

die arresten is ook in het arrest inzake Willemssen Beheer/NOM de relatie tussen art. 6:162 BW en art. 2:9 BW aan de orde. Van belang is met name dat de Hoge Raad met zoveel woorden heeft bepaald dat bij de aansprakelijkheid van een individuele aandeelhouder jegens de bestuurder van de vennootschap de norm van art. 2:9 BW ('ernstig verwijt') heeft te gelden.

De Hoge Raad gaat evenwel nog een stap verder door ook de eerder door hem geformuleerde regel in het arrest *Berghuizer Papierfabriek* (HR 29 november 2002. JOR 2003/2) van overeenkomstige toepassing te verklaren op een bestuurdersaansprakelijkheidskwestie jegens een aandeelhouder. Dit houdt in dat wanneer in strijd is gehandeld met statutaire bepalingen die een individueel aandeelhouder beogen te beschermen, daarmee in beginsel de aansprakelijkheid tegenover die individuele aandeelhouder is gegeven. Al hoewel te verwachten valt dat door deze uitspraak meer dan voorheen gedupeerde aandeelhouders zullen trachten om het bestuur van de vennootschap aansprakelijk te houden op deze grond, moet bedacht worden dat de Hoge Raad tevens heeft geoordeeld dat bestuurders feiten en omstandigheden kunnen aanvoeren, die de conclusie rechtvaardigen dat van ernstige verwijtbaarheid geen sprake is. In het arrest *Willemssen Beheer/NOM* is zelfs geoordeeld dat het Gerechtshof ten onrechte voorbij is gegaan aan deze door de bestuurder gestelde disculperende feiten en omstandigheden.

Bovendien zal de rechter terughoudend blijven in het toetsen van ondernemingsbeleid. Al hoewel het streven naar een meer eenduidige normering door de Hoge Raad bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties kan worden toegejuicht, zal moeten worden afgewacht of door dit arrest ook daadwerkelijk sprake is van een inhoudelijke koerswijziging. Daarbij is met name interessant in welke mate dit arrest zal worden uitgelegd als een afwijking van de heersende jurisprudentie omtrent afgeleide schade (zie onder meer *Poot/ABP*, HR 2 december 1994, NJ 1995/288 en *Kip/Rabobank*, HR 2 mei 1997, NJ 1997/662).

HOOFDARTIKEL

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

Verzwijging van feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen.
Opzettelijke misleiding. 08-149

Inleiding

Een arrest van het Hof Amsterdam, gewezen op 14 december 2006, vormt voor mij de aanleiding tot het schrijven van dit artikel. Het arrest is te kennen uit het recent gepubliceerde arrest van de Hoge Raad van 12 september 2008, *RAV 2008, 97*. Omdat de Hoge Raad niet inhoudelijk op de zaak is ingegaan, zal ik volstaan met een bespreking van de uitspraak van het Hof. In dat kader zal ik aandacht besteden aan de omvang van de mededelingsplicht van de rechtspersoon-verzekeringnemer bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst met betrekking tot feiten die een ander dan hemzelf betreffen. Onder welke omstandigheden dient de rechtspersoon die een verzekering aanvraagt mededeling te doen omtrent feiten die buiten zijn juridische entiteit zijn gelegen en die een derde betreffen, ook al heeft de verzekeraar daar niet expliciet naar gevraagd?

In de hier te bespreken casus was sprake van een derde, die niet op de door de rechtspersoon afgesloten polis was mee verzekerd als belanghebbende en die derhalve geen rechten aan de verzekering kon ontlelen. Van de in art. 7:928 lid 2 BW bedoelde situatie, waarin de belangen van een bij het aangaan van de verzekering bekende derde (mede) worden gedekt¹, was dan ook geen sprake. In een dergelijke situatie ziet de mededelingsplicht van de verzekeringnemer ook op de feiten die deze derde kent of behoort te kennen en waarvan naar de derde weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen. In dit artikel zal ik geen aandacht besteden aan art. 7:928 lid 2 BW.

Casus

Een rechtspersoon naar buitenlands recht sluit door tussenkomst van een makelaar in assurantiën per 1 juli 1999 een beursverzekering af ten behoeve van een woonhuis met inboedel op Sint Maarten.² Daarbij wordt geen gebruik gemaakt van een vragenlijst. Nog geen vier maanden later ontstaat brand in het woonhuis, waardoor schade ontstaat aan de woning en inboedel. De rechtspersoon spreekt de (Nederlandse) verzekeraar aan tot uitkering van de schade. De verzekeraar weigert daartoe over te gaan met een beroep op verzwijging, op grond waarvan de overeenkomst vernietigbaar is ingevolge art. 251 K (oud).³ Hij stelt daartoe dat de rechtspersoon hem opzettelijk heeft misleid door geen mededelingen te doen met betrekking tot feiten die een ander dan de rechtspersoon zelf als verzekeringnemer betreffen. Als de verzekeraar ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zou zijn ingelicht omtrent omstandigheden betreffende die ander, die in het gepubliceerde arrest wordt aangeduid als A, zou hij als redelijk handelend verzekeraar de verzekeringsovereenkomst niet hebben gesloten. In de daarop volgende procedure, waarin de rechtspersoon vordert dat de verzekeraar zal worden veroordeeld tot uitkering onder de verzekeringsovereenkomst, draait het om de vraag of het beroep van de verzekeraar op verzwijging slaagt.

Het oordeel van het Hof Amsterdam

In hoger beroep bekrachtigt het Hof het vonnis van de Rechtbank, waarin de vordering werd afgewezen, onder verbetering van gronden. Het Hof gaat uit van de navolgende vaststaande feiten:

- A houdt 40% van de aandelen en had daadwerkelijk zeggenschap in deze rechtspersoon.
- Het verzekerde woonhuis met inboedel vormde het enige actief van de rechtspersoon.
- Op dit woonhuis was een hypotheek gevestigd ten behoeve van een vordering van een bank op A in privé.
- A en zijn broer B verbleven drie tot zes maanden per jaar in de woning op Sint Maarten.

- A is in het verleden (van 1987 tot 1994) meerdere keren bij schadevoorvallen (te weten diverse brandschaden en een inbraakschade) betrokken geweest. Twee verzekeraars hebben A om die reden te kennen gegeven hem niet meer als verzekerde te willen.
- Een derde verzekeraar heeft in verband met een polisaanvraag aan A bericht met hem geen zaken te willen doen.
- A beschikt over een aanzienlijk strafverleden.⁴

Het Hof overweegt dat uit de omstandigheden a tot en met c *'kan worden afgeleid dat A als groot aandeelhouder van [de rechtspersoon] en als bestuurder zodanige zeggenschap had in [de rechtspersoon] dat hij het enige actief van deze vennootschap voor een privéschuld van hem met een hypotheekair recht van [een bank] kon belasten. Er bestond aldus een nauwe verwevenheid tussen A en [de rechtspersoon]. Voorts blijkt uit de onder d genoemde omstandigheid dat A bij (het gebruik van) het woonhuis een eigen belang had. Het Hof is van oordeel dat op grond van die omstandigheden voor de toepassing van art. 251 K (oud) de wetenschap van A moet worden toegerekend aan [de rechtspersoon].'*

Uit de onder e en f opgesomde feiten blijkt voorts dat drie verzekeringsmaatschappijen A te kennen hebben gegeven hem niet (meer) als verzekerde te willen, dit naar aanleiding van schadegevallen. *'Door het verzwijgen door [de rechtspersoon] voor [de verzekeraar] dat verschillende verzekeraars A niet (meer) als verzekerde wilden, heeft [de rechtspersoon] [de verzekeraar] opzettelijk misleid. [De rechtspersoon] heeft zich aldus een verzekering verschaft die [de verzekeraar] niet zou hebben gesloten, indien [hij] van die feiten op de hoogte was geweest.'* Het Hof oordeelt dan ook dat het beroep van de verzekeraar op nietigheid van de overeenkomst op grond van art. 251 K slaagt en wijst de op die overeenkomst gebaseerde vordering van de rechtspersoon af.

Art. 251 K (oud)/ art. 7:928 t/m 931 BW

De mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst strekt er - zowel onder het oude, als onder het nieuwe verzekeringsrecht - toe de verzekeraar in staat te stellen te beoordelen of en zo ja, op welke voorwaarden hij bereid is het aangeboden risico te accepteren en te verzekeren. De omvang van de mededelingsplicht zoals geregeld in art. 251 K (oud)⁵ en zoals in de jurisprudentie onder het oude recht verder is ingevuld, is gecodificeerd in art. 7:928 BW. Voor het bepalen van de omvang van de mededelingsplicht gelden vier vereisten, te weten:

1. het *kennisvereiste*: de mededelingsplicht van de verzekeringnemer is beperkt tot hetgeen hij kent of behoort te kennen;
2. het *kenbaarheidsvereiste*: de mededelingsplicht is voorts beperkt tot de feiten waarvan de verzekeringnemer weet of behoort te begrijpen dat zij voor de verzekeraar van belang zijn of kunnen zijn;
3. het *relevantievereiste*: een beroep op schending van de mededelingsplicht is alleen gerechtvaardigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten;
4. het *verschoonbaarheidsvereiste*: de verzekeraar moet de uiterste zorg betrachten om te voorkomen dat hij een verzekering afsluit, terwijl hij onbekend is met voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden. Deze onderzoeksplicht van de verzekeraar dient telkens te worden afgewogen tegen de mededelingsplicht van de verzekeringnemer.

Het kennis- en kenbaarheidsvereiste komen tot uiting in art. 7:928 lid 1 BW.

Het relevantievereiste ligt besloten in het vierde lid van art. 7:928 BW, waarin is bepaald dat de mededelingsplicht geen betrekking heeft op feiten die niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid.

In dit vierde lid komt tevens het verschoonbaarheidsvereiste aan bod: de mededelingsplicht ziet niet op *'feiten die de verze-*

keraar reeds kent of behoort te kennen'. Ook art. 7:928 lid 6 BW ziet op het verschoonbaarheidsvereiste. Hierin is bepaald dat indien de verzekering is gesloten op de 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. Wanneer bijvoorbeeld een gestelde vraag niet is beantwoord, dient de verzekeraar de aanvrager te verzoeken alsnog voor beantwoording zorg te dragen. De verzekeraar kan zich echter wel op de genoemde omstandigheden beroepen indien de aanvrager de verzekeraar niet of onvolledig heeft geïnformeerd met het opzet hem te misleiden.

Voor een uitgebreide behandeling van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst verwijs ik (onder heel veel meer literatuur) naar Asser-Clausing-Wansink, *Bijzondere overeenkomsten* 5-VI, Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 3, alsmede naar de bijdrage van L. Dommering-van Rongen in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk 2.

De bijzondere positie van de rechtspersoon-verzekeringnemer

Een rechtspersoon kan uitsluitend door natuurlijke personen (derden) deelnemen aan het rechtsverkeer en rechtshandelingen verrichten. In art. 2:130/240 BW is bepaald dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt en dat de statuten ook andere personen dan bestuurders de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen toekennen. De wet bepaalt voorts in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in het geval van faillissement van de vennootschap, dat degene die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder, met een bestuurder gelijkgesteld wordt (art. 2:138/248 lid 7 BW). Deze medebeleidsbepaler, ook wel feitelijke bestuurder, kan bijvoorbeeld ook aansprakelijk worden gehouden voor door de rechtspersoon verschuldigde maar niet afgedragen belastingen (art. 36 lid 5 sub b Invorderingswet 1990).

Indien een aspirant-verzekeringnemer een rechtspersoon is, komt de vraag op welke natuurlijke personen binnen de rechtspersoon het risico van onbetrouwbaarheid van de verzekeringnemer (of te wel het morele risico) vormen dat voor de verzekeraar aan de verzekering verbonden kan zijn. Daarbij ontstaat nog al eens discussie over de kwestie of vragen van de verzekeraar (al dan niet door middel van een vragenlijst) omtrent het strafrechtelijk verleden, het schadeverleden en omtrent het eerder geweigerd of opgezegd zijn van verzekeringen alleen betrekking hebben op de rechtspersoon zelf of ook op andere personen binnen de vennootschap. In sommige gevallen is dat duidelijk, namelijk wanneer de verzekeraar expliciet bij het stellen van de genoemde vragen aangeeft dat deze bijvoorbeeld ook gelden voor de statutair directeur(en)/bestuurder(s) en de (groot)-aandeelhouder(s) van de rechtspersoon. Wanneer de verzekeraar dat heeft nagelaten, rijst de vraag naar de reikwijdte van de vragen betreffende het morele risico.⁶

Drie arresten van de Hoge Raad (NJ 1997, 637, 638 en 639)

De Hoge Raad heeft zich een aantal keren over deze vraag uitgelaten in zaken waarin de verzekeraar gebruik had gemaakt van een vragenlijst, maar waarin hij niet duidelijk had gemaakt dat hij ook geïnformeerd wilde worden over feiten betreffende een ander dan de verzekeringnemer.

In het arrest *HR 13 september 1996, NJ 1997, 637* werd in het gebruikte vragenformulier aan de aanvrager van de verzekering gevraagd of hij feiten te melden had omtrent een eventueel strafrechtelijk verleden *'van u of een andere belanghebbende'*. De aanvrager was een B.V. en de vraag kwam op of in het aanvraagformulier melding had moeten worden gemaakt van het strafrechtelijk verleden van het enige bestuurslid van de B.V., tevens minderheidsaandeelhouder. De Hoge Raad liet de ontkenkende beantwoording door het Hof in stand. De Hoge Raad overwoog onder meer:

- Een verzekeringnemer mag een door de verzekeraar gestelde vraag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen.

- Indien een verzekeraar vóór het aangaan van de verzekering uitdrukkelijk mededeling heeft gevraagd van feiten die het *strafrechtelijk* verleden betreffen van een ander dan de verzekeringnemer, is deze laatste gehouden die vraag volledig en naar waarheid te beantwoorden.
- Van een verzekeringnemer van wie in beginsel (blijkens *HR 18 december 1981, NJ 1982, 570*) niet kan worden gevergd dat hij spontaan overgaat tot opgeven omtrent zijn eigen strafrechtelijk verleden, kan evenmin worden gevergd dat hij spontaan overgaat tot opgeven omtrent het strafrechtelijk verleden van een derde; dit kan de persoonlijke levenssfeer van die derde immers diepgaand raken, terwijl bekendheid bij anderen de maatschappelijke positie van die derde ernstig kan schaden (r.o. 3.3.3).
- De omstandigheid dat een bestuurder van een vennootschap aandelen in de vennootschap houdt, levert zonder meer geen grond op om hem in die zin met de vennootschap te vereenzelvigen dat een enkel op het strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer gerichte vraag door de vennootschap die zich wil verzekeren, behoort te worden opgevat als tevens gericht op het strafrechtelijk verleden van die bestuurder (r.o. 3.3.4).

De Hoge Raad liet ook het oordeel van het Hof in stand dat de B.V. onder *'een andere belanghebbende'* slechts behoefde te verstaan *'iemand die binnen de vennootschap een machtspositie kan uitoefenen, zoals een directeur die alle of een meerderheid van de aandelen houdt.'* De Hoge Raad tekende daarbij aan dat het Hof het begrip *'andere belanghebbende'* niet had opgevat als degene die een door de verzekering gedekt belang had.⁷

In het arrest *HR 20 december 1996, NJ 1997, 638* ging de Hoge Raad op een vergelijkbare kwestie in. De Hoge Raad formuleerde in dit arrest in r.o. 3.7, in aansluiting op zijn arrest van 13 september 1996, een aantal belangrijke uitgangspunten voor het geval een verzekering tot stand is gekomen op basis van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, waaronder de volgende:

- De verzekeraar kan zich niet erop beroepen dat feiten (al dan niet een ander dan de verzekeringnemer betreffende) waar naar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.⁸
- Heeft de verzekeraar vóór het aangaan van de verzekering mededeling gevraagd van feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen, dan is deze gehouden de desbetreffende vragen volledig en naar waarheid te beantwoorden.
- Van het geval dat mededeling wordt gevraagd van feiten die een ander dan de verzekeringnemer betreffen, moet worden onderscheiden het geval dat iemand als bestuurder en aandeelhouder een zodanige zeggenschap heeft in de vennootschap die de verzekeringnemer is, dat hij met die vennootschap moet worden vereenzelvigd. Als daarvan sprake is, dan moet de verzekeringnemer begrijpen dat de vragen mede betrekking hebben op de feiten betreffende deze persoon en de eventueel door hem beheerste vennootschappen. Of vereenzelviging zich voordoet - wat niet snel zal mogen worden aangenomen - zal van de omstandigheden van het geval afhangen. De omstandigheid dat iemand zowel bestuurder als aandeelhouder is, is daartoe blijkens HR 13 september 1996 in ieder geval onvoldoende.⁹

In het arrest *HR 21 maart 1997, NJ 1997, 639* oordeelde de Hoge Raad, in aansluiting op zijn arrest van 20 december 1996, dat een vraag naar strafrechtelijke veroordelingen door de verzekeringnemer redelijkerwijs niet behoeft te worden opgevat als een vraag naar strafrechtelijke veroordelingen van een ander dan de verzekeringnemer zelf.

Geen spontane mededelingsplicht bij gebruik vragenlijst?

Sedert deze drie arresten van de Hoge Raad geldt dat voor een aanvullende spontane mededelingsplicht van de verzekeringnemer in beginsel geen ruimte meer is, indien de verzekeraar een vragenlijst hanteert.¹⁰ Dit betekent dat wanneer de verzekeraar niet naar bepaalde feiten heeft geïnformeerd, hij in principe niet aan de verzekeringnemer kan tegenwerpen dat deze hem uit zichzelf die feiten had moeten mee-

delen. De verzekeraar moet zijn vragen dus heel nauwkeurig formuleren. Wil hij informatie ontvangen betreffende een ander dan de verzekeringnemer dan dient hij dat uitdrukkelijk te verwoorden in zijn vragenlijst. Niet snel wordt aangenomen dat indien een persoon (bijvoorbeeld een rechtspersoon) een verzekering aanvraagt, de vragen tevens betrekking hebben op een andere persoon (bijvoorbeeld de bestuurder/aandeelhouder van de rechtspersoon). Van vereenzelviging van de te verzekeren rechtspersoon met zijn bestuurder(s)/aandeelhouder(s) zal alleen in uitzonderingssituaties sprake kunnen zijn. Uitgangspunt moet zijn het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en zijn directeur/grotaandeelhouder.¹¹

In gevallen waarin de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, wordt de verzekeraar echter wel in bescherming genomen, zij het dat de bewijslast met betrekking tot het opzet op de verzekeraar rust. Het subjectieve bewustzijn van een aspirant-verzekeringnemer dat als hij niet (zonodig spontaan) overgaat tot mededeling van bepaalde feiten (waarnaar de verzekeraar mogelijk niet heeft gevraagd) hij een overeenkomst kan sluiten, die de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken niet zou willen sluiten, maakt dat sprake is van opzet tot misleiding. Dergelijk opzet impliceert mijns inziens een schending van een (al dan niet spontane) mededelingsplicht. Immers, wie opzet heeft een ander te misleiden, heeft per definitie het besef dat hij voor die ander ten onrechte iets achterhoudt. In zoverre zijn de begrippen 'mededelingsplicht' en 'opzet tot misleiding' onlosmakelijk met elkaar verbonden. Aldus ontstaat ook wanneer de verzekering is gesloten op de grondslag van een vragenlijst, alsnog weer een spontane mededelingsplicht, daar waar sprake is van opzet tot misleiding.

Spontane mededelingsplicht indien verzekeraar geen vragenlijst hanteert

De drie hierboven besproken arresten van de Hoge Raad gaven geen antwoord op de vraag of een spontane mededelingsplicht voor de verzekeringnemer geldt, indien de verzekeraar geen vragenlijst hanteert. In de literatuur werd onder het oude recht aangenomen dat in die situatie een sponta-

ne mededelingsplicht gold op basis van het kenbaarheidsvereiste, zoals neergelegd in het zogenaamde 'Tilkema's afgehakte duim'-arrest (HR 8 juni 1962, NJ 1962, 366): de verzekeringnemer moest uit zichzelf omstandigheden, waarnaar de verzekeraar niet had gevraagd, melden indien hij wist, dan wel moest begrijpen dat de verzekeraar bij mededeling van die omstandigheden de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou willen sluiten.¹² Deze 'Tilkema-regel' is voor het huidige recht neergelegd in art. 7:928 lid 1 BW.

Wel werd reeds onder het oude recht aangenomen, dat ook in de situatie waarin geen vragenlijst werd gehanteerd, er geen spontane mededelingsplicht gold met betrekking tot het *strafrechtelijk* verleden van de aanvrager of een derde vanwege het recht op privacy. In die situatie gold slechts een mededelingsplicht indien de verzekeraar uitdrukkelijk een duidelijke vraag naar dit strafrechtelijk verleden had gesteld. Liet de verzekeraar dat na, dan werd de verzekeringnemer alleen dan niet beschermd indien sprake was van opzettelijke misleiding.¹³ Ook deze onder het oude recht ontwikkelde opvatting is neergelegd in het nieuwe verzekeringsrecht, art. 7:928 lid 5 BW, zij het dat daarin niet de uitzondering van het opzet tot misleiding wordt genoemd. Ik meen evenwel dat indien de verzekeraar niet duidelijk naar het strafrechtelijk verleden heeft gevraagd, hij toch opzet aan de verzekeringnemer kan tegenwerpen. Uit de artikelen 7:928 lid 6, 929 lid 2, alsmede 930 lid 5 blijkt namelijk dat de verzekeringnemer, die met het opzet handelt om de verzekeraar te misleiden, geen enkele bescherming verdient. Voorts blijkt uit niets dat op dit punt een breuk met het oude recht is beoogd.

Overigens is het niet zo, dat zwijgen over feiten betreffende het strafrechtelijk verleden, waarnaar de verzekeraar niet heeft gevraagd, automatisch opzet tot misleiding oplevert. Dat valt immers niet te rijmen met het ontbreken van een spontane mededelingsplicht over een dergelijk verleden. Bijkomende omstandigheden zijn nodig om opzet aan te tonen.¹⁴

Beursverzekeringen

Bij het sluiten van verzekeringen op de beurs door tussenkomst van een professionele beursmakelaar ligt de kwestie van de spontane mededelingsplicht weer enigszins anders. Daarop zal ik thans ingaan.

Op de beurs worden veelal de wat grotere respectievelijk de wat specifiekere risico's gedekt. Gewone huis-, tuin- en keukenverzekeringen worden aldaar niet aangeboden. Voorafgaand aan het sluiten van beursverzekeringen worden in de regel geen vragenlijsten gehanteerd, juist omdat het moeilijk is goede, op het specifiek te verzekeren risico afgestemde standaardvragenlijsten op te stellen.

De makelaar in assurantiën speelt - als de bij uitstek deskundige op dit terrein - een cruciale rol bij het afsluiten van beursverzekeringen. Wanneer een aspirant-verzekeringnemer zich tot hem wendt, is het aan de makelaar om zijn cliënt uitgebreid te vragen naar alle voor het aanvragen van de gewenste, bijzondere verzekering relevante feiten en omstandigheden. Vervolgens gaat de makelaar op zoek naar een geschikte verzekeraar, die bereid is voor het betreffende specifieke risico verzekeringsdekking te verlenen.

Blijkens Asser-Clausing-Wansink nr. 155 'zal de verzekeraar er in beginsel op mogen vertrouwen dat de door verzekeringnemer ingeschakelde beursmakelaar handelt overeenkomstig de regels ter beurse. In het verlengde daarvan mag de verzekeraar er ook in zijn verhouding tot verzekeringnemer van uitgaan dat hij zorgvuldig en zo volledig mogelijk wordt voorgelicht door de makelaar die het betrokken risico ter beurse aanbiedt. (...) Anderzijds geldt ook bij het sluiten van een verzekering ter beurse dat een verzekeraar die in de informatie die hij heeft gekregen van de makelaar bepaalde voor de risicobepoordeling van groot belang zijnde onderwerpen mist, gehouden is daarop gerichte vragen te stellen. Laat hij dat na, dan zal dit aan een later beroep op verzwijging in de weg staan.'¹⁵

De omstandigheid dat bij het sluiten van een beursverzekering geen vragenlijst is gehanteerd, betekent in elk geval niet dat de verzekeringnemer die wordt geconfron-

teerd met een beroep op verzwijging, een ruimere mogelijkheid heeft om aan de verzekeraar tegen te werpen dat hij, als niet ter zake kundige, niet had begrepen en ook niet had behoren te begrijpen dat het verzwegen feit relevant was en dat de verzekeraar daaromtrent maar specifieke vragen had moeten stellen.¹⁶ De deskundigheid van de door de verzekeringnemer ingeschakelde beursmakelaar kan in beginsel aan de verzekeringnemer worden toegerekend.

Terug naar het eerder besproken arrest van het Hof Amsterdam

Het Hof had geoordeeld dat op basis van de in het bovenstaande aangeduide *omstandigheden a t/m c* een nauwe verwevenheid bestond tussen A en de rechtspersoon: als bestuurder/groootaandeelhouder had A zodanige zeggenschap dat hij voor een privéschuld een hypothecair recht kon vestigen op het actief van de rechtspersoon. Of A daadwerkelijk bestuurder was, blijkt naar mijn mening niet uit omstandigheid a, maar wel dat hij daarmee gelijkgesteld kon worden als medebeleidsbepaler/feitelijke bestuurder.

Op grond van de *omstandigheden a t/m d* concludeerde het Hof vervolgens dat de wetenschap van A moest worden toegerekend aan de rechtspersoon voor de toepassing van art. 251 K. Dit betekende dat de rechtspersoon geacht werd te weten, datgene wat A wist.

Vervolgens nam het Hof op grond van de *omstandigheden e en f* aan dat de rechtspersoon de verzekeraar opzettelijk had misleid door geen mededeling te doen omtrent het verzekeringsverleden van A, niet zijnde de aspirant-verzekeringnemer. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden zegt, impliceert dit oordeel dat in het onderhavige geval, waarin sprake was van een ter beurze afgesloten verzekering waarbij geen gebruik was gemaakt van een vragenlijst, een spontane mededelingsplicht gold met betrekking tot het feit dat verschillende verzekeraars A niet (meer) als verzekerde wilden. Door dit feit te verzwijgen, had de rechtspersoon de verzekeraar weten te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

Het Hof betrok bij zijn beoordeling niet *omstandigheid g*, betreffende het aanzienlijke strafverleden van A, waarover de rechtspersoon evenmin mededelingen had gedaan tegenover de verzekeraar. A-G Spier ziet dit in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad anders. In alinea 4.18 van zijn conclusie overweegt hij dat het Hof met zijn beslissing omtrent opzettelijke misleiding niet alleen het oog heeft gehad op de uitermate bezwarende betrokkenheid van A bij de reeks schadevoorvallen, maar 'evident ook' op zijn strafrechtelijk verleden. Dit staat echter niet in de beslissing van het Hof. Daaruit kan dan ook naar mijn mening geen spontane mededelingsplicht worden afgeleid met betrekking tot het strafrechtelijk verleden van A. De beslissing van het Hof is aldus in lijn met de onder het oude recht ontwikkelde opvatting en art. 7:928 lid 5 BW, alsmede met de gedachte dat zwijgen over het strafrechtelijk verleden, wanneer daar niet uitdrukkelijk naar is gevraagd, niet automatisch opzet tot misleiding oplevert.

Gelet op de door het Hof aangenomen nauwe verwevenheid tussen de rechtspersoon en A, waarbij de wetenschap van A moest worden toegerekend aan de rechtspersoon, had het Hof mijns inziens kunnen concluderen tot vereenzelviging van beide partijen, op grond waarvan de rechtspersoon mededelingen had moeten doen over A.¹⁷ Het Hof leidde deze mededelingsplicht echter af uit de vastgestelde opzet tot misleiding en had de vereenzelviging daartoe dan ook niet nodig.

Hoewel dit in het arrest van het Hof niet aan de orde is gekomen, kan ik mij voorstellen dat de niet aan de verzekeraar medegegeelde omstandigheden door de beursmakelaar uit zijn cliënt, de rechtspersoon, hadden moeten kunnen worden 'getrokken'. Door gericht door te vragen bij zijn cliënt had de beursmakelaar het nodige te weten moeten kunnen komen over de rol van A in de rechtspersoon, zijn belang bij het woonhuis, zijn schade- alsmede strafverleden. De beursmakelaar had als geen ander geweten dat deze informatie van groot belang was voor de verzekeraar bij het beoordelen van het aangeboden risico. Mocht de beursmakelaar op dit punt tekortgeschoten zijn, dan komt die fout voor rekening en risi-

co van de rechtspersoon-verzekeringnemer, zijn opdrachtgever. De verzekeraar wist (naar ik althans aanneem) niet van het bestaan van A af; ik veronderstel dan ook dat aan de verzekeraar niet had kunnen worden tegengeworpen dat hij in de informatie die hij van de beursmakelaar had gekregen onderwerpen had moeten missen en daarnaar navraag had moeten doen.

Tot besluit

A had een eigen belang bij de verzekering van het betreffende woonhuis, maar kon op eigen naam geen verzekeraar meer bereid vinden om met hem te contracteren. Om deze reden is onmiskenbaar een constructie bedacht teneinde woonhuis en inboedel toch verzekerd te krijgen. De rechtspersoon naar buitenlands recht lijkt daarbij als stroman te zijn gebruikt, waarbij hij slechts in naam verzekeringnemer was, terwijl in feite de belangen van A werden verzekerd. Dergelijk misbruik, bedoeld om verzekeraars te misleiden, behoort in rechte geen succes te hebben. De beslissing van het Hof kan ik dan ook alleen maar billijken. Ook indien het nieuwe verzekeringsrecht van toepassing was geweest, had de verzekeringnemer geen recht op enigerlei uitkering gehad: opzet tot misleiden behoort tot niets te leiden!

Noten

1. Denk bijvoorbeeld aan een door de werkgever afgesloten aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven, waarin naast de risico's van de werkgever ook die van de werknemers zijn gedekt. Ook een Construction All Risks (CAR) verzekering is een goed voorbeeld van een verzekering die mede ten behoeve van derden wordt afgesloten.
2. Het betreft een 'Extended and Natural Disasters cover'-verzekering.
3. Hoewel op de hier besliste casus ingevolge art. 221 lid 1 en 2 Overgangswet NBW oud recht van toepassing is, heeft het arrest evenzeer betekenis onder het huidige verzekeringsrecht, dat in art. 7:928 BW een codificatie bevat van dat oude recht.

4. Nadere informatie over dit strafrechtelijk verleden ontbreekt in de gepubliceerde uitspraak. Zo is het niet bekend of de betreffende feiten zijn voorgevallen binnen de acht jaar voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst.
5. Art. 251 K luidde als volgt: *'Alle verkeerde of onwaarachtige opgave, of alle verzwijging van aan den verzekerde bekende omstandigheden, hoezeer te goeder trouw aan diens zijde hebbende plaats gehad, welke van dien aard zijn, dat de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zoude zijn gesloten, indien de verzekeraar van den waren staat der zaak had kennisgedragen, maakt de verzekering vernietigbaar.'*
6. Zie over deze materie Asser-Clausing-Wansink nr. 168.
7. Zie kritisch over deze invulling van het begrip 'andere belanghebbende': J.H. Wansink, 'Verzwijging van strafrechtelijk verleden van bestuurders van rechtspersonen', *Vrb* 1996, p. 108-109.
8. De Hoge Raad gaat hier verder dan in zijn arrest van 13 september 1996, alwaar alleen nog gesproken werd over feiten betreffende het strafrechtelijk verleden van de verzekeringnemer of van een derde.
9. Zie voor het arrest na verwijzing *Hof Amsterdam 16 april 1998*, S&S 2000, 93. Het Hof overwoog onder meer dat onder 'andere belanghebbenden' bij de aangevraagde verzekering kennelijk bedoeld zijn belanghebbenden in verzekeringsrechtelijke zin of derden in de zin van art. 264 K (oud) (hetgeen overeenstemt met de opvatting van Wansink; vgl. voetnoot 7). Volgens het Hof kon de directeur/enig aandeelhouder niet als zodanig worden aangemerkt.
10. Vgl. voor het huidige verzekeringsrecht art. 7:928 lid 5 en 6 BW.
11. Zie bijvoorbeeld *HR 24 juni 1994*, NJ 1995, 578 en *HR 16 juni 1995*, NJ 1996, 214.
12. Zie Asser-Clausing-Wansink nr. 153.
13. Zie Asser-Clausing-Wansink nrs. 163 en 164.
14. Vgl. *RB Rotterdam 3 mei 2006*, LJN: AX2189, r.o. 5.3.1 en 5.3.2.
15. In *HR 18 april 2003*, NJ 2004, 634 was sprake van een dergelijk gemis aan informatie waarop de verzekeraar bedacht had moeten zijn. Overigens zag deze zaak niet op een beursverzekering.
16. Zie J.H. Wansink en A.S.J. van Garderen-Groeneveld, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 44 en 45.
17. Zie voor twee gevallen waarin vereenzelviging was aangenomen: *Hof Amsterdam 24 november 1988*, S&S 1989, 103, alsmede *HR 9 juni 1995*, NJ 1996, 213.