

De beursverzekering en de mededelingsplicht bij het aangaan daarvan

AV&S 2017/14

1. Inleiding

Het leerstuk van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst, traditioneel in de markt nog steeds aangeduid als 'verzwijging', kent een groot aantal deelaspecten die ieder voor zich – ook vanwege de ingrijpende rol die de (vaststelling van) verzwijging kan hebben – bepaald het bespreken waard zijn. Een deelonderwerp dat binnen de branche van de coassurantie de mededelingsplicht kleurt, is de wisselwerking tussen de mededelings- en de onderzoeksplicht. De kleuring hangt samen met de positie van twee van de hoofdrolspelers binnen die branche, de verzekeraar en de makelaar.

De positie van de laatstgenoemde is in zekere zin een lastige: aan de ene kant, immers, is er de op vertrouwen gebaseerde relatie tot zijn klant; aan de andere kant is er de evenzeer op vertrouwen gebaseerde relatie tot de verzekeraar. Wanneer daarbij geteld wordt het feit dat in coassurantie de overeenkomst doorgaans gesloten wordt zonder dat gebruikgemaakt wordt van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, dan is helder dat de informatieverstrekkingplicht aan de kant van de makelaar een kwestie van zoeken naar een evenwicht is. De makelaar selecteert en informeert (de verzekeraar) en daarmee is het zgn. kenbaarheidsvereiste aan de orde. Maar ook de vraag hoe ver die (spontane) mededelingsplicht strekt. Juist immers in de situatie waarin de overeenkomst niet gesloten is op basis van een vragenlijst (zoals bij de verzekering ter beurze het geval is), geldt dat de verzekeraar op zijn beurt gehouden is om na ontvangst van de door de makelaar verschaft informatie te bezien of hij daarin voor de risicobeoordeling zonder meer van belang zijnde aspecten mist en – in vervolg daarop – gehouden is aanvullende informatie te vragen. Aan de orde is daarmee het zgn. verschoonbaarheidsvereiste.²

Het samenspel tussen mededeling en onderzoek in die specifieke hoek van de coassurantie lijkt in de praktijk – getuige het aantal uitspraken dat op dit terrein gewezen is – doorgaans niet te zeer tot problemen te leiden.³ Des te interessanter is daarmee het arrest dat meest recent op dit terrein gewezen is, dat van Q-Park/ACE.⁴ Ook hier een makelaar en een verzekeraar en de vraag welk van die partijen bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst wat moet zeggen of vragen. In deze opinie bespreek ik de betreffende uitspraak en plaats ik haar in het breder perspectief van de onderlinge verplichtingen zoals die bij het aangaan van de verzekering ter beurze hebben te gelden.⁵

2. De wisselwerking tussen mededelen en vragen centraal

Binnen die onderlinge verhouding tussen de twee professionele partijen die de makelaar en de verzekeraar zijn, is het (dus) zoeken naar een evenwicht tussen de mededelingsplicht en de plicht om informatie in te winnen.⁶

2.1 Het arrest Q-Park/ACE concretiseert de materie

Aan de orde is de zgn. Extra Uitgebreide Brandpolis (EUBP 2006) voor een gebouwencomplex met winkels, woningen en een parkeergarage, genaamd 't Loon. Een rol bij het sluiten van de overeenkomst speelt een tweetal feitelijke aspecten. Dat is allereerst – aan de kant van de verzekeringnemer zelf – dat de winkels en de parkeergarage tot 2002 eigendom van Vastgoed 't Loon waren (van welk bedrijf Holding 't Loon aandeelhouder was). Nadat de winkels waren verkocht, resteerde in Vastgoed 't Loon nog uitsluitend de eigendom van de parkeergarage. De aandelen van Vastgoed 't Loon zijn daarop verkocht en op 26 september 2003 (door Holding 't Loon) geleverd aan Q-Parkexploitatie BV, een dochter van Q-Park. Holding 't Loon verbond zich per gelijke datum om – zoals het hof dat onder r.o. 2.3 samenvat – zorg te dragen voor de (her)ontwikkeling en renovatie van de parkeergarage. De naam van Vastgoed 't Loon is na enige

1 Mop van Tiggele is hoogleraar Verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij is tevens als Adviseur Kennis & Kennisborging verbonden aan de VNAB en raadsheerplaatsvervanger in het hof Arnhem-Leeuwarden. Citeerwijze: N. van Tiggele-van der Velde, 'De beursverzekering en de mededelingsplicht bij het aangaan daarvan', AV&S 2017/14, afl. 2.

2 J.H. Wansink, 'Zwijgen over verzwijging. Een leemte in de wet ten spijt.'; in A.G. Castermans c.s. (red.) *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 214, spreekt over de corrigerende werking van het verschoonbaarheidsvereiste. Het gaat daarbij om aspecten waarvan hij (de verzekeraar, NVT) vanuit zijn professionele kennis weet of behoort te weten dat het geenszins denkbeeldig is dat deze in het algemeen dan wel geleet op de specifieke aard van het te verzekeren bedrijf in het voorliggende geval aan de orde zijn of zijn geweest. Schiet de verzekeraar in de nakoming van deze onderzoeksplicht tekort, dan leidt de corrigerende werking van het zogenaamde verschoonbaarheidsvereiste ertoe dat de verzekeraar later geen beroep op verzwijging toekomt.

3 Eerder heb ik aangegeven dat ik me voorstel dat partijen er in onderling overleg "gewoon" proberen uit te komen; zij moeten nu eenmaal met elkaar verder. Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst in coassurantie: de lastige grens tussen 'moeten melden' en 'moeten vragen'', in *Verzekering ter Beurze. Coassurantie in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 237.

4 Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1541.

5 De voorliggende opinie is een onderdeel van de bijdrage die ik in het najaar van 2016 schreef voor de nieuwe druk van de bundel *Verzekering ter Beurze* (vgl. de vorige noot), zoals die in het voorjaar van 2017 zal verschijnen.

6 Het is een evenwicht dat eerder aan de orde kwam in het arrest van 17 september 2002, rolnr. 00/778 (Royal Nederland/RDM) (n.g.) en dat ik besprak in de onder noot 3 genoemde bundel.

tijd gewijzigd in Q-Park 't Loon.⁷ Een tweede feitelijk aspect dat bij het aangaan van de overeenkomst een rol speelt, is dat Q-Park als verzekeringnemer – naar het lijkt: naast een door de VvE, waar de parkeergarage ook deel van uitmaakte, gesloten brandverzekering – van 1 januari 2005 tot 1 juli 2008 een Aon-polis had lopen, waaronder *material damage* gedekt was.⁸ Na een gewonnen tender is Willis aangesteld als de nieuwe verzekeringsmakelaar. Per 1 juli 2008 heeft ACE op basis van een door Willis voorgestelde tekst de zgn. Willis-polis afgegeven.⁹ De polis is gesloten door Q-Park N.V. en ziet op de aan die polis gehechte lijst van verzekerde objecten, waaronder Vastgoed 't Loon BV Heerlen. Tot zover de gecompliceerde feitenconstellatie.

Directe aanleiding voor het geschil dat tussen partijen is gerezen is een omvangrijke lokale grondverzakking, aangeduid als een *sinkhole*, die eind november/begin december 2011 plaatsvond en waarbij een van de kolommen van de parkeergarage in de *sinkhole* is gestort. Vanwege gevaar voor instorting heeft de gemeente een deel van 't Loon (waaronder een deel van de parkeergarage) laten slopen. Binnen twee maanden nadat de schade is gemeld, is door ACE een beroep op verzwijging gedaan. In de kern komt haar standpunt erop neer dat zij van oordeel is dat het op de weg van Q-Park 't Loon had gelegen om ACE voor het sluiten van de overeenkomst op de hoogte te stellen van de (vele) rapportages die vanaf 1995 zijn opgesteld naar aanleiding van betonschade in met name de kolommen van de parkeergarage;¹⁰ dat ACE, zo zij van de rapportages op de hoogte was geweest, het risico van *subsidence* voor de parkeergarage zou hebben uitgesloten¹¹ en dat

ook als juist is – zoals zij stelt – dat Q-Park 't Loon zelf niet van de onderzoeken en rapportages op de hoogte was, de kennis van haar rechtsvoorgangers aan haar toegerekend dient te worden.

2.2 De uitspraak geduid

Kennen of behoren te kennen

Het hof plaatst het laatste verweer in een wat breder kader, door allereerst in een aanloopje als volgt te overwegen:

“3.5 Het antwoord op de vraag of Q-Park c.s. feiten kenden of behoorden kennen en verplicht waren deze aan ACE mede te delen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor een verzekeringnemer of een verzekerde bezwaarlijk een verplichting tot het verschaffen van inlichtingen kan worden aangenomen met betrekking tot feiten waarvan hij niet op de hoogte is. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat niet te snel mag worden aangenomen dat een schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering betrekking heeft op feiten die de verzekeringnemer of verzekerde behoorde te kennen. In het algemeen kan slechts worden aanvaard dat de verzekeraar moet worden ingelicht, als de verzekeringnemer of verzekerde zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte is. Een dergelijke verplichting kan ook worden aangenomen indien de verzekeringnemer of verzekerde, bijvoorbeeld omdat de informatie zich in zijn domein bevindt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.”

Het hof lijkt daarmee de objectivering van het kennisver-eiste in te willen kaderen en zelfs zo goed als weg te nemen, waar hij overweegt dat het dient te gaan om de situatie waarin de verzekeringnemer of de verzekerde *zelf* van de juiste stand van zaken op de hoogte is. Vanuit de insteek van de bepaling (“de verzekeraar mag erop rekenen dat de nemer die feiten kent die hij in hun onderlinge verhouding behoort te kennen”)¹² stel ik me de vraag of deze inkadering aan de bescherming van de verzekeraar niet onnodig afdoet. Het is immers juist door die bedoelde objectivering dat *de verzekeraar* de mogelijkheid geboden wordt om handvatten te geven die laten zien dat en waarom de verzekeringnemer had behoren te weten.¹³ Het informatiedomein, waar het hof op doelt, is zo'n handvat (maar om daar te komen, was de passage dat slechts kan worden aanvaard als de verzekeringnemer of verzekerde *zelf* van de juiste stand op de hoogte is, bepaald niet nodig geweest).

Het hof komt op dit punt uiteindelijk wel op een voor mij meest wenselijke uitkomst, waar hij onder 3.6 overweegt, dat hij (verder) tot uitgangspunt neemt:

7 Ik benoem deze vennootschapsrechtelijke situatie omdat in de procedure er door de verzekeringnemer een beroep gedaan wordt op het ontbreken van kennis bij de rechtsopvolgende vennootschappen. Zij waren niet op de hoogte van feiten in het verleden, zo luidt het betoog. Zie over dit punt later in de hoofdtekst.

8 Onder de polis was “damage as a result of collapse or subsidence of building” uitgesloten. Het is een punt dat ik genoemd wil hebben, maar dat in de uiteindelijke beoordeling van de zaak geen bijzondere rol speelt.

9 Gedekt is onder deze polis – voor zover te dezen relevant – “1.1 (...) physical loss of or damage, (...) caused by a peril mentioned here under, irrespective whether this peril is caused by inherent defect of deterioration (...). 15. Landslide, Subsidence, (...) 21. Without limitation of and in addition to the above mentioned perils this policy extends to insure alle direct physical loss or damage from any sudden accidental and external cause.” Verder is er (onder 2.26 sub 3) een bekendheidsclausule opgenomen, waarin staat dat “the insurers are familiar with the location, construction, lay-out and use of the insured interest at the time of the beginning of the agreement, as well as with the adjacent properties.”

10 Vanaf 1995 zijn er onderzoeken geweest in verband met scheurvorming in de kolommen. Als oorzaak werd eerst het niet functioneren van de dilatatievoegen genoemd (1995), daarna (het verplaatsen van) de funderingspoeren (2000) waarna (in 2002) mijnschade (vanwege de steenkoollaag winning in het betreffende gebied) niet wordt uitgesloten.

11 De *property underwriter* van ACE heeft op dit punt uiteengezet dat ACE bij kennis van de ware stand van zaken een expert naar de parkeergarage zou hebben gestuurd om de risico's in kaart te brengen en dat de verzakkingschade alleen zou zijn meeverzekerd als Q-Park in staat was geweest aan te tonen dat de oorzaak van de problemen was weggenomen en er circa 5 jaar lang niets zou zijn voorgevallen en dat ACE, ook als aan deze voorwaarden zou zijn voldaan, zekerheidshalve de door verzakking veroorzaakte schade zou hebben uitgesloten. In het licht van de onvoldoende feitelijk gefundeerde en speculatieve kritiek van de zijde van Q-Park acht het hof hetgeen ACE heeft aangevoerd begrijpelijk en afdoende overtuigend om aan te nemen dat ACE bij kennis van de ware stand van zaken de dekking voor het risico van *subsidence* had uitgesloten.

12 Vgl. Toelichting Meijers, Parl. Gesch. Verzekering, p. 10.

13 Het is de verzekeraar die in dezen het bewijs dient te leveren. Doordat er sprake is van een zekere objectivering in het kennisvereiste (“feiten die de verzekeringnemer kent of behoort te kennen”) dient het bewijs ingericht te worden naar de vraag wat een persoon als de verzekeringnemer in deze weet of behoort te begrijpen. Zie in breder verband N. van Tiggele-van der Velde, Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht, diss. EUR 2008, Deventer: Kluwer, p. 117 e.v.

“(…) dat de in aanmerking komende feiten die de met de leiding van het bedrijf belaste personen kenden, in beginsel door Q-Park c.s. bij het sluiten van de verzekering aan ACE hadden moeten worden medegedeeld. Het gaat daarbij niet alleen om de feiten die de bedrijfsleiding (daadwerkelijk) kende op het moment van het sluiten van de verzekering en/of om hetgeen toen bleek uit de administratie, maar – in algemene zin – om de feiten die de betreffende rechtspersoon op dat moment kende of behoorde te kennen. Daartoe kunnen ook behoren de feiten die in het verleden ter kennis zijn gekomen van de (toenmalige) bedrijfsleiding van de rechtspersoon. Het hiervoor genoemde standpunt van Q-Park leidt tot het ongewenste gevolg dat door een bestuurswijziging, een overdracht van de aandelen in de vennootschap of het niet of niet volledig bijhouden van de administratie de op een rechtspersoon rustende mededelingsplicht kan worden beperkt of inhoudsloos kan worden gemaakt. (...) Ook als wordt aangenomen dat al het nodige is gedaan om voorafgaand aan de overname van de aandelen alle relevante gegevens boven tafel te krijgen, maar Q-Park en Q-Parkexploitatie desondanks niet van de juiste stand van zaken op de hoogte zijn geraakt, kan dat niet aan ACE worden tegengeworpen in het kader van haar beroep op een schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering.”

Na de betreffende overwegingen volgt in het arrest nog – als ik het zo mag samenvatten – een bespreking van de stellingen over en weer aangaande de bekendheid bij Q-Park c.s. met de plaatsgevonden hebbende onderzoeken en rapportages. Het hof is daarop “met ACE van oordeel dat in het kader van de op Q-Park c.s. jegens ACE rustende mededelingsplicht Vastgoed 't Loon als eigenaar van de parkeergarage in de gegeven omstandigheden geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn geweest, doordat de ten behoeve van haar ingeschakelde professionele vastgoedbeheerders van de juiste stand van zaken op de hoogte waren en de beschikking hadden over de rapportages.” Het hof herhaalt vervolgens de onwenselijkheid van een ander oordeel:

“3.10 (...) Het standpunt van Q-Park leidt tot het ongewenst gevolg dat Q-Park 't Loon zich aan de op haar rustende mededelingsplicht kon onttrekken door het beheer van het vastgoed uit te besteden aan een derde en zich niet te laten informeren over de voor de risicobehoedeling relevante feiten.”

Een rechtsoverweging die in het licht van de voorliggende casuspositie helder en passend is.¹⁴

¹⁴ Minder enthousiast ben ik over de passage in de zelfde rechtsoverweging, waarin aangegeven wordt dat “naar vaste rechtspraak in beginsel [geldt] dat degenen die tot de bedrijfsleiding daarvan behoren met de rechtspersoon kunnen worden vereenzelvigd”. Het is de vraag of dat zo in den brede gesteld kan worden, nu die jurisprudentie doorgaans ziet op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht en er juist een pleidooi gehouden wordt voor het rekening houden met de eigen verzekeringsrechtelijke context. Vgl. Mendel in zijn noot bij HR 4 oktober 1991, NJ 1992/410 (Anthony Veder). Zie hierover Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/231 in samenhang met Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/475 e.v.

De onderlinge verhouding tussen de betrokken partijen: ‘moeten melden’ en ‘moeten vragen’

Een ander punt dat in het licht van deze opinie wezenlijk is, is wat ik hiervoor onder 3.1 de onderlinge samenhang tussen het ‘moeten melden’ en ‘moeten vragen’ noemde. Deze samenhang en vooral de beantwoording van de vraag op welk van de betrokken partijen nu uiteindelijk een doorslaggevende verplichting rust, heb ik zelf steeds gezien als een wisselwerking. De makelaar informeert en de verzekeraar mag ervan uitgaan dat hij zo volledig mogelijk geïnformeerd wordt. De verzekeraar zal de informatie die hij krijgt bezien en beoordelen en daar waar hij bepaalde voor de risicobehoedeling van belang zijnde informatie mist, zal hij gerichte (nadere) vragen (dienen te) stellen. Het is vanwege dat samenspel dat ik de overweging van de rechtbank – die bij het hof in hoger beroep niet is omstreden en waar het hof dus van uitgaat – niet zonder meer tot de mijne zou willen maken. Voor de helderheid van mijn betoog neem ik de rechtsoverweging op waar ik op doel:

“3.23. De rechtbank heeft, kort gezegd, overwogen dat met betrekking tot de feiten die van belang zijn voor de te sluiten verzekering bij een op de assurantiebeurs gesloten verzekering de mededelingsplicht van de verzekeringnemer vóórgaat op de onderzoeksplicht van de verzekeraar. De verzekeringnemer wordt op de assurantiebeurs bijgestaan door een professionele assurantiemakelaar. De verzekeraar mag er daarom in beginsel op vertrouwen dat de makelaar weet welke gegevens voor de verzekeraar van belang zijn en de makelaar dient er voor te zorgen dat hij die gegevens van zijn opdrachtgever verkrijgt en aan de verzekeraar meldt. Dit kan volgens de rechtbank bijvoorbeeld anders zijn als uit verstrekte inlichtingen belangrijke aanwijzingen naar voren komen die de verzekeraar erop bedacht moeten maken dat bepaalde gegevens ontbreken.”

Het is een overweging die ik op zich vanuit mijn eigen visie op de materie kan plaatsen waar zij aangeeft dat de mededelingsplicht vóórgaat. Ik denk dat dat juist is vanuit de gedachte dat het in beginsel de makelaar is die informeert en dat het de verzekeraar is die ervan uit mag gaan dat de makelaar weet welke gegevens van belang (kunnen) zijn. Waar ik evenwel moeite mee heb, is de beperking die de rechtbank (mogelijk onbedoeld)¹⁵ aanbrengt op de eigen rol van de verzekeraar. Vanuit het samenspel dat ik tot uitgangspunt neem, immers, is de corrigerende rol van het verschoonbaarheidsgehalte niet beperkt tot de situatie waarin “uit de verstrekte inlichtingen belangrijke aanwijzingen naar voren komen”, maar is zij breder. Daar waar de verzekeraar bepaalde van belang zijnde onderwerpen mist, waarvan hij had kunnen of moeten begrijpen dat die wezenlijk

¹⁵ Ik ben me ervan bewust dat de rechtbank enuntiatief opsomt, maar ook dat in aanmerking nemend, voel ik de beperking van de zinsnede “uit verstrekte inlichtingen” te zeer.

zijn, rust op hem mijns inziens een onderzoeksplicht.¹⁶ Het hof lijkt die positie – ondanks dat het eerder aangeeft dat hij uitgaat van de overweging van de rechtbank – ook in te nemen, waar hij onder r.o. 3.26 (tweede alinea) overweegt dat “de verzekeraar gehouden [kan] zijn zelf vragen te stellen, onder andere indien hij voor de risicobeoordeling van groot belang zijnde onderwerpen mist of bijvoorbeeld als hetgeen door de makelaar is medegedeeld vragen oproept.”

3. Tot slot

Het geheel overziend heb ik mij de vraag gesteld of ik de beslissing “per saldo” vind passen bij de “enerzijds-anderzijds-afweging” die het samenspel met zich brengt. Ik heb (enerzijds) de overtuiging dat Q-Park c.s. mededeling had dienen te doen over (de aanleiding voor) de onderzoeken en de inhoud van de rapportages. Waar ik alleen zelf (anderzijds) moeite mee heb, is de vraag op welke manier ACE in de eerdere fase al dan niet was geïnformeerd. Als ik de feiten en omstandigheden uit het vonnis goed zie, is het zo dat ACE ook als risicodrager (50%) betrokken was op de door de vereniging van eigenaren gesloten brandverzekering, maar ook was zij op de genoemde Aon-polis risicodrager (eveneens voor 50%). Was zij in die fase evenzeer niet goed geïnformeerd door de verzekeringnemer respectievelijk de makelaar? Of was zij dat wel en was zij daardoor – wellicht zelfs nog vóór het aangaan van de voorliggende overeenkomst – wel degelijk (nader) geïnformeerd genoeg? Het zijn punten die me bezighouden, maar waarop ik in de uitspraak, zoals deze is gepubliceerd geen antwoord kan vinden.

¹⁶ De geschetste samenhang (komen uit verstrekte inlichtingen aanwijzingen naar voren die tot (nader) onderzoek nopen) voel ik wel in de situatie waarin een aanvraagformulier is gebruikt; verschoonbaarheid vertaalt zich daar er (onder meer) in dat als de verstrekte informatie aanleiding geeft om dóór te vragen en de verzekeraar dat niet doet, deze zich niet op verzwijging kan beroepen. Maar die situatie speelt ter beurze nu eenmaal niet.