

DE PROPORTIONELE BENADERING IN HET VERZEKERINGSRECHT

In mijn artikel in het aprilnummer van de Beursbengel van dit jaar over proportionele aansprakelijkheid is een onderscheid gemaakt tussen proportionele aansprakelijkheid enerzijds en de proportionele benadering van de schade anderzijds¹. Kort gezegd komt het erop neer dat bij onzekerheid ten aanzien van de oorzaak van de schade tot een proportionele aansprakelijkheid kan worden gekomen en bij onzekerheid over de omvang van de schade de oplossing ook wel wordt gevonden in de proportionele benadering van de schade. Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde, namelijk dat een deel, c.q. een bepaald percentage van de schade dient te worden vergoed. In dit artikel zal ik nader ingaan op de proportionele benadering van de schade in het verzekeringsrecht.

Polygramarrest

Een zaak waarin de proportionele benadering is toegepast op een uitkering onder een verzekeringsovereenkomst betreft het zogenaamde Polygramarrest². De zaak ging om het volgende. Polygram was tezamen met bokser Barry McGuigan aangesproken door de boksmanager van Barry McGuigan voor het in het verkeer brengen van een video met een beledigende inhoud, getiteld 'The Barry McGuigan Story'. Nadat in eerste instantie een bedrag van £ 450.000 plus een aanzienlijk bedrag aan advocaatkosten was toegewezen, is in tweede instantie tussen partijen een schikking bereikt.

Een volledig verval van het recht op uitkering is onvolledige gerechtvaardigd.

De verzekeraar van Polygram stelde zich op het standpunt dat de schade van Polygram niet was gedekt en dat de verzekeraar door de niet-tijdige melding van die schade in een redelijk belang was geschaad.

Nadat was vastgesteld dat er sprake was van een gedekt evenement, past het hof een korting

toe op het verzekerde schadebedrag van 10 procent. Door een korting van 10 procent toe te passen heeft het hof de kans verdisconteerd dat de verzekeraar een beter schikkingresultaat zou hebben kunnen bereiken. De korting is zowel op de vergoeding van de aan de boksmanager betaalde schadeloosstelling als op de vergoeding van de advocaatkosten toegepast. Het hof acht het beroep van de verzekeraar op de niet-tijdige melding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar voor zover de verzekeraar daarop de gehele claim van Polygram zou willen laten stranden. De proportionele benadering van de schade door het hof is door de Hoge Raad in stand gehouden.

Art. 7:941 BW

In voornoemde zaak was het huidige verzekeringsrecht nog niet van toepassing. Wel geeft deze zaak de heersende rechtsovertuiging weer die inmiddels is gecodificeerd. Op grond van artikel 7:941 BW dient de verzekeringnemer³ zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is de verwezenlijking van het risico bij de verzekeraar te melden en alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor de beoordeling van de uitkeringsplicht van belang zijn. Indien de verzekeringnemer hieraan niet voldoet, kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor lijdt (lid 3). De verzekeraar kan het vervallen van het recht op uitkering wegens niet-nakoming van voornoemde verplichtingen door



DERING VAN DE SCHADE

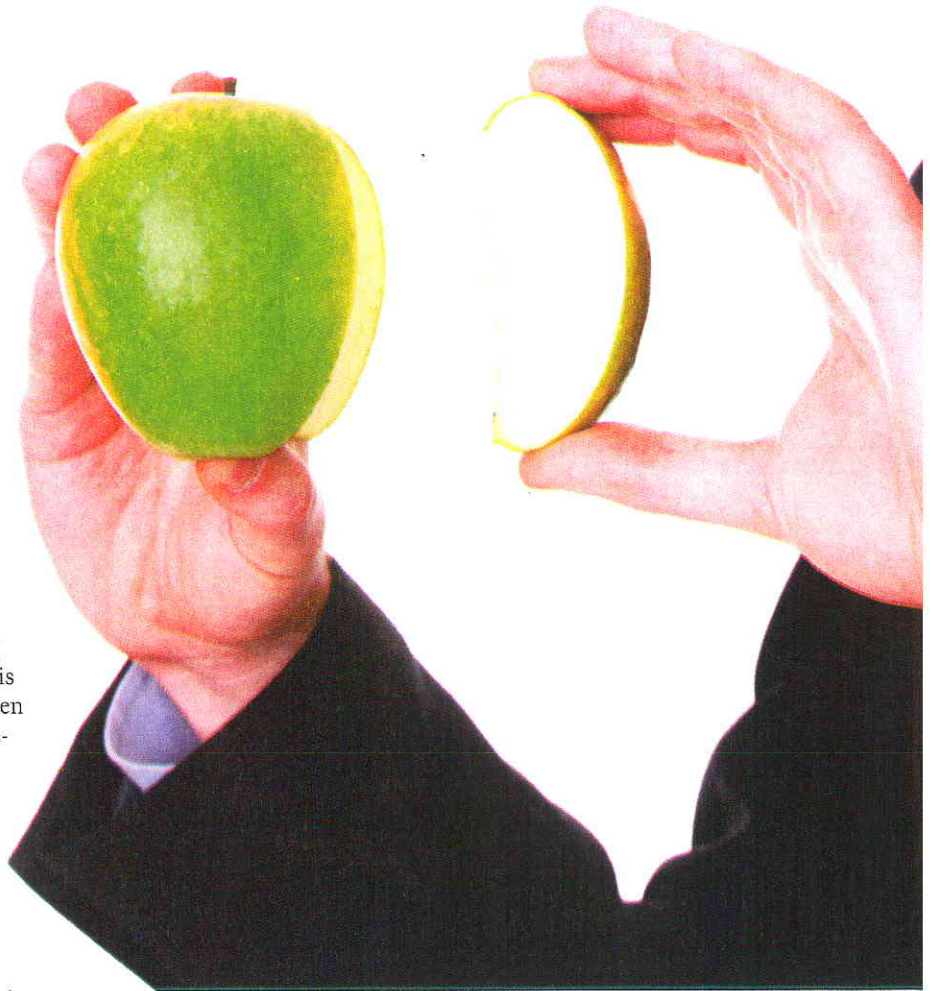
HT

de verzekeringnemer slechts bedingen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad (lid 4). Het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met de opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt (lid 5).

Er is discussie ontstaan over de vraag hoe de leden 3 en 4 zich tot elkaar verhouden. Is het zo dat de proportionele benadering van de schade dient te worden gebaseerd op lid 3 en komt men dus aan lid 4 niet toe als de schade in voldoende mate kan worden vastgesteld? Of ziet lid 3 alleen op de situatie dat geen vervalbeding is overeengekomen en dient, in het geval dat wel een vervalbeding is overeengekomen, de proportionele benadering te worden gebaseerd op lid 4? Het eerste lijkt uit de wetsgeschiedenis te kunnen worden afgeleid⁴, het laatste wordt met goede argumenten in de literatuur verdedigd door Van Tiggele-Van der Velde⁵. Zij geeft aan dat zodra de verzekeraar een vervalbeding heeft bedongen – zoals in het Polygram-arrest aan de orde was – lid 3 buiten beeld raakt en nog uitsluitend een toetsing aan het bepaalde in lid 4 aan de orde is. Op grond van de redelijkheid en billijkheid wordt de uitkering van de schade dan vermindert als de schade kan worden vastgesteld en is algeheel verval van de uitkering niet gerechtvaardigd. Hoewel het resultaat hetzelfde is (c.q. kan zijn), wijst Van Tiggele-Van der Velde op het belang van het onderscheid in het kader van de stelplicht en de bewijslast van partijen. Op grond van lid 3 dient de verzekeraar te stellen en zo nodig te bewijzen hoe groot de schade is die hij in mindering wil brengen op de aan de verzekeringnemer verschuldigde uitkering. Op grond van lid 4 kan de verzekeraar volstaan met te stellen dat niet is voldaan aan de meldingsplicht en dat hij daardoor geschaad is in een redelijk belang. De verzekeringnemer dient aan te voeren dat de schade niettemin kan worden vastgesteld^{6,7}.

Omvang van de schade

Het hof oordeelt in het Polygramarrest dat de verzekeraar slechts in zeer geringe mate is benadeeld door de late melding van de vordering van de boksmanger, welk nadeel volledig wordt gecompenseerd door een aftrek van 10 procent van het verzekerde schadebedrag toe te passen. Een volledig verval van het recht op uitkering wordt onvoldoende gerechtvaardigd door het feit dat de verzekeraar door de late melding de mogelijkheid is onthouden om zelfstandig onderzoek te doen, feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang zijn voor de dekkingsvraag en zelf in een vroeg stadium van het geschil een schikkingspoging te on-



dernemen. Het hof heeft zich in staat geacht de mate waarin de verzekeraar is benadeeld door de te late melding van de onderhavige schade, zelfstandig vast te stellen en heeft dit nadeel in mindering gebracht op het door de verzekeraar uit te keren bedrag. Het hof gaat in op de deugdelijke en serieuze behandeling van de zaak door de advocaten van Polygram. Het hof erkent dat de verzekeraar aanmerkelijke ervaring heeft met het regelen en schikken van zaken, doch stelt vast dat de verzekeraar met dezelfde complicaties zou zijn geconfronteerd, onder andere de uiterst gespannen en verbitterde verhouding tussen McGuigan en zijn voormalige boksmanger. De kans dat de verzekeraar uiteindelijk een beter schikkingsresultaat zou hebben weten te bereiken is volgens het hof gering en wordt op 10 procent getaxeerd⁸.

De proportionele benadering van de schade is wel iets uitzonderlijks.

De Hoge Raad wijst erop dat op grond van artikel 6:97 BW de rechter de bevoegdheid heeft om de omvang van de schade te schatten indien zij niet nauwkeurig kan worden

vastgesteld. De aard van deze bevoegdheid brengt mee dat de motivering van de omvang van het geschatte bedrag niet aan hoge eisen behoeft te voldoen.

In deze zaak heeft het hof een uitgebreide onderbouwing gegeven van de omvang van het geschatte bedrag. Voor zover de Hoge Raad bedoelt te stellen dat het feit dat het een schatting betreft, met zich meebrengt dat een motivering niet sluitend behoeft te zijn, is het aanvaardbaar dat de motivering 'niet aan hoge eisen behoeft te voldoen'. Mijns inziens behoeft het feit dat het een schatting is – en daarmee per definitie arbitrair – juist wel een uitgebreide motivering ter rechtvaardiging.

Leukemie-arrest

Een eerdere toepassing van de proportionele benadering van de schade in het verzekeringsrecht kan worden gevonden in het zogenaamde Leukemie-arrest⁹. Kortgezegd, is in die zaak vastgesteld dat de verzekeraar zich niet op verzwijging kon beroepen omdat de verzekeringsagent van de leukemie op de hoogte was. Wel wordt geoordeeld dat de verregaande leugenachtige gezondheidsverklaring verhinderde dat de verzekeringnemer nog een volledige claim jegens de verzekeraar geldend kon maken en dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat het recht op uitkering uit de overeenkomst ten volle geldend zou kunnen worden gemaakt. In de gegeven omstandigheden kon de verzekeringnemer slechts aanspraak maken op de helft van de uitkering. Op grond van de redelijkheid en billijkheid hoeft de verzekeraar de verbintenis slechts voor een deel na te komen.



Terughoudendheid

In de literatuur wordt er door prof. Mendel op gewezen dat de proportionele benadering weinig opzienbarend is, nu deze volgt uit de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in de wet (artikel 6:248 lid 2 BW).¹⁰ Dit laat echter onverlet dat het tot nu toe zelden is voorgekomen dat een beroep op een contractueel beding ten dele toelaatbaar werd geacht. Hoewel het wellicht niet nieuw is, is de proportionele benadering van de schade wel iets uitzonderlijks. In het algemeen wordt bepleit de proportionele benadering van de schade terughoudend toe te passen. In beginsel moeten partijen er immers op kunnen vertrouwen dat een contractueel overeengekomen beding niet zomaar deels terzijde kan worden gesteld¹¹. Temeer nu een dergelijk ingrijpen vaak op basis van een schatting zal plaatsvinden en dus vanuit haar aard arbitrair is.

Conclusie

De omvang van de uitkeringsplicht van de verzekeraar kan op grond van de proportionele benadering van de schade worden verminderd. De voorwaarden voor toepasselijkheid van de proportionele benadering zullen nog nader worden uitgekristalliseerd. Daarbij zal de ontwikkeling van de voorwaarden voor toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid mogelijk ook van invloed zijn. Hoewel men wellicht meer gewend zal raken aan een proportionele oplossing, blijft terughoudendheid geboden.

Mw. mr P.S.T. Awater

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

Voetnoten:

- 1) P.S.T. Awater, 'Terughoudendheid bij proportionele aansprakelijkheid', de Beursbengel April 2008, pag. 24-26.
- 2) Hoge Raad 17 februari 2006, NJ 2006, 378.
- 3) In het hiernavolgende zal gemakshalve van 'verzekeringnemer' worden gesproken en dient zonodig (tevens) 'de tot uitkering gerechtigde' te worden gelezen.
- 4) Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 19 529, nr. D, pag. 6.
- 5) N. van Tiggele-Van der Velde, proportionele korting bij te late melding, AV&S 2006, 21.
- 6) N. van Tiggele-Van der Velde is universitair docent/onderzoeker verzekeringsrecht Verzekeringsinstituut, Erasmus Universiteit Rotterdam.
- 7) Voor de verdeling van de stelplicht en de bewijslast tussen verzekeraar en verzekerde in het kader van art. 7:941 lid 4 BW zie Hoge Raad 5 oktober 2007, NJ 2008, 57.
- 8) Zie nummer 2.8.4 van de conclusie van Spier voorafgaande aan het Polygramarrest.
- 9) Hoge Raad 15 februari 1991, NJ 1991, 493.
- 10) Prof. M.M. Mendel, Wonderlijke opwinding over een proportionele benadering door de Hoge Raad, AV&S 2007, 26.
- 11) J.B. Londonck Sluijck, Kroniek polisbepalingen, AV&S 2007, 38.

NIBESVV
Nederlands Instituut voor het
Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf

De WIA optimaal benutten in uw hypotheekadvies?

Anthony Wielink
Het WIA-advies aan de particulier

Het WIA-advies aan de particulier

Deze praktijkgerichte vakuitgave geeft u als financieel adviseur inzicht in alle kansen die de WIA u biedt bij uw hypotheekadvies.

NIBE-SVV
T 020 520 85 34
E cursist@nibesvv.nl
I www.nibesvv.nl