

## NJ 2023/301

## HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 juli 2023, nr. 22/01111

(Mrs. M.J. Kroeze, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, G.C. Makkink; A-G mr. T. Hartlief) m.n. N. van Tiggele-van der Velde<sup>\*</sup>

Art. 7:929 BW

NJB 2023/1964

RvdW 2023/805

ECLI:NL:HR:2023:1050

ECLI:NL:PHR:2023:140

**Verzekeringsrecht. Kennisgevingsplicht verzekeraar (art. 7:929 lid 1 BW) bij beroep op schending mededelingsplicht verzekeringnemer; aanvang vervaltermijn; bekendheid; onderzoeksplicht.**

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

Sasagar B.V., te Rotterdam, eiseres tot cassatie, hierna: Sasagar, adv.: mr. M.J. van Basten Batenburg, tegen

Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V., te Den Haag, verweerster in cassatie, hierna: NN, adv.: mrs. G.C. Nieuwland en P.J. Tanja.

**Hof:****4. Beoordeling**

4.1. Sasagar vordert in deze procedure dat NN in verband met de diefstal van de BMW wordt veroordeeld tot nakoming van de verzekering door over te gaan tot uitkering van de (diefstal)schade. De vordering ziet op primair op het verkrijgen van een uitkering onder de verzekering voor een bedrag van € 43.869,12, subsidiair uitkering van een evenredig deel daarvan zoals bepaald in artikel 7:930 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen

met wettelijke rente. Verder wordt door Sasagar aanspraak gemaakt op vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten voor een bedrag van € 1.468,57, althans een in goede justitie te bepalen bedrag.

4.2. De rechtbank heeft de vordering van Sasagar afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten van het geding in eerste aanleg. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Sasagar met zes grieven op.

**Nieuwe verzekering**

4.3. Met grief I bestrijdt Sasagar het oordeel van de rechtbank dat bij Vivat ten aanzien van de BMW een nieuwe verzekeringsovereenkomst tot stand is gekomen. Volgens Sasagar ging het om een lopende verzekering waarop tussentijds een motorvoertuig is vervangen. Dat leidde volgens Sasagar tot een wijziging van de verzekering. Er is volgens haar geen nieuwe verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen.

4.4. Deze grief faalt. VKG sloot als volmachtbedrijf ten behoeve van Sasagar voor haar bedrijfswagens verzekeringen bij verschillende verzekeraars. Toen Sasagar via tussenpersoon Hyfa de aanvraag voor de verzekering bij Vivat deed, had Sasagar nog geen verzekering bij Vivat lopen. Vivat was op dat moment dus nog niet de verzekeraar van Sasagar. Door de acceptatie van de aanvraag kan dus ook geen bestaande verzekering bij Vivat zijn voortgezet of gewijzigd. De rechtbank heeft daarvan uitgaande terecht geoordeeld dat voor de BMW een nieuwe verzekering bij Vivat is aangevraagd en tot stand gekomen.

**Schadeverleden bij andere verzekeraars**

4.5. Grief II is gericht tegen een kennelijke verschrijving van de rechtbank en kan daarom niet leiden tot vernietiging van het vonnis. De rechtbank heeft overwogen dat uit het Excelbestand dat in eerste aanleg is overgelegd volgt dat zowel het schadeverleden van Sasagar als verzekerde, als dat van de — al dan niet regelmatige — bestuurders van de BMW uit de familie [B] belast is. Het gaat om twintig schademeldingen in de periode vanaf 25 oktober 2013 tot aan de aanvraag van de verzekering op 13 juli 2016. In totaal is € 58.923,12 uitgekeerd, waarvan eenmalig € 28.500 in verband met een diefstal van een auto. Partijen zijn het erover eens dat het niet gaat om schademeldingen bij en uitkeringen van Vivat — zoals de rechtbank abusievelijk heeft overwogen — maar om het schadeverleden bij andere verzekeraars.

4.6. Aan de opmerking van Sasagar in de toelichting op grief II dat zij de juistheid van het Excelbestand niet heeft kunnen verifiëren en daarom niet uitgaat van de juistheid daarvan, gaat het hof voorbij omdat daarmee geen grief tegen het vonnis wordt aangevoerd. Met deze opmerking maakt Sasagar niet duidelijk tegen welke beslissingen in het vonnis zij bezwaren heeft en ook niet wat de argumenten zijn die tot vernietiging van het vonnis zou-

<sup>\*</sup> Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde is hoogleraar verzekeringsrecht aan de Erasmus universiteit Rotterdam en Radboud Universiteit Nijmegen.

den moeten leiden. In dat verband is van belang dat zij niet stelt dat er in het geheel geen schademeldingen zijn gedaan of dat het bedrag van de uitkeringen onder € 10.000 lag, terwijl zij over die gegevens wel moet beschikken.

Twee-maandentermijn van artikel 7:929 lid 1 BW

4.7. Met grief IV betoogt Sasagar dat Vivat niet binnen twee maanden na de ontdekking van de schending van de mededelingsplicht zich daarop heeft beroepen.

4.8. Deze grief is vergeefs voorgesteld. Daartoe wordt het volgende overwogen.

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.

4.10. 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-maandentermijn 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 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 ge-rept. 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 diefstalschade 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 email 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 email van VKG ontvangen, waaronder het rapport van CED. In het rapport van CED staat [E] 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 [E] 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 [E] als de regelmatige bestuurder op het schadeaangifteformulier was vermeld. Dit was 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 op verschillende onderdelen niet was nagekomen.

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.

Niet-nakoming mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering

4.14. Als onvoldoende gemotiveerd betwist moet ervan worden uitgegaan dat Sasagar als verzekeringnemer de laatste drie jaar voor de aanvraag van de verzekering meer dan één schade heeft gehad (namelijk twintig schades) en dat in die periode meer dan € 10.000 is uitgekeerd (namelijk € 58.923,12). Dit betekent dat Sasagar de daarop gerichte vragen op het aanvraagformulier over het schadeverleden onjuist heeft beantwoord.

4.15. Sasagar heeft in hoger beroep niet bestreden hetgeen de rechtbank in verband met deze niet-nakoming van de mededelingsplicht heeft overwogen, namelijk dat de gemiddelde verzekeringnemer behoort te begrijpen dat bij een aanvraag voor een zakelijke motorrijtuigenverzekering een juiste beantwoording van (acceptatie)vragen naar het schadeverleden van de verzekeringnemer van belang is voor de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten. Dit geldt volgens de rechtbank voor Sasagar des te meer, aangezien zij zich sinds 2003 bezig houdt met goederenvervoer over de weg, in het bezit is van dertien bedrijfsauto's en die auto's ook vóór 2016 al zakelijk verzekerd had bij andere verzekeraars. Gelet hierop mag bij haar een meer dan gemiddelde kennis van (de voorwaarden voor) zakelijke motorrijtuigenverzekeringen en de hoogte van de bijbehorende (kortingen op) premies worden verondersteld.

4.16. Dit betekent dat 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. Met de clauseule op het polisblad die behoort bij een verzekeringsaanvraag zonder handtekening is Sasagar daarop bovendien nog gewezen. Daarbij is opgemerkt dat de verzekeraar de uitkering kan weigeren als bij het aanvragen van de verzekering onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt.

Bij de ware stand van zaken geen verzekering gesloten

4.17. Vivat heeft in eerste aanleg haar acceptatierichtlijnen voor de gevolmachtigden overgelegd. Daarin is vermeld dat doorgaans geen acceptatie volgt bij onder meer een 'ongunstig' schadeverloop en dat acceptatie eventueel alleen plaatsvindt na overleg met haar acceptatieafdeling. Vivat heeft gesteld dat het schadeverleden in dit geval buitengewoon ongunstig was en dat zij de aanvraag daarom niet zou hebben geaccepteerd. De rechtbank is Vivat daarin gevolgd en heeft overwogen dat bij kennis van de ware stand van zaken het in de rede ligt dat (de gevolmachtigde van) Vivat de aanvraag – al dan niet na overleg met haar acceptatieafdeling – niet zou hebben geaccepteerd. Sasagar heeft volgens de rechtbank niet aangevoerd, en evenmin is gebleken, dat het acceptatiebeleid dat Vivat op dit punt afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar.

4.18. Met grief VI bestrijdt Sasagar dit oordeel. Volgens haar wijken de acceptatierichtlijnen van Vivat af van die van een redelijk handelende verzekeraar. Daarbij merkt zij op dat de BMW, anders dan andere van haar bedrijfsauto's, niet gebruikt wordt voor koeriersdiensten. Het betrof een personenauto voor zakelijke ritten. Volgens Sasagar had zij de auto, als Vivat de verzekering niet had geaccepteerd, probleemloos elders kunnen verzekeren.

4.19. Het hof stelt voorop dat een beroep van de verzekeraar op artikel 7:930 lid 4 BW in beginsel alleen zal kunnen slagen indien de verzekeraar aantoonbaar dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. De stelplicht en bewijslast dat de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten, rust op de verzekeraar. Op basis van haar acceptatierichtlijnen heeft Vivat toegelicht dat zij de aanvraag bij een ongunstig schadeverloop, doorgaans niet zou hebben geaccepteerd (conclusie van antwoord, productie 10, p. 8, rechter kolom) en dat zich hier geen grond voor een uitzondering voordoet. Verder heeft zij uiteengezet dat en waarom haar beleid in dezen niet afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar. Tegen deze achtergrond had het op de weg van Sasagar gelegen om haar verweer tegen deze stellingen van voldoende onderbouwing te voorzien. Daarin is zij naar het oordeel van het hof niet geslaagd. Met haar enkele betoog dat de auto elders probleemloos verzekerd had kunnen worden, motiveert Sasagar onvoldoende haar standpunt dat het acceptatiebeleid dat Vivat op dit punt voert afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar. Sasagar voert niets concreets aan waaruit kan worden afgeleid dat een redelijk handelend verzekeraar ondanks het schadeverleden van Sasagar – 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. Dit betekent dat ook de zesde grief faalt. Het beroep van Vivat op artikel 7:930 lid 4 BW slaagt.

#### Overige punten

4.20. Het slagen van het beroep van Vivat op het vierde lid van artikel 7:930 BW betekent reeds dat de vordering van Sasagar niet toewijsbaar is. Daarmee heeft Sasagar geen belang bij de beantwoording van de vraag of het vijfde lid van deze bepaling (opzet tot misleiding) aan toewijzing van haar vordering in de weg staat. Grief V kan daarmee buiten behandeling blijven. Hetzelfde geldt voor grief III. De antwoorden op de vragen of Sasagar bij de aanvraag onjuiste informatie heeft verstrekt over de regelmatige bestuurder van de auto en/of door onvolledige initialen en een onjuiste geboortedatum te verstrekken de verificatie van het aantal schadejaren heeft bemoeilijkt, kunnen er niet aan afdoen dat alleen al de beantwoording van de vragen over het schadeverleden van Sasagar een niet-nakoming van de mededelingsplicht oplevert op grond waarvan Vivat uitkering kan weigeren.

4.21. De bewijsaanbiedingen hebben geen betrekking op voldoende concrete stellingen die, indien bewezen, tot een ander oordeel in deze zaak dienen te leiden. De bewijsaanbiedingen zullen daarom als niet ter zake dienend worden gepasseerd.

Conclusie en proceskosten  
4.22. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Sasagar zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

### 5. *Beslissing*

Het hof: bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt Sasagar in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van NN begroot op € 2.071 aan verschotten, € 2.031 voor salaris advocaat en op € 163 voor nasalaris, te vermeerderen met € 85 voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden.

### Cassatiemiddel:

Sasagar voert tegen het arrest van het hof van 11 januari 2022 het navolgende middel van cassatie aan:

*Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeid in het arrest waarvan beroep, ten onrechte, vanwege na te melden in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen, weergegeven in de diverse hierna te noemen klachtonderdelen.*

#### *Klachten*

Het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 7:929 lid 1 BW in rov. 4.7–4.13 van zijn arrest, althans is de motivering van het hof in die overwegingen onvoldoende inzichtelijk en/of onbegrijpelijk te noemen.

#### Klachtonderdeel 1

De overwegingen van het hof geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip ‘ontdekking’ uit art. 7:929 lid 1 BW omdat het hof uitgaat van een subjectieve, in plaats van een objectieve benadering van dat begrip, waarbij het hof zich ten onrechte enkel baseert op de wetsgeschiedenis van de bepaling, althans die wetsgeschiedenis niet leest op de juiste wijze.

#### Toelichting op klachtonderdeel 1

Grief IV van Sasagar in hoger beroep komt er op neer dat de rechtbank heeft miskend dat de verzekeraar niet binnen twee maanden na de ontdekking van de schending van de mededelingsplicht zich daarop heeft beroepen. Het gaat om een beroep op de bepaling van art. 7:929 lid 1 BW. Deze bepaling luidt:

‘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-nako-

ming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen.’

#### Het standpunt van Sasagar

Zijdens Sasagar is in de toelichting op de grief het standpunt ingenomen dat het begrip ‘ontdekking’ uit voornoemd artikel dient te worden uitgelegd als ‘behoren te ontdekken’, onder verwijzing naar de rechtsliteratuur.<sup>1</sup> Door Sasagar is er in dat verband op gewezen dat de verzekeraar reeds onregelmatigheden had ontdekt na de ontvangst van het rapport van CED in april 2018.<sup>2</sup> Zijdens de verzekeraar is daartegen het verweer aangevoerd dat de brief van 16 augustus 2018 wel degelijk binnen twee maanden na de ontdekking van de verzwijging aan Sasagar is verzonden. Bovendien stelde de verzekeraar dat de genoemde termijn pas gaat lopen op het moment van de ‘daadwerkelijke’ ontdekking.<sup>3</sup> De verzekeraar stelde dat een voldoende mate van zekerheid moet bestaan, en zij gelegenheid moet hebben tot het doen van onderzoek. Het dossier omtrent mogelijke verzwijging zal min of meer ‘rond’ moeten zijn alvorens van ontdekking kan worden gesproken, zo betoogde de verzekeraar, verwijzend naar de parlementaire geschiedenis.<sup>4</sup> De termijn uit art. 7:929 lid 1 BW gaat volgens de verzekeraar pas lopen op het feitelijke moment van ontdekking en niet op het moment dat de verzekeraar objectief bekend had kunnen zijn met de schending. Door de verzekeraar is gewezen op (onder meer) uitspraken van de gerechtshoven ‘s-Hertogenbosch en Arnhem.<sup>5</sup> De verzekeraar stelde dat het ‘expertiserapport’ door haar ontvangen werd op 18 juni 2018, dat het ‘aanvraagformulier’ ontvangen werd op 31 juli 2018, en dat op 9 augustus 2018 de ‘ware stand van zaken’ vergeleken werd met het aanvraagformulier. Daarmee zou volgens de verzekeraar vast staan dat van een vermoeden, laat staan een ontdekking in de zin van art. 7:929 lid 1 BW vóór 16 juni 2018 geen sprake kon zijn. Volgens de verzekeraar kon enkel een dossierbehandelaar van de verzekeraar de schade ‘ontdekken’ in vorenbedoelde zin omdat die personen daartoe de expertise bezitten.<sup>6</sup> Wat precies ‘het moment van ontdekking’ volgens de verzekeraar was, werd echter niet met bepaaldheid genoemd in haar gedingstukken. Maar kennelijk achtte de verzekeraar het niet nodig een dergelijk precieze datum te vermelden omdat zij stelde het dossier pas op 18 juni 2018 te hebben ontvangen.<sup>7</sup> Dat dossier zou echter volgens de gevolmachtigde

1 F. Stadermann, *De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van verzwijging*, *AVeS* 2009, 3.

2 Memorie van grieven, onder randnummer 33–34. Inleidende dagvaarding, randnummer 55.

3 Conclusie van antwoord onder randnummer 33.

4 Conclusie van antwoord onder randnummer 33, voetnoot 9; *Kamerstukken I* 2005/06 30 137 C p. 6.

5 Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1073 en Gerechtshof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904. Laatstgenoemde uitspraak komt hierna nog nader aan de orde.

6 Conclusie van antwoord onder randnummer 36.

7 Conclusie van antwoord onder randnummer 34.

VKG al op 1 mei 2018 aan de verzekeraar zijn verzonden. De verzekeraar persisteerde desondanks bij haar stelling.<sup>8</sup>

Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank overwoog in haar vonnis van 22 juli 2020 dat de verzekeraar 'gemotiveerd gesteld had' dat zij het dossier (of: het expertiserapport) had ontvangen op 18 juni 2018 en dat zij na ontvangst van het aanvraagformulier pas op 9 augustus 2018 discrepanties had ontdekt, hetgeen Sasagar onvoldoende gemotiveerd weersproken zou hebben.<sup>9</sup> Volgens de rechtbank had Sasagar niet aangevoerd dat VKG al vóór 16 juni 2018 een voldoende mate van zekerheid had dat sprake was van schending van de mededelingsplicht door Sasagar. Volgens de rechtbank was voor ontdekking de aanwezigheid van een vermoeden onvoldoende. Hierbij achtte de rechtbank van belang dat de verzekeraar onweersproken gesteld had dat het rapport van CED was opgesteld met het oog op een onderzoek naar de toedracht en de schadeomvang. Dat de gevolmachtigde van de verzekeraar eerder op de hoogte had kunnen zijn was volgens de rechtbank eveneens niet van belang. Het moet gaan om een daadwerkelijke ontdekking, oordeelde de rechtbank. Ook de rechtbank ging derhalve uit van een subjectieve uitleg van het begrip 'ontdekking' uit artikel 7:929 lid 1 BW.

Het oordeel van het hof

Het hof verwijst in zijn overwegingen naar de wetsgeschiedenis en overweegt dat de verzekeraar een *voldoende mate van zekerheid moet hebben* omtrent het niet nakomen van de mededelingsplicht door de verzekeringsnemer. De verzekeraar behoort in de gelegenheid te zijn te toetsen of de feiten die hij heeft ontdekt, een beroep op schending van de mededelingsplicht kunnen rechtvaardigen.<sup>10</sup> Voor zover Sasagar uitgaat van een andere invulling van het begrip 'ontdekking' falen haar stellingen, aldus het hof. Sasagar ging in haar stellingen onder grief IV uit van een meer geobjectieerde definitie van 'het moment van ontdekking', waarmee zij doelde op een *'behoren te ontdekken'*. Die visie acht het hof dus in zijn overwegingen nadrukkelijk onjuist.

Het hof neemt voorts niet aan dat met de ontvangst van het rapport van CED in april 2018 reeds onregelmatigheden zijn ontdekt in de in rov. 4.9 bedoelde zin.<sup>11</sup> Daar voegt het hof aan toe dat VKG niet bevoegd was de schadebehandeling op zich te nemen en dat niet kan worden aangenomen dat VKG bevoegd was een standpunt in te nemen over de dekking. Daarna vervolgt het hof met overwegingen over het versturen van het dossier van VKG aan de verzekeraar, en inhoudelijke overwegingen over het onderzoek van de verzekeraar, hetgeen culmineert

in de overweging dat op basis van de gegevens die zij ontvangen heeft, de verzekeraar heeft geconcludeerd dat de mededelingsplicht door Sasagar op verschillende onderdelen niet is nagekomen. Het hof overweegt daarna dat Sasagar haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd, omdat Sasagar niet ingaat op de mail van VKG aan de verzekeraar van 18 juni 2018, waaruit volgt dat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan de verzekeraar heeft verzonden maar dat de verzekeraar de stukken niet eerder dan 18 juni 2018 heeft ontvangen. Het hof overweegt dat er geen aanleiding is de verzekeraar te bevelen het gehele dossier in het geding te brengen. Het hof besluit met de overweging dat 'het voorgaande' betekent dat niet kan worden aangenomen dat de verzekeraar eerder dan twee maanden vóór 16 augustus 2018 met voldoende mate van zekerheid ervan kon uitgaan dat Sasagar haar mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering niet was nagekomen.<sup>12</sup>

Het 'moment van ontdekking' uit art.

7:929 lid 1 BW

Wat het moment van ontdekking van de schending van de mededelingsplicht van een verzekerde betreft, is de wetsgeschiedenis in zoverre duidelijk dat de verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid moet hebben.<sup>13</sup> Minder helder is op welk moment die zekerheid geacht kan worden te ontstaan en welke partij moet stellen en bewijzen wanneer dat het geval is. De termijn uit art. 7:929 lid 1 BW is een vervaltermijn, waarvan verlenging niet mogelijk moet worden geacht. Deze termijn is gesteld teneinde de verzekerde niet te lang in onzekerheid te laten over zijn claim en tevens om de verzekeraar aan te sporen tot voortvarendheid. De stelplicht (en bewijslast) van het moment van ontdekking in dit verband ligt bij de verzekeraar, gelijk de situatie omtrent de met dit onderwerp verbonden 'kennisgevingsplicht'.<sup>14</sup> Van Tiggele – van der Velde is van mening dat geen sprake kan zijn van objectivering van het moment van ontdekking in die zin dat sprake is van een behoren te ontdekken.<sup>15</sup> Desondanks zijn hier relevante andere geluiden te horen, zoals Stadermann, Engel en Weterings.<sup>16</sup> Het is de verzekeraar in wiens domein de relevante ge-

12 Arrest, rov. 4.12 en 4.13.

13 Parl. Gesch. *Kamerstukken I*, 2005–2006, 30 137 p. 6; Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:207, AR 2017/1541. Asser | *Wansink deel IX*, nr. 181 e.v.

14 HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, NJ 2021/287 met noot Van Tiggele-van der Velde. Asser | *Wansink deel IX*, nr. 178 en nr. 182.

15 Van Tiggele-van der Velde, 'Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht' *R&P* nr. VR4 2015/3.2.3 zoals genoemd in Asser | *Wansink* nr. 181.

16 Asser | *Wansink*, t.a.p. nr. 181 noemt twee dissertaties, waaronder die van K. Engel uit 2016, 'de precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringsnemer', uitgeverij Paris, Zutphen 2016. Zie ook het commentaar van W.C.T. Weterings op Engel in: 'de precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringsnemer in rechtsvergelijkend perspectief', *Maandblad voor Vermogensrecht*, aflevering 1, 2018, onder 4.3–4.4.

8 Pleitnota Sasagar 8 mei 2020, randnummer 21.

9 Vonnis rechtbank, rov. 4.9.

10 Arrest hof onder 4.9.

11 Arrest hof onder 4.11.

beurtenissen die van belang zijn voor de vraag of de vervaltermijn in acht is genomen plaatsvinden, zodat van de verzekeraar verwacht mag worden dat hij daarover desgevraagd duidelijkheid kan verschaffen. De verzekeraar moet daarom stellen en zo nodig bewijzen dat binnen de vervaltermijn is gewaarschuwd en daarmee (i) op welk moment de ontdekking van de verzwijging is gedaan, en (ii) op welk moment de voor de te maken beoordeling relevante informatie bij de verzekeraar bekend is geworden. Alleen dan kan immers het *geobjectieerde* aanvangsmoment van de vervaltermijn met bepaaldheid en precisie worden vastgesteld. Daarbij behoeft de datum van binnenkomst van de dossierstukken niet gelijk te zijn aan het moment van ontdekking, maar kan die datum wel als zodanig worden aangemerkt als blijkt dat er nauwelijks of geen nader onderzoek door de verzekeraar behoeft te worden gedaan. In zoverre is in de rechtspraak wel aangenomen dat *de redelijkheid* hierin een rol kan spelen.<sup>17</sup> Dat sprake zou zijn van een puur subjectieve normstelling bij het vaststellen van het moment van ontdekking, vindt onvoldoende steun in het recht en kan, óók op grond van de redelijkheid, niet tot uitgangspunt worden genomen. Met Stadermann kan worden geconcludeerd dat het wringt dat een verzekeraar die het dossier aanvankelijk niet goed leest, of op een laat tijdstip na ontvangst van het dossier de stukken gaat lezen, desondanks een beroep kan doen op zijn late ontdekking van de verzwijging, en dat men zich kan afvragen of die uitkomst wenselijk is.<sup>18</sup> Stadermann legt een verband met de klachtplicht uit boek 7 BW, waar in art. 7:23 lid 1 BW aansluiting wordt gezocht bij het moment van ontdekking alvorens de klaagtermijn gaat lopen.<sup>19</sup> De subjectivering van dat moment van ontdekking geldt in die bepaling echter alleen voor de consument koper, en niet voor de bedrijfsmatige koper. De vraag is of een dergelijk onderscheid onderscheid ten aanzien van de vervaltermijn van art. 7:929 lid 1 BW relevant is, omdat de normstelling zich richt op de verzekeraar en niet de verzekerde.

Dat uit de wetsgeschiedenis een puur subjectieve uitleg van het begrip 'ontdekking' zou mogen worden afgeleid staat – voor zover juist – bovendien op gespannen voet met de ratio van de bepaling, die primair beoogt de verzekeraar aan te zetten tot voortvarendheid. Ook in de periode binnen de vervaltermijn bestaat immers voldoende ruimte

voor (nader) onderzoek, en de minister heeft in de parlementaire geschiedenis niet nadrukkelijk in overweging genomen dat de onderzoeksperiode altijd voorafgaat aan het aanvangsmoment van de vervaltermijn. Die onderzoeksperiode kan dat aanvangsmoment doen opschorten, maar steeds binnen de grenzen van de redelijkheid. Daarnaast is in dit verband relevant op welk moment een vermoeden van een verzekeraar overgaat in een vorm van wetenschap. Een dergelijk moment van wetenschap kan worden gegrond op de ontvangst van bepaalde documenten.<sup>20</sup> Het van toepassing zijn van een 'geobjectieerde maatstaf van het begrip 'ontdekking' uit art. 7:929 lid 1 BW vindt voorts steun in met die bepaling nauw verbonden begrippen uit het verzekeringsrecht, zoals de mededelingsplicht.<sup>21</sup> Ook in dat verband is gekozen voor een 'behoren te kennen', maar geldt dat de verzekeringnemer. Uit het *Hotel Wilhelmina* arrest<sup>22</sup> kan daarbij worden afgeleid dat in het kader van het hanteren van een afwijkend acceptatiebeleid door een verzekeraar uitgegaan moet worden van een geobjectieerde norm van wat de verzekeringnemer behoorde te weten. In zoverre zou het niet hanteren van een dergelijke geobjectieerde maatstaf bij het begrip 'ontdekking' een vreemde eend in de juridische bijt zijn. Niet valt in te zien dat een verzekeraar bepaalde relevante gegevens omtrent de claim na ontvangst daarvan niet omgaand zou moeten beoordelen, zeker als er nadien geen verder feitenonderzoek meer nodig blijkt te zijn en het aankomt op een oordeel over de ontvangen dossierstukken. In zoverre is in de onderhavige zaak van belang vast te stellen op welk moment de verzekeraar tot het oordeel had *kunnen* komen dat sprake was van verzwijging, waarbij tevens betrokken kan worden de vraag op welk moment die relevante informatie in het domein van de verzekeraar is beland.

Het hof verwerpt in rov. 4.9 de stellingen van Sasagar met betrekking tot de door de rechter in acht te nemen toetsingmaatstaf van art. 7:929 lid 1 BW, maar blijktens het voorgaande miskent het hof daarmee dat geen subjectieve, maar een meer geobjectieerde, op de redelijkheid te baseren betekenis moet worden gehanteerd bij het duiden van begrip 'ontdekking' uit de wettelijke bepaling. Als het hof die juiste, meer genuanceerde maatstaf had gehanteerd, zou het hof niet hebben kunnen overwegen dat de stellingen van Sasagar falen. Reeds hierom kan het arrest van het hof niet in stand blijven.

17 Gerechtshof Arnhem, 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904, rov. 4.11.

18 Stadermann verwijst in zijn meergenoemde artikel *'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van verzwijging'* AV&S 2009, 3 onder voetnoot 12 naar 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. 215, waarin is opgemerkt dat de tweemaandstermijn reeds aanvangt op het moment dat het rapport van de expert de verzekeraar heeft bereikt.

19 Vgl. HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:228, NJ 2019/92, waarin het ging om consumenten en een koopovereenkomst, en het moment van ontdekking (daarom) gesubjectiveerd is.

20 Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2017.

ECLI:NL:GHDHA:2017:207, AR 2017/1541, rov. 19. Een bevel tot Inverzekeringstelling van de verzekerde was het moment waarop de verzekeraar geen vermoeden meer had. Het hof hanteert hier daarom geen subjectieve benadering van het begrip 'ontdekking', maar gaat uit van een impliciet 'behoren te weten'.

21 T&C BW commentaar op art. 7:928 BW door Wansink en Van Tiggele-van der Velde, onder a.

22 HR 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6258, NJ 1978/607.

## Klachtonderdeel 2

2a. De overwegingen van het hof geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht en bewijslast die voortvloeit uit art. 7:929 lid 1 BW, in die zin dat het aan de verzekeraar is te stellen dat binnen de vervaltermijn aan de waarschuwingplicht is voldaan en dus een concreet moment van ontdekking te stellen en bij betwisting te bewijzen.<sup>23</sup> De verzekeraar heeft niet, althans niet voldoende precies, gesteld wat het moment van ontdekking van de verzwijging door Sasagar was, terwijl Sasagar heeft aangevoerd dat 'niet aannemelijk is' dat het moment van ontdekking binnen de vervaltermijn lag. Mede gelet op het bewijsaanbod van de verzekeraar in hoger beroep had het hof aan de verzekeraar in dit verband een bewijsopdracht moeten verlenen ten aanzien van het moment van ontdekking van de verzwijging zijdens Sasagar, én dat dat moment binnen de vervaltermijn van twee maanden uit artikel 7:929 lid 1 BW was gelegen.

## Toelichting op subonderdeel 2a

Zelfs als de door het hof gehanteerde maatstaf juist genoemd zou kunnen worden had het hof niet voorbij mogen gaan aan de stelplicht en daarmee samenhangende bewijslast die op de verzekeraar rust. Het enkele feit dat het hof niet wil aannemen dat de verzekeraar de onregelmatigheden aan de kant van Sasagar reeds in april 2018 had ontdekt<sup>24</sup> sluit immers niet uit dat de verzekeraar die onregelmatigheden wel heeft ontdekt nadat VKG het dossier op 1 mei aan de verzekeraar toestuurde.<sup>25</sup> Tussen 1 mei 2018 en 18 juni 2018 liggen bijna zeven weken en Sasagar heeft de stelling van de verzekeraar dat zij pas op 18 juni 2018 kon beschikken over de dossierstukken bestreden, althans niet aannemelijk geacht.<sup>26</sup> Gelet op die stand van zaken had het hof bewijs moeten opdragen aan de verzekeraar van haar stelling dat de datum van de latere ontvangst van de dossierstukken (eerst) op 18 juni 2018 heeft plaatsgevonden, mede omdat zulks volgt uit art. 7:929 lid 1 BW, in samenhang met art. 150 Rv. Door dat na te laten geeft het hof in zijn overwegingen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de bewijslastverdeling, althans is zijn oordeel onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd.

2b. Het hof heeft zijn beslissing in rov. 4.13 niet voldoende inzichtelijk gemotiveerd omdat het hof het verzoek ex art. 22 Rv van Sasager verwerot, terwijl Sasagar in de gedingstukken het standpunt van de verzekeraar dat de dossierstukken (eerst) op 18 juni 2018 zijn ontvangen, heeft bestreden door te stellen dat die gang van zaken niet aannemelijk is. Het (geobjectiveerde) moment van ontdekking *kan* daarom vóór 18 juni 2018 hebben gelegen, gelet op de inhoud van die dossierstukken, en het hof heeft

daarop in zijn motivering in onvoldoende mate gerepsondeerd.

## Toelichting op subonderdeel 2b

Sasagar heeft in eerste aanleg gesteld dat 'niet aannemelijk is' dat sprake was van een dossieroverdracht op 18 juni 2018, zodat die datum als aanvangsmoment van de vervaltermijn bestreden is.<sup>27</sup> In zoverre is de overweging van het hof dat er geen aanleiding is het gehele dossier in het geding te brengen omdat Sasagar haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd, mede gelet op art. 149 Rv, niet voldoende inzichtelijk. Volgens het hof gaat Sasagar niet in op de mail van 18 juni 2018 van VKG, waaruit volgt dat VKG het dossier op 1 mei 2018 aan de verzekeraar heeft gestuurd maar dat de verzekeraar de stukken niet eerder dan 18 juni 2018 heeft ontvangen. Sasagar heeft echter al in zijn dagvaarding bestreden dat die datum de ontvangstdatum van de dossierstukken is. Door de stelling in te nemen dat niet aannemelijk is dat sprake was van een overdracht van het dossier op 18 juni 2018, heeft Sasagar die datum kenbaar en ondubbelzinnig in twijfel getrokken. Sasagar weet als verzekerde niet wat er binnen de organisatie van de verzekeraar geschiedt en mag daarover openheid van zaken verlangen om zo tot waarheidsvinding te kunnen komen, evengoed als de maatstaf ex art. 7:929 lid 1 BW een subjectieve zou zijn. Het hof had bij deze stand van zaken niet de stellingen van de verzekeraar mogen volgen, en had gelet op de bewijslast die in dit verband ingevolge art. 7:929 lid 1 BW op de verzekeraar rust, het verzoek ex art. 22 Rv niet mogen afwijzen zoals het gedaan heeft.

## Klachtonderdeel 3

Indien (één van) de voorgaande onderdelen (slaagt of) slagen, kan het dictum van het arrest evenmin in stand blijven, nu dat voortbouwt op het oordeel in de door de klachtonderdelen 1 en 2 aangevallen overwegingen.

## Conclusie A-G mr. T. 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

<sup>23</sup> Weterings, 2018, t.a.p. 4.5.

<sup>24</sup> Rov. 4.11 arrest.

<sup>25</sup> Rov. 4.12 arrest.

<sup>26</sup> Inleidende dagvaarding, onder randnummer 60.

<sup>27</sup> Inleidende dagvaarding, onder randnummer 60.

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 inroepen 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 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').

### 1 Feiten

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>1</sup>

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 formulier<sup>2</sup> 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 clausele behorende bij een verzekeringsaanvraag zonder handtekening. In deze clausele 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 clausele 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.

1.8 Op 18 juni 2018 mailt VKG naar Vivat<sup>3</sup> 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 Vivat<sup>4</sup> was gebeld met vragen over onder meer de regelmatige bestuurder. Sasagar heeft op diezelfde datum met betrekking tot deze vraag aan Hyfa gemaild 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

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.

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.



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.<sup>5</sup> 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 *subsidiar* 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 daarop 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 de BMW is in 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

<sup>5</sup> 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'.

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 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.<sup>6</sup> 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

<sup>6</sup> 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 15 (+1) jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 41 e.v.

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).<sup>7</sup>

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.”

3.5 Op grond van art. 7:929 lid 1 BW rust op de verzekeraar een ‘kennisgevingsplicht’<sup>8</sup> 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 geschieden<sup>9</sup> – 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 be-

voegdheid tot opzegging van de verzekering met dadelijke ingang.<sup>10</sup>

3.7 Uit de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 7:929 lid 1 BW blijkt dat de kennisgevingsplicht een ruim toepassingsbereik heeft.<sup>11</sup> De kennisgevingsplicht geldt ook als de schending van de mededelingsplicht pas na verwezenlijking van het verzekerde risico wordt ontdekt.<sup>12</sup> In de praktijk is dat overigens de veruit meest voorkomende situatie waarin een schending wordt ontdekt.<sup>13</sup> De kennisgevingsplicht is ook aan de orde als de verzekeringnemer zelf de verzekeraar informeert dat er bij de opgave een fout is gemaakt.<sup>14</sup> Zelfs geldt de kennisgevingsplicht als de verzekeraar ontdekt dat de verzekeringnemer met het opzet tot misleiding heeft gehandeld.<sup>15</sup>

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 kennisgevingsplicht heeft voldaan, op de verzekeraar rusten.<sup>16</sup> Dit volgt uit de hoofdregel van de bewijslastverdeling van art. 150 Rv. Naleving van de kennisgevingsplicht is immers nodig voor het sla-

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 wetsgeschiedenis 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.

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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 FR. 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).

<sup>14</sup> 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 FR. Salomons, Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 182.

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> 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 3.4.2.1-3.4.2.5.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 Huijzen 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’.

<sup>9</sup> 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.

gen van een beroep door de verzekeraar op de rechtsgevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht.<sup>17</sup>

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 verzwaigingsregeling

3.10 De regeling van art. 7:928 e.v. BW verving de zogenoemde verzwaigingsregeling zoals die onder het oude verzwaigingsrecht gold. Vóór 1 januari 2006 bepaalde art. 251 WvK dat de verzekering kon worden vernietigd bij een verkeerde of onwaarachtige opgave of verzwaiging 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,<sup>18</sup> in de literatuur werd zelfs gesproken van een 'altijd niets'-stelsel.<sup>19</sup> 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 verze-

keringsdekking dan de regeling onder het oude verzwaigingsrecht.<sup>20</sup>

3.11 De door art. 251 WvK aan de verzekeraar toegekende bevoegdheid om zich na het ontdekken van verzwaiging<sup>21</sup> op vernietiging te beroepen was niet aan een termijn gebonden.<sup>22</sup> In de verzwaigingsrechtelijke 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.<sup>23</sup>

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*".<sup>24</sup> 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 voorko-

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, *Verzwaiging bij verzwaigingsovereenkomsten*, 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).

19 Zie bijvoorbeeld J.H. Wansink, 'Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzwaigingsovereenkomst 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 verzwaigingsrecht. 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 verzwaigingsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 138) (voetnoot 77) en N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwaiging, 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' verzwaigingsrecht*, 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 verzwaigingsrecht. 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 'verzwaiging': de mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzwaigingsovereenkomst', *NTHR* 2008-5, p. 201-205 en p. 215-216 en N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzwaigingsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2008, par. 4.3.1 (p. 137-138), N. van Tiggele-van der Velde, 'Tien jaar verzwaiging, 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' verzwaigingsrecht*, 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 'verzwaiging' 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 het oude als onder het nieuwe verzwaigingsrecht wordt 'verzwaiging' 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 schadeverzwaigingsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, par. 3.41 (p. 93-94), F. Stadermann, 'De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwaiging', *AV&S* 2009, p. 10 (voetnoot 2) en F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzwaigingsdekking*, 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. 72.1 (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 (MvT).

men 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 wellicht getracht een andere verzekering te sluiten.”<sup>25</sup> 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.”<sup>26</sup> 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] uiteenzette 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.”<sup>27</sup>

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:<sup>28</sup>

“Uit de parlementaire geschiedenis,<sup>29</sup> weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal 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 de parlementaire ge-

schiedenis 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.”

3.14 Dit zwaarwegende belang van de verzekeringnemer kan (mede) verklaren, zoals collega Wissink in zijn meergenoemde conclusie heeft gesuggereerd,<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

3.15 Vermelding verdient hier echter dat in de literatuur relativerende kanttekeningen zijn geplaatst 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.<sup>32</sup> 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 weige-

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 1).

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 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.

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.

ren of in ieder geval voor de verzekeringnemer (zeer) ongunstige voorwaarden zal stellen.<sup>33</sup>

## E Vervaltermijn met bijbehorende rechtsgevolgen

3.16 De tweemaandentermijn<sup>34</sup> van art. 7:929 lid 1 BW is een vervaltermijn: de termijn betreft de 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.<sup>35</sup> De termijn is niet van openbare orde

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 mededelingsplicht is geschonden. Op het moment dat de termijn begint te lopen heeft de verzekeraar dan ook al voldoende gelegenheid gehad voor onderzoek en bearaad 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 nooit steeds binnen de twee maanden valt.

35 Vergelijk Asser *Verbintenisrecht/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.

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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> De tweemaandentermijn biedt dus zelf geen flexibiliteit, maar het moment waarop deze termijn begint, biedt wel enige ruimte.<sup>38</sup>

## F Wanneer begint de tweemaandentermijn te lopen?

3.17 Voor het begin van de tweemaandentermijn 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:<sup>39</sup>

"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 verze-

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 Gemer 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 *Verbintenisrecht/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 bepleit (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).

keringnemer 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 opzeggen.”

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 tweemaandentermijn (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.<sup>40</sup> Dat is ook in het belang van de verzekeringnemer aangezien nader onderzoek kan voorkomen dat deze voorbarig met een verwijt van schending van de mededelingsplicht wordt geconfronteerd.<sup>41</sup> Het onderzoek kan onder meer inhouden dat de verzekeringnemer wordt gevraagd om nadere gegevens te verstrekken die een gezeten vermoeden zouden kunnen ontzenuwen.<sup>42</sup>

3.20 Daarbij moet worden bedacht dat de ruimte voor onderzoek van een vermoedelijke schending van de mededelingsplicht buiten de tweemaandentermijn valt omdat deze termijn pas na de ontdekking gaat lopen.<sup>43</sup> Zo beschouwd is deze ter-

mijn 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.<sup>44</sup>

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.<sup>45</sup> 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 dos-

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. Wansink (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. 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. 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-DX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 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-DX. 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.

sierbehandelaar).<sup>46</sup> 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'.<sup>47</sup> 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 tweemaandentermijn lopen. Ook de parlementaire geschiedenis lijkt daarvan uit te gaan, evenals de literatuur<sup>48</sup> en de fei-

tenrechtspraak in uitgangspunt.<sup>49</sup> 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 pleit die in bepaalde gevallen als correctiemechanisme zou kunnen dienen.

3.23 Zo heeft Stadermann als eerste aan de hand van enkele casusposities<sup>50</sup> betoogd dat een uitsluitend subjectieve uitleg niet in alle omstandigheden tot een bruikbare en rechtvaardige oplossing leidt.<sup>51</sup> 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).<sup>52</sup> 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 (beredingsplicht) die beide betrekking hebben op het ge-

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).

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).



val dat een risico zich heeft verwezenlijkt.<sup>53</sup> Tegelijkertijd meent 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.<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup>

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 tweemaandstermijn ook gaat lopen als de verzekeraar de schending van de mededelingsplicht door de verzekeringnemer 'had behoren te ontdekken'.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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

53 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). 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 Huijzen 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."

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.

voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>61</sup> 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 ontdekken in art. 7:929 lid 1 BW.<sup>62</sup> Een enkeling is weliswaar voorstander van objectivering, maar acht daarvoor wetgevend optreden noodzakelijk. In dit verband noemt 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.<sup>63</sup>

## 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.<sup>64</sup> Bij het ontbreken van een 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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 ontleenen.

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 hintten, 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 rechtsver-

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’ verzekeringsrecht*, 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. Tjittes 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 Feijen*oord), rov. 3.4.2. Zie verder onder meer Asser *Verbintenenrecht*/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 tweemaandentermijn 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. 2.13.8 (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 Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.9.4 (p. 289).

houding, 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 meergevoemde 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 ontdekt.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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 relativerende 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.

#### 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 tweemaandentermijn 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 nage-

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 dergelijke 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.

komen, 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 procesverbaal aan Vivat toegezonden. De twee-maandentermijn 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. Subsidiar 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 diefstalschade 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. blijken 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 geobjectiverde, 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 an-

dere invulling van het begrip 'ontdekking' uitgaat, haar stellingen falen.<sup>69</sup> 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 kennisgevingsplicht 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."<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

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 toegevoerd, maar NN (Vivat) de stukken niet eerder dan op 18 juni 2018 heeft ontvangen (rov. 4.13.).

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.

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. blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de verdeling van de stelplicht 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 kennisgevingsplicht<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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,

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.

zoals hiervoor in randnummer 3.8 is besproken. Van belang is verder het volgende.

4.15 NN heeft in haar conclusie van antwoord gesteld:<sup>74</sup>

“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:<sup>75</sup>

“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 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 blij-

kens de in het middel genoemde vindplaats<sup>76</sup>) niet in hoger beroep heeft aangevoerd, zodat het hof in zijn beoordeling niet daarop in behoefde te gaan.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup> 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 stelplichten 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

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/13/670631 / HAZA 19-872 van de rechtbank Amsterdam van 19 februari 2020 en 22 juli 2020;

<sup>76</sup> 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.”

<sup>77</sup> 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.”

<sup>78</sup> Vergelijk de memorie van grieven, randnummer 31.

<sup>74</sup> Conclusie van antwoord, randnummer 34.

<sup>75</sup> Memorie van antwoord, randnummers 4.39-4.40.

b. het arrest in de zaak 200.284.802/01 van het gerechtshof Amsterdam van 11 januari 2022. Sasagar heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

NN heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor NN toegelicht door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping.

## 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.

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 onzeker-

heid 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 blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting 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.<sup>1</sup> Tijdens

<sup>1</sup> HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:178, rov. 3.1.3 (NJ 2021/287, m.nt. N. van Tiggele-van der Velden; red.).

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.”<sup>2</sup>

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

##### *Termijn inroepen gevolgen verzwijging*

1. Ingevolge art. 7:929 lid 1 BW kan de verzekeraar die ontdekt dat aan de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst niet is voldaan, de gevolgen van de niet-nakoming slechts inroepen indien hij de verzekeringnemer ‘binnen twee maanden na de ontdekking’ (schriftelijk) wijst op de niet-nakoming. In dit verband

wordt van een zogenoemde kennisgevingsplicht van de verzekeraar gesproken, waarbij de verzekeraar de verzekeringnemer op de mogelijke gevolgen van de niet-nakoming dient te wijzen.

2. In de casus die aan de Hoge Raad is voorgelegd neemt de verzekeringnemer het standpunt in dat bij toepassing van art. 7:929 lid 1 BW uitgegaan moet worden van een objectieve uitleg van het begrip ‘ontdekking’. Niet bepalend is volgens verzekeringnemer wanneer de verzekeraar de niet-nakoming ontdekt (de subjectieve benadering), maar wanneer zij haar had behoren te ontdekken (de objectieve benadering).

3. In dit arrest kiest de Hoge Raad voor een subjectieve benadering, waarbij hij een objectief element inbouwt: art. 7:929 lid 1 BW wordt aldus uitgelegd dat de tweemaandetermijn pas gaat lopen als de verzekeraar voldoende zekerheid heeft verkregen dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen. De omstandigheden van het geval bepalen i) wanneer de verzekeraar de bedoelde zekerheid heeft verkregen en ii) 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.

#### *De casus*

4. De uitspraak volgt op een debat tussen koeriersbedrijf Sasagar als verzekeringnemer en (Vivat, als rechtsvoorganger van) NN als verzekeraar over betaling van een schadeclaim van ruim € 43.000 voor de diefstal van een gestolen bedrijfsauto (‘de BMW’. De verzekeringsovereenkomst waaronder geclaimd wordt, is via een tussenpersoon ondergebracht bij VKG als gevolmachtigde van (risicodragers) NN.

5. De diefstal van de BMW en de melding daarvan aan VKG vinden plaats op 23 maart 2018. VKG heeft aan expertisebureau CED opdracht gegeven onderzoek te verrichten naar de toedracht en de omvang van de schade. Op 27 maart 2018 is namens Sasagar een ‘Verklaring van de diefstal’ ingevuld en op 23 april 2018 brengt CED een rapport uit. De geclaimde schade overschrijdt de volmachtlimiet van VKG, zodat laatstgenoemde (in elk geval) op 18 juni 2018 een mail aan NN stuurt en haar verzoekt om de schade zelf af te handelen.

6. Bij het schadeonderzoek komt onder meer naar voren dat in de vijf jaar voorafgaand aan het sluiten van de verzekering niet ‘0 schades’ zijn geclaimd, zoals in het aanvraagformulier werd opgegeven, maar twintig (tot een bedrag van bijna € 60.000). NN bericht Sasagar op 16 augustus 2018 dat het schadeverleden bij de aanvraag niet naar waarheid is opgegeven en dat zij de voorlopige conclusie trekt dat dit opzettelijk is gebeurd. NN wijst Sasagar daarbij op de gevolgen die aan de onjuiste beantwoording van het aanvraagformulier kunnen worden verbonden.

<sup>2</sup> Parl. Gesch. Verzekering, p. 34.



*Het geschil in cassatie*

7. In cassatie gaat het nog uitsluitend om de vraag op welk moment de termijn van twee maanden, waarbinnen een verzekeraar een beroep op verzwijging kan doen, begint te lopen en of bij toepassing van art. 7:929 lid 1 BW moet worden uitgegaan van een subjectieve uitleg ('wanneer heeft de verzekeraar daadwerkelijk ontdekt') of een objectieve ('wanneer heeft de verzekeraar redelijkerwijs behoren te ontdekken').

8. Sasagar betoogt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip ontdekking in genoemd artikel, omdat het is uitgegaan van een subjectieve in plaats van een objectieve benadering van dat begrip.

*Het oordeel van de Hoge Raad*

9. De Hoge Raad begint met een uiteenzetting van de relevante wettelijke regelingen en benoemt de aan de kennisgevingsplicht ten grondslag liggende gedachte: de verzekeraar, aldus rov. 3.4, "[mag] zijn wederpartij niet in onzekerheid laten over de vraag of hij zich een beroep op schending van de mededelingsplicht wil voorbehouden en hij [mag] de zaak niet op zijn beloop laten". De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn arrest van 5 februari 2021, *NJ* 2021/287, m.nt. N. van Tiggele-van der Velde, maar die verwijzing is niet zo sterk. De bedoelde geciteerde passage, immers, wordt weliswaar instemmend weergegeven in het genoemde arrest, maar zij is geen overweging van de Hoge Raad zelve; de passage als zodanig is afkomstig uit de parlementaire geschiedenis (MvA, *Kamerstukken I* 2004/05, 19 529, B).

10. De Hoge Raad neemt in rov. 3.4 ook (en onder verwijzing daarnaar) een citaat op uit de parlementaire geschiedenis, waarin de minister desgevraagd – zakelijk weergegeven – aangeeft dat een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende is, maar dat nodig is dat de verzekeraar een voldoende mate van zekerheid heeft. "Aldus wordt voorkomen dat de verzekeringnemer al te snel wordt gesteld voor de vraag of hij de verzekering moet opzeggen".

11. Met zijn citaat gaat de Hoge Raad in op één situatie waarin de niet-nakoming van de mededelingsplicht aan het licht kan komen, namelijk die waarin de verzwijging is ontdekt vóórdat de schade is gevallen. De vrees voor een te snel (of mogelijk zelfs, volgens Nota I Invoering 7.17, *Kamerstukken I* 2005/06, 30 137, B, 'uit paniek') opzeggen is door de wetgever terecht geuit. Tegelijkertijd, zo merk ik op, moet voorkomen worden dat de verzekeringnemer zich te laat voor die keuze gesteld ziet. Als hij te laat opzegt en een verzekerd evenement doet zich voor voordat verzekeringnemer een nieuwe overeenkomst heeft, heeft hij mogelijk (elders) alsnog geen dekking. Bij een vlotte naleving van de kennisgevingsplicht door de verzekeraar kan de verzekeringnemer in deze fase van ontdekking dus een groot, eigen belang hebben.

12. De Hoge Raad bespreekt in rov. 3.4 niet de andere, in de praktijk volgens MvT, *Kamerstukken II*

1985/86, 19 529, nr. 3, p. 10, meest voorkomende situatie waarin verzwijging aan het licht kan komen, te weten de situatie waarin de verzwijging vastgesteld wordt nádat zich een verzekerd evenement heeft voorgedaan. In die situatie is het belang van verzekeringnemer niet of hij de verzekering moet opzeggen, maar wil hij vooral zekerheid over de uitkeringsvraag: "Wordt de schade uitgekeerd of niet?"

13. Dat de Hoge Raad zich daarover niet uitlaat, laat zich erdoor verklaren dat in de fase waarin de parlementaire behandeling van art. 7:929 BW aan de orde was, de wetgever de kennisgevingsplicht nog uitsluitend wilde doen gelden indien de niet-nakoming van de mededelingsplicht tijdens de looptijd van de overeenkomst aan het licht kwam. Eerst bij NvW, *Kamerstukken II* 1999/2000, 19 529, 5, heeft de minister de termijn van twee maanden voor beide situaties van betekenis geacht.

14. In zijn kernoverweging (rov. 3.5) gaat de Hoge Raad ervan uit dat de vervalt termijn pas gaat lopen als de verzekeraar voldoende zekerheid heeft over de niet-nakoming van de mededelingsplicht. Door het bijwoord 'pas' aan zijn overweging toe te voegen, geeft de Hoge Raad welhaast een rechtvaardiging voor het doen van onderzoek af en dat is in lijn met de citaten die eraan voorafgaan. "Een dossier moet min of meer rond zijn." en "Een vermoeden van schending van de mededelingsplicht is niet voldoende." Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de vraag wanneer de verzekeraar de bedoelde zekerheid heeft gekregen omstandighedenbepaald is. Maar ook bepalen de omstandigheden van het geval, zo oordeelt de Hoge Raad, '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.'

15. Die toevoeging maakt nieuwsgierig, omdat de Hoge Raad daar een objectief element inbrengt in een – wat ik noem – subjectief speelveld. Ik spreek over 'objectief' omdat onder omstandigheden onderzoek van de verzekeraar 'mag worden verwacht'. Dat is objectief. Dat de Hoge Raad (ondanks dat hij dat niet met zoveel woorden zegt) uitgaat van een subjectief speelveld denk ik af te kunnen leiden uit rov. 3.5 in samenhang met rov. 3.6. In de eerste volzin van rov. 3.5 overweegt de Hoge Raad immers dat de vervalt termijn van twee maanden pas gaat lopen 'als de verzekeraar voldoende zekerheid heeft verkregen'. Er staat niet 'had behoren te krijgen' of woorden van die strekking en ook bij de benoeming van de omstandigheden van het geval (in het eerste deel van de tweede volzin) gaat het om de vraag wanneer de verzekeraar de bedoelde zekerheid 'heeft verkregen'. Dat van een subjectief speelveld moet worden uitgegaan, is verder mijns inziens af te leiden uit de rechtsoverweging die daarop volgt. In rov. 3.6 oordeelt de Hoge Raad immers dat het cassatiemiddelonderdeel grondslag mist 'voor zover het ervan uitgaat dat het oordeel van het hof berust op een andere uitleg' dan in rov.

3.5 is weergegeven. En dat het faalt 'voor zover het een andere uitleg van deze bepaling verdedigt'.

16. Uit deze (opbouw van) rechtsoverwegingen kan niet anders dan afgeleid worden dat de Hoge Raad net als het hof kiest voor een subjectieve uitleg van het begrip ontdekking, in ieder geval in uitgangspunt. Maar hij voegt daar dus een objectieve omstandighedenweging aan toe: 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, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

17. De vraag die opkomt, is wat die toevoeging in deze vorm de praktijk brengt.

#### *Praktische betekenis*

18. Als voorbeeld om het toepassingsbereik van het door de Hoge Raad ingebracht objectief element in kaart te brengen, gebruik ik de casus van Sasagar zelve. Wat de casus daarvoor interessant en bruikbaar maakt, is dat hij een element in zich draagt dat bij de Hoge Raad niet aan de orde kwam (en dat ik tot op dit moment daarom ook niet hoeft te bespreken), te weten dat het dossier niet op 18 juni, maar op 1 mei 2018 door VKG al aan de verzekeraar zou zijn gestuurd. Het hof wijst daar in rov. 4.13 op en oordeelt op dit punt dat Sasagar haar stelling dat Vivat eerder van de relevante omstandigheden op de hoogte was, onvoldoende heeft onderbouwd.

19. Als gevolg daarvan werd de casus die aan het hof werd voorgelegd in zoverre eenvoudig, dat het hof kon volstaan met de overweging dat de verzekeraar "pas na de ontvangst van het dossier (dat is op 18 juni 2018, NvT) onderzoek [kon] doen naar de regelmatig 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 [de verzekeraar] 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."

20. Doordat het dossier op 18 juni 2018 (alsnog?) aan de verzekeraar was gestuurd, kon de verzekeraar pas – na ontvangst – op die datum onderzoek doen. Maar wat nu als het dossier inderdaad op 1 mei door de verzekeraar zou zijn ontvangen? Na ontvangst van een schadedossier kán een verzekeraar onderzoek doen, maar móet het ook? En zo ja, vanaf wanneer en vooral: wat is de betekenis van het door de Hoge Raad ingebracht objectief element in dezen? Ik schrijf de casus uit om tot beantwoording van de vragen te kunnen komen.

21. Een gevolmachtigd agent stuurt op 1 mei 2018 per e-mail een dossier aan een verzekeraar, met daarin de melding van een diefstal en een in vervolg daarop uitgebracht expertiserapport. Het schadebedrag ligt boven de volmachtlimiet en om die reden verzoekt de gevolmachtigd agent de ver-

zekeraar om de schade zelf af te handelen. Uit het schadedossier kan (door de verzekeraar) worden afgeleid dat de opgave met betrekking tot het regelmatig bestuurderschap, het aantal schadevrije jaren en het aantal voorgevallen schades afwijken van de ware stand van zaken. De verzekeraar kampt in de zomerperiode met onderbezetting, waardoor het dossier eerst medio juli ter hand genomen wordt. Wanneer de schadebehandelaar op 31 juli 2018 het aanvraagformulier ontvangt, ontdekt hij op 9 augustus 2018 de discrepanties. De verzekeraar licht de verzekeringnemer op 16 augustus 2018 in over de niet-nakoming van de mededelingsplicht, onder vermelding van de mogelijke gevolgen.

22. Een voorbeeld als dit toont het verschil in benadering. Bij een objectieve uitleg wil ik ervan uit gaan dat omstandigheden als hier genoemd de verzekeraar zouden zijn aangerekend. Schadeafwikkeling hoort immers professioneel, zorgvuldig en voortvarend te zijn en daar past bij dat de verzekeraar, die een dossier al lange tijd onder zich heeft, redelijkerwijs (eerder) behoort te ontdekken. Onder het subjectieve uitleg-regime zoals we dat kenden en waar de verzekeraar in de procedure tegen Sasagar een beroep op deed, vindt de kennisgeving keurig plaats binnen de vervaltermijn (want zij vond plaats binnen een week na de ontdekking). Vanzelfsprekend kan een correctie plaatsvinden vanuit de gedachte dat ook binnen dit regime de verzekeraar professioneel, zorgvuldig en voortvarend dient te zijn, maar daarvoor is dan nodig dat de verzekeringnemer art. 6:2(48) BW inzet. En binnen het subjectief speelveld van de Hoge Raad is de uitkomst – ondanks het ingebracht objectief element – niet anders. Ook bij deze benadering kan de verzekeraar immers het standpunt innemen dat hij eerst voldoende zekerheid heeft verkregen dat de verzekeringnemer diens mededelingsplicht niet is nagekomen toen hij het dossier inhoudelijk ter hand nam. Het subjectief karakter van het speelveld laat dat toe en het objectief element maakt dat niet anders. De omstandigheden van het geval kunnen in de benadering van de Hoge Raad weliswaar een onderzoeksplicht met zich brengen (waardoor de tweemaandentermijn eerder begint te lopen), maar een eenvoudig voorbeeld als het mijne laat zien dat de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen daaraan in de weg kunnen staan. De Hoge Raad overweegt immers dat de omstandigheden van het geval bepalen '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'. Dat speelt hier niet. Sterker nog: er is geen begin van een aanwijzing want er is alleen maar een dossier. En dat is inhoudelijk niet in behandeling genomen. Of in ieder geval: de verzekeraar neemt dat standpunt in, waarmee hij de tweemaandentermijn de facto (en onwenselijk in het licht van het doel en de strekking van de bepaling) alsnog kan oprekken.

23. Het door de Hoge Raad ingebracht objectief element brengt in de situatie waarin aanwijzingen

ontbreken (dus) geen onderzoeksplicht mee. Zelfs niet, zo voeg ik toe, wanneer het niet naar voren komen van die aanwijzingen voor rekening en risico van de verzekeraar dient te komen en dat is jammer. De casus ademt namelijk gedrag uit dat de wetgever en de Hoge Raad niet beoogd hebben te beschermen. 24. Gezegd is daarmee overigens niet dat zich geen situaties voor kunnen doen, waarbij een onderzoeksplicht als door de Hoge Raad geïntroduceerd wel heeft te gelden. Mijn inschatting is evenwel dat de extra omstandighedenweging die de Hoge Raad met het objectief element beoogd heeft in te bouwen beperkt zal zijn in haar toepassing en het is de vraag of dat erg is. De weging gaat immers vooraf aan de ultieme omstandighedenweging die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6 lid 2 BW (en/of art. 6:248 lid 2 BW) biedt en blijft bieden. Langs die weg kunnen, zoals A-G Hartlief het fraai verwoordde, 'de scherpe kanten van de subjectieve benadering' afgeslepen worden (conclusie, nr. 3.31), 'bijvoorbeeld in het geval dat de verzekeraar kan worden aangerekend dat hij niet eerder de schending van de mededelingsplicht heeft ontdekt'. Zie in die zin ook A-G Wissink in zijn conclusie (nr. 3.12) voor het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 2021, NJ 2021/287, m.nt. N. van Tiggele-van der Velde.

N. van Tiggele-van der Velde

## NJ 2023/302

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 juli 2023, nr. 23/01806  
(Mrs. G. de Groot, R.J. Koopman, V. van den Brink, A.E.M. Röttgering, F.J.P. Lock; P-G mr. F.W. Bleichrodt)  
m.nt. W.H. Vellinga

Art. 46c Wvra

TRA 2023/91  
V-N Vandaag 2023/1597  
RvdW 2023/854  
TAR 2023/62  
V-N 2023/33.29  
ECLI:NL:HR:2023:1019

### Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Vordering tot opleggen disciplinaire maatregel.

*In beginsel staat het een rechterlijk ambtenaar vrij om buiten de rechtszaal haar of zijn mening te uiten over maatschappelijke kwesties. Deze aan een rechterlijk ambtenaar toekomende vrijheid van meningsuiting is evenwel niet onbeperkt. Een rechterlijk ambtenaar dient bij de uitoefening van haar of zijn uitingsvrijheid rekening te houden met de invloed van die uitingen, in het bijzonder voor zover deze uitingen vragen kunnen doen rijzen over de invloed daarvan op het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht (vgl. HR 7*

*maart 2014, RvdW 2014/433. Vgl. ook o.a. EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999/710, m.nt. E.J. Dommering en EHRM 23 juni 2016, nr. 20261/12). Betrokkene heeft, terwijl betrokkene raadsheer is, zich in een bij de rechtbank in het desbetreffende ressort lopende strafzaak met grote maatschappelijke impact, rechtstreeks gewend tot leden van de rechterlijke macht die met de behandeling van de zaak waren belast. Met diens handelwijze heeft betrokkene het vertrouwen in het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht ondermijnd. Door dit handelen heeft betrokkene ernstig nadeel toegebracht aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak en het in de rechtspraak te stellen vertrouwen.*

Arrest houdende de beslissing op de vordering als bedoeld in artikel 46o van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden van 25 april 2023 betreffende: [betrokkene], hierna: betrokkene.

### Vordering P-G mr. F.W. Bleichrodt:

#### 1. Verzoek

1.1. De president van het gerechtshof Den Haag, mr. M.W. Koek (hierna: de president) heeft mij bij brief van 23 februari 2023 verzocht de betrokkene voor te dragen bij de Hoge Raad voor oplegging van een disciplinaire maatregel op de voet van artikel 46c, aanhef en onder c, Wvra, te weten de sanctie van ontslag, alsmede voor schorsing op de voet van artikel 46f, tweede lid, aanhef en onder e, Wvra.

1.2. De president heeft mij ook verzocht te vorderen dat de betrokkene buiten functie wordt gesteld op de voet van artikel 46fa, eerste lid, Wvra.

1.3. Bij e-mail van 27 maart 2023 heeft de president de onder 1.1 en 1.2 bedoelde verzoeken niet gehandhaafd. Wel is verzocht een vordering strekkende tot schriftelijke berisping in te dienen.

#### 2. Onderbouwing van het verzoek

2.1. Het verzoek is – kort samengevat – als volgt onderbouwd.

2.2. De betrokkene heeft in 2021 en 2022 meermalen, anoniem, een boek getiteld 'MH17 Een valse vlag terreuraanslag Complot, crash, cover-up' en stukken, waaronder een 'leeswijzer' bij dat boek, doen toekomen aan functionarissen van het Openbaar Ministerie, aan rechters en aan advocaten die functioneel betrokken waren bij de behandeling van de strafzaak betreffende de in 2014 in het luchtruim van Oekraïne neergeschoten Boeing 777 van Malaysia Airlines met vluchtnummer MH17 (hierna: de MH17-zaak). Daarbij was het de kennelijke bedoeling deze rechterlijke ambtenaren en advocaten te overtuigen van een alternatief scenario van de toedracht van het neerhalen van het vliegtuig, dat dit alternatieve scenario in de strafzaak ingang zou vinden en dat andere functionarissen van het Openbaar Ministerie met de behandeling van de zaak zouden worden belast. De betrokkene heeft op 2 fe-