

Mr. F. Stadermann*

De (on)aantastbaarheid van de deskundigentaxatie als bedoeld in art. 7:960 BW

1. INLEIDING EN VRAAGSTELLING

Het bedrag dat een verzekeraar in geval van een gedekte schade aan een verzekerde dient te vergoeden, wordt op grond van art. 7:955 BW gemaximeerd door de verzekerde som. Doet zich aan een verzekerd object een onder de polis gedekte schade voor, dan dient de verzekerde te bewijzen dat en tot welk bedrag hij schade lijdt. Daartoe zal hij ook moeten aantonen welke waarde het object had vóór het getroffen werd. Die waarde zal immers bekend moeten zijn teneinde ná het evenement de omvang van de schade (in de zin van: het financieel nadeel) te kunnen vaststellen. Bij deze vorm van verzekering spreekt men van een *open polis*.¹

Partijen kunnen echter op voorhand afspreken welke waarde zij zullen aanhouden in het geval het verzekerde object wordt getroffen door een verzekerd evenement. Die waarde wordt dan in de polis uitgedrukt en men spreekt dan van een *getaxeerde polis*.²

De waarde van het object kan worden vastgesteld door verzekeraar en verzekeringnemer³ zelf op basis van een eigen waardering, al dan niet ondersteund door bijvoorbeeld een aankoopnota, (de zogenoemde partijtaxatie⁴) maar ook door of op basis van een taxatie door een expert (de deskundigentaxatie). In beide gevallen wordt ook wel gesproken van een 'voortaxatie'.⁵

Hoewel getaxeerde polissen ertoe strekken om in geval van schade het debat over de hoogte daarvan te beperken, valt in de praktijk niet zelden naar te nemen dat zich nu juist daar de debatten afspelen, namelijk wanneer de werkelijke waarde lager blijkt te zijn dan de verzekerde waarde. De vraag rijst dan of de verzekeraar tegen de verzekerde waarde kan opkomen.⁶

Ingeval de waarde is gebaseerd op een partijtaxatie, is het antwoord duidelijk. Omdat de wet de partijtaxatie niet kent, blijft een uitkering, hoezeer ook verzekeraar en verzekerde tevoren zich omtrent de waarde hadden vastgelegd, gebonden aan de beperking van het indemniteitsbeginsel zoals neergelegd in art. 7:960 BW.⁷ De verzekeraar is niet gehouden uit te keren op basis van de verzekerde waarde als dat ertoe leidt dat de verzekerde door de uitkering in een duidelijk voordeliger positie geraakt.

Maar hoe staat het met de deskundigentaxatie? Ingevolge art. 7:960 BW geldt daarvoor de beperking van het indemniteitsbeginsel niet.⁸ Maar verder regelt de wet helemaal niets omtrent de deskundigentaxatie.

De vraag is dan ook of en zo ja, onder welke omstandigheden de verzekeraar ontslagen kan zijn van de verplichting om uit te keren op basis van de verzekerde waarde als die is gebaseerd op een deskundigentaxatie.

* Mr. F. Stadermann is advocaat te Rotterdam.

Met dank aan mijn kantoorgenote mr. Korrie Flanderhijn-van der Meer; zonder haar inbreng zou dit artikel nimmer geschreven zijn.

1. Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 309.
2. Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 309.
3. Veelal is de verzekeringnemer tevens de/een tot uitkering gerechtigde, dus verzekerde. Ik zal daarom hierna uitsluitend spreken van verzekerde, ook als ik daarmee de verzekeringnemer bedoel.
4. De woorden 'partijtaxatie' en 'partijentaxatie' worden naast elkaar gebruikt. Zo hanteert Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 309 de term 'partijentaxatie'; N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Kluwer 2008, p. 233 en 235, gebruikt de termen door elkaar. Ik zal hierna uitsluitend de term 'partijtaxatie' hanteren.
5. Soms ook fingeren partijen dat er een taxatierapport is; de polis luidt dan dat de waarde is vastgesteld 'evenals of' deze is gebaseerd op een taxatierapport. Een dergelijke clause is niet rechtsgeldig en maakt de taxatie niet tot een deskundigentaxatie in de zin van art. 275 (oud) WvK. Zie HR 20 juni 1924, *NJ* 1924, p. 888; Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 311 en Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 137.
6. Ter voorkoming van misverstand; ik heb het hier dus niet over de (na het evenement verrichte) taxatie van de schade, ik heb het uitsluitend over de (aan het evenement voorafgaande) taxatie van de waarde van het verzekerde object zoals die in de polis is vastgelegd. Het onderscheid tussen deze beide vormen van taxatie wordt in de literatuur overigens niet altijd goed aangehouden. Ik verwijs naar de commentaren op het hierna te bespreken arrest HR 14 februari 1992, *NJ* 1992, 245 (*Aegon/CSF*; m.nt. PvS).
7. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 32.
8. Art. 7:960 BW bepaalt dat het indemniteitsbeginsel toepassing mist 'bij voorafgaande taxatie' van de waarde van een zaak zonder aan te geven waaraan die taxatie moet voorafgaan. Onmiskenbaar is echter bedoeld voorafgaand aan het evenement. Zie Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 309 en F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Mon. BW B88), Deventer: Kluwer 2007, p. 90.

De wet zwijgt daarover. Over die vraag handelt deze bijdrage.⁹

2. OPBOUW VAN DEZE BIJDRAGE

Ik analyseer de vraag als volgt. Na een korte uitleg van het oude recht (par. 3) bespreek ik de algemeen heersende leer omtrent de (verzekerde waarde die is gebaseerd op een) deskundigentaxatie, te weten dat deze een vaststellingsovereenkomst is (par. 4). Vervolgens zal ik uitleggen waarom die opvatting niet juist is (par. 5) en welke onwettelijke rechtsgevolgen zijn verbonden aan de aanname dat de deskundigentaxatie een vaststellingsovereenkomst zou zijn (par. 6). Ik zet daarna uiteen wat de deskundigentaxatie naar mijn mening wel is: een overeenkomst die een verklaring bevat als bedoeld in art. 3:35 BW (par. 7). Vervolgens bespreek ik wanneer die verklaring door de verzekeraar kan worden aangetast (par. 8). Daarbij zal ik tot de conclusie komen dat die mogelijkheden ten opzichte van het oude recht zijn verruimd.

Ook sta ik stil bij de vraag of de vermelding van de verzekerde waarde in de polis ipso facto nog tot rechtsgevolgen leidt (par. 9). Ik sluit af met een resumé van mijn bevindingen (par. 10).

3. HET OUDE RECHT

Het oude verzekeringsrecht bevatte een heldere regeling van de deskundigentaxatie. De deskundigentaxatie werd geregeld in art. 275 (oud) WvK. Dat artikel luidde:

'Indien echter¹⁰ het verzekerd voorwerp vooraf is gewaardeerd door deskundigen, bij partijen daartoe benoemd, en des gevorderd, door den regter beëdigd, kan de verzekeraar niet daartegen opkomen, ten zij in geval van bedrog; alles behoudens de bijzondere uitzonderingen bij de wet gemaakt.'

Als de uitgedrukte waarde was gebaseerd op een deskundigentaxatierapport, kon de verzekeraar daartegen dus niet opkomen behoudens in geval van bedrog. Een overzichtelijke regeling dus.¹¹ Maar in de huidige titel 7.17 BW, ingevoerd op 1 januari 2006, is geen vergelijkbare bepaling teruggekeerd. Verdwenen is de bepaling

dat tegen een deskundigentaxatie slechts kan worden opgekomen in geval van bedrog.

4. DE GANGBARE OPVATTING: DE VERZEKERING OP BASIS VAN EEN DESKUNDIGENTAXATIE ZOU EEN VASTSTELLINGSOVEREENKOMST ZIJN

Algemeen wordt aangenomen dat de vaststelling van de waarde van de zaak (i) door een deskundige en (ii) door een beslissing van partijen op basis van het oordeel van een deskundige (beide vormen van taxatie zal ik hier verder gezamenlijk ook als 'deskundigentaxatie' aanduiden) moet worden gezien als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 e.v. BW.¹² Verzekeraar en verzekerde komen overeen dat tussen hen gedurende de looptijd van de verzekering een bepaald door deskundigen vastgesteld bedrag als waarde van het belang zal gelden. Partijen maken dat beding ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent die waarde ingeval er een evenement zal plaatshebben en de schade moet worden vastgesteld.

Lagere rechters volgen de opvatting dat de deskundigentaxatie een vaststelling(overeenkomst) volgens Boek 7 BW, titel 15 vormt.¹³ Ook de wetgever is blijkens de wetgeschiedenis met zoveel woorden die mening toegegaan.¹⁴

Op het gevaar af iemand tekort te doen, een andere opvatting ben ik niet tegengekomen. Hooguit is er een enkele aarzeling.¹⁵

Er zijn schrijvers die zich voor deze opvatting beroepen op het arrest van de Hoge Raad van 14 februari 1992, *NJ* 1992, 245, m.nt. PvS (*Aegon/CSF*).¹⁶

Vooruitlopend op de vraag of de opvatting dat de deskundigentaxatie een vaststellingsovereenkomst is, juist is: in dit arrest heeft de Hoge Raad – anders dan ten aanzien van een schaderegelsbeding inhoudende dat de omvang van de schade uitsluitend kan worden bewezen door een taxatie opgemaakt door deskundigen – voor de (voor)taxatie als bedoeld in art. 275 (oud) WvK op geen enkele wijze verwezen naar de regeling van de vaststel-

9. Bij het schrijven van deze bijdrage heb ik gestaan voor de vraag of ik daarin behalve de deskundigentaxatie ook de partijtaxatie zoals vroeger geregeld in art. 274 (oud) WvK zou behandelen. Omdat de wet thans de partijtaxatie niet meer kent (zie hierna), leek mij dat uiteindelijk toch niet te passen binnen een bespreking van de wettelijke regeling van de (deskundigen)taxatie.

10. Het woord 'echter' gaf aan dat het artikel een afwijking vormde op het voorgaande artikel waarin het Wetboek van Koophandel – anders dan in de huidige wet – ook de partijtaxatie regelde.

11. Aldus ook Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 233.

12. Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 234; Mijnsen 2007, p. 91; Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 312; Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2006, p. 135-136; P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 89; M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss. Utrecht), Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 2001, p. 104; H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, p. 247; C.C. van Dam, 'De schadeverzekering naar komend recht', in: *Verzekering naar komend recht* (Preadvis van de Vereniging 'Flandelsrecht' en de Vereniging voor Verzekeringswetenschap 1995), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 98 en 100; Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf. Juridische en rechtsvergelijkende beschouwingen* (diss. Rotterdam), Apeldoorn: Maklu 1988, p. 272 en T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, nr. 595. Zie ook A-G Asser in zijn conclusie (par. 2.10) voor HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 243 (*Van Marle/Wereldhave*).

13. Zie Hof 's-Gravenhage 4 februari 2003, *NJ* 2003, 682 en voorts r.o. 4.3 van het arrest van het hof te kennen uit HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 176.

14. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 32.

15. Zie A-G Asser in zijn conclusie voor HR 14 februari 1992, *NJ* 1992, 245 (*Aegon/CSF*) en P. van Schilfgaarde in zijn noot onder het arrest.

16. Van Huizen, Wezeman & Van Eijk-Graveland 2006, p. 135-136 en Scheltema & Mijnsen 1998, p. 247.

lingsovereenkomst.¹⁷ Door de Hoge Raad is ook niet elders uitgesproken dat de voortaxatie door deskundigen als een vaststellingsovereenkomst moet worden gezien.¹⁸

In de literatuur wordt overigens gezwegen over de vraag wat de constatering dat een deskundigentaxatie een vaststellingsovereenkomst is, betekent voor de aantastbaarheid daarvan in samenhang met de verzekeringsovereenkomst.¹⁹ Ik kom daarop terug in paragraaf 6.

5. BESPREKING VAN DE GANGBARE OPVATTING

5.1. Vraagstelling

Levert de vermelding van de verzekerde waarde indien die is gebaseerd op een deskundigentaxatie inderdaad, zoals algemeen wordt aangenomen, een vaststellingsovereenkomst op?

5.2. Kenmerken van de vaststellingsovereenkomst

Om te beoordelen of de (vastlegging in de polis van de waarde op basis van een) deskundigentaxatie kan worden beschouwd als een vaststellingsovereenkomst, is het nodig na te gaan wat de kenmerken van dat type overeenkomst zijn.

Een vaststellingsovereenkomst is een overeenkomst die is gericht op voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil over wat rechtens tussen partijen geldt. Partijen aanvaarden daarbij dat de vaststelling mogelijk afwijkt van wat tussen hen rechtens was.²⁰ De onzekerheid die tussen partijen bestaat, hoeft niet noodzakelijk een geschil te zijn. Voldoende is dat partijen subjectief onzeker zijn over wat tussen hen geldt.²¹

Door middel van een vaststellingsovereenkomst beogen partijen derhalve onzekerheden op te heffen door een bepaalde rechtstoestand bindend tussen hen vast te stellen. Van een vaststellingsovereenkomst kan pas sprake zijn als partijen eerst een eigen standpunt innemen en dat later (gedeeltelijk) prijsgeven. 'Art. 7:900 BW verlangt dat partijen van mening verschillen, in die zin dat zij niet – althans op voorhand – bereid zijn elkanders standpunt

als het juiste te aanvaarden.'²² Beide partijen of tenminste één partij moet een concessie doen.²³

Twee grondeigenaren twisten bijvoorbeeld over de perceelsgrens en komen vervolgens met elkaar overeen hoe de grens voortaan zal lopen. Iemand betwist de eigendom van een ander die twee Chinese vazen in zijn bezit heeft waarna partijen overeenkomen dat de bezitter één vaas zal afstaan. In beide gevallen doen partijen concessies teneinde een geschil te voorkomen of te beëindigen.²⁴

Beantwoordt de deskundigentaxatie aan de kenmerken van een vaststellingsovereenkomst als zojuist vermeld?

5.3. Redenen waarom de deskundigentaxatie niet beantwoordt aan de kenmerken van een vaststellingsovereenkomst

Op grond van de navolgende twee redenen beantwoordt de deskundigentaxatie niet aan de kenmerken van een vaststellingsovereenkomst.

Eerste reden; er wordt niets 'vastgesteld', er worden geen concessies gedaan

Wanneer men voor ogen houdt hoe een getaxeerde polis tot stand komt, moet mijns inziens de conclusie zijn dat de deskundigentaxatie niet als een vaststellingsovereenkomst kan worden beschouwd.

Weliswaar is het de verzekeraar die in de polis vermeldt wat de waarde van het te verzekeren object is, maar die vermelding komt in de praktijk tot stand op basis van informatie afkomstig van de verzekerde. De (aspirant-) verzekerde benadert de verzekeraar met de vraag of deze een bepaald object wil verzekeren op basis van een bepaalde waarde. De verzekerde is dus degene die aan de verzekeraar meedeelt welke waarde het object heeft. De verzekeraar pleegt die waarde niet voetstoots aan te nemen. Vaak vraagt hij de verzekerde om een taxatierapport met betrekking tot het object over te leggen.²⁵ Dat taxatierapport wordt over het algemeen opgemaakt in opdracht van en voor rekening van de verzekerde (of van een vorige eigenaar van het object van wie de verzekerde het object heeft gekocht). De verzekeraar vertrouwt op dat rapport, neemt de inhoud daarvan voor waar aan en vermeldt vervolgens in de polis niet alleen de waarde van het object

17. Aldus ook P. van Schilfgaarde in zijn noot onder het arrest.

18. In HR 17 december 1993, NJ 1994, 243 (*Van Marle/Wereldhave*) wordt wel overwogen dat een voortaxatie als bedoeld in art. 275 (oud) WvK naar haar aard tevens beoogt elke andere discussie uit te sluiten over de vraag of de verzekerde recht heeft op uitkering, maar daar ging het om de vraag of een voortaxatie tevens het bestaan van een verzekerd belang aantoonde.

19. Alleen de wetgever zelf zegt daarover iets, namelijk dat de vaststellingsovereenkomst niet kan worden vernietigd wegens dwaling. Zie *Kamerstukken II 1985/86*, 19 529, nr. 3, p. 32. De desbetreffende passage is echter ongenueanceerd geformuleerd zoals hierna zal worden uitgelegd. Zie noot 34.

20. Asser/Van Schaick 2004, nr. 254.

21. A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Mon. Nieuw BW B-80), Deventer: Kluwer 2001, p. 7.

22. Asser/Van Schaick 2004, nr. 263.

23. Zo begrijp ik ook Van Zijst 2001, p. 49, en Asser/Van Schaick 2004, nr. 267 en 269.

24. De voorbeelden zijn van A.J. Verheij, 'Vaststellingsovereenkomst', in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 298-299.

25. Deze vorm van waardevaststelling is gebruikelijk bij gebouwen, inventaris en kunstvoorwerpen.

maar verwijst daarbij ook naar dat door de verzekerde overgelegde taxatierapport.²⁶

De verzekeraar pleegt zelf zich geen oordeel over de waarde van het te verzekeren object te vormen. Hij pleegt zelf het object ook nooit te zien.²⁷

De eerste reden waarom naar mijn oordeel de verzekerde waarde niet kan zijn gebaseerd op een vaststellingsovereenkomst, is dat partijen niets met elkaar 'vaststellen' waarbij door hen (of één van hen) concessies worden gedaan. Ik verwijs naar de hierboven genoemde voorbeelden van Verheij; daarin worden daadwerkelijke of dreigende meningsverschillen omtrent een bestaande rechtstoestand bezworen en daaruit voortvloeiende conflicten worden afgewend doordat elke partij instemt met een oplossing, een vaststelling die van hem een concessie is ten opzichte van de zijns inziens bestaande rechtstoestand.

Door de deskundigentaxatie aan te duiden als een vaststellingsovereenkomst wordt het romantische beeld gecreëerd dat de vermelding van de waarde in de verzekeringsovereenkomst het resultaat is van overleg tussen verzekeraar en verzekerde waarbij wordt gediscussieerd en de één de ander van zijn gelijk met betrekking tot de waarde tracht te overtuigen en waarbij uiteindelijk concessies worden gedaan. Er is geen sprake van dat de verzekeraar zelf naar het object kijkt, zich een mening over de waarde vormt en daarover met de verzekerde in discussie gaat waarna partijen dan besluiten om samen een taxateur benoemen die de waarde vaststelt. Dat is een geromantiseerd en dus vals beeld. Met de benoeming van een taxateur heeft de verzekeraar over het algemeen ook geen enkele bemoeienis²⁸ en hij betaalt daar ook niet voor. Hij pleegt af te gaan op de juistheid van het rapport dat de verzekerde hem aanlevert. De verzekeraar doet dus ook geen concessie; hij geeft niet een standpunt omtrent de waarde prijs, want hij had helemaal geen standpunt.

Dit wordt in de literatuur en de rechtspraak over het hoofd gezien. In dit verband is illustratief een arrest van de Hoge Raad van 19 januari 2001.²⁹ Ook daarin werd ten onrechte ervan uitgegaan dat de verzekeraar bemoeienis had gehad met de benoeming van de taxateur. In die kwestie had een verzekerde een klavecimbel verzekerd op basis van een voortaxatie die hij zelf als beëdigd taxateur had verricht. Het hof had geoordeeld dat zulks toelaatbaar was. De Hoge Raad verwierp het door verzekeraars ingestelde cassatieberoep en overwoog onder meer: 'In het bijzonder ligt in de overweging van het Hof dat het taxatierapport met instemming van Verzekeraars is opgesteld door Diehl [de verzekerde, toev. FS] als deskundige besloten dat het Hof Verzekeraars heeft beschouwd als opdrachtgevers tot de taxatie.' Dat is een opmerkelijke constatering omdat uit het taxatierapport zelf (dat in de

uitspraak wordt geciteerd) blijkt dat alleen de verzekerde opdrachtgever was.

Het is denkbaar dat de tekst van het oude art. 275 WvK aan dat onjuiste romantische beeld heeft bijgedragen. Dat artikel sprak immers van 'deskundigen, bij partijen daartoe benoemd'.³⁰

Tweede reden; er komt geen nieuwe rechtstoestand tot stand want er was geen oude rechtstoestand

Ingevolge art. 7:900 lid 1 BW strekt de vaststellingsovereenkomst ertoe partijen te binden ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of een geschil omtrent 'hetgeen tussen hen rechtens geldt'. Door de vaststelling wordt een nieuwe rechtstoestand tot stand gebracht die mogelijk afwijkt van 'de tevoren bestaande rechtstoestand', zo valt te lezen in art. 7:900 lid 1 BW.

De vraag die in dit verband moet worden gesteld, is welke *nieuwe* rechtstoestand door de voortaxatie tot stand wordt gebracht en wat er tussen partijen rechtens geldt als verzekeraar en verzekerde niet tevoren overeenstemming bereiken over de waarde van het verzekerde goed. Wat is dan de *bestaande* rechtstoestand en welke rechten en verplichtingen hebben die partijen dan ten opzichte van elkaar? Opvallend is dat ook aan deze vraag in de literatuur en de rechtspraak geen aandacht wordt besteed. Een vraag die toch zou moeten opkomen wanneer wordt uitgegaan van de hierboven beschreven, meest alledaagse situatie; de situatie waarin de verzekerde een nieuwe verzekering wil sluiten voor een object waarbij de verzekerde som tevens de verzekerde waarde moet uitdrukken op basis van een deskundigentaxatie. Als de verzekeraar de opgegeven waarde niet acceptabel vindt, bijvoorbeeld omdat hij het taxatierapport onvoldoende vindt of niet vertrouwt, en als er vervolgens geen overeenstemming over die te verzekeren waarde wordt bereikt, is er geen wilsovereenstemming en komt er geen contract tot stand. Dat partijen, door tevoren overeenstemming over de waarde te bereiken, discussie in geval van schade beogen te voorkomen, maakt die overeenstemming nog niet tot een vaststellingsovereenkomst. Overeenstemming over de te verzekeren waarde is immers een onderdeel van de verzekeringsovereenkomst zoals er ook overeenstemming moet zijn over tal van andere onderdelen zoals premie en omvang van de dekking. Als verzekeraar en verzekerde het over een of meer voorwaarden niet eens worden, komt er geen verzekeringsovereenkomst tot stand. En dan geldt er tussen partijen rechtens helemaal niets! Als er geen verzekeringsovereenkomst tot stand komt, geldt tussen hen derhalve rechtens niets in de zin van art. 7:900 lid 1 BW. Evenmin is er dan een *tevoren bestaande rechtstoestand* tussen hen als bedoeld in art. 7:900 lid 1 BW.

26. Ook vraagt de verzekeraar wel om een recente aankoopnota/factuur over te leggen. Met name gebeurt dat bij het verzekeren van kunstvoorwerpen en sieraden. Ook bij transportverzekeringen wordt de verzekerde waarde veelal gebaseerd op de factuur. Vervolgens neemt de verzekeraar dan, als de aankoopnota in orde lijkt, de koopprijs als waarde in de polis over. Dan is toch geen sprake van een polis op basis van een deskundigentaxatie maar op basis van wat men pleegt te noemen: een 'partijtaxatie'. Een eventuele uitkering is dan dus toch onderworpen aan het indenniteitsbeginsel.

27. Bij opstalverzekeringen gebeurt het wel dat een verzekeraar een inspectie uitvoert of laat uitvoeren en dan ziet de verzekeraar het object dus wel. Zo'n inspectie is echter uitsluitend bedoeld om een oordeel te kunnen vormen over het risico op schade (zoals brandgevaarlijkheid) en heeft dus niet als doel om de waarde te bepalen.

28. Hooguit zal de verzekeraar desgevraagd aan de verzekerde aangeven welke taxateur voor hem aanvaardbaar is.

29. *NJ* 2001, 176.

30. Misschien was dat beeld met betrekking tot de totstandkoming van de getaxeerde polis in 1838, toen het Wetboek van Koophandel werd ingevoerd, nog juist. Ik heb dat verder niet onderzocht.

Ook deze vaststelling staat er mijns inziens aan in de weg dat, wanneer bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst de waarde van het te verzekeren object tussen verzekeraar en verzekerde wordt vastgelegd, zulks moet worden beschouwd als een vaststellingsovereenkomst in de zin van dat artikel.³¹

5.4. Conclusie met betrekking tot de gangbare opvatting

Al het bovenstaande in aanmerking nemende kan de conclusie geen andere zijn dan dat de algemeen gedragen opvatting met betrekking tot de deskundigentaxatie onjuist is. De vermelding van de op zo'n taxatie gebaseerde verzekerde waarde vormt geen vaststellingsovereenkomst.³²

6. PRAKTISCH BEZWAAR MET BETREKKING TOT DE GANGBARE OPVATTING

6.1. Rechtsgevolgen van dwaling bij vaststellingsovereenkomst en van dwaling bij verzekeringsovereenkomst zijn onverenigbaar

Aan de opvatting dat de deskundigentaxatie als een vaststellingsovereenkomst zou moeten worden beschouwd, kleeft overigens ook een groot praktisch bezwaar. Dat bezwaar betreft de rechtsgevolgen.

Weliswaar wordt unaniem betoogd dat de deskundigentaxatie een vaststellingsovereenkomst is, maar geen aandacht wordt besteed aan de vraag welke rechtsgevolgen daaraan zijn verbonden, in het bijzonder hoe een verzekeraar die meent dat de getaxeerde waarde onaanvaardbaar hoog is, daartegen dient op te komen. Dat is wellicht niet zo vreemd. Onder het oude recht was die vraag ook niet prangend, immers art. 275 (oud) WvK gaf dat aan. Maar omdat dit artikel niet is teruggekeerd, is de vraag dat nu wel.

Een vaststellingsovereenkomst kan worden vernietigd als bij het aangaan sprake was van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) dan wel van dwaling (art. 6:228 BW). Voor wat betreft dwaling geldt er wel een beperking. Een vaststellingsovereenkomst kan alleen worden vernietigd wegens dwaling als de onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft op feiten en rechten die partijen als zeker aan hun vaststellingsovereenkomst ten grondslag hebben gelegd.³³ Om in de sfeer van de voortaxatie te blijven, verzekeraar en verzekerde kunnen de vastgestelde waarde van het verzekerde object dus niet vernietigen met een beroep op dwaling, ook niet

als deze evident onjuist is. Met de taxatie werd immers de onzekerheid over de waarde weggenomen. Als partijen voor de taxatie zijn uitgegaan van bepaalde kenmerken van het te verzekeren object en achteraf blijkt dat deze niet kloppen – de te verzekeren vaas is bijvoorbeeld niet antiek – dan kan een beroep op dwaling wel slagen.

Dus als hetgeen in een vaststellingsovereenkomst is neergelegd, niet overeenkomt met de werkelijkheid, is dat op zichzelf nog geen reden voor een vernietiging van de overeenkomst. Er moet sprake zijn van een omstandigheid als hierboven bedoeld. Daarnaast bestaat bij de vaststellingsovereenkomst nog de mogelijkheid om de daarin neergelegde beslissing te vernietigen op grond van art. 7:904 BW als gebondenheid in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De rechtsgevolgen van dwaling bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zijn echter onverenigbaar met de rechtsgevolgen van dwaling bij de totstandkoming van een verzekeringsovereenkomst.³⁴ Die verschillende rechtsgevolgen kunnen zich tegelijk voordoen. Zo is denkbaar dat een verzekeraar die ontdekt dat de verzekerde hem bij het aangaan van de verzekering met een taxatie heeft misleid, zich op het standpunt stelt dat hij, indien hij van de werkelijke waarde op de hoogte zou zijn geweest, de verzekeringsovereenkomst nimmer zou hebben gesloten. Hem kan dan een beroep op verzwijging toekomen. Dorhout Mees meende weliswaar onder het oude recht dat art. 275 (oud) WvK vanwege de daarin opgenomen beperking aan een beroep op verzwijging in de weg stond.³⁵ Van Huizen was het daarmee niet eens.³⁶ Hoe dat ook zij, art. 275 (oud) WvK bestaat niet meer. Daar is niets voor in de plaats gekomen en dus kan in ieder geval naar huidig recht een beroep op verzwijging niet meer worden beperkt door een regeling als die van art. 275 (oud) WvK.

Wanneer de vaststellingsovereenkomst tot stand komt onder invloed van dwaling, kan, zoals hierboven opgemerkt, de dwalende – met inachtneming van de hierboven bedoelde beperking – de vaststellingsovereenkomst vernietigen op grond van de algemene regels omtrent dwaling van art. 6:228 BW. Die algemene regels verdragen zich echter niet met het verzwijgingsregime van art. 7:928-7:930 BW en zijn daarom uitgesloten in geval van verzwijging. Zij zijn dan ook niet van toepassing in het geval de verzekeraar dwaalt omtrent de verzekerde waarde omdat de verzekerde zijn mededelingsplicht heeft geschonden, zo volgt uit art. 7:931 BW.

31. Deze tweede reden geldt niet als sprake is van een bestaande, open polis die partijen willen omzetten in een getaxeerde polis. Worden partijen het dan niet eens over de te verzekeren waarde, dan blijft de tevoren tussen hen bestaande rechtstoestand wel in stand. Daarmee is nog niet gezegd dat in dat geval het bereiken van overeenstemming over de te verzekeren waarde wel een vaststellingsovereenkomst oplevert. Immers, de eerste reden behoudt hier zijn gelding.

32. Misschien niet onaardig om te vermelden is dat de Hoge Raad een afvloeiingsregeling die bij voorbaat in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen 'in haar algemeenheid' niet ziet als een vaststellingsovereenkomst, zie HR 7 april 1995, NJ 1995, 681 (m.nt. PAS). Dat het daarbij gaat om een vorm van vervangende schadevergoeding en bij de deskundigentaxatie om een primaire schadevergoedingsplicht, lijkt mij in dit verband geen relevant verschil.

33. Zie Verheij 2006, nr. 309; Asser/Van Schaick 2004, nr. 280-282 en Van Zijst 2001, p. 81-85. Onduidelijk is daarom hoe de wetgever kan menen dat een vaststellingsovereenkomst niet kan worden vernietigd met een beroep op dwaling, zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 32.

34. Dit in afwijking op het oude recht. In geval van verzwijging als bedoeld in art. 251 (oud) WvK kon de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst wel vernietigen.

35. Dorhout Mees 1967, nr. 217.

36. Van Huizen 1988, p. 272.

Ook de weg van vernietiging van de verzekeringsovereenkomst wegens bedrog krachtens art. 3:44 lid 3 BW staat blijkens art. 7:931 BW voor de verzekeraar niet open. Hij kan dan de verzekeringsovereenkomst wel opzeggen, zo volgt onder andere uit art. 7:929 BW. En dit laatste staat weer op gespannen voet met art. 7:904 BW; als de voortaxatie een vaststellingsovereenkomst zou zijn, kan die, anders dan de verzekering zelf, immers wel worden vernietigd in geval van bedrog of dwaling.

Onder het oude recht van art. 251 WvK kon de verzekeraar in geval van verzwijging een verzekeringsovereenkomst wel vernietigen. Dat sloot misschien iets beter aan bij de theorie van de vaststellingsovereenkomst; bij wege van fictie zou misschien nog kunnen worden volgehouden dat een vernietiging door de verzekeraar van de verzekering wegens verzwijging tevens inhield de vernietiging van de vaststellingsovereenkomst waarop de verzekerde waarde was gebaseerd.³⁷ Maar dat valt niet vol te houden onder het huidige recht waarin vernietiging wegens verzwijging niet langer mogelijk is.

6.2. De gangbare opvatting stelt de verzekeraar voor een puzzel

Welke is nu de situatie als een verzekeraar heeft gedwaald omtrent de waarde van een door hem verzekerd object, omdat de verzekerde bij het aangaan van de verzekering in strijd met zijn mededelingsplicht van art. 7:928 BW de verzekeraar niet deugdelijk heeft geïnformeerd? De verzekerde wist bijvoorbeeld van feiten die hadden moeten leiden tot een lagere waardevermelding door de deskundige. Deze ging ervan uit dat het object antiek was, terwijl de verzekerde op dat moment wist dat het om namaak ging. Wat staat de verzekeraar die zulks constateert, te doen?

Als de uitgedrukte waarde zou zijn gebaseerd op een vaststellingsovereenkomst, zou de verzekeraar in zo'n geval de vaststellingsovereenkomst kunnen vernietigen op grond van art. 6:228 BW. Maar tot welk rechtsgevolg leidt dat dan anders dan dat de verzekerde waarde tussen partijen niet meer geldt? Wordt de verzekeringsovereenkomst dan een open polis waarbij de verzekerde de waarde met alle middelen mag bewijzen? Blijft de verzekering dan voor het overige in stand? Dat lijkt een ongewenste situatie als de verzekeraar, wetende van de werkelijke situatie/waarde, de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Bovendien lijkt het onredelijk om een verzekering voor het overige te handhaven als een wezenlijk onderdeel daarvan, te weten een door partijen tevoren gewenste duidelijkheid over de verzekerde waarde, komt te vervallen. De verzekerde wordt dan immers (bij schade) met het bewijs met betrekking tot de waarde van het object belast, terwijl hij dat debat nu juist wilde voorkomen door middel van de voortaxatie.

Het is daarnaast in strijd met de strekking van art. 7:929 lid 3 BW dat de verzekerde gebonden blijft aan een verzekering waarvan de dekking wordt beperkt doordat deze in plaats van als een getaxeerde polis wordt uitgelegd als een open polis. Immers, wanneer een verzekerde

wordt geconfronteerd met een mededeling van de verzekeraar dat er in verband met verzwijging aan de zijde van de verzekeraar problemen rond de dekking zijn en dat de verzekerde waarde niet langer als juist wordt erkend, geeft art. 7:929 lid 3 BW de verzekerde het recht om het risico elders te verzekeren. Zou dat dan anders zijn als de verzekeraar volstaat met de verzekerde waarde terzijde te stellen door die waarde vaststelling te vernietigen?

Het voorgaande betekent dat de verzekeraar in het geval hij zich wegens dwaling niet gebonden acht aan de als vaststellingsovereenkomst in de verzekeringsovereenkomst uitgedrukte waarde, toch in ieder geval zich op de gevolgen van verzwijging zal moeten beroepen door een mededeling als bedoeld in art. 7:929 lid 1 BW te doen en, voor zover het een nog lopende verzekering betreft, deze op te zeggen.

Kan de verzekeraar dan met het invoeren van verzwijging volstaan? Of moet hij toch ook de (veronderstelde) vaststellingsovereenkomst vernietigen conform art. 6:228 BW als hij gedwaald heeft omtrent de kenmerken van het object, die vervolgens leidden tot een verkeerde verzekerde waarde? Men stelle zich voor hoe een brief van de verzekeraar aan de verzekerde er dan uit ziet: de verzekeraar zegt de verzekering op wegens verzwijging en daarnaast vernietigt hij (de vaststellingsovereenkomst in) de verzekeringsovereenkomst voor zover deze de waarde van het verzekerde object uitdrukt.

Mij lijkt dat een gekunstelde en onwenselijke benadering die bovendien – zoals al opgemerkt werd – op gespannen voet staat met de regeling van art. 7:929 lid 1 en 7:931 BW; een regeling die van toepasselijkheid van de algemene dwalingsleer en van de mogelijkheid van vernietiging niet wil weten. Ik meen dan ook dat in zo'n situatie de verzekeraar kan, ja zelfs moet volstaan met een mededeling als bedoeld in art. 7:929 BW.

Het voorgaande is op zichzelf natuurlijk strikt genomen geen redengeving om de deskundigentaxatie niet als een vaststellingsovereenkomst te beschouwen. Maar door dat – mijns inziens ten onrechte – wel te doen, maakt men het leven er niet gemakkelijker op.

7. MIJN EIGEN OPVATTING: EEN VERKLARING DAT DE VERZEKERAAR DE OPGEGEVEN WAARDE VOOR WAAR AANNEEMT EN WAARAAN DE VERZEKERAAR OP GROND VAN ART. 3:35 BW IS GEBONDEN

Als de waardevermelding in de verzekeringsovereenkomst niet is gebaseerd op een vaststellingsovereenkomst, waarop dan wel? Zou men, indachtig de wijze waarop de vermelding van de waarde in de verzekeringsovereenkomst terechtkomt, dan kunnen spreken van een 'erkenning'? De verzekerde deelt immers aan de verzekeraar mee wat de waarde van het te verzekeren object is en vraagt voor dat bedrag dekking. Als de verzekeraar daarmee instemt, betekent dat dan dat hij de opgegeven waarde erkent?

37. Dat zou denkbaar zijn wanneer de deskundigentaxatie als een onzelfstandige vaststellingsovereenkomst zou moeten worden beschouwd waarvan het lot afhangt van de hoofdovereenkomst (dus de verzekeringsovereenkomst). Zie over de onzelfstandige vaststellingsovereenkomst Verheij 2006, nr. 304-305 en Asser/Van Schaick 2004, nr. 271.

Deze opvatting lijkt, althans voor wat betreft de partijtaxatie, te worden aangehangen door Van Huizen. Van Huizen betoogt dat als aan de in de polis uitgedrukte verzekerde waarde geen overeenkomst ten grondslag ligt, de uitgedrukte waarde 'in elk geval een eenzijdige erkenning van deze waarde door de verzekeraar inhoudt, hetwelk impliceert dat de verzekerde geen nadere bewijzen behoeft aan te dragen'.³⁸

Het rechtsgevolg van die erkenning is dus volgens Van Huizen dat de verzekerde geen nader bewijs met betrekking tot de waarde behoeft te leveren. In geval van schade zal de verzekeraar moeten afwikkelen op basis van de waarde vóór het evenement zoals de verzekeraar die heeft erkend, zo meent hij.

De opvatting dat de verzekeraar de door de verzekerde opgegeven waarde erkent, kan ik niet onderschrijven. Erkennen doet men wanneer men zelf wetenschap heeft omtrent het erkende feit. Men kan niet erkennen wat men zelf niet weet. Ik kan wel erkennen dat ik door het rode licht reed, maar of mijn vrouw met haar auto door het rode licht reed, weet ik niet, ik was er niet bij. Als zij mij bezweert dat zij groen licht had, kan ik dat dus niet erkennen; ik kan haar wel geloven en wat zij mij vertelt, voor waar aannemen.

Omdat de verzekeraar zelf geen onderzoek instelt naar de waarde en zich zelf geen oordeel over de waarde vormt, kan hij die ook niet als juist erkennen. Daarom acht ik ook de benadering van Van Huizen niet juist.³⁹

Dat neemt niet weg dat de benadering van Van Huizen in de buurt komt van wat mijns inziens wel de oplossing is.

Gelijk hiervoor al enige keren werd opgemerkt, gaat de verzekeraar aan wie wordt gevraagd om een object voor een bepaalde waarde te verzekeren, simpelweg af op wat de verzekerde hem vertelt, al dan niet onder aanbidding van een aankoopnota, een taxatierapport of iets anders. Hij vertrouwt op de juistheid van die mededeling omtrent de waarde. Hij neemt die waarde voor waar aan. Zoals hij ook op de verzekerde vertrouwt als deze diens woonhuis ter verzekering aanbiedt en daarbij meedeelt dat 'het huis is gedekt met pannen' hetgeen de verzekeraar eveneens in de polis pleegt op te nemen.

Met dat voor waar aannemen beoogt de verzekeraar een rechtsgevolg in het leven te roepen; het rechtsgevolg dat hij in geval van een gedekt evenement aan die waarde is gebonden, dat de verzekerde mag verlangen dat die waarde geldt als uitgangspunt bij de berekening van de schade. De verzekerde mag daarop vertrouwen. Dat betekent dat de vermelding van de waarde in de verzekeringsovereenkomst moet worden gezien als een verklaring als bedoeld in art. 3:35 BW⁴⁰; een verklaring waaraan de verzekerde het gerechtvaardigd vertrouwen mag ontleen dat de verzekeraar in geval van schade de oorspronkelijke waarde van het getroffen object niet meer ter discussie zal stellen.

8. WANNEER KAN EEN GETAXEERDE WAARDE IN DE VERZEKERINGS-OVEREENKOMST WORDEN AANGETAST ALS DEZE VOORTVLOEIT UIT EEN VERKLARING ALS BEDOELD IN ART. 3:35 BW?

Vervolgens moet dan worden onderzocht of en zo ja, onder welke omstandigheden de verzekerde waarde nog ter discussie kan worden gesteld.

Uit art. 3:35 BW volgt dat de verzekeraar aan zijn verklaring is gebonden als de verzekerde die verklaring heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen. Wanneer mag een verzekerde de verzekeraar dan niet houden aan diens verklaring dat deze de waarde voor waar heeft aangenomen? Het antwoord lijkt simpel: wanneer de verzekerde deze verklaring niet heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen.

Maar wanneer kan men zeggen dat de verzekerde een verklaring van de verzekeraar dat deze de waarde van het object voor waar aanneemt, niet heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen? Eenvoudiger gezegd: wanneer kan de verzekerde begrijpen dat de verzekeraar niet aan zijn verklaring gehouden kan worden? Of nog anders gezegd: wanneer mag de verzekeraar stellen en zo nodig bewijzen dat de werkelijke waarde lager is/was dan de getaxeerde waarde?

Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vraag moet zijn dat de verzekerde mag vertrouwen op de verklaring van de verzekeraar die is gebaseerd op een deskundigentaxatie. Gerechtvaardigd vertrouwen als bedoeld in art. 3:35 BW behoort niet te worden beschaamd. Dat betekent dat de verzekerde de verzekeraar mag houden aan de door de laatste voor waar aangenomen waarde. En daarmee worden de mogelijkheden van de verzekeraar om tegen die waarde tegenbewijs te leveren, natuurlijk stevig beperkt.

Anderzijds lijkt mij in ieder geval ook verdedigbaar dat geen gerechtvaardigd vertrouwen kan zijn opgewekt als de verzekeraar tot zijn verklaring omtrent de verzekerde waarde is gekomen terwijl de verzekerde op dat moment niet te goeder trouw was. Te denken valt aan de situatie dat de deskundige heeft getaxeerd op basis van een verkeerd uitgangspunt (het object was in werkelijkheid een vervalsing) en de verzekerde was daarvan op de hoogte. In zo'n geval behoort de verzekeraar de vrijheid te hebben om tegenbewijs tegen de uitgedrukte waarde te mogen leveren.

Ik neig er dan ook toe om de vraag of een door een deskundige getaxeerde waarde kan worden aangetast, aldus te beantwoorden dat zulks alleen zou moeten zijn toegestaan als de verklaring van de verzekeraar tot stand kwam terwijl de verzekerde niet te goeder trouw was ten aanzien

38. Van Huizen 1988, p. 270. Als ik het goed zie, is hij de enige die die opvatting heeft.

39. Die overigens, zoals gezegd, uitsluitend betrekking heeft op de partijtaxatie.

40. Dit artikel luidt: "Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil."

van de opgegeven waarde.⁴¹ Ik realiseer mij dat zulks een wijziging vormt ten opzichte van het oude recht dat de verzekeraar alleen het recht gaf om de verzekerde waarde te betwisten in geval van bedrog. Maar art. 3:35 BW kent nu eenmaal een dergelijke beperking niet.

Dat de vervanging van het vereiste 'bedrog' door het vereiste van 'niet te goeder trouw' de mogelijkheden voor de verzekeraar om de verzekerde waarde te betwisten, verruimt, laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van een voorbeeld. Als de verzekerde, door het willens en wetens verschaffen van valse informatie met betrekking tot de herkomst van het object of door omkoping de taxateur verleidt tot een te hoge taxatie die vervolgens wordt overgenomen door de verzekeraar, is sprake van bedrog. Er is echter geen bedrog als de verzekerde zwijgt terwijl hij gegronde reden heeft om te menen dat de taxateur zich heeft vergist in de waarde en daarom te hoog heeft getaxeerd. Wel kan in die situatie worden gezegd dat de verzekerde dan niet te goeder trouw is als de verzekeraar de in dat taxatierapport vermelde waarde verzekert.

9. DE ROL VAN DE POLIS

De polis speelt op zichzelf bezien mijns inziens geen rol bij de beantwoording van de vraag hoe een verzekering op basis van een door een deskundige getaxeerde verzekerde waarde moet worden geduid. Onderstaand betoog waarin ik toch op de rol van de polis inga, is dan ook niet dragend voor mijn opvatting dat een voortaxatie niet een vaststellingsovereenkomst oplevert maar een verklaring als bedoeld in art. 3:35 BW insluit. De reden waarom ik desondanks op de rol van de polis inga, is dat in de literatuur aan de polis in verband met de aantastbaarheid van de verzekerde waarde een eigen betekenis wordt toegekend.

9.1. De vermelding van de getaxeerde waarde in de polis zou op grond van art. 157 lid 2 Rv tegenover de verzekeraar dwingend bewijs opleveren

In een adem met de opvatting over de aard van de vermelding van de getaxeerde waarde in de polis wordt in de literatuur tevens aangenomen dat die vermelding op grond van art. 157 lid 2 Rv tegenover de verzekeraar dwingend bewijs van de waarde oplevert.⁴² De redenering daarbij is dat ingevolge art. 157 lid 2 Rv een partijverklaring die is opgenomen in een authentieke of een onderhandse akte als bedoeld in art. 156 lid 3 Rv tussen partijen dwingend bewijs oplevert van de waarheid van die verklaring.⁴³ Omdat een polis een – door de verzekeraar ondertekende – onderhandse akte als bedoeld in art. 156 Rv is waarin de verzekeraar – eenzijdig – verklaart wat de inhoud van de gesloten verzekeringsovereenkomst is, levert

zo'n akte tegenover de verzekeraar dwingend bewijs op van wat is afgesproken.⁴⁴

Aangezien de polis niet ook door de verzekerde pleegt te worden ondertekend, vormt de polis tegenover de verzekerde geen dwingend bewijs omtrent hetgeen partijen hebben afgesproken. De polis vormt uitsluitend dwingend bewijs ten gunste van de verzekerde tegenover de verzekeraar, niet ook omgekeerd.⁴⁵

Voor zover op grond van art. 157 lid 2 Rv de vermelding van de verzekerde waarde in de polis dwingend bewijs oplevert, heeft de verzekeraar het recht daartegen tegenbewijs aan te dragen. Anders dan het woord *dwingend* kan doen vermoeden, staat op grond van art. 151 lid 2 Rv tegenbewijs wel open.⁴⁶

Tot zover wat in zijn algemeenheid de leer omtrent het bewijs van bestaan en inhoud van de verzekeringsovereenkomst is.

Niet duidelijk in deze benadering is echter hoe het recht op tegenbewijs tegen de in de polis uitgedrukte waarde ex art. 151 lid 2 Rv verenigbaar is met de rechtsgevolgen van de vaststellingsovereenkomst indien de vermelding van de verzekerde waarde daarop gebaseerd zou zijn.

Het lijkt ook niet mogelijk dat naast elkaar de vermelding van de voortaxeerde waarde kan zijn gebaseerd op een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 e.v. BW en *tegelijktijd* krachtens art. 157 lid 2 Rv dwingend bewijs kan opleveren. Iets wordt of 'vastgesteld' of het wordt 'dwingend bewezen'. Het is het een of het ander. Ik zou menen dat de enkele vermelding in de polis van de verzekerde waarde op zichzelf natuurlijk niet een voortaxatie of een daaraan ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst kan opleveren. De polis is immers slechts een (eenzijdig door de verzekeraar opgemaakt) bewijsstuk, zij vormt het bewijs van de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. Dat iets in de polis staat, zegt dus niets over de aard van de daaraan ten grondslag liggende, tussen verzekeraar en verzekerde bestaande afspraak. Als in de polis staat dat het verzekerde object een bepaalde waarde vertegenwoordigt, is dat omdat dat eerder tussen partijen is komen vast te staan. Om die reden behoort bij het beantwoorden van de vraag naar de aard van de verzekerde waarde buiten beschouwing te blijven het enkele feit dat deze in de polis is vermeld. Wat uiteraard iets anders is dan de vraag of aan het feit dat de waarde in de polis is vermeld, nog rechtsgevolgen zijn verbonden. Die vraag komt nu aan de orde.

9.2. Wat de vermelding van de verzekerde waarde in de polis wel betekent

Gelijk hiervoor is uiteengezet, komt de vermelding van de verzekerde waarde in de polis tot stand op basis van een mededeling van de verzekerde aan de verzekeraar, die de verzekeraar voor waar aanneemt. Dus als de verze-

41. Deze beperking speelt geen rol als de verzekerde waarde niet is gebaseerd op een deskundigentaxatie, maar bijvoorbeeld op een aankoopnota. Dan geldt immers het indenniteitsbeginsel, los van de vraag of de verzekerde te goeder trouw is.

42. Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 231 en Asser/Clausing/Wansink 2007, nr. 309.

43. Hugenholz & Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009, nr. 83; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 219 en T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 55-56.

44. Zie art. 7:932 BW.

45. Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 244.

46. Hugenholz & Heemskerk 2009, nr. 83; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 231 en Hidma & Rutgers 2004, nr. 32-33.

keraar in de polis verklaart dat de waarde van het verzekerde object een zeker bedrag is, is dat een bevestiging van dat 'voor waar aannemen' van die waarde. De polis kan niet worden gezien als bewijs van de juistheid van de waarde zelf. Daarover heeft de verzekeraar zich nimmer uitgelaten.

Hier kan weer worden gedacht aan de situatie waarin de verzekeraar in de polis de verzekerde woning aanduidt en daarbij vermeldt dat die woning 'met pannen is gedekt'. De verzekeraar komt tot die vermelding op basis van een mededeling van de verzekerde.⁴⁷ Hij neemt dus voor waar aan dat de woning met pannen is gedekt. Daarmee hoeft dat nog niet waar te zijn. Misschien is in werkelijkheid de woning wel met riet gedekt en kan de verzekeraar een beroep op een onjuiste opgave als bedoeld in art. 7:928 e.v. BW doen. Dat de polis niettemin luidt dat de woning met pannen is gedekt, levert tegen de verzekeraar geen dwingend bewijs op dat dat ook zo is. Het bewijst alleen – dwingend – dat de verzekeraar dat voor waar heeft aangenomen.

Dus als de verzekerde waarde in de polis is vastgelegd, vormt dat tegenover de verzekeraar het bewijs dat de verzekeraar die waarde voor waar heeft aangenomen.⁴⁸

De vermelding in de polis vormt niet het bewijs van de juistheid van de uitgedrukte waarde.

Mitsdien komt de vraag of de polis als akte in de zin van art. 157 lid 2 Rv tegenbewijs tegen de daarin uitgedrukte waarde toelaat, niet aan de orde. Hooguit zou de verzekeraar tegenbewijs mogen leveren als hij meent dat hij in werkelijkheid niet akkoord is gegaan met een voortaxatie *an sich* of dat hij niet het in de polis vermelde bedrag, maar een ander bedrag als verzekerde waarde voor waar heeft aangenomen en dat het bedrag in de polis ten onrechte als verzekerde waarde is aangemerkt.

10. RESUMÉ VAN DE BEVINDINGEN

Het voorgaande leert ons het volgende.

- Anders dan algemeen wordt gedacht vormt een verzekeringsovereenkomst waarbij de verzekerde waarde is gebaseerd op een deskundigentaxatie, geen vaststellingsovereenkomst. Zo'n verzekering voldoet niet aan de criteria van art. 7:900 BW. Aan de totstandkoming van een verzekering op basis van een deskundigentaxatie gaat namelijk geen dispuut vooraf waarbij verzekeraar en verzekerde elk een eigen, afwijkende opvatting ten aanzien van de waarde van het object koesteren en waarbij men uiteindelijk bij wijze van concessie akkoord gaat met een waardevaststelling door of op basis van het oordeel van een deskundige. Vindt de waardevaststelling plaats voorafgaand aan het tot stand komen van een verzekeringsovereenkomst, dan ontstaat daarbij evenmin een nieuwe rechtstoestand. Bij het niet bereiken van overeenstemming over de te verzekeren waarde komt er eenvoudigweg geen verzekeringsovereenkomst tot stand en is er ook geen tevoren bestaande rechtstoestand.
- De theorie dat de in de verzekering opgenomen getaxeerde waarde is gebaseerd op een vaststellingsover-

eenkomst, stelt in de praktijk de verzekeraar voor raadselen met betrekking tot de vraag op welke wijze de verzekeraar dan tegen de verzekerde waarde moet opkomen wanneer hij meent dat die te hoog is. De theorie gaat er namelijk aan voorbij dat de aantasting van een vaststellingsovereenkomst dient te geschieden door middel van een vernietiging, een rechtshandeling die nu juist in het huidige verzekeringsrecht aan de verzekeraar niet is toegestaan.

- De vermelding van de verzekerde waarde vormt een verklaring van de verzekeraar als bedoeld in art. 3:35 BW. Door middel van die verklaring wekt de verzekeraar bij de verzekerde het gerechtvaardigd vertrouwen dat hij in geval van schade de oorspronkelijke waarde van het getroffen object als uitgangspunt zal nemen.
- Aantasting van de verzekerde waarde is – slechts – mogelijk als de verzekerde de verklaring van de verzekeraar dat deze de waarde van het object voor waar aanneemt, niet heeft opgevat overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen.
- Die laatste situatie doet zich naar mijn oordeel voor als de verklaring van de verzekeraar dat hij de getaxeerde waarde voor waar aannam, tot stand kwam terwijl de verzekerde niet te goeder trouw was ten aanzien van de opgegeven waarde. Daarmee zijn de mogelijkheden voor de verzekeraar om de juistheid van de verzekerde waarde te betwisten, ruimer dan onder het oude recht dat door middel van art. 275 (oud) WvK daarvoor slechts de mogelijkheid bood in geval van bedrog.
- De polis speelt in dit verband geen zelfstandige rol. Het feit dat de verzekerde waarde in de polis is vermeld, bewijst alleen dat de verzekeraar de getaxeerde waarde voor waar heeft aangenomen, niet dat de getaxeerde waarde ook waar is.
- Hoe men echter ook over het vorenstaande mocht denken en of men nu wel of geen aanhanger is van de gedachte dat de deskundigentaxatie is te beschouwen als een vaststellingsovereenkomst, niet kan worden ontkend dat het huidige verzekeringsrecht door het verdwijnen van art. 275 (oud) WvK dat de deskundigentaxatie regelde, er niet eenvoudiger op is geworden.

47. Tenzij uiteraard aan de acceptatie een inspectie in opdracht van de verzekeraar voorafging.

48. Voor de aanhangers van de leer van de vaststellingsovereenkomst zal de vermelding van de verzekerde waarde in de polis het bewijs vormen dat partijen omtrent de specifieke waarde een vaststellingsovereenkomst niet elkaar hebben gesloten.