

Verzekeringen

112

Art. 7:929 lid 1 BW; subjectieve of objectieve uitleg?

Hoge Raad

7 juli 2023, nr. 22/01111, ECLI:NL:HR:2023:1050
 (mr. Kroeze, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Makink)
 (Concl. A-G Hartlief)
 Noot mr. T. Riyazi

Art. 7:929 lid 1. Mededelingsplicht. Subjectief of objectief.

[BW art. 7:929, 7:928 lid 1]

Sasagar sluit bij Vivat, voor haar bedrijfsauto's, een zakelijke motorrijtuigenverzekering af via de volmacht van Vivat. In het aanvraagformulier beantwoordt Sasagar de slotvraag, of zij de laatste drie jaar schade heeft gehad, ten onrechte ontkenkend. In maart 2018 meldt Sasagar de diefstal van een auto bij de volmacht van Vivat, die vervolgens expertisebureau CED opdracht geeft de toedracht en de omvang van de schade te onderzoeken. Op 23 april 2018 brengt CED zijn rapport uit. Op 1 mei 2018 meldt de volmacht de diefstal bij Vivat, verzoekt Vivat zelf de schade af te handelen wegens overschrijding van de volmachtlimiet en verstuurt het dossier naar Vivat. Nadat blijkt dat het dossier niet bij Vivat is aangekomen, stuurt de volmacht het dossier op 18 juni 2018 nogmaals. Zes weken later ontvangt Vivat het aanvraagformulier en ontdekt dat Sasagar twintig schademeldingen heeft verzwegen. Op 16 augustus 2018 doet Vivat een beroep op art. 7:929 lid 1 BW; Sasagar heeft de vragen over haar schadeverleden niet naar waarheid beantwoord in het aanvraagformulier zodat haar recht op dekking is komen te vervallen. Partijen verschillen van mening over de vraag of Vivat tijdig een beroep heeft gedaan op art. 7:929 lid 1 BW. Dit beroep dient te worden gedaan binnen twee maanden na 'ontdekking'. In cassatie gaat het om de vraag of 'ontdekking' objectief of subjectief moet worden uitgelegd. Het hof koos voor een (meer) subjectieve uitleg. De Hoge Raad

gaat daar in mee. Volgens de Hoge Raad gaat de tweemaandentermijn van art. 7:929 lid 1 BW pas lopen als de verzekeraar voldoende zekerheid heeft verkregen dat de mededelingsplicht is geschonden. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval wanneer de verzekeraar de bedoelde zekerheid heeft verkregen, en in welke mate hij onderzoek moet doen nadat hij aanwijzingen heeft gekregen naar een mogelijke schending van de mededelingsplicht.

Arrest

In de zaak van
Sasagar B.V.,
 gevestigd te Rotterdam,
 Eiseres tot cassatie,
 hierna: Sasagar,
 advocaat: M.J. van Basten Batenburg,
 tegen
Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V.,
 gevestigd te Den Haag,
 Verweerster in cassatie,
 hierna: NN,
 advocaten: G.C. Nieuwland en P.J. Tanja.

Conclusie Advocaat-Generaal:

(mr. Hartlief)

Sasagar heeft een auto van het merk BMW als bedrijfsauto verzekerd bij Vivat Schadeverzekeringen N.V. (hierna: 'Vivat'), de rechtsvoorgangerster van NN. Nadat de auto was gestolen, heeft Vivat uitkering van de schade onder de verzekering geweigerd. Volgens Vivat heeft Sasagar op het aanvraagformulier voor de verzekering vragen over het schadeverleden niet naar waarheid beantwoord. Vivat heeft om die reden een beroep gedaan op schending van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer (art. 7:928 BW; 'verzwijging'). Sasagar heeft dit beroep op verschillende gronden bestreden en nakoming van de verzekeringsovereenkomst gevorderd. De rechtbank heeft de vordering van Sasagar afgewezen en die beslissing is in hoger beroep door het hof bekrachtigd. In cassatie spitst het geschil zich toe op de vervaltermijn van art. 7:929 lid 1 BW: de verzekeraar kan de gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer slechts invoeren indien hij binnen twee maanden na ontdekking van deze niet-nakoming de verzekeringnemer op de

niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen. Het gaat in deze zaak om de vraag of bij toepassing van art. 7:929 lid 1 BW in verband met de aanvang van de tweemaandetermining moet worden uitgegaan van een subjectieve uitleg ('heeft de verzekeraar daadwerkelijk ontdekt') of dat er ook ruimte is voor objectivering ('heeft de verzekeraar redelijkerwijs behoren te ontdekken').

1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1.2. Sasagar is een bedrijf dat zich voornamelijk bezighoudt met koeriersdiensten. Zij is in het bezit van dertien bedrijfsauto's, waaronder een BMW met kenteken [001] (hierna: 'de BMW'). Bestuurders van de bedrijfsauto's van Sasagar zijn [bestuurder 1], geboren op [geboortedatum] 1966 (hierna: '[bestuurder 1]'), zijn echtgenote [bestuurder 2], geboren op [geboortedatum] 1969 (hierna: '[bestuurder 2]') en hun zoon [bestuurder 3], geboren op [geboortedatum] 1997. Naast deze personen maakte ook de zoon [bestuurder 4], geboren op [geboortedatum] 1991 (hierna: '[bestuurder 4]'), zakelijk gebruik van de BMW.

1.3. Sasagar heeft sinds 2015 al haar bedrijfsauto's verzekerd via het volmachtbedrijf Van Kampen Assuradeuren B.V. (hierna: 'VKG'). Op 13 juli 2016 is de dekking voor een personenauto met kenteken [002] beëindigd en werd voor de BMW een aanvraag ingediend voor een zakelijke motorrijtuigenverzekering bij VKG als gevolmachtigde van Vivat. Voor de andere bedrijfsauto's trad VKG op als gevolmachtigde van andere verzekeraars. Namens Sasagar heeft assurantietussenpersoon [A] B.V., handelend onder de naam Hyfa (hierna: 'Hyfa'), het aanvraagformulier ingevuld en ingediend bij VKG. Dit formulier² luidt, voor zover voor van belang, als volgt:

"Aanvrager Sasagar B.V.

(...)

Ingevulde acceptatievragen (...)

Motorrijtuigen ([001])

(...)

2. Hoeveel schades zijn er geclaimd in de afgelopen 5 jaar? 0

(...)

Gegevens regelmatige bestuurder:

[bestuurder 1]

(...)

Geboortedatum: [geboortedatum] -1967

Schadevrije jaren: 12

Ingevulde slotvragen

(...)

Heeft verzekeringnemer de laatste 3 jaar 1 schade gehad of is de laatste 3 jaar in totaal meer dan EUR 10.000,- aan schade betaald? *Nee*"

1.4. Op basis van deze aanvraag is voor de BMW een zakelijke motorrijtuigenverzekering afgesloten bij Vivat. De polis is naar het adres van Sasagar verstuurd. Het polisblad vermeldt een bonus/malus-korting van 75%. Deze korting wordt verleend bij twaalf of meer schadevrije jaren. Op het polisblad staat een clause behorende bij een verzekeringsaanvraag zonder handtekening. In deze clause wordt opgemerkt dat de verzekerde niets mag verzwijgen of onjuist voorstellen wat voor de verzekeraar in het kader van de verzekering van belang zou kunnen zijn en dat als hieraan niet is voldaan dit onmiddellijk na ontvangst van de polis moet worden gemeld aan de verzekeraar. Ook staat in deze clause dat de verzekeraar uitkering kan weigeren als bij het aanvragen onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt.

1.5. De BMW is op 23 maart 2018 gestolen. Namens Sasagar is deze schade op dezelfde dag gemeld bij VKG. VKG heeft expertisebureau CED Nederland B.V. (hierna: 'CED') opdracht gegeven om een onderzoek te verrichten naar de toedracht en de omvang van de schade.

1.6. [bestuurder 4] heeft op 27 maart 2018 namens Sasagar een 'Verklaring ter zake diefstal voertuig' van CED ingevuld. Hierin heeft hij ingevuld dat [bestuurder 2] de regelmatige bestuurder was.

1.7. In het rapport van CED van 23 april 2018 staat vermeld dat op 4 april 2018 de 'Verklaring ter zake diefstal voertuig' werd doorgenomen met [bestuurder 1] en [bestuurder 4]. In het rapport wordt [bestuurder 4] als regelmatige bestuurder vermeld.

1 Ontleend aan de in cassatie niet bestreden rov. 3.1.-3.9. van het bestreden arrest (hof Amsterdam 11 januari 2022, zaaknummer 200.284.802/01) (niet gepubliceerd), in het hoger beroep van Rb. Amsterdam 22 juli 2020, zaaknummer/rolnummer C/13/670631 / HA ZA 19-872 (niet gepubliceerd). Het citaat in randnummer 1.3 heb ik weergegeven conform het originele stuk.

2 Overgelegd bij de inleidende dagvaarding, productie 3A.

1.8. Op 18 juni 2018 mailt VKG naar Vivat³ over de diefstal van de BMW. Zij deelt in deze e-mail mee dat het schadebedrag boven de volmachtlimiet komt en verzoekt NN daarom de schade zelf af te handelen.

1.9. Op 2 juli 2018 mailt VKG naar Hyfa, omdat zij door Vivat⁴ was gebeld met vragen over onder meer de regelmatige bestuurder. Sasagar heeft op diezelfde datum met betrekking tot deze vraag aan Hyfa gemaaild dat [bestuurder 2] regelmatig samen met '[bestuurder 3]' in de BMW reed, maar dat zij de precieze verdeling moeilijk kan aangeven.

1.10. Op 16 augustus 2018 heeft Vivat aan Sasagar per brief bericht dat bij de aanvraag van de zakelijke motorrijtuigenverzekering voor de BMW het schadeverleden niet naar waarheid is opgegeven en dat zij de voorlopige conclusie trekt dat dit opzettelijk is gebeurd. In deze brief wordt Sasagar gewezen op de gevolgen die aan de onjuiste beantwoording van het aanvraagformulier kunnen worden verbonden, waaronder het verval van het recht op een vergoeding. Met deze brief is Sasagar gevraagd een reactie te geven op de bevindingen van Vivat.

2. Procesverloop

Eerste aanleg

2.1. Bij dagvaarding van 1 augustus 2019 heeft Sasagar bij de rechtbank Amsterdam een procedure tegen Vivat aanhangig gemaakt. Nadat Vivat was overgenomen door NN, is laatstgenoemde als procespartij in haar plaats getreden.⁵ Hierna zal ik de verwerende partij aanduiden als NN, ook als het gaat om Vivat, behalve bij de weergave van de

overwegingen van de rechtbank en het hof. In deze procedure vordert Sasagar veroordeling van NN tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst door over te gaan tot uitkering van de (diefstal)schade. Na een eiswijziging ziet de vordering op *primair* het verkrijgen van een uitkering onder de verzekering voor een bedrag van € 43.869,12, en *subsidiair* het verkrijgen van een uitkering van een evenredig deel daarvan zoals bepaald in art. 7:930 lid 3 BW, te vermeerderen met de wettelijke rente. Verder vordert Sasagar vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten voor een bedrag van € 1.468,57.

2.2. Hieraan heeft Sasagar in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat de mededelingsplicht van art. 7:928 lid 1 BW niet van toepassing is, omdat voor de BMW geen nieuwe verzekeringsovereenkomst is gesloten maar een bestaande verzekeringsovereenkomst is gewijzigd. Volgens Sasagar vallen het schadeverleden en de bij haar werkzame personen ook buiten de mededelingsplicht omdat dit feiten zijn die VKG reeds kende of behoorde te kennen en het werkelijke schadeverleden niet tot een voor Sasagar ongunstigere beslissing zou hebben geleid (art. 7:928 lid 4 BW). Sasagar heeft verder betoogd dat een eventuele onjuiste vermelding van feiten haar niet kan worden verweten aangezien zij erop mocht vertrouwen dat Hyfa het aanvraagformulier correct zou invullen. Ook betoogde Sasagar dat NN de gevolgen van een eventuele schending van de mededelingsplicht niet kan inroepen omdat zij pas op 16 augustus 2018, na het verstrijken van de termijn van twee maanden van art. 7:929 lid 1 BW, aan Sasagar kenbaar heeft gemaakt dat de mededelingsplicht zou zijn geschonden. Volgens Sasagar moet VKG c.q. NN reeds vóór 16 juni 2018 hebben ontdekt dat er onjuistheden waren in de verzekeringsaanvraag.

2.3. In haar eindvonnis van 22 juli 2020 (hierna: 'het eindvonnis') heeft de rechtbank Amsterdam de vorderingen van Sasagar afgewezen op grond van de volgende overwegingen:

- de BMW was nog niet eerder door Sasagar verzekerd en werd ondergebracht bij een andere verzekeraar dan haar andere auto's. Gelet hierop is sprake van het aangaan van een nieuwe verzekeringsovereenkomst (rov. 4.1.);
- het schadeverleden van Sasagar en de – al dan niet regelmatige – bestuurders van de BMW uit [de familie] omvat in de periode 25 oktober 2013 tot 13 juli 2016 twintig schademeldingen en daar-

3 In rov. 3.7. van het bestreden arrest staat hier 'NN'. Het hof lijkt de door hemzelf gekozen aanduiding niet consequent te hebben toegepast, vergelijk rov. 3.9.

4 In rov. 3.8. van het bestreden arrest staat hier 'NN'. Het hof lijkt de door hemzelf gekozen aanduiding niet consequent te hebben toegepast, vergelijk rov. 3.9.

5 Per 1 januari 2021 heeft Vivat opgehouden te bestaan. Zij is overgenomen door NN en Athora Holding Ltd. Op die grond is het geding in hoger beroep geschorst op de voet van art. 225 lid 1 onder c Rv en onmiddellijk hervat op de voet van art. 227 lid 1 onder b Rv waarbij NN verder als geïntimeerde is aangemerkt; zie de ter rolzitting van 30 maart 2021 door NN genomen 'Akte ex art. 225 Rv, verzoek tot hervatting ex art. 227 Rv alsmede memorie van antwoord'.

op is in totaal € 58.923,12 uitgekeerd, waaronder eenmalig € 28.500 in verband met de diefstal van een auto (rov. 4.2.);

– Sasagar behoorde te begrijpen dat het schadeverleden van de verzekeringnemer en de regelmatige bestuurder van belang is voor de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja op welke voorwaarden, hij de verzekering wil afsluiten (rov. 4.3.);

– over het schadeverleden en de regelmatige bestuurder van de BMW is in de aanvraag van de verzekering onjuiste informatie verstrekt (rov. 4.4.);

– eventuele fouten van een door Sasagar bij de aanvraag ingeschakelde tussenpersoon komen in de relatie met Vivat hoe dan ook voor risico van Sasagar (rov. 4.5.);

– op grond van art. 7:928 lid 4 BW kan Sasagar zich ook niet met succes erop beroepen dat de verzekeraar bepaalde feiten al kende of behoorde te kennen als op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven (rov. 4.6.);

– het beroep van Sasagar op de vervaltermijn van art. 7:929 lid 1 BW gaat niet op. Vivat heeft het dossier ontvangen op 18 juni 2018 en na ontvangst van het aanvraagformulier op 31 juli 2018 heeft zij eerst op 9 augustus 2018 discrepanties ontdekt. Vervolgens heeft zij op 16 augustus 2018 Sasagar ingelicht over haar ontdekking. VKG heeft het dossier na de schadevaststelling overgedragen aan Vivat omdat het schadebedrag boven de volmachtlimiet lag. Bovendien is gesteld noch gebleken dat VKG al vóór 16 juni 2018 een voldoende mate van zekerheid had dat sprake was van een schending van de mededelingsplicht. Dat (de gevolmachtigde van) Vivat eerder op de hoogte had kunnen zijn, is niet van belang. Het gaat om een daadwerkelijke ontdekking (rov. 4.9.);

– in dit geval is sprake van schending van de mededelingsplicht ten aanzien van een ontegenzeggelijk ongunstig schadeverloop, zowel met betrekking tot de verzekeringnemer als de regelmatige bestuurder. Bij kennis van de ware stand van zaken ligt het in de rede dat Vivat de aanvraag niet zou hebben geaccepteerd. Sasagar heeft niet aangevoerd en evenmin is gebleken dat het acceptatiebeleid van Vivat op dit punt afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar. Dit betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat Vivat zonder schending van de mededelingsplicht geen verzekering voor de BMW zou hebben afgesloten

en dat zij dus op grond van art. 7:930 lid 4 BW geen uitkering is verschuldigd aan Sasagar (rov. 4.13.).

Hoger beroep

2.4. Bij dagvaarding van 19 oktober 2020 heeft Sasagar hoger beroep ingesteld van het eindvonnis met als inzet dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen, haar vorderingen alsnog zal toewijzen en NN zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen zij ter uitvoering van dit vonnis aan NN heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente.

2.5. Het hof heeft het eindvonnis in zijn in cassatie bestreden arrest van 11 januari 2022 bekrachtigd. Op hoofdlijnen samengevat heeft het hof daartoe als volgt overwogen:

– de rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voor de BMW een nieuwe verzekering bij Vivat is aangevraagd en tot stand gekomen (rov. 4.4.);

– Sasagar beroept zich tevergeefs op de vervaltermijn van art. 7:929 lid 1 BW: niet kan worden aangenomen dat Vivat eerder dan twee maanden voor 16 augustus 2018 met voldoende mate van zekerheid ervan kon uitgaan dat Sasagar haar mededelingsplicht niet was nagekomen (rov. 4.8.-4.13.);

– Sasagar heeft de laatste drie jaar voor de aanvraag van de verzekering meer dan één schade gehad (namelijk twintig schades) en in die periode is meer dan € 10.000 uitgekeerd (namelijk € 58.923,12). Dit betekent dat Sasagar de daarop gerichte vragen in het aanvraagformulier onjuist heeft beantwoord (rov. 4.14.);

– Sasagar wist of behoorde te begrijpen dat de beslissing van Vivat of, en zo ja op welke voorwaarden, zij de verzekering had willen sluiten afhangt of kon afhangen van het schadeverleden van Sasagar (rov. 4.15.-4.16.);

– bij bekendheid met de ware stand van zaken zou Vivat op grond van haar acceptatiebeleid, dat niet afwijkt van het beleid van een redelijk handelend verzekeraar, de verzekering niet hebben gesloten. Het beroep van Vivat op art. 7:930 lid 4 BW slaagt daarom (rov. 4.19.);

– de vordering van Sasagar is reeds op deze grond niet toewijsbaar. De vragen of Sasagar met het opzet tot misleiding van Vivat heeft gehandeld (art. 7:930 lid 5 BW) en of zij bij de aanvraag onjuiste informatie over de regelmatige bestuurder heeft verstrekt, kunnen daarom bij gebreke van belang onbeantwoord blijven (rov. 4.20.).

Cassatieberoep

2.6. Sasagar heeft bij procesinleiding van 30 maart 2022, derhalve tijdig, cassatieberoep ingesteld van het bestreden arrest. NN heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Vervolgens heeft NN haar standpunt schriftelijk toegelicht.

3. De kennisgevingsplicht van art. 7:929 lid 1 BW

A. Inleiding

3.1. In cassatie draait het, zo zal hierna blijken, alleen nog om de vraag of NN binnen de door art. 7:929 lid 1 BW gestelde termijn van twee maanden na ontdekking dat niet aan de mededelingsplicht is voldaan, Sasagar op deze niet-nakoming heeft gewezen onder vermelding van de mogelijke gevolgen. In dit verband komt nadrukkelijk de vraag aan de orde of bij toepassing van art. 7:929 lid 1 BW in verband met de aanvang van de tweemaandentermijn moet worden uitgegaan van een subjectieve uitleg ('heeft de verzekeraar daadwerkelijk ontdekt') of dat er ook ruimte is voor objectivering ('heeft de verzekeraar redelijkerwijs behoren te ontdekken'). In de verzekeringsrechtelijke literatuur wordt deze voor de praktijk relevante vraag niet eenduidig beantwoord. Hetzelfde geldt voor de feitenrechtspraak. Uw Raad heeft zich nog niet uitgelaten over deze kwestie.

3.2. Voordat ik aan beoordeling van de klachten toekom, maak ik daarom eerst een aantal opmerkingen over de regeling van art. 7:929 lid 1 BW. Daarbij kan ik profiteren van een arrest van 5 februari 2021 én de daaraan voorafgaande conclusie van collega Wissink, waarin de kernvraag weliswaar zag op een specifieke kwestie die hier niet speelt (jegens wie dient de mededeling te worden gedaan in het geval dat de verzekeringnemer vermist of overleden is?), maar waarin verschillende aspecten van de regeling van art. 7:929 lid 1 BW aan bod zijn gekomen.⁶ Voordat ik met

betrekking tot de zojuist centraal gestelde vraag tot een standpuntbepaling kom (H), wil ik de volgende thema's aan de orde stellen:

- inhoud van de wettelijke regeling op hoofdlijnen (B);
- achtergrond van art. 7:929 lid 1 BW: bezwaren van de oude verzwijgingsregeling (C);
- doel en strekking van de kennisgevingsplicht (D);
- vervaltermijn met bijbehorende rechtsgevolgen (E);
- wanneer begint de tweemaandentermijn te lopen? (F);
- geeft de regeling aanleiding en ruimte voor objectivering? (G)

B. Inhoud van de wettelijke regeling op hoofdlijnen

3.3. Art. 7:928 lid 1 BW betreft de mededelingsplicht van de verzekeringnemer. Hij is verplicht de verzekeraar vóór het sluiten van de overeenkomst 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 wil afsluiten, afhangt of kan afhangen. Indien niet aan deze mededelingsplicht is voldaan, kan de verzekeraar uitkering onder de verzekering weigeren dan wel verminderen in overeenstemming met art. 7:930 BW en onder bepaalde omstandigheden, overigens ook weer binnen twee maanden na de ontdekking, de verzekering met dadelijke ingang opzeggen (art. 7:929 lid 2 BW).⁷

3.4. Wil de verzekeraar daadwerkelijk een dergelijke remedie kunnen inroepen, dan dient hij de verzekeringnemer tijdig over de niet-nakoming van de mededelingsplicht te informeren, zo volgt uit art. 7:929 lid 1 BW:

“De verzekeraar die ontdekt dat aan de in artikel 928 omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, kan de gevolgen daarvan slechts inroepen indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen.”

15 (+1) jaar 'nieuw' verzekeringsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 41 e.v.

7 Een beroep van de verzekeraar op bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) of dwaling (art. 6:228 BW) is in art. 7:931 BW uitgesloten.

6 Zie HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman respectievelijk de conclusie van A-G Wissink voor dat arrest (ECLI:NL:PHR:2020:882), in het bijzonder randnummers 3.5-3.12. Zie inmiddels ook N. van Tiggele-van der Velde en L. Bartels, 'Vijftien jaar verzwijging. Steeds bestendiger, maar in de praktijk blijft het een waarderingskwestie', in N. van Tiggele-van der Velde, S.Y.Th. meijer en N. Vloemans (red.), *De praktijk van*

3.5. Op grond van art. 7:929 lid 1 BW rust op de verzekeraar een 'kennisgevingsplicht'⁸ jegens de verzekeringnemer. Na ontdekking heeft de verzekeraar twee maanden om de verzekeringnemer op de hoogte te stellen – hetgeen ingevolge art. 7:933 lid 1 BW schriftelijk moet geschieden⁹ – van de niet-nakoming van diens mededelingsplicht en van de mogelijke gevolgen daarvan.

3.6. Niet-nakoming van deze verplichting kan de verzekeraar duur komen te staan. Zij heeft namelijk tot gevolg dat de verzekeraar zich niet kan beroepen op de gevolgen van schending van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer. Bij schending van de kennisgevingsplicht mist de verzekeraar dus de zojuist in randnummer 3.3 genoemde bevoegdheid tot weigering dan wel vermindering van de uitkering en ook de onder omstandigheden bestaande bevoegdheid tot opzegging van de verzekering met dadelijke ingang.¹⁰

3.7. Uit de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 7:929 lid 1 BW blijkt dat de kennisgevingsplicht een ruim toepassingsbereik heeft.¹¹

De kennisgevingsplicht geldt ook als de schending van de mededelingsplicht pas na verwezenlijking van het verzekerde risico wordt ontdekt.¹² In de praktijk is dat overigens de veruit meest voorkomende situatie waarin een schending wordt ontdekt.¹³ De kennisgevingsplicht is ook aan de orde als de verzekeringnemer zelf de verzekeraar informeert dat er bij de opgave een fout is gemaakt.¹⁴ Zelfs geldt de kennisgevingsplicht als de verzekeraar ontdekt dat de verzekeringnemer met het opzet tot misleiding heeft gehandeld¹⁵

3.8. In het arrest van 5 februari 2021 heeft Uw Raad uitgemaakt dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de vraag of de verzekeraar aan de ken-

- 8 Aldus Uw Raad in HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.1.2. In de literatuur wordt in dit verband ook wel over een 'waarschuwingsplicht' gesproken. Zie de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882, voetnoot 3 bij randnummer 3.5) voor het zojuist genoemde arrest, de *NJ*-noot van N. van Tiggele-van der Velde bij dat arrest onder 13-15 en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.1 (p. 282) (voetnoot 212). Ik zal de verplichting van de verzekeraar op grond van art. 7:929 lid 1 BW in deze conclusie in navolging van Uw Raad aanduiden als 'kennisgevingsplicht'.
- 9 Zie HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.1.2.
- 10 Zie HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.1.2.
- 11 Zie in dit verband de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummers 3.6-3.8 en voor de wetsgeschiede-

- nis M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 30-34.
- 12 Zie de hierna in randnummer 3.12 samengevatte parlementaire geschiedenis en verder K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.4-7.2.4.3 (p. 243-248).
- 13 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 30 (MvT), Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 180, N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2 (p. 40-41), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.4 (p. 245) en *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:929 BW (bijgewerkt tot en met 16 januari 2021), aant. 3 (P. van Zwieten en K. Engel).
- 14 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 32 (MvA I) en Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 182.
- 15 Zie ook K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.11 (p. 268-269).

nisgevingsplicht heeft voldaan, op de verzekeraar rusten.¹⁶ Dit volgt uit de hoofdregel van de bewijslastverdeling van art. 150 Rv. Naleving van de kennisgevingsplicht is immers nodig voor het slagen van een beroep door de verzekeraar op de rechtsgevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht.¹⁷

3.9. Art. 7:929 BW is van semi-dwingend recht: van deze bepaling kan niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde worden afgeweken indien de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is en hij de verzekering sluit anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:943 lid 3 BW).

C. Achtergrond van art. 7:929 lid 1 BW: bezwaren van de oude verzwijgingsregeling

3.10. De regeling van art. 7:928 e.v. BW verving de zogenoemde verzwijgingsregeling zoals die onder het oude verzekeringsrecht gold. Vóór 1 januari 2006 bepaalde art. 251 WvK dat de verzekering kon worden vernietigd bij een verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwijging van aan de verzekerde bekende omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten indien de verzekeraar van de ware stand van zaken had kennis gedragen. Bij het alles-of-niets-karakter van de sanctie (vernietigbaarheid, terugwerkende kracht van vernietiging) werden wel vraagtekens geplaatst;¹⁸ in de literatuur werd zelfs

gesproken van een ‘altijd niets’-stelsel.¹⁹ Met art. 7:928 tot en met 7:930 BW is juist gekozen voor een regime ter zake van schending van de mededelingsplicht van de verzekeringnemer dat voorziet in een meer genuanceerde regeling van de gevolgen van deze schending en vooral meer gericht is op het voortbestaan van de verzekeringsdekking dan de regeling onder het oude verzekeringsrecht.²⁰

3.11. De door art. 251 WvK aan de verzekeraar toegekende bevoegdheid om zich na het ontdekken van verzwijging²¹ op vernietiging te beroepen

19 Zie bijvoorbeeld J.H. Wansink, ‘Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in titel 7.17 BW: een nieuw geluid?’, in P.J.M. Drion, J.G.C. Kamphuisen, J.H. Wansink en B.K.M. Lauwerier (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 2.1.5 (p. 12-13), N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 138) (voetnoot 77) en N. van Tiggele-van der Velde, ‘Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige’, in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.1 (p. 39).

20 Zie L. Dommering-van Rongen, ‘De mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering’, in P.J.M. Drion, J.G.C. Kamphuisen, J.H. Wansink en B.K.M. Lauwerier (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 1.1 (p. 28) en 2.2 (p. 42-45), M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, ‘Enige bespiegelingen aangaande het leerstuk “verzwijging”: de mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst’, *NTHR* 2008-5, p. 201-205 en p. 215-216 en N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 137-138), N. van Tiggele-van der Velde, ‘Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige’, in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.1 (p. 39-40) en F.H.J. Mijnsen en K. Engel, *Verzekering* (Mon. BW B88), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 8.1.

21 Met ‘verzwijging’ werd in art. 251 WvK bedoeld het bewust niet mededelen van feiten. Daarnaast was art. 251 WvK van toepassing wanneer feiten verkeerd zijn medegedeeld (de verkeerde opgave). Zowel onder

16 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.3.2. In de literatuur werd de vraag op wie in het kader van art. 7:929 lid 1 BW de stelplicht en bewijslast rust voordien verschillend beantwoord. Zie daarover nader de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor het zojuist genoemde arrest, randnummers 3.42.1-3.42.5.

17 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.3.2.

18 Zie bijvoorbeeld J.H. Wansink en A.S.J. van Garderen-Groeneveld, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 68. Zie overigens ook M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 29 (MvT).

was niet aan een termijn gebonden.²² In de verzekeringsrechtelijke literatuur is hierop kritiek geleverd: de regeling zou tot willekeur en langdurige rechtsonzekerheid bij de verzekerde kunnen leiden. De introductie van art. 7:929 lid 1 BW lijkt op deze kritiek terug te voeren.²³

D. Doel en strekking van de kennisgevingsplicht

3.12. Uit de memorie van toelichting blijkt dat bij art. 7:929 lid 1 BW is uitgegaan “van de gedachte dat, indien de verzekeraar ontdekt dat de mededelingsplicht niet is nagekomen, hij de verzekeringnemer niet in onzekerheid mag laten, of hij zich een beroep op zijn rechten wil voorbehouden”.²⁴ Waar volgens het oorspronkelijk wetsvoorstel de verzekeraar in de kennisgeving moest mededelen “dat hij zich zijn rechten dienaangaande voorbehoudt” is dit bij Nota van wijziging veranderd in de “vermelding van de mogelijke gevolgen”. Daarmee is beoogd te voorkomen dat de verzekeringnemer de gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht “te optimistisch inschat en hem vervolgens bij verwezenlijking van het risico een uitkering onthouden wordt. Zou de verzekeringnemer van dit mogelijk gevolg eerder op de hoogte zijn geweest dan had hij wel-

licht getracht een andere verzekering te sluiten.”²⁵ Volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel zou de kennisgevingsplicht slechts gelden indien het risico zich nog niet heeft verwezenlijkt vóór of binnen twee maanden na de ontdekking. Deze beperking is bij Nota van wijziging geschrapt omdat “het voor de verzekeringnemer toch van belang kan zijn dat hij spoedig weet welke gevolgen de verzekeraar aan de niet-nakoming van de mededelingsplicht wil verbinden. Dit kan bijvoorbeeld voor de verzekeringnemer van belang zijn voor de vraag of hij moet trachten om zijn schade elders te verhalen”.²⁶ Na deze wijzigingen is de strekking van art. 7:929 lid 1 BW in de parlementaire behandeling nog aldus toegelicht dat “lid 1 van dit artikel beoogt te voorkomen dat een verzekeraar die ontdekt dat de verzekeringnemer niet aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan, de zaak op zijn beloop laat en daarop pas een beroep doet nadat een schade is gevallen (...). Indien de verzekeraar binnen de termijn van twee maanden wijst op de mogelijke, in artikel 7.17.1.6 [uiteindelijk art. 7:930 BW, A-G] uiteengezette gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht, heeft de verzekeringnemer de keuze of hij de overeenkomst niettemin wil voortzetten en het voorbehoud voor kennisgeving aanneemt, of in overleg treedt om tot een wijziging van de overeenkomst te komen, dan wel op de voet van lid 3 de verzekering opzegt.”²⁷

3.13. Onder verwijzing naar deze parlementaire geschiedenis heeft Uw Raad doel en strekking van de in art. 7:929 lid 1 BW neergelegde kennisgevingsplicht in het meergenoemde arrest van 5 februari 2021 als volgt aangeduid:²⁸

“Uit de parlementaire geschiedenis,²⁹ weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal

het oude als onder het nieuwe verzekeringsrecht wordt ‘verzwijging’ ook wel gebruikt als overkoepelend begrip voor het niet voldoen aan de mededelingsplicht. Zie bijvoorbeeld H.J. Scheltema en F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, par. 3.41 (p. 93-94), F. Stadermann, ‘De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging’, *AV&S* 2009, p. 10 (voetnoot 2) en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 99 (voetnoot 247).

- 22 Wel kon de verzekeraar door zijn eigen gedrag het recht om zich op art. 251 WvK te beroepen verwerken, zo volgt uit HR 28 februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5201, NJ 1986/527 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Old Amster BV/Vof [...]*), rov. 3.4.
- 23 Zie K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.1 (p. 239-240) en *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:929 BW (bijgewerkt tot en met 16 januari 2021), aant. 1 (P. van Zwieten en K. Engel).
- 24 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 30 (MvI).

- 25 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 31 (NvW1).
- 26 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 31 (NvW1).
- 27 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 32 (MvA I).
- 28 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.1.3.
- 29 Op deze plaats verwijst Uw Raad in voetnoot naar M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis*

onder 3.7.1-3.7.4, blijkt dat aan de kennisgevingsplicht de gedachte ten grondslag ligt dat de verzekeraar zijn wederpartij niet in onzekerheid mag laten over de vraag of hij zich een beroep op schending van de mededelingsplicht wil voorbehouden, en de zaak niet op haar beloop mag laten. Verder blijkt uit die parlementaire geschiedenis dat de wetgever met de kennisgevingsplicht ook meer specifieke belangen van de verzekeringnemer heeft willen beschermen. Zo kan het voor de verzekeringnemer van belang zijn snel duidelijkheid te hebben over de vraag of de verzekeraar dekking weigert, omdat de verzekeringnemer dan nog de gelegenheid heeft elders een verzekering te sluiten of een derde aan te spreken.²⁹

3.14. Dit zwaarwegende belang van de verzekeringnemer kan (mede) verklaren, zoals collega Wissink in zijn meergenoemde conclusie heeft gesuggereerd,³⁰ dat de kennisgevingsplicht een semi-dwingend karakter heeft, dat sprake is van een vervaltermijn (hierna randnummer 3.16) en dat de kennisgevingsplicht een ruim toepassingsbereik heeft. In het arrest van 5 februari 2021 heeft de door Uw Raad geschetste achtergrond ook doorgewerkt bij het antwoord op de vraag of voor een geslaagd beroep van de verzekeringnemer op het ontbreken van een tijdige kennisgeving door de verzekeraar vereist is dat de verzekeringnemer daardoor daadwerkelijk nadeel heeft geleden. Uw Raad heeft in deze uitspraak bevestigd dat dit niet het geval is; een nadeelsvereiste geldt dus niet. Volgens Uw Raad strookt dit met de aan art. 7:929 lid 1 BW ten grondslag liggende gedachte dat de verzekeraar de verzekeringnemer niet in onzekerheid mag laten over de vraag of hij een beroep wil doen op de schending van de mededelingsplicht.³¹

3.15. Vermelding verdient hier echter dat in de literatuur relativerende kanttekeningen zijn ge-

plaatst bij het belang dat in de parlementaire geschiedenis wordt gehecht aan het voorkomen van onnodige onzekerheid voor de verzekeringnemer met het oog op eventuele door hem te ondernemen vervolgacties.³² Dat geldt in het bijzonder voor de vraag of de verzekeringnemer werkelijk de gelegenheid zal hebben een wijziging van de verzekering overeen te komen met zijn huidige verzekeraar of zijn belangen bij een andere verzekeraar onder te brengen. Bepaald niet uitgesloten is dat de huidige verzekeraar het moreel risico dat de verzekeringnemer met zich brengt niet meer wil lopen en dat een nieuwe verzekeraar, als deze juist over de voorgeschiedenis wordt geïnformeerd, de post zal weigeren of in ieder geval voor de verzekeringnemer (zeer) ongunstige voorwaarden zal stellen.³³

E. Vervaltermijn met bijbehorende rechtsgevolgen

3.16. De tweemaandentermijn³⁴ van art. 7:929 lid 1 BW is een vervaltermijn: de termijn betreft de

32 Zie over (verschillende aspecten van) het belang van de verzekeringnemer in dit verband ook de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummers 3.9 en 3.10.1-3.11.2.

33 Zie in dit verband M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.1 (p. 282-283) en K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.2 (p. 241-242).

34 In de wetgeschiedenis is de duur van twee maanden overigens niet nader toegelicht. De termijn lijkt willekeurig gekozen, aldus K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.3 (p. 243) en ook L. Mok, *Verzekeringsrecht. Civielrechtelijke hoofdstukken*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, nr. 6.2 (p. 64). Volgens P. van Haastrecht-van Kuilenburg, 'De kennisgevingsplicht van levensverzekeraars in geval van verzwijging', *NTHR* 2021-5/6, par. 2.2.1 (p. 206-207) zou de wetgever er goed aan doen om de termijn te verkorten tot dertig dagen. De wetgever heeft er immers voor gekozen de termijn te laten aanvangen op het moment dat de verzekeraar voldoende zekerheid heeft verkregen dat de

van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. *Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 30-34.

30 Zie de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummer 3.9.

31 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, rov. 3.1.5. Zie ook de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor dat arrest, randnummer 3.11.2.

bevoegdheid om een beroep te doen op de gevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht en de termijn heeft ‘sterke werking’ in die zin dat door het verstrijken daarvan de bevoegdheid als zodanig teniet gaat.³⁵ De termijn is niet van openbare orde maar strekt, als gezegd, tot bescherming van belangen van de betrokken verzekeringnemer. Dat betekent dat de rechter niet ambtshalve

aan art. 7:929 lid 1 BW mag toetsen.³⁶ Het stuiten of anderszins verlengen van de termijn is niet mogelijk omdat de wet daarin niet voorziet en aan art. 7:929 lid 1 BW juist de gedachte ten grondslag ligt dat de verzekeringnemer niet in onzekerheid mag worden gelaten.³⁷ De tweemaandetermijn biedt dus zelf geen flexibiliteit, maar het moment waarop deze termijn begint, biedt wel enige ruimte.³⁸

mededelingsplicht is geschonden. Op het moment dat de termijn begint te lopen heeft de verzekeraar dan ook al voldoende gelegenheid gehad voor onderzoek en beraad over de gevolgen die hij aan de schending wenst te verbinden. Een termijn van dertig dagen zou dan ruim voldoende zijn om een definitieve beslissing te nemen. W.C.T. Weterings, ‘De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief. Bespreking van het proefschrift van mr. K. Engel’, *MvV* 2018/1, par. 4.4 (p. 8) wijst er echter op dat een ruimere termijn van twee maanden een deel van de discussies over het aanvangen van de termijn buiten de deur houdt: discussie over een afwijkend standpunt met betrekking tot het aanvangstijdstip is niet zinvol als het met dat afwijkende standpunt corresponderende aanvangstijdstip nog steeds binnen de twee maanden valt.

- 35 Vergelijk Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 431-433. In de (verzekeringsrechtelijke) literatuur is onomstreden dat het in art. 7:929 lid 1 BW om een vervaltermijn gaat. Zie onder meer F. Stadermann, ‘De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging’, *AV&S* 2009, p. 14-15, F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 107-108, K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.5 (p. 248-252), Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 182 en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, ‘De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien’, in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.3 (p. 286). Zie ook de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummer 3.9.

- 36 K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.5.1 (p. 249). Instemmend Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 182 en A-G Wissink in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, voetnoot 16 bij randnummer 3.9, die erop wijst dat hetzelfde geldt bij de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW, zoals blijkt uit HR 29 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, *NJ* 2006/80 ([...] / [...]).

- 37 Zie F. Stadermann, ‘De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging’, *AV&S* 2009, p. 14-15, dezelfde, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.8 (p. 107-108), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.5.3 (p. 251-252), M.L.S.W.E. de Lange, ‘De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht’, in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 94) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, ‘De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien’, in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.3 (p. 286). Vergelijk Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 432 en 436.

- 38 Aldus A-G Wissink in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, *NJ* 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en *JA* 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummer 3.13. In datzelfde randnummer wijst hij er (‘overigens’) ook op dat in de literatuur voor bepaalde gevallen een objectivering wordt be-

F. Wanneer begint de tweemaandetermijn te lopen?

3.17. Voor het begin van de tweemaandetermijn knoopt art. 7:929 lid 1 BW aan bij het moment waarop de verzekeraar de niet-nakoming van de mededelingsplicht heeft ontdekt. Wanneer is sprake van 'ontdekking' als bedoeld in deze bepaling? In de parlementaire geschiedenis is daarover het volgende opgemerkt:³⁹

“De leden van de fracties van de PvdA en de VVD vragen voorts wat in de zin van artikel 7.17.1.5 lid 1 [uiteindelijk art. 7:929 lid 1 BW, A-G] moet worden verstaan onder 'ontdekking' en hoe dit moet vaststaan. Deze leden verwijzen daarbij ook naar lid 3: de situatie kan zich voordoen dat de verzekeringnemer misschien zelf vast gaat opzeggen uit paniek, terwijl dat wel erg voorbarig is. Deze leden menen dan ook dat het voor de hand ligt dat het dossier over mogelijke verzwijging min of meer rond moet zijn.

Dit laatste kan ik beamen. Een vermoeden van schending van de mededelingsplicht is niet voldoende. Nodig is dat de verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft. Aldus wordt ook voorkomen dat de verzekeringnemer al te snel wordt gesteld voor de vraag of hij de verzekering moet opzegging.”

3.18. Uit deze passage blijkt dat om van een ontdekking te kunnen spreken bij de verzekeraar een voldoende mate van zekerheid moet bestaan dat de mededelingsplicht is geschonden. Heeft de verzekeraar enkel een vermoeden dat de mededelingsplicht is geschonden, dan doet dat de tweemaandetermijn (nog) niet aanvangen.

3.19. Hoewel de parlementaire geschiedenis niet veel meer houvast biedt, wordt hieruit wel afgeleid dat de voor een ontdekking vereiste mate van zekerheid kan meebrengen dat de verzekeraar de ruimte heeft om een mogelijke schending van de mededelingsplicht eerst nader te (laten) onderzoeken.⁴⁰ Dat is ook in het belang van de verzeke-

ringnemer aangezien nader onderzoek kan voorkomen dat deze voorbarig met een verwijt van schending van de mededelingsplicht wordt geconfronteerd.⁴¹ Het onderzoek kan onder meer inhouden dat de verzekeringnemer wordt gevraagd om nadere gegevens te verstrekken die een gerezen vermoeden zouden kunnen ontzenuwen.⁴²

3.20. Daarbij moet worden bedacht dat de ruimte voor onderzoek van een vermoedelijke schending van de mededelingsplicht buiten de tweemaandetermijn valt omdat deze termijn pas na de ontdekking gaat lopen.⁴³ Zo beschouwd is deze termijn best lang. Een nader onderzoek heeft mede daarom dan ook een zekere urgentie: de verzekeraar zal bij een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet stil kunnen blijven zitten.⁴⁴

sink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.2 (p. 43-45) en M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.1 (p. 92-93).

41 M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinke, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen en J.G.J. Rinke (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 287).

42 K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.1 (p. 254) en M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 95-96) onder verwijzing naar hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:207, rov. 19.

43 M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 95, laatste alinea).

44 K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.1 (p. 253-254) en Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Klu-

pleit (hierna randnummers 3.22 e.v.), maar daarop hoefde hij in zijn conclusie verder niet in te gaan.

39 M.L. Hendrikse e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7, titel 17 BW. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 34 (Nota I Inv. 7.17).

40 Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wan-

3.21. In dit verband is verder van belang, zoals in de literatuur ook wordt benadrukt, dat een ontdekking veronderstelt dat de verzekeraar niet alleen bekend is met de (ware) stand van zaken maar ook vaststelt (c.q. heeft kunnen vaststellen) dat deze niet overeenkomt met de opgave ten tijde van het sluiten van de verzekering.⁴⁵ Dat betekent dat het moment van ontdekking niet zonder meer het moment is waarop gegevens over de ware stand van zaken bij de verzekeraar binnenkomen. Voor de beoordeling of sprake is van ontdekking kan verder relevant zijn in welk kader de gegevens

zijn opgevraagd of in beeld zijn gekomen en of deze terecht zijn gekomen bij een medewerker van de verzekeraar die tot taak heeft een schending van de mededelingsplicht te onderzoeken (bijvoorbeeld een dossierbehandelaar).⁴⁶ Ook in dit opzicht biedt het begrip 'ontdekken' enige ruimte.

G. Geeft de wettelijke regeling aanleiding en ruimte voor objectivering?

3.22. De tekst van art. 7:929 lid 1 BW spreekt over "de verzekeraar die ontdekt" en niet ook over 'de verzekeraar die had behoren te ontdekken'.⁴⁷ Die tekst duidt op een subjectieve benadering: op welk moment heeft de verzekeraar feitelijk vastgesteld dat de mededelingsplicht niet is nagekomen? Op dat moment gaat vervolgens de tweemaandtermijn lopen. Ook de parlementaire geschiedenis lijkt daarvan uit te gaan, evenals de litera-

wer 2019, nr. 181. Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Kifid 24 april 2018 (nr. 2019-008), rov. 4.6.

45 N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 139), N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.2 (p. 43), Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 181, F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 11 en 12, F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.1 (p. 101), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.1 (p. 253), M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.1 (p. 92) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 288). Zie wat betreft de rechtspraak onder meer hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904, rov. 4.11, hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1073, rov. 3.23 en ook Geschillencommissie Kifid 24 april 2018 (nr. 2019-008), rov. 4.7 en Geschillencommissie Kifid 13 juni 2016 (nr. 2017-135), rov. 4.7. De Geschillencommissie verwijst daarbij steeds naar het zojuist genoemde arrest van het hof Arnhem van 12 juni 2012.

46 Zie N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 140), F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12, F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.3 (p. 102), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.3 (p. 256-258), M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 94-95) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 288). Zie verder hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904, rov. 4.11.

47 Aldus N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 140) en N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.2 (p. 43) en 3.2.3 (p. 45).

tuur⁴⁸ en de feitenrechtspraak in uitgangspunt.⁴⁹ Dat neemt niet weg dat in de literatuur ook aandacht wordt gevraagd voor de scherpe kanten van een zuiver subjectieve uitleg. In dit verband wordt wel een zekere objectivering bepleit die in bepaal-

de gevallen als correctiemechanisme zou kunnen dienen.

3.23. Zo heeft Stadermann als eerste aan de hand van enkele casusposities⁵⁰ betoogd dat een uitsluitend subjectieve uitleg niet in alle omstandigheden tot een bruikbare en rechtvaardige oplossing leidt.⁵¹ Voor die gevallen is hij voorstander van een ruimere uitleg van het begrip 'ontdekken' door dit te objectiveren. In de door hem bepleite definitie is van een ontdekking in de zin van art. 7:929 lid 1 BW sprake wanneer de verzekeraar feitelijk vaststelt dan wel (redelijkerwijs) behoort vast te stellen (door het werkelijke risico te toetsen aan hetgeen de verzekeringnemer heeft opgegeven dat, in mijn woorden, de mededelingsplicht is geschonden).⁵² Een dergelijke objectivering past volgens hem in het verzekeringsrecht waarin ook aan verzekerden verplichtingen worden opgelegd die ontstaan nadat zij iets hebben *behoren* vast te stellen, zoals in art. 7:941 BW (schademelding) en art. 7:957 BW (bereddingsplicht) die beide betrekking hebben op het geval dat een risico zich heeft verwezenlijkt.⁵³ Tegelijkertijd meent

48 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 11, F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.1 (p. 100-101), N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.2 (p. 43-44), Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 181, K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.2 (p. 254), E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.1.3.8 (p. 123-124), W.C.T. Weterings, 'De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief. Bespreking van het proefschrift van mr. K. Engel', *MvV* 2018/1, par. 4.4 (p. 8) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 288).

49 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1355, rov. 4.4., hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:190, rov. 8.7, hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:207, rov. 19. en Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3002, rov. 4.11. Dat neemt niet weg dat er in de feitenrechtspraak soms ook wordt uitgegaan van een zekere objectivering, zoals die in de hierna te bespreken literatuur is bepleit. Zie bijvoorbeeld duidelijk Geschillencommissie Kifid 11 februari 2014 (nr. 2014-068), rov. 5.4-5.5 en ook Geschillencommissie Kifid 30 april 2015 (nr. 2016-075), rov. 4.10 (in welk geval de geschillencommissie overigens geen aanleiding voor objectivering ziet). In hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904 laat het hof ruimte voor objectivering, maar ziet het hof daarvoor in de concrete zaak ook geen aanleiding (rov. 4.11).

50 Hij geeft onder meer het voorbeeld dat de verzekeraar een expertiserapport aanvankelijk niet goed bestudeert, maar bij herlezing een half jaar later alsnog uit dat rapport de conclusie trekt dat de mededelingsplicht niet is nagekomen. Ook een van zijn voorbeelden betreft het geval dat een expertisebureau door personeelstekort pas een jaar na verlening van de opdracht aan de verzekeraar rapporteert, waarna de verzekeraar enkele dagen later op basis van dat rapport ontdekt dat sprake is van niet-nakoming van de mededelingsplicht. In beide gevallen zou de verzekeraar naar de letter van art. 7:929 lid 1 BW niet het recht hebben verloren om zich binnen twee maanden na herlezing van het rapport respectievelijk ontvangst van het rapport alsnog op de gevolgen van schending van de mededelingsplicht te beroepen.

51 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 11-14 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.1-4.2.6 (p. 100-106).

52 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 14 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.6 (p. 106).

53 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verze-*

Stadermann dat terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen dat een verzekeraar heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, zodat de verzekeraar ruimte heeft om zorgvuldig met een vermoeden van schending van de mededelingsplicht om te gaan. Verder is opzet tot misleiding bij de verzekeringnemer in zijn optiek eveneens een reden om terughoudendheid te betrachten.⁵⁴

3.24. De gedachte dat niet kan worden volstaan met een zuiver subjectief begrip 'ontdekking' en dat een zekere objectivering in bepaalde gevallen wenselijk is, heeft in de literatuur steun gekregen, zij het dat de betrokken auteurs zich, net als Stadermann overigens, niet of nauwelijks bekommeren om de vraag hoe dat in het wettelijk systeem zou moeten worden ingepast.⁵⁵

3.25. Bij nadere bestudering van de literatuur valt een aantal zaken op. Behalve de steun voor een

zekere objectivering met dien verstande dat de verschillende auteurs van mening verschillen over de vraag in welke gevallen precies, en de beperkte aandacht voor het inpassen in het wettelijk systeem, is dat de nadruk op terughoudendheid bij het toepassen van objectivering én op het casuïstische karakter van de problematiek. Dat zagen we al bij Stadermann, maar ook Engel betoogt bijvoorbeeld dat van een 'behoren te ontdekken' ook weer niet te snel sprake moet zijn en dat het telkens afhangt van de casus en de aan te voeren omstandigheden of de verzekeraar eerder had behoren te ontdekken of niet.⁵⁶ De Lange merkt op dat in "sommige gevallen" de verzekeraar ook had 'behoren te ontdekken' en dat het lastig is om vast te stellen wanneer dat het geval is.⁵⁷ Volgens Van Tiggele-van der Velde komt objectivering erop neer dat het ontdekken in tijd naar een eerder moment wordt getrokken. Zij wil dit beperken tot "situaties waarin de redelijkheid en billijkheid in opstand komen tegen een ander oordeel" maar verlangt ook dan nog steeds dat de gedane opgave en de ware stand van zaken met elkaar konden worden vergeleken (hiervoor randnummer 3.21). Ook volgens haar is de materie casuïstisch.⁵⁸

keringsdekking, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4 (p. 103). E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.1.3.8 (p. 123-124) en M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.5.3.1 (p. 32-33) halen dit betoog instemmend aan.

- 54 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 13-14 en dezelfde, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.5 (p. 104-106).
- 55 Zie onder meer M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.5.3.1 (p. 32-33), E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.1.3.8 (p. 123-124), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.2 (p. 254-256), M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4 (p. 95), P. van Haastrecht-van Kuilenburg, 'De kennisgevingsplicht van levensverzekeraars in geval van verzwijging', *NTHR* 2021-5/6, par. 2.2.2 (p. 207-208) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 289-290).

- 56 K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.2 (p. 255-256).
- 57 M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 95, tweede alinea).
- 58 N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.3 (p. 45-49). In Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 181, is deze passage aldus samengevat dat Van Tiggele-van der Velde concludeert "dat met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden enige ruimte blijft voor een objectivering van het begrip 'ontdekking'. En alleen (...) in het geval dat de opgave en de ware stand met elkaar konden worden vergeleken."

3.26. Onduidelijk blijft hoe de voorstanders van objectivering de inbedding daarvan in het wettelijk systeem voor zich zien. Een meerderheid lijkt ervan uit te gaan dat in art. 7:929 lid 1 BW kan worden ingelezen dat de tweemaandentermijn ook gaat lopen als de verzekeraar de schending van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer 'had behoren te ontdekken'.⁵⁹ De Asser-bewerker noemen in dit verband, onder verwijzing naar een eerdere publicatie van Van Tiggele-van der Velde, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁰ In die eerdere publicatie spreekt zij echter, het kwam al ter sprake, van het 'in opstand komen van de redelijkheid en billijkheid' hetgeen veeleer duidt op een rol voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶¹ Stadermann noemt bij één van de door

hem besproken casusposities inderdaad de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor objectivering, maar plaatst deze techniek blijkbaar – ook gezien de door hem bepleite definitie van het begrip 'ontdekking' (randnummer 3.23 hiervoor) – naast de mogelijkheid van een geobjectiveerde uitleg van ontdekking in art. 7:929 lid 1 BW.⁶² Een enkeling is weliswaar voorstander van objectivering, maar acht daarvoor wetgevend optreden noodzakelijk. In dit verband noem ik Van Haastrecht-van Kuilenburg die zich sterk maakt voor objectivering maar deze uitdrukkelijk in de wettekst verankerd zou willen hebben juist ter vermijding van (verdere) discussies.⁶³

H. Standpuntbepaling

3.27. Zoals ik hiervoor in randnummer 3.22 heb opgemerkt, wijzen de tekst van art. 7:929 lid 1 BW ("de verzekeraar die ontdekt") en de parlementaire geschiedenis duidelijk in de richting van een subjectieve uitleg van het begrip 'ontdekking'. Voor de systematiek van het Burgerlijk Wetboek geldt hetzelfde. Indien naar de bedoeling van de wetgever het begin van een termijn (meer) objectief moet worden benaderd, is dat in de desbetreffende bepaling tot uitdrukking gebracht met een formulering in de trant van 'had (redelijkerwijs) behoren'. Een voorbeeld hiervan biedt de regeling van de klachtplicht van art. 6:89 BW en art. 7:23 lid 1, eerste volzin BW.⁶⁴ Bij het ontbreken van een

- 59 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12-14, F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4-4.2.6 (p. 103-106), M.L. Hendrikse, *Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, par. 2.5.3.1 (p. 32-33), M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 289), K. Engel, *De contractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 7.2.6.2 (p. 254-255), E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.1.3.8 (p. 123-124), W.C.T. Weterings, 'De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief. Bespreking van het proefschrift van mr. K. Engel', *MvV* 2018/1, par. 4.4 (p. 8) en M.L.S.W.E. de Lange, 'De ontdekking van het niet-nakomen van de mededelingsplicht', in W.M.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner en K.J.L. Verschoof (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4.2 (p. 95-96).
- 60 Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 181.
- 61 N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwijging, een bijdrage over de termijn van ontdekking, de redelijk handelend verzekeraar en de rol van de deskundige', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekerings-*

recht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.3 (p. 47).

- 62 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4 (p. 103).
- 63 P. van Haastrecht-van Kuilenburg, 'De kennisgevingsplicht van levensverzekeraars in geval van verzwijging', *NTHR* 2021-5/6, par. 2.2.2 (p. 207-208).
- 64 Stadermann ziet in de regeling van de klachtplicht in art. 7:23 BW juist een argument voor een objectieve uitleg. Zie F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4 (p. 103). Zie nader over het begin van de klachttermijn onder meer Asser Bijzondere overeenkomsten/Jac. Hijma, *Deel 7-I. Koop en ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nrs. 808 e.v., R.P.J.L.

dergelijke formulering moet worden uitgegaan van een subjectieve uitleg, zoals bijvoorbeeld ook wordt aangenomen ten aanzien van het begrip 'bekendheid' in verband met (het aanvangen van) de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.⁶⁵ Dat in art. 7:941 lid 1 BW en art. 7:957 BW aan de verzekerde verplichtingen worden opgelegd nadat deze iets heeft vastgesteld of had behoren vast te stellen, is dus anders dan Stadermann betoogt, geen argument voor een objectieve uitleg van het begrip 'ontdekking' in de zin van art. 7:929 lid 1 BW.⁶⁶ In die bepalingen is immers een objectieve uitleg in de formulering (met het woord "behoort") tot uitdrukking gebracht, zodat daaraan juist een argument *tegen* een objectieve uitleg van art. 7:929 lid 1 BW is te ontleen.

Tijttens en H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 34 e.v. en L. Spronck, *Grondslagen van de extinctieve verjaring, verval, rechtsverwerking en de klachtplicht in rechtsvergelijkend perspectief*, diss., Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 148 e.v.

65 Vaste rechtspraak sinds HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 m.nt. H.J. Snijders ([...] /Wilton Feijenoord), rov. 3.4.2. Zie verder onder meer Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 415 en *GS Vermogensrecht*, art. 3:310 (bijgewerkt tot en met 19 mei 2022), aant. 4.3.1 (M.W.E. Koopman). Volgens Stadermann gaat een vergelijking met art. 3:310 lid 1 BW niet op omdat de tweemaandetermijn van art. 7:929 lid 1 BW geen verjaringstermijn is en strekt tot bescherming van de uitkeringsgerechtigde. Zie F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 13 (voetnoot 15) en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4 (p. 104, voetnoot 261).

66 F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging', *AV&S* 2009, p. 12 en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, diss., Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, par. 4.2.4 (p. 103). In deze zin ook E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.1.3.8 (p. 124) en M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, 'De waarschuwingsverplichting van de verzekeraar ex art. 7:929 lid 1 BW nader bezien', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huijzen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 289).

3.28. Ik kom daarom tot de conclusie dat een objectieve uitleg van het begrip 'ontdekking' (door onder dat begrip niet alleen feitelijk/daadwerkelijk ontdekken te vatten maar ook het behoren te ontdekken) niet verenigbaar is met de tekst van art. 7:929 lid 1 BW en de kennelijke bedoeling van de wetgever.

3.29. Daarmee is niet gezegd dat er binnen het wettelijk stelsel geen enkele mogelijkheid is om de onwenselijke gevolgen van een subjectieve benadering, en die zijn inderdaad niet ondenkbaar, tegen te gaan.

3.30. Voor toepassing van de *aanvullende* werking van de redelijkheid en billijkheid, waar als gezegd de Asser-bewerker op hinten, zie ik ten aanzien van art. 7:929 lid 1 BW geen ruimte. Hier kan niet van een leemte in de rechtsverhouding tussen partijen worden gesproken, zoals toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 1 BW verlangt. Hier zou de aanvulling niet zozeer betrekking hebben op een leemte in de rechtsverhouding tussen de bij de concrete verzwijgingszaak betrokken partijen, maar op een kennelijk, althans in de ogen van voorstanders van objectivering, bestaande lacune in (de tekst van) art. 7:929 lid 1 BW die verzwijgingszaken in het algemeen raakt. Het zou dan ook niet gaan om *incidentele* aanvulling van een specifieke rechtsverhouding, gemakkelijk gezegd de *overeenkomst*, maar om *structurele* aanvulling van een *wettekst*. Dat strookt in dit geval, bij art. 7:929 lid 1 BW, opnieuw niet met de kennelijke bedoeling van de wetgever. Dezelfde bezwaren zijn aan de orde wanneer de insteek niet die van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is, maar die van een 'redelijke uitleg' van art. 7:929 lid 1 BW: Behalve dat een dergelijke uitleg niet past bij meergenoemde bedoeling van de wetgever is het ook niet zo dat de subjectieve uitleg evident onredelijk is of de praktijk voor grote problemen stelt. Juist dan zou men zich iets kunnen voorstellen bij het inzetten van het instrument van de 'redelijke (al dan niet op de praktijk afgestemde) uitleg'.

3.31. Toepassing van de *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid is daarentegen wel degelijk voor te stellen in het geval dat de verzekeraar kan worden aangerekend dat hij niet eerder de schending van de mededelingsplicht heeft ont-

dekt.⁶⁷ Dat zou ertoe kunnen leiden dat de verzekeraar zich niet op de gevolgen van deze schending kan beroepen ondanks dat hij aan de kennisgevingsplicht heeft voldaan, althans binnen twee maanden na een feitelijke ontdekking kennis heeft gegeven in de zin van art. 7:929 lid 1 BW. Onder de noemer van art. (6:2 lid 2 en/of) 6:248 lid 2 BW kunnen dan de eventuele scherpe kanten van een zuiver subjectieve benadering (feitelijk/daadwerkelijk ontdekken) worden afgeslepen. Deze benadering brengt als zodanig al de terughoudendheid mee die ook volgens diverse voorstanders van objectivering gewenst is én biedt ook ruimte voor het op een gepaste wijze in aanmerking nemen/wegen van andere relevante omstandigheden als een al dan niet boosaardige intentie bij de verzekeringnemer.⁶⁸ De met toepassing van art. 6:248 lid 2 BW gepaard gaande casuïstiek (aan 'de achterkant' in de context van een terughoudend toe te passen correctieinstrument) is bovendien beter te verteren dan die aan de orde is bij toepassing van een 'behoren te ontdekken' in art. 7:929 lid 1 BW als zodanig ('aan de voorkant'). In het kader van de vraag of een beroep van de

verzekeraar op (de gevolgen van) schending van de mededelingsplicht afstuit op art. 6:248 lid 2 BW in verband met een volgens de verzekeringnemer ontijdige kennisgeving (verzekeraar had de schending eerder moeten ontdekken) is, anders dan bij reguliere toepassing van art. 7:929 lid 1 BW (randnummer 3.14 hiervoor), eventueel wel relevant of en zo ja welk nadeel verzekeringnemer nadeel heeft ondervonden van het ontijdige kennisgeven. Dat is de consequentie van het beoordelingskader van art. 6:248 lid 2 BW.

3.32. Tot slot nog een enkele relativiserende opmerking over het belang (en misschien ook wel de noodzaak) van art. 7:929 lid 1 BW. De wetgever heeft met art. 7:929 lid 1 BW een regeling op het oog gehad die het belang van de verzekeringnemer bij duidelijkheid na een ontdekking (ook met het oog op eventuele te ondernemen vervolgcacties) wilde dienen maar tegelijkertijd ook willen voorkomen dat de verzekeringnemer met voorbarige mededelingen wordt geconfronteerd. De verzekeraar heeft in het beoogde stelsel de ruimte om een eventuele aanwijzing of vermoeden te onderzoeken. Ik heb hiervoor al gewezen (randnummer 3.15) op literatuur waarin wordt benadrukt dat de ruimte voor vervolgcacties (onderhandelen met de eigen verzekeraar, onderbrengen bij een andere verzekeraar) feitelijk vaak klein is. Verder stip ik aan dat men vanuit de praktijk wel eens geluiden opvangt dat de praktische betekenis van art. 7:929 lid 1 BW voor verzekeringnemers ook om een andere reden beperkt is. Verzwijging wordt eerst en vooral ontdekt bij een uitkeringsverzoek en verzekeraars lijken in geval van een aanwijzing daarvoor juist snel een beroep op verzwijging te doen, al was het maar om geen risico te lopen op verlies van rechten. Eerder dan voor talmende verzekeraars (verzekeraars die een verzwijging mogelijk zelfs voor zich zouden houden om premies te blijven innen en pas wanneer het uitkomt een beroep op verzwijging te doen) die met art. 7:929 lid 1 BW tot actie zouden moeten worden aangespoord, zou dan gevreesd moeten worden voor de hiervoor bedoelde voorbarige kennisgevingen. Als dat waar is, zet dat de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde problematiek ook wel in een ander daglicht: het belang van art. 7:929 lid 1 BW voor de dagelijkse verzekeringspraktijk moet dan niet worden overschat.

67 Zie ook de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2020:882) voor Zie HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde en JA 2021/74 m.nt. E.J. Wervelman, randnummer 3.12 waarin hij eerst in abstracto wijst op de mogelijkheid dat een beroep van de verzekeringnemer op het ontbreken van een (tijdige) kennisgeving naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW en vervolgens daaraan in randnummers 3.22 en 3.24.1-3.24.2 concrete invulling geeft in een overigens geheel andere context dan in de onderhavige zaak aan de orde is.

68 In een stelsel waarin de tweemaandentermijn niet alleen aanvangt bij 'ontdekken', maar, zoals de voorstanders van objectivering willen, ook bij 'behoren te ontdekken', kan een eventuele boosaardige intentie als zodanig moeilijk buiten beschouwing worden gelaten: dat gegeven als zodanig maakt iets immers niet moeilijker te ontdekken. De voorstanders benadrukken echter juist bij een dergelijke intentie wel terughoudendheid: in een dergelijk geval mag 'behoren te ontdekken' kennelijk in het belang van de verzekeraar niet zo snel worden aangenomen. Juist in het kader van art. 6:248 lid 2 BW kan de intentie van de verzekeringnemer als relevante factor in aanmerking worden meegenomen: een zuivere in zijn voordeel, maar een boosaardige in zijn nadeel.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het middel, dat drie onderdelen omvat, is gericht tegen de verwerping van het beroep op het verstrijken van de tweemaandetermijn van art. 7:929 lid 1 BW in de rov. 4.9.-4.13. van het bestreden arrest.

4.2. Het hof heeft daarbij het volgende vooropgesteld:

“4.9. Artikel 7:929 lid 1 BW brengt mee dat een verzekeraar die heeft ontdekt dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen, de verzekeringnemer daarover niet onnodig lang in onzekerheid mag laten. Om te kunnen spreken van ‘ontdekking’ in de zin van deze bepaling is blijkens de wetsgeschiedenis een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende, maar is nodig dat de verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft. De verzekeraar behoort in de gelegenheid te worden gesteld te toetsen of de feiten die hij heeft ontdekt een beroep op een schending van de mededelingsplicht kunnen rechtvaardigen. Voor zover Sasagar van een andere invulling van het begrip ‘ontdekking’ uitgaat, falen haar stellingen.”

4.3. Vervolgens heeft het hof de onderbouwende stellingen van Sasagar besproken:

“4.10. Sasagar verwijst naar de rapportage van CED van 23 april 2018 en stelt dat VKG op basis daarvan onregelmatigheden had ontdekt. Dit rapport heeft VKG vervolgens met het proces-verbaal aan Vivat toegezonden. De twee-maanden-termijn van artikel 7:929 lid 1 BW was volgens Sasagar al verstreken toen Vivat bij brief van 16 augustus 2018 haar standpunt aan Sasagar meedeelde. Sasagar [*lees: Sasagar, A-G*] voert daartoe meer specifiek aan dat VKG door de rapportage van CED bekend is geworden met onregelmatigheden aan de zijde van Sasagar. Die bekendheid bij VKG, die als gevolmachtigde optrad namens Vivat, heeft te gelden als bekendheid bij Vivat. Subsidiair stelt Sasagar dat Vivat na ontvangst van het rapport van CED twee maanden lang niets heeft gedaan.

4.11. Vaststaat dat CED de opdracht is gegeven om een onderzoek te verrichten naar de toedracht en de omvang van de schade. Vivat heeft onweersproken gesteld dat over het schadeverleden van de regelmatige bestuurder van de BMW en andere betrokkenen in de rapportage van CED niet wordt gerept. Daarmee kan niet worden aangenomen dat VKG in april 2018, met de ontvangst van

het rapport van CED, reeds onregelmatigheden had ontdekt in de hiervoor in 4.9 bedoelde zin.

4.12. Tussen partijen staat verder vast dat VKG vanwege de hoogte van de diefstalsschade niet bevoegd was in dit geval de schadebehandeling op zich te nemen. Tegen die achtergrond kan niet worden aangenomen dat VKG bevoegd was een standpunt in te nemen over de dekking. Omdat zij niet bevoegd was de schade te behandelen, heeft VKG het dossier op 1 mei 2018 aan Vivat toegestuurd (productie 3 bij conclusie van antwoord). Een reactie van Vivat bleef vervolgens uit. Bij e-mail van 18 juni 2018 heeft VKG geïnformeerd naar de stand van zaken. Toen is volgens Vivat gebleken dat de stukken niet bij haar waren aangekomen. Zij heeft het dossier op 18 juni 2018 alsnog per e-mail van VKG ontvangen, waaronder het rapport van CED. In het rapport van CED staat [bestuurder 4] als de regelmatige bestuurder van de BMW vermeld. Vivat heeft zijn naam opgezocht in het fraudesysteem van verzekeraars dat bij iedere schademelding gecheckt moet worden. Daaruit bleek dat [bestuurder 4] bekend was met verschillende eerdere schadegevallen op een ander adres dan aan CED was opgegeven en dat de BMW bovendien bij dat adres was gestolen. Verder bleek dat een ander dan [bestuurder 4] als de regelmatige bestuurder op het schadeaangifteformulier was vermeld. Dit (...) alles was aanleiding voor Vivat om bij VKG navraag te doen over de regelmatige bestuurder van de BMW. Verder heeft Vivat nader onderzoek gedaan naar het schadeverleden van Sasagar. Op basis van de gegevens die zij heeft ontvangen, heeft Vivat uiteindelijk geconcludeerd dat de mededelingsplicht door Sasagar [*lees: Sasagar, A-G*] op verschillende onderdelen niet was nagekomen.”

4.4. Het hof is tot de volgende slotsom gekomen:

“4.13. Sasagar stelt wel dat Vivat en VKG eerder van de relevante omstandigheden op de hoogte waren, maar zij gaat niet in op de hiervoor genoemde e-mail van VKG van 18 juni 2018 waaruit volgt dat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan Vivat heeft toegestuurd, maar dat Vivat de stukken niet eerder dan 18 juni 2018 heeft ontvangen. Bij gebreke daarvan heeft Sasagar haar stellingen onvoldoende onderbouwd en is evenmin aanleiding om Vivat te bevelen haar gehele dossier in het geding te brengen, zoals door Sasagar is verzocht. Pas na de ontvangst van het dossier kon Vivat onderzoek doen naar de regelmatige bestuurder en het schadeverleden. VKG had op haar

beurt dat onderzoek niet uitgevoerd, omdat zij niet bevoegd was de schadebehandeling op zich te nemen.

Het voorgaande betekent dat niet kan worden aangenomen dat Vivat eerder dan twee maanden voor 16 augustus 2018 met voldoende mate van zekerheid ervan kon uitgaan dat Sasagar haar mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering niet was nagekomen.”

4.5. *Onderdeel 1* klaagt dat de rov. 4.7.-4.13. blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip ‘ontdekking’ in art. 7:929 lid 1 BW omdat het hof is uitgegaan van een subjectieve in plaats van een objectieve benadering van dat begrip, waarbij het hof zich ten onrechte enkel heeft gebaseerd op de wetsgeschiedenis van deze bepaling, althans de wetsgeschiedenis niet op de juiste wijze heeft gelezen. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat bij de uitleg van het begrip ‘ontdekking’ “een meer geobjectiveerde, op de redelijkheid te baseren betekenis moet worden gehanteerd”.

4.6. Ik lees in de bestreden overwegingen dat het hof inderdaad ervan is uitgegaan dat ‘ontdekking’ als bedoeld in art. 7:929 lid 1 BW subjectief moet worden uitgelegd. Dat blijkt met name uit rov. 4.9., waarin het hof heeft verwezen naar de tekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling en vervolgens heeft overwogen dat voor zover Sasagar van een andere invulling van het begrip ‘ontdekking’ uitgaat, haar stellingen falen.⁶⁹ Het uitgangspunt van het hof is, zo volgt uit hetgeen hiervoor in randnummers 3.17-3.28 is opgemerkt, naar mijn mening juist. *Onderdeel 1* faalt daarom alleen al omdat het op een onjuiste rechtsopvatting is gebaseerd.

4.7. Indien ‘ontdekking’ wél objectief zou moeten worden uitgelegd, kan dat Sasagar naar mijn mening overigens niet baten. Ik licht dit toe.

4.8. Sasagar heeft met grief IV bestreden dat binnen twee maanden na ontdekking van de schending van de mededelingsplicht aan de kennisge-

vingsplicht is voldaan. In de toelichting op deze grief heeft Sasagar betoogd dat bij de uitleg van het begrip ‘ontdekking’ dient te worden uitgegaan van het moment waarop de verzekeraar behoort te ontdekken. Zij stelde dat dit “in april 2018” is geweest en “(d)at VKG dat toen niet heeft gedaan, is VKG / Vivat te verwijten en daarvan kan Sasagar niet de dupe worden.”⁷⁰ In de daaraan voorafgaande toelichting heeft Sasagar aangevoerd dat een ontdekking door de gevolmachtigde moet worden gelijkgesteld met een ontdekking door de verzekeraar, dat niet ter zake doet dat Vivat het dossier pas op 18 juni 2018 heeft ontvangen, dat het dossier op 23 april 2018 compleet was, dat VKG hoe dan ook reeds onregelmatigheden had ontdekt na ontvangst van het rapport van CED in april, en dat Vivat/VKG de zaak te lang hebben laten liggen.⁷¹

4.9. Deze stellingen stuiten, ook als moet worden uitgegaan van een objectieve uitleg van het begrip ‘ontdekking’, naar mijn mening af op de in cassatie niet c.q. (zoals hierna in randnummers 4.14.-4.20. zal blijken) tevergeefs bestreden oordelen van het hof:

- dat in het rapport van CED niet wordt gerept over het schadeverleden van de regelmatige bestuurder van de BMW en andere betrokkenen, waardoor niet kan worden aangenomen dat CED in april 2018 met de ontvangst van dit rapport reeds onregelmatigheden had ontdekt (rov. 4.11.);
- dat niet kan worden aangenomen dat VKG bevoegd was een standpunt over de dekking in te nemen aangezien VKG vanwege de hoogte van de diefstalschade niet bevoegd was de schadebehandeling op zich te nemen (rov. 4.12.);
- dat Sasagar niet is ingegaan op de e-mail van VKG van 18 juni 2018, waaruit volgt dat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan NN (Vivat) heeft toegestuurd, maar NN (Vivat) de stukken niet eerder dan op 18 juni 2018 heeft ontvangen (rov. 4.13.).

4.10. Zo beschouwd kan onderdeel 1 ook niet tot cassatie leiden, omdat Sasagar geen belang daarbij heeft.

4.11. *Onderdeel 2* is opgebouwd uit twee subonderdelen, aangeduid met 2a en 2b.

4.12. Volgens *subonderdeel 2a* heeft het hof in rov. 4.7.-4.13. blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de verdeling van de stelplicht

69 Vergelijk de schriftelijke toelichting van NN, randnummers 2.3 en 2.6, alwaar wordt betoogd dat het middel getuigt van een verkeerde lezing van het bestreden arrest omdat daaruit niet kan worden afgeleid dat het hof een “puur subjectieve” uitleg van het ontdekkingsbegrip heeft gehanteerd. Als NN volgens het hof niet eerder “kon” weten dan had zij ook niet eerder behoren te weten, zo wordt in de schriftelijke toelichting geredeneerd.

70 Memorie van grieven, randnummers 36.-37.

71 Memorie van grieven, randnummers 30.-35.

en bewijslast die voortvloeit uit art. 7:929 lid 1 BW, althans zijn oordeel onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd. Het subonderdeel betoogt dat het aan de verzekeraar is om te stellen dat binnen de vervaltermijn aan de kennisgevingsplicht⁷² is voldaan, en dus om een concreet moment van ontdekking te stellen. NN heeft niet, althans onvoldoende precies, gesteld wat het moment van ontdekking van de verzwijging was, terwijl Sasagar heeft aangevoerd dat “niet aannemelijk is” dat het moment van ontdekking binnen de vervaltermijn lag. Mede gelet op haar bewijsaanbod in hoger beroep had het hof aan NN een bewijsopdracht moeten verlenen ten aanzien van het moment van ontdekking en dat dit moment binnen de vervaltermijn was gelegen. Voorts is met het oordeel van het hof dat niet aannemelijk is dat NN de onregelmatigheden reeds in april 2018 had ontdekt, niet uitgesloten dat NN die onregelmatigheden wel heeft ontdekt nadat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan haar toestuurde. Het hof had aan NN moeten opdragen te bewijzen dat zij het dossier eerst op 18 juni 2018 heeft ontvangen aangezien tussen 1 mei en 18 juni 2018 bijna zeven weken liggen en Sasagar heeft bestreden, althans niet aannemelijk heeft geacht, dat NN het dossier eerst op 18 juni 2018 heeft ontvangen, aldus nog steeds subonderdeel 2a.

4.13. *Subonderdeel 2b* klaagt dat het hof in rov. 4.13. de afwijzing van het verzoek van Sasagar om op grond van art. 22 Rv aan NN te bevelen haar gehele dossier over te leggen, niet voldoende inzichtelijk heeft gemotiveerd. Betoogd wordt dat Sasagar al in de inleidende dagvaarding heeft bestreden dat het dossier eerst op 18 juni 2018 is ontvangen door te stellen dat deze gang van zaken “niet aannemelijk” is.⁷³ Daarmee heeft Sasagar de datum van overdracht van het dossier kenbaar en ondubbelzinnig in twijfel getrokken. Het hof had daarom niet de stellingen van NN mogen volgen en, gelet op de bewijslast die ingevolge art. 7:929 lid 1 BW op NN rust, het verzoek op grond van art. 22 Rv niet mogen afwijzen.

4.14. De beide subonderdelen, die zich voor een gezamenlijke bespreking lenen, nemen op zich

terecht tot uitgangspunt dat de stelplicht en bewijslast dat aan de kennisgevingsplicht van art. 7:929 lid 1 BW is voldaan op de verzekeraar rust; zie uitdrukkelijk het arrest van Uw Raad van 5 februari 2021, zoals hiervoor in randnummer 3.8 is besproken. Van belang is verder het volgende.

4.15. NN heeft in haar conclusie van antwoord gesteld:⁷⁴

“Reaal [*lees: NN, A-G*] ontving het dossier, waaronder het expertiserapport, op 18 juni 2018. Het aanvraagformulier ontving zij op 31 juli 2018 en op 9 augustus 2018 werd de ware stand van zaken vergeleken met de gegevens in het aanvraagformulier. Daarmee staat vast dat van een vermoeden, laat staan een ontdekking in de zin van art. 7:929 BW, vóór 16 juni 2018 (twee maanden vóór de brief) geen sprake kon zijn. (...)”

4.16. In hoger beroep heeft NN deze stelling bij memorie van antwoord herhaald.⁷⁵

“4.39 Reaal [*lees: NN, A-G*] heeft in eerste aanleg inzage gegeven in de gang van zaken vanaf de schademelding tot de ontdekking. Daarbij is onder meer inzichtelijk gemaakt dat Vivat het expertiserapport van CED pas op 18 juni 2018 ontving, terwijl het aanvraagformulier nog weer later werd ontvangen (31 juli 2018) en pas kort daarna, op 9 augustus 2018, de ware stand van zaken werd vergeleken met de gegevens in het aanvraagformulier. Dat moment is bepalend voor de vraag of sprake is geweest van ontdekking.

4.40. Tot 9 augustus, maar in elk geval tot 16 juni 2018 (twee maanden vóór de brief waarmee Vivat Sasagar wees op de gevolgen van de schending van de mededelingsplicht) was enkel sprake van een vermoeden. (...)”

4.17. In de stelling dat NN op 9 augustus 2018 ‘de ware stand van zaken heeft vergeleken met de gegevens op het aanvraagformulier’ ligt duidelijk besloten dat zij op die datum de niet-nakoming van de mededelingsplicht heeft ontdekt. In de literatuur en rechtspraak wordt immers aangenomen dat een ontdekking op deze vergelijking neerkomt; zie hetgeen hiervoor in randnummer 3.21 is opgemerkt. Voor zover onderdeel 2 betoogt dat NN niet of onvoldoende nauwkeurig heeft gesteld op welk moment zij de niet-nakoming van de

72 Het middel hanteert hier de term ‘waarschuwingsplicht’. Zie daarover hetgeen hiervoor in voetnoot 8 is opgemerkt.

73 Het middel verwijst naar de inleidende dagvaarding, randnummer 60.

74 Conclusie van antwoord, randnummer 34.

75 Memorie van antwoord, randnummers 4.39-4.40.

mededelingsplicht heeft ontdekt, ontbeert het dus een feitelijke grondslag.

4.18. Voor zover het onderdeel zich erop beroept dat Sasagar heeft gesteld dat niet aannemelijk is dat VKG het dossier niet eerder dan op 18 juni 2018 aan NN heeft overgedragen, kan het alleen al niet tot cassatie leiden, omdat Sasagar die stelling (ook blijkens de in het middel genoemde vindplaats⁷⁶) niet in hoger beroep heeft aangevoerd, zodat het hof in zijn beoordeling niet daarop in behoefde te gaan.⁷⁷

4.19. Voor zover onderdeel 2 betoogt dat niet is uitgesloten dat NN de onregelmatigheden heeft ontdekt nadat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan haar toestuurde, kan het niet tot cassatie leiden omdat Sasagar die stelling niet in hoger beroep heeft aangevoerd, althans ontbreekt in het middel een vermelding dat en waar in de processtukken Sasagar die stelling heeft aangevoerd.⁷⁸ Deze stelling kan dan ook niet afdoen aan het oordeel van het hof in rov. 4.10.-4.14.

4.20. Voor het overige getuigt het oordeel van het hof naar mijn mening niet van een onjuiste rechtsopvatting over de verdeling van de stelplicht- en bewijslast en is niet onbegrijpelijk dat het hof in rov. 4.13. heeft overwogen dat Sasagar wel stelt dat Vivat en VKG eerder van de relevante omstandigheden op de hoogte waren, dat Sasagar echter niet ingaat op de e-mail van VKG van 18 juni 2018 waaruit volgt dat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan NN (Vivat) heeft toegestuurd maar dat NN (Vivat) de stukken niet eerder dan op 18 juni 2018 heeft ontvangen, en dat bij gebreke van een reactie op deze e-mail Sasagar haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd en er

evenmin aanleiding is om Vivat te bevelen haar gehele dossier in het geding te brengen. Ik merk hierbij op dat het hof met “haar stellingen” blijkbaar heeft gedoeld op: de stellingen die Sasagar ten grondslag heeft gelegd aan haar betwisting dat tijdig aan de kennisgevingsplicht is voldaan.

4.21. De slotsom is dat de subonderdelen 2a en 2b falen.

4.22. *Onderdeel 3* behelst een voortbouwklacht en moet daarom het lot van de voorafgaande onderdelen delen.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

Hoge Raad

1. Procesverloop

(...)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Het gaat in deze zaak om de vraag op welk moment de termijn van twee maanden begint te lopen waarbinnen een verzekeraar een beroep op verzwijging kan doen (art. 7:929 BW).

2.2. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1. In het kort gaat het om het volgende.

(i) Sasagar is een bedrijf dat zich voornamelijk bezighoudt met koeriersdiensten. Tot haar bedrijfsauto's behoorde een BMW.

(ii) Sasagar heeft de BMW in 2016 verzekerd bij een rechtsvoorganger van NN (hierna ook: NN). Daarbij is in het door de tussenpersoon ingevulde aanvraagformulier de vraag “Heeft verzekeringnemer de laatste 3 jaar 1 schade gehad of is de laatste 3 jaar in totaal meer dan EUR 10.000,- aan schade betaald?” beantwoord met “Nee”.

(iii) De BMW is in maart 2018 gestolen. Sasagar heeft aanspraak gemaakt op uitkering van de diefstalschade.

(iv) Op 16 augustus 2018 heeft NN aan Sasagar geschreven dat bij de aanvraag van de verzekering voor de BMW het schadeverleden niet naar waarheid is opgegeven en dat zij de voorlopige conclusie trekt dat dit opzettelijk is gebeurd. In deze brief wijst NN op de gevolgen die aan de onjuiste beantwoording van het aanvraagformulier kunnen worden verbonden, waaronder het verval van het recht op een vergoeding.

76 In voetnoten 26 en 27 van de procesinleiding wordt verwezen naar de inleidende dagvaarding, randnummer. 60. waar het volgende valt te lezen: “Voorts is niet te controleren of de overdracht daadwerkelijk plaatsvond op 18 juni. De overdracht per die datum conflicteert ook met het feit dat VKG namens Reaal op 2 juli 2018 een email zond aan Sasagar met vragen over de regelmatige bestuurder, waardoor duidelijk was dat VKG de zaak nog behandelde. Het is dan ook niet aannemelijk dat sprake was van een overdracht op 18 juni 2018, dan wel dat Reaal [lees NN, A-G] pas toen met betreffende feiten bekend werd.”

77 Vergelijk de memorie van grieven, randnummer 31.: “Het doet dan ook niet ter zake dat Vivat van VKG het dossier pas op 18 juni 2018 heeft ontvangen.”

78 Vergelijk de memorie van grieven, randnummer 31.

2.3. Sasagar vordert in deze procedure vergoeding van de diefstalschade. NN heeft uitkering geweigerd, onder meer op de grond dat Sasagar de vraag over het schadeverleden in het aanvraagformulier onjuist heeft beantwoord.

2.4. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daaraan heeft het onder meer het volgende ten grondslag gelegd.

Sasagar heeft de laatste drie jaar voor de aanvraag van de verzekering meer dan één schade gehad (namelijk twintig schades) en in die periode is meer dan € 10.000 uitgekeerd (namelijk € 58.923,12). Dit betekent dat Sasagar de daarop gerichte vragen in het aanvraagformulier onjuist heeft beantwoord. (rov. 4.14)

Art. 7:929 lid 1 BW brengt mee dat een verzekeraar die heeft ontdekt dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen, de verzekeringnemer daarover niet onnodig lang in onzekerheid mag laten. Om te kunnen spreken van ‘ontdekking’ in de zin van deze bepaling is blijkens de wetsgeschiedenis een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende, maar is nodig dat de verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft. De verzekeraar behoort in de gelegenheid te worden gesteld te toetsen of de feiten die hij heeft ontdekt een beroep op een schending van de mededelingsplicht kunnen rechtvaardigen. (rov. 4.9)

In de omstandigheden van dit geval kan niet worden aangenomen dat NN eerder dan twee maanden voor 16 augustus 2018 met voldoende mate van zekerheid ervan kon uitgaan dat Sasagar haar mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering niet was nagekomen. (rov. 4.13)

Sasagar heeft tegenover de stellingen van de verzekeraar over het acceptatiebeleid niets concreets aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat een redelijk handelend verzekeraar ondanks het schadeverleden – al dan niet tegen een hogere premie of op andere voorwaarden – wel een verzekering voor deze auto zou zijn aangegaan en bestrijdt ook niet dat het schadeverleden voor een redelijk handelend verzekeraar een relevant gegeven vormt. Het beroep van NN op art. 7:930 lid 1 BW slaagt. (rov. 4.19)

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel betoogt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsop-

vassing over het begrip “ontdekking” in art. 7:929 lid 1 BW omdat het is uitgegaan van een subjectieve, in plaats van een objectieve benadering van dat begrip.

3.2. Volgens art. 7:928 lid 1 BW is de verzekeringnemer 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. Als de verzekeringnemer niet aan deze mededelingsplicht heeft voldaan, is geen uitkering verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 4 BW).

3.3. Art. 7:929 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeraar die ontdekt dat aan de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, de gevolgen daarvan slechts kan inroepen indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen.

3.4. Aan de kennisgevingsplicht van art. 7:929 lid 1 BW ligt de gedachte ten grondslag dat de verzekeraar zijn wederpartij niet in onzekerheid mag laten over de vraag of hij zich een beroep op schending van de mededelingsplicht wil voorbehouden, en de zaak niet op haar beloop mag laten.⁷⁹ Tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling heeft de minister van Justitie over het begrip “ontdekking” het volgende opgemerkt: “De leden van de fracties van de PvdA en de VVD (...) menen (...) dat het voor de hand ligt dat het dossier over mogelijke verzwijging min of meer rond moet zijn.

Dit laatste kan ik beamen. Een vermoeden van schending van de mededelingsplicht is niet voldoende. Nodig is dat de verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft. Aldus wordt ook voorkomen dat de verzekeringnemer al te snel wordt gesteld voor de vraag of hij de verzekering moet opzeggen.”⁸⁰

3.5. Art. 7:929 lid 1 BW moet in het licht van het voorgaande aldus worden uitgelegd, dat de daarin genoemde vervaltermijn van twee maanden pas gaat lopen als de verzekeraar voldoende zekerheid

79 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, rov. 3.1.3.

80 Parl. Gesch. Verzekering, p. 34.

heeft verkregen dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval wanneer de verzekeraar de bedoelde zekerheid heeft verkregen, en of en in welke mate van de verzekeraar mag worden verwacht dat hij onderzoek doet nadat hij aanwijzingen heeft gekregen dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen.

3.6. Het onderdeel mist feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat het oordeel van het hof berust op een andere uitleg van art. 7:929 lid 1 BW dan hiervoor in 3.5 is weergegeven. Het faalt voor zover het een andere uitleg van deze bepaling verdedigt.

3.7. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Sasagar in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NN begroot op € 2.845,- aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Sasagar deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Inleiding

Art. 7:928 lid 1 BW verplicht de verzekeringnemer om vóór het sluiten van een overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen waarvan verzekeringnemer weet of behoort te weten dat deze voor de verzekeraar van belang zijn. Bij niet-naleving van deze verplichting vervalt het recht op uitkering. Althans, als tevens komt vast te staan dat de verzekeraar de verzekering niet zou hebben gesloten als hij wél juist zou zijn ingelicht. Dit beroep komt de verzekeraar echter slechts toe als hij 'binnen twee maanden na de ontdekking' van de schending van de mededelingsplicht, de verzekeringnemer op de niet-nakoming en de (mogelijke) gevolgen wijst

(art. 7:929 lid 1 BW). Doet de verzekeraar dat niet binnen twee maanden, dan vervalt zijn recht om een beroep te doen op de gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht. De vraag in onderhavig arrest was of deze termijn ingaat op het moment dat de verzekeraar de niet-nakoming daadwerkelijk heeft ontdekt (de subjectieve uitleg) of reeds op het moment dat de verzekeraar de niet-nakoming had behoren te ontdekken (de objectieve uitleg)? De Hoge Raad heeft zich thans hierover voor het eerst uitgesproken en kiest voor een – in de basis – subjectieve benadering. In de basis, want de invulling die de Hoge Raad geeft, lijkt toch wel enige objectivering te bevatten. De Hoge Raad neemt namelijk een zekere onderzoeksplicht aan voor de verzekeraar. Ten aanzien van deze mogelijke objectivering kan een parallel worden getrokken met een vergelijkbare discussie die al in het kader van art. 3:310 BW is gevoerd.

Oordeel van de Hoge Raad

Bestudering van de conclusie van A-G Hartlief is wel aan te bevelen om een beter beeld te krijgen van de discussie tussen de verzekeraar en verzekeringnemer. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt immers niet wat zich heeft afgespeeld tussen de diefstal van de auto in maart 2018 en de kennisgeving van de verzekeraar op 16 augustus 2018 van de schending mededelingsplicht. Uit de conclusie van A-G Hartlief blijkt dat Sasagar de diefstal heeft gemeld aan de volmacht van de verzekeraar. Vervolgens schakelt de volmacht expertisebureau CED in om de toedracht en omvang van de schade te onderzoeken. Uit dat onderzoek blijkt slechts wie de regelmatige bestuurder van de verzekerde auto was en dat de volmacht, gezien de schadeomvang, niet bevoegd was de schade verder te behandelen. Op 1 mei 2018 meldt de volmacht de diefstal bij de verzekeraar en verzoekt hem zelf de schade af te handelen wegens overschrijding van de volmachtlimiet. Het dossier blijkt niet bij de verzekeraar aangekomen, zodat de volmacht het dossier op 18 juni 2018 opnieuw opstuurt. Na ontvangst van het dossier doet de verzekeraar onderzoek en ontdekt dat de verzekeringnemer in het verleden, vóór het aangaan van de verzekering, maar liefst twintig schademeldingen heeft gedaan. Op 16 augustus 2018 doet de verzekeraar een beroep op de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Volgens het hof was dit tijdig, binnen twee

maanden nadat de verzekeraar er met voldoende mate van zekerheid van kon uitgaan dat de verzekeringnemer haar mededelingsplicht over haar schadeverleden had geschonden. In cassatie klaagt de verzekeringnemer vervolgens dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan door het begrip ‘ontdekking’ in art. 7:929 lid 1 BW subjectief uit te leggen in plaats van er ‘een meer geobjectiveerde, op de redelijkheid te baseren betekenis’ aan te geven.

De Hoge Raad oordeelt dat het middel niet kan slagen omdat het hof wel degelijk van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan. Hoewel niet expliciet overwogen door de Hoge Raad, volgt uit de overwegingen van de Hoge Raad dat het begrip ‘ontdekking’ in art. 7:929 lid 1 BW subjectief dient te worden uitgelegd. De Hoge Raad heeft de conclusie van A-G Hartlief aldus gevolgd op dit punt. Volgens A-G Hartlief duidt de tekst – alsmede de parlementaire geschiedenis – van art. 7:929 lid 1 BW op een subjectieve benadering, aangezien deze spreekt over ‘de verzekeraar die ontdekt’ en niet ook over ‘de verzekeraar die had behoren te ontdekken’. Noemenswaardig is overigens dat A-G Hartlief in zijn conclusie aangeeft dat zelfs als de objectieve uitleg van het begrip ‘ontdekking’ zou zijn gevolgd, dit de verzekeringnemer niet gebaat zou hebben. Uit het rapport van CED van april 2018 bleek immers niets over het onjuist vermelde schadeverleden. Bovendien bleek de volmacht onbevoegd en de verzekeraar beschikte vóór 18 juni 2018 niet over het dossier. In ieder geval is nu duidelijk dat bij de uitleg van het begrip ‘ontdekking’ van art. 7:929 lid 1 BW voortaan de subjectieve benadering toegepast moet worden. De Hoge Raad maakt met deze uitspraak een eind aan de discussie in de literatuur hierover. Ik verwijs in dit verband naar r.o. 3.23-3.26 waar A-G Hartlief ingaat op de tot nu toe geldende opvattingen in de literatuur. Wel vult de Hoge Raad de subjectieve uitleg nader in, door – in navolging van het hof (r.o. 4.13) – te oordelen dat het gaat om het moment dat de verzekeraar ‘voldoende zekerheid’ heeft verkregen over de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Daar voegt de Hoge Raad vervolgens aan toe dat de vraag of er sprake is van voldoende zekerheid, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, en de vraag ‘in welke mate’ van de verzekeraar mag worden verwacht dat hij onderzoek doet nadat hij aanwijzingen heeft gekregen

dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen.

De subjectieve bekendheid kan in ieder geval door de rechter uit bepaalde aangevoerde feiten en omstandigheden worden afgeleid. De rechter kan de bekendheid in dergelijke gevallen voorshands, dat wil zeggen behoudens door de verzekeraar te leveren tegenbewijs, veronderstellen. De Hoge Raad geeft, met zijn toevoeging aan de formulering van het hof, enige invulling aan ‘voldoende zekerheid’; die hangt volgens de Hoge Raad af van ‘de omstandigheden van het geval en de mate waarin van de verzekeraar verwacht mag worden dat hij nader onderzoek doet nadat hij aanwijzingen heeft verkregen dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen’. De vraag die hierbij opkomt, is of deze invulling van ‘voldoende zekerheid’ een objectivering van de subjectieve bekendheid vormt. Immers, ter beoordeling van de ‘mate waarin mag worden verwacht’ dat een verzekeraar actie onderneemt na verkregen aanwijzingen, lijkt een objectieve toetsing noodzakelijk. Dezelfde vraag kwam eerder op in het kader van de aanvang van de subjectieve termijn van art. 3:310 BW. Dit betrof het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010, *NJ 2012/196 (Vadèstru)*. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat degene die nalaat (een beperkt) onderzoek te verrichten naar de aansprakelijke persoon, zich ter afwering van een beroep op verjaring niet kan beroepen op de subjectieve onbekendheid. Met andere woorden: de verzekeraar heeft geen vrijbrief om een en ander rustig af te wachten als hij enige aanwijzingen heeft dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht niet is nagekomen. Indien die aanwijzingen er zijn, kan de verzekeraar dus niet beletten dat de vervaltermijn gaat lopen.

In het licht van de onderzoeksplicht ex art. 3:310 BW is in de literatuur discussie gevoerd over de vraag of het aannemen van een onderzoeksplicht van de benadeelde niet haaks staat op het subjectieve uitgangspunt. Lezenswaardig in dat kader is de conclusie van A-G Hartkamp bij het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2001.¹ In dat arrest moest de Hoge Raad zich voor het eerst buigen over de vraag of het in art. 3:310 BW opgenomen criterium ‘bekend is geworden’, louter subjectief dient te worden opgevat of dat er

1 ECLI:NL:PHR:2001:AB1208.

ruimte is voor een zekere objectivering. A-G Hartkamp geeft aan geen voorstander te zijn van het aannemen van een onderzoeksplicht, omdat dit een objectief criterium zou vormen. Daar voegt hij echter aan toe dat dit niet wegneemt dat de rechter de subjectieve bekendheid in sommige gevallen zal kunnen en moeten afleiden uit externe omstandigheden. Enige objectivering is volgens hem aldus onvermijdelijk.

Ook bij het arrest *Vadèstru* concludeerde A-G Spier, in r.o. 3.11, met verwijzing naar Smeehuijzen,² dat de subjectieve benadering niet in gedrang komt door het aannemen van een (beperkte) onderzoeksplicht. Parallel daaraan meen ik dat daar ook in het kader van art. 7:929 BW geen sprake van is. Het gaat er immers om wat de verzekeraar in dit geval, gelet op zijn werkelijke kennis, met het oog op het belang van de verzekeringnemer aan feiten zou moeten achterhalen.³ Het belang van de verzekeringnemer wordt in de Parlementaire Geschiedenis nader ingevuld als het belang om niet in onzekerheid te worden gelaten over de vraag of de verzekeraar zich een beroep op zijn rechten wil voorbehouden. Voor een overzicht van de discussie over de betekenis van het aannemen van een onderzoeksplicht voor de subjectieve uitleg van art. 3:310 BW, verwijs ik verder naar de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent bij het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2022.⁴

Ten slotte rest nog de vraag wat het onderhavige arrest van de Hoge Raad betekent voor de gevallen besproken door Stadermann in *AV&S 2009*, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging' (p. 14-15), zoals ook aangehaald door A-G Hartlief in r.o. 3.23 van zijn conclusie. Denk aan het geval waarbij de verzekeraar nog geen 'aanwijzing' voor de schending van de mededelingsplicht heeft. Bijvoorbeeld als hij het expertiserapport, waaruit de schending van de mededelingsplicht blijkt, niet goed heeft gelezen. Of aan het geval waarbij de verzekeraar wegens personeelstekort pas na enkele maanden toekomt aan de bestudering van het rapport. Kunnen deze omstandigheden eveneens worden betrokken bij de mee te wegen omstandigheden ter beoordeling van de vraag of er sprake is van

'voldoende zekerheid'? Of is daar geen plaats voor, omdat betoogd zou kunnen worden dat de verzekeraar nog geen aanwijzing had voor nader onderzoek? Tot slot rijst de vraag of het dan niet simpeler is om in die gevallen de oplossing te zoeken in het leerstuk van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 lid 2 en/of art. 6:248 lid 2 BW. Een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid belet immers dat de vervaltermijn van art. 7:929 BW ten gunste van de verzekeraar wordt verlengd. Ik verwijs in dit verband naar r.o. 3.31 van de conclusie van A-G Hartlief.

mr. T. Riyazi
advocaat bij NN Advocaten

113

Verzekeraar vordert terecht schadevergoeding na fraude wederpartij

Rechtbank Noord-Holland
5 april 2023, nr. 10192463,
ECLI:NL:RBNHO:2023:3074
(mr. Lips)

Fraude. Kosten extern fraudeonderzoek.

[BW art. 6:162]

Gedaagde is betrokken bij een aanrijding. De verzekeraar van de tegenpartij, Achmea, laat de schade onderzoeken door MEER Onderzoek. MEER concludeert dat gedaagde een oude schade als nieuwe schade opvoert. Achmea laat gedaagde weten dat hier sprake is van fraude en vordert vergoeding van onderzoekskosten. Gedaagde betaalt € 240.

Achmea vordert dat de kantonrechter gedaagde veroordeelt tot betaling van € 2.318,13. Grondslag hiervoor is dat gedaagde fraude gepleegd heeft door een oude schade te claimen. Dit levert een onrechtmatige daad op.

De kantonrechter neemt de conclusie van MEER Onderzoek over. Hieruit blijkt duidelijk dat de opgevoerde schade het gevolg is van een eerdere aanrijding. Gedaagde heeft zijn standpunt niet voldoende onderbouwd. Bovendien heeft ge-

2 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (2008).

3 Vgl. Smeehuijzen, p. 229.

4 ECLI:NL:HR:2022:627.