UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS)

Een rechtsvergelijkende analyse van titel 7.17 BW ACIS-symposium ‘’10 jaar Nieuw Verzekeringsrecht: een balans’’ Amsterdam 18 maart 2016

Prof. dr. M.L. Hendrikse

Inleiding (1)

- Verzekeringsrechtelijk rechtsvergelijkend onderzoek kan verrijkend werken. Men kan leren van de manier waarop andere landen met bepaalde verzekeringsrechtelijke vraagstukken omgaan. Mogelijk levert dergelijk onderzoek oplossingen en nieuwe inzichten op voor problemen die zich afspelen in het Nederlandse verzekeringsrecht.

Inleiding (2)

- Door Koopman is opgemerkt dat rechtsvergelijking met name geschikt is voor het privaatrecht: ‘’In het privaatrecht is het gemakkelijker (...) nauwkeurig af te grenzen deelonderwerpen te vinden dan in het staatsrecht. (..) Dat komt waarschijnlijk doordat de grondslagen van het privaatrecht in onze hoek van de wereld wel ongeveer dezelfde zijn, terwijl op constitutioneel terrein de essentialia onderling sterk van elkaar verschillen.’’ Zie NJB 2013/59, p. 84-86.

Inleiding (3)

- Toch is voorzichtigheid geboden: ‘’Whenever it is proposed to adopt a foreign solution which is said to be superior, two questions must be asked: first, whether it has proved satisfactory in its country of origin, and secondly, whether it will work in the country where it is proposed to adopt it. It may well prove impossible to adopt, at any rate without modification, a solution tried and tested abroad because of differences in court proceedings, the powers of various authorities, the working of the economy, or the general social context into it would have to fit.’’ Zie Zweigert & Kötz1998, p. 17.

Inleiding (4)

- Rechtsvergelijking dient ook aan de nodige voorwaarden te voldoen. Zo is het onder andere van belang dat beargumenteerd wordt waarom voor bepaalde landen is gekozen. Zie voor deze voorwaarden onder andere M. Oderkerk, The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research, RabelsZ 79, 589-623, Mohr Siebeck 2015.

Inleiding (5)

- Vranken waarschuwt er terecht voor dat het nationale onderzoek niet verwaarloosd moet worden: ‘’Anders gezegd: men kan niet internationaliseren zonder ook het eigen recht, al of niet rechtsvergelijkend, grondig te kennen en zonder de literatuur en de discussie over dat recht op niveau te houden.’’ Zie Asser-Vranken**** 2014/23.

Inleiding (6)

- Het project van het Nieuwe Verzekeringsrecht is een project waarbij rechtsvergelijking van nut had kunnen zijn. Bij het ontwerpen van een nieuwe wettelijke regeling ligt het voor de hand dat men over de grenzen heen kijkt om te zien of men inspiratie kan ontlenen aan de regelgeving elders. Waarom zou men immers ‘’tweemaal het wiel uitvinden’’?

Inleiding (7)

- Een blik in de Parlementaire Geschiedenis maakt al snel duidelijk dat rechtsvergelijking geen prominente plaats heeft ingenomen bij het ontwerpen van titel 7.17 BW.
- In het vervolg van mijn voordracht zullen de volgende 2 onderwerpen aan de orde komen:

1) Leerstukken waarbij wel rechtsvergelijking is gebruikt (1 voorbeeld).
2) Leerstukken waarbij rechtsvergelijking verrijkend had kunnen zijn (2 voorbeelden).

Van een uitputtend behandeling kan gezien de omvang van de onderzoeksvragen helaas geen sprake zijn.

Samenloop van verzekeringen (1)

Art. 7:961 lid 3 BW bepaalt dat in geval van samenloop van verzekeringen de aan de verzekerde betalende verzekeraar een verhaalsrecht heeft op de andere bij de samenloop van verzekeringen betrokken verzekeraars. Opvallend is dat er in de Parl. Gesch. geen aandacht is voor de vraag waarom de betalende verzekeraar een verhaalsrecht zou moeten hebben op de andere verzekeraars. De verzekeraar heeft immers premie ontvangen voor het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Waarom zou hij dan gecompenseerd moeten worden door collega-verzekeraars?

Samenloop van verzekeringen (2)

- In het wetgevingstraject van de Belgische Wet op de Landverzekeringsovereenkomst (dat heeft geresulteerd in de Wet van 25 juni 1992) heeft de Raad van State in zijn advies wel aandacht gevraagd voor deze fundamentele vraag. De Raad merkt op dat het onderhavige verhaalsrecht niet vanzelfsprekend is. Het is een uitzondering op het beginsel van de relatieve uitwerking van een overeenkomst ex art. 1165 BW. De (aan de verzekerde) betalende verzekeraar steunt immers op een overeenkomst die deze zelf niet is aangegaan. Hij trekt ook profijt uit die overeenkomst. Zie Parl. Gesch. WLVO, Cousy/Schoorens 1994, p. 192-193.

Samenloop van verzekeringen (3)

- In de Memorie van Toelichting van WLVO wordt de onderhavige regeling evenwel gerechtvaardigd door op te merken dat het mogelijke conflicten tussen verzekeraars voorkomt en dat de tekst voorziet in een herverdeling tussen de verzekeraars van het gedeelte dat een van hen niet in staat zou zijn te betalen. Zie Cousy/ Schoorens 1994, p. 195. Het is m.i. de vraag of daarmee de fundamentele kritiek (zie art. 1165 BW) van de R. van State (geheel) is weerlegd maar de Belg. wetgever heeft in ieder geval nagedacht over de problematiek en een afweging gemaakt. M.i. ligt het voor de hand dat men bij het ontwerpen van een Nieuw Verzekeringsrecht voor elk leerstuk op zijn minst bekijkt wat de ratio is van dit leerstuk om zo vast te stellen of het l. nog in een behoefte voorziet.

Samenloop van verzekeringen (4)

Art. 7:961 lid 3 eerste zin formuleert een verdeelsleutel voor het onderlinge verhaal: ‘’ verzekeraars hebben onderling verhaal opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder afzonderlijk kan worden aangesproken.’’Hoe moet men dit uitleggen?

De gelijkenis met de verdeelsleutel van Section 80 para 1 MIA 1906 is overduidelijk ‘’Where the assured is over-insured by double insurance, each insurer is bound, as between himself and the other insurers, to contribute rateably to the loss in proportion to the amount for which he is liable under his contract.’’ Dit is niet toevallig. Zie Parl. Gesch. titel 7.17, p.198 (bewuste aansluiting Ned. Wetgever bij de Engelse regeling). De verwijzing in dezen naar het Engelse recht is in deze vorm ongelukkig nu deze weinig toevoegt. Ik zal dit toelichten.

Samenloop van verzekeringen (5)

- In de Engelse literatuur ziet men 3 benaderingen:

1)Common Liability method (Methode Carver): (kortweg gezegd) 1:1 over samenloop, rest voor verzekeraar met grootste verzekerde som. Zie Arnould 2013, p. 1702-1703. Bij policies *written on a valued basis* ligt het anders. Zie Arnould 2013, p. 1699.

2) Independent Liability Method (aangehangen in Ned. door Wansink): naar verhouding van bedragen waarvoor in het *concrete* geval verzekeraars los van elkaar kunnen worden aangesproken

3) Maximum Liability Method (aangeh.in Ned. door Mijnssen): verh. van de bedragen waarvoor verzekeraars maximaal kunnen worden aangesproken *los* van de schade in het betreffende geval.

Samenloop van verzekeringen (6)

In de Engelse zaak Martin P, [2004] 1 Lloyd's Rep. 389 wordt de common liability method afgewezen maar kiest de rechter in kwestie niet voor een van de twee andere benaderingen omdat dat in dat geval niet nodig is omdat de methoden in het onderhavige geval tot dezelfde uitkomst leiden!

In de Parl Gesch titel 7.17 BW, p. 182 wordt een voorbeeld (schade 60K , verzekerde som 1 50K en verzekerde som 2 30 K) genoemd maar ook dat biedt geen uitkomst omdat ook hier beide benaderingen tot dezelfde uitkomst leiden.

Vuistregel: onderhavige 2 methoden leiden tot dezelfde uitkomst voor zover de schade groter is dan of gelijk is aan de grootste betrokken verzekerde som. Zie Bessems NTHR 2010-4.

Naar mijn mening sluit overigens de methode Mijnssen het beste aan bij de bedoeling van de wetgever nu in Ontwerp 1972 men uit ging van verhouding verzekerde sommen.

Samenloop van verzekeringen (7)

- Kortom, de verwijzing naar het Engelse recht geeft geen uitsluitsel nu in de rechtspraak niet gekozen is voor de Independent Liability Method of de Maximum Liability Method. De rechter heeft het in het midden gelaten. De wetgever had op dit punt duidelijkheid kunen bieden door een handiger getallenvoorbeeld te kiezen. Bijv. door 45 K te nemen ipv. 60 K

Premierestitutie (1)

- Art. 7:938 BW bepaalt onder andere dat in beginsel geen premie verschuldigd is indien *in het geheel* geen risico is gelopen. Een belangrijke vraag is dan: wie moet geen risico hebben gelopen? Alleen de verzekeraar?
- Ik volg Leerink – zie diss. 2011, p. 195 dat dit laatste het geval zou moeten zijn. De verzekeraar neemt immers tegen betaling van premie het verzekerde risico over. Indien blijkt dat de verzekeraar geen risico loopt, valt niet in te zien waarom hij toch recht zou moeten hebben op premie. De verzekeraar zou alleen zijn kosten vergoed moeten krijgen maar niet zijn risicopremie mogen behouden.

Premierestitutie (2)

- De wetgever neemt een ander standpunt in: ‘’Met de woorden geen risico is gelopen, wordt tot uitdrukking gebracht, dat de bepaling eerst toepassing vindt, indien noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd.’’ Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 82. De wetgever laat evenwel na dit uitgangspunt te onderbouwen.

Premierestitutie (3)

- In rechtsvergelijkend opzicht is er op de benadering van de wetgever – die ook een belangrijke breuk betekent met de praktijk van art. 281 oud WvK – ook wel wat af te dingen. Zeer helder is de Engelse § 84 para 1 en 2 MIA 1906: Where the consideration for the payment of the premium totally fails, and there has been no fraud or illegality on the part of the assured or his agents, the premium is thereupon returnable to the assured. Where the consideration for the payment of the premium is apportionable and there is a total failure of any apportionable part of the consideration, a proportionate part of the premium is, under the like conditions, thereupon returnable to the assured.''

Obliegenheiten (1)

- In het (schade)verzekeringsrecht staat tegenover de *verbintenis* van de verzekeraar om risico te lopen de *verbintenis* van de verzekeringnemer om premie te betalen. De verzekeringsovereenkomst is derhalve een overeenkomst van risico-overdracht: aan de verzekeraar wordt een risico overgedragen en de verzekeraar ontvangt daarvoor een geldbedrag.

Obliegenheiten (2)

- De (schade)verzekeringsovereenkomst kent ook verschillende *nevenverplichtingen* waaronder de bereddingsplicht en de medewerkingsplicht. Deze verplichtingen laten zich omschrijven als *Obliegenheiten*: verplichtingen die geen *civiele verbintenis* zijn omdat dat deze niet afdwingbaar zijn, maar niet-nakoming van deze verplichtingen wordt in tegenstelling tot *natuurlijke verbintenissen* wel degelijk bestraft met een *juridische sanctie*.

Obliegenheiten (3)

- De wetgever gaat minder ver. Zo neemt de wetgever voor de bereddingsplicht en de medewerkingsplicht alleen aan dat er sprake is van een *Obliegenheit* in het geval dat een derde-verzekerde zijn aanwijzing nog niet heeft aanvaard omdat in een dergelijk geval op deze geen *verbintenissen* kunnen worden opgelegd. Zie Parl. Gesch titel 7.17 BW, p. 100 en 179.

Obliegenheiten (4)

- In het Duitse verzekeringsrecht is het begrip *Obliegenheit* verankerd in de wettelijke regeling aangaande de verzekeringsovereenkomst. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen gesetzliche *Obliegenheiten* en vertragliche *Obliegenheiten*. In het algemeen kan worden opgemerkt dat de *gesetzliche Obliegenheiten* in de wet met name genoemd zijn en dat deze verplichtingen een speciefieke specifieke regeling kennen. Zie bijv. § 19 en 22 VVG (vorvertragliche Anzeigepflicht) en § 23-27 VVG (Gefahrerhöhung).

Obliegenheiten (5)

- Voor de *vertragliche Obliegenheiten* is er een algemene sanctieregeling in § 28 VVG. Deze regeling – Abs. 2 - komt er op neer dat alleen bij opzettelijke niet-nakoming de verzekeraar *leistungsfrei* is. In geval van grobe Fahrlässigkeit mag de verzekeraar de uitkering slechts inkorten in ‘einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis’. In geval van leichtfahrlässige niet-nakoming is er geen sanctie. Abs. 3 bepaalt nog dat in geval van gebrek aan causaliteit de verzekeraar geen beroep kan doen op Abs. 2 tenzij er sprake is van een opzettelijke Verletzung. De VVG van voor 2008 kende een minder vergaande regeling in de vorm van § 6 VVG (alt).

Obliegenheiten (6)

- Het is opvallend dat de Nederlandse wetgever de regeling van § 6 VVG (en de opvolger § 28 VVG die in de maak was) niet heeft gebruikt bij de afweging hoe het sanctie-systeem bij niet-nakoming van een contractuele verzekeringsrechtelijke verplichting vorm te geven. Als gevolg daarvan was het het nodig dat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 maart 2014, NJ 2014, 333 met een algemene norm moest komen onder welke omstandigheden een beroep op een verval van recht-beding mogelijk is (redelijk belang-eis die ontleend is aan art. 7:941 lid 4 BW).

Obliegenheiten (7)

- § 28 VVG gaat nog veel verder. Deze bepaling kent modaliteiten in de toe te passen sanctie. Zie § 28 Abs 2: ‘’Bestimmt der Vertrag, dass der Versicherer bei Verletzung einer vom Versicherungsnehmer zu erfüllenden vertraglichen Obliegenheit nicht zur Leistung verpflichtet ist, ist er leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich verletzt hat. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.’’ Onderhavige bepaling is een uitwerking van de afschaffing van het ‘’Alles oder Nichts-Prinzip’’, een van de rode draden van het VVG 2008.

Obliegenheiten (8)

- De onderhavige sanctieregeling is van semi-dwingend recht. Op grond van § 32 mag niet van § 28 Abs. 2 niet ten nadele van verzekeringnemer worden afgeweken. De regeling is op grond van § 209 niet van toepassing op de zeeverzekering en § 210 maakt duidelijk dat bij een verzekering aangaande een *Grossrisk*: de onderhavige bepaling van regelend recht is. Onder dergelijke verzekeringen vallen onder andere goederentransportverzkeringen en cascoverzekeringen voor allerlei transportmiddelen.

Obliegenheiten (9)

- De zojuist besproken systematiek speekt mij aan.
- Toepassing van het sanctie-systeem ex § 28 Abs 2 VVG is maatwerk: men weegt de omstandigheden van het concrete geval om op die manier zoveel recht te doen aan het belang van de verzekerde omdat een alles-of niets-benadering onvoldoende oog heeft voor zijn belangen. Dit past bij bij de dynamiek van het *burgerlijk recht* dat in het bijzonder gericht is op bescherming van het *individueel belang* en het rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval. Dit past dus goed bij consumentenverzekeringen
- Bij een transportverzekering en andere handelsverzekeringen is een dergelijke benadering minder vanzelfsprekend en derhalve is het goed dat de Duitse wetgever in een dergelijk geval § 28 Abs 2 als reglend recht bestempelt. Daar gaat het met name om duidelijkheid en voorspelbaarheid voor partijen en derden. Een alles-of-niets benadering bij niet nakoming van een contractuele verplichting sluit bij dit uitgangspunt goed aan. Dit geldt eens te meer nu de transportverzekering over het algemeen deel uit maakt van een groot geheel: een (internationale) koopovereenkomst, een vervoerovereenkomst en een zekerheidsconstructie als een documentair krediet of bankgarantie. Kortom, het collectieve belang van een voorspelbaar, efficiënt, effectief handelsverkeer weegt naar mijn mening zwaarder dan het tot op zekere hoogte onvoorspelbare karakter van de maatwerk oplossing van toepassing § 28 Abs 2 VVG.