

primaire dekkingbepaling. Het gaat om een algemene uitsluiting, die niet is gericht tegen een specifieke schadezaak. Bovendien sluit zij aan bij een algemene wettelijke

regeling die de bevoegdheid om met een auto deel te nemen aan het gemotoriseerde verkeer, voorbehoud aan degenen die daarvoor een rijbewijs hebben.⁴⁶

46 Vgl. Hof Arnhem 28 augustus 2007, LjN BB4389, NJF 2007, 547, waarin deze be-

paling als kernbeding wordt aangemerkt.

Mr. F. Stadermann en mr. C. Banis¹

Van 'Severability clause' naar 'Onschuldige Bestuurders clause'

Nr. 10

En alle mensen riepen: "Wat heeft de keizer prachtige kleren aan!"²

Inleiding

Sedert enige tijd wordt in polissen die dekking bieden voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, een zogenaamde 'Severability clause' opgenomen. Met deze – uit Amerika afkomstige – clause wordt beoogd om de rechten van bestuurders jegens verzekeraars veilig te stellen in het geval de verzekeraar een beroep op verzwijging doet. De Severability clause bepaalt dat de verzwegen of verkeerd voorgestelde feiten niet mogen worden tegengeworpen aan bestuurders die die feiten niet kenden. De vraag is of hierdoor het beoogde doel ook wordt bereikt.

De meeverzekerde derde in het algemeen na een beroep op verzwijging

Wanneer een verzekeringnemer een derde meeverzekert, is die derde voor zijn recht op dekking mede afhankelijk van de eerlijkheid en de plichtsgetrouwheid van de verzekeringnemer.

Die derde zal vaak niet weten welke informatie de verzekeringnemer voorafgaand aan het sluiten van de verzekering aan de verzekeraar heeft verschaft. Als de verzekeringnemer onjuiste informatie verstrekt of informatie achterhoudt en wel zodanig dat zulks consequenties voor de dekking heeft, kan de derde – die denkt deugdelijk verzekerd te zijn en na een schade een beroep op de polis doet –

voor onaangename verrassingen komen te staan. Hij kan geconfronteerd worden met de gevolgen van een beroep op verzwijging³ krachtens art. 7:928 e.v. BW, terwijl hij aan die verzwijging part noch deel heeft gehad. De in art. 7:930 BW genoemde gevolgen gelden immers ook voor de meeverzekerde derde. Deze geniet slechts een zekere bescherming indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden; in dat geval wordt ingevolge lid 5 het beginsel dat de verzekeraar bij opzet nooit behoeft uit te keren, terzijde gesteld.⁴

In theorie kan de situatie waarin een meeverzekerde derde wordt geconfronteerd met de gevolgen van een verzwijging door de verzekeringnemer zich voordoen bij iedere verzekering ten behoeve van een derde. Te denken valt aan aansprakelijkheidsverzekeringen voor particulieren en aan zorgverzekeringen waarbij gezinsleden van de verzekeringnemer zijn meeverzekerd. Ook kan men denken aan aansprakelijkheidsverzekeringen voor bedrijven. Toch hoort men weinig over gedupeerde gezinsleden en werknemers die door toedoen van vader of moeder respectievelijk werkgever geen dekking hebben. Bij andere verzekeringen ziet men wel dat een meeverzekerde derde wordt gedupeerd. Bijvoorbeeld bij CAR-verzekeringen, waar een bij de bouw betrokken partij, op basis van het bestek, aanneemt dat de hoofdaannemer zal zorgen voor een ook voor hem toereikende dekking. Als later blijkt dat dit niet is gebeurd, rest de derde een vordering op de verzekeringnemer tot vergoeding van de schade.

Wanneer echter de verzekeringnemer geen verhaal biedt, staat de derde met lege handen.

Dat laatste doet zich bij uitstek voor bij Bestuurders- en Commissarissen Aansprakelijkheids(BCA)-verzekeringen.

1 Mr. F. Stadermann en mr. C. Banis zijn werkzaam bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.
2 Uit Hans Christian Andersen's *De nieuwe kleren van de keizer*.
3 Onder 'verzwijging' moet hierna ook 'onjuiste opgave' worden begrepen.

4 Immers, bij opzet tot misleiding door de verzekeringnemer behoudt de derde aanspraak op dekking overeenkomstig lid 2 en 3 van art. 7:930 BW. Zie daarover verder Asser/Clausing/Wansink, Deventer: Kluwer 2007, nr. 179 en L. Dommering-van Rongen, 'De mededelingsplicht van de

verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7:17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 50-51.

De positie van de derde bij BCA-polissen⁵

BCA-polissen bieden, zoals bekend, dekking voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder⁶ van een vennootschap. Gewoonlijk worden zij afgesloten door de vennootschap. De aansprakelijkheid van de bestuurder kan tweeledig zijn: de bestuurder kan aansprakelijk zijn tegenover een derde zoals een leverancier van de vennootschap of een aandeelhouder, maar hij kan ook aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap zelf.

Voor beide vormen van aansprakelijkheid biedt de BCA-polis dekking.

Beide vormen van aansprakelijkheid worden evenwel in de regel pas geëffectueerd wanneer de vennootschap zelf financieel aan het eind van haar Latijn is. Derden-bena-deelden stellen in het algemeen hun claims tegen bestuurders pas in als zij weten of verwachten dat de vennootschap hun claims niet zal kunnen voldoen. Dat is ook logisch, aangezien de weg naar de bestuurder toch een langere is dan de weg naar de vennootschap. De benadeelde moet immers in het eerste geval ook nog eens aantonen dat de bestuurder wanbeleid heeft gepleegd of anderszins persoonlijk aansprakelijk is.

Ook claims van de vennootschap zelf worden over het algemeen pas tegen de bestuurder persoonlijk ingesteld als de vennootschap financieel aan de grond zit. Dat verklaart waarom de meeste vorderingen van vennootschappen tegen de eigen bestuurders worden ingesteld door curatoren.

Aldus wordt duidelijk waarom bij uitsteking bij BCA-polissen de meeverzekerde derden risico in hun eigen vermogen lopen wanneer zij persoonlijk worden aangesproken. Als de vennootschap de bestuurder niet deugdelijk heeft verzekerd – bijvoorbeeld omdat sprake is van verzwijging –, zal de bestuurder geen beroep op de polis kunnen doen. Indien de vennootschap zich wel had verplicht om te zorgen voor een toereikende verzekering, bijvoorbeeld via een (arbeids-)overeenkomst, kan de bestuurder weliswaar de vennootschap aansprakelijk houden voor de schade. Maar is de vennootschap ook nog eens insolvent, dan biedt zo'n aanspraak geen soelaas. In de praktijk doen situaties als deze zich daadwerkelijk voor. Daar komt nog eens bij dat natuurlijk bij uitsteking bij BCA-kwesties de financiële belangen groot zijn.

Van belang is voorts dat, naarmate het Nederlandse bedrijfsleven ook in het buitenland actief is, de behoefte van de BCA-verzekeraar aan informatie toeneemt. Daarmee neemt ook de kans toe dat de verzekeringnemer in het verstrekken van juiste informatie tekortschiet en dat vergroot weer de kans dat de verzekeraar een beroep op verzwijging zal doen.

Zo willen verzekeraars van vennootschappen met note-

ringen aan de Amerikaanse beurs weten of deze voldoen aan de eisen van de Amerikaanse SEC.⁷ Om dat te beoordelen dient degene die de verzekeraar inlicht en het aanvraagformulier invult, een gedegen kennis te hebben, die zeker niet bij alle bestuurders aanwezig is en waarvoor degene die het aanvraagformulier invult, soms ook nog te rade moet gaan bij de accountant van de vennootschap.

Gebruikelijk bij het tot stand komen van een BCA-polis is dat een lid van de Raad van Bestuur of van de juridische afdeling een aanvraagformulier invult c.q. laat invullen en vervolgens ondertekent. De betrokkene doet dat uiteraard namens de vennootschap⁸ waarmee – na acceptatie door de verzekeraar – de verzekering wordt gesloten. Als degene die het aanvraagformulier ondertekent, daarbij echter informatie achterhoudt die voor de beoordeling van het risico door de verzekeraar van belang is en als nadien bij onderzoek na een gemelde schade de verzekeraar daar achter komt, zal die verzekeraar wellicht met een beroep op art. 7:928 e.v. BW geheel of ten dele dekking kunnen weigeren. Daarvoor is niet eens nodig dat de ondertekenaar van het aanvraagformulier daadwerkelijk over de achtergehouden informatie beschikte. Voor een geslaagd beroep op verzwijging is voldoende dat hij daarover behóorde te beschikken. Bovendien omvat, blijkens art. 7:928 lid 2 BW, de mededelingsplicht ook relevante informatie waarover niet hij zelf maar andere bestuurders wier belangen worden meeverzekerd, beschikken.⁹

Doet de verzekeraar een beroep op verzwijging en leidt dat ertoe dat de verzekeraar in het geheel niet of slechts ten dele behoeft uit te keren, dan mag dat, zoals hierboven is uiteengezet, in beginsel ook aan de meeverzekerde onschuldige bestuurder worden tegengeworpen.

Probleemstelling

Het probleem is dus dat bestuurders die niet bij de totstandkoming van de verzekering zijn betrokken, er maar op moeten vertrouwen dat het aanvraagformulier correct wordt ingevuld terwijl de gevolgen voor hen zeer ernstig kunnen zijn als het aanvraagformulier niet juist wordt ingevuld en naderhand de verzekeraar, geconfronteerd met een beroep op de polis, dekking weigert of slechts beperkt dekking verleent vanwege verzwijging begaan bij het afsluiten van de verzekering.

De wet kent voor dit probleem geen oplossing. De praktijk vraagt daar wel om.¹⁰

5 In het Engels: *Directors and Officers (D&O) Insurances*. Overigens kan geen Engelsman ons uitleggen wat het verschil is tussen een *Director* en een *Officer*.

6 Voor 'bestuurder' kan hierna ook 'commissaris' worden gelezen.

7 De afkorting staat voor Securities and Exchange Commission. Dit is een Amerikaanse toezichthouder die beleggers moet

beschermen tegen malafide praktijken op de effectenmarkten. De SEC maakt regels waaraan alle ondernemingen die in de VS effecten aanbieden, moeten voldoen.

8 Vergelijk art. 2:130 en art. 2:240 lid 1 BW. Zie verder over de vertegenwoordiging van de vennootschap Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 80 en Asser/

Maeijer (2-III), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 291.

9 Dat kan bijvoorbeeld wetenschap zijn met betrekking tot een (dreigende) aansprakelijkstelling.

10 Zie *Assurantie Magazine* 14 december 2007, p. 34.

De Severability clause

Voor de oplossing van dit probleem wordt steeds vaker de zogenaamde Severability clause gehanteerd.

Deze clause is komen overwaaien uit Amerika. Daar is het al langer heel gebruikelijk om in BCA-polissen een Severability clause te hanteren. Ook in het Verenigd Koninkrijk is de clause inmiddels een begrip geworden.

Beter is het overigens om te spreken van Severability clauses, want ze zijn er in alle soorten en maten. Zij hebben echter allemaal gemeen dat ze beogen de bestuurders die niet over de kennis beschikten die aan de verzekeraar werd onthouden (de zogenaamde onschuldige bestuurders) te beschermen indien het achterhouden van de kennis voor de verzekeraar reden is om geheel of gedeeltelijk dekking te weigeren.¹¹

Een voorbeeld van een Severability clause zoals in het Engels gestelde Nederlandse polissen die ook kennen, is deze:

'In granting cover to any one insured, the insurer has relied upon the material statements and particulars in the proposal together with its attachments and other information supplied. These statements, attachments and information are the basis of cover and shall be considered incorporated and constituting part of this policy.

The proposal shall be construed as a separate proposal by each of the insureds. With respect to statements and particulars in the proposal, no statements made or knowledge possessed by any insured shall be imputed to any other insured to determine whether cover is available for any claim made against such other insured.'

De strekking is duidelijk: kennis van de ene bestuurder mag niet worden toegerekend aan andere bestuurders die niet over die kennis beschikten, de onschuldige bestuurders. Er wordt voor wat betreft de kennis die aan de verzekeraar werd onthouden, dus een onderscheid gemaakt tussen de wél wetende bestuurders en de niet wetende, onschuldige bestuurders. Vandaar ook de benaming van de clause: 'Severability' moet volgens ons vertaald worden als 'scheidbaarheid'.¹²

De vraag is echter of de Severability clause een oplossing is voor het hierboven gesignaleerde probleem.

De Severability clause nader beschouwd

Wie de hierboven geciteerde tekst van de Severability clause tot zich laat doordringen, ontkomt niet aan de vraag hoe

deze clause past in het Nederlandse verzekeringsrecht, in het bijzonder in de regeling van de verzwijging.

Zo is de zin *'The proposal shall be construed as a separate proposal by each of the insureds.'* zonder meer raadselachtig. Hoe kan uitgegaan worden van de fictie dat iedere verzekerde, dus iedere bestuurder zelf een eigen voorstel doet voor het afsluiten van een BCA-verzekering? Een dergelijke fictie past helemaal niet in ons verzekeringsrecht waarin uitsluitend de verzekeringnemer (bij de BCA-verzekering dus de vennootschap) verantwoordelijk is voor een correcte informatievoorziening.

Ook dringt de vraag zich op hoe verklaringen in het aanvraagformulier ('the proposal') in het kader van een beroep op verzwijging wel of niet aan andere verzekerden zouden kunnen worden toegerekend. Immers, bij verzwijging speelt de vraag naar toerekening van achtergehouden kennis aan medeverzekerden geen rol. De verzekeraar mag afgaan op hetgeen hem door de verzekeringnemer wordt meegedeeld.

Onder Amerikaans verzekeringsrecht is dat anders.¹³ Hoewel elke Staat in Amerika met betrekking tot verzwijging zijn eigen recht kent, geldt in het algemeen dat verzwijging van relevante feiten in een aanvraagformulier de verzekeraar het recht geeft om aan dekking onder de polis te ontkomen doordat hij zich van de polis kan 'terugtrekken' ('rescission of the policy').¹⁴ Echter, in Amerika rust de plicht om zich te onthouden van verzwijging – anders dan in Nederland – niet op de verzekeringnemer. Het is de verplichting van de verzekerde die het aanvraagformulier invult (dat is bij BCA-verzekeringen dus een bestuurder) om de in het aanvraagformulier gestelde vragen volledig en eerlijk te beantwoorden.¹⁵

Als in het aanvraagformulier relevante feiten worden verzwegen, wordt in het algemeen de polis tegenover alle verzekerden, dus ook diegenen die het aanvraagformulier niet hebben ingevuld en niets hebben verzwegen (de onschuldige bestuurders), nietig geacht.¹⁶ Dit is mogelijk omdat bij BCA-verzekeringen vaak de eis wordt gesteld dat het aanvraagformulier door één van de leden van het dagelijks bestuur van de vennootschap wordt ingevuld en ondertekend en omdat in het aanvraagformulier vervolgens wordt bepaald dat degene die het aanvraagformulier invult dit mede doet namens alle andere bestuurders. Ook zonder die voorzieningen wordt onder bepaalde omstandigheden door Amerikaanse rechters aangenomen dat de bestuurder die het aanvraagformulier invult en ondertekent een gevolmachtigde is van de andere bestuurders, waarbij een eventuele verzwijging van deze gevolmachtigde aan de volmachtgevers (de andere, vaak onschuldige, bestuurders) kan worden toegerekend.¹⁷ Vanuit die achtergrond, waarbij de

11 Wij hebben het hier dus specifiek over de Severability clause in BCA-polissen, niet te verwarren met de Severability clause die men in toenemende mate in contracten opgenomen ziet en die beoogt te voorkomen dat de nietigheid van één bepaling leidt tot ongeldigheid van het gehele contract. Zie voor meer uitleg hieromtrent en een voorbeeld van een dergelijke

clause de website: http://www.expert-law.com/library/business/contract_clauses.html.

12 Het woord 'Severability' is een afgeleide van het woord 'sever' dat 'scheiden' betekent (zie Van Dale handwoordenboek Engels-Nederlands, derde druk).

13 Zie voor verzwijging bij BCA-verzekeringen in Amerika Knepper en Bailey, *Liabi-*

lity of Corporate Officers and Directors, 7th Edition, LexisNexis Publishing Co. (ISBN nummer 0-327-16253-8), hfdst. 23, par. 7.

14 Knepper en Bailey, t.a.p., hfdst. 23, p. 25.

15 Knepper en Bailey, t.a.p., hfdst. 23, p. 28.

16 Knepper en Bailey, t.a.p., hfdst. 23, p. 36.

17 Knepper en Bailey, t.a.p., hfdst. 23, p. 38.1.

verplichting om alle relevante feiten mee te delen niet rust op de verzekeringnemer, maar op een verzekerde die daarbij de andere verzekerden vertegenwoordigt, laat de Severability clause zich goed verklaren. Dan is het niet onlogisch om uit te gaan van een fictie dat iedere – meeverzekerde – bestuurder zelfstandig met de verzekeraar contracteert, en om – in het verlengde daarvan – te bepalen dat kennis van de bestuurder die de verzekering aangaat ten behoeve van een andere bestuurder, niet aan die andere bestuurder mag worden toegerekend. Dit verklaart ook waarom het in de Amerikaanse jurisprudentie veelal gaat om de vraag of kennis van de ene bestuurder al dan niet aan de andere bestuurders mag worden toegerekend.

Poging tot uitleg van de Severability clause naar Nederlands recht

Kan men nu, wetende met welke achtergrond de Severability clause is geschreven,¹⁸ naar Nederlands recht aan deze clause een betekenis geven die enigszins zinvol is en recht doet aan de bedoeling van partijen?

Wat betekent het in concreto dat de verzekeraar in geval van verzwijging de achtergehouden kennis van een verzekerde niet zal toerekenen aan een andere verzekerde? Toerekening is, zoals gezegd, in dit verband naar Nederlands recht geen issue. Wat de vennootschap als verzekeringnemer bij monde van degene die het aanvraagformulier ondertekent, mededeelt, geldt als afkomstig van de vennootschap.¹⁹ Is die informatie zodanig onjuist of onvolledig dat de BCA-verzekerder een beroep op verzwijging toekomt, dan geldt, zoals gezegd, dat beroep op verzwijging in beginsel tegenover alle verzekerden.

Zou de clause dan zo moeten worden uitgelegd dat – in afwijking op het geldende recht – de kennis van degene die het aanvraagformulier heeft ingevuld, niet mag worden toegerekend aan de verzekeringnemer? Een dergelijke uitleg zou zinvol zijn omdat de clause dan de onschuldige bestuurder beschermt tegen de gevolgen van verzwijging door de vennootschap zoals hiervoor bij de probleemstelling vermeld. Immers, in die situatie had de vennootschap geen aan haar toe te rekenen kennis en zij kon dus ook niets verzwijgen.

Wij menen echter dat de clause aldus op een onaanvaardbare manier wordt opgerekt. De tekst zelf biedt voor zo'n uitleg geen aanknopingspunt. Gesproken wordt immers alleen van verzekerden ('insureds'), niet van verzekeringnemer ('policyholder'). Deze uitleg zou derhalve alleen kunnen worden gevolgd als men de vennootschap ook beschouwt

als een verzekerde ('any insured'). Dit laatste kan in redelijkheid niet worden volgehouden. Immers, de vennootschap heeft zelf geen dekking ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid. Bovendien zou een dergelijke uitleg de verzekeraar zelfs beroven van de mogelijkheid om een beroep op verzwijging te doen tegenover de niet-onschuldige bestuurders omdat – het zij herhaald – bij die uitleg aan de vennootschap dus geen kennis wordt toegerekend en zij dus ook niets heeft kunnen verzwijgen.

Het lijkt er dus op dat de Severability clause binnen een door het Nederlandse recht geregeerde verzekeringsovereenkomst eenvoudigweg niet valt uit te leggen, althans niet zodanig dat het beoogde doel, te weten bescherming van de onschuldige bestuurder, wordt bereikt.

Rechtspraak over de Severability clause is er niet. Een blik over de grenzen leert dat – voor zover ons bekend – alleen de Duitse rechter zich over de uitleg van de Severability clause en de daarbij opkomende vragen heeft uitgesproken.

De beslissing van het Oberlandesgericht Düsseldorf²⁰

De casus waarover het Oberlandesgericht Düsseldorf diende te beslissen, was als volgt. Een bestuurder van een vennootschap had voorafgaand aan het afsluiten van een BCA-polis een aanvraagformulier ingevuld. De vraag of er omstandigheden bekend waren die tot een aanspraak zouden kunnen leiden, beantwoordde de bestuurder ontkennend. Hij was er echter mee bekend dat de vennootschap (onder zijn feitelijke leiding) jaarrekeningen had vervalst en schijnrekeningen had opgesteld, dit alles met het doel om de omzet hoger te doen voorkomen dan deze in werkelijkheid was.

Nadat de verzekeraar hier achter was gekomen, is hij, conform het Duitse recht,²¹ van het verzekeringscontract 'teruggetreden',²² met als gevolg dat hij niet meer gehouden was om een uitkering onder de polis te doen.

Een medebestuurder, die ten tijde van het sluiten van de verzekering niet op de hoogte was van de frauduleuze handelwijze van de vennootschap, maakte aanspraak op dekking inzake een civielrechtelijke claim die een aandeelhouder mogelijkwerwijs tegen hem zou instellen. Hij beriep zich daarbij op de in de polis opgenomen Severability clause. Deze luidde als volgt:

*'Bei der Prüfung, ob Versicherungsschutz besteht, werden einer versicherten Person keine bei anderen versicherten Personen gegebenen Tatsachen zugeschrieben oder vorhandene Kenntnisse zugerechnet.'*²³

18 Niet ondenkbaar is dat de rechter die achtergrond van de Severability clause bij zijn beslissing over een juiste uitleg naar Nederlands recht zal willen betrekken. Zeker is dat niet omdat BCA-polissen voor Nederlandse bedrijven niet op de Amerikaanse markt worden gesloten. Vergelijk HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378: indien de uitleg van een polisbepaling onduidelijk is, moet voor de uitleg van de overeenkomst (Haviltex) mede worden geke-

ken naar de betekenis die aan de betreffende bepaling wordt toegekend op de verzekeringsbeurs waar de betreffende polis is afgesloten.

19 Dit volgt uit Asser/Van der Grinten/Kortmann (2-1) (De vertegenwoordiging), Deventer: Kluwer 2004, nr. 81.

20 Oberlandesgericht Düsseldorf 23 augustus 2005 (Versicherungsrecht (VersR) 2006 (785-787).

21 Par. 16 en 17 VVG (Gesetz über den Versicherungsvertrag).

22 In de oorspronkelijk beslissing wordt gesproken van 'den Rücktritt vom Versicherungsvertrag'.

23 De vertaling van deze clause luidt: 'Bij het nagaan of verzekeringsdekking bestaat, worden aan een verzekerde persoon geen bij andere verzekerden bekende feiten of aanwezige kennis toegerekend.'

Het Oberlandesgericht oordeelde dat deze clause de (onschuldige) bestuurder niet kon helpen. Het overwoog met betrekking tot de clause:

*'Es regelt die Kennniszurechnung zwischen versicherten Personen, nicht aber die Frage, wie sich eine arglistige Täuschung durch den Versicherungsnehmer auf die versicherten Personen auswirkt. Der den Versicherer zu ansonsten nicht geschuldeten Versicherungsleistungen verpflichtende Ausschluss der Wissenszurechnung im Kreis der versicherten Personen beinhaltet nicht, dass der Versicherer auch dann verpflichtet ist, Versicherungsleistungen an unwissende Personen zu erbringen, wenn er durch eine für den Versicherungsnehmer handelnde Person, die wegen ihrer Organstellung zugleich zu den versicherten Personen gehört, arglistig getäuscht und so erst zum Vertragsschluss bestimmt worden ist. Weder mutiert der durch eine versicherte Person vertretene Versicherungsnehmer aufgrund der Vertretung selbst zu einer versicherten Person i.S.v. § 6 AVB OLA 98 (de Severability clause, toevoeging auteurs), so dass dieser bereits seinem Wortlaut nach nicht einschlägig ist.'*²⁴

Nu de Severability clause, zo redeneert het Oberlandesgericht, dus alleen de toerekening van kennis tussen verzekerde personen onderling regelt en niet ingaat op de gevolgen van verzwijging door de verzekeringnemer, staat de clause er niet aan in de weg dat de verzekeraar de gevolgen van verzwijging door de verzekeringnemer aan de onschuldige verzekerden kan tegenwerpen. Dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering werd vertegenwoordigd door een verzekerde persoon, maakt dit volgens het Oberlandesgericht niet anders. Immers, door de vertegenwoordiging wordt de verzekeringnemer geen verzekerde persoon.

Uit deze beslissing volgt dat ook naar Duits recht de Severability clause er niet toe leidt dat de onschuldige bestuurder wordt beschermd indien de verzekeringnemer (opzettelijk²⁵) feiten heeft verzwegen. Deze benadering sluit aan bij de hiervoor door ons verdedigde opvatting dat onder Nederlands recht de Severability clause niet leidt tot de beoogde bescherming van de onschuldige bestuurder.

24 De vertaling van deze overweging luidt: 'Hierdoor wordt de toerekening van wetenschap tussen verzekerde personen geregeld, evenwel niet de vraag welke gevolgen opzettelijk bedrog door de verzekeringnemer voor de verzekerde personen heeft. De uitsluiting van toerekening van kennis bij de verzekerde personen die de verzekeraar tot anders niet verschuldigde verzekeringsuitkeringen verplicht, houdt niet in dat de verzekeraar ook gehouden is tot het doen van verzekeringsuitkeringen aan onwetende personen, indien hij door een namens de verzekeringnemer handelende persoon die als lid van het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan tevens tot de verzekerde

personen behoort, opzettelijk werd misleid en het contract hierdoor pas tot stand is gekomen. Noch is het zo dat de door een verzekerde persoon vertegenwoordigde verzekeringnemer op grond van deze vertegenwoordiging zelf muteert tot een verzekerde persoon in de zin van § 6 AVB OLA 98 (de Severability clause, toevoeging auteurs), zodat deze al op grond van de woordelijke inhoud niet van toepassing is.'

25 Uit de uitspraak van het Oberlandesgericht kunnen wij niet afleiden of de uitspraak anders zou hebben geluid als de verzwijging onopzettelijk zou zijn geweest.

26 In dit tekstvoorstel wordt in het midden

Conclusie

Wij concluderen dat de uit Amerika afkomstige Severability clause voor polissen die door Nederlands recht worden geregeerd, onbruikbaar is. Het beoogde doel, te weten bescherming van de onschuldige bestuurder tegen de gevolgen van verzwijging bij het aangaan van de BCA-verzekering, wordt er niet door bereikt. De zinsnede dat in geval van verzwijging de verzekeraar de achtergehouden kennis van een verzekerde niet zal toerekenen aan een andere verzekerde, is in Nederlandse polissen zonder betekenis. Daarmee doet de clause denken aan de nieuwe kleren van de keizer.

Hoe moet het dan wel? Voorstel voor een 'Onschuldige Bestuurders clause'

Het is geen heksentoer om het beoogde doel toch te bereiken. Er kan in de polis een bepaling worden opgenomen dat de gevolgen van een eventuele verzwijging niet zullen worden tegengeworpen aan bestuurders die ter zake van het verzwijgen van de relevante feiten te goeder trouw zijn en die zodoende geen blaam treft. Dan worden bijvoorbeeld bestuurders die geen weet hebben van omstandigheden die tot een claim aanleiding zouden kunnen geven, als ook bestuurders die daarvan wél weet hebben maar zulks intern adequaat hebben gerapporteerd, beschermd. Bestuurders daarentegen die wél op de hoogte zijn van omstandigheden als bedoeld maar daarover intern hebben gezwegen c.q. weten of begrijpen dat daarvan aan de verzekeraar geen melding is gemaakt bij het aangaan van een verzekering, kunnen dan onverkort met de gevolgen van een verzwijging worden geconfronteerd.

Een 'Nederlandse' Severability clause zou er als volgt kunnen uitzien:

'Onschuldige Bestuurders clause':

*De verzekeraar zal de in artikel 7:930 Burgerlijk Wetboek bedoelde gevolgen van een eventuele onjuiste opgave als bedoeld in artikel 7:928 Burgerlijk Wetboek niet tegenwerpen aan de verzekerde die ter zake van die onjuiste opgave geen verwijt treft.'*²⁶

gelaten wie de bewijslast heeft met betrekking tot de vraag of de verzekerde al dan niet een verwijt treft. Hoe die bewijslast rechtens zal komen te liggen, is ons inziens niet duidelijk. De verzekeraar die de bewijslast wil leggen bij de verzekerde, zou de navolgende clause kunnen hanteren: 'De verzekeraar zal de in artikel 7:930 Burgerlijk Wetboek bedoelde gevolgen van een eventuele onjuiste opgave als bedoeld in artikel 7:928 Burgerlijk Wetboek niet tegenwerpen aan de verzekerde die antoont dat hem ter zake van die onjuiste opgave geen verwijt treft.'

Op deze wijze wordt naar onze mening recht gedaan aan het verlangen om de onschuldige bestuurder te behoeden voor de gevolgen van een beroep op verzwijging.²⁷ Dat is

een bescherming die, zoals uiteengezet, de Severability clause, in welke vorm dan ook, niet biedt.

27 Zulk een afwijking van het wettelijk verzwijgingsregime is toegestaan. Immers, ingevolge art. 7:943 BW zijn art. 7:928 t/m 930 slechts in zoverre van dwingend

recht dat 1. daarvan niet mag worden afgeweken ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde en 2. bovendien geldt dat verbod slechts in-

dien de verzekeringnemer – kort gezegd – een consument is. Geen van beide situaties doet zich hier voor.

Prof. mr. J.G.C. Kamphuisen¹

Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten

Nr. 11

Een bedrijfstak waarvan vrijwel iedere consument en elk bedrijf producten afneemt heeft belang bij een goede naam onder het publiek. De verzekeringsbranche behoorde tot de eerste die zich daarvan bewust werd. Het gevolg was de instelling van een Raad van Toezicht, wier taak het slechts was erop toe te zien dat de verzekeraars niet die goede naam zouden schenden. Aldus werd vrijwel loepzuiver tuchtrecht geïntroduceerd. Maar ook zonder dat sprake is van onfatsoenlijk gedrag van de verzekeraar kunnen er geschillen ontstaan die beter – en in het belang van beide partijen – niet aan de rechter voorgelegd konden worden. Daarvoor werd het instituut van de ombudsmannen in het leven geroepen, oorspronkelijk één voor levensverzekering en later één voor schadeverzekering. Later werden die samengevoegd en werd die ene Ombudsman Verzekeringen samen met de Raad van Toezicht ondergebracht in de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen. Sedert 1999 onderwierpen ook de leden van de tussenpersonenorganisaties NVA en NBvA zich aan dit regime.

Met de komst van eerst de Wet financiële dienstverlening (Wfd) op 1 januari 2006 en een jaar later de Wet op het financieel toezicht (Wft) kwamen grote veranderingen op het gebied van de geschillenbeslechting in zicht. De juridische aspecten van deze nieuwe ontwikkelingen hebben in het afgelopen jaar weinig aandacht gekregen. In deze bijdrage worden een aantal aspecten van die geschillenbeslechting belicht en van aantekeningen en kritiek voorzien. Dat geldt zowel de oude situatie als de nieuwe situatie: de oude situatie was niet ideaal, van de nieuwe is de vraag of hij,

welbeschouwd, een verbetering inhoudt.

Op zichzelf is heel goed te begrijpen dat geoordeeld werd dat – met de omvangrijke wijziging van het toezicht(recht) – ook de klachtenregeling in de financiële bedrijfstak opnieuw vorm moest worden gegeven. De branche heeft daarover al voor het in werking treden van de Wfd afspraken gemaakt. De vraag die in deze bijdrage wordt gesteld, is of hetgeen vervolgens werd geconstrueerd voor de branche, maar vooral ook voor de consumenten, een vooruitgang is.

Hoewel de geschillenregeling thans de gehele financiële bedrijfstak – inclusief bijvoorbeeld de banken – omvat, beperk ik mij tot de verzekeringsbranche.

1. De oude situatie

1.1. Inleiding

Onder het oude regime was er meer dan alleen de Ombudsman en de Raad van Toezicht omdat de verzekeraars in de Gedragscode Verzekeraars, al voordat de toezichtwetgeving daartoe verplichtte,² voorzagen in een interne klachtenbehandeling bij elke verzekeraar. De klager diende daarvan ook gebruikgemaakt te hebben voordat hij de bemiddeling van de Ombudsman kon inroepen.³ Het reglement van de Raad van Toezicht kende een overeenkomstige voorwaarde,⁴ maar niet de voorwaarde om een zaak eerst aan de Ombudsman voor te leggen. Ook de Ombudsman kon onder omstandigheden de Raad vragen een onderzoek in te stellen en de Raad kon ook ambtshalve daartoe overgaan.⁵

1.2. De Ombudsman

De Ombudsman was, goed beschouwd, (iets) meer dan een

1 Prof. mr. J.G.C. Kamphuisen is hoogleraar verzekeringsrecht aan de KU Nijmegen.

2 Art. 4:17 Wft verplicht iedere financiële onderneming een interne klachtenbehandeling in te richten.

3 Art. 7 van het reglement van de Ombudsman bepaalde dat 'klachten en ge-

schillen, nadat zij ter kennis zijn gebracht van de betrokkene en deze niet naar tevredenheid van de consument behandeld (zijn), dan wel de aangeslotene niet binnen een redelijke termijn (heeft) gereageerd' aan de Ombudsman kunnen worden voorgelegd. De ontevreden consument was dus ver-

plicht zich eerst tot de verzekeraar te wenden.

4 Art. 6 onder d Reglement RvT.

5 Vgl. art. 6 onder b Reglement RvT.