn overeengekomen.⁴⁶ Voor een schadeverzekeringsovereenkomst is daarbij relevant of de ene partij krachtens die rechtsband een in rechte afdwingbare geldelijke uitkering zal betalen tegenover de verplichting van de andere partij tot betaling van premie. Of sprake is van een afdwingbare verplichting tot uitkering dient uitgemaakt te worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Relevant is daarbij of op basis van objectieve criteria een recht op uitkering bestaat.

43 Zie over deze kenmerken Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/21 e.v.; J.P. Uittenbroek/B.M. van Wijk, 'Garantie: wel of geen verzekering? DNB: wel of geen nieuw beleid?', *TAV* 2018/42. J.G.C. Kamphuisen, 'De betekenis van een lidwoord ... en van "verzekering"', *Van draden en daden* (Wansink-bundel), Deventer 2006 (hierna: Wansink-bundel), p. 299. G.R. Boshuizen 2001, p. 330-335, alsmede in hoofdstuk IX, 'Overheidstoezicht' van *Praktijkboek Verzekeringsrecht* (losbladige), 's-Gravenhage (hierna: Boshuizen, in: *Praktijkboek Verzekeringsrecht*), p. 11-20; en in: *Jurisprudentie Verzekeringstoezicht*, 's-Gravenhage 2004 (hierna: Boshuizen 2004), p. 63-64 en J.H.J. Meijer, 'Uitoefening van het schadeverzekeringsbedrijf? De Verzekeringskamer beslist', in: *Verzekering en kans* (Preadviezen Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1997), Zwolle 1998 (hierna J.H.J. Meijer 1998), p. 59-80.

44 *Kamerstukken II*, 19529, nr. 3, p. 6. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/21.

45 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III *Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer 2014 (hierna Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014), nr. 8.

46 KB 16 november 1931, nr. 54; KB 7 november 1932, nr. 68; KB 4 juli 1936, nr. 24, te vinden in Boshuizen 2004, p. 29, 30 en 32.

In de rechtspraak wordt vrij snel het bestaan van een overeenkomst aangenomen. Zo kan een overeenkomst al gesloten worden door de toetreding van een persoon als lid van een vereniging.

1.6.3 Premie

Er dient sprake te zijn van het ontvangen van premie door de verzekeraar.⁴⁷ Premie kan zowel een vast bedrag als een variabele omslag of naheffing zijn. De vaststelling en de betaling van premie kunnen op verschillende wijzen worden geregeld.⁴⁸ Om te bepalen of een bijdrage onder het begrip ‘premie’ valt, doet in beginsel de hoogte of toereikendheid van de door de verzekeringnemer te betalen bijdrage niet ter zake. Wel is het mogelijk dat een bedrag zo gering is – bijvoorbeeld bij eenmalige administratiekosten of een bepaalde contributie of entreegeld – dat het gelet ook op de verhouding met de verzekerde prestatie, niet meer als premie wordt gezien. Irrelevant is ook wie de premie betaalt, de verzekeringnemer zelf of een derde. De premie hoeft niet individualiseerbaar te zijn, maar kan ook verscholen zitten in de prijs die de consument voor een bepaald product of een bepaalde prestatie betaalt, waarvan de verzekering onderdeel uitmaakt. In beginsel geldt niet dat een verzekeringsovereenkomst pas definitief tot stand gekomen is nadat de eerste premiebetaling is verricht: de totstandkoming geschiedt door aanvaarding van het aanbod tot verzekeren. Indien zich na totstandkoming een schade voordoet voordat de eerste premie is betaald, kan de verzekeraar dus niet stellen dat er geen overeenkomst bestaat omdat geen premie is betaald. Hooguit kan sprake zijn van te late premiebetaling.⁴⁹ In hoofdstuk 8 wordt nader ingegaan op de gevolgen van te late premiebetaling.

Ter zake van levensverzekeringen is omstreden of sprake is van een verplichting tot betaling van premie, of dat betaling van premie slechts een voorwaarde is voor het ontvangen van een uitkering. Wordt geen premie betaald, dan bestaat geen recht op een uitkering, maar de verzekeraar zal ook niet tot incasso van de niet-betaalde premie overgaan.⁵⁰

1.6.4 Uitkering

Een verzekeringsovereenkomst moet gericht zijn op uitkering door de verzekeraar als een bepaald risico zich heeft voltrokken. Wat het risico is, verschilt per verzekeringsovereenkomst: bij sommige verzekeringen gaat het om een onzeker voorval, bij andere verzekeringen wordt het risico gevormd door het al dan niet

47 Een uitzondering wordt gemaakt in art. 16 lid 2 Zorgverzekeringswet: verzekerden tot achttien jaar zijn geen premie verschuldigd.

48 Zie uitvoerig P.M. Leerink, *Premiebetaling in het verzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen 2011 en ‘Premie betalen en risico dekken’ in: *NTHR* 2009/4 (hierna Leerink 2009), p. 176-187.

49 KIFID 12 oktober 2017, 2017/670. Zie over deze uitspraak K.W.W.M. Schuurmans, ‘Dekking onder de verzekeringsovereenkomst – een kwestie van uitleg of bewijs?’, *TAV* 2018/64.

50 Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/634. Leerink 2009 meent dat bij levensverzekeringen eveneens een verplichting tot premiebetaling bestaat, althans een natuurlijke verbintenis om premie te voldoen.

aanwezig zijn van een bepaalde status quo op een zeker moment, bijvoorbeeld het nog in leven zijn van het verzekerd lijf bij een lijfrenteverzekering. De prestatie waartoe de verzekeraar gehouden is, kan bestaan in een of meer uitkeringen in geld en/of in een prestatie in natura. Bij dit laatste kan gedacht worden aan een verzekering waarbij de verzekeraar de rechtstreekse vergoeding van de te maken kosten op zich neemt, zoals bij glasverzekering en ziektekostenverzekering wel voorkomt.⁵¹ Dit criterium is niet veranderd ten opzichte van het oude recht.

1.6.5 Onzekerheid

Wat is 'onzeker'?

Het criterium dat sprake moet zijn van onzekerheid is kenmerkend voor een verzekeringsovereenkomst. Onzeker is of, wanneer en in hoeverre de verzekeraar gehouden zal zijn tot het doen van uitkeringen, dan wel wat de duur is van de door de verzekeringnemer verschuldigde periodieke premiebetaling. Onzeker is dus of de verzekeraar de verbintenis zal hebben om uitkeringen te doen, respectievelijk of de verzekeringnemer op enig moment nog gehouden zal zijn om premie te betalen.

Het onzeker 'voorval' dat als vereiste was opgenomen in art. 246 WvK is niet teruggekomen; in plaats daarvan noemt art. 7:925 BW 'onzekerheid' als kenmerkend element van de verzekeringsovereenkomst. De wetgever heeft toegelicht dat niet bij alle vormen van verzekering gesproken kan worden van een voorval. Bij sommige levensverzekeringen is het juist een vereiste dat de verzekerde op een bepaald tijdstip tijdens de looptijd van de verzekering in leven moet zijn. Het overlijden van de verzekerde is dan een (onzeker) voorval dat de verzekering doet eindigen, waarbij de vraag niet zozeer is *of* de verzekerde op enig moment overlijdt (dat is vanzelfsprekend), maar *wanneer*.⁵²

Inderdaad moet opgemerkt worden dat art. 246 WvK enkel geschreven leek voor schadeverzekeringen.⁵³ Enkele schrijvers hebben opgemerkt dat de verandering van het vereiste 'onzekere voorval' naar vereiste 'onzekerheid' consequenties heeft voor schadeverzekeringen.⁵⁴ Een schadeverzekeraar zou thans tot uitkering gehouden kunnen worden indien zeker is dat het voorval zich heeft voorgedaan of

51 Hendrikse/Martius/Rinkes, *Parl. Gesch. Verzekering* (hierna: *Parl. Gesch. Verzekering*), p. 1.

52 *Kamerstukken II*, 19529, nr. 3, p. 5. Kritiek op het vervallen van de term 'voorval' komt van A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer 2006 (hierna Blom 2006), p. 11-16. Hij betoogt dat het uitblijven van een gebeurtenis wel gedefinieerd kan worden als een voorval en maakt er bezwaar tegen dat de term bij de omschrijving van de schadeverzekering geschrapt is.

53 Al kan uit art. 247 WvK opgemaakt worden dat de wetgever ook het oog had op levensverzekeringen. Clausning/Wansink e.a. wijzen overigens op verzekerde risico's bij bepaalde schade- en sommenverzekeringen waarbij evenmin gesproken kan worden van een onzeker voorval, zie Asser/Clausing/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012/2023.

54 Zie onder meer J.S. Overes, 'Onzekerheid bij schadeverzekering: de schone lei van titel 7.17 BW', *AV&S* 2017/28, F.H.E. van der Moolen & R. Feunekes, 'Het nieuwe verzekeringsrecht: onzekerheid en ingebeelde winst', *Het Verzekerings-Archief* 2002/1, p. 2-8 en M.J. Tolman, 'Nieuw verzekeringsrecht! Nou ja, nieuw?', *Het Verzekerings-Archief* 2000/4, p. 144-150.