

Mr. dr. M.D.H. Nelemans* en mr. D.B. van Ark**

AI, big data en de precontractuele mededelingsplicht in het verzekeringsrecht

71

Verzekeraars maken in toenemende mate gebruik van de mogelijkheden die AI en big data-analyse bieden. Binnen de verzekeringswereld wordt de inzet van geavanceerde technologieën zoals AI, Machine Learning, blockchain en ‘the internet of things’ samengevat in de term ‘InsurTech’; een subcategorie van FinTech. Binnen het verzekeringswezen kan big data geduid worden als de gestructureerde en ongestructureerde data die gebruikt wordt bij onder meer: risico-inschatting, fraudedetectie, cliëntdata-analyse, claimbehandeling en acceptatie. De precontractuele informatieplicht van artikel 7:928 lid 1 BW onderstreept het belang dat verzekeraars hebben bij voldoende informatie voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Traditioneel gezien is sprake van een informatieachterstand van verzekeraars, omdat (aspirant-)verzekeringnemers over meer en betere informatie beschikken ten aanzien van de te verzekeren risico’s en relevante omstandigheden. De vragenlijst neemt derhalve – in beginsel – een centrale plaats in bij de risicobeoordeling, acceptatie en premies-telling. Big data-analyse door AI heeft het in zich om de informatie-asymmetrie tussen verzekeren en verzekeraars wezenlijk te doen kantelen. Bij het borgen van de uitgangspunten en functie van artikel 7:928 BW is een belangrijke rol weggelegd voor het toezichtrecht. Artikel 4 sub 4 en artikel 22 AVG en de AI-verordening zijn voor een geleide regulering van het gebruik van AI en big data door verzekeraars van bijzondere betekenis.

1. INLEIDING

Data vormen al heel lang de basis van de verzekerings-industrie.¹ Verzekeraars schatten het risico in op basis van deze informatie. Op basis van informatieanalyse van data bepalen verzekeraars (i) de omvang van de dekking, en (ii) de premie die ze daarvoor willen ontvangen. In die zin is de grote rol van data in de verzekeringsbranche geen nieuw fenomeen. Wat wel nieuw is: big data; enorme datasets waarover verzekeraars (kunnen) beschikken. In combinatie met AI – die ervoor zorgt dat de gegevens geanalyseerd kunnen worden – zijn verzekeraars steeds beter in staat om risico’s in te schatten, te beheersen en premies te bepalen.²

De opkomst van big data en AI in de verzekeringsbranche kan grote gevolgen hebben voor het verzekeringsrecht.³ De precontractuele mededelingsplicht is één van de verzekeringsrechtelijke leerstukken waar deze invloed mogelijk de grootste impact heeft.⁴ De precontractuele mededelingsplicht houdt in dat de (aspirant-)verzekeringnemer verplicht is om ‘vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mee te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen’ (art. 7:928 lid 1 BW).⁵ Tot op heden wordt ervan uitgegaan dat de (aspirant-)verzekeringnemer meer kennis heeft over het te verzekeren risico dan de verzekeraar.⁶ In een aantal Europese rechtsstelsels – zowel civil law

* Mark Nelemans is universitair docent Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit en redacteur van dit tijdschrift.

** Daan van Ark is advocaat te Rotterdam bij Van Traa Advocaten en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit.

1. L. Barry & A. Charpentier, ‘Personalization as a promise: Can Big Data change the practice of insurance?’, *Big Data & Society* (7) 2020, afl. 1, p. 3; EIOPA, *Big Data Analytics in motor and health insurance*, Frankfurt Am Main: EIOPA 2019, p. 8.
2. Verbond van Verzekeraars, *Gedragcode verwerking persoonsgegevens*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2024, p. 4.
3. Zie ook: H.H. de Vries, ‘AI-Futureproof verzekeren’, *AV&S* 2024, afl. 4, p. 117.
4. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 4.
5. J.M. Bruidegom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu B.V. 2024, p. 113; Asser/Van Tiggele, Hartlief & Salomons 7-IX 2024/139; M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, par. 6.1, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023.
6. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, par. 6.1, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer.

als common law – voorziet de precontractuele mededelingsplicht echter in een uitzondering voor feiten die de verzekeraar al kent of zou moeten kennen.⁷ Op basis van de AI-gestuurde analyse van big data heeft de verzekeraar vermoedelijk eerder én beter een idee van wat het te verzekeren risico omvat. Dit kan de vraag oproepen of het gebruik van AI en big data de aard en de essentie van het verzekeringscontract aantast. Verzekeringscontracten worden immers afgesloten op basis van radicale onzekerheid van beide partijen over de vraag of en in welke omvang een bepaalde verzekerde gebeurtenis zich zal voordoen.⁸ In deze bijdrage staat derhalve de volgende vraag centraal ‘Wat is de invloed van big data en AI op de precontractuele mededelingsplicht in het verzekeringsrecht?’⁹

In paragraaf twee worden de achtergrond en inzet van big data en AI in het verzekeringswezen uiteengezet. Paragraaf drie bevat een behandeling van de informatie-asymmetrie tussen verzekerden en verzekeraars, mede in het licht van de goede trouw die de verzekeringsovereenkomst beheerst. In paragraaf vier volgt een analyse van de principes en grenzen van de precontractuele mededelingsplicht van artikel 7:928 BW, gevolgd in paragraaf vijf door een behandeling van de positie en het functioneren van deze bepaling in een tijd van big data en AI. Paragraaf zes onderzoekt de rol die toezichtrecht kan vervullen in het behouden en borgen van de functie van artikel 7:928 BW en tevens een houdbare inzet van AI-analyse van big data door verzekeraars. Paragraaf zeven bevat onze conclusie en enkele afrondende beschouwingen.

2. BIG DATA, AI EN VERZEKERINGS-OVEREENKOMSTEN

2.1. Inleiding

De opmars van digitalisering laat zich nadrukkelijk in de financiële sector gelden. Financiële instellingen maken in toenemende mate gebruik van de mogelijkheden van

AI, Machine Learning (hierna: ‘ML’) en big data-analyse.¹⁰ Zo is Loadsure, een in Londen opgerichte verzekeraar, begonnen met het aanbieden van transportverzekeringen in Europa waarbij gebruik wordt gemaakt van ‘data, AI en automatisering om nauwkeurig geprijsde vrachtverzekeringen en inzichtelijke producten aan te bieden.’¹¹ De ontwikkeling van nieuwe financiële producten en diensten staat bekend onder de noemer ‘Fintech’.¹² Recente digitale betaal hulpmiddelen, zoals betaalverzoeken met QR-codes en mobiele betalingen, vallen onder het begrip Fintech.¹³ Crypto currency en digitale blockchain-assets maken er ook onderdeel van uit. Fintech-bedrijven zijn op te delen in twee categorieën: 1) financiële dienstverleners, zoals banken, kredietverstrekkers of verzekeraars, en 2) technologische of verwerkende dienstverleners die technologieën ontwikkelen voor (i) de uitvoering van betalingen (zoals PayPal, Tikkie en Mollie), en (ii) het realiseren en vergroten van digitale veiligheid en middelen voor gegevensverwerking.¹⁴

Binnen de verzekeringswereld wordt de inzet van geavanceerde technologieën zoals AI, ML, blockchain en ‘the internet of things’ (hierna: ‘IoT’) samengevat in de term ‘InsurTech’.¹⁵ De verschillende typen en modellen van InsurTech vallen onder meer uiteen in ‘on demand’ verzekeringen, ‘digital-first’ verzekeraars, parametrische verzekeringen, micro-verzekeringen en blockchain-gebaseerde verzekeringen. Voorstanders van InsurTech benadrukken dat technologiegedreven verzekeraars meer efficiëntie, geïndividualiseerde producten, grotere snelheid en flexibiliteit kunnen bieden. Het traditionele verzekeringswezen legt meer nadruk op langlopende klantrelaties, menselijke klantcontacten, bredere dekkingsopties en uitgekristalliseerde compliance- en risicomangementfuncties. In de praktijk incorporeren traditionele verzekeraars InsurTech-elementen in hun operationele bedrijfsvoering, productontwikkeling, fraudedetectie, cliëntacceptatie, risicoschattingen en claim beoordelingen.¹⁶ Een groot deel van deze digita-

7. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, par. 6.8.5, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023; Asser/Van Tiggele, Hartlief & Salomons 7-IX 2024/152.
8. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 3; A.A. Tarr e.a., ‘Conclusion: new and evolving challenges and opportunities’, in: A.A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 484.
9. Deze vraag analyseren we voor het verzekeringsrecht in brede zin, in deze bijdrage wordt niet ingezoomd op verschillende typen verzekeringen.
10. In het Verenigd Koninkrijk maken verzekeraars in toenemende mate gebruik van Machine Learning in het kader van het risico-acceptatieproces, zie: David Piesse, ‘Embedded Artificial Intelligence (AI) in financial services’, *International insurance society* 15 maart 2023, internationalinsurance.org/insights_cyber_embedded_artificial_intelligence_in_financial_services.
11. A. Meijer, ‘Verzekeringsagent Loadsure start met aanbieden transportverzekeringen in Europa’, *Amweb* 30 april 2024, Verzekeringsagent Loadsure start met aanbieden transportverzekeringen in Europa (amweb.nl).
12. K. Boto e.a., ‘The Rise of Fintech. Liability and Insurance’, in: A.A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 248 – 250.
13. L. Lu, *Global Fintech Revolution. Practice, policy and regulation*, Oxford: Oxford University Press 2024, p. 229.
14. Zie ook: I. Romanova & M. Kudinska, ‘Banking and Fintech: A challenge or opportunity?’, in: S. Grima e.a. (red.), *Contemporary issues in finance: current challenges from across Europe*, Bingley: Emerald Group Publishing Limited 2017, p. 28; D. Arnaut & D. Beirovic, ‘Fintech Innovations as Disruptor of the Traditional Financial Industry’, in: S. Benkovic e.a. (red.), *Digital Transformation of the Financial Industry*, Cham: Springer 2023, p. 236.
15. M. Alam, S. Akhtar & A. Bettencourt, ‘Introduction to Fintech in Industry 5.0: Companion or Antagonist’, in: S.H. Jafar e.a. (red.), *Adoption of Fintech*, Oxon: Routledge 2024, p. 13; M. Bhardwaj & S. Agarwal, ‘Decision-making optimisation in insurance market using big data analytics survey’, in: K. Sood e.a. (red.), *Big Data Analytics in the Insurance Market*, Bingley: Emerald Publishing Limited 2022, p. 57.
16. H.H. de Vries, ‘AI-Futureproof verzekeren’, *AV&S* 2024 afl. 4, p. 118-119.

lisering en technologie-intensivering is voor cliënten en derden niet kenbaar. Dit speelt zich af in de context van geavanceerde data-analyse.

2.2. Big data in het verzekeringswezen

Binnen het verzekeringswezen kan big data aangemerkt worden als de gestructureerde en ongestructureerde data die gebruikt worden bij: risico-inschatting, fraudedetectie, cliëntdata-analyse, claimbehandeling, acceptatie, voorspelbare statistieken, gepersonaliseerde marketing, operationele efficiency, productontwikkeling en regulatory-compliance.¹⁷ Daarmee maakt de toepassing van big data een significant onderdeel uit van het operationele verzekeringsbedrijf. Big data wordt door verzekeraars gebruikt om risico's vanuit verschillende invalshoeken te bekijken en tevens voor het versoepelen en verbeteren van het proces van besluitvorming. Ook bij acceptatie en claims en bij het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop cliënten denken speelt big data een rol. Het gebruik van big data in het verzekeringswezen kan gezien worden als een 'game changer'.¹⁸ Met het gebruik van big data is er namelijk als het ware een verschuiving opgetreden van de bron waarvandaan verzekeraars hun informatie vandaan halen. Vóór big data gebruikten verzekeraars (of: waren zij aangewezen op) vragenlijsten om erachter te komen wat de modaliteiten waren van het te verzekeren risico.¹⁹ Ná big data kunnen verzekeraars gebruikmaken van meerdere, diverse bronnen, zoals de analyse van online en sociale media data, IoT data, betaalddata en vergelijkbare data.²⁰

Verzekeraars hebben altijd gebruikgemaakt van dataverwerking.²¹ Acceptatie, premiestelling, claimafhandeling en fraudedetectie worden historisch gezien gedreven door dataverwerking.²² Demografische data, gevaar-data, gedragsdata, claimrapporten, eerdere aansprakelijkheidsstelling(en) en bevolkingsgegevens zijn c.q. worden hier traditioneel voor gebruikt.²³ In het digitale tijdperk heeft er een significante dataverrijking plaatsgevonden. De traditionele datasets worden inmiddels op grote schaal gecombineerd met nieuwe vormen van data zoals IoT, online data en bank- en creditcard gegevens.

Digitalisatie heeft een grote groep data voor verzekeraars toegankelijk gemaakt, daaronder begrepen:

- online mediadata: zoekresultaten, social media-activiteit, online aankopen, baan- en carrière-informatie;
- de eigen digitale data van de verzekeraar: klantcontact, digitale gebruikersinformatie, digitale claims rapporten, app-gebruik;
- geo-coderingsgegevens: latitude en longitude data om de afstand tot risicovolle locaties te berekenen;
- bank- en creditcard gegevens: consumentengedrag, koop- en leengedrag en welvaart;
- andere digitale data: bijvoorbeeld een selfie voor het vaststellen van de biologische leeftijd van een consument.²⁴

Door gegevens uit veel bronnen te analyseren kunnen verzekeraars patronen en ontwikkelingen signaleren die voorspellingen mogelijk maken, maar ook dubieuze claims en fraudegevallen helpen te identificeren. De omvang van de wereldwijde 'Insurance data-analytics' markt werd in 2023 geschat op 12,65 miljard dollar.²⁵ Ongeveer 88% van de verzekeraars maakt gebruik van gegevensanalyse van uitgebreide gegevensrapportages. Vanuit de levensverzekeringsindustrie is gesignaleerd dat 'preventive analytics' een cumulatieve kostenreductie van 67% heeft gerealiseerd, gecombineerd met een 60% inkomstenstijging.²⁶

2.3. De definiëring van AI en de toepassing door verzekeraars

De analyse van big data geschiedt middels AI en de onderliggende technieken als ML en Deep Learning (hierna: 'DL'). Een AI-systeem wordt in de AI-verordening²⁷ als volgt gedefinieerd:

*'Een op een machine gebaseerd systeem dat is ontworpen om met verschillende niveaus van autonomie te werken en dat na het inzetten ervan aanpassingsvermogen kan vertonen, en dat, voor expliciete of impliciete doelstellingen, uit de ontvangen input afleidt hoe output te genereren zoals voorspellingen, inhoud, aanbevelingen of beslissingen die van invloed kunnen zijn op fysieke of virtuele omgevingen.'*²⁸

17. DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector. Een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 12.

18. J. Rana, *Digital Revolution in Insurance*, Londen: Bluerose publishers 2024, p. 86.

19. L. Barry & A. Charpentier, 'Personalization as a promise: Can Big Data change the practice of insurance?', *Big Data & Society* (7) 2020, afl. 1, p. 3.

20. DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector. Een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 11.

21. EIOPA, *Big Data Analytics in motor and health insurance*, Frankfurt Am Main: EIOPA 2019, p. 8.

22. Zie ook: B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 2.

23. DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector – een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 10.

24. DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector – een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 10; Verbond van Verzekeraars, *Grip op data*, Amsterdam: Verbond van Verzekeraars 2016, p. 6.

25. Fortune Business Insights, *The Insurance Analytics Market report*, 16 September 2024, te raadplegen via: fortunebusinessinsights.com/insurance-analytics-market-108489.

26. Willis Towers Watson, *Predictive analytics speeds innovation for life insurers. Life Predictive Analytics Survey Report (Americas)*, Londen: Willis Towers Watson 2019, p. 5.

27. Verordening (EU) 2024/1689 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (AI-Verordening).

28. Artikel 3 van Verordening (EU) 2024/1689 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (AI-Verordening). Zie ook: H.H. de Vries, 'AI-Futureproof verzekeren', *AV&S* 2024, afl. 4, p. 119.

Een extreem toegenomen rekenkracht, lage kosten van dataopslag en de vooruitgang in de computerwetenschap verklaren de opkomst van AI-toepassingen. Het meest impactvolle terrein waarop verzekeraars AI/ML inzetten is de risico-inschatting, het vaststellen van de dekkingssomvang en de premiestelling. De hoeveelheid data die verzekeraars kunnen (laten) analyseren is onmetelijk veel groter ten opzichte van de analoge tijd, voor de introductie van algoritmische big data-analyse.²⁹

Chatbots, zijn voornamelijk de meest gebruikte AI-toepassing door verzekeraars, gevolgd door fraudedetectie en online marketing. AI heeft, dankzij de bekendheid van ChatGPT, sterk aan bekendheid gewonnen, maar is slechts één van de vier toepassingsvormen van AI door verzekeraars. AI wordt gebruikt om complexe documenten te analyseren, en voor het doen van voorspellingen op basis van externe factoren en data.³⁰ In Nederland wordt AI ingezet door 56% van de schadeverzekeringsbranche en door 50% van de levensverzekeringsbranche.³¹ Verzekeringsproducten zullen, vanwege AI, zich ontwikkelen van reactief (detecteren en repareren) naar proactief (voorspellend en preventief).³² De implementatie van AI in financiële dienstverlening leidt tot een vorm van 'black box' finance. Immers, een AI-toepassing zal doorgaans bestaan uit een netwerk met meerdere verbonden lagen en zal honderden kenmerken bevatten die bijdragen aan de output. De transparantie en uitlegbaarheid van beslissingen van verzekeraars zal hieronder lijden.³³

2.4. Een ethische toepassing van AI door verzekeraars

Vanwege het ambigue en hypercomplexe karakter van AI-applicaties is een ethische toepassing en implementatie van essentieel belang. Reeds in april 2018 publiceerde de Europese Commissie een Europese AI-strategie, met als kern 'mensgerichte AI'.³⁴ De Europese Commissie heeft een 'High-level expert group on artificial intelligence' aangesteld en deze experts hebben mede als taak het adviseren over een ethische omgang met AI. De ex-

pertgroep heeft richtlijnen opgesteld, met als doel het bereiken van betrouwbare AI. Hiertoe zijn drie elementen noodzakelijk: 1) de toepassing moet in overeenstemming zijn met de wet, 2) de toepassing moet in lijn zijn met ethische beginselen, en 3) de toepassing moet robuust zijn.³⁵ Deze drie elementen bevatten een zevental eisen, die ook door het Verbond van Verzekeraars zijn overgenomen:

- menselijke autonomie en toezicht;
- technische robuustheid en veiligheid;
- privacy en data governance;
- transparantie;
- diversiteit, non-discriminatie en rechtvaardigheid;
- maatschappelijk welzijn;
- verantwoording.³⁶

In dit ethische kader is een breed spectrum aan ethische, juridische organisatorische, technische en toezichtaspecten vertegenwoordigd. Aan de ontwikkeling en implementatie van AI door verzekeraars zijn wettelijke voorwaarden verbonden. Het PARP (product approval proces) dicteert een uitgewerkte methode die verzekeraars moeten hanteren bij de ontwikkeling van nieuwe producten. Daarbij moet worden vastgelegd in hoeverre het product overeenkomt met het klantbelang. Toezicht op het PARP wordt gehouden door de AFM.³⁷ Wanneer een AI-systeem door verzekeraars gebruikt wordt voor een diepgaande risicobeoordeling, in het kader van een (aspirant-)verzekeringnemer of een groep verzekeringnemers, beoogt het ethisch kader een scala aan waarborgen te bieden. Deze waarborgen liggen op het terrein van cybersecurity, privacy, transparantie en menselijke controle en toezicht. Deze ethische normen convergeren grotendeels met het op AI-gebruik van toepassing zijnde toezichtkader.³⁸ Het ethisch kader is vaag ten aanzien van de wijze waarop verzekeraars met klanten delen dat AI is ingezet in de dienstverlening. De belangen van klanten zijn echter groot, met name vanwege het inherente risico van indirecte discriminatie bij risicoanalyse en inschatting door AI-systemen.³⁹

29. S. Kenny QC & C. Payne, 'Insurance', in: C. Kerrigan (red.), *Artificial Intelligence. Law and regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, p. 306.

30. M. Qazvini, 'On the Validation of Claims with Excess Zeros in Liability Insurance: A Comparative Study', *Risks* 2019, afl. 7, p. 1-2.

31. DNB & AFM, *De impact van AI op de financiële sector en het toezicht*, Amsterdam: DNB & AFM 2024, p. 12.

32. AFM, *Technologie richting 2033. De toekomst van verzekeren en toezicht*, Amsterdam: AFM 2023, p. 9.

33. R. van den Hoven van Genderen, 'Do we need new legal personhood in the age of robots and AI?', in: M. Corrales e.a. (red.), *Robotics, AI and the Future of Law*, Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2018, p. 51.

34. Europese Commissie, *Vertrouwen kweken in mensgerichte kunstmatige intelligentie*, Brussel 8 april 2019, COM (2019) 168 final.

35. Europese Commissie, *Vertrouwen kweken in mensgerichte kunstmatige intelligentie*, Brussel 8 april 2019, COM (2019) 168 final, p. 3.

36. Verbond van Verzekeraars, *Ethisch kader*, Amsterdam: Verbond van Verzekeraars 2020, p. 2.

37. Verbond van Verzekeraars, *Ethisch kader*, Amsterdam: Verbond van Verzekeraars 2020, p. 3; DNB & AFM, *De impact van AI op de financiële sector en het toezicht*, Amsterdam: DNB & AFM 2024, p. 26.

38. Verordening (EU) 2016/679 bescherming natuurlijke personen i.v.m. verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (AVG), Verordening (EU) 2024/1689 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (AI-Verordening), Verordening (EU) 2022/2065 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digital Markets Act), Verordening (EU) 2022/2554 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende digitale operationele weerbaarheid voor de financiële sector en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1060/2009, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014, (EU) nr. 909/2014 en (EU) 2016/1011 (DORA) en de voorgestelde Dataverordening (Brussel 23 februari 2022, COM(2022) 68 final).

39. S. Kenny QC & C. Payne, 'Insurance', in: C. Kerrigan (red.), *Artificial Intelligence. Law and regulation*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, p. 311.

2.5. Big data, AI en verzekeringsovereenkomsten

Een verzekering is geen product, maar een contract. Het uitgangspunt is solidariteit en standaardisatie.⁴⁰ AI/ML stelt verzekeraars in staat om te personaliseren, waarbij de solidariteit (mogelijk) zal worden aangetast.⁴¹ Voorstanders van AI benadrukken de voordelen van individuele premiestelling, dynamische verzekeringspremies en grotere flexibiliteit. Het uitgangspunt van de verzekeringsovereenkomst als een kansovereenkomst zou met de verdere evolutie van AI-systemen, die grote hoeveelheden data analyseren, in de toekomst onder druk kunnen komen te staan. Hiervan kan sprake zijn indien de risicoschatting van AI-systemen zó accuraat wordt dat verzekeraars hieraan een mate van zekerheid ontnemen. Een ander knelpunt is het volgende: als verzekeraars door geavanceerde data-analyses hun premiestelling steeds verder verfijnen zal mogelijk risicoselectie ontstaan waardoor een groep natuurlijke en/of rechtspersonen onverzekerbaar dreigt te raken.⁴²

Verzekeringsovereenkomsten zijn bijzondere overeenkomsten en worden voor een groot deel beheerst door titel 7.17 BW. De beginselen van het (algemene) contractenrecht zijn echter onverminderd op verzekeringsovereenkomsten van toepassing, waaronder de contractsvrijheid, consensualisme en het ontbreken van derdenwerking.⁴³ In de precontractuele fase en na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst wordt de relatie tussen partijen beheerst door een sterke mate van goede trouw.⁴⁴ Dit is begrijpelijk omdat een verzekeringsovereenkomst wordt afgesloten onder radicale onzekerheid. De verzekeraar is afhankelijk van de integriteit en eerlijkheid van de verzekeringnemer. Andersom zal de verzekeringnemer er mogelijk op vertrouwen dat de verzekeraar zijn acceptatie en premiestelling niet laat afhangen van gedetailleerde gepersonaliseerde informatie en statistische voorspellingen over de kans dat een verzekerd risico zich zal voordoen. Kortom, de inzet van AI/ML tornt aan de onzekerheid aan de kant van één van beide partijen, terwijl die onzekerheid wettelijk wordt verondersteld (art. 7:925 BW).⁴⁵ Een verzekeraar die een door AI/ML gegenereerde digitale bias tegenover een (aspirant-)verzekeringnemer ontwikkelt kan mogelijk, bedoeld of onbedoeld, handelen in strijd met de goede trouw. Wanneer het acceptatiebeleid en de pre-

miestelling, als uiting van de contractsvrijheid van verzekeraars, doorslaggevend wordt ingegeven door AI/ML-systemen kan de precontractuele goede trouw van verzekeraars structureel onder druk kunnen komen te staan. Dit geldt evenzo voor de wettelijke veronderstelling van *onzekerheid* over de vraag of een onzeker toekomstig voorval zich zal voordoen.

3. INFORMATIE-ASYMMETRIE EN GOEDE TROUW

3.1. Inleiding

Informatie-asymmetrie treedt op als een contractspartij over meer of betere informatie beschikt dan de wederpartij.⁴⁶ Deze informatievoorsprong kan zich bij beide contractspartijen voordoen. Bij een koop kan de verkoper over meer informatie beschikken dan de koper. Een voorbeeld daarvan is de tweedehands autobranche. Het is ook denkbaar dat een koper over meer relevante informatie beschikt dan de verkoper. Hiervan kan sprake zijn bij antiek- of curiosaverzamelaars die de werkelijke waarde van een obscuur object herkennen.⁴⁷ Informatie-asymmetrie is vermogensrechtelijk gerelateerd aan de rechtsfiguur dwaling. Een verkoper heeft een mededelingsplicht ten aanzien van die informatie die voor de koper relevant is bij diens wilsvorming (art. 6:228 lid 1 onder b BW). Tegelijkertijd heeft de koper een eigen onderzoeksplicht. Een geschonden onderzoeksplicht door de koper ontslaat de verkoper echter niet van zijn mededelingsplicht.⁴⁸ Een succesvol beroep op dwaling stelt een koper in staat om de overeenkomst te vernietigen.

Artikel 6:228 BW speelt geen rol in het verzekeringsovereenkomstenrecht.⁴⁹ De verzekeraar kan een verzekering niet vernietigen, of anderszins aantasten, op grond van dwaling over feiten en omstandigheden betreffende de verzekerde of het verzekerde risico. Daarom ligt een groot accent op de precontractuele fase, met name op de mededelingsplicht van de verzekerde en op de vragenlijst.

3.2. Informatie-asymmetrie tussen verzekeraars en verzekerden

In de verzekeringswereld is informatie-asymmetrie een fenomeen dat samenhangt met vraagstukken als ave-

40. DNB, *Verzekeraars in een veranderende wereld. Kansen en risico's in tijden van klimaatverandering, digitalisering en inflatie*, Amsterdam: DNB 2022, p. 4.

41. DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector – een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 4; DNB, *Verzekeraars in een veranderende wereld. Kansen en risico's in tijden van klimaatverandering, digitalisering en inflatie*, Amsterdam: DNB 2022, p. 4.

42. AFM, *Personaliseren van prijs en voorwaarden in de verzekeringssector*, Amsterdam: AFM 2021, p. 21.

43. Zie: J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

44. J. Backx & A. Koert, 'Ongewenst gedrag in verzekeringsland: hoe wordt het gedrag van verzekeraars begrensd?', *MvV* 2017, p. 232.

45. Zie ook: B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 3 – 6 A.A. Tarr e.a., 'Conclusion: new and evolving challenges and opportunities', in: A.A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 484.

46. M. Herbosch, *Intelligent contracten 2023/III.IV.II.1*; J. Kloostera, 'Ondergeschikt aan het algoritme', *TRA* 2020/71, p. 13.

47. Vgl. HR 19 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:217 (*Kantharos van Stevensweert*).

48. HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1870.

49. J.M. Bruidegom & L. Schuurs, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering', in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu B.V. 2024, p. 83.

rechtse selectie, ‘moral hazard’, premiestelling en de segmentatie van risico-pools.⁵⁰ Informatie-asymmetrie tussen verzekeraars en verzekerden wijkt af van informatie-asymmetrie tussen partijen bij commerciële of handelstransacties waarbij een goed of een dienst wordt verkocht. Immers, bij het sluiten van een verzekering wordt er geen zaak of dienst verkocht, maar bescherming tegen een toekomstig verlies vanwege het intreden van een gedekt risico.⁵¹

Big data-analyse door AI heeft het in zich om de informatie-asymmetrie tussen verzekerden en verzekeraars wezenlijk te doen kantelen.⁵² Vóór de digitale revolutie beschikten verzekerden op veel terreinen over meer informatie over de gedekte risico’s in vergelijking met de verzekeraar. Er is sprake van informatie-asymmetrie tussen de verzekerde en de verzekeraar als de verzekerde een beter zicht heeft op de risico’s waaraan hij blootstaat dan de verzekeraar.⁵³ Er treedt averechtse selectie op als hoog-risicoafnemers kiezen voor een verzekering, terwijl laag risico-verzekerden afzien van een verzekering.⁵⁴ Averechtse selectie levert grote uitdagingen op bij de juiste premiestelling door verzekeraars, omdat een goede inschatting van de risico’s erdoor wordt bemoeilijkt.⁵⁵ De verzekerde beschikt bijvoorbeeld over – voor de verzekeraar relevante – inzichten met betrekking tot gezondheid, predisposities, gebreken, toekomstige aansprakelijkheidsrisico’s en gedrag.⁵⁶

Dankzij big data-analyse en risico-inschattingen door AI zullen risicopools meer gesegmenteerd worden en kan door verzekeraars van individuele risico’s beter worden bepaald wat de premie moet zijn. Dit kan leiden tot hogere premies voor hogere risico’s en lagere premies voor lage risico’s, maar ook tot onverzekerbaarheid van sommige (aspirant-)verzekerden. Big data-analyse kan ertoe kan leiden dat verzekerden niet meer de gemiddelde premie gaan betalen, op basis van enkele algemene actuariële kenmerken die ze overeenkomstig hebben met andere verzekerden.⁵⁷ Vanwege de opmars van

big data-analyse in het verzekeringswezen is het voor verzekerden niet duidelijk op basis van welke informatie hun premie wordt bepaald en hoe de verzekeraar de verzekerde risico’s inschat en ‘poolt’. Big data-analyse en ‘Predictive analytics’ zullen ertoe leiden dat verzekeraars de risicopools meer gedetailleerd segmenteren, waarbij directe of indirecte discriminatie kan optreden.⁵⁸

3.3. Goede trouw bij verzekeringsovereenkomsten

De verzekeringsovereenkomst is een contract dat in sterke mate wordt beheerst door de goede trouw. De precontractuele mededelingsplicht is hier een deelcodificatie van, zoals neergelegd in artikel 7:928 lid 1 BW.⁵⁹ De goede trouw die de verzekeringsovereenkomst beheerst gaat verder dan de overwegingen uit het arrest *Baris/Riezenkamp* en de daarmee convergerende grondnorm van artikel 6:2 BW.⁶⁰ In dit arrest overweegt de Hoge Raad: 1) ‘dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen’ en 2) ‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrennende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (...)’.⁶¹

De lat bij een verzekeringsovereenkomst ligt hoger, dit vloeit mede voort uit de wettelijk veronderstelde subjectieve onzekerheid over de vraag of een verzekerd risico zich in de toekomst zal verwezenlijken (art. 7:925 BW).⁶² De verzekeraar is afhankelijk van eerlijke en correcte informatie die samenhangt met de aard en omvang van het te verzekeren risico en de hoedanigheid en achtergrond van de (rechts)persoon als verzekerde. Tegelijkertijd is de verzekerde afhankelijk van de verzekeraar in de zin dat een eerlijke premie wordt gevraagd tegen acceptabele voorwaarden. Partijen bij een verzekeringsovereenkomst dienen zich eerlijk, transparant en correct te gedragen jegens elkaar. De verzekeraar is, onder de doctrine van goede trouw, gehouden om 1) de verzeker-

50. M.G. Faure, ‘Verzekerbaarheid vanuit rechtseconomisch perspectief’, *AV&S* 2023, afl. 6, p. 166; A. Tarr e.a., ‘On-demand Insurance, in: A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 59.
51. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 61.
52. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 4. D. Wilkinson e.a., ‘Big Data, Artificial Intelligence and Insurance’, in: A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 30.
53. DNB, *Verzekeraars in een veranderende wereld. Kansen en risico’s in tijden van klimaatverandering, digitalisering en inflatie*, Amsterdam: DNB 2022, p. 21.
54. J. Hinloopen, *Verzekerde marktmacht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2010, p. 11.
55. W. Lawrence e.a., ‘Parametric Insurance, in: A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 137.
56. J.M. Bruidegom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu B.V. 2024, p. 113.
57. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 62.
58. K. Boto e.a., ‘The rise of Fintech: Liability and Insurance’, in: A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 279-280.
59. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, par. 6.1, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023; J.M. Bruidegom & L.H. Rijpkema, ‘Fraude en persoonlijk onderzoek’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu B.V. 2024, p. 293.
60. Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2013/53; Asser/Hijma 7-I 2019/288.
61. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*); K.J.O. Janssen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2023, p. 92-93.
62. Asser/Van Tiggele, Hartlief & Salomons 7-IX 2024/29.

de tijdig en accuraat te informeren, 2) tijdig uitkeringen te betalen, 3) claims te onderzoeken, en 4) verplicht om de verzekerde te verdedigen jegens derden. De goede trouw in tijden van big data en AI legt een grotere nadruk op transparantie, zorgvuldige dataselectie en privacy. Verzekerden zullen doorgaans geen inzicht hebben in de bronnen en data die voor de verzekeraar bepalend zijn in het acceptatie- en premiestellingsproces.

Aan de kant van de verzekerde valt goede trouw uiteen in: 1) eerlijke, tijdige en accurate informatieverschaffing in de precontractuele en contractuele fases, 2) het achterwege laten van risico-verhogend gedrag (een ‘moral hazard’⁶³) en 3) het tijdig betalen van de premies. Een verzekerde die een verzekeraar opzettelijk misleidt handelt per definitie niet te goeder trouw. Een schending van de mededelingsplicht van artikel 7:928 lid 1 BW hoeft echter niet te kwader trouw te zijn. Immers, een verzekerde kan een vraag onjuist hebben geïnterpreteerd of uitgelegd. De verzekerde dient bij het verwijt van een geschonden mededelingsplicht, in rechte, aannemelijk te maken dat hij te goeder trouw heeft gehandeld. Vanwege de bewijstechnische complexiteit hiervan kunnen aan deze bewijslast geen hoge eisen worden gesteld.⁶⁴

4. MEDEDELINGSPLICHT; PRINCIPES EN BEGRENZINGEN

4.1. Inleiding

Om te kunnen onderzoeken wat de invloed van AI en big data is op de precontractuele mededelingsplicht in het verzekeringsrecht, is het noodzakelijk om een goed begrip te hebben van die aspecten van de precontractuele mededelingsplicht waar de invloed van AI en big data zich het meest doet voelen. Wat ons betreft zijn dit drie punten, die hieronder meer uitgebreid aan de orde komen.

Allereerst de achtergrond van de precontractuele mededelingsplicht, waarin ook de rechtvaardiging voor de precontractuele mededelingsplicht ligt besloten. Vooronderstelling bij de precontractuele mededelingsplicht is namelijk dat de (aspirant-)verzekeringnemer specifieke kennis heeft over het risico dat hij wenst te verzekeren, de eerder vermelde informatie-asymmetrie.⁶⁵ Ten tweede de reikwijdte (en de begrenzing) van de precontractuele mededelingsplicht, die gelegen is in het verschoonbaarheidsvereiste als neergelegd in artikel 7:928 lid 4 BW. De precontractuele mededelingsplicht betreft niet de feiten die de verzekeraar al kent of behoort te kennen. Tot slot de vragenlijst van de verzekeraar (art. 7:928 lid 6 BW), op basis waarvan er – praktisch gezien – op de (aspi-

rant-)verzekeringnemer geen spontane precontractuele mededelingsplicht meer geldt, maar op de verzekeraar een precontractuele vraagplicht. Het is de vraag wat de waarde van de vragenlijst – gezien de ontwikkelingen omtrent AI en big data – gaat zijn.

Hierna zal eerst kort worden stilgestaan bij de precontractuele mededelingsplicht in het algemeen (par. 4.2). Vervolgens zullen bovengenoemde punten worden behandeld. In paragraaf 4.3 staat de achtergrond van de precontractuele mededelingsplicht centraal en in paragraaf 4.4 de reikwijdte en begrenzing van de precontractuele mededelingsplicht. Het is uitdrukkelijk niet onze bedoeling in de uiteenzetting in deze paragraaf nieuwe inzichten te geven. De weergave in deze paragraaf van enkele aspecten van de precontractuele mededelingsplicht is bedoeld om dienstbaar te zijn aan de verdere beantwoording van de onderzoeksvraag in deze bijdrage.

4.2. Precontractuele mededelingsplicht; algemeen

De precontractuele mededelingsplicht is neergelegd in artikel 7:928 BW, die – voor zover hier relevant – als volgt luidt (onderstreping; DvA en MN):

‘1. De verzekeringnemer is verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen.

(...)

4. De mededelingsplicht betreft niet feiten die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen, en evenmin feiten, die niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid. De verzekeringnemer of de derde, bedoeld in lid 2 of lid 3, kan zich er echter niet op beroepen dat de verzekeraar bepaalde feiten reeds kent of behoort te kennen indien op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven. De mededelingsplicht betreft voorts geen feiten waarnaar ingevolge de artikelen 3 tot en met 6 van de Wet op de medische keuringen in de daar bedoelde gevallen geen medisch onderzoek mag worden verricht en geen vragen mogen worden gesteld.

(...)

6. Indien de verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, kan deze zich er niet op beroepen dat vragen niet zijn beantwoord, of feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, en evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden.’

63. W. Lawrence e.a., ‘Parametric Insurance’, in: A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 173.

64. Zie ook: J.M. Bruidegom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman e.a. (red.) *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu B.V. 2024, p. 117; K. Engel & R.T. van Ginneken, ‘Premierestitutie bij “verzwijging”; wetswijziging per 1 juli 2023’, *NTHR* 2024/15; *Kamerstukken II* 2021/22, 36131, nr. 3, p. 30.

65. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 25; J.M. Bruidegom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 83.

De omvang van de precontractuele mededelingsplicht wordt in het algemeen⁶⁶ geduid aan de hand van vier vereisten:⁶⁷ (i) het relevantievereiste, (ii) het kenbaarheidsvereiste, (iii) het kennisvereiste, en (iv) het verschoonbaarheidsvereiste. Pas op het moment dat aan al deze vier vereisten wordt voldaan, kan gesproken worden over een schending van de precontractuele mededelingsplicht.

4.3. Precontractuele mededelingsplicht; achtergrond

Als gezegd is de vooronderstelling bij de precontractuele mededelingsplicht dat de (aspirant-)verzekeringnemer meer dan de verzekeraar specifieke kennis heeft over de te verzekeren risico's. In de memorie van toelichting bij artikel 7:928 BW is dit ook als zodanig overwogen:⁶⁸

'De omstandigheid dat de verzekeraar in hoge mate moet afgaan op mededelingen van de verzekeringnemer bij het sluiten van de overeenkomst, heeft van oudsher tot regeling van deze materie geleid. Artikel 251 (oud) WvK gaf de verzekeraar het recht zich op nietigheid van de overeenkomst te beroepen indien de verzekeringnemer hem, hoezeer ook te goeder trouw, onjuist of onvolledig had voorgelicht, zodat hij bij kennis van de ware feiten de verzekering niet of slechts op andere voorwaarden zou hebben gesloten.'

Met de regeling omtrent de precontractuele mededelingsplicht is beoogd verzekeraars tegemoet te komen in deze informatieachterstand (asymmetrie). Voor verzekeraars is het immers van groot belang dat zij voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst over voldoende informatie beschikken over het te verzekeren risico.⁶⁹ Dit is de informatie op basis waarvan de verzekeraar moet beslissen of en, zo ja, tegen welke voorwaarden hij de verzekeringsovereenkomst wenst te sluiten.

De (aspirant-)verzekeringnemer zou hier ook belang bij hebben. Als de verzekeraar beschikt over exacte informatie, kan de risico-opslag – die onderdeel is van de

verzekeringspremie – lager worden.⁷⁰ Over de keerzijde – de verzekeraar die een risico accepteert tegen een premie terwijl het risico hoger is dan eerst aangenomen – merkt Mijnsen het volgende op:⁷¹

'Het gevolg daarvan is dat de verzekerden met een normaal risico een hogere premie zullen moeten gaan betalen ter wille van een aantal verzekerden die, gezien de hoogte van hun risico, eigenlijk niet in deze groep van verzekerden thuishoren.'

Het bovenstaande laat zien dat de precontractuele mededelingsplicht haar bestaansrecht vindt in de scheve balans in informatiepositie tussen verzekeraar en (aspirant-)verzekeringnemer. De (aspirant-)verzekeringnemer wordt geacht meer kennis te hebben van het te verzekeren risico dan de verzekeraar en de precontractuele mededelingsplicht beoogt de balans te herstellen tussen (aspirant-)verzekeringnemer en verzekeraar.

4.4. Precontractuele mededelingsplicht; verschoonbaarheidsvereiste

Artikel 7:928 lid 4 komt erop neer dat de precontractuele mededelingsplicht niet ziet op feiten die de verzekeraar kent of behoort te kennen. De precontractuele mededelingsplicht wordt hiermee begrensd.

Het verschoonbaarheidsvereiste als begrenzing van de verzekeringsrechtelijke precontractuele mededelingsplicht vindt haar oorsprong in het arrest *Baris/Riezenkamp*,⁷² waarin – kort gezegd en toegespitst op het verzekeringsrecht – is overwogen dat op de verzekeraar in meer of mindere mate een verplichting rust om bekend te raken met feiten en omstandigheden in de precontractuele fase, opdat hij een beroep kan doen op schending van de precontractuele mededelingsplicht.⁷³ De 'dwaling' van de verzekeraar moet verschoonbaar zijn, alvorens hij er een beroep op kan doen.⁷⁴

Wij zijn het met Engel eens dat de feiten die verzekeraar kent geen uitwerking van het verschoonbaarheidsvereiste betreffen.⁷⁵

66. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 90; M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen', par. 6.8, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023; J.M. Bruidgom & L. Schuurs, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering', in: W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 84; Asser/Van Tiggele, Hartlief & Salomons 7-IX 2024/139.

67. Zie uitgebreid over de vier afzonderlijke vereisten: K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 95 met verdere verwijzing.

68. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 7. Zie ook: M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 7, titel 17 BW Verzekering, Deventer: Kluwer 2007, p. 14.

69. Ph.H.J.G. van Huizen, '2. Algemene bepalingen van verzekering', in: Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland (red.), *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 22-23; K. Engel, 'Naar een precontractuele vraagplicht voor de verzekeraar', *NTHR* 2013, afl. 6, p. 313.

70. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Hoofdstuk 6. De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 157-158.

71. F.H.J. Mijnsen, 'De mededelingsplicht vernieuwd', in: P. Abas e.a. (red.), *Om wille van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 83.

72. HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67. Zie ook HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183.

73. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen', par. 6.8.5, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

74. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 108.

75. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 108.

‘Mijns inziens gaat het hier niet om een uitwerking van het verschoonbaarheidsvereiste. Dat vereiste brengt immers mee dat ‘de dwaling’ van de verzekeraar verschoonbaar moet zijn. In situaties waarin de verzekeraar het niet-medegedeelde feit reeds kende (vóór het sluiten van de verzekering), is van dwaling geen sprake. Het verschoonbaarheidsvereiste speelt dan geen rol.’

Niettemin strekt de precontractuele mededelingsplicht zich niet uit over feiten die de verzekeraar al kent. Hierbij is van belang dat het bijvoorbeeld ook gaat om feiten die zijn opgeslagen in een databank waar de werknemers, die betrokken zijn bij de beoordeling van de verzekeringsaanvraag van de (aspirant-)verzekeringnemer, toegang toe hebben en deze kunnen raadplegen.⁷⁶

Naast de feiten die de verzekeraar kent, strekt de precontractuele mededelingsplicht zich niet uit over feiten die de verzekeraar behoort te kennen. Dit is een geobjectiverd criterium.⁷⁷ Hierbij moet gedacht worden aan (i) feiten van algemene bekendheid, (ii) Nederlands recht, en (iii) andersoortige (verzekerings)vakkennis.⁷⁸ Onder omstandigheden rust op de verzekeraar een onderzoeksplicht om nadere informatie in te winnen.⁷⁹

4.5. De vragenlijst

Artikel 7:928 lid 6 BW bepaalt – kort gezegd – dat in gevallen waarin de verzekeringsovereenkomst is gesloten op basis van een vragenlijst, de verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat (i) vragen niet zijn beantwoord, (ii) feiten waarnaar niet is gevraagd, niet zijn beantwoord, en (iii) een in algemene termen vervatte slotvraag onvolledig is beantwoord, tenzij sprake is van opzet de verzekeraar te misleiden.⁸⁰

Engel constateert in zijn proefschrift uit 2016 dat er in de Nederlandse verzekeringspraktijk veel gebruik wordt gemaakt van de vragenlijst:⁸¹

‘In de Nederlandse praktijk worden nagenoeg alle consumentenverzekeringsovereenkomsten gesloten ‘op grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst’. Veel bedrijfsverzekeringen komen op dezelfde wijze tot stand.’

De vragenlijst dient om de feiten die voor de verzekeraar van belang zijn goed in kaart te brengen en is aldus tevens een hulpmiddel voor de (aspirant-)verzekeringnemer om te achterhalen welke feiten en omstandigheden voor de verzekeraar relevant zijn. Dit maakt het een uitwerking van het kenbaarheidsvereiste.⁸²

Wanneer de verzekeraar gebruikmaakt van een vragenlijst, mag de (aspirant-)verzekeringnemer ervan uitgaan dat hij tot niet meer verplicht is dan het beantwoorden van de vragen in de vragenlijst, aldus zowel de Toelichting Meijers als de memorie van toelichting:⁸³

‘Lid 3 betreft de vragenlijst. In de tegenwoordige verzekeringspraktijk speelt deze een grote rol, voornamelijk bij de persoonsverzekering, doch ook bij andere takken, in het bijzonder bij brand- en variaverzekering. Door invulling van een door hem zelf opgestelde vragenlijst te verlangen geeft de verzekeraar te kennen, zij het niet uitdrukkelijk, dat hij deze feiten van belang acht voor de beoordeling van de aanvraag, maar tevens suggereert deze lijst dat feiten waarnaar niet wordt gevraagd, de verzekeraar niet interesseren. De verzekeringnemer mag niet de dupe worden van een door de verzekeraar opgestelde onvolledige vragenlijst.’

En:⁸⁴

‘Indien de verzekering wordt gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, zoals gebruikelijk voor niet ter beurze gesloten verzekeringen, geeft hij daarmee te kennen dat die feiten voor hem van belang zijn, maar de lijst suggereert ook dat andere feiten hem niet interesseren. Hetzelfde geldt indien een vraag door de nemer niet wordt beantwoord en de verzekeraar desondanks de verzekering sluit.’

De vragenlijst werkt dan ook twee kanten op. De verzekeraar kan in al zijn vrijheid aangeven welke feiten en omstandigheden hij wenst te weten te komen. De (aspirant-)verzekeringnemer komt zo te weten welke feiten voor de verzekeraar relevant zijn. Dit maakt dat de feiten en omstandigheden die niet via de vragenlijst aan de orde komen, voor de verzekeraar (kennelijk) niet relevant zijn.

76. M.J. Tolman, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 108.

77. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen’, par. 6.8.5, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht en Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

78. Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 34.

79. Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.C. van Eijk-Graveland, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 33; zie ook: Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1502.

80. Zie hierover ook: J.M. Bruidgom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 87.

81. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 179.

82. J.M. Bruidgom & L. Schuurs, ‘De mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering’, in: W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 87.

83. Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijers – ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong TOELICHTING vierde gedeelte (Boek 7), Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf ’s-Gravenhage – 1972, p. 1162-1163. Zie ook: M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 7, titel 17 BW Verzekering, Deventer: Kluwer 2007, p. 14.

84. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, nr. 3, p. 9. Zie ook: M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 7, titel 17 BW Verzekering, Deventer: Kluwer 2007, p. 15.

5. DE TOEKOMSTIGE WAARDE VAN ARTIKEL 7:928 BW GEZIEN BIG DATA EN AI

5.1. Inleiding

De in paragraaf 2 geschetste opkomst van big data en AI doet de vraag rijzen wat de toekomstige waarde is van de wettelijke regeling omtrent de precontractuele mededelingsplicht in het verzekeringsrecht (art. 7:928 BW). Deze vraag zal besproken worden aan de hand van de drie elementen van artikel 7:928 BW die hierboven in paragraaf 4 zijn geschetst. Deze opbouw volgend zullen hieronder de invloed van big data en AI op (i) de achtergrond van de precontractuele mededelingsplicht (par. 5.2), (ii) het verschoonbaarheidsvereiste (par. 5.3), en (iii) de vragenlijst (par. 5.4) aan bod komen.

5.2. Achtergrond precontractuele mededelingsplicht

Hierboven is – kort samengevat – beschreven dat de precontractuele mededelingsplicht als het ware haar bestaansrecht ontleent aan het feit dat er een scheve balans is in de informatiepositie tussen verzekeraar en (aspirant-)verzekeringnemer.⁸⁵ De precontractuele mededelingsplicht probeert de balans in deze scheve informatiepositie te herstellen.⁸⁶

Met de verschuiving van data naar big data hebben verzekeraars, zoals gesteld, veel meer informatie om (potentieel) te analyseren. Hierbij gaat het als gezegd om internetgegevens, bankgegevens, sociale media-data etc. Met behulp van AI kunnen verzekeraars al deze extra informatie ook daadwerkelijk analyseren. Met behulp daarvan kunnen verzekeraars veel beter inschatten hoe groot de kansen zijn dat bepaalde risico's zich verwezenlijken en welke schadebedragen daarmee gemoeid zijn. Daarnaast stelt het verzekeraars in staat om patronen en ontwikkelingen te signaleren die het voorspellen van risico's en schades mogelijk maken. Daarnaast wordt het makkelijker om dubieuze claims en (mogelijke) fraudegevallen te identificeren.

De toegang tot en de inzet van big data en AI brengen een onvermijdelijke verandering in de informatiepositie van de verzekeraar met zich mee.⁸⁷ De verzekeraar beschikt (of kan beschikken) over substantieel meer informatie dan voorheen. Deze veranderde informatiepositie kan ervoor zorgen dat de verzekeraar over meer informatie beschikt dan de (aspirant-)verzekeringnemer over de te verzekeren risico's. Naast dat dit kan leiden tot situaties waarin een verzekeraar de premie baseert op eigenschappen van een te verzekeren risico die voor een (aspirant-)verzekeringnemer onnavolgbaar is, kan dit ook betekenen dat de informatiebalans tussen ver-

zekeraar en (aspirant-)verzekeringnemer omslaat in het voordeel van de verzekeraar.⁸⁸

De disbalans die de wettelijke regeling van de precontractuele mededelingsplicht veronderstelt en beoogt te herstellen, zou – gezien de huidige technologische ontwikkelingen – mogelijk definitief kunnen verdwijnen. In het uiterste doorgevoerd zou daarmee de grond onder de wettelijke regeling kunnen verdwijnen. Dit zou echter te rigoureuus zijn, nu er nog steeds gevallen zullen zijn waarin de disbalans in de relatie tussen verzekeraar en (aspirant-)verzekeringnemer ten nadele van de verzekeraar bestaat.⁸⁹ Alleen al voor deze gevallen biedt de wettelijke regeling meerwaarde.

De verbeterde informatiepositie van verzekeraars ten opzichte van verzekeringnemers – oftewel de verschuiving in de informatiebalans – kan op een tweetal wijzen geadresseerd worden. De eerste is het 'bij gebrek aan meerwaarde' schrappen van de wettelijke regeling. De tweede is het reguleren van de wijze waarop en de mate waarin verzekeraars gebruik kunnen en mogen maken van de mogelijkheden die big data en AI bieden. Gezien de door ons gesignaleerde meerwaarde van de regeling spreekt de eerste optie niet aan. De tweede optie wordt besproken in paragraaf 6, waarin de rol van toezicht en regulering aan bod komt.

5.3. Verschoonbaarheidsvereiste

Als gezegd wordt de mededelingsplicht begrensd in artikel 7:928 lid 4, waarin wordt bepaald dat de precontractuele mededelingsplicht niet ziet op feiten die de verzekeraar *kent of behoort te kennen*.

Gezien de ontwikkelingen op het gebied van big data en AI is het de verwachting dat verzekeraars niet alleen meer gaan *kennen*, maar dat er ook van verzekeraars verwacht mag gaan worden dat zij meer feiten en omstandigheden *behoorden te kennen*. Dit kan vergaande implicaties hebben voor de kansrijkheid waarmee verzekeraars in de toekomst een beroep kunnen doen op het schenden van de mededelingsplicht. Immers, de verzekerde zou zich in meer gevallen succesvol kunnen beroepen op het verschoonbaarheidsvereiste. Dit betoog zou erop kunnen neerkomen dat de verzekeraar het veronderstelde niet-medegedeelde feit had behoren te kennen, indien hij had voldaan aan zijn onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht zou er in die gevallen uit bestaan dat een verzekeraar uit de big data met standaard AI-hulpmiddelen het niet-medegedeelde feit had kunnen destilleren.

Hierbij moet opgemerkt worden dat het nog onduidelijk is in welke mate in de toekomst verzekeraars in staat

85. B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 61; DNB, *Verzekeraars in een veranderende wereld. Kansen en risico's in tijden van klimaatverandering, digitalisering en inflatie*, Amsterdam: DNB 2022, p. 18.

86. HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841, NJ 2020/69, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.2.2.

87. Deze gedachtelijn heeft McGurk eveneens ontwikkeld ten aanzien van het Engelse recht. Zie: B. McGurk, *Data profiling and insurance law*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 163.

88. A.A. Tarr e.a., 'Introduction', in: A.A. Tarr e.a. (red.), *The global insurance market and change. Emerging technologies, risks and legal challenges*, Oxon: Routledge 2024, p. 21.

89. Zoals bij verzekeringen op het vlak van medisch en leven en ook in het kader van fraudebestrijding.

zijn om met big data en AI op *verzekereniveau* de relevante feiten en omstandigheden te destilleren voor het beoordelen en aangaan van het te verzekeren risico.⁹⁰ De exacte reikwijdte van het verschoonbaarheidsvereiste zal – onder invloed van big data en AI – hernieuwd moeten worden vastgesteld. Dit zou er in theorie toe kunnen leiden dat de facto in alle gevallen de verzekerde een beroep toekomt op het verschoonbaarheidsvereiste. Hiermee zou de precontractuele mededelingsplicht – door de absolute werking van het verschoonbaarheidsvereiste – potentieel geen praktische betekenis meer hebben.

5.4. Een kantelende functie van de vragenlijst?

In het verlengde van de vraag wat de (hernieuwde) reikwijdte zou kunnen zijn van het verschoonbaarheidsvereiste, speelt de vraag of de vragenlijst haar waarde behoudt. De vraag is evident. Als gezegd in paragraaf 2.2 heeft er met de opkomst van big data en AI een verschuiving plaatsgevonden van de bron waar verzekeraars hun informatie vandaan halen. In het datatijdperk waren dit voornamelijk de vragenlijsten die door (aspirant-)verzekeringnemers werden ingevuld; in het big data-tijdperk halen verzekeraars hun eigen informatie op uit diverse (al dan niet openbare) bronnen.

Deze ontwikkeling impliceert dat verzekeraars de vragenlijst niet meer nodig hebben voor een informatie-vergarende functie. Daarmee lijkt het einde van de vragenlijst niet in zicht. De vragenlijst kan namelijk niettemin meerwaarde bieden voor een informatie-verifiërende functie⁹¹ In het licht van deze laatste functie kan het verzekeraars helpen om de door hen vergaarde informatie op basis van big data en AI op het niveau van de individuele verzekerde te verifiëren. Zeker in de huidige en nabije komende ontwikkelingsfase is het te verwachten dat de door verzekeraars opgehaalde informatie op het individuele niveau van de verzekeringnemer nog niet secuur genoeg is (voor verzekeraars) om op adequate wijze het te verzekeren risico in te schatten.

5.5. Tussenconclusie

Het bovenstaande laat zien dat big data en AI (in potentie) een aanzienlijke invloed hebben op het bestaansrecht van de precontractuele mededelingsplicht. Bij zowel de rechtvaardiging achter de precontractuele mededelingsplicht (par. 4.2) als het verschoonbaarheidsver-

eiste (par. 4.3) laat deze invloed zich het meest vergaand gelden. In potentie betekenen big data en AI voor deze elementen dat de precontractuele mededelingsplicht (i) geen rechtvaardiging meer kent, en (ii) geen praktische betekenis meer heeft. Kortom: de precontractuele mededelingsplicht dreigt – als uiterste consequentie – een *dode letter* te worden. Dat het zo'n vaart niet hoeft te lopen, wordt in paragraaf 6 uiteengezet. De oplossing voor dit doemscenario lijkt te zijn gelegen in toezicht-rechtelijke regulering.

6. TOEZICHTRECHTELIJKE REGULERING VAN AI IN HET VERZEKERINGS-OVEREENKOMSTENRECHT

6.1. De complementaire rol van het toezichtrecht.

Het toezicht op het gebruik van AI in de verzekeringssector maakt inmiddels integraal onderdeel uit van het bestaande financiële toezichtkader. Financieel toezicht behelst een breed spectrum aan doelen: stabiliteit, integriteit, risicobeheersing, klantcontact, marktparticipatie, productontwikkeling en eerlijke handelspraktijken. AI-systemen die door verzekeraars worden gebruikt moeten voldoen aan prudentiële, integriteits- en gedragsnormen. Daarbij staat voorop dat het klantbelang en de verhoudingen op de financiële markten niet worden aangetast.⁹²

Het verzekeringsovereenkomstenrecht en het algemene vermogensrecht zijn niet (voldoende) geëquipeerd om de inzet van big data en AI/ML te reguleren en balanceren.⁹³ Dit geldt met name op het terrein van privacybescherming en het tegengaan van directe en indirecte discriminatie door AI-systemen.⁹⁴ Derhalve is het positief dat in een relatief korte tijd sprake is van een gelaagd pakket aan regulering dat het gebruik van big data en AI/ML aan toezicht onderwerpt.⁹⁵ De AVG en Uitvoeringswet AVG stellen strenge eisen aan het verwerken en analyseren van persoonsgegevens. Zo verplicht artikel 4 sub 4 AVG⁹⁶ bekendmaking indien sprake is van profilering en/of geautomatiseerde besluitvorming.⁹⁷ Deze verplichting kan zover gaan dat informatie over de onderliggende logica van het algoritme moet worden gedeeld. Als sprake is van profilering dan heeft de betrokkene recht om daartegen bezwaar te maken.⁹⁸ Artikel 22 lid 1 AVG luidt: *'De betrokkene heeft het recht niet te wor-*

90. DNB & AFM, *De impact van AI op de financiële sector en het toezicht*, Amsterdam: DNB & AFM 2024, p. 15; DNB, *Verzekeraars in een veranderende wereld. Kansen en risico's in tijden van klimaatverandering, digitalisering en inflatie*, Amsterdam: DNB 2022, p. 4; DNB & AFM, *Artificiële intelligentie in de verzekeringssector. Een verkenning*, Amsterdam: DNB & AFM 2019, p. 31.

91. Ook in het kader van fraudebestrijding gaan hier voordelen van uit.

92. DNB & AFM, *De impact van AI op de financiële sector en het toezicht*, Amsterdam: DNB & AFM 2024, p. 23.

93. Zie ook: W.H. van Boom, *Privaatrecht en Markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 121-130.

94. DNB & AFM, *De impact van AI op de financiële sector en het toezicht*, Amsterdam: DNB & AFM 2024, p. 33.

95. DORA, DMA, Data Act, AVG en AI-Act. In de literatuur wordt er wel op gewezen dat de Europese regelgeving een vertragend effect kan hebben op de implementatie van AI in de bedrijfsvoering van verzekeraars, zie M. Infantino, 'Big Data Analytics, Insurtech and Consumer Contracts: A European Appraisal', *European Review of Private Law* 2022, afl. 4, p. 623-624.

96. Zie ook: H.H. de Vries, 'AI-Futureproof verzekeren', *AV&S* 2024, afl. 4, p. 120. De definitie van profileren in artikel 4 sub 4 AVG is: *'elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.'*

97. R. Tielenburg, 'Verwerking van persoonsgegevens', in: W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 305, met verwijzing naar: N. de Koning & J. Jansen, 'De Algemene Verordening Gegevensbescherming: de belangrijkste veranderingen voor verzekeraars', *TAV* 2017, afl. 4, p. 27-31.

98. Op grond van art. 22 lid 3 AVG, zie ook: Autoriteit Persoonsgegevens, *Toezicht op AI & Algoritmes*, Den Haag: AP 2020, p. 6.

den onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.’ Artikel 22 lid 2 AVG stelt dat lid 1 niet geldt indien 1) het besluit noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke; 2) het is toegestaan op basis van een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling en de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen treft om de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te waarborgen, of 3) berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene. Onzes inziens valt algoritmische big data-analyse, gericht op de precontractuele fase van een verzekeringsovereenkomst, onder de noemer ‘profilering’, waardoor artikel 4 sub 4 AVG jo. 22 AVG onverminderd geldt.⁹⁹ De op 1 augustus 2024 in werking getreden Europese AI-verordening is van toepassing op zorgverzekeringen en levensverzekeringen, nog niet op schadeverzekeringen; behalve als sprake is van beëindiging van een verzekering door AI, of van ‘profileren’, omdat dan sprake is van een ‘hoog risico’ voor de client.¹⁰⁰

Op basis van toezichtwetgeving gelden kortgezegd verregaande en gedetailleerde transparantieplichtingen bij het gebruik van AI, hierop zal vermoedelijk in Nederland door de directie Coördinatie Algoritmes van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), DNB, AFM en de ACM toezicht worden gehouden. De precieze taakverdeling zal in Nederlandse wetgeving worden vastgelegd.¹⁰¹ Sinds 2023 is de AP coördinerend toezichthouder op het gebruik van AI en algoritmes.¹⁰²

6.2. Knelpunten en uitdagingen

Verzekeraars zijn vrij te bepalen voor welke risico’s zij bereid zijn om dekking te verlenen en wie zij als verzekerde willen accepteren. De contractsvrijheid staat daarbij voorop. Het staat verzekeraars tevens vrij om gebruik te maken van moderne digitale technologieën, binnen de wettelijke kaders. Derhalve is voor toezichthouders en de nationale en Europese wetgevers sprake van een ‘balancing act’: innovatie moet de ruimte krijgen en tegelijkertijd moeten de belangen van verzekeringsnemers in brede zin behartigd worden.¹⁰³ Algoritmische big data-analyse door verzekeraars valt onder de reikwijdte van artikel 4 sub 4 AVG, omdat het resulteert in een vorm van profilering van (aspirant-)verzekerden.

Als verzekeraars transparant zijn over het gebruik van big data en AI in het acceptatieproces en de premiestelling zijn daarmee de risico’s van directe en indirecte discriminatie en onverzekerbaarheid echter nog niet opgelost. Een (aspirant-)verzekerde kan, in een dergelijk geval, op grond van artikel 22 lid 3 AVG bezwaar maken tegen het gebruik van profilering, maar hij zal onverminderd een verzekering willen afsluiten. Als de gehele sector gebruik zou gaan maken van digitale profileringstechnieken zal een bezwaar tegen deze acceptatiepraktijk richting één verzekeraar niet tot het gewenste resultaat voor een (aspirant-)verzekeringnemer leiden. In het licht van deze mogelijke ontwikkeling is het passend en gewenst dat ‘profileren’ door AI-systemen is aangemerkt als ‘hoog risico’. Zoals De Vries stelt zullen verzekeraars die menen dat hun AI-systeem geen hoog risico behelst documentatie en informatie moeten opstellen die aan de toezichthouders ter beoordeling moet worden voorgelegd. Ook indien geoordeeld wordt dat een AI-systeem geen ‘hoog risico’ inhoudt zal het, op grond van de AI-verordening, moeten worden geregistreerd in een EU-databank voor AI-systemen.¹⁰⁴

De rol van de toezichthouders zal er derhalve op gericht zijn om de inzet van big data en AI door verzekeraars te reguleren. Hiertoe zijn ‘regulatory technical standards’ (technische reguleringsnormen)¹⁰⁵ met formele en materiële instructies en compliance normen geschikt, gericht op het behoud van risicopools met een adequate omvang, solidariteit en het tegengaan van onverzekerbaarheid. Door inzet van het toezichtrecht kan gerealiseerd worden dat artikel 7:928 BW zijn relevantie behoudt. Er zou een, op grond van het toezichtrecht verplichte, ‘sluier’ over een deel van de data kunnen komen, of een begrenzing van het type data dat in het verzekeringsacceptatieproces kan worden gebruikt (gedifferentieerd naar type verzekering en de hoedanigheid van de verzekerde).

7. CONCLUSIE

De inzet van big data en AI door verzekeraars zal niet afnemen, maar vermoedelijk alleen maar verder toenemen. InsurTech, als verzekeringsrechtelijke variant van FinTech, is sterk in opkomst en zal ertoe leiden dat digitalisering doordringt in alle aspecten van het moderne verzekeringswezen. Veel aspecten van het verzekeringsbedrijf kunnen hierbij gebaat zijn, zoals (i) productont-

99. R. Tielenburg, ‘Verwerking van persoonsgegevens’, in: W.M.A. Kalkman, W.G.A van Gerner & J.L. Zeeman (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2024, p. 317.

100. Zie nader: P. Ksiezak & S. Wojtczak, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence*, Cham: Springer Nature Switzerland AG 2023, p. 64 en H.H. de Vries, ‘AI-Futureproof verzekeren’, *AV&S* 2024, afl. 4, p. 121.

101. Autoriteit Persoonsgegevens en Rijksinspectie Digitale Infrastructuur, *2e (tussen)advies toezichtsstructuur AI-verordening*, Den Haag: AP 2024, p. 4 en p. 9; Autoriteit Persoonsgegevens, *Rapportage AI- & Algoritmerisico’s Nederland. Periodiek inzicht in risico’s en effecten van de inzet van AI & algoritmes in Nederland*, Den Haag: AP 2024, p. 13.

102. Autoriteit Persoonsgegevens, *Rapportage AI- & Algoritmerisico’s Nederland. Periodiek inzicht in risico’s en effecten van de inzet van AI & algoritmes in Nederland*, Den Haag: AP 2024, p. 49.

103. Zie ook: W.H. van Boom, *Privaatrecht en Markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 121-130.

104. H.H. de Vries, ‘AI-Futureproof verzekeren’, *AV&S* 2024, afl. 4, p. 121, met verwijzing naar Overweging 53 AI-verordening.

105. Zie voor het gebruik van ‘regulatory technical standards’ ter vergelijking de Gedelegeerde verordening 2018/389 – Aanvulling van Richtlijn 2015/2366 wat betreft technische reguleringsnormen voor sterke cliëntauthenticatie en gemeenschappelijke en veilige open communicatiestandaarden en M. Eidsand Kjørven, ‘Current and future liability concepts in European financial market regulation’, in: I.H.-Y. Chiu & G. Deipenbrock (red.), *Routledge Handbook of Financial Technology and Law*, Londen: Routledge 2021, p. 184.

wikkeling gericht op dekking voor complexe risico's, (ii) de snelheid van claim- en klachtafhandeling, (iii) eenvoudig geautomatiseerd klantcontact- en informatievoorziening, en tot slot (iv) zaken die samenhangen met compliance, administratie en intern risicomanagement.

De vraag die centraal staat in deze bijdrage is wat de invloed van big data en AI is op de precontractuele mededelingsplicht. De regeling omtrent de precontractuele mededelingsplicht heeft oorspronkelijk als doel om de verzekeraar te beschermen tegen een informatieachterstand ten opzichte van verzekeringnemers. Verzekeraars dienen voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst over voldoende informatie te beschikken over de aard en omvang van het te verzekeren risico. De precontractuele mededelingsplicht wordt begrensd door het verschoonbaarheidsvereiste. Een verzekeringnemer hoeft geen mededelingen te doen over dingen die de verzekeraar had kunnen weten of behoorde te weten. De vragenlijst gold vroeger als een primaire bron van informatie voor de verzekeraar in het risicobeoordelings-, acceptatie- en premiestellingsproces.

De invloed van big data en AI op de precontractuele mededelingsplicht is drieledig: 1) er is vermoedelijk geen sprake meer van een structurele informatieachterstand van verzekeraars ten opzichte van de verzekeringnemer, 2) het verschoonbaarheidsvereiste krijgt onvermijdelijk een nieuwe invulling, omdat de inzichten en kennis van verzekeraars in de risico's die (aspirant-)verzekeringnemers lopen significant zijn vergroot ten opzichte van het pre-big data- en AI-tijdperk, en 3) de functie van de vragenlijst kan, onder invloed van digitalisering en algoritmische big data-analyse, kantelen van een informatievergarende functie naar een informatieverifiëren-

de functie.¹⁰⁶ De geschetste invloed van big data en AI op de precontractuele mededelingsplicht is verklaarbaar vanuit de gedachte van informatie-asymmetrie en van de goede trouw die de verzekeringsovereenkomst beheerst. Partijen bij een verzekering zijn gehouden aan een hogere mate van zorgvuldigheid en informatie-uitwisseling naar elkaar toe, in vergelijking met een niet-verzekeringsovereenkomst. Aan de kant van de verzekeraar kan de goede trouw als argument gelden om de verzekeringnemer niet aan data-profiling te onderwerpen in het risicobeoordelings-, acceptatie- en premiestellingsproces en om jegens verzekeringnemers (pre)contractuele transparantie te betrachten over de inzet van big data en AI.

Het toezichtrecht kan een betekenisvolle rol spelen in het behoud van adequate risicopools en de solidariteit die daarmee samenhangt en in het tegengaan van onverzekerbaarheid voor bepaalde groepen (aspirant-)verzekeringnemers en directe en indirecte discriminatie. Een sterke vangrail kan gevonden worden in artikel 4 sub 4 AVG en artikel 22 AVG, op grond waarvan het 'profilen' van verzekeringnemers zonder instemming niet is toegestaan. De AI-verordening plaatst het profileren van (aspirant-)verzekeringnemers in de 'hoog risico' categorie, waardoor verregaande externe transparantie en compliance eisen gelden voor verzekeraars die een AI-systeem voor dit doel aanwenden. Door deze vormen van geleide regulering kunnen de uitgangspunten en functie van artikel 7:928 BW grotendeels geborgd (blijven) worden. Nader onderzoek is wenselijk, gericht op de vraag naar de precieze rol en materiële invulling van het toezichtrecht op nationaal niveau en de houdbaarheid van de wettelijke remedies vanwege een schending – te goeder trouw – van artikel 7:928 lid 1 BW door een verzekeringnemer.

106. Zeker bij medische of levensverzekeringen is het denkbaar dat de vragenlijst zijn oorspronkelijke functie blijft behouden, gezien de aard van het te verzekeren risico.