

# Twijfel verzekerd

## Enkele opmerkingen over de lastige kwalificatie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen

*Mr. J. den Hoed\**

### 1 Inleiding

Regelmatig komen verzekeraars en verzekerden met elkaar in conflict over de vraag of de tussen hen gesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering moet worden aangemerkt als sommen- dan wel als schadeverzekering. Uit rechtspraak en literatuur rijst hieromtrent bepaald geen eenduidig beeld op.<sup>1</sup> Met zijn arrest van 3 oktober 2008, NJ 2009, 80 m.nt. Mendel (Achmea/Cobussen) reikt de Hoge Raad de praktijk ter duiding van deze rechtsrelatie nu enige, niet onbetekenende, handvatten aan. Voor zowel verzekerden als verzekeraars staat hierbij veel op het spel. Als de verzekeraar schade vergoedt, wordt hij op de voet van art. 7:962 BW gesubrogeerd in de vordering tot schadevergoeding van de verzekerde op derden. Vindt de uitkering plaats op basis van een sommenverzekering, dan treedt de verzekeraar echter niet in de rechten die de begunstigde jegens derden kan doen gelden.<sup>2</sup> Indien het een sommenverzekering betreft, staat bovendien de afwezigheid van schade niet aan een verplichting tot uitkering in de weg. De verzekeraar zal er dan ook dikwijls veel aan gelegen zijn de overeenkomst te kwalificeren als schadeverzekering, doch niet altijd; de schade kan de verzekerde som namelijk ook (ruimschoots) overtreffen. Zij valt nu eenmaal niet altijd naadloos met de verzekerde som samen. Redenen te over dus om twijfel over het karakter van dit type persoonsverzekering zo veel mogelijk uit te bannen. Desalniettemin blijken veel polissen voor tweeërlei uitleg vatbaar. In zijn conclusie voor Achmea/Cobussen wijst A-G Spier op de ambivalentie waarmee dergelijke polissen niet zelden behept zijn. Zo schrijft hij bijvoorbeeld:

‘3.2.3.(...) Het was heel eenvoudig geweest om op simpele en niet voor misverstand vatbare wijze een formulering op te nemen waarin werd aangegeven welke bedragen op de in de polis genoemde in mindering zouden worden gebracht. Achmea heeft er evenwel vanaf gezien dat te doen. Dat is haar goed recht, maar de consequenties daarvan komen voor haar rekening.

(...)

3.10 Hoe dit ook zij, van een (naar moet worden aangenomen professionele) verzekeraar mag worden verwacht dat hij ambivalente bepalingen voorkomt. Het is dan van tweeën één: ofwel de verzekeraar (in casu Achmea) heeft de ambivalentie niet onderkend, of hij heeft dat wel gedaan.’

In dit artikel zal ik nagaan of de arbeidsongeschiktheidsverzekering in de regel moet worden aangemerkt als sommen- dan wel als schadeverzekering en of de verschillende omstandigheden, die hier ter beantwoording van deze vraag in ogenschouw zijn genomen, allemaal evenveel gewicht in de schaal leggen. Daarbij zal in het bijzonder worden gelet op de betekenis die in dit verband moet worden toegekend aan een in de polisvoorwaarden opgenomen strekkings- en correctiebepaling.

### 2 Opbouw artikel

Na een korte uiteenzetting over de strikte dichotomie tussen schade- en sommenverzekeringen komt de uitleg van verzekeringsovereenkomsten aan bod. Daarna volgt een kernachtige samenvatting van de uitspraak en wordt stilgestaan bij enkele voor de duiding van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen relevante omstandigheden.

### 3 Tweedeling in schade- en sommenverzekeringen

Art. 7:964 BW definieert de sommenverzekering als ‘de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed’<sup>3</sup>. Zij is in beginsel slechts toegelaten bij de persoonsverzekering waar ‘de onzekere factor de mens

\* Mr. J. den Hoed is gerechtsauditeur bij de Hoge Raad der Nederlanden. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Vergelijk bijvoorbeeld P. Clausing, *Inleiding verzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, p. 43 en 76; S.J.A. Mulder, *Subrogatie; het verhaalsrecht van de verzekeraar* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 39-40; E.J. Wervelman, *Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2004-2006*, AV&S 2007-1, p. 34-35 en F.H.J. Mijnsen, *Verzekering*, Mon. BW B88, Deventer: Kluwer 2007, p. 106. Zie verder Hof Leeuwarden 14 januari 1976, VR 1978, 98 m.nt. Bouman, Hof Arnhem 10 februari 1998, LJN AK3882, HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 m.nt. M.M. Mendel, Hof Den Haag 29 november 2005, AV&S 2007, p. 35, Hof Amsterdam 24 mei 2007, LJN BB 3136 en het onlangs gewezen arrest HR 17 oktober 2008, 07/11086 alsook de conclusie van Spier voor dit arrest en de noot van Mendel onder Achmea/Cobussen.

2. Art. 7:962 BW, opgenomen in afdeling 2 betreffende schadeverzekering, geldt niet voor sommenverzekeringen. Zie ook HR 31 december 1931, NJ 1932, 418 m.nt. E.M. Meijers en Mijnsen 2007, p. 97-98.

3. Aan deze bepaling, die in werking is getreden op 1 januari 2006, kwam, evenals aan de meeste overige bij wetsvoorstel 19 529 ingevoerde artikelen, rechtstreekse werking toe. Het merendeel van de voorgestelde artikelen – en zo ook deze bepaling – leende zich, zo werd tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel overwogen, goed voor toepassing op reeds bestaande rechtsverhoudingen (Kamerstukken II 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 17 en 19). Voor het nieuwe verzekeringsrecht geldt derhalve, enkele daarvan uitgezonderde bepalingen daargelaten, de hoofdregel van onmiddellijke werking. Zie art. 221 in combinatie met art. 68a lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.

betreft<sup>4</sup>, zoals bij arbeidsongeschiktheids-, ziekte- en invaliditeitsverzekeringen bijvoorbeeld.<sup>4</sup> De sommenverzekering biedt de verzekerde de mogelijkheid zich, om hem moverende redenen, voor het geval het verzekerde risico zich manifesteert, te voorzien van een verzekeringsuitkering van een afgesproken omvang, die kan uitstijgen boven, althans niet hoeft te corresponderen met, de door de verzekerde als gevolg van die gebeurtenis te lijden schade.<sup>5</sup> Het indenniteitsbeginsel doet geen opgeld bij sommenverzekeringen.<sup>6</sup> Het Wetboek van Koophandel (WvK) ontbeerde een wettelijke definitie van de sommenverzekering. Ofschoon de regeling van het WVK zelf tussen schade- en sommenverzekering geen heldere distinctie aanbracht<sup>7</sup> en het WvK van laatstgenoemd type geen omschrijving gaf, was het onderscheid tussen beide categorieën ook onder het WvK van groot belang.

Met de definitie van de sommenverzekering in art. 7:694 BW is geen breuk beoogd met de invulling die hieraan werd gegeven in het WvK.<sup>8</sup> Onder vigeur van het WvK verleende de sommenverzekering indien het onzekere voorval<sup>9</sup> zich verwezenlijkte aan de verzekerde een recht op uitkering van (een gedeelte van) de vastgestelde som, ongeacht of de verzekerde daadwerkelijk schade had geleden.<sup>10</sup> Ofschoon zij soms elementen van beide typen in zich verenigt, kan de arbeidsongeschiktheidsverzekering niet tegelijkertijd (in haar geheel) als schade- en als sommenverzekering worden aangemerkt.<sup>11</sup> Deze kwalificaties sluiten elkaar uit.<sup>12</sup>

### 3.1 De twee typen verzekeringsovereenkomsten vloeien soms in elkaar over

Ofschoon de twee categorieën in verschillende afdelingen van titel 7.17 zijn ondergebracht en zij elk hun eigen wettelijke omschrijving kennen, is dikwijls niet gemakkelijk vast te stellen tot welke van beide de arbeidsongeschiktheidsverzekering behoort. Zoals vermeld, is het niet ondenkbaar dat de verzeke-

ringsovereenkomst elementen van beide typen in zich verenigt.<sup>13</sup> De dichotomie tussen schade- en sommenverzekeringen uit zich, zoals dit geval illustreert, in de praktijk niet altijd in zuivere en heldere tegenstellingen. Met het karakter van een schadeverzekering is bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar dat de polis ten aanzien van bepaalde posten vaststelt welke bedragen zullen worden uitgekeerd (ofschon een dergelijke fixatie in de regel een aanwijzing ten gunste van de sommenverzekering oplevert).<sup>14</sup> Bovendien worden sommenverzekeringen veelal gesloten met het oog op mogelijke voorvallen waaruit voor de verzekerde schade kan voortvloeien, zoals ook het geval is bij de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dit is een van de redenen waarom, zoals Mendel opmerkt in zijn noot onder Achmea/Cobussen, de twee typen verzekeringsovereenkomsten niet altijd eenvoudig van elkaar zijn te onderscheiden. De arbeidsongeschiktheidsverzekering strekt weliswaar in beginsel tot vergoeding van schade, maar de hoogte van de uitkering is dikwijls reeds bij overeenkomst vastgelegd en mitsdien losgekoppeld van de uiteindelijke op geld waardeerbare schade.<sup>15</sup> Ik vermeld hier nog dat volgens Wervelman, de klassieke particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 'met name ook na het schrappen van de correctiebepaling – doorgaans [moet worden] beschouwd als sommenverzekering'.<sup>16</sup>

## 4 Uitleg van de verzekeringsovereenkomst in het algemeen

Voor de verzekerde dient duidelijk te zijn welke rechten en verplichtingen voor hem uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien. In die gevallen waarin partijen aan de verzekering een verschillende betekenis toekennen, zal de rechter om vast te kunnen stellen welke rechtsgevolgen partijen hiermee in het leven hebben willen roepen, de overeenkomst moeten uitleggen. Dit dient te geschieden aan de hand van de zogeheten Haviltex-formule.<sup>17</sup> Zoals onder meer volgt uit het arrest DSM/Fox<sup>18</sup> moet bij toepassing van de Haviltex-formule acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. De uitleg kan niet worden opgehangen aan één enkele contractsbepaling, ook al is dit het artikel waarin volgens de verzekeraar de strekking van de overeenkomst tot uitdrukking is

4. Deze vorm kan evenwel eveneens worden gekozen voor verzekeringen die daartoe bij algemene maatregel van bestuur, zonedig binnen daarbij vast te stellen grenzen, zijn aangewezen. Hierbij kan worden gedacht aan de regenverzekering en de verzekering die tot uitkering leidt bij vroegtijdig afbreken van de vakantie. Zie de MvT.  
5. Zie ook S.J.A. Mulder, Subrogatie; het verhaalsrecht van de verzekeraar (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 39-40.  
6. Zie bijv. HR 31 december 1931, NJ 1932, 419.  
7. Asser-Clausing-Wansink (2007), nr. 34.  
8. J.H. Wansink, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering en een verzekerbaar belang (preadvies voor de Vereniging van Verzekeringswetenschap, Verzekering en belang), p. 45.  
9. In de huidige wettelijke regeling komt het element 'onzeker voorval' overigens niet meer voor. Zie voor een toelichting Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 5.  
10. Zie bijv. HR 31 december 1931, NH 1932, 419 m.nt. E.M.M. Daarenboven kan worden verwezen naar Asser-Clausing-Wansink (2007), nr. 34 en de aldaar aangedragen jurisprudentie.  
11. Dit uitgangspunt staat haaks op de opvatting van Mijnsen 2007, p. 106. Ook Mendel lijkt een andere opvatting toegegaan, zie zijn noot onder HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670. Mulder lijkt de arbeidsongeschiktheidsverzekering wel in beginsel als sommenverzekering aan te merken, evenals Mok. Zie Mulder 1988, p. 39-40 en L. Mok, Verzekeringsrecht; civielrechtelijke hoofdstukken, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998, p. 13. Ook Clausing (2007) lijkt deze opvatting te huldigen, p. 43.  
12. Zie ook Mendel in zijn noot onder HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 (Koning/Nationale Nederlanden).

13. Uiteraard zonder dat die verzekering tegelijkertijd als sommen- en als schadeverzekering aangemerkt kan worden. Dat is niet te rijmen met het stelsel van de wet. Wel is het mogelijk dat een verzekering deels als schade- en deels als sommenverzekering moet worden aangemerkt; zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 6.  
14. Zie bijv. Asser-Clausing-Wansink (2007), nr. 36.  
15. Dit volgt bijvoorbeeld uit Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 6.  
16. Volgens Wervelman droeg de modelpolis 2000, ondanks een met art. 3 van de onderhavige polis vergelijkbare bepaling, overwegend het karakter van een sommenverzekering. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. The Disability Income Insurance (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 31, 35-36.  
17. Vgl. bijv. HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 m.nt. Du Perron, HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. Mendel, HR 14 oktober 2005, LjN AT6014, HR 11 oktober 2002, LjN AE5157, HR 11 november 1988, LjN AC2221 (en de conclusie van Hartkamp vóór dit arrest). Zie voorts Asser/Clausing/Wansink (2007), nr. 250 en 252 en Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 286a.  
18. HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron.

gebracht.<sup>19</sup> Als de overige bepalingen niet in die, maar in de tegenovergestelde richting wijzen, valt niet in te zien waarom de overeenkomst desalniettemin moet worden aangemerkt als schadeverzekering.<sup>20</sup> Contractsbepalingen staan niet volledig op zichzelf. Het verzekeringscontract vormt, ofschoon sommige contractsbepalingen wellicht met elkaar op gespannen voet lijken te staan, uiteindelijk één geheel. De schijnbare innerlijke tegenstrijdigheden worden gesublimeerd in één (coherente) contractsuitleg (nu de overeenkomst uiteraard niet tegelijkertijd twee tegenstrijdige betekenissen kan hebben). Hoe de overeenkomst moet worden gekwalificeerd, hangt derhalve af van een weging van de, niet zelden onderling botsende, polisbepalingen en verdere aspecten van de overeenkomst. Ook moet acht worden geslagen op de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen en is uitgevoerd. De afweging van omstandigheden en gezichtspunten waartoe de rechter met toepassing van de Haviltex-formule komt, is nauw verweven met waarderingen van feitelijke aard en deswege in cassatie slechts in beperkte mate toetsbaar.<sup>21</sup> Indien de overwegingen van het hof in het bestreden arrest, in hun onderlinge verband en samenhang bezien, niet onbegrijpelijk en evenmin ontoereikend zijn, kunnen de daartegen gerichte klachten (tenminste als het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd) derhalve niet tot cassatie leiden.

#### 4.1 De uitvoering kan gewicht in de schaal leggen bij de uitleg van de overeenkomst

Wat de gemeenschappelijke partijbedoeling is geweest, kan bovendien mede worden afgeleid uit de wijze waarop partijen de overeenkomst hebben uitgevoerd; dus uit posterieure aspecten, zoals of de verzekeraar na contractssluiting nog bij de verzekerde heeft geïnformeerd naar de ontwikkeling van diens loon.<sup>22</sup> De verzekeraar die een hem onwelgevallige rechterlijke interpretatie van de overeenkomst wil voorkomen, zal dus niet alleen eenduidige, coherente polissen moeten opstellen, maar ook elke tegenstrijdigheid tussen uitvoering en doelomschrijving van de overeenkomst moeten vermijden.

19. Uiteraard kan de betekenis van de strekkingsbepaling, gegeven de context, van geval tot geval verschillen en komt in sommige situaties aan een dergelijk artikel meer gewicht toe. Het verdraagt zich niet met de Haviltex-formule om aan een dergelijk beding per definitie een allesbepalend gewicht toe te kennen. Ook bij een conflict tussen specifieke bepalingen in de overeenkomst en algemene voorwaarden, prevaleren de eerstgenoemde niet zonder meer zoals is uitgemaakt in HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506.

20. Zie ook Spier in zijn conclusie voor HR 18 oktober 2008, LJN BF00006.

21. Zie onder meer HR 24 september 1993, LJN ZC1069, HR 4 oktober 2005, LJN AT6014, HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt MMM en HR 5 oktober 2007, LJN BA8774. Vgl./ ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 284.

22. Over de mogelijkheid om bij de uitleg van overeenkomsten rekening te houden met posterieure aspecten, zie uitgebreid Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 280. Zie voorts Spier in zijn conclusie voor HR 17 oktober 2008, 07/11086, waarin hij als aanwijzing ten faveure van het standpunt van de verzekerde aanmerkt dat de verzekeraar tot uitkering is overgegaan, terwijl de verzekerde nog loon ontving. Dat hieraan bij de uitleg van de overeenkomst een aanzienlijk gewicht toekomt, blijkt ook uit HR 6 juni 2003, LJN AO9097 (waarin juist wel een jaarlijkse opgave van het salaris had plaatsgevonden en mede om die reden een sommenverzekering werd aangemen).

## 5 Feiten, procesverloop en arrest (Achmea/Cobussen)

### 5.1 Feiten

Cobussen – sinds 1987 directeur en enig aandeelhouder van Aabo Trading Beheer B.V. – heeft op 1 december 1987 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij een rechtsvoorgangster van Achmea. De algemene voorwaarden die op de verzekeringsovereenkomst van toepassing zijn, behelzen onder meer de volgende bepalingen:

‘artikel 3:

Deze verzekering heeft ten doel uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid.’

en

‘artikel 16:

Met inachtneming van het in de voorwaarden bepaalde is terzake van arbeidsongeschiktheid verzekerd een van dag tot dag verkregen wordende periodieke uitkering, die per dag – bij volledige arbeidsongeschiktheid – het overeengekomen dagloon bedraagt.’

Hoeveel dit dagloon bedraagt, is vastgelegd in het polisblad. Op 30 juni 1996 is Cobussen een motorongeval overkomen als gevolg waarvan hij arbeidsongeschikt is geraakt en hij zijn functie niet langer (volledig) kon uitoefenen. Desalniettemin heeft hij ook na het ongeval inkomsten verkregen uit zijn vennootschappen. In de periode van 30 juni 1996 tot aan 1 januari 2002 heeft Cobussen, een korte interval daargelaten, op grond van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, van Achmea een (in percentage variërende) uitkering ontvangen. Na 1 januari 2002 heeft Achmea niets meer uitgekeerd, nu volgens haar met Cobussen een schadeverzekering was overeengekomen en Cobussen in haar optiek geen inkomensverlies leed.

### 5.2 Procesverloop

Bij vonnis van 25 augustus 2004 heeft de Rechtbank Leeuwarden voor recht verklaard dat Cobussen bij Achmea een sommenverzekering heeft afgesloten. Voorts heeft zij Achmea veroordeeld tot betaling van de verschuldigde uitkeringen. Bij arrest van 6 december 2006 heeft het Hof Leeuwarden deze uitspraak bekrachtigd. Achmea heeft hiertegen cassatieberoep ingesteld. Volgens haar kan gelet op voormelde strekkingsbepaling (neergelegd in art. 3) slechts sprake zijn van een schadeverzekering en had Cobussen dit moeten begrijpen. Volgens haar is het andersluidend oordeel van het hof ofwel gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting ofwel onbegrijpelijk. 's Hof's oordeel acht zij voorts onbegrijpelijk voor zover aan de afwezigheid van een correctiebepaling een argument pro sommenverzekering wordt ontleend.

### 5.3 Arrest Hoge Raad

De Hoge Raad volgt Achmea hierin niet. Volgens de Hoge Raad is het hof niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting waar

het niet reeds vanwege de strekkingbepaling de overeenkomst heeft aangemerkt als schadeverzekering (ofschoon het desbetreffende artikel in die richting wees), maar op grond van de overigens in ogenschouw genomen omstandigheden – waarbij het de polisvoorwaarden als geheel en in samenhang met de offertes heeft gezien – het contract heeft gekwalificeerd als sommenverzekering. Hierna zal ik nader ingaan op enige voor de duiding van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen relevante en in casu meegevoerde omstandigheden.

#### 5.4 Koppeling uitkering aan 'mate van arbeidsongeschiktheid'

In de onderhavige polisvoorwaarden is de hoogte van de uitkering louter afhankelijk gesteld van de 'mate van arbeidsongeschiktheid'. De mate van arbeidsongeschiktheid zegt, zo oordeelt het hof terecht, 'op zich zelf (...) nog niets over de hoogte van de schade, zoals ook in het onderhavige geval blijkt'. Het inkomenverlies als gevolg van de mate van arbeidsongeschiktheid kan immers aanmerkelijk hoger of lager zijn dan het arbeidsongeschiktheidspercentage (afgezet tegen de verzekerde som) suggereert. Het inkomen behoort, zoals volgens Achmea ook hier het geval was, überhaupt niet negatief beïnvloed te worden door de arbeidsongeschiktheid. In de regel zal dit echter wel het geval zijn. Deze polisvoorwaarde is voor de duiding van verzekeringsovereenkomst derhalve niet primordiaal. Dit aspect van de verzekeringsovereenkomst levert weliswaar een argument ten faveure van een sommenverzekering op, maar kan (zoals ook blijkt uit Achmea/Cobussen) niet zelfstandig, doch enkel in combinatie met andere omstandigheden leiden tot de kwalificatie van deze overeenkomst als sommenverzekering.

#### 5.5 Geen bemiddeling van een tussenpersoon

Voor de duiding is ook van belang of een verzekerde aan wie geen meer dan gemiddelde kennis van het verzekeringsrecht kon worden toegedicht, de wetenschap of het inzicht van een ter zake kundige derde kon worden toegerekend.<sup>23</sup>

#### 5.6 Afwezigheid correctiebepaling (ofwel anticumulatiebeding)

Uit de afwezigheid van een correctiebepaling kan een aanwijzing pro sommenverzekering worden geput. Met de correctiebepaling kan worden vastgelegd of en in welke mate eventuele inkomsten uit arbeid na ontstaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering een uitkering te ontvangen. Volgens Achmea is het vanwege het indemniteitsbeginsel overbodig om in een schadeverzekering een anticumulatiebeding op te nemen, nu de verzekerde als gevolg van de uitkering niet in een duidelijk voordeliger positie mag geraken en de verzekeraar dus enkel de daadwerkelijke schade mag vergoeden.<sup>24</sup> Dit standpunt wordt

door de Hoge Raad in Achmea/Cobussen nadrukkelijk ontkracht.

Het indemniteitskarakter van de schadeverzekering maakt opname van een correctiebepaling in de polisvoorwaarden niet strikt overbodig. Ook als sprake is van een schadeverzekering kan een dergelijke bepaling, zoals A-G Spier ook in zijn conclusie uiteenzet, zijn nut bewijzen. Hiermee kan immers tot uitdrukking worden gebracht of en tot welke hoogte voortdurende (of juist vanwege de arbeidsongeschiktheid ontvangen) betalingen, de verzekeringsuitkering verlagen. A-G Spier schrijft hierover: 'De onderhavige zaak illustreert dat, nu niet erg duidelijk is wat de reden is dat Cobussen van zijn bv's zekere bedragen heeft ontvangen en daarmee evenmin of het wel gaat om vergoeding van inkomensschade'. De Hoge Raad overwoog hier:

'dat in de polis van een arbeidsongeschiktheidsverzekering die een schadeverzekering is, een bepaling inzake de verrekening van inkomsten bepaald niet overbodig is, nu immers duidelijk moet zijn op welke wijze de verrekening van inkomsten dient plaats te vinden, in het bijzonder over welke tijdvakken die inkomsten telkens vastgesteld moeten worden'.

Waar de verzekerde som in de polis is gefixeerd, kan de correctiebepaling – indien de vraag of en in hoeverre een uitkering wordt verstrekt daarmee alsnog afhankelijk wordt van de hoogte van de inkomensschade – wellicht een aanwijzing vormen dat partijen toen zij de overeenkomst aangingen een schadeverzekering voor ogen hadden. In Asser-Clausing-Wansink wordt erop gewezen dat als in de polisvoorwaarden een correctiebepaling voorkomt, er echter niet reeds om die reden sprake is van een schadeverzekering. Een overeenkomst die in overwegende mate de trekken vertoont van een sommenverzekering wordt niet enkel vanwege een hierin opgenomen correctiebepaling een schadeverzekering.<sup>25</sup> In Asser-Clausing-Wansink wordt ter onderbouwing van dit standpunt verwezen naar een tweetal arresten,<sup>26</sup> waarin de respectieve hoven (te weten Hof Leeuwarden en Hof Den Bosch) de correctiebepaling niet onverenigbaar hebben geacht met het karakter van de sommenverzekering. Hieraan kan worden toegevoegd Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174. In Achmea/Cobussen is overigens niet uitgemakkt dat de correctiebepaling slechts voorkomt in schadeverzekeringen en dat bij afwezigheid van een dergelijk beding dus onbetwistbaar sprake is van een sommenverzekering. Ook bij sommenverzekeringen kunnen anticumulatiebedingen hun nut bewijzen. Overigens mogen uit de afwezigheid van een bepaald beding, zoals A-G Spier opmerkt, niet al te snel (vergaande) conclusies worden getrokken.<sup>27</sup>

23. Of een tussenpersoon heeft bemiddeld, is een omstandigheid waaraan bij de uitleg van de overeenkomst volgens de Haviltex-formule gewicht toekomt. Zie bijv. HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 m.nt. MMM (Koning-Nationale Nederlanden).

24. Ingevolge art. 7:960 BW jo. art. 7:944 BW mag de verzekerde geen uitkering verlangen waardoor hij in een duidelijk voordeliger positie komt te verkeren.

25. Asser-Clausing-Wansink (2007), nr. 35.

26. Hof Leeuwarden 14 januari 1976, VR 1978, 98 m.nt. Bouman en Hof Den Bosch 10 juli 1979, LJN AC1521.

27. Spier verwijst daarbij, in zijn conclusie voor dit arrest, naar HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 en naar Asser/Clausing/Wansink (2007), nr. 35.

Opgemerkt zij dat in de schadevariant van de Model-arbeidsongeschiktheidsverzekeringpolis uit 2005, opgesteld door het Verbond van Verzekeraars, juist weer een correctiebepaling is opgenomen,<sup>28</sup> terwijl dit in de sommenverzekeringvariant niet het geval is. Ook hiermee lijkt het standpunt van Achmea te worden ondergraven.

### 6 Waarop moet de verzekeraar nu onder meer letten?

Bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering moet eerder worden gedacht aan een sommenverzekering dan aan een schadeverzekering. Of het daadwerkelijk een sommenverzekering betreft, hangt evenwel af van de omstandigheden van het geval, zo valt uit Achmea/Cobussen afleiden. Zoals uit het voorgaande volgt, komt aan geen van de eerder genoemde omstandigheden een doorslaggevend gewicht toe; zij worden in onderlinge samenhang bezien. De kwalificatie van de verzekeringsovereenkomst hangt derhalve af van het geheel van de offertes, polisvoorwaarden, tussentijds verstrekte polisbladen, in de loop der jaren aan de verzekerde verstrekte en bij hem ingewonnen informatie en overige omstandigheden van het geval. Waar de polis aan duidelijkheid te wensen overlaat, althans voor tweeërlei uitleg vatbaar is, zal de overeenkomst veelal in het voordeel worden uitgelegd van de particuliere verzekerde. Zulks vloeit, zo merkt A-G Spier op in zijn conclusie vóór dit arrest, voort uit de contra proferentem-regel, neergelegd in art. 6:238 lid 2 BW.<sup>29</sup> De verzekeraar die een aan zijn interpretatie van de overeenkomst tegenovergestelde uitleg wil voorkomen, zal dan ook moeten trachten in woord en gedrag de voorgestane uitleg uit te dragen. Als de verzekeraar de overeenkomst liever ziet aangemerkt als schade- dan als sommenverzekering, verdient het aanbeveling om (het spreekt voor zich): (a) het karakter van deze verzekering met zoveel woorden in offerte en polis weer te geven, (b) in een van de artikelen een daarop toegesneden doelomschrijving op te nemen, (c) de uitkering niet afhankelijk te stellen van de mate van arbeidsongeschiktheid maar van de omvang van de inkomensderving, (d) duidelijk te maken dat de genoemde bedragen slechts worden uitgekeerd als en voor zover er sprake is van inkomensderving als gevolg van arbeidsongeschiktheid, (e) een koppeling aan te brengen tussen de hoogte van het arbeidsinkomen en de omvang van het verzekerde bedrag, (f) ambivalente bepalingen uit te bannen, (g) de polisbepalingen een eenduidig geheel te laten vormen, (h) in polisbladen op de aard van de verzekering te wijzen, (i) gedurende de looptijd van de overeenkomst regelmatig te informeren naar inkomen en mogelijke salarisstijgingen, (j) de verkregen gegevens te verwerken in de polisbladen en een correctiebepaling in de overeenkomst op te nemen, waarmee wordt verduidelijkt onder welke omstandigheden, ondanks arbeidsongeschiktheid, geen uitkering (of een geringere) uitkering plaats zal vinden en (k) geen uitkering te

verlenen als de verzekerde zijn volledige loon nog ontvangt.<sup>30</sup> Wil sprake zijn van een schadeverzekering, dan moet die immers duidelijk tot doel hebben dekking te bieden tegen het risico van loonderving als gevolg van arbeidsongeschiktheid.<sup>31</sup>

### 7 Afsluiting

Dit arrest biedt verzekeraars en verzekerden handvatten voor de uitleg van de arbeidsongeschiktheidsverzekering en laat verzekeraars zien hoe zij zich, met deze uitspraak in het achterhoofd, enigszins kunnen wapenen tegen een hen onwettelijke uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering lijkt in de eerste plaats te moeten worden gedacht aan een sommenverzekering. Het hangt echter van de omstandigheden van het geval af of de arbeidsongeschiktheidsverzekering ook daadwerkelijk aldus moet worden gekwalificeerd. Onder bepaalde omstandigheden moet deze persoonsverzekering worden getypeerd als schadeverzekering; namelijk als de polis er in zijn geheel genomen duidelijk toe strekt de verzekerde schadeloos te stellen voor derving van inkomen als gevolg van arbeidsongeschiktheid. De uitleg van de overeenkomst dient te geschieden aan de hand van de Haviltex-formule, waarbij acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Zo dienen ook de totstandkoming en de uitvoering van deze overeenkomst in de afweging te worden betrokken. Daarbij komt geen allesbepalende betekenis toe aan een eventuele strekkingsbepaling noch aan enige andere bepaling; de polis moet in zijn geheel worden bezien. Afhankelijk van de omstandigheden lijkt bij de uitleg van de overeenkomst aan de strekkingsbepaling echter wel een meer dan gemiddeld gewicht toe te kunnen komen. Zoals de Hoge Raad in Achmea/Cobussen benadrukt, maakt het indemniteitsbeginsel een anticumulatiebeding in een schadeverzekering niet overbodig. Uit de afwezigheid van een dergelijke bepaling kan juist een aanwijzing worden geput ten gunste van de sommenverzekering, terwijl daarin overigens ook een anticumulatiebeding kan voorkomen. Ofschoon het met het Achmea/Cobussen-arrest gemakkelijker is geworden om te beoordelen of een arbeidsongeschiktheidsverzekering moet worden aangemerkt als sommen- dan wel als schadeverzekering, is het antwoord op de vraag welk type overeenkomst het betreft met deze uitspraak nog niet voor alle gevallen gegeven. Er zal telkens weer acht moeten worden geslagen op de diverse omstandigheden van het geval.

28. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering: schade- of sommenverzekering?, PIV-Bulletin 2007, nr. 7. Zie ook Wansink 2007, p. 49.

29. Toen deze overeenkomst werd aangegaan, was deze regel nog niet in de wet verankerd. Zij vormde toen slechts een gezichtspunt. In gelijke zin Mendel in zijn noot onder dit arrest. De onduidelijkheid van de polis laat zich dikwijls herleiden tot een onheldere formulering van één of meer specifieke bepalingen.

30. Zie A-G Spier in zijn conclusie voor HR 18 oktober 2008, LJN BF00006.

31. Dit kan ook worden opgemaakt uit HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670 m.nt. MMM en ook uit Achmea/Cobussen (r.o. 3.5.1).