

Bespreking van het wetsvoorstel tot verruiming recht op premierestitutie verzekeringnemer wanneer hij zijn mededelingsplicht te goeder trouw heeft geschonden

AV&S 2017/29

Op de verzekeringnemer rust een precontractuele mededelingsplicht. Als hij deze heeft geschonden en de verzekeraar zou bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet hebben gesloten, dan bestaat er geen recht op uitkering. Maar krijgt de verzekeringnemer dan ook de premie terug? Onder het oude recht (WvK) was dat wel het geval als de verzekeringnemer te goeder trouw was. Na de invoering van titel 7.17 BW lijkt er dan geen recht op premierestitutie. Dit voelt onrechtvaardig. Een recent gepubliceerd wetsvoorstel beoogt dit te corrigeren. In dit artikel wordt het wetsvoorstel besproken.

1. Uitzending van Radar

In de tv-uitzending van het consumentenprogramma Radar van maandag 18 januari 2016 ging het over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van zelfstandig ondernemers.² Een timmerman vertelde in de uitzending dat hij arbeidsongeschikt was geraakt vanwege klachten aan zijn hand. Zijn verzekeraar weigerde echter uitkering omdat hij bij het sluiten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering niet had medegedeeld dat hij een neuroloog had bezocht in verband met terugkerende hoofdpijn. De verzekeringsovereenkomst werd beëindigd en de timmerman moest de reeds ontvangen uitkeringen terugbetalen. Maar de reeds door hem betaalde premies kreeg hij niet terug. Verzekeraars kregen er stevig van langs in de uitzending. De directeur van het Verbond van Verzekeraars zegde toe dat nog eens kritisch naar het model gezondheidsverklaring zou worden gekeken.³ Hij wees er ook op dat verzekeraars in dit geval wettelijk niet verplicht zijn de premie terug te betalen. In dit artikel ga ik alleen in op het vraagstuk van de premierestitutie.

1 Mr. dr. P.M. Leerink is advocaat bij JPR advocaten in Deventer. Citeerwijze: P.M. Leerink, 'Bespreking van het wetsvoorstel tot verruiming recht op premierestitutie verzekeringnemer wanneer hij zijn mededelingsplicht te goeder trouw heeft geschonden', *AV&S* 2017/29, afl. 4.

2 Over dit onderwerp publiceerde ik eerder in 2016 met K. Engel, waarbij wij ook ingingen op de vraag van de causaliteit. Dit artikel bouwt voort op deze eerdere publicatie: K. Engel & P.M. Leerink, *Verzwijging, causaliteit en premierestitutie*, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2016-4, p. 169-179.

3 In januari 2017 heeft het Verbond van Verzekeraars inderdaad een nieuwe gezondheidsverklaring gepubliceerd, zie www.verzekeraars.nl/actueel/nieuwsberichten/Paginas/Verbond-herziet-gezondheidsverklaringen-AOV.aspx.

2. Kamervragen

Naar aanleiding van deze uitzending werden Kamervragen gesteld aan de Minister van Financiën.⁴ Kort daarna werden nadere Kamervragen gesteld aan de Minister van Veiligheid en Justitie:

“Vragen 6 en 7: Deelt u de mening dat het schappelijk en wenselijk is dat een verzekeraar betaalde arbeidsongeschiktheidspremies restitueert indien de verzekeraar de verzekerde een uitkering weigert, omdat de verzekerde bij de beantwoording van de vragen over zijn of haar medische geschiedenis iets vergeten is? Bent u van plan om de strekking van artikel 281 van het Wetboek van Koophandel, namelijk het recht op premierestitutie voor situaties waarin de verzekeringnemer de precontractuele meldingsplicht (7:928 BW) te goeder trouw heeft geschonden, opnieuw in te voeren? Zo ja, waarom wel? Zo nee, waarom niet?”

Antwoorden vragen 6 en 7: In het voorgaande zie ik voldoende aanleiding om in overleg met de relevante stakeholders artikel 7: 938 BW en de reikwijdte van het recht op premierestitutie tegen het licht te houden. Vervolgens zal ik beoordelen of een wetswijziging is aangevoelen. Ik zal uw Kamer daarover uiterlijk na de zomer berichten.”⁵

3. Wetsvoorstel

Op 15 maart 2017 heeft het Ministerie van Veiligheid 'een voorstel tot verruiming recht op premierestitutie verzekerde [bedoeld zal zijn verzekeringnemer, PML] wanneer hij zijn mededelingsplicht te goeder trouw heeft geschonden' ter consultatie gepubliceerd. Hierin staat het volgende:

“Voorstel tot wijziging

Dit voorstel betreft een onderdeel van het verzekeringsrecht, meer in het bijzonder het recht op premierestitutie bij het te goeder trouw schenden van de mededelingsplicht.

Gaat iemand een verzekering aan, dan rust op hem als aspirantverzekeringnemer een mededelingsplicht. Hij

4 Brief van de Minister van Financiën d.d. 11 februari 2016 met de titel 'Beantwoording van de kamervragen van de leden Aukje de Vries en Ziens over de Radar-uitzending over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (2016Z01123)'.

5 Zie de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 28 april 2016 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, met kenmerk 756332.

dient de verzekeraar kort gezegd alle feiten mee te delen die voor de verzekeraar relevant zijn voor de beslissing of en op welke voorwaarden hij de verzekering afsluit. Het komt voor dat een aspirant-verzekeringnemer te goeder trouw verzuimt een feit te mee te delen. De timmerman vergeet bij het afsluiten van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) bijvoorbeeld een bezoek aan de huisarts te melden vanwege onder meer rugklachten. Constateert de verzekeraar dit verzuim op een later moment, dan kan dit ertoe leiden dat hij bij schade niet tot uitkering overgaat. Op grond van de bestaande wet mag de verzekeraar de ontvangen premies in dit geval behouden. In artikel 7:930 BW zijn de rechtsgevolgen geregeld voor het geval er sprake is van het te goeder trouw schenden van de mededelingsplicht. De bedongen uitkering geschiedt door de verzekeraar onverkort, indien de niet of onjuist meegeedeelde feiten niet van belang zijn voor de beoordeling van het risico dat zich heeft verwezenlijkt (lid 2). Indien deze feiten wel van belang zijn, dan zijn er twee mogelijkheden: òf met de bekend geworden feiten wordt alsnog rekening gehouden bij de vraag in hoeverre uitkering aan de orde is (lid 3) òf de verzekeraar stelt dat hij de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten. In het laatste geval is de verzekeraar niet gehouden tot enige uitkering (lid 4). Reeds verstrekte uitkeringen kan de verzekeraar in dit geval terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling (Parl. Gesch. Titel 7.17 BW, p. 37 (MvT)).

Artikel 7:930 BW voorziet in de gevolgen voor de verplichting tot uitkering van de verzekeraar. Het regelt niets over de gevolgen van een schending van de mededelingsplicht voor de verzekeringnemer. Voor de vraag of zijn verplichting tot het voldoen van premies onverkort geldt, is artikel 7:938 BW bepalend. Dit artikel regelt kort gezegd dat geen premie verschuldigd is, "indien in het geheel geen risico is gelopen". Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hiermee is bedoeld dat "noch door de verzekerde, noch door de verzekeraar" enig risico is gelopen. Dit leidt ertoe dat de verzekeringnemer bij het te goeder trouw schenden van de mededelingsplicht zijn premies veelal verschuldigd is en blijft. De verzekerde zal in de meeste gevallen het risico hebben gelopen, waarvoor hij de verzekering is aangegaan.

Dit samenstel van wettelijke regels heeft in de praktijk tot vragen geleid. Is het niet rechtvaardiger dat de verplichtingen over en weer komen te vervallen, indien de verzekeraar zich beroept op artikel 7:930 lid 4 BW? Dit zou betekenen dat de verzekeringnemer aanspraak heeft op premierestitutie. De rechtvaardiging hiervoor is gelegen in de bescherming van de verzekeringnemer, die te goeder trouw is. In Kamervragen is deze vraag gesteld tegen de achtergrond van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Mei Li Vos en Tanamal, PvdA, Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, Aanhangsel 2460). De premies van dergelijke verzekeringen zijn relatief hoog. Het belang van de verzekeringnemer bij restitutie is daarmee

groot. Illustratief is de timmerman of bouwvakker die als ZZP'er een AOV afsluit. Naar aanleiding van de hiervoor genoemde Kamervragen heeft op 1 september 2016 een deskundigenbijeenkomst plaats gevonden op het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Aanwezig waren vertegenwoordigers van de Consumentenbond, het Verbond van Verzekeraars, het Klachteninstituut Financiële Dienstverleners, FNV-ZZP en de wetenschap. Tijdens de bijeenkomst bleek dat de wens tot het recht op premierestitutie breed werd gedragen in het geval de situatie van artikel 9:730 lid 4 BW (bedoeld zal zijn artikel 7:930 lid 4 BW, toevoeging PML) aan de orde is. Ook het kabinet is van mening dat op deze wijze beter tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de verzekeringnemer. De aard van de verzekering is in dit verband niet relevant. Voorgesteld wordt daarom om voornoemd artikellid dienovereenkomstig aan te passen. Deze wijziging is van dwingendrechtelijke aard indien de verzekeringnemer een consument is. Dat wil zeggen dat de consument zich te allen tijde kan beroepen op de bescherming van dit artikel(lid) (artikel 7:943 lid 3 BW). Een ZZP'er is eveneens als consument aan te merken wanneer hij handelt voor privédoeleinden, zoals bij het afsluiten van een AOV die strekt ter dekking van het wegvallen van privé-inkomen.

Voorstel tot wijziging

Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

Aan artikel 930, vierde lid, wordt de volgende zin toegevoegd:

De verzekeringnemer is in dit geval evenmin premie verschuldigd.⁶

Voor de duidelijkheid wordt het volledige art. 7:930 lid 4 BW zoals dat na invoering van dit voorstel zou komen te luiden geciteerd:

"4. In afwijking van de leden 2 en 3 is geen uitkering verschuldigd indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. De verzekeringnemer is in dit geval evenmin premie verschuldigd."

4. **De gevolgen van schending van de precontractuele mededelingsplicht voor het recht op uitkering en het voortbestaan van de verzekeringsovereenkomst**

Op grond van art. 7:930 BW mag een verzekeraar uitkering geheel weigeren indien de verzekeringnemer de precontractuele mededelingsplicht (art. 7:928 BW) heeft geschonden, mits aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a. De verzekeringnemer heeft de precontractuele mededelingsplicht geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden (zie art. 7:930 lid 5 BW).

⁶ www.internetconsultatie.nl/premierestitutie.

- b. De verzekeraar zou de verzekeringsovereenkomst bij kennis van de ware stand van zaken niet hebben gesloten (zie art. 7:930 lid 4 BW).⁷

De verzekeraar is in de hierboven onder a en b beschreven situaties gerechtigd om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen. Art. 7:929 lid 2 BW luidt immers:

“2. De verzekeraar die ontdekt dat de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of die bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten, kan de overeenkomst binnen twee maanden na ontdekking met dadelijke ingang opzeggen.”

5. Premiebetalingen retour?

Voor de invoering in 2006 van titel 7.17 BW had een verzwijging of verkeerde opgave nietigheid van de verzekeringsovereenkomst tot gevolg (art. 251 WvK). Door deze nietigheid kon de verzekeraar alle reeds verrichte uitkeringen als onverschuldigd terugvorderen. De verzekeringnemer had recht op premierestitutie. Art. 281 WvK bepaalde:

“In alle gevallen in welke de overeenkomst van verzekering voor het geheel of ten deele vervalst, of nietig wordt, en mits de verzekerde te goeder trouw hebbe gehandeld, moet de verzekeraar de premie terug geven, het zij voor het geheel, het zij voor zoodanig gedeelte waarvoor hij geen gevaar heeft geloopt.”

Art. 282 WvK bepaalde:

“Bijaldien de nietigheid van de overeenkomst, uit hoofde van list, bedrog of schelmerij van den verzekerde ontstaat, geniet de verzekeraar de premie, onverminderd de openbare regtsvordering, zoo daartoe gronden zijn.”

De premierestitutieregeling is thans in titel 7.17 BW geregeld in art. 7:938 en 939 BW. Art. 7:938 lid 1 BW bepaalt:

“1. Behoudens het geval van opzet van de verzekeringnemer of de derde, bedoeld in artikel 928 lid 2 of lid 3 om de verzekeraar te misleiden is geen premie verschuldigd indien in het geheel geen risico is gelopen. Indien over een vol verzekeringsjaar geen risico is gelopen, is over dat jaar geen premie verschuldigd. De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten.”

⁷ Hierbij gaat het er om dat, zoals in het *Hotel Wilhelmina*-arrest (HR 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6258, NJ 1978/607) is geoordeeld, of de verzekeraar, als redelijk handelend verzekeraar, de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten. Zie M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Boek 7, titel 7.17 BW. Verzekering, Deventer: Kluwer 2011, p. 27 en K. Engel. De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 363-369. Zie ook recent: Hof Amsterdam 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1195.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de woorden ‘in het geheel geen risico is gelopen’ is bedoeld dat ‘noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd’. Er staat:

“Met de woorden: geen risico is gelopen, wordt tot uitdrukking gebracht, dat de bepaling eerst toepassing vindt, indien noch de verzekeraar, noch de tot uitkering gerechtigde het risico heeft gelopen waartegen werd verzekerd. De bepaling vindt aldus toepassing indien koopmansgoederen voor een bepaalde reis zijn verzekerd, doch niet worden verzonden. Zij vindt geen toepassing indien een gebouw tegen brand is verzekerd op voorwaarde dat bepaalde blusmiddelen aanwezig zijn, terwijl aan die voorwaarden gedurende een vol verzekeringsjaar niet is voldaan. Dan is wel risico gelopen, zij het niet door de verzekeraar.”⁸

In 2006 is er in de literatuur al op gewezen dat ingevolge art. 7:938 BW geen recht op premierestitutie meer bestaat indien de verzekeringnemer te goeder trouw de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden.⁹ De verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde heeft immers wel het risico gelopen waartegen werd verzekerd. Indien de verzekeringnemer de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden en de verzekeraar zou de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet hebben gesloten, kan de verzekeraar de verzekering krachtens art. 7:929 lid 2 BW opzeggen. De verzekeraar is in dat geval ingevolge art. 7:930 lid 4 BW geen uitkering verschuldigd. Reeds verrichte uitkeringen kan de verzekeraar met een beroep op art. 6:203 BW als onverschuldigd betaald terugvorderen.¹⁰

Onder het oude verzekeringsrecht schreef art. 251 WvK de sanctie ‘vernietiging’ voor. Vernietiging had (en heeft onder het huidige recht nog steeds) terugwerkende kracht. Dit bracht mee dat de verzekeringnemer, na vernietiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar, recht had op premierestitutie. Art. 281 en 282 WvK regelden dit onderwerp echter expliciet, zodat de verzekeringnemer die de precontractuele mededelingsplicht te goeder trouw had geschonden wél recht had op premierestitutie, maar de verzekeringnemer die de precontractuele mededelingsplicht te kwader trouw had geschonden, géén recht had op premierestitutie.

Onder het in 2006 ingevoerde nieuwe verzekeringsrecht kan de verzekeraar die de verzekering bij kennis van de

⁸ M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Boek 7, titel 7.17 BW. Verzekering, Deventer: Kluwer 2011, p. 82.

⁹ N. Palstra-Tinbergen, ‘Geen premierestitutie meer bij schending mededelingsplicht’, in: N. van Tiggele-van der Velde, J.G.C. Kamphuisen & B.K.M. Lauwerier (red.), *De Wansink-bundel. Van draden en daden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 373-376.

¹⁰ M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius & J.G.J. Rinkes, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Boek 7, titel 7.17 BW. Verzekering, Deventer: Kluwer 2011, p. 37 en K. Engel. *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 459.

ware stand van zaken niet zou hebben gesloten de verzekeringsovereenkomst opzeggen (art. 7:929 lid 2 BW). Deze opzegging heeft geen terugwerkende kracht. Dit betekent dat, na een rechtsgeldige opzegging door de verzekeraar, de rechtsgrond voor de reeds betaalde premies, niet met terugwerkende kracht komt te vervallen. De reeds betaalde premies zijn dus niet onverschuldigd betaald door de verzekeringnemer.

Ingevolge art. 7:939 BW is er bij tussentijdse beëindiging van de verzekering recht op premierestitutie naar billijkheid, waaronder in de regel een restitutie naar rato in tijd wordt bedoeld.¹¹ Bij een opzegging krachtens art. 7:929 lid 2 BW is er dan in principe alleen recht op restitutie van de premie betrekking hebbende op de periode na de opzegging.

Uit de tot nu toe beschikbare rechtspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het Kifid blijkt dat de verzekeringnemer geen recht op premierestitutie heeft en daarbij wordt uitdrukkelijk verwezen naar (de wetsgeschiedenis van) art. 7:938 BW.¹² De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 8 juni 2016, nr. 2016-249, r.o. 4.7 overwoog het volgende:

“Voor zover de vordering betrekking heeft op de eerder vervallen – dus niet de laatst vervallen – door Consument betaalde premies dient art. 7:938 BW te worden toegepast. Deze bepaling brengt mee dat premierestitutie alleen aan de orde is indien zowel de verzekeraar als de tot uitkering gerechtigde in het geheel geen risico hebben gelopen. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, Deventer: Kluwer 2007, p. 82. Nu door Consument over de gehele periode risico is gelopen heeft Consument geen recht op premierestitutie ex art. 7:938 BW.

Voor zover de vordering betrekking heeft op de laatst vervallen premie (lopende premie) dient art. 7:939 BW te worden toegepast. Deze bepaling brengt mee dat de op 25 juli 2014 lopende premie naar billijkheid wordt verminderd. Verzekeraar heeft hieraan reeds gevolg gegeven.”

Ook de overheidsrechter volgt tot nu toe dezelfde lijn.¹³ Het Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingslocatie Arnhem) 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2362, r.o. 2.16 heeft als volgt overwogen:

“Hierover oordeelt het hof als volgt. Een geval van ontbinding van de verzekeringsovereenkomst doet zich hier niet voor. De verzekeraar heeft de overeenkomst opgezegd bij brief van 4 februari 2008. Artikel 7:938 BW is

op dit geval niet van toepassing omdat dit artikel slechts geldt indien in het geheel geen risico is gelopen, noch door verzekeraar noch door de verzekerde. Deze laatste heeft immers wel risico gelopen. Volgens het ingevolge artikel 7:943 lid 1 BW dwingendrechtelijke artikel 7:939 BW wordt, behalve bij opzegging wegens opzet de verzekeraar te misleiden (hier niet aan de orde), bij tussentijdse opzegging de lopende premie naar billijkheid verminderd. Onder de lopende premie dient te worden verstaan de laatste vervallen en meestal al betaalde premie die mede betrekking heeft op de periode die gelegen is nadat de verzekeringsovereenkomst tussentijds door opzegging is beëindigd. Het gaat dus niet over alle premies die zijn vervallen vóór en betrekking hebben op de gehele periode tot de opzegging.”

Omdat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt van een duidelijke, weloverwogen keuze van de wetgever om dit te wijzigen, is in de literatuur verdedigd dat de rechter in een voorkomend geval met een welwillende uitleg van de wet of door toepassing van de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) tot een andere uitkomst zou kunnen komen.¹⁴

6. Geen risico, geen premie

In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat voor het recht op premierestitutie van art. 7:938 BW alleen relevant zou moeten zijn of de verzekeraar risico heeft gelopen en gepleit voor aanpassing van art. 7:938 BW. Tegen betaling van premie neemt de verzekeraar het verzekerde risico over. Indien blijkt dat de verzekeraar geen risico loopt, valt niet in te zien waarom hij toch aanspraak zou moeten hebben op premie. Dat de verzekeraar zijn kosten vergoed krijgt valt te billijken, maar een goede grond om de risicopremie te behouden ontbreekt naar mijn oordeel.¹⁵

Indien de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst opzegt met een beroep op art. 7:929 lid 2 BW en uitkering weigert met een beroep op art. 7:930 lid 4 B heeft hij geen risico gelopen waartegen werd verzekerd. In de literatuur is echter ook verdedigd dat de verzekeraar het risico heeft gelopen dat hij de schending van de mededelingsplicht niet zou hebben ontdekt en gewoon uitkering zou hebben verstrekt. In die zin heeft de verzekeraar wél risico gelopen.¹⁶

Ook de Minister van Financiën gaf in zijn antwoorden op de eerste Kamervragen aan dat de verzekeraar in dit geval wel risico heeft gelopen, maar hij gaf daar een juridisch onjuiste motivering voor:

11 P.M. Leerink, Premiebetaling in het verzekeringsrecht (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 198-204.
12 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 27 augustus 2015, nr. 2015-243, r.o. 5.6. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) 8 juni 2016, nr. 2016-249, r.o. 4.7.
13 Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingslocatie Arnhem) 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2362, r.o. 2.16. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0682, r.o. 4.11.

14 K. Engel & P.M. Leerink, 'Verzwijging, causaliteit en premierestitutie', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2016-4, p. 169-179, p. 179. Zie ook A.S.J. van Garderen-Groeneveld & J.H. Wansink, *Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 82.
15 P.M. Leerink, Premiebetaling in het verzekeringsrecht (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 p. 195.
16 Zie o.a. T.J. Dorhout Mees, 'Tegen genot ener premie', in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 69.

“Op het moment dat de verzekeraar het niet nakomen van de mededelingsplicht ontdekt, kan hij de verzekering opzeggen (artikel 7:929, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek). Tot dat moment heeft de verzekering bestaan: de overeenkomst is niet “vernietigbaar” en derhalve niet met terugwerkende kracht op te zeggen. Dit betekent dat de verzekeraar risico heeft gelopen – de verzekeringnemer die te goeder trouw is, was immers gewoon verzekerd voor arbeidsongeschiktheid die geen verband houdt met het niet gemelde gegeven – en dat de verzekeringnemer dus premie is verschuldigd.”¹⁷

Onjuist is de stelling dat de verzekeringnemer gewoon was verzekerd ‘voor arbeidsongeschiktheid die geen verband houdt met het niet gemelde gegeven’. Art. 7:930 lid 4 weegt immers zwaarder dan art. 7:930 lid 2 BW. Immers, in lid 4 staat: ‘in afwijking van de leden 2 en 3’. Als de verzekeraar kan aantonen dat hij, als redelijk handelend verzekeraar, de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten, dan doet het causaliteitsbeginsel van lid 2 niet meer ter zake.¹⁸

Overwogen had kunnen worden om art. 7:938 BW aan te passen in die zin dat het er bij dat artikel alleen om gaat of de verzekeraar risico heeft gelopen.¹⁹ Heeft de verzekeraar in het geheel geen risico gelopen dan zou er in beginsel premierestitutie moeten plaatsvinden. Een dergelijke ingreep kan echter ook effect hebben voor andere leerstukken dan verzwijging. Te denken valt aan het gedurende de gehele verzekeringsperiode niet voldoen aan een voorwaarde voor dekking. Bijvoorbeeld de omschrijving van een gevaarobject als volgt: ‘de opstal van het pand, van steen gebouwd met harde dekking, waarin Wimpy-bar’.²⁰ Indien niet aan deze dekkingsomschrijving is voldaan, behoeft de verzekeraar niet uit te keren.²¹ Indien gedurende de gehele verzekeringsperiode niet aan de dekkingsomschrijving werd voldaan, heeft de verzekeraar naar mijn oordeel geen risico gelopen. De verzekeraar heeft overigens wel risico gelopen als bijvoorbeeld niet werd voldaan aan een preventieve garantieclausule zoals de eis in een brandverzekering om het pand te voorzien van metalen afvalbakken. In dat geval is de verzekeraar volgens vaste rechtspraak wel een uitkering verschuldigd indien de verzekerde kan aantonen dat de schade niet is veroorzaakt of vergroot door de afwezigheid van metalen afvalbakken.²² Kortom: een eventuele wijzi-

ging van art. 7:938 BW in die zin dat voor dat artikel alleen beslissend is of de verzekeraar risico heeft gelopen, heeft mogelijk ook invloed buiten het gebied van de verzwijging. Het is daarom te begrijpen dat de wetgever heeft gekozen voor een specifieke regeling in art. 7:928-7:930 BW.

7. Argumenten voor en tegen het wetsvoorstel

Een belangrijk argument voor het wetsvoorstel is dat er sprake lijkt te zijn is van een per 1 januari 2006 ingevoerde wijziging die niet bedoeld is. In het wetsvoorstel staat dat deskundigen en vertegenwoordigers van belangenverenigingen er het er algemeen over eens zijn dat bij een schending van de mededelingsplicht te goeder trouw recht op premierestitutie zou moeten bestaan. Ik voeg daar nog aan toe dat deze situatie sterk lijkt op een beroep op een dwaling in de zin van art. 6:228 BW. Indien de verzekeraar een beroep doet op art. 7:929 lid 2 en art. 7:930 lid 4 BW, voert hij daarmee feitelijk aan dat de verzekeringsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen bij kennis van de ware stand van zaken. Het ligt dan voor de hand dat de rechtsgevolgen van de onder dwaling tot stand gekomen overeenkomst ongedaan moeten worden gemaakt. En dat betekent logischerwijs dat de uitkering en de premie terug moeten.

Voorts zijn er rechtsvergelijkende argumenten te geven voor premierestitutie. In het Engelse verzekeringsrecht bestaat er wél recht op premierestitutie, indien de verzekeringnemer de precontractuele mededelingsplicht onopzettelijk heeft geschonden. Paragraph 5 van Schedule 1 (Part 1) van de Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012 bepaalt het volgende:

“If the insurer would not have entered into the consumer insurance contract on any terms, the insurer may avoid the contract and refuse all claims, but must return the premiums paid (onderstreping toegevoegd).”²³

Paragraph 4 van Schedule 1 (Part 1) van de Insurance Act 2015, welke van toepassing is indien de verzekeringnemer als business insured moet worden aangemerkt, bepaalt nagenoeg hetzelfde:

“If, in the absence of the qualifying breach, the insurer would not have entered into the contract on any terms, the insurer may avoid the contract and refuse all claims, but must in that event return the premiums paid (onderstreping toegevoegd).”²⁴

17 Brief van de Minister van Financiën d.d. 11 februari 2016 met de titel ‘Beantwoording van de kamervragen van de leden Aukje de Vries en Ziens over de Radar-uitzending over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (2016Z01123)’.
 18 Zie ook K. Engel. De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 456-458.
 19 In mijn proefschrift heb ik voorgesteld art. 7:938 BW aan te passen, zie P.M. Leerink, Premiebetaling in het verzekeringsrecht (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 p. 259-261.
 20 Wimpy-Bar arrest HR 15 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0602, NJ 1993/263, m.nt. M.M. Mendel.
 21 Dat was het geval in het Wimpy-bar arrest. Zie ook over dergelijke scherpe dekkingsomschrijvingen M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Risicoverzwaren en risicovermindering in het verzekeringsrecht*, in *Verzekeringsrecht (VR2)*, Deventer: Kluwer 2015, p. 522-525.
 22 HR 27 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7915, NJ 2001/120 (*Bicak/Aegon*).

23 Deze bepaling is van toepassing indien de misrepresentation (schending van de precontractuele mededelingsplicht) van de consumer insured als ‘careless’ moet worden aangemerkt.
 24 Deze bepaling is van toepassing indien de schending van de duty of fair presentation van de business insured als ‘careless’ moet worden aangemerkt.

Ook in het Belgische verzekeringsrecht ter zake kan er recht op premierestitutie bestaan. § 3 van art. 60 van de Wet betreffende de verzekeringen bepaalt het volgende:

“Indien het verzwijgen of het onjuist meedelen van gegevens kan verweten worden aan de verzekeringnemer en indien een schadegeval zich voordoet voordat de wijziging of de opzegging van kracht is geworden, is de verzekeraar slechts tot prestatie gehouden op basis van de verhouding tussen de betaalde premie en de premie die de verzekeringnemer zou hebben moeten betalen, indien hij het risico naar behoren had meegedeeld.

Indien de verzekeraar echter bij een schadegeval het bewijs levert dat hij het risico, waarvan de ware aard door dat schadegeval aan het licht komt, in geen geval zou hebben verzekerd, wordt zijn prestatie beperkt tot het betalen van een bedrag dat gelijk is aan alle betaalde premies (onderstreping toegevoegd).”

Een argument tegen het wetsvoorstel zou kunnen zijn dat de Hoge Raad zich nog niet over deze kwestie heeft uitgelaten en overigens evenmin de Commissie van Beroep van het Kifid. Deze hogere instanties kunnen de wet aldus uitleggen dat het niet de bedoeling is geweest om bij een schending van de precontractuele mededelingsplicht te goeder trouw de verzekerde wel de uitkering te ontzeggen maar niet de premie terug te geven.

Alles afwegende lijkt het beter om nu in te grijpen door de wet te wijzigen. Dat schept duidelijkheid voor iedereen.

8. Enkele aandachtspunten bij het wetsvoorstel

De adviescommissie verzekeringsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten²⁵ heeft een reactie op het wetsvoorstel ingediend met een overwegend positief advies maar wel enkele aandachtspunten.²⁶ Dit betreft het ontbreken van een duidelijke bepaling van overgangsrecht en de mogelijke gevolgen voor de levensverzekering. Voor de levensverzekering is in art. 7:982 en 7:983 BW een bijzondere regeling getroffen die ten dele afwijkt van de regeling van art. 7:928-7:931 BW, dat van toepassing is op alle verzekeringen. art. 7:983 lid 1 BW beoogt de afkoopwaarde bij opzegging op grond van art. 7:929 BW veilig te stellen, maar de vraag is hoe zich dit nu verhoudt tot de verplichting tot premierestitutie in het voorgestelde art. 7:930 lid 4 BW.

Het Verbond van Verzekeraars heeft eveneens overwegend positief gereageerd en net als de Orde aandacht gevraagd voor een inhouding van redelijke kosten.²⁷ In art. 7:938 lid 1 BW staat:

“De verzekeraar heeft recht op een billijke vergoeding van de te zijnen laste gekomen kosten.”

Het lijkt redelijk dat de verzekeraar ook in het geval van art. 7:930 lid 4 BW een redelijk bedrag aan kosten mag inhouden op de terug te geven premie. Anders gezegd: het risico-deel van de premie behoort te worden gerestitueerd, omdat de verzekeraar op dit verzekeringscontract immers geen risico heeft gelopen, althans in ieder geval niet behoeft uit te keren. Voor het deel van de premie dat ziet op de kosten van de verzekeraar zoals de kosten van administratie, polisopmaak, provisie e.d. ontbreekt een redelijke grond voor restitutie.²⁸ Het lijkt niet consistent om in art. 7:938 BW wel en in art. 7:930 lid 4 BW geen rekening te houden met de kosten van de verzekeraar.

Verder is het van belang om in (de toelichting op) het wetsvoorstel te verduidelijken dat het moet gaan om een verzekeringnemer die te goeder trouw de mededelingsplicht schendt. In de wettekst zelf komt dat niet terug. Ik neem aan dat de bedoeling van de wetgever is om een recht op premierestitutie te verlenen indien de verzekeringnemer niet opzettelijk en ook niet verwijtbaar de mededelingsplicht schendt.

Indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken ‘andere voorwaarden’ zou hebben bedongen (de slotzin van art. 7:930 lid 3 BW) kan het gevolg ook zijn dat er geen uitkering volgt. Toch is het in dat geval redelijk dat de premie verschuldigd blijft, aangezien de verzekeraar in dat geval wel dekking heeft verleend, zij het met inachtneming van de ‘andere voorwaarden’.

Ten slotte is het van belang te benadrukken dat de wijziging niet alleen gevolgen heeft voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering, naar aanleiding waarvan de Kamervragen werden gesteld. Ook bij andere verzekeringen kan de impact van een verplichte premierestitutie groot zijn, hoewel het wetsvoorstel wel voorziet in de mogelijkheid voor afwijkende afspraken in de verzekeringsvoorwaarden als het niet gaat om een consumentenverzekering.

9. Conclusies

Het wetsvoorstel corrigeert een onbedoelde consequentie van de in 2006 ingevoerde nieuwe verzwijgingsregeling. Indien de verzekeringnemer te goeder trouw de precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden en de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten, is de verzekeringnemer geen premie verschuldigd net als dat de verzekeraar geen uitkering verschuldigd is. In feite is sprake van een dwaling waardoor de rechtsgrond van de uitkering en de premiebetaling wegvalt.

25 Auteur maakt deel uit van deze adviescommissie.

26 www.internetconsultatie.nl/premierestitutie/reactie.

27 www.internetconsultatie.nl/premierestitutie/reactie.

28 Ten aanzien van de aan de tussenpersoon betaalde provisie zou ook verdeeld kunnen worden dat deze ook gerestitueerd moet worden.