

De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief

Bespreking van het proefschrift van mr. K. Engel

*Mr. dr. W.C.T. Weterings**

1 Inleiding

Kees Engel promoveerde op 23 september 2016 cum laude aan de Open Universiteit bij prof. M.L. Hendrikse en prof. J.G.J. Rinkes op een proefschrift over de precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer.¹ Bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst heeft de aspirant-verzekeringnemer een mededelingsplicht tegenover de verzekeraar (art. 7:928 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Voor een adequate beoordeling van het ter verzekering aangeboden risico is een verzekeraar sterk afhankelijk van informatie van de kandidaat-verzekeringnemer. De verzekeringnemer heeft immers meer kennis van de kwade kansen van het risico. Aan de hand van de verstrekte inlichtingen besluit de verzekeraar of, en zo ja tegen welke premie en voorwaarden, hij een verzekeringsovereenkomst met de aspirant-verzekeringnemer wil aangaan.

Het is een van de belangrijkste leerstukken van het verzekeringsrecht. Bij het onderwerp 'verzwijging' spelen veel vragen, waarover zowel in de literatuur als in de rechtspraktijk regelmatig discussie is. Het betreft kwesties als: Welke feiten moet een (aspirant-)verzekeringnemer meedelen aan de verzekeraar voorafgaande aan het sluiten van een verzekeringsovereenkomst? (Tot) wanneer geldt deze mededelingsplicht? Wanneer gaat de waarschuwingplicht van de verzekeraar in? Welke rechten heeft de verzekeraar als de precontractuele mededelingsplicht is geschonden? Hoe moet daarbij het causaliteitsbeginsel van art. 7:930 lid 2 BW worden gezien? Wat moet worden verstaan onder 'de redelijk handelend verzekeraar'? Wanneer is sprake van opzettelijke misleiding (fraude) door de verzekeringnemer? In zijn proefschrift gaat Engel uitgebreid op deze – en andere – vragen in aan de hand van het Nederlandse verzekeringsrecht alsook aan de hand van buitenlands verzekeringsrecht.

2 Indeling en aanpak

Het boek heeft een overzichtelijke opzet. Het boek start in hoofdstuk 1 met een inleiding, de onderzoeksvraag en een verantwoording. Engel benoemt dertien deelonderwerpen, die daarna in de hoofdstukken 3 t/m 15 steeds volgens dezelfde structuur worden benaderd. Een deelonderwerp en de vraagpunten die daarbij spelen, worden eerst vanuit het – oude en huidige – Nederlandse verzekeringsrecht gezien. Vervolgens bekijkt hij het deelonderwerp vanuit achtereenvolgens het Duitse, Engelse, Franse, Zwitserse en Belgische verzekeringsrecht en vanuit de Principles of European Insurance Contract Law (PEICL). Aansluitend maakt de auteur aan het eind van elk hoofdstuk een balans op en trekt hij conclusies. Alvorens de deelonderwerpen op deze wijze aan te pakken, geeft Engel in hoofdstuk 2 een introductie in de verzekeringsrechtelijke wetgeving van de verschillende onderzochte rechtsstelsels met betrekking tot de mededelingsplicht van een verzekeringnemer.

Dat is een logische en heldere benadering. De lezer weet steeds wat eraan zit te komen. Het is daarbij ook bewonderenswaardig – en het heeft een sterke meerwaarde – dat Engel de dertien onderwerpen vanuit maar liefst vijf buitenlandse rechtsstelsels en de PEICL benadert. Dat geeft een ander licht op de zaak en brengt ook argumenten voor en tegen de Nederlandse benadering mee. Die vergelijking gebeurt kernachtig en is prettig leesbaar. Voor zover ik dat kan beoordelen, heeft de auteur het buitenlandse verzekeringsrecht ook steeds inhoudelijk juist weergegeven.

Wel bleef bij mij steeds het gevoel aanwezig dat ik liever een vergelijking met minder rechtsstelsels had gezien en dan per rechtsstelsel (nog) wat uitgebreider, dan wel minder Nederlands verzekeringsrecht en meer buitenlands recht. De weergave van het buitenlandse verzekeringsrecht is hier en daar wat kort, zeker in vergelijking met de weergave van het Nederlandse recht. Overigens sluit ik niet uit dat dit gevoel vooral ontstond doordat de vergelijking door Engel met een ander

* Mr. dr. W.C.T. Weterings is advocaat bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen, sectie Aansprakelijkheid, Schade en Verzekering en universitair docent aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law.

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

rechtsstelsel mijn interesse steeds wekte en er sneller een einde aan de vergelijking kwam dan ik hoopte. Dat geldt eveneens voor de ‘balans’ en de ‘conclusie’, de twee paragrafen waarmee elk hoofdstuk wordt afgesloten. Dat gebeurt steeds op kernachtige en heldere wijze, maar naar mijn smaak ook te kort en te zakelijk. Hier had ik graag meer van de enorme kennis van de auteur teruggezien, mede omdat juist in deze paragrafen het resultaat van de rechtsvergelijking in de voorafgaande paragrafen en de aanbevelingen op grond daarvan voor het Nederlandse verzekeringsrecht zijn te vinden. Het doet echter nauwelijks af aan het prijzenswaardige resultaat van de rechtsvergelijking, waarbij noodgedwongen keuzes moeten worden gemaakt.

Overigens moet ik bekennen dat toen ik van het boek vernam, mijn eerste gedachte was: is daar wel behoefte aan? Over de mededelingsplicht is namelijk in de loop der jaren relatief veel geschreven en ook veel rechtspraak verschenen. Engel geeft zelf in hoofdstuk 1 bij de verantwoording voor zijn onderzoek het – (na lezing en verdere bezinking) mijns inziens juiste – antwoord. Er ontbrak nog een *recente* systematische studie in de vorm van een proefschrift. Engel behandelt inderdaad (vrijwel) alle vragen en bijzonderheden die spelen in het kader van de mededelingsplicht. Er zijn wel eerder proefschriften verschenen, maar het laatste stamt uit 1939 en is dus van ver voor de invoering van het ‘nieuwe’ verzekeringsrecht in 2006.² En veel tijdschriftartikelen, preadviezen en (hand)boeken behandelen ‘slechts’ één of enkele deelonderwerpen, of gaan minder uitgebreid op de verschillende vragen in. Verder is het voor het eerst dat een dergelijk uitvoerig rechtsvergelijkend onderzoek is verricht met betrekking tot de precontractuele mededelingsplicht.

Twee hoofdstukken uit het boek licht ik in het hiernavolgende eruit. Gezien het bestek van deze bespreking moet ik mij beperken tot enkele hoofdstukken. Ik heb twee hoofdstukken gekozen over onderwerpen waarover in de literatuur en praktijk geregeld discussie bestaat.

3 Wanneer geldt de in art. 7:928 BW opgenomen precontractuele mededelingsplicht?

3.1 De aanvullende mededelingsplicht in de ‘tussenperiode’

In hoofdstuk 3 behandelt de auteur de eerste inhoudelijke vraag, namelijk (tot) wanneer de precontractuele mededelingsplicht geldt. De aspirant-verzekeringnemer is volgens art. 7:928 BW verplicht *vóór* het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar (spontaan) alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen (het zogenoemde kennisvereiste), en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen (het zogenoemde kenbaarheidsvereiste), de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen afsluiten, afhangt of kan afhangen (het zogenoemde relevan-

tieveerste). Aan deze mededelingsplicht komt dus een einde op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. Op de verzekeringsovereenkomst is, evenals bij andere overeenkomsten, art. 6:217 lid 1 BW van toepassing, zodat de overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Bij het aangaan van verzekeringsovereenkomsten wordt in (zeer) veel gevallen gebruik gemaakt van een aanvraagformulier/vragenlijst. Daarmee is de – in beginsel spontane – mededelingsplicht beperkt tot het beantwoorden van de gestelde vragen. De hoofdregel is daarbij dat het ter beschikking stellen van het vragenformulier moet worden gezien als een uitnodiging door de verzekeraar tot het doen van een aanbod. Het insturen van een ingevuld vragenformulier is een aanbod van de verzekeringnemer.³ Zodra dit aanbod door de verzekeraar wordt aanvaard, is sprake van een overeenkomst tussen partijen.

Engel stelt de – in de praktijk veel voorkomende – vraag aan de orde wat geldt in de periode tussen het versturen van het ingevulde vragenformulier door de verzekeringnemer en het moment van aanvaarding door de verzekeraar (de ‘tussenperiode’). Is de verzekeringnemer gekwetend van zijn mededelingsplicht met het insturen van het ingevulde vragenformulier? Of rust op hem in de tussenperiode een spontane aanvullende mededelingsplicht? Die vraag komt op in de situatie dat zich na verzending van het formulier nieuwe, risicorelevante feiten voordoen. Engel meent onder verwijzing naar relevante Nederlandse literatuur en (enige) rechtspraak dat niet te snel een dergelijke aanvullende mededelingsplicht mag worden aangenomen. De gemiddelde (consument-)verzekeringnemer zal menen dat na het inzenden van het vragenformulier niets meer van hem kan worden verwacht. Dat ligt volgens verschillende auteurs wel anders indien sprake is van een nieuw feit dat zodanig gewichtig is, dat de aspirant-verzekeringnemer moet begrijpen dat de verzekeraar bij kennis daarvan de verzekering niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.⁴ Bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kan dat (de vervulling van het kenbaarheidsvereiste) eerder worden aangenomen, aangezien de verzekeringnemer daar op het standaard aanvraagformulier (van het Verbond van Verzekeraars) expliciet wordt gewezen op het bestaan van een spontane aanvullende mededelingsplicht.

Engel stelt in aansluiting daarop voor om de algemene regel in te voeren dat verzekeraars die een *consument*-verzekeringnemer niet waarschuwen voor deze aanvullende verplichting, geen beroep kunnen doen op schending van de mededelingsplicht. Het plaatsen van een dergelijke waarschuwing in de vragenlijst of het aanvraagformulier is zijns inziens een kleine

2. H.A.G.J.P. de Jonge, De mededeelingsplicht van den verzekerde in theorie en praktijk (diss. Groningen), Assen: Van Gorcum & Comp. 1939.

3. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/165.

4. Zie bijv. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 96-97 en in gelijke zin reeds eerder E.J. Wervelman, De spontane aanvullende mededelingsplicht bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in de ‘tussenperiode’. Strikte kenbaarheid als uitgangspunt, AV&S 2005/15, p. 88 e.v. Zie ook A-G Spier in zijn conclusie voor HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9386 (X/Amersfoortse).

moeite en kan de consument veel ellende besparen. Een dergelijke waarschuwing kan volgens Engel ook worden gegeven als de verzekering telefonisch wordt gesloten.

Ofschoon er veel voor valt te zeggen dat het lastiger is/zou moeten zijn om een schending van de aanvullende mededelingsplicht aan te nemen bij een consument-verzekerde indien niet uitdrukkelijk door de verzekeraar in het aanvraagformulier is gewezen op het bestaan van deze verplichting, gaat de door Engel voorgestelde regel – hoewel deze regel helder, makkelijk toepasbaar en goed verdedigbaar is – mij wat ver. Ik kan mij toch voorstellen dat in uitzonderingssituaties ook dan een dergelijke verplichting kan bestaan. Namelijk als het evident is dat de aspirant-verzekeringnemer heeft moeten begrijpen dat deze nieuwe feiten voor het sluiten van de verzekering relevant zijn.⁵ Er worden dan dus wel zwaardere eisen gesteld aan het kenbaarheidsvereiste. Bijvoorbeeld als in het verband van een ongevalverzekering in de tussenperiode bekend wordt dat de aspirant-verzekeringnemer (mogelijk) sinds kort aan een ernstige, ongeneeslijke ziekte lijdt. Of als in het kader van een aansprakelijkheidsverzekering in de tussenperiode schade wordt veroorzaakt door de verzekeringnemer en de kans op een schadeclaim groot is of een schadeclaim zelfs reeds is aangekondigd.

Bij professionele verzekeringen (gesloten via de assurantiebeurs) kunnen volgens de auteur – en naar mijn idee terecht – dergelijke waarschuwingen door de verzekeraar achterwege blijven. Bij dergelijke verzekeringen is vaak een assurantiemakelaar betrokken, die de zakelijke verzekeringnemer over deze aanvullende mededelingsplicht in de tussenperiode kan en moet informeren.

In het rechtsvergelijkende deel van het hoofdstuk laat Engel zien dat in Duitsland geen spontane aanvullende mededelingsplicht in de tussenperiode bestaat, zelfs niet als er een expliciete waarschuwing op de vragenlijst is geplaatst. In Engeland geldt daarentegen wel een mededelingsplicht met betrekking tot nieuwe risicorelevante feiten tot het moment dat de verzekering tot stand komt. Ook in Frankrijk rust op de verzekeringnemer in de tussenperiode een mededelingsplicht met betrekking tot risicowijzigingen die de antwoorden in de vragenlijst onjuist maken. Hetzelfde geldt voor Zwitserland en België. De auteur concludeert dat het Duitse recht op dit punt niet in Nederland hoeft te worden overgenomen, maar herhaalt dat een verzekeraar wel zou moeten waarschuwen voor het bestaan van een aanvullende mededelingsplicht in de tussenperiode.

De Hoge Raad heeft recent in het kader van een door een consument gesloten levensverzekering geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of de mededelingsplicht in de tussenperiode is nagekomen, géén zwaardere eisen dienen te worden gesteld aan het kenbaarheidsvereiste ten aanzien van die

feiten en omstandigheden dan bij het invullen van het aanvraagformulier.⁶ In de tussenperiode had de verzekerde zich tot de huisarts gewend met passageproblemen van het voedsel en was hij daarop verwezen naar een specialist (die later slokdarmkanker constateerde). Het betrof hier echter wel een aanvraagformulier waarin uitdrukkelijk was aangegeven dat wijziging van relevante feiten of omstandigheden in de tussenperiode diende te worden gemeld. Daarmee is de door Engel weergegeven discussie in de Nederlandse literatuur en lagere rechtspraak over de situatie waarin het vragenformulier *niet* ingaat op de tussenperiode, nog niet beslecht. A-G Hartlief wees er in zijn conclusie voor dit arrest echter wel op dat zijns inziens moet worden aangenomen dat alsdan eveneens een mededelingsplicht bestaat, zij het dat dan wel zwaardere eisen aan het kenbaarheidsvereiste moeten worden gesteld. Een andere benadering dus dan die van Engel.

3.2 Wijziging verzekering of nieuwe verzekering?

Een andere vraag die Engel aan de orde stelt in dit hoofdstuk is wanneer sprake is van een nieuwe verzekeringsovereenkomst en wanneer ‘slechts’ van het voortzetten/wijzigen van de lopende verzekeringsovereenkomst. Dat is van belang omdat in geval van een lopende verzekeringsovereenkomst die wordt vervangen door een nieuwe verzekeringsovereenkomst opnieuw een mededelingsplicht op de verzekeringnemer komt te rusten, met eventuele sancties als daaraan niet blijkt te zijn voldaan. De auteur loopt in dit kader een aantal situaties na. Zo is Engel terecht van mening dat de enkele verhoging van de verzekerde som ‘slechts’ moet worden gezien als een wijziging van de bestaande verzekering. Dat is volgens hem in beginsel ook het geval als in dit verband een vragenlijst wordt gebruikt. Het hanteren van een vragenlijst lijkt mij echter, ofschoon het zeker niet (steeds) een doorslaggevend element is, wel een factor die sterk wijst in de richting van een nieuwe verzekeringsovereenkomst.⁷

Ten aanzien van wijziging van het verzekerde object merkt Engel op dat uit de omstandigheden de bedoelingen van partijen moeten worden afgeleid. Hij somt een aantal goed bruikbare vragen op: Ging er een vragenlijst vooraf aan de verzekering van het nieuwe object? Welke woorden gebruikten partijen bij hun onderhandelingen? Is een nieuw polisblad opge maakt? Is de premie (on)gewijzigd? Zijn andere verzekeringsvoorwaarden van toepassing verklaard? Aan de hand van de antwoorden kan worden vastgesteld of een wijziging van de verzekering dan wel een nieuwe verzekering aan de orde is.

Het is interessant om te lezen dat in Engeland elke ‘renewal’ (‘verlenging’) van een lopende verzekering als een nieuwe verzekering wordt gezien, waardoor een mededelingsplicht van toepassing is. Los daarvan geldt de mededelingsplicht ook bij

5. Het is dan te weinig dat die feiten relevant kunnen zijn.

6. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2447.

7. Vgl. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, De mededelingsplicht bij het aangaan van verzekeringen, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 217.

wijziging van de verzekering, voor zover die feiten relevant zijn voor de voorgestelde wijziging. In andere rechtsstelsels lijkt deze vraag minder voor te komen. Engel concludeert dat het niet nodig is om het Engelse stelsel in Nederland over te nemen.

3.3 Verstreking afschrift van ingevulde vragenlijst

Op basis van zijn vergelijking met het Belgische verzekeringsrecht (art. 64 § 3 Wet betreffende de verzekeringen) en de PEICL (art. 2:201 lid 3) stelt Engel terecht dat het een gemis is dat in Nederland niet de bepaling bestaat dat de verzekeraar bij het sluiten van de overeenkomst een kopie verstrekt van de ingevulde vragenlijst. Daarbij wijst hij erop dat het eventueel later, wanneer door de verzekeraar een beroep wordt gedaan op schending van de mededelingsplicht, van belang kan zijn voor de verzekeringnemer om na te gaan welke mededelingen door hem zijn gedaan in de precontractuele fase.

Mijn ervaring is dat sommige verzekeraars dit uit zichzelf doen, met name bij telefonisch gesloten verzekeringen met consumenten. Het gebeurt echter zeker niet altijd en het lijkt een kleine moeite om het bij de bevestiging van de acceptatie mee te sturen. Deze regeling zou in titel 7.17 BW kunnen worden opgenomen, maar ook in een aanbeveling van het Verbond van Verzekeraar kunnen worden neergelegd. Dat laatste zou voornamelijk mijn voorkeur hebben, aangezien dat enerzijds sneller is te realiseren en anderzijds met passende(re) – namelijk tuchtrechtelijke – sancties gepaard zou (kunnen) gaan.

4 De waarschuwingplicht en de tweemaandentermijn van art. 7:929 lid 1 BW

4.1 De aard en reikwijdte van de waarschuwingplicht

In hoofdstuk 7 gaat Engel in op de waarschuwingplicht van de verzekeraar, ook wel meldingsplicht genoemd. Art. 7:929 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeraar die ontdekt dat de verzekeringnemer diens precontractuele mededelingsplicht niet is nagekomen, de gevolgen daarvan slechts kan invoeren indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen. Ten aanzien van verschillende elementen van dit wetsartikel bestaat in de literatuur, rechtspraak en praktijk onenigheid over de toepassing.

Dat doet zich allereerst voor met betrekking tot de vraag in welke situaties er sprake is van een waarschuwingplicht voor de verzekeraar. Men is het erover eens dat deze waarschuwingplicht – en de daaraan gekoppelde termijn van twee maanden – in ieder geval geldt als het verzekerde risico zich nog niet heeft verwezenlijkt. Over de meest voorkomende situatie, waarin sprake is van ontdekking van schending van de mededelingsplicht nadat het verzekerde risico zich heeft verwezenlijkt, zijn in de rechtspraak en literatuur echter wel tegengestelde standpunten te vinden. Zo hebben de Rechtbank Den Haag en de Rechtbank Arnhem geoordeeld dat de waarschuwingplicht van art. 7:929 lid 1 BW (en de daaraan

gekoppelde termijn van twee maanden na ontdekking) dan niet geldt.⁸ In andere rechtspraak en literatuur is de opvatting terug te vinden dat art. 7:929 lid 1 BW dan evenzeer van toepassing is.⁹

Engel wijst erop dat aanvankelijk in het wetsvoorstel (van het vergaderjaar 1985-1986) inderdaad van een onderscheid werd uitgegaan, maar dat in de parlementaire geschiedenis op een gegeven moment (in 2000) is aangegeven dat de waarschuwingplicht en de tweemaandentermijn in beide gevallen in acht dienen te worden genomen.¹⁰ Dit sluit aan bij het Duitse en Zwitserse verzekeringsrecht.

4.2 De aard van de tweemaandentermijn

Deze tweemaandentermijn is een vervaltermijn. Engel stelt, mijns inziens met recht, dat deze termijn niet van openbare orde is en daarom niet ambtshalve door een rechter mag worden toegepast.

Uit de wet, wetsgeschiedenis en literatuur blijkt niet (duidelijk) of deze vervaltermijn van art. 7:929 BW wel/niet kan worden gestuit. De auteur sluit zich aan bij Stadermann, die meent dat dit niet mogelijk is.¹¹ Dat komt overeen met de algemene gedachte in de rechtspraak en de algemene literatuur over vervaltermijnen. In het Duitse en Zwitserse verzekeringsrecht alsook in de PEICL wordt eveneens gewerkt met een vervaltermijn die niet kan worden gestuit.

Gezien art. 7:943 lid 3 BW kunnen consument-verzekeringnemers geen afstand doen van deze vervaltermijn. Bij zakelijke verzekeringnemers lijken theoretisch gezien in de polisvoorwaarden langere termijnen te kunnen worden overeengekomen. Engel vraagt zich echter af of dat niet in strijd is met de ratio van de wetgever achter de tweemaandentermijn en de waarschuwingplicht, namelijk niet te lang onzekerheid bij een verzekeringnemer of de verzekeraar gevolgen wil verbinden aan de ontdekking van de verzwijging.

4.3 Waarschuwingstermijn van twee maanden nodig?

Engel merkt (terecht) op dat de termijn van twee maanden willekeurig lijkt te zijn gekozen door de wetgever. Voor de inwerkingtreding van art. 7:929 BW in 2006 werd in België, Duitsland en Zwitserland reeds een termijn van één maand gehanteerd. De wetgever is daar, met betrekking tot het Belgi-

8. Rb. Arnhem 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX5871 en Rb. Den Haag 28 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0682.
9. Bijv. Hof Arnhem 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:9313 en K. Engel, De reikwijdte van art. 7:929 lid 1 BW, NTHR 2012, afl. 5, p. 267-270. Zie ook N. van Tiggele-van der Velde, Tien jaar verzwijging, in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 41.
10. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 29-31.
11. F. Stadermann, De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging, AV&S 2009, afl. 3, p. 15. Zo ook Hendrikse & Rinckes 2015, p. 244.

sche recht, ook door prof. Mok op gewezen.¹² Er is echter (toch) gekozen voor een termijn van twee maanden. Overigens geldt thans ook in de PEICL in beginsel een termijn van één maand.

Die tweemaandentermijn begint eerst te lopen – zo volgt uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak – zodra de verzekeraar ‘een voldoende mate van zekerheid heeft’ over de schending van de mededelingsplicht.¹³ Een vermoeden is niet voldoende en in dit verband is door lagere rechters wel overwogen dat het dossier min of meer rond moet zijn.¹⁴ Engel vraagt zich af waarom dan nog een termijn van twee maanden moet gelden.¹⁵ Waarschuwen zou dan toch ook binnen bijvoorbeeld één maand of korter moeten kunnen? Waarom dan nog twee maanden wachten? Daar komt bij dat ook in Duitsland en Zwitserland de termijn (van vier weken) niet begint te lopen wanneer de verzekeraar nog slechts vermoedt dat er sprake is van een schending van de mededelingsplicht. In beide landen geldt overigens wel dat als de verzekeraar concrete aanknopingspunten heeft voor een verzwijging door de verzekeringnemer, hij verplicht is om nader onderzoek in te stellen.

Als het ingaan van de termijn inderdaad (conform de opmerkingen in de wetsgeschiedenis) niet te snel wordt aangenomen – waarover hierna meer –, dan valt inderdaad wat te zeggen voor een kortere termijn van één maand, om zo aan te sluiten bij andere Europese landen. In Duitsland en Zwitserland is overigens geen sprake van een waarschuwingplicht, maar dient de verzekeraar de sancties daadwerkelijk in te roepen binnen de vervaltermijn. Engel voelt er wel voor om dit ook in Nederland te introduceren.

4.4 *Het moment van ontdekking van verzwijging: wanneer begint de tweemaandentermijn te lopen?*

Probleem is wel dat er in de praktijk toch geregeld discussie is tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer over de start van de tweemaandentermijn. Wanneer had de verzekeraar voldoende mate van zekerheid over de schending? Rechterlijke uitspraken over (de invulling van) het aanvangsmoment zijn nog relatief schaars en bovendien afkomstig van lagere rechters. Verzekeringnemers zien daarom vaak reden om het standpunt in te nemen dat de waarschuwingstermijn in casu eerder is gestart (dan een rechter waarschijnlijk zou oordelen) en verzekeraars het tegenovergestelde. Een termijn van twee maanden houdt daarom een deel van de discussies buiten de deur (want niet zinvol als afwijkende standpunten binnen die termijn blijven). Om vergelijkbare redenen lijkt ook in Zwit-

serse literatuur commentaar te zijn op de daar geldende termijn van een maand. Als rechters zich terughoudend (blijven) opstellen en er minder discussie is en kan zijn over wanneer de termijn is gestart, is mijns inziens weinig tegen een kortere termijn.

In de wettekst wordt het moment waarop de verzekeraar ontdekt dat er sprake is van schending van de mededelingsplicht subjectief opgevat (‘ontdekt’). In de literatuur wordt echter door veel auteurs naar voren gebracht dat ten aanzien van dit moment een zekere objectivering kan worden aangebracht.¹⁶ De tweemaandentermijn vangt aan op het moment dat de verzekeraar de verzwijging daadwerkelijk ontdekt of ‘redelijkerwijs had behoren te ontdekken’. Engel sluit zich hierbij aan, waarbij hij aangeeft dat een objectivering ook niet te snel moet worden toegepast en aangenomen. Hij wijst op een arrest van het Gerechtshof Arnhem, waarin dit ook valt terug te zien.¹⁷ Het hof merkt op dat er redenen kunnen bestaan om het moment van ontdekking te objectiveren, maar overweegt tevens dat daar terughoudend mee moet worden omgegaan. De termijn begint volgens het hof niet reeds te lopen bij binnenkomst van post bij de verzekeraar, waaruit de schending van de mededelingsplicht kan blijken. Het gaat in principe om het moment waarop de dossierbehandelaar de verzwijging ontdekt (= subjectief). Objectivering van het (lees: een eerder) ontdekkingsmoment kan wel, bijvoorbeeld wanneer uit de feiten en omstandigheden van het concrete geval een onaanvaardbare trage behandeling door de verzekeraar blijkt. Dat lijkt Engel derhalve een juiste benadering.¹⁸ Ik sluit mij daarbij aan, ofschoon ik nog wat meer voel voor de opvatting van Van Tiggele-van der Velde, die nog wat terughoudender met objectivering (en sanctionering) is.¹⁹ Het zijn echter graduele verschillen en het uitgangspunt is hetzelfde. Overigens is interessant om te lezen dat, en waarom, in Zwitserland louter subjectieve kennis een rol speelt.

4.5 *De bewijslast van het moment van ontdekking*

Voorts brengt Engel naar voren dat de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak glashelder zijn over de vraag wie dient te stellen – en bij gemotiveerde betwisting dient te bewijzen – dat (niet) binnen de tweemaandentermijn is gewaarschuwd. Op de verzekeraar rust de bewijslast dat hij tijdig heeft gewaarschuwd.²⁰ Engel is het daarmee eens en motiveert dit ook.

Zoals een goed wetenschapper betaamt, bespreekt hij echter ook uitgebreid het in de literatuur ingenomen standpunt dat de verzekeringnemer – gezien de hoofdregel van art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – moet stellen en zo nodig bewijzen dat de verzekeraar zich niet aan de tweemaandentermijn heeft gehouden. Zowel Stadermann als Van

12. L. Mok, *Verzekeringsrecht. Civielrechtelijke hoofdstukken*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, p. 64.

13. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 34.

14. Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3705 en Rb. Amsterdam 7 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9483.

15. Hij doet dit in zijn proefschrift nog meer tussen de regels door, maar in een artikel naar aanleiding van zijn proefschrift explicieter, zie K. Engel, Een rechtsvergelijkende blik op de Nederlandse verzwijgingsregeling (art. 7:928-7:931 BW), *AV&S* 2017, afl. 5, p. 29.

16. N. van Tiggele-van der Velde 2015, p. 45 e.v. Vgl. Hendrikse & Rinkes 2015, p. 246 en Stadermann 2009, p. 11-14.

17. Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904. Vgl. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11931.

18. Zo ook Geschillencommissie Kifid 11 februari 2014, nr. 2014-068.

19. Van Tiggele-van der Velde 2015, p. 48-49.

20. Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904.

Tiggele-van der Velde wijst erop dat immers de verzekeringnemer stelt dat de verzekeraar zijn waarschuwingsplicht van art. 7:929 lid 1 BW heeft geschonden en daarom (= rechtsgevolg) geen beroep meer op schending van de mededelingsplicht en de daaraan verbonden sancties toekomt.²¹ Beiden zien het probleem dat de voor de bepaling van het startpunt van de tweemaandentermijn relevante feiten en omstandigheden zich allemaal in het domein van de verzekeraar bevinden. Stadermann lost dit op met een verzwaarde stelplicht voor de verzekeraar. Van Tiggele-van der Velde meent dat de verzekeringnemer feiten moet bewijzen die een ontdekking door de verzekeraar *aannemelijk* maken, en dat indien dit lukt, gewerkt kan worden met een voorshands bewijsoordeel. Beide benaderingen spreken mij aan, met name de benadering van Stadermann, omdat ik die bewijstechnisch zuiver(der) vind. Engel laat zien dat ook in Duitsland een verzwaarde stelplicht op de verzekeraars rust. Zoals hiervoor al is aangegeven, kiest hij echter, en dat valt goed te begrijpen, vanwege het feit dat de meeste gegevens bij de verzekeraar liggen, voor een bewijslast bij de verzekeraar.²² Van Tiggele-van der Velde heeft recentelijk aangegeven deze benadering ook – en zelfs beter – verdedigbaar te vinden.²³ In Zwitserland hanteert men eveneens dit uitgangspunt.

5 Tot slot

Ik gaf aan aanvankelijk twijfels te hebben gehad aan de behoefte aan een proefschrift over dit onderwerp. Na grondige lezing zijn die twijfels meer dan weggenomen. De dissertatie van Engel is een juridisch handboek, dat prettig leest en informatief is. Zoals hij zelf naar voren brengt, was er nog geen boek dat (nagenoeg) alle belangrijke vragen en discussies met betrekking tot de precontractuele mededelingsplicht omvat. Ik heb het als advocaat ook reeds verschillende malen erbij gepakt in het kader van de behandeling van een dossier. Het rechtsvergelijkende perspectief is daarbij ook een grote meerwaarde. Deswege mag het bij juristen werkzaam in de verzekerings(recht)praktijk niet in de kast ontbreken.

Ook in mijn hoedanigheid van docent en onderzoeker heb ik dankbaar gebruik gemaakt van de ruime en nuttige informatie en inzichten die het boek biedt.

In de voorgaande paragrafen kan de indruk zijn ontstaan dat ik het geregeld oneens ben met Engel en kritisch ben over zijn standpunten. Dat is echter zeker niet het geval. Ik heb twee hoofdstukken eruit gepakt, met onderwerpen waarover veel discussie bestaat en die daarom interessant zijn. Engel heeft mij echter op verschillende punten overtuigd met zijn mening en bij andere aspecten regelmatig aan het denken en twijfelen gezet. En dat is precies wat een goed proefschrift moet doen.

21. Zie N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 139-141 en Stadermann 2009, p. 15, ook later gepubliceerd als: F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 109.

22. Zo ook Hendrikse & Rinkes 2015, p. 249-250.

23. Van Tiggele-van der Velde 2015, p. 41-43.