

# De opzet van de verzekeringnemer tot misleiding van de verzekeraar

Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507  
(Messoudi/ASR Schadeverzekering N.V.)

*Mr. dr. E.J. Zippro\**

## 1 Inleiding

De verzekeraar zal zich vóór het aangaan van een verzekeringsovereenkomst een goed oordeel moeten kunnen vormen over de mogelijke risico's die hij neemt. De verzekeringnemer dient daarvoor de noodzakelijke gegevens te verstrekken. Indien deze gegevens onjuist zijn, dan kan dit tot gevolg hebben dat de risico's door de verzekeraar verkeerd worden ingeschat. Er is dan een reële kans aanwezig dat de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst is aangegaan, terwijl hij deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn aangegaan of slechts onder andere voorwaarden zou zijn aangegaan. In een dergelijke situatie kan het dan ook gerechtvaardigd zijn dat de verzekeraar niet tot het doen van de overeengekomen uitkering is gehouden of slechts tot een deel daarvan is gehouden.

In deze bijdrage bespreek ik HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:507 (Messoudi/ASR Schadeverzekering N.V.). In deze zaak staat de vraag centraal of de verzekeringnemer de opzet had om de verzekeraar te misleiden. Indien dat het geval is, hoeft de verzekeraar niet tot uitkering over te gaan. In paragraaf 2 schets ik de feiten van de onderhavige casus. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 de procedures in feitelijke instantie en in paragraaf 4 de procedure in cassatie. In paragraaf 5 ga ik in op de mededelingsplicht van de verzekeringnemer en in paragraaf 6 op de gevolgen van het niet voldoen aan de mededelingsplicht door de verzekeringnemer. In paragraaf 7 staat de vraag centraal wanneer de verzekeringnemer heeft gehandeld met de opzet om de verzekeraar te misleiden. Paragraaf 8 sluit af met een conclusie.

## 2 De feiten

In de onderhavige casus huurde Messoudi per maart 2009 een pand in Den Bosch. In dit pand exploiteerde hij met zijn eenmanszaak een eet- en loungecafé genaamd Marhaba. Hij heeft dit pand per december van dat jaar verzekerd bij ASR Schadeverzekering (hierna: ASR). De verzekering dekt onder meer het risico van brand. Een halfjaar later (begin mei 2010) ont-

staat brand in het pand, waardoor schade is veroorzaakt. In opdracht van ASR heeft I-TEK B.V. (hierna: I-TEK) een rapport uitgebracht. Ook zijn brandmonsters onderzocht in het laboratorium van Oleotest. Ten slotte heeft het Nederlands Forensisch Instituut naar aanleiding van de brand onderzoek gedaan naar de aanwezigheid van vluchtige stoffen.

ASR weigert vervolgens dekking onder de verzekeringsovereenkomst te verlenen op grond van (1) betrokkenheid van Messoudi bij de brandstichting (art. 6 lid 4 van de algemene voorwaarden en art. 7:952 van het Burgerlijk Wetboek (BW)), (2) het doen van opzettelijk onware en onvolledige mededelingen (art. 6 lid 5 van de algemene voorwaarden), (3) het feit dat het pand al langer dan twee maanden buiten gebruik was, zonder dat ASR hiervan op de hoogte was (art. 13 van de bijzondere voorwaarden), en (4) schending van de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst/verzwijging (art. 7:928 BW). Ten slotte zou enige verzekeringsuitkering in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn (art. 7 lid 4 van de algemene voorwaarden en art. 6:248 lid 2 BW). ASR heeft de verzekering daarnaast met onmiddellijke ingang beëindigd.

Messoudi vordert dat ASR wordt veroordeeld om over te gaan tot uitkering van de waarde van de verzekerde zaken waaraan schade is ontstaan.

## 3 De procedures in feitelijke instantie

### 3.1 Rechtbank

In eerste aanleg heeft de Rechtbank Utrecht de gevraagde voorziening van Messoudi afgewezen. De rechtbank acht daarbij het meer subsidiaire verweer van ASR van belang dat Messoudi bij het aanvragen van de verzekering relevante feiten heeft verzwegen. Indien ASR de feiten had gekend, zou zij – zo neemt de rechtbank aan – geen verzekering hebben gesloten. Verdere behandeling van het primaire verweer dat Messoudi de brand zelf heeft aangestoken, vergt naar het oordeel van de rechtbank nadere bewijsoverlevering door een van de partij-

\* Mr. dr. E.J. Zippro is advocaat bij ZIPPRO MEIJER CITTEUR Advocaten te Amsterdam.

en omdat het rapport van het door de verzekeraar ingeschakelde onderzoeksbureau I-TEK vragen oproept omtrent de betrokkenheid van Messoudi bij de brandstichting.

### 3.2 Hof

Het Hof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof overweegt daarbij dat in de door Messoudi voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst ingevulde vragenlijst voldoende concreet is gevraagd naar eventuele eerdere brandstichtingen. Deze vraag luidt: 'Heeft u of uw bedrijf reeds eerder schade geleden door een te verzekeren gebeurtenis? Zo ja, wat was de oorzaak, hoe groot was de schade en wanneer trad de schade op?' Deze vraag heeft Messoudi met een 'nee' beantwoord. In de periode april/mei 2009 hebben echter een eerdere brandstichting, vernieling van ruiten en een schietpartij plaatsgevonden. Messoudi heeft tegenover onderzoeksbureau I-TEK verklaard:

'Ik exploiteerde het eet- en loungecafé Marhaba in 's-Hertogenbosch sedert 1 maart 2009. In april 2009 is een zeke-re [betrokkene 1] in den Bosch tijdens een ruzie/vechtpartij tussen groepen Marokkanen doodgeschoten. Het gerucht ging dat een broer van mij bij die schietpartij betrokken was geweest.

Hij zit daarvoor in hechtenis. Die broer had de bijnaam Bommelaar en werkte in mijn café, dat door bezoekers ook wel De Bommelaar werd genoemd.

Kort na deze schietpartij werd bij mijn café brand gesticht, waarvoor ik destijds niet verzekerd was. De schade werd toen hersteld via de verzekeraar van de verhuurder [betrokkene 2]. Kort daarna werden de ruiten ingegooid. Door alle bedreiging die daarvan uitging was ik bang voor mijn eigen veiligheid en heel voorzichtig geworden. Ik ging er van uit dat deze feiten met de schietpartij te maken hadden.

Vanaf die tijd is het café gesloten geweest.

In verband met mijn eigen veiligheid is het café vanaf 12 april 2009 niet meer geopend. In oktober/november 2009 besloot ik om de zaak voort te zetten en heb toen besloten om een verzekering af te sluiten, mede gelet op hetgeen eerder was gebeurd. Ik denk dat de brandstichting op 3 mei 2010 hiermee te maken heeft.'

Het hof oordeelt dat Messoudi voornoemde feiten heeft verzwegen (brandstichting, ingegooid ruiten en de verdenking dat zijn in het café werkzame broer betrokken is geweest bij een dodelijke schietpartij), waarvan hij wist, althans behoorde te weten, dat daarvan de beslissing van ASR zou afhangen of zij de verzekering zou willen sluiten (r.o. 4.4). Messoudi heeft volgens het hof zijn mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst geschonden en daarmee gehandeld in strijd met art. 7:928 lid 1 BW. Daarmee falen de daartegen gerichte grieven in het principaal hoger beroep.

Met een volgende grief komt Messoudi op tegen het oordeel van de rechtbank dat is voldaan aan het vereiste van art. 7:930

lid 4 BW, waarin is bepaald dat – in afwijking van art. 7:930 lid 2 en 3 BW – geen uitkering verschuldigd is indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. ASR heeft de uitkering vanwege verzwijging geweigerd op grond van art. 7:930 lid 4 en 5 BW. Zou deze grief van Messoudi slagen, dan komt het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep toe aan het beroep van ASR op art. 7:930 lid 5 BW. Uit proceseconomisch oogpunt heeft het hof dit beroep van ASR op art. 7:930 lid 5 BW als eerste behandeld.

Vast is komen te staan dat uit de door Messoudi tegenover onderzoeksbureau I-TEK afgelegde verklaring volgt dat Messoudi de verzekering sloot, terwijl hij zich bewust was van het risico dat nadere schade zou worden toegebracht aan het café en zich bewust was van het feit dat het voor ASR van belang was om kennis te nemen van dat risico. Door desondanks een voldoende duidelijk geformuleerde op het inschatten van dat risico gerichte vraag onjuist te beantwoorden kan het volgens het hof niet anders zijn dan dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet om ASR te misleiden. Het feit dat Messoudi destijds een beginnende ondernemer was met gebrek aan ervaring maakt dit niet anders.

Messoudi heeft alleen bewijs aangeboden betreffende de omvang van de schade. Voor wat betreft de opzet is door Messoudi geen tegenbewijs aangeboden. Nu het hof ook ambtshalve geen grond aanwezig oordeelt om Messoudi daartoe toe te laten, staat vast dat is voldaan aan art. 7:930 lid 5 BW, zodat verzekeraar ASR niet tot uitkering hoeft over te gaan. Art. 7:930 lid 5 BW bepaalt onder meer dat geen uitkering is verschuldigd aan de verzekeringnemer of de derde die heeft gehandeld met de opzet de verzekeraar te misleiden.<sup>1</sup>

### 4 De procedure in cassatie

In cassatie staat de vraag centraal of Messoudi heeft gehandeld met de opzet om ASR te misleiden. De cassatiedagvaarding richt zich hoofdzakelijk tegen het oordeel van het hof in r.o. 4.8, dat het niet anders kan zijn dan dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet om ASR te misleiden, waarmee is voldaan aan de vereisten van art. 7:930 lid 5 BW en er geen recht op uitkering bestaat.

Messoudi stelt zich op het standpunt dat de omstandigheid dat hij de verzekeringsovereenkomst heeft gesloten, terwijl hij zich bewust was van het risico dat nadere schade zou worden toegebracht aan het café en hij wist dat het voor ASR van belang was om kennis te nemen van dat risico, nog niet maakt dat sprake is van de opzet tot misleiding. Volgens de klacht is een en ander onvoldoende, omdat ook moet worden vastgesteld met welk doel de verzekerde de betreffende informatie heeft verzwegen. Bovendien had de overweging van het hof

1. Evenmin is op grond van art. 7:930 lid 5 BW een uitkering verschuldigd aan de derde indien de verzekeringnemer, met de opzet de verzekeraar te misleiden, niet heeft voldaan aan de mededelingsplicht betreffende de derde.

volgens hem hooguit tot een rechterlijk vermoeden van opzet tot misleiding kunnen leiden, waartegen tegenbewijs openstond en waartoe het hof hem had moeten toelaten.

De Hoge Raad oordeelt (r.o. 3.3.2):

‘Indien de verzekeringnemer niet volledig aan zijn in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht heeft voldaan, verbindt art. 7:930 BW hieraan, in afwijking van het te voren geldende recht (art. 251 (oud) WvK), niet steeds het gevolg dat elke aanspraak op uitkering vervalt: “Dit gaat te ver” (Parl. Gesch. Verzekering, p. 34). De wet verbindt daarom aan schending van de mededelingsplicht als uitgangspunt de consequentie van een proportionele vermindering van het recht op, en de plicht tot uitkering (art. 7:930 leden 2 en 3 BW), met dien verstande dat in de in art. 7:930 leden 4 en 5 BW omschreven gevallen, in afwijking van voormeld uitgangspunt, wél elk recht op uitkering vervalt.’

De Hoge Raad vervolgt:

‘In art. 7:930 lid 5 BW wordt als een zodanig bijzonder geval aangemerkt dat de verzekeringnemer of de derde heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. In de MvT op deze bepaling wordt dit begrip opzet tot misleiding aldus omschreven, dat de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde “tegen beter weten in hebben gehandeld” (Parl. Gesch. Verzekering, p. 35).’

De Hoge Raad verwijst vervolgens naar de memorie van toelichting op art. 7:928 BW. Daarvan wordt de volgende omschrijving gegeven (Parl. Gesch. Verzekering, p. 15):

‘Hieronder is te verstaan: het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Men zie het hierboven aangehaalde arrest HR 18 december 1981, NJ 1982, 570.’

In het in dit citaat vermelde arrest van 18 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4298, NJ 1982/570, wordt onder meer overwogen:

‘Dit brengt mee dat in een zodanig geval stilzwijgen omtrent dit verleden niet kan leiden tot nietigheid van de verzekering krachtens 251 K (...) tenzij de verzekerde zijn strafrechtelijk verleden heeft verzwegen met de bedoeling zich daardoor een verzekering te verschaffen, die de verzekeraar, zo hij met dat verleden bekend zou zijn geweest, niet of niet op dezelfde voorwaarden gesloten zou hebben.’

De Hoge Raad oordeelt vervolgens (r.o. 3.3.3):

‘Mede gelet op de tussen de art. 7:928 BW en 7:930 BW bestaande samenhang dient onder opzet tot misleiding in

de zin van art. 7:930 lid 5 BW te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft medegedeeld 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, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.’

De Hoge Raad komt dan ook tot het oordeel dat het oordeel van het hof, dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet om ASR te misleiden, alleszins begrijpelijk is, zodat de desbetreffende onderdelen van het cassatiemiddel falen.

Tevens klagen enkele onderdelen van het cassatiemiddel over het feit dat het hof heeft miskend dat zijn oordeel, dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet de verzekeraar ASR te misleiden, op vermoedens is gebaseerd, waartegen de mogelijkheid van tegenbewijs openstaat. Het hof had volgens de onderdelen van het cassatiemiddel het algemeen bewijsaanbod in de memorie van grieven niet mogen passeren. De Hoge Raad overweegt dat het hof een feitelijk oordeel heeft gegeven over de vraag of hier sprake is van opzet in de zin van art. 7:930 lid 5 BW, dat gebaseerd is op het voor de verzekeringnemer kenbare belang van de gevraagde inlichtingen in samenhang met de door Messoudi zelf gedane uitlatingen. De Hoge Raad oordeelt dat de onderdelen op zichzelf terecht betogen dat tegen een zodanig oordeel de mogelijkheid van tegenbewijs openstaat. Dit kan Messoudi echter niet baten omdat, anders dan in de onderdelen wordt aangevoerd, door Messoudi geen algemeen bewijsaanbod is gedaan. Ook een op (het ontbreken van) de opzet toegespitst specifiek bewijsaanbod is niet gedaan. In de memorie van grieven, waar de onderdelen naar verwijzen, wordt slechts het volgende vermeld:

‘Zonder onverplicht een bewijslast op zich te nemen, biedt Messoudi bewijs aan. Messoudi biedt bewijs aan van de omvang van zijn schade. Daartoe wil Messoudi als getuigen doen horen: Messoudi (...) alsmede zijn boekhouder. Ook biedt Messoudi aan om nadere stukken in het geding te brengen om daarmee de schade aan te tonen.’

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof, dat Messoudi alleen bewijs heeft aangeboden van de omvang van zijn schade, maar geen tegenbewijs heeft aangeboden wat betreft de opzet tot misleiding van de verzekeraar, op uitleg van de gedingstukken berust en alleszins begrijpelijk is. Bij gebrek aan feitelijke grondslag kan de klacht dus niet tot cassatie leiden. De overige klachten van het middel kunnen ook niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad verworpt het beroep.

## 5 De mededelingsplicht van de verzekeringnemer

### 5.1 De mededelingsplicht in het algemeen

De verzekeringnemer is op grond van art. 7:928 BW verplicht voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeraar alle feiten mee te delen die hij kent of behoort te kennen, indien hij weet of behoort te begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen afsluiten, daarvan afhangt of kan afhangen.

Dogmatisch gezien is de mededelingsplicht van de verzekeringnemer een zogenaemde 'Obliegenheit'. De verzekeringnemer dient iets te doen om verval of beperking van zijn rechten te voorkomen.<sup>2</sup> Het betreft hier niet een uit een verbintenis voortvloeiende verplichting, nu de verzekeringsovereenkomst op dat moment nog niet bestaat. Schending van de verplichting leidt niet tot een tekortkoming of de verplichting om schade te vergoeden. Het schenden van de rechtsplicht (in het onderhavige geval de mededelingsplicht) leidt ertoe dat de verzekeringnemer het hem toekomende recht niet meer kan doen gelden.

De verzekeringnemer schendt zijn mededelingsplicht niet wanneer hij bepaalde feiten niet vermeldt die hij niet kent noch behoort te kennen. Dit komt erop neer dat de verzekeraar ook het risico loopt voor de gevolgen van feiten die de verzekeringnemer niet kent of behoort te kennen. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat een beroep van de verzekeraar op het niet mededelen van feiten ook bestaat indien de verzekeringnemer daarvan weliswaar niet op de hoogte was, maar hij deze feiten wel behoorde te kennen. Op deze manier wordt de goede trouw van de verzekeringnemer geobjectiveerd.

De verzekeraar kan zich op grond van art. 7:928 lid 4 BW niet beroepen op niet-mededeling van feiten die hij reeds kende of behoorde te kennen. Dit betreft dus een beperking van de mogelijkheid van de verzekeraar om zich op het verzaken van de mededelingsplicht te beroepen. De gevallen waarin de verzekeraar zich in dit kader niet kan beroepen op het niet meegedeeld zijn van feiten, kunnen in twee gevallen worden onderscheiden. Het betreft in de eerste plaats algemeen bekende feiten en feiten die de verzekeraar in de normale uitoefening van zijn onderneming weet of behoort te weten. Denk aan het feit dat in regio A meer wordt ingebroken dan in regio B. In de tweede plaats dient te worden gedacht aan feiten betreffende de individuele verzekerde die de verzekeraar kent of behoort te kennen. De verzekeraar wordt in beginsel geacht kennis te dragen van alle feiten betreffende de individuele verzekerde die te zijner kennis zijn gebracht.

### 5.2 De mededelingsplicht en de door de verzekeraar gehanteerde vragenlijst

Ingeval de verzekeraar uitdrukkelijk naar bepaalde feiten heeft gevraagd en de verzekeringnemer de desbetreffende vraag onjuist of onvolledig heeft beantwoord, is een beroep op niet-mededeling van feiten mogelijk. Ook indien de verzekeraar wordt geacht kennis te hebben gedragen van een bepaald feit, maar de verzekeraar daar desondanks een vraag over stelt, dan dient de verzekeringnemer een op dit feit gerichte vraag naar waarheid en volledig te beantwoorden. Indien de verzekeringnemer een daarop gerichte vraag onjuist of onvolledig beantwoordt, dan kan de verzekeraar op grond van art. 7:928 lid 4 BW de gevolgen van het niet naleven van de mededelingsverplichting inroepen, ook al was dit feit bij hem bekend. De mededelingsplicht betreft de feiten waarvan de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt.

Door te werken met een gedetailleerde vragenlijst met een bijbehorende toelichting en een bijbehorende waarschuwing om de vragen naar waarheid te beantwoorden, willen verzekeraars de mogelijkheid om relevante feiten te verzwijgen zo klein mogelijk maken.<sup>3</sup> Om te beoordelen of sprake is van verzwijging, kan het van groot belang zijn of de verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. Indien de verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, kan de verzekeraar zich er niet op beroepen dat vragen niet zijn beantwoord of feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn meegedeeld, en evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met de opzet om de verzekeraar te misleiden (art. 7:928 lid 6 BW).

De verzekeraar kan met een zeer algemeen geformuleerde vraag geen spontane mededelingsplicht in het leven roepen. Te denken valt aan de vraag: 'Zijn er andere feiten die voor de beoordeling van het risico van belang zijn?' Tevens valt te denken aan de vraag: 'Hebt u nog andere feiten mee te delen?' Een dergelijke zeer algemeen geformuleerde vraag neemt de schijn niet weg dat de verzekeraar andere vragen dan die waarnaar wel expliciet is gevraagd, niet van belang acht voor de beoordeling van het risico.<sup>4</sup> Maar ook hier geldt weer de uitzondering dat de verzekeraar zich wel op verzwijging kan beroepen indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met de opzet om de verzekeraar te misleiden.

## 6 De gevolgen van het niet voldoen aan de mededelingsplicht

### 6.1 Algemeen

Onder het oude verzekeringsrecht werden de gevolgen van het niet mededelen aan de verzekeraar van voor hem relevante gegevens geregeld door art. 251 van het Wetboek van Koophandel

2. F.H.J. Mijnsen, Verzekering (Mon. BW, nr. B88), Deventer: Kluwer 2012, nr. 7.1.

3. M.L. Hendrikse, Privaatrechtelijke aspecten van verzekeringsfraude, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.5.1.

4. Mijnsen 2012, nr. 7.6.

(WvK). Dit betrof een nadere uitwerking van het leerstuk van de dwaling, zoals is geregeld in art. 6:228 BW. Het kwam neer op een alles-of-nietsoplossing. Het niet voldoen aan de mededelingsplicht had tot gevolg dat de verzekering door de verzekeraar kon worden vernietigd. Vernietiging heeft terugwerkende kracht, zodat de gevolgen van een dergelijke actie zeer vergaand waren. Het resultaat was dat de verzekeraar niet verplicht was om uit te keren. De eventuele opzet van de verzekeringnemer was hier niet van belang. Een te goeder trouw gedane verkeerde opgave kon ook tot dit rechtsgevolg leiden.<sup>5</sup> Deze regeling is onder het regime van het nieuwe verzekeringsrecht genuanceerder. In beginsel is het uitgangspunt dat bij verzwijging de overeenkomst als zodanig blijft bestaan. Op grond van art. 7:931 BW kan de overeenkomst niet meer worden vernietigd. Deze regeling is op grond van art. 7:943 lid 1 BW van dwingend recht, zodat daar contractueel niet van kan worden afgeweken.

Het niet voldoen aan de mededelingsplicht kan er onder het huidige regime wel toe leiden dat de verzekeraar niet tot het doen van de overeengekomen uitkering is gehouden of dat de verzekeraar slechts tot een deel daarvan is gehouden. Daarnaast heeft de verzekeraar de bevoegdheid om bij het niet nakomen van de mededelingsplicht de overeenkomst op te zeggen ex art. 7:929 BW, indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met de opzet om de verzekeraar te misleiden (en dus niet indien slechts de tot uitkering gerechtigde derde met de opzet tot misleiding heeft gehandeld) of indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. De gevolgen van het niet voldoen aan de mededelingsplicht zijn te vinden in art. 7:929 en 7:930 BW. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de gevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht voor de overeenkomst en de gevolgen daarvan voor de uitkering.

### *6.2 De gevolgen voor de overeenkomst*

Op grond van art. 7:931 BW kan de verzekeraar de overeenkomst niet vernietigen op grond van bedrog ex art. 3:44 lid 3 BW of dwaling ex art. 6:228 BW. Wel kan de verzekeraar in geval van niet-nakoming van de mededelingsplicht de verzekering in twee gevallen opzeggen. In de eerste plaats in de situatie waarin de verzekeringnemer de opzet heeft gehad de verzekeraar te misleiden. In de tweede plaats in de situatie waarin de verzekeraar bij een juiste voorstelling van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. Deze bevoegdheid tot opzegging bestaat slechts gedurende twee maanden nadat de verzekeraar heeft ontdekt dat de verzekeringnemer niet heeft voldaan aan

zijn mededelingsplicht. De verzekeraar kan de opzegging niet gebruiken om aan een reeds ontstane verplichting tot het doen van een uitkering te ontkomen. Dit zou het geval zijn als het risico dat is verzekerd zich heeft verwezenlijkt. Als gevolg van die verwezenlijking zou de verbintenis tot het doen van de uitkering zijn ontstaan. Geen uitkering is echter verschuldigd indien gehandeld is met de opzet de verzekeraar te misleiden of indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten (zie par. 6.3).

### *6.3 De gevolgen voor de uitkering*

Indien niet aan de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht wordt voldaan, is de verzekeraar ex art. 7:930 lid 1 BW alleen gehouden tot het doen van een uitkering indien (1) de niet- of onjuist meegedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt (gebrek aan causaal verband ex art. 7:930 lid 2 BW), of (2) de verzekeraar bij kennis van de verzwezen feiten toch een verzekering zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 3 BW).

Indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een hogere premie zou hebben bedongen, of de verzekering tot een lager bedrag zou hebben gesloten, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen. Zou de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden hebben gesteld, dan is slechts een uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen.

Geen uitkering is verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 4 BW). Ook geen uitkering is verschuldigd aan de verzekeringnemer of de derde die heeft gehandeld met de opzet de verzekeraar te misleiden (art. 7:930 lid 5 BW). Evenmin is ex art. 7:930 lid 5 BW een uitkering verschuldigd aan de derde indien de verzekeringnemer, met de opzet de verzekeraar te misleiden, niet heeft voldaan aan de mededelingsplicht betreffende de derde.

In de onderhavige zaak is de verzekeraar zowel gaan liggen voor het verweer dat hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 4 BW) als voor het verweer dat er sprake is van de opzet om de verzekeraar te misleiden (art. 7:930 lid 5 BW). Voordeel van het verweer ex art. 7:930 lid 4 BW is dat de verzekeraar de lat niet zo hoog hoeft te leggen qua bewijs van de opzet om de verzekeraar te misleiden. Wel dient de verzekeraar in een dergelijke situatie aannemelijk te maken dat hij bij een juiste stand van zaken helemaal geen verzekering zou zijn aangegaan. Het moet dus niet zo zijn dat hij bij een juiste stand van zaken enkel andere voorwaarden zou hebben gesteld, een hogere premie zou hebben bedongen of de verzekering tot een lager bedrag zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 3 BW). In een dergelijke situatie had hij mogelijk wel tot een gedeeltelijke uitkering moeten overgaan. In de onderhavige zaak staat art. 7:930 lid 5 BW centraal omdat het hof uit proceseconomisch oog

5. In de literatuur werd voor wat betreft art. 251 WvK wel reeds verdedigd dat de vernietiging van de verzekering geen toepassing hoort te vinden in geval van goede trouw van de verzekeringnemer. Zie bijv. H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1998, nr. 3.59, Mijnsen 2012, nr. 7.2 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/720. Zie ook de conclusie van A-G Biegman-Hertogh bij HR 18 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4298, NJ 1982/570 (Mr Gielen/Magna Insurance) en het in de conclusie opgenomen overzicht van relevante literatuur.



punt het beroep van de verzekeraar op art. 7:930 lid 5 BW als eerste heeft behandeld (zie par. 3.2.) en niet meer is toegekomen aan het beroep van de verzekeraar op art. 7:930 lid 4 BW.

### 7 De opzet tot misleiding

Het begrip 'opzet tot misleiding' is in het BW geïntroduceerd met de inwerkingtreding van het huidige verzekeringsrecht in 2006. Zoals al bij de bespreking van het onderhavige arrest in paragraaf 4 bleek, wordt de opzet tot misleiding in de memorie van toelichting gedefinieerd als: 'het opzet de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten'.<sup>6</sup> Het begrip 'opzet tot misleiding' wordt voorts aldus omschreven dat de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde 'tegen beter weten in hebben gehandeld'.<sup>7</sup> In de memorie van toelichting behorende bij art. 7:928 lid 6 BW (de opzet tot misleiding in dat artikel heeft dezelfde betekenis als in art. 7:930 BW) wordt door de wetgever tevens verwezen naar het ook in de onderhavige procedure geciteerde arrest Mr Gielen/Magna Insurance (zie mijn bespreking in par. 4).<sup>8</sup>

In cassatie wordt door Messoudi betoogd dat de omstandigheid dat (1) Messoudi de verzekeringsovereenkomst heeft gesloten terwijl hij zich bewust was van het risico dat nogmaals schade zou worden toegebracht aan het café, en (2) terwijl Messoudi wist dat het voor ASR van belang was om kennis te nemen van dat risico, nog niet meebrengt dat sprake is van de opzet tot misleiding. Volgens het cassatiemiddel van Messoudi dient daartoe tevens te worden vastgesteld met welk doel de verzekerde de desbetreffende informatie heeft verzwegen.

In de literatuur is eerder door Dommering-van Rongen verdedigd dat het er niet om gaat of de verzekeringnemer bewust informatie verzwijgt, maar met welk doel hij dat doet.<sup>9</sup> Zo haalt A-G Timmerman in zijn conclusie bij het onderhavige arrest onderstaand citaat van Dommering-van Rongen aan, waarin zij ingaat op vragen van Mendel en Nuytinck:

'Mendel heeft nog een andere vraag aan de orde gesteld, namelijk waar het opzet op gericht moet zijn. Is dat het achterhouden van informatie of is ook wetenschap vereist dat de verzekeraar zonder de misleiding de verzekering niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben afgesloten. Nuytinck antwoordde daarop dat uit de parlementaire geschiedenis geen conclusies kunnen worden getrokken, maar dat naar zijn mening wetenschap vereist is. Ik ben het daarmee eens. Het gaat er niet om of de verzekeringnemer bewust informatie verzwijgt, maar met welk doel hij dat doet.'

In de literatuur wordt er tevens nog op gewezen dat de formulering uit de memorie van toelichting aansluit bij de definitie van bedrog, zoals opgenomen in art. 3:44 BW.<sup>10</sup> Een overeenkomst kan worden vernietigd op grond van bedrog. Bedrog is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mee te delen, of door een andere kunstgreep. Maar in de parlementaire geschiedenis van titel 7.17 BW is verder niet terug te vinden welke reikwijdte de wetgever voor ogen had met het begrip 'opzet de verzekeraar te misleiden'.<sup>11</sup>

A-G Timmerman maakt in zijn conclusie bij het onderhavige arrest een onderscheid tussen twee vereisten die volgen uit art. 7:928 en 7:930 BW, voordat sprake is van de opzet tot misleiding in de zin van art. 7:930 BW. Volgens de conclusie van de A-G is nodig dat

- 'i) de verzekeringnemer feiten die hij kende of behoorde te kennen en waarvan hij wist of behoorde te begrijpen dat die van belang waren voor de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de verzekeringsovereenkomst zou worden gesloten, heeft verzwegen, en
- ii) de verzekeringnemer daarbij heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, hetgeen betekent dat de verzekeringnemer het opzet heeft gehad om de verzekeraar te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders in het geheel niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten'.<sup>12</sup>

Voor het vaststellen van opzet tot misleiding is volgens A-G Timmerman niet genoeg dat aan het onder i genoemde vereiste is voldaan. Anders had de wetgever volgens de conclusie van de A-G kunnen volstaan met art. 7:928 BW en de daarop volgende sanctie dat de verzekeraar bij schending van dat artikel geen uitkering verschuldigd was. De bepalingen in art. 7:930 lid 1 t/m 4 BW zouden in dat geval ook zinledig zijn.

A-G Timmerman wijst er daarbij in zijn conclusie nog op dat de vraag *of* de verzekeringnemer relevante feiten heeft verzwegen iets anders is dan de vraag *waarom* deze feiten door de verzekeringnemer zijn verzwegen.<sup>13</sup> Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van opzet tot misleiding, is juist de vraag waarom deze feiten door de verzekeringnemer zijn verzwegen van cruciaal belang. Het is dan ook niet eenvoudig in te zien dat sprake is van de opzet de verzekeraar te misleiden ingeval de verzekeringnemer niet wist dat de verzwegen feiten voor de verzekeraar van belang waren, maar dat wel had behoren te weten. Dit neemt overigens niet weg dat in de meeste gevallen de reden van het verzwijgen van feiten waarvan de

6. Kamerstukken II 1985/86, 19529, 3, p. 9 (MvT).

7. Parl. Gesch. Verzekering, p. 35.

8. HR 18 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4298, NJ 1982/570 (Mr Gielen/Magna Insurance).

9. L. Dommering-van Rongen, in: Het nieuwe verzekeringsrecht; titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 40.

10. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/247.

11. M.L. Hendrikse e.a. (red.), Verzekeringsrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 261 en 262.

12. Concl. A-G Timmerman, sub 3.6.5.

13. Concl. A-G Timmerman, sub 3.6.6.

verzekeringnemer weet dat ze van belang zijn, voor de verzekeraar wel degelijk is gelegen in de opzet om de verzekeraar te misleiden.

Terug nu naar het cassatiemiddel van Messoudi in de onderhavige zaak. Volgens het cassatiemiddel dient voor de vaststelling dat sprake is van de opzet tot misleiding tevens te worden vastgesteld met welk doel de verzekerde de desbetreffende informatie heeft verzwegen. Het hof zou bij de beoordeling of sprake is van opzet tot misleiding een onjuiste maatstaf hebben gehanteerd dan wel de maatstaf op onjuiste wijze hebben toegepast. De A-G concludeert dat daarvan geen sprake is. Het hof stelt eerst vast dat Messoudi zich bewust was van het risico dat nadere schade zou worden toegebracht aan het café en van het feit dat dit voor de verzekeraar van belang was, en heeft vervolgens uit de bijkomende omstandigheid dat Messoudi desondanks een op het inschatten van juist dat risico gerichte eenduidige vraag onjuist heeft beantwoord de conclusie getrokken dat het 'niet anders kan zijn' dan dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet ASR te misleiden. Op deze manier wordt ook aan het door de A-G omschreven vereiste (ii) voldaan. Daarmee heeft het hof volgens de A-G geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Hierbij merkt de A-G op dat de vraag of gelet op alle omstandigheden van het geval sprake is van opzet tot misleiding zozeer verweven is met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. De A-G concludeert dan ook dat het oordeel van het hof op dit punt niet onbegrijpelijk is en evenmin onvoldoende is gemotiveerd.

De Hoge Raad oordeelt dat – mede gelet op de tussen art. 7:928 en 7:930 BW bestaande samenhang – onder opzet tot misleiding in de zin van art. 7:930 lid 5 BW dient te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft meegedeeld 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, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Tegen deze achtergrond is het oordeel van het hof dat Messoudi heeft gehandeld met de opzet ASR te misleiden, alleszins begrijpelijk, aldus het oordeel van de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat de hiertegen gerichte onderdelen falen.

### 8 Conclusie

Op grond van art. 7:928 lid 1 BW is de verzekeringnemer verplicht vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst alle feiten aan de verzekeraar mee te delen die hij kent of behoort te kennen en waarvan – naar hij weet of behoort te begrijpen – de beslissing van de verzekeraar afhangt of hij de verzekering zal willen sluiten en onder welke voorwaarden.

Indien de verzekeringnemer niet heeft voldaan aan de mededelingsplicht, kan dat leiden tot een proportionele vermindering van de uitkering door de verzekeraar of zelfs tot een geheel verval van het recht op uitkering.

Indien de niet- of onjuist meegedeelde feiten van geen belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt, geschiedt de bedongen uitkering onverkort, tenzij sprake is van de opzet tot misleiding van de verzekeraar als bedoeld in art. 7:930 lid 5 BW.<sup>14</sup> Indien de niet- of onjuist meegedeelde feiten wel van belang zijn voor de beoordeling van het risico zoals dit zich heeft verwezenlijkt, en de verzekeraar bij kennis van de juiste stand van zaken een hogere premie zou hebben bedongen of de verzekering tot een lager bedrag zou hebben gesloten, wordt de uitkering verminderd naar evenredigheid van hetgeen de premie meer of de verzekerde som minder zou hebben bedragen.<sup>15</sup> Indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden zou hebben gesteld, dan is slechts een uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen.<sup>16</sup> Geen uitkering is echter verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten of indien de verzekeringnemer of de derde heeft gehandeld met de opzet de verzekeraar te misleiden.<sup>17</sup>

De vraag of de verzekeringnemer relevante feiten heeft verzwegen, is iets anders dan de vraag *waarom* deze feiten door de verzekeringnemer zijn verzwegen. Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van opzet tot misleiding, is juist de vraag waarom deze feiten door de verzekeringnemer zijn verzwegen van cruciaal belang.

In de onderhavige zaak Messoudi/ASR Schadeverzekering N.V. heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake is van opzet tot misleiding als bedoeld in art. 7:930 lid 5 BW, indien (1) de verzekeringnemer bepaalde feiten en/of omstandigheden niet heeft meegedeeld aan de verzekeraar die hij wel 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 afsluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl (2) de verzekeringnemer heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

In de meeste gevallen zal de reden van het verzwijgen van feiten waarvan de verzekeringnemer weet dat ze van belang zijn voor de verzekeraar, wel degelijk gelegen zijn in de opzet om de verzekeraar te misleiden. Desalniettemin zijn er ook voorbeelden denkbaar waarbij dit niet het geval is. Zo zal er niet snel sprake zijn van de opzet de verzekeraar te misleiden ingeval de verzekeringnemer niet wist dat de verzwegen feiten voor

14. Art. 7:930 lid 2 BW.

15. Art. 7:930 lid 3 BW.

16. Art. 7:930 lid 3 BW.

17. Art. 7:930 lid 4 en 5 BW.

de verzekeraar van belang waren, maar dat wel had behoren te weten.

Het blijft voor iedere verzekeringnemer verstandig om voldoende duidelijk geformuleerde vragen van de verzekeraar zorgvuldig en naar waarheid te beantwoorden. Dat geldt uiteraard in het bijzonder voor de vragen die gericht zijn op het inschatten van het risico dat door de verzekeraar wordt gelopen door het aangaan van de verzekeringsovereenkomst met de verzekeringnemer.