



Wie moet wat bewijzen: de verzekeraar of de

Op 20 juni 2008 promoveerde N. van Tiggele-van der Velde op het proefschrift ‘Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht’. Het proefschrift is inmiddels als boek verschenen² en is een aanrader voor iedereen die zich in het verzekeringsrecht bezighoudt met claims en dus met de vraag ‘Wie moet wat bewijzen?’, maar ook voor degenen die zich bezighouden met het opstellen van polisvoorwaarden en bijzondere clausules. In dit artikel worden - na een korte schets van het bewijsrecht - enkele voorbeelden uit het boek behandeld.

In het boek worden vele voorbeelden vermeld. In dit artikel komt slechts een selectie aan bod. Voor een volledig overzicht van de bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht wordt verwezen naar het proefschrift².

Korte schets van het bewijsrecht

In die gevallen waarin tussen de bij de verzekeringsovereenkomst betrokken partijen onenigheid bestaat over een claim, speelt ‘het gewone bewijsrecht’ een rol. De rechter kan immers alleen maar vaststaande feiten, dus feiten die zijn gesteld en onvoldoende betwist, dan wel feiten of omstandigheden van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten grondslag leggen.

Het uitgangspunt van de bewijslastverdeling is dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (artikel 150 Rv). Een zuivere betwisting brengt dus geen bewijslast (met het daarbij behorend bewijsrisico) met zich mee.

Voorbeeld

Indien A een uitkering van verzekeraar B vordert op grond van een verzekeringsovereenkomst, zal A de verzekeringsovereenkomst en dat zich een gebeurtenis heeft

voorgedaan voor de gevolgen waarvan de verzekering dekking verleent, in beginsel dienen te bewijzen bij voldoende betwisting door B.

Dit wordt anders bij een zogenaamd zelfstandig verweer van B ook wel het 'ja, maar...'-verweer genoemd. Dit is bijvoorbeeld als B de dekking niet betwist, maar stelt dat een uitsluiting van toepassing is die haar ontheft van de vergoedingsverplichting. B dient dan te bewijzen dat zich een situatie heeft voorgedaan die haar ontheft van haar vergoedingsverplichting.

Afwijkingen van de hoofdregel zijn bijvoorbeeld het voorshandse bewijsoordeel, de verzwaarde (stel-/)motiveringsplicht en de omkeringsregel.

De rechter kan oordelen dat het bewijs voorshands – behoudens tegenbewijs – geleverd is. Voorshands, zo bepaalt het vonnis dan, wordt het bewijs geleverd geacht en het is dan juist aan de tegenpartij in de procedure om aan te tonen dat dit voorshandse oordeel niet houdbaar is: op de tegenpartij rust dan wel een bewijsvoeringslast, maar geen bewijsrisico. Dat blijft bij degene met wie de rechter in zijn voorshandse oordeel 'meegaat'. Voor het leveren van tegenbewijs door de 'wederpartij' is voldoende dat het bewijs dat voorshands geleverd was, erdoor wordt ontzenuwd. De 'wederpartij' hoeft niet het tegendeel te bewijzen³.

Voorts kan de rechter van de 'wederpartij' van degene op wie de bewijslast rust, verlangen dat hij bij zijn betwisting

gronden en in die gevallen verschuift het bewijsrisico wél naar de 'wederpartij'.

Verzwijging

In de 'verzwijgingsartikelen', art 7:928-930 BW, wordt de voor de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst geldende mededelingsplicht omschreven. Algemeen uitgangspunt bij de verzwijgingsregeling is dat het de verzekeraar is die een beroep doet op de niet-naleving van de mededelingsplicht.

Voorbeeld

Een 37-jarige vrouw heeft bij het aangaan van een arbeidsongeschiktheidsverzekering de vraag 'Heeft u in het verleden (een) botbreuk(en) gehad en zo ja, op welke plaats(en)' ontkennend beantwoord. Toen zij dertien was heeft zij een gecompliceerde polsbreuk gehad, waarvoor zij zelfs is geopereerd. De vrouw heeft bij de verzwijging daarvan geen opzet tot misleiding gehad, maar zij heeft er – ondanks de duidelijke vraag – gewoon niet aan gedacht. De vrouw, die werkzaam is als fysiotherapeute, krijgt binnen een jaar of twee na het sluiten van de overeenkomst klachten aan haar pols, die er uiteindelijk zelfs toe leiden dat zij niet langer in staat is haar werk uit te oefenen. De verzekeraar die na de schademelding de vrouw laat onderzoeken door de medisch adviseur, komt er achter dat zij de op haar rustende mededelingsplicht niet heeft nageleefd.

verzekeringnemer¹?

van de stellingen voldoende feitelijke gegevens verstrekt, de zogenaamde verzwaarde motiveringsplicht.

In de jurisprudentie is bovendien de 'omkeringsregel' ontwikkeld, met name bedoeld voor het laatste restje causaliteitsonzekerheid bij de schending van veiligheidsnormen. Als (1) sprake is van een schending van een norm die strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander, (2) dit door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot en (3) aannemelijk is dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt – voorwaarden die door de benadeelde moeten worden bewezen –, dient degene die de norm heeft geschonden te bewijzen dat de schade ook zonder zijn gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

De drie voornoemde afwijkingen worden door Van Tiggele-Van der Velde 'procesrechtelijke mechanismen' genoemd, waarbij de rechter tot op zekere hoogte 'meegaat' met een der partijen⁴. Het bewijsrisico blijft op de oorspronkelijk daarmee belaste partij rusten.

Tegenbewijs is iets anders als tegendeelbewijs.

Een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien uit een bijzondere regel (geschreven of ongeschreven) of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat zijn afwijkingen die samenhangen met de in art. 150 Rv gegeven

De verzekeraar stelt dat zij bij kennis van de ware stand van zaken de verzekeringsovereenkomst alleen gesloten zou hebben met uitsluiting van het risico van arbeidsongeschiktheid 'door' de pols en dat zij daarom niet hoeft uit te keren.

Van Tiggele-Van der Velde wijst erop dat de verzekeraar dan niet alleen moet stellen en zo nodig bewijzen (1) dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen, (2) dat het niet-nakomen van de op de aanvrager rustende mededelingsplicht feiten betreft die zij kent of behoort te kennen en (3) dat aan het vereiste van de kenbaarheid van de (mogelijke) relevantie is voldaan. De verzekeraar dient tevens te stellen en zo nodig te bewijzen (4) dat het hier gaat om een feit dat bij bekendheid ten tijde van het sluiten van de verzekering tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zou hebben geleid⁵.

Indien de fysiotherapeute zich op het standpunt zou stellen dat de verzekeraar al bekend was of behoorde te zijn met de eerdere polsbreuk, dient zij te bewijzen dat de verzekeraar niet verschoonbaar heeft gehandeld. Bijvoorbeeld doordat de keuringsarts het grote litteken dat nog steeds duidelijk zichtbaar is, had moeten opmerken. De zorgplicht van de verzekeraar gaat evenwel niet zo ver dat hij niet zou mogen vertrouwen op de juistheid van de door de verzekeringnemer gedane mededelingen. Wanneer de fysiotherapeute aanwezig is, hoeft de keuringsarts niet het gehele lijf na te kijken om te bezien of dat inderdaad

»

juist is. Of, andersom, bij mededeling van een operatie hoeft de keuringsarts niet na te gaan of er inderdaad een litteken is terug te vinden op de pols. Iets anders is of het vermelde feit bij een behoorlijke keuring of inspectie had moeten blijken. Indien dit het geval is, en niet is gebeurd, dan dient de verzekeraar zich achteraf niet met succes op het niet-nakomen van de mededelingsplicht te kunnen beroepen, aldus Van Tiggele-Van der Velde⁶.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om het onderscheid te maken tussen wat de verzekeraar wel en niet behoorde te weten, of in het voorbeeld: tussen wat wel en niet bij een behoorlijke keuring had moeten blijken. In beginsel zal de verzekeraar moeten bewijzen dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen. De verzekeringnemer zal in beginsel dienen te bewijzen dat het feit dat niet is medegedeeld, bij de verzekeraar bekend is of behoorde te zijn.

Beredderingsplicht

Op grond van het 'beredderingsartikel', art. 7:957 BW, rust op zowel de verzekeringnemer als de verzekerde, de verplichting om binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen die tot voorkoming of vermindering van de schade kunnen leiden. Van Tiggele-Van der Velde onderscheidt in grote lijnen een tweetal situaties, te weten:

- (a) die waarin door de verzekerde beredderingsmaatregelen zijn genomen, waarvoor hij een vergoeding van kosten wenst te ontvangen, en
- (b) die waarin de verzekeraar juist stelt dat de verzekerde dat had moeten doen en waarin de verzekeraar juist aanspraak maakt op vergoeding van de schade die hij daardoor lijdt. Een voorbeeld uit de rechtspraak.

Voorbeeld

Tussen partijen is een transportverzekering gesloten met betrekking tot een partij nieuwe kleding en confectie, ter zake van welke partij aangifte van diefstal gedaan wordt. Enige tijd later worden de vrachtauto en – op een ander adres en in een later stadium – de lading aangetroffen. De verzekeringnemer is in de gelegenheid geweest de gestolen goederen via een civiele procedure terug te vorderen, maar om haar moverende redenen heeft zij besloten dat niet te doen (onder meer omdat de terugvordering slechts een deel van goederen zou betreffen en dat niet bekend was in welke staat de goederen zich bevonden, terwijl aan verzekeringnemer nog slechts een korte periode tot terugvordering open stond). Ter afwering van het beroep van verzekeringnemer tot betaling van de schadepenningen, beroept de verzekeraar zich erop dat de verzekeringnemer in strijd heeft gehandeld met de verplichting de schade te beperken, nu zij de door de politie teruggevonden goederen niet heeft teruggehaald.

De rechtbank stelt op grond van de omstandigheden dat in redelijkheid niet van de eisende partij kon worden geëist dat zij een terugvorderingsactie had ingesteld en legt op de verzekeraar de bewijslast van het feit dat de schade door het afzien van de terugvorderingsactie hoger is uitgevallen. Van Tiggele-Van der Velde wijst erop dat nu de rechtbank stelt dat eiseres niet verweten kon worden dat zij een dergelijke terugvorderingsactie niet heeft ingesteld, haar recht op uitkering al vast stond. Daarmee lijkt sprake te zijn van het oordeel dat er 'niet verwijtbaar niet bered' is, zodat bij gebrek van een verplichting tot bereddering aan de vraag naar de invulling van de kosten en schade niet meer hoeft te worden toegekomen⁷.

In hoger beroep wordt de verzekeringnemer met het bewijs

belast dat de schade niet is vergroot doordat zij ter zake niets verder heeft ondernomen dan dat zij heeft gedaan. Het hof leidt uit de stukken af dat verzekeringnemer zonder overleg met verzekeraar van terugvordering heeft afgezien, wat naar het oordeel van het hof in beginsel in strijd is met de beredderingsplicht⁸. Hoewel Van Tiggele-Van der Velde het niet handig acht om zonder overleg met de verzekeraar naar eigen inzicht te handelen in een situatie waarin voor overleg ruimte en tijd lijkt te zijn geweest, mag dit er naar haar oordeel niet toe leiden dat verzekeringnemer met het bewijs wordt belast zonder dat daartoe andere bijzondere omstandigheden zijn aangevoerd. Het uitgangspunt dient te blijven dat dit zelfstandig handelen uitsluitend gevolgen heeft indien de verzekeraar door dat handelen ook daadwerkelijk schade heeft geleden. Eerst dan immers kan hij zich op de rechtsgevolgen van het niet-nakomen van de beredderingsplicht beroepen. Het is aan verzekeraar om die schade te stellen en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen. Dit zou anders kunnen zijn, bijvoorbeeld in de situatie waarin de goederen na het verlopen van de termijn waarbinnen terugvordering mogelijk was, vernietigd waren en de verzekeraar geen kans meer heeft te bewijzen dat en tot welke hoogte hij schade heeft geleden. Dan kan naar het middel van de omkering van de bewijslast worden gegrepen.

De verzekeraar moet de schade die hij door het niet-nakomen van de beredderingsplicht heeft geleden, stellen en zonodig bewijzen.

Het is van belang zo veel mogelijk (bijzondere) omstandigheden aan te voeren ter onderbouwing van het eigen standpunt en ter betwisting van het standpunt van de 'wederpartij', alsmede (bijzondere) omstandigheden aan te voeren in het kader van de bewijslastverdeling om te trachten die bewijslastverdeling te beïnvloeden. Een goed en volledig inzicht in de feiten is daarvoor bepalend. Hoewel dit vanzelfsprekend lijkt, ontbreekt het hier in de praktijk regelmatig aan (door verloop van tijd en/of verloren gaan van bewijsmiddelen, het niet-juist beoordelen van de relevantie van feiten en/of het ontbreken van relevante feiten).

Brandstichting

Indien een verzekeraar stelt dat hij de schade die werd veroorzaakt door een brand niet hoeft te betalen omdat de verzekeringnemer de brand heeft gesticht, rust de bewijslast ter zake in beginsel op de verzekeraar. Dit is in het algemeen een zware bewijslast voor de verzekeraar. Vaak is er niet meer dan een vermoeden van brandstichting. De verzekeraar zal echter niet alleen dienen te bewijzen dat de oorzaak van de brand brandstichting is, maar ook dat de verzekeringnemer 'de hand in de brand' heeft gehad. Indien tot een andere verdeling van de bewijslast wordt overgegaan rust op de rechter een motiveringsplicht.

In het arrest van 12 januari 2001⁹ oordeelde de Hoge Raad dat het hof niet aan die motiveringsplicht heeft voldaan. De omstandigheid dat geen sprake is geweest van een buiten toedoen van verzekeringnemer gelegen technische oorzaak van de brand acht de Hoge Raad onvoldoende rechtvaardiging om een omkering van de bewijslast te rechtvaardigen.



Het risico dat onbewezen blijft dat de brand door merkelijke schuld van de verzekeringnemer is ontstaan, rust in beginsel op de verzekeraar.

In deze zaak stond in de procedure voor het hof tussen partijen vast dat de oorzaak van de brand ofwel in één van de in de trapkast opgeborgen apparaten (een technische oorzaak), dan wel in brandstichting gelegen was. Het hof oordeelde dat van de eerste oorzaak – behoudens bewijs van het tegendeel – geen sprake is geweest en ging vervolgens over tot een omkering van de bewijslast in die voege dat de verzekeringnemer moet bewijzen dat de brand in zijn woning is ontstaan zonder dat sprake was van merkelijke schuld of nalatigheid zijnerzijds.

Van Tiggele-Van der Velde wijst erop dat het hof hiermee een bewijsopdracht geeft die veel ruimer was dan op dat punt op grond van de eigen overwegingen gerechtvaardigd was¹⁰. Voorts had het hof onvoldoende feiten vastgesteld om die omkering te rechtvaardigen. Aan de omkering lag uitsluitend ten grondslag een aantal uitgebrachte rapporten met daarin (althans in één daarvan) het uitgesproken vermoeden van brandstichting, zonder dat de rol van de verzekeringnemer bij die vermoede brandstichting duidelijk werd. Ook als vast staat dat er sprake is van brandstichting, is het in beginsel aan de verzekeraar te bewijzen dat er sprake is van brandstichting door toedoen van de verzekeringnemer zelf. Dit kan anders zijn indien de verzekeraar door toedoen van de verzekeringnemer in een onredelijk zware bewijspositie is geraakt. Van Tiggele-van der Velde noemt daarbij het voorbeeld dat de verzekeringnemer nog voordat verzekeraar een onderzoek had ingesteld sporen heeft gewist door alvast tot opruiming over te gaan.

Ook kan het voorhandse bewijsoordeel een belangrijke rol spelen. Op het moment dat de verzekeraar zodanige feiten heeft aangevoerd dat er (duidelijke) aanwijzingen zijn voor brandstichting en van betrokkenheid van de verzekeringnemer, kan de rechter besluiten dat de verzekeringnemer tegenbewijs dient te leveren.

Onderlinge communicatie tussen verzekeraar en verzekeringnemer

Tot slot wil ik nog wijzen op het pleidooi dat door Van Tiggele-Van der Velde wordt gehouden ten aanzien van (het bewijs van) de communicatie tussen verzekeraar en verzekeringnemer, bijvoorbeeld in het geval dat de dekking wordt

opgeschort of geschorst, omdat de premie niet is betaald. Van Tiggele-Van der Velde pleit ervoor dat de verzekeraar overgaat tot een handeling waaruit volgt dat een brief de verzekeringnemer daadwerkelijk heeft bereikt (dus: aangetekend met bericht van ontvangst), wil de verzekeraar zich op de rechtsgevolgen van de door haar tot de verzekeringnemer gerichte verklaring kunnen beroepen.

Vraagt de bewijslastverdeling dat verzekeraar aanmaningsbrieven aangetekend verstuurt?

Van Tiggele-Van der Velde stelt vast dat in die gevallen waarin de verzekeraar voor de premie-incasso gebruikmaakt van een geautomatiseerd systeem (met dito proces) dat op vastgelegde momenten herinneringsbrieven aanmaakt waarin voor opschorting van de dekking wordt gewaarschuwd, in afwijking van art. 3:37 lid 3 BW (dat 'bereiken' als voorwaarde voor het intreden van een rechtsgevolg stelt) genoeg wordt genomen met de vaststelling dat aan verzekeringnemer brieven zijn verstuurd¹¹.

Volgens Van Tiggele-Van der Velde wordt een beter evenwicht gevonden als:

- 1) de verzekeraar afschriften van verzonden brieven bewaart, zodat kan worden nagegaan welke brief op welke datum naar welk adres is gestuurd; en
- 2) een brief is verzonden met daarin een aanmaning tot betaling als bedoeld in art 7:934 BW en verzekeringnemer binnen de gestelde termijn niet heeft gereageerd, een aangetekende brief te verzenden waarin de opschorting of schorsing wordt aangezegd met als bijlage de eerder verzonden aanmaning tot betaling.

Ten slotte

In het bewijsrecht is het van belang iedere keer de verschillende (denk)stappen te nemen en per stap te (blijven) beoordelen wat een bepaald ingenomen standpunt nu bewijsrechtelijk voor consequenties heeft: is er sprake van een 'eenvoudige' betwisting (die geen bewijsrechtelijke verplichting met zich mee brengt) of gaat een ingenomen

»

standpunt 'verder'. Soms kan de redactie van een stelling of verweer misleidend zijn. Het is algemeen bekend dat ook rechters nog wel eens moeite hebben met het vaststellen van de juiste bewijslastverdeling. Het boek van Van Tiggele-Van der Velde biedt een goed naslagwerk om de bewijslastverdeling telkens weer te toetsen. Een goed begrip van deze materie is belangrijk bij het bepalen van het standpunt in een geschil. Ook bij het opstellen van polisbepalingen en bijzondere clausules is deze kennis van groot belang.

Mw. mr. P.S.T. Awater

De auteur is werkzaam bij Van Diepen Van der Kroef Advocaten.

Voetnoten:

- 1 In het artikel zal gemakshalve over 'verzekeringnemer' worden gesproken en dient zo nodig (tevens) 'de tot uitkering gerechtigde' te worden gelezen.
- 2 Het boek *Beweisrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* is uitgegeven in 2008 in de Serie *Verzekeringsrecht* van Kluwer, met isbn 9789013054620.
- 3 Onderscheid dient te worden gemaakt tussen tegenbewijs en tegendeelbewijs. Bij tegendeelbewijs dient de 'wederpartij' het bewijs van het tegendeel te leveren. Bij tegenbewijs dient de 'wederpartij' het geleverde bewijs te ontzenuwen. Als de 'wederpartij' daarin slaagt, rust op de oorspronkelijk daarmee belaste partij de bewijslast en daarmee het bewijsrisico.
- 4 Zie p. 20 van het proefschrift.
- 5 Zie p. 119-120 van het proefschrift.
- 6 Zie p. 135-136 van het proefschrift.
- 7 Zie p. 178 van het proefschrift.
- 8 Hof Den Haag 29 augustus 1989, S&S 1990, 70.
- 9 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419.
- 10 Zie p. 308 e.v. van het proefschrift.
- 11 Zie p. 48 e.v. van het proefschrift.



Wijziging redactieraad

Nieuw in de redactie: Simon Kadijk

Simon Kadijk (1958) maakt vanaf april deel uit van de redactieraad van de Beursbengel voor het vakgebied brandverzekering. Simon studeerde theologie in Kampen en Apeldoorn en was daarna leraar Godsdienst, Maatschappijleer en Assurantiën aan een MEAO in Rotterdam. In het verzekeringsbedrijf kwam Simon via assurantiëkantoor De Ruiter & De Vos, SRK-Rechtsbijstand en NRS-Rechtsbijstand bij Donatus terecht, waar hij sinds dit jaar directeur is. Zelf in het bezit van nagenoeg alle verzekeringsdiploma's, maakt Simon ook deel uit van een aantal examencommissies.

