

Arbeidsongeschiktheidsverzekering; schending mededelingsplicht; redelijk handelend verzekeraar

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	20-08-2019
Datum publicatie	01-11-2019
Publicatie	JA 2019/151 (Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 9, 2019
Annotator	Wervelman, E.J.
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2019:3065
Zaaknummer	nr. 200.206.665/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Overige publicaties	PS-Updates.nl 2019-1050
Rechter(s)	mr. Aalders mr. Keirse mr. Louwerse
Partijen	<i>[Appellant]</i> te [woonplaats], appellant, tevens geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. J.W. Janssens te Houten, tegen <i>Movir N.V. (in de plaats van Delta Lloyd Schadeverzekeringen N.V.)</i> te Amsterdam, geïntimeerde, tevens appellante in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. S. Colsen te Amsterdam.
Regelgeving	BW art. 7:928-930

SAMENVATTING

Verzekerde, een zelfstandig ondernemer werkzaam in de facilitaire dienstverlening, meldt zich arbeidsongeschikt bij zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeraar en claimt uitkering. Naar blijkt heeft hij voor het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering diverse klachten niet gemeld. Verzekeraar stelt zich op het standpunt dat hij de verzekering niet zou zijn aangegaan, indien hij bekend zou zijn geweest met zijn volledige medische gegevens en wijst de claim af. Verzekerde neemt daarmee geen genoegen, maar vindt geen gehoor bij de rechtbank. Ook in appel vangt hij bot, nu het hof de visie van de door de rechtbank benoemde deskundige volgt in zijn advies dat een redelijk handelend verzekeraar geen verzekering zou zijn aangegaan.

UITSPRAAK

1. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden tussenvonnis van 25 februari 2015 onder 2.1 tot en met 2.12 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Met grief 2 heeft [appellant] concreet gegriefd tegen de onder 2.1 en 2.9 vastgestelde feiten. Rekening houdend met deze grief en de reactie daarop van Delta Lloyd, gaat het hof uit van de volgende vaststaande feiten:

2.1 [appellant] is sinds 2002 als zelfstandig ondernemer werkzaam in de facilitaire dienstverlening. Op 22 januari 2004 heeft hij bij Delta Lloyd een aanvraag ingediend voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandige ondernemers (verder: AOV). Op het aanvraagformulier is vermeld, boven het voor ondertekening bestemde gedeelte:

“(…) *Belangrijke informatie*

Toelichting artikel 251 Wetboek van Koophandel

Dit artikel bepaalt dat een verzekeringsovereenkomst ongeldig kan worden verklaard en schadevergoeding kan worden geweigerd, indien bij het aanvragen ervan onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt (zgn. verzwijging). De plicht om informatie te verstrekken omvat alles wat voor Delta Lloyd van belang kan zijn voor de beoordeling van zowel het te verzekeren risico als van de persoon van aanvrager en/of verzekerde(n). (...)”

2.2. Als onderdeel van de aanvraagprocedure heeft [appellant] een gezondheidsverklaring ingevuld en ondertekend. Daarop heeft hij medegedeeld dat hij in 2003 in verband met rugklachten onder behandeling van een manueel therapeut is geweest. Op alle andere vragen over zijn (medische) gegevens is geantwoord “Nee”. [appellant] is bij de aanvraag en het invullen van de gezondheidsverklaring bijgestaan door de verzekeringstussenpersoon Buro [X] B.V. te [plaats] (verder: [X]). De gezondheidsverklaring bevat de mededeling

“Ik, kandidaat-verzekerde, verklaar dat ik kennis heb genomen van de op dit formulier afgedrukte toelichting, dat de gestelde vragen door mij zijn begrepen en naar waarheid en volledig zijn beantwoord, en dat ik besef dat verzwijging van gegevens of onjuiste dan wel onvolledige opgave van gegevens Delta Lloyd van zijn

verplichtingen kan ontslaan.”

2.3. Bij brief van 1 april 2004 heeft Delta Lloyd aan [appellant] bericht bereid te zijn het risico onder de gebruikelijke voorwaarden te accepteren. Vervolgens heeft de kwestie enige tijd stil gelegen. Delta Lloyd heeft vanwege het tijdsverloop [appellant] gevraagd een aanvullende gezondheidsverklaring over de periode vanaf 22 januari in te vullen. [appellant] heeft op 7 september 2004 daaraan voldaan. In die verklaring zijn geen klachten of aandoeningen vermeld. Op 8 september 2004 is de AOV tot stand gekomen met ingangsdatum 1 mei 2004.

2.4. Op 7 mei 2008 heeft [appellant] aan Delta Lloyd verzocht zijn verzekerde geldsom uit de AOV te verhogen. In de daarbij ingevulde gezondheidsverklaring heeft [appellant] geschreven dat hij eerder dat jaar is geopereerd aan een knie. Bij brief van 12 oktober 2008 heeft Delta Lloyd ingestemd met de verhogingsaanvraag van de AOV, met een beperking ten aanzien van de linker knie. Per 4 december 2009 is deze beperking op verzoek van [appellant] herzien.

2.5. In 2010 is bij [appellant] de ziekte cerebellaire ataxie geconstateerd.

2.6. [appellant] heeft (via zijn tussenpersoon) op 10 augustus 2010 melding gedaan bij Delta Lloyd van problemen met zijn evenwicht (een ziektebeeld bij ataxiepatiënten) en daaruit voortvloeiende arbeidsongeschiktheid. In de brief van de klinisch geneticus drs. S. Vermeer aan [appellant] van 29 juni 2010 is – voor zover van belang – het volgende vermeld:

“(…)

U werd verwezen door de neuroloog voor erfelijkheidsadvies omdat u waarschijnlijk een hersenziekte genaamd cerebellaire ataxie heeft. De onderliggende oorzaak van uw cerebellaire ataxie is nog niet bekend.

Familiegeschiedenis

U vertelde dat u als kind altijd al problemen heeft gehad met uw evenwicht. Toch heeft u wel op hoog niveau kunnen voetballen. U struikelde daarbij wel meer dan normaal. In 2006 heeft u een knieoperatie gehad en na de ruggenprik zijn de loopproblemen ontstaan. Na uw 30ste levensjaar kreeg u ook spraakproblemen. (...)

2.7. Bij brief van 4 september 2010 heeft de medisch adviseur van Delta Lloyd, [Y], arts (hierna: [Y]), aan [appellant] geschreven:

“Uit informatie van de behandeld arts komt naar voren dat u eerder klachten had. Hiervan heeft u bij de aanvraag van de verzekering in 2004 geen melding gemaakt.

Ik verzoek u daarom bijgevoegde machtiging in te vullen en te ondertekenen zodat ik informatie kan opvragen bij de huisarts. (...)

Aan de hand van de gegevens die ik van u en van de huisarts ontvang, zal ik beoordelen of u bij de aanvraag (...) de gezondheidswaarborgen onjuist en of onvolledig heeft ingevuld. Indien dit zo blijkt te zijn zal ik Delta Lloyd mededelen of en zo ja welk acceptatieadvies ik bij de aanvraag (...) gegeven zou hebben indien ik destijds wel de juiste gegevens had ontvangen. Aan de hand van dit advies zal Delta Lloyd een voorstel tot heracceptatie doen. (...)

Indien dit voorstel een volledige afwijzing van het risico inhoudt zal dit gevolgen hebben voor alle verleende uitkeringen. (...)

2.8. [appellant] heeft meegewerkt aan het nader onderzoek dat Delta Lloyd heeft verricht naar zijn medisch verleden. Bij brief van 10 januari 2011 heeft Delta Lloyd aan [appellant] gevraagd om haar te machtigen zijn patiëntenkaart bij de huisarts op te vragen.

In de brief is voor zover van belang het volgende vermeld:

“Onlangs heb ik informatie ontvangen van uw huisarts met behulp van de machtiging die ik van u heb ontvangen. Ik moet u echter opnieuw vragen uw medewerking te verlenen en bijgevoegde machtiging te ondertekenen omdat ik alsnog nadere informatie van uw huisarts wens te ontvangen.

Dit keer verzoek ik u een machtiging te ondertekenen waarmee ik inzage in de patiëntenkaart kan krijgen. De reden hiervoor is dat ik de huisarts niet gericht genoeg kan vragen welke klachten u in het verleden heeft gehad.”

Delta Lloyd heeft, met instemming van [appellant], een uitdraai van de patiëntenkaart van [appellant] opgevraagd. Op 24 februari 2011 heeft Delta Lloyd de patiëntenkaart ontvangen waarop de consulten van [appellant] bij de huisarts sinds 1991 zijn vermeld.

2.9. Uit zijn medisch dossier blijkt dat [appellant] in de jaren 1991 tot 2004 voor de volgende klachten zijn huisarts heeft geconsulteerd:

- 1991, 1992: rechter elleboog
- 1992-1994: voet/enkel
- 1992, 1993, 2001 (in verband met reeds twee jaar bestaande klachten): rechterschouder
- 1992, 1994, 1996, 2003: rugklachten
- 1992, 1993, 1996, 1997, 1999; keelpijn
- 1993, 1996, 1999, 2002, 2003: ontstekingen, zwellingen, bulten (in 2003 operatie aan fistel)
- 1994: borstklachten
- 1995, 1996, 2003: hoesten, koorts, darmen
- 1996: kuitklachten
- 1997: knie
- 2003: operatie

2.10. [Y] heeft namens Delta Lloyd bij brief van 5 april 2011 aan [appellant] bericht:

“(…) Op 4 september 2010 heb ik u (...) geschreven (...) dat ik een onderzoek zou doen naar gegevens met betrekking tot uw gezondheid van v66r de ingang van verzekering. Aanleiding voor dit verzoek was dat uit informatie van de behandelend arts gebleken is dat u aandoeningen in het verleden heeft gehad die u bij de aanvraag van de verzekering niet heeft opgegeven.

Immiddels heb ik dit onderzoek afgerond en hieruit is gebleken dat er vanaf 1992 sprake is geweest van een veelheid en verscheidenheid aan klachten, aandoeningen en letsels. In de gezondheidswaarborgen heeft u hiervan geen melding gemaakt. (...)

Indien ik destijds de benodigde gegevens wel tot mijn beschikking had gehad zou ik geadviseerd hebben het risico niet te verzekeren omdat er sprake is van een verhoogd arbeidsongeschiktheidsrisico dat niet door middel van een uitsluiting of premieverhoging kan worden gecompenseerd. (...)

2.11. Diefzlfde dag heeft Delta Lloyd aan [X] schriftelijk bericht:

"(...) Wij delen u dan ook mee dat wij de verzekering per heden zullen beëindigen en dat vanaf de ingangsdatum 01.05.2004 geen rechten aan deze verzekering kunnen worden ontleend. (...)

Met betrekking tot het royement het volgende.

Volgens de huidige wetgeving moet de verzekeringsmaatschappij binnen twee maanden na bekend te zijn met de verzwijging (...) een nieuw voorstel aangaande de heracceptatie doen. Dit voorstel kan uitsluiting, opslag of afwijzing betreffen. De (...) wijziging van de dekking gaat in vanaf het moment waarop de heracceptatie van toepassing is, in dit geval de ingangsdatum. De premie over de periode vanaf de royementsdatum zal worden teruggeboekt. Alle verleende uitkeringen in totaal € 8.138,17 zullen worden teruggevorderd. (...)"

2.12. Bij brief van 13 september 2011 heeft [Y] aan de toenmalige rechtsbijstandverlener van [appellant] als volgt bericht:

"(...) Uit de patiëntenkaart komt (...) duidelijk naar voren dat betrokkene vóór ingang van de verzekering een groot en divers aantal klachten van andere aard heeft gehad. Bij de juiste kennis van zaken zou ik het risico hebben afgewezen omdat een dergelijk groot en divers aantal klachten een verhoogd risico tot klachten en daarmee arbeidsongeschiktheid in de toekomst geeft die niet met uitsluiting of opslag kan worden genormaliseerd. Daarnaast zijn er een aantal klachten waarvoor ik een uitsluiting zou hebben geadviseerd als het op zich zelf staande gevallen waren geweest. Het zal u echter bekend zijn dat geen enkele maatschappij bereid is een risico te verzekeren met minstens 6 medische uitsluitingen. Op zich is dat ook een reden tot afwijzing."

3. Beoordeling

3.1 In eerste aanleg heeft [appellant] – kort gezegd – gevorderd een verklaring voor recht dat Delta Lloyd de overeenkomst op onjuiste gronden heeft beëindigd en dat Delta Lloyd zal worden bevolen de overeenkomst alsnog na te komen en om binnen veertien dagen de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen aan de hand van een door Delta Lloyd aan te wijzen medisch deskundige, alsmede veroordeling van Delta Lloyd tot betaling naar de mate van arbeidsongeschiktheid, alles op straffe van een dwangsom, vermeerderd met rente en kosten en veroordeling in de proceskosten. Delta Lloyd vorderde in reconventie voor recht te verklaren dat de overeenkomst per 5 april 2011 is beëindigd en dat de reeds betaalde uitkeringen onverschuldigd zijn betaald, en veroordeling tot terugbetaling van een bedrag van € 8.138,17 vermeerderd met rente en veroordeling in de proceskosten.

3.2. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 25 februari 2015 vastgesteld dat [appellant] niet zijn volledige medische gegevens van vóór 2004 heeft vermeld, terwijl hij had behoren te begrijpen dat zijn medische gegevens van belang waren voor Delta Lloyd bij de acceptatie van hem als verzekerde. De stelling dat hij die gegevens niet heeft medegedeeld met het opzet tot misleiding wordt door de rechtbank verworpen. Dit geldt ook voor het beroep op overschrijding van de tweemaandentermijn van artikel 7:929 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Vóór de beantwoording van de vraag of Delta Lloyd [appellant] bij een juiste voorstelling van zaken zou hebben geweigerd als verzekerde, achtte de rechtbank deskundige voorlichting noodzakelijk. Bij het bestreden tussenvonnis van 4 november 2015 is verzekeringsarts drs J. van Duinkerken als deskundige benoemd en bij het bestreden eindvonnis is geoordeeld dat Delta Lloyd in 2004 geen arbeidsongeschiktheidsverzekering met [appellant] zou hebben gesloten als zij bekend was geweest met zijn volledige medische gegevens. Daaruit volgt dat Delta Lloyd op goede gronden de arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft beëindigd. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen en de vordering van Delta Lloyd toegewezen, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

3.3. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met 11 grieven op. Tevens heeft hij zijn eis gewijzigd, zodat die als volgt komt te luiden:

dat het hof, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht zal verklaren dat Delta Lloyd tekortschiet in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst door beëindiging van de verzekeringsovereenkomst van 1 mei 2004, althans 1 oktober 2008, althans voor wat betreft het meerdere boven de jaarrente, zoals die zonder verhoging op 1 oktober 2008 zou hebben bedragen;

2. Delta Lloyd zal bevelen binnen 14 dagen, althans een in goede justitie te bepalen termijn, na het in dezen te wijzen arrest de mate van arbeidsongeschiktheid van [appellant] vanaf het moment dat Delta Lloyd de uitkeringen heeft beëindigd, door medisch en arbeidsdeskundig onderzoek vast te stellen onder [het hof begrijpt: op straffe van] verbeurte van een dwangsom van € 1.000,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Delta Lloyd nalaaat de arbeidsongeschiktheid vast te stellen;

3. Delta Lloyd zal veroordelen tot voldoening van het met de mate van arbeidsongeschiktheid overeenkomende bedrag gebaseerd op de dan geldende jaarrente te vermeerderen met de wettelijke rente van af 23 augustus 2010, althans 5 april 2010 tot de dag der algehele voldoening;

4. Delta Lloyd zal veroordelen tot het (doen laten) verwijderen en verwijderd te houden van de persoonsgegevens van [appellant] betreffende de opzegging door Delta Lloyd uit externe en interne registraties door Delta Lloyd, tegen behoorlijk bewijs, binnen 2 dagen na betekening van het arrest, op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat Delta Lloyd dit gebod niet nakomt, zulks tot een maximum van € 50.000,-;

5. Delta Lloyd zal veroordelen tot voldoening van de buitengerechtelijke kosten ad € 2.937,15;

6. Delta Lloyd zal veroordelen in de kosten van dit geding in beide instanties, de nakosten daaronder begrepen, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 14 dagen na het in deze te wijzen arrest.

3.4. Vóór het geval enige principale grief mocht slagen, het hof de vordering van [appellant] alsnog toewijst en de vordering van Delta Lloyd afwijst, en het beroep van Delta Lloyd op opzet van [appellant] niet valt onder de devolutieve werking, grieft Delta Lloyd tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van opzet aan de zijde van [appellant].

3.5. Grief 1 in principaal appel van [appellant] is gericht tegen de afwijzing van zijn vordering tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst. In grief 2 stelt [appellant] dat de rechtbank de feiten, voor zover deze onder meer strijdig zijn met de stellingen van [appellant], onjuist zijn vastgesteld, althans onjuist zijn gewaardeerd. Grief 3 klaagt over rechtsoverweging 4.10 van het bestreden tussenvonnis van 25 februari 2010, waarin de rechtbank overweegt dat de gegevens van een keuring ten behoeve van een andere verzekering bij Delta Lloyd niet ter kennis van de medisch adviseur mogen worden gebracht. Grief 4 klaagt over de overweging van de rechtbank in r.o. 4.6 van het tussenvonnis van 25 februari 2015 dat de gezondheidsverklaring van 7 september 2004 niet van belang is voor het geschil over de schending van de mededelingsplicht. Met grief 5 betoogt [appellant] dat er op 1 oktober 2008 een nieuwe verzekeringsovereenkomst is gesloten, die

niet het lot deelt van de verzekeringsovereenkomst van 1 mei 2004. Grief 6 is gericht tegen de verwerping van het beroep op de tweemaandentermijn. Grief 7 klaagt erover dat de rechtbank is voorbijgegaan aan de toelichting van [appellant] op de klachten zoals die blijken uit de medische kaart, waaruit kort gezegd volgt dat deze van voorbijgaande aard waren en geen rol hebben gespeeld bij de verwezenlijking van het arbeidsongeschiktheidsrisico. Grief 8 is gericht tegen de benoeming van Van Duinkerken als deskundige en de verwerping van de verweren tegen de bevindingen in diens rapport. Met grief 9 betoogt [appellant] dat Delta Lloyd heeft gehandeld in strijd met de Gedragscode en het Protocol Verzekeringskeuringen, en dat zij op onrechtmatige wijze de patiëntenkaart van de huisarts heeft verkregen. De aldus verkregen informatie moet volgens [appellant] buiten beschouwing worden gelaten. Grievens 10 en 11 zien op de toewijzing van de vorderingen van Delta Lloyd en de veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

3.6. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking

Het hof ziet aanleiding allereerst de stellingen met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst(en) te bespreken. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeenkomst van 1 mei 2004 is gesloten naar aanleiding van de aanvraag van 22 januari 2004. Tevens staat vast dat bij die aanvraag een uitgebreide gezondheidsverklaring is ingevuld en meegezonden. Als productie 2 bij de conclusie van antwoord is in het geding gebracht het verslag van de medisch adviseur van 31 maart 2004, waarop zijn advies is vermeld. Door Delta Lloyd is onweersproken gesteld dat dit advies is gebaseerd op de gezondheidsverklaring van 22 januari 2004. Op grond van dat advies is op 1 april 2004 door Delta Lloyd medegedeeld dat zij bereid was om een verzekering af te sluiten en is gevraagd op welke datum de verzekering moest ingaan. Toen daarop geen antwoord kwam is de aanvraag niet verder behandeld. Toen de tussenpersoon in augustus 2004 weer contact opnam is de zaak weer ter hand genomen. Delta Lloyd heeft eveneens onbetwist gesteld dat toen per abuis een nieuw nummer is aangemaakt, waardoor de oorspronkelijke aanvraag en gezondheidsverklaring korte tijd niet vindbaar zijn geweest, omdat die onder het oude nummer waren gearchiveerd. Vanwege het tijdsverloop is toen gevraagd om een aanvullende gezondheidsverklaring in te vullen. Op deze als productie 4 bij conclusie van antwoord overgelegde gezondheidsverklaring is vermeld "aanvullende gezondheidsverklaring". Daarin wordt gevraagd om gegevens over het tijdvak '22 januari tot heden'. Na ontvangst van deze verklaring is de overeenkomst definitief geworden, met als ingangsdatum 1 mei 2004.

3.7. Gelet op bovenstaande gang van zaken kan [appellant] niet worden gevolgd in zijn stelling dat de verzekeringsovereenkomst slechts tot stand is gekomen op grond van de door [appellant] op 7 september 2004 ingevulde aanvullende gezondheidsverklaring [appellant] had in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs moeten begrijpen dat die overeenkomst mede tot stand kwam op basis van de gezondheidsverklaring van 22 januari 2004. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de beslissing om met [appellant] een arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten is gebaseerd op de aanvraag en de gezondheidsverklaring van 22 januari 2004, aangevuld met de in de gezondheidsverklaring van 7 september 2004 opgegeven informatie over het tijdvak van 22 januari tot 7 september 2004.

3.8. Evenmin kan [appellant] worden gevolgd in zijn betoog dat op 1 oktober 2008 een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot de verhoging van de jaarrente, en dat die nieuwe overeenkomst niet het lot zou delen van de overeenkomst van 1 mei 2004.

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een nieuwe overeenkomst zijn alle omstandigheden van het geval van belang waaronder in het bijzonder de (mede door uitleg van de polis en de betreffende overige stukken vast te stellen) bedoeling van partijen. Het hof overweegt in dat licht het volgende. De arbeidsongeschiktheidsverzekering is in 2004 gesloten met als ingangsdatum 1 mei 2004. Op verzoek van [appellant] is in 2008 de jaarrente van de arbeidsongeschiktheidsverzekering verhoogd. Hiermee is in zoverre sprake van een risicoverzwaren. Teneinde een inschatting van die risico-verzwaren te kunnen maken, heeft Delta Lloyd [appellant] gevraagd opnieuw een vragenlijst in te vullen. Dat de polis de mogelijkheid biedt om eens in de drie jaar een verhogingsverzoek te doen, zonder dat een nieuwe gezondheidswaarborg wordt gevraagd, brengt echter nog niet mee dat verhogingen buiten die termijn als een nieuwe verzekering moeten worden beschouwd. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het onderwerp van de verzekering, te weten de arbeidsongeschiktheid van [appellant], niet is gewijzigd, terwijl evenmin de verzekerde werkzaamheden zijn gewijzigd. Behalve de jaarrente zijn alle voorwaarden gelijk gebleven. [appellant] verwijst in zijn verhogingsaanvraag ook naar de bestaande arbeidsongeschiktheidsverzekering en het nieuwe polisblad vermeldt hetzelfde polisnummer en de zelfde ingangsdatum. Op grond van die omstandigheden dienden partijen over en weer redelijkerwijs te begrijpen dat geen nieuwe verzekering tot stand is gekomen, maar dat slechts een wijziging van de bestaande verzekering werd beoogd.

3.9. In de artikelen 7:929 lid 1 en 3 BW is geregeld dat de verzekeraar bij ontdekking van de schending van de mededelingsplicht (artikel 7:928 BW) de gevolgen daarvan slechts kan invoeren indien hij de verzekeringnemer daarvan binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen. [appellant] stelt dat Delta Lloyd de termijn van twee maanden als bedoeld in artikel 7:929 BW heeft overschreden, zodat zij zich op 5 april 2011 niet meer op schending van de mededelingsplicht kon beroepen. Daartoe voert hij aan dat Delta Lloyd blijkens de brief van 4 september 2010 van [Y] reeds toen had ontdekt dat [appellant] niet aan zijn mededelingsplicht had voldaan. Zij had hem binnen twee maanden na die datum erop moeten wijzen dat naar haar mening niet aan de mededelingsplicht was voldaan en daarbij de mogelijke gevolgen moeten vermelden.

3.10. Het hof volgt [appellant] hierin niet. Met Delta Lloyd is het hof van oordeel dat uit de inhoud en de context van de brief van 4 april 2010 voldoende duidelijk blijkt dat Delta Lloyd op dat moment, naar aanleiding van de claim van [appellant], uit de brief van de klinisch geneticus van 29 juni 2010 (r.o. 2.6) aanwijzingen had dat niet alle klachten uit het verleden waren medegedeeld bij de aanvraag in 2004 en dat op grond daarvan een vermoeden bestond dat de mededelingsplicht was geschonden. In zijn brief van 4 september 2010 legt [Y] uit dat hij nadere informatie van de huisarts nodig heeft om dit nader te onderzoeken. Op dat moment was nog niet bekend wat de ernst van de verzwijging was en wat de gevolgen daarvan waren geweest. Dit betekent dat op dat moment nog niet bekend was of sprake was van schending van de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 7:928 BW. Aldus deed zich de situatie als bedoeld in artikel 7:929 lid 1 BW in september 2010 nog niet voor.

Op basis van de door [Y] op 24 februari 2011 ontvangen informatie heeft hij op 5 april 2011 aan Delta Lloyd medegedeeld dat bij kennis van de volledige medische informatie geadviseerd zou zijn om geen verzekering af te sluiten. Met de brief van 5 april 2011 van Delta Lloyd is de termijn van twee maanden niet overschreden.

3.11. In artikel 7:930 lid 1 en 4 BW is geregeld dat de verzekeraar geen uitkering is verschuldigd, indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Ingevolge het tweede lid van artikel 7:929 BW mag hij in dat geval de overeenkomst bovendien binnen twee maanden na ontdekking met dadelijke ingang opzeggen.

Delta Lloyd baseert zich in dat verband op de verzwijging van een reeks klachten van vóór 2004, te weten een veelheid en diversiteit van klachten, aandoeningen en letsels vanaf 1992. De rechtbank heeft dan ook terecht vastgesteld dat de aanvullende gezondheidsverklaring van 7 september 2004, die betrekking heeft op het tijdvak van januari tot september 2004, geen rol speelt bij de beoordeling van de gestelde schending van de mededelingsplicht. Voor zover [appellant] tegen deze vaststelling grieft, is dat ten onrechte.

3.12. [appellant] stelt dat bij de beoordeling de informatie uit de patiëntenkaart van de huisarts buiten beschouwing moet worden gelaten, omdat deze informatie onrechtmatig verkregen bewijs betreft. Volgens [appellant] heeft Delta Lloyd gehandeld in strijd met artikel 6.1.5 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (hierna: Gedragscode) en artikel 12 van het Protocol Verzekeringskeuringen (hierna: Protocol). Daartoe voert hij aan dat de huisarts op 9 oktober en 30 november 2010 al antwoord had gegeven op gerichte vragen van [Y]. Desalniettemin vroeg [Y] om een machtiging tot inzage in de patiëntenkaart. Dat had hij volgens [appellant] niet mogen doen. [Y] was doende met een fishing expedition, aldus [appellant]. Evenmin is [appellant] gewezen op het feit dat hij geen medewerking hoefde te verlenen, en welke gevolgen daaraan verbonden zouden zijn.

3.13. Dit betoog snijdt geen hout. Uit de gedingstukken volgt dat [Y] bij brief van 4 september 2010 aan [appellant] heeft medegedeeld dat hem uit de brief van de

behandelend arts was gebleken dat [appellant] eerder klachten had gehad die hij niet bij de aanvraag had vermeld. In die brief vroeg hij een machtiging om informatie bij de huisarts op te vragen en om een vragenlijst in te vullen. Tevens is daarin vermeld dat hij aan de hand van de verkregen informatie zal beoordelen of er sprake is van het onjuist of onvolledig invullen van de gezondheidsverklaring en welk acceptatieadvies hij zou hebben gegeven als hij die informatie bij aanvang van de verzekering had gekend. Het was [appellant] dan ook duidelijk wat de aard van de gevraagde gegevens was en met welk doel die werden gevraagd. [Y] heeft vervolgens op 10 januari 2011 gevraagd om een machtiging tot inzage in de medische kaart. In deze brief is vermeld dat hij reeds informatie van de huisarts had ontvangen, maar dat hij inzage wilde in de medische kaart omdat hij de huisarts niet gericht genoeg kon vragen welke klachten [appellant] in het verleden mogelijk heeft gehad. [Y] heeft ter zitting toegelicht dat dit verband hield met de bijzondere aard van de aandoening die bij [appellant] was geconstateerd. Dit betreft een aangeboren aandoening waarvan de uitingsvorm sterk verschilt per geval. Er is niet een concreet symptoom aan te wijzen. Dit betekent dat er een groot aantal vragen gesteld zou moeten worden aan de huisarts over mogelijke aanwijzingen. Omdat dat niet praktisch is, is gevraagd om inzage in de patiëntenkaart. Dit kan naar het oordeel van het hof niet gelijk gesteld worden met een fishing expedition. Uit de door [appellant] ondertekende machtiging blijkt dat deze is gevraagd "voor het verstrekken van medische gegevens aan de medisch adviseur. De medische gegevens worden opgevraagd voor de herbeoordeling van een aanvraag arbeidsongeschiktheidsverzekering".

Daarmee is de aard en het doel van de gevraagde machtiging duidelijk en voldoende concreet.

Van strijd met artikel 6.1.5 van de Gedragscode is geen sprake. Evenmin is gehandeld in strijd met het Protocol. De gevraagde informatie is opgevraagd met schriftelijke toestemming van [appellant], die genoegzaam was geïnformeerd over de aard van de gevraagde gegevens en het doel daarvan. Van weigering door [appellant] is geen sprake geweest, zodat geen verplichting bestond voor Delta Lloyd om [appellant] op de consequenties van die weigering te wijzen.

Er is aldus geen aanleiding om de verstrekte informatie buiten beschouwing te laten, nog daargelaten dat het verbod op het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het civiele recht in het algemeen niet geldt.

3.14. [appellant] betwist dat sprake is van schending van de mededelingsplicht wegens het ontbreken van causaliteit met de volgens Delta Lloyd door hem niet vermelde klachten.

Hij wijst daarbij op de aard van de klachten, dat deze niet tot arbeidsongeschiktheid hebben geleid en licht toe waarom hij bepaalde klachten niet had vermeld. Daarbij speelt onder meer het tijdsverloop een rol. [appellant] voert aan dat het strafrechtelijk verleden tot acht jaar voor de aanvraag moet worden vermeld, terwijl het hier gaat om klachten van meer dan tien jaar geleden. [appellant] stelt dat hij zich niet alle klachten meer kon herinneren.

Verder stelt [appellant] dat de rugklachten wel waren vermeld en dat daarover ondanks het advies van de acceptant in maart 2004, geen nadere vragen zijn gesteld. Delta Lloyd had bovendien op de hoogte kunnen zijn van de medische situatie van [appellant] in verband met het feit dat in het kader van een andere verzekering een keuring had plaatsgevonden. Delta Lloyd had [appellant] erop moeten wijzen dat dit keuringsrapport ter kennis kon worden gebracht van de medisch adviseur ten behoeve van de arbeidsongeschiktheidsverzekering.

3.15. Het hof stelt voorop dat op de verzekeringnemer de verplichting rust om alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. In het geval als het onderhavige waarin de verzekeraar door middel van een vragenlijst naar bepaalde feiten of omstandigheden heeft gevraagd, weet de verzekeringnemer dat deze feiten de verzekeraar interesseren. Dat betekent dat op [appellant] de verplichting rustte om zich in te spannen de aan hem gestelde vragen naar waarheid te beantwoorden. Gelet op de formulering van de vragen heeft de verzekeraar niet het oog gehad op een in tijd beperkte periode. Zo wordt gevraagd: "Hebt u ooit een ongeval gehad", "Bent u wel eens in een ziekenhuis, sanatorium of inrichting verpleegd". "Zijn er ooit röntgenfoto's van u gemaakt". Het enkele feit dat ten aanzien van het strafrechtelijk verleden wel een dergelijke beperking geldt, brengt niet mee dat [appellant] redelijkerwijs ervan uit mocht gaan dat dit ook het geval was bij de vermelding van medische gegevens.

3.16. Vast staat dat, behoudens de vermelding van een kortdurende rugblessure in 2003, door [appellant] geen melding is gemaakt van bij de huisarts gemelde rugklachten in 1992, 1994 en 1996, en de daarvoor ondergane behandelingen. De medische kaart van de huisarts vermeldt bij de klachten in 2003 bovendien; rugpijn, sinds 1 week *recidiverende* klachten: lumbago, manueel therapeut.

Verder heeft [appellant] geen melding gemaakt van schouderklachten in 1992 en 1993, waarvoor hij een behandeling middels een injectie heeft ondergaan. Ook heeft hij geen melding gemaakt van een uitglijden in 1999, waarbij hij op zijn schouder is gevallen. En evenmin van een auto-ongeval in 2001, met schouderklachten tot gevolg die ondanks fysiotherapie persisteerden. Ook is in 2001 sprake geweest van een injectie in het schoudergewricht, waarvan geen melding is gemaakt.

De medische kaart vermeldt verder een knieblessure, rechts, in 1997, die niet is vermeld. En verder een enkeltrauma in 1993, waarbij op de röntgenfoto wat arthrose is gezien en een enkelbandplastiek later in dat jaar. Tevens wordt in 1994 opnieuw melding gemaakt van enkelklachten. Tot slot is [appellant] in 2003 onder algehele narcose geopereerd aan een fistel. Ook deze operatie heeft [appellant] niet vermeld.

3.17. Naar het oordeel van het hof gaat het hier om medische gegevens waarvan [appellant] moest begrijpen dat deze de verzekeraar interesseerden in het kader van de inschatting van het arbeidsongeschiktheidsrisico. Op de vragenlijst wordt immers gevraagd:

3. *Lijdt of leed u aan of had u klachten ter zake van:*

(...)

i. *Aandoeningen van ledematen of gewrichten, acuut of chronisch reuma, spier- of zenuwpijnen, zenuwontsteking, schouderpijnen*

j. *Rugklachten, spit, hernia ischias, tennisarm, kromme rug*

(...)

q. *enige aandoening, ziekte of gebrek, hier niet genoemd*

Nadere bijzonderheden

Wanneer, hoe lang, door wie behandeld, geopereerd, röntgenfoto's, arbeidsongeschikt geweest en dergelijke.

(...)

12 *Hebt u wel eens een specialist, fysiotherapeut, psycholoog, psychotherapeut, hulpverleningsbureau of beoefenaar van alternatieve geneeswijze (bv homeopaat, acupuncturist, manueel-therapeut) geraadpleegd. Wie wanneer en waarvoor.*

13 *Bent u wel eens in een ziekenhuis, sanatorium of inrichting verpleegd".*

Zo ja wanneer en voor hoe lang

14 Hebt u ooit een ongeval gehad

Zo ja wanneer, wat waren de gevolgen.

15. Heb u een operatie ondergaan

Zo ja wanneer en door wie behandeld.

16. Bent u van de klachten (vermeld in antwoord op alle voorgaande vragen) geheel hersteld.

(...)

18 Zijn er ooit röntgenfoto's van u gemaakt.

(...)

21 Hebt u een kuur gedaan (bv rust, dieet, of inspuitingen)

Door voormelde klachten aan schouder, rug en knie niet te vermelden en evenmin de behandelingen daarvoor heeft [appellant] de vragen niet naar waarheid beantwoord. Dit geldt ook voor het niet vermelden van de operatie aan de fistel en de hem overkomen ongevallen met hun gevolgen.

3.18. Dat [appellant] naar eigen zeggen niet, althans niet langdurig arbeidsongeschikt is geweest als gevolg van deze klachten maakt dat niet anders. Dat geldt eveneens voor de omstandigheid dat sommige van deze klachten van voorbijgaande aard waren. In de vragenlijst wordt afzonderlijk gevraagd naar het al dan niet volledig herstel en naar eventuele arbeidsongeschiktheid. Weliswaar is door [appellant] aangevoerd dat hij zich sommige klachten, gelet op het tijdsverloop, niet meer kon herinneren, maar niet gesteld is dat dit specifiek geldt ten aanzien van de hierboven genoemde klachten, waaronder in het bijzonder de operatie in 2003, de valpartij in 1999, en het auto-ongeluk in 2001 en de langdurige behandeling voor schouderklachten.

3.19. Dat [appellant] de rugklachten in 2003 wel heeft vermeld, ontsloeg hem niet van de verplichting om het recidiverende karakter daarvan te vermelden, en de in het verleden daarvoor ondergane behandelingen. Mede omdat [appellant] de rugklachten in 2003 in plaats daarvan heeft gepresenteerd als een incidentele sportblessure ('enkele dagen, door keepen') kan hij Delta Lloyd niet tegenwerpen dat die niet eigener beweging nader onderzoek heeft gedaan naar eventuele langer aanwezige rugklachten.

3.20. Ten aanzien van de medische rapportage, opgemaakt in het kader van een andere verzekering bij Delta Lloyd, overweegt het hof dat [appellant], ingevolge het vierde lid van artikel 7:928 BW, Delta Lloyd niet kan tegenwerpen dat die bepaalde feiten reeds kent als op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven. Ook als de verzekeraar de juistheid van de gegeven antwoorden zou kunnen controleren, betekent dit niet dat de gevolgen, als dat niet gebeurt, voor de verzekeraar komen. Zelfs al zou Delta Lloyd dus hebben kunnen beschikken over die rapportage, zou dat aan de schending van de mededelingsplicht niet hebben afgedaan. Daarop strandt reeds het betoog dat het op de weg van Delta Lloyd had gelegen om [appellant] te wijzen op de mogelijkheid om toestemming tot inzage in dit rapport te geven.

3.21. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [appellant] ten aanzien van de hierboven genoemde klachten het aanvraagformulier niet juist en volledig heeft ingevuld.

3.22. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een beroep van de verzekeraar op artikel 7:930 lid 4 BW in beginsel alleen kan slagen indien de verzekeraar aantoont dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. De verzekeraar die een acceptatiebeleid voert dat afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar, kan zich daarop alleen ten nadele van de verzekeringnemer beroepen als hij aantoont dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde (HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841)

3.23. Bij het beantwoorden van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan, kan volgens de Hoge Raad groot gewicht toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. De rechtbank heeft in dat verband, na overleg met partijen, een deskundige benoemd om de vraag te beantwoorden – kort samengevat – of een redelijk handelend verzekeraar op basis van de kwalen en aandoeningen van [appellant] tot en met 2003 bepaalde risico's zou hebben uitgesloten en zo ja, tot de conclusie zou zijn gekomen dat in het geheel geen arbeidsongeschiktheidsverzekering kon worden aangegaan.

3.24. [appellant] heeft bezwaar gemaakt tegen de benoeming van Van Duinkerken als deskundige. Hij voert daartoe aan dat Van Duinkerken een geregistreerd verzekeringsarts is, werkzaam bij Veduma. Delta Lloyd is, voor zover [appellant] bekend, een van de opdrachtgevers van Veduma, hetgeen afdoet aan de onafhankelijkheid van Van Duinkerken. Bovendien stelt [appellant] dat het niet de medisch adviseur is die beslist over acceptatie, maar de verzekeraar. Volgens [appellant] had de rechtbank geen verzekeringsgeneeskundige moet inschakelen maar de zaak anoniem moeten voorleggen aan een drietal verzekeraars.

Delta Lloyd heeft ten aanzien van de onafhankelijkheid van Van Duinkerken aangevoerd dat Veduma adviezen verstrekt aan verzekeringsmaatschappijen, schaderegelingbureaus, advocaten en diverse (semi-)overheidsinstellingen en dat Veduma regelmatig optreedt als deskundige voor rechtbanken. Dit is door [appellant] niet weersproken. In dat licht is het enkele feit dat Delta Lloyd een van de opdrachtgevers van Veduma is onvoldoende om aan de onafhankelijkheid van Van Duinkerken te twijfelen.

Dat een verzekeringsarts/medisch adviseur niet de doorslaggevende stem heeft bij de beslissing tot acceptatie doet op zichzelf niet af aan zijn (eigen) deskundigheid en zijn kennis over de gestelde vragen en staat niet in de weg aan de benoeming van een verzekeringsarts als deskundige. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

3.25. In zijn rapport van 2 maart 2016 vermeldt Van Duinkerken, voor zover van belang het volgende:

(...)

Medisch advies bij aanvraag arbeidsongeschiktheidsverzekering

Bij de aanvraag van een arbeidsongeschiktheidsverzekering vraagt de verzekeraar aan de medisch adviseur om een inschatting te maken op de kans van arbeidsongeschiktheidsclaims in de toekomst. Feitelijk beslist de medisch adviseur niet of, en zo ja op welke voorwaarden een kandidaat-verzekerde wordt geaccepteerd. Het advies wordt echter in de regel wel gevolgd.

De vraag aan de medisch adviseur luidt in het algemeen:

Is er bij kandidaat-verzekerde op medische gronden een verhoogde kans op arbeidsongeschiktheidsclaims? Zo ja, op welke wijze zou deze kans enigszins

genormaliseerd kunnen worden?

Voor het inschatten van de kans op arbeidsongeschiktheidsclaims zijn er weinig statistieken. De medisch adviseur baseert zich vaak op de "handleiding acceptatierichtlijnen arbeidsongeschiktheidsverzekeringen". Dit is een handleiding opgesteld door de aandachtscommissie AOV van de GAV uit mei 2004. Deze handleiding is toen opnieuw uitgebracht en enkele hoofdstukken zijn gereviseerd. Ik heb de hoofdstukken die in deze casus van belang zijn vergeleken met de eerdere versie van het handboek, en deze bleken ongewijzigd. Tevens worden soms Manuals van herverzekeraars gebruikt. Ook de eigen ervaring van de medisch adviseur en de verzekeraar kunnen een rol spelen bij het uiteindelijke advies.

(...)

Mijn advies zou zijn wat betreft:

De schouderklachten rechts: uitsluiting. Dit vanwege het recidiverende karakter van de klachten. De laatste keer 2-3 jaar voor aanvraag van de verzekering. Schouderklachten zijn in administratieve functies vaak aanleiding tot partiele arbeidsongeschiktheid, met name bij werken met toetsenhorden. (Handleiding: 2.5 recidiverende klachten: clause of afwijzen) zie ook bijlage.

Enkel: hier wordt een artrose beschreven van de rechter enkel. Hoewel er sinds 1993 geen

gedocumenteerde klachten meer zijn, is een artrose blijvend en in principe progressief. Op grond van de diagnose zou een uitsluiting dan ook nodig zijn, omdat betrokkene veel zakelijke kilometers moet maken. Omdat er echter al langdurig geen klachten meer zijn, zou ik hier nader onderzoek hebben verricht door middel van een kort gericht onderzoek en foto's van de enkels. Afhankelijk van het resultaat hiervan zou ik uitsluiten of accepteren. (handleiding: artrose enkel: zie knie: clause) zie bijlage.

De knieklachten rechts: normaal accepteren. De klachten waren eenmalig en na een trauma

ontstaan.

De rugklachten: uitsluiting. Ook hier vanwege de recidiverende klachten. Het laatst zelfs enkele maanden voor aanvraag verzekering. Rugklachten geven vaak beperking ten aanzien van langdurig zitten en zou gezien het beroep van betrokkene aanleiding kunnen zijn tot partiele arbeidsongeschiktheid. Zeker ook omdat betrokkene 35000 km zakelijk rijdt.

(Handleiding: recidiverende rugklachten bij klasse 1-2 beroep: verlengde eigen risico termijn.

Vanwege de vele zakelijke kilometers zou ik betrokkene hier echter in klasse 3 inschatten: = clause)

Periaanaal abces/fistel: uitsluiting. Deze aandoening kent een grote neiging tot recidiefvorming.

Oorzaak was op dat moment nog niet bekend, maar rekening zou moeten worden gehouden met het ontstaan van een auto-immuunaandoening, met name M Crohn. Pas de tijd zal meer duidelijkheid bieden.

(handleiding: geen advies)

Samenvattend zou er sprake zijn van 3 uitsluitingen (en misschien zelfs 4). Dit betekent als

eindadvies: afwijzing.

(...)

Beantwoording van de vraagstelling:

1. Zou een redelijk handelend verzekeraar op basis van de kwalen en aandoeningen van [appellant] [appellant] tot en met (december) 2003 bepaalde risico's hebben uitgesloten van dekking onder de arbeidsongeschiktheidsverzekering en zo ja, welke?

Antwoord: mijn advies zou zijn: uitsluiten rechter schouder, rugklachten, periaanaal abces/fistel.

Mogelijk zou na nader onderzoek ook de rechter enkel moeten worden uitgesloten.

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: zou een redelijk handelend verzekeraar gelet op het aantal en de aard van de uitsluitingen hebben geconcludeerd dat in het geheel geen arbeidsongeschiktheidsverzekering kon worden aangegaan?

Antwoord: ja, op basis van meerdere risico's op claims.

3. Zijn er nog andere punten die u naar voren wilt brengen waarvan de rechter volgens u kennis dient te nemen bij de verdere beoordeling?

Antwoord: Feitelijk beslist de medisch adviseur niet of, en zo ja op welke voorwaarden een kandidaat-verzekerde wordt geaccepteerd door de verzekeraar. Het medisch advies wordt echter in de regel wel gevolgd. In dit geval lijkt het me zeer waarschijnlijk dat het afwijzingsadvies gevolgd zou worden omdat er sprake is van 3-4 uitsluitingen. (...)

3.26. Naar het oordeel van het hof is dit rapport op zorgvuldige wijze tot stand gekomen en consistent en begrijpelijk geformuleerd. [appellant] heeft zijn bezwaren tegen dit rapport onvoldoende gemotiveerd. Hij heeft bepleit dat ten onrechte geen onderzoek is gedaan naar zijn stelling dat hij zich klachten van langer geleden niet kon herinneren. Het hof merkt op dat aan de deskundige niet de vraag is voorgelegd welke klachten bij de beoordeling betrokken zouden moeten worden, terwijl de vragen aan de deskundige in overleg met [appellant] zijn geformuleerd. Ook overigens is het hof niet duidelijk op welk onderzoek [appellant] het oog heeft en tot welk resultaat dit zou hebben geleid. Ook zijn klacht dat bij nader onderzoek naar de fistel, gebleken zou zijn dat het hier slechts om een ingegroeide haar ging, snijdt geen hout. Het behoort juist tot de deskundigheid van de verzekeringsgeneeskunde om het toekomstig arbeidsongeschiktheidsrisico bij een dergelijke aandoening in te schatten. [appellant] heeft dit oordeel onvoldoende gemotiveerd bestreden, bijvoorbeeld met een verklaring van een andere deskundige. Het hof neemt de conclusie van Van Duinkerken daarom over en maakt deze tot de zijne.

3.27. Naar het oordeel van het hof volgt uit voornoemde rapportage dat, mede gelet op de handleiding acceptatierichtlijnen arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, een redelijk handelend medisch adviseur tot 3 à 4 uitsluitingen zou hebben geconcludeerd en op grond daarvan zou hebben geadviseerd om geen verzekering af te sluiten. Het is ook zijn ervaring dat verzekeraars dit advies in de regel volgen. Weliswaar heeft [appellant] gesteld dat bij de acceptatiebeslissing door de verzekeraar ook commerciële motieven een rol kunnen spelen, maar door [appellant] is niet gemotiveerd weersproken dat, zoals door Delta Lloyd gesteld, een redelijk handelend verzekeraar het advies van de medisch adviseur zou hebben gevolgd, omdat het aanbieden van een verzekering met zo veel uitsluitingen strijdig zou zijn met de

zorgplicht. Evenmin is gemotiveerd weersproken dat Delta Lloyd in het voorliggende geval het advies van haar medisch adviseur zou hebben gevolgd.

3.28. Het voorgaande leidt het hof tot de slotsom dat moet worden aangenomen dat Delta Lloyd, als redelijk handelend verzekeraar, bij kennis van de ware stand van zaken in 2004 geen verzekering met [appellant] zou hebben gesloten. Haar komt dan ook een beroep op artikel 7:930 lid 4 BW toe. Tevens was zij bevoegd op grond van artikel 7:929 lid 2 BW de overeenkomst op te zeggen. De vorderingen van [appellant] kunnen daarom niet worden toegewezen.

3.29. [appellant] heeft geen feiten of omstandigheden te bewijzen aangeboden, die – indien bewezen – tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, zodat zijn bewijsaanbod wordt gepasseerd. De principale grieven falen, het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd en de vorderingen, zoals in hoger beroep gewijzigd, worden afgewezen.

3.30. Nu de principale grieven falen en het bestreden vonnis niet wordt vernietigd, is de voorwaarde voor het incidenteel appel niet vervuld, en komt het hof aan bespreking daarvan niet toe.

3.31. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Delta Lloyd begroot op € 718,- aan verschotten en € 3.222,- voor salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Inleiding.

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841, «JA» 2019/11) is de discussie over de ‘redelijk handelend verzekeraar’ bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen met regelmaat onderwerp van geschil in de lagere jurisprudentie. Het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 volgt de gedachtegang van de Hoge Raad nauwgezet. Daarmee is dit arrest het bespreken waard, mede ook aan de hand van andere lagere civiele rechtspraak na begin oktober 2018 en diverse beslissingen van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD).

Deze noot is als volgt opgebouwd. Eerst volgt een algemene toelichting van het arrest in het licht van de opvatting van de Hoge Raad van 5 oktober 2019 (ECLI:NL:HR:2018:1841). Dan volgt bespreking van enkele elementen die mij in het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 opvallen, te weten de opvatting van de taak van de verzekeringsarts en het al dan niet opvolgen van een gegeven acceptatieadvies door de verzekeraar. Aansluitend besteed ik aandacht aan de wijze waarop bewijs wordt geleverd en gewaardeerd in de jurisprudentie sinds het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober jl. Ik rond af met bespreking van de suggestie uit de literatuur tot instelling van een zogenaamde ‘Toetsingscommissie Relevantiebeginsel’.

2. Algemene toelichting op het arrest.

Het Hof Amsterdam stelt voorop dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een beroep van de verzekeraar op art. 7:930 lid 4 BW in beginsel alleen kan slagen, indien de verzekeraar aantoonbaar dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. De verzekeraar die een acceptatiebeleid voert dat afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar kan zich daarop alleen ten nadele van de verzekeringnemer beroepen als hij aantoonbaar dat deze bij het aangaan van de verzekering wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde (vgl. Hoge Raad 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1841). Volgens de Hoge Raad kan bij het beantwoorden van die vraag groot gewicht toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. De rechtbank had in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 na overleg met partijen een deskundige benoemd. Daarbij legde de rechtbank de vraag voor of een redelijk handelend verzekeraar op basis van de kwalen en aandoeningen van verzekerde tot en met 2003 bepaalde risico's zou hebben uitgesloten, en zo ja, tot de conclusie zou zijn gekomen dat in het geheel geen arbeidsongeschiktheidsverzekering kon worden aangegaan. De niet vermelde klachten waren legio in de vorm van schouderklachten, enkelklachten, knieklachten, rugklachten en een peri-anaal abces/fistel. Aan de hand van de Handleiding medische acceptatie arbeidsongeschiktheids- en ongevallenverzekeringen van de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs werkzaam voor verzekeringsmaatschappijen (GAV) (hierna: ‘Handleiding GAV’) was de door de rechtbank benoemde deskundige van oordeel dat er sprake zou zijn van drie uitsluitingen. En misschien zelfs wel vier. Dat betekende als eindadvies: afwijzing. De deskundige zou in zijn advies de rechterschouder hebben uitgesloten, de rugklachten en het peri-anaal abces/fistel. Mogelijk zou hij na nader onderzoek ook de rechterenkel hebben uitgesloten. Zijn antwoord op de vraag of een redelijk handelend verzekeraar gelet op het aantal en de aard van de uitsluitingen zou hebben geconcludeerd dat in het geheel geen arbeidsongeschiktheidsverzekering kon worden aangegaan beantwoordt de deskundige dan ook bevestigend op basis van meerdere risico's op claims. Wel gaf de deskundige aan dat de medisch adviseur feitelijk niet beslist of en zo ja op welke voorwaarden een aspirant-verzekeringnemer door de verzekeraar wordt geaccepteerd. Daarbij tekende hij aan dat het medisch advies echter in de regel wel wordt gevolgd. In dit geval leek hem dat zeer waarschijnlijk, omdat er sprake was van drie tot vier uitsluitingen.

De Handleiding GAV besteedt overigens specifiek aandacht aan de situatie van meerdere uitsluitingen zoals waarvan sprake is in de casus van het arrest van 20 augustus 2019 van het Hof Amsterdam. De Handleiding GAV bepaalt daarover: ‘Indien er sprake is van twee of meer “grotere” clausules dient een advies tot afwijzing overwogen te worden’. Dat is ook logisch: van dekking blijft dan immers feitelijk weinig tot niets over. Het is overigens in de arbeidsongeschiktheidsverzekeringsbranche gebruikelijk dat een aanvraag tot het aangaan van een arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt geweigerd indien naar aanleiding van de aanvraag drie uitsluitingsclausules worden toegepast (vgl. Rb. Den Haag 18 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8675; zie hieromtrent ook: E.J. Wervelman, ‘Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2014-2019 (Deel 1)’, *AV&S* 2019/25). In die zin wekt de uitkomst van de procedure in hoger beroep bij het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 aldus niet direct verwondering.

3. Medisch adviseur brengt acceptatieadvies uit.

Het Hof Amsterdam maakt in zijn arrest van 20 augustus 2019 het deskundigenbericht tot het zijne en volgt het oordeel van de deskundige. Daarbij tekent het hof nog aan dat het juist tot de deskundigheid van de verzekeringsgeneeskundige behoort om het toekomstig arbeidsongeschiktheidsrisico in te schatten. Ik heb met deze overweging moeite. Een verzekeringsarts is immers primair opgeleid om de belastbaarheid van verzekerde in kaart te brengen ter verdere beoordeling van de mate van

arbeidsongeschiktheid door arbeidsdeskundigen (vgl. Hof Den Haag 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2198, «JA» 2016/11). Niet voor niets besteedt de opleiding tot medisch adviseur ruimschoots aandacht aan het uitbrengen van acceptatieadviezen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Ik vind het dan ook niet juist dat met dit arrest de indruk wordt gewekt dat verzekeringartsen altijd bij uitstek 'de' deskundigen zijn om een toekomstig arbeidsongeschiktheidsrisico te beoordelen bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Er zijn zeker verzekeringartsen die daarvoor (mede) zijn opgeleid, maar doorgaans behoort deze kennis en kunde toch echt tot het terrein van daartoe specifiek opgeleide medisch adviseurs.

4. Uitbrengen acceptatieadvies door de medisch adviseur vs. acceptatiebeslissing van de verzekeraar.

Een ander in het oog springend element van het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 bestaat uit het antwoord op de vraag of en zo ja in hoeverre de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar het advies van de medisch adviseur volgt. Dit speelde ook in de procedure die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag van 11 december 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:3956). De verzekeraar had ter onderbouwing van haar stellingen dat zij bij bekendheid met de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben afgesloten berichten overgelegd van drie medisch adviseurs aan wie zij de casus van verzekerde had voorgelegd. Deze adviseurs kwamen ieder tot de conclusie dat zij de verzekeraar zouden hebben geadviseerd geen verzekering te sluiten. Het hof tekent daarbij echter aan dat de berichten medische acceptatieadviezen betreffen en geen acceptatiebeslissingen. Dat had wel van de verzekeraar mogen worden verwacht, mede omdat verzekerde nadrukkelijk wees op het onderscheid tussen de verzekeringstechnische en de medische beoordeling en de verzekeraar dat onderscheid zelf ook maakt. Volgens het hof rechtvaardigden de overgelegde berichten dan ook niet, althans niet zonder meer, de conclusie dat de verzekeraar afwijzend zou hebben beslist. Voor zover de verzekeraar bedoelde dat haar acceptatiebeleid er in dit geval uit bestond dat zij te allen tijde het advies van de medisch adviseur opvolgt, stelde het hof vast dat die stelling niet was toegelicht of onderbouwd. Specifieke informatie over het acceptatiebeleid was niet overgelegd, bijv. een op schrift gesteld acceptatiebeleid uit de van belang zijnde periode en/of verklaringen van acceptatiemedewerkers. Echter, zelfs als dat wel het acceptatiebeleid van de verzekeraar was geweest, dan volgt daaruit volgens het hof nog niet dat een redelijk handelend verzekeraar ook op die manier had gehandeld.

Het Hof Den Haag is hiermee duidelijk zeer streng in de leer. Niet in de laatste plaats valt dat op, omdat het acceptatieproces bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen primair een medische afweging is waarbij de relevantie van de gebeurtenissen in de medische voorgeschiedenis bovendien onderling gewogen moeten worden (vgl. J. Kruijswijk Jansen, 'Beoordelingsmaatstaf bij schending van de mededelingsplicht: toetsen aan de norm van de redelijk handelend verzekeraar?', *Bb* 2019/29).

Ik wijs daarop, omdat de deskundige die door de rechtbank was benoemd in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 niet voor niets en met recht in zijn deskundigenbericht optekende dat zijn ervaring was dat verzekeraars zijn advies in de regel volgen. Het Hof Amsterdam verwierp bovendien het betoog dat bij de acceptatiebeslissing door de verzekeraar ook commerciële motieven een rol kunnen spelen. Verzekerde had echter gemotiveerd weersproken dat, zoals door de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar gesteld, een redelijk handelend verzekeraar het advies van de medisch adviseur zou hebben gevolgd omdat het aanbieden van een verzekering met zoveel uitsluitingen strijdig zou zijn met de zorgplicht. Evenmin was gemotiveerd weersproken dat de verzekeraar in het voorliggende geval het advies van haar medisch adviseur zou hebben gevolgd (vgl. Hof Den Bosch dat bij arrest van 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5101, waarin het hof de door hem benoemde deskundige volgde in zijn oordeel dat een redelijk handelend arbeidsongeschiktheidsverzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou zijn aangegaan).

5. Andere vormen van te leveren bewijs 'redelijk handelend verzekeraar'.

Zoals we hiervoor hebben gezien heeft de rechter in de casus die leidde tot het in deze noot besproken arrest van het Hof Amsterdam een deskundige benoemd voor het geven van het antwoord op de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar – kort gezegd – zou hebben beslist. Wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben beslist pleegt de rechter ook wel af te leiden uit het overleggen van acceptatiestandpunten van medisch adviseurs van collega-arbeidsongeschiktheidsverzekeraars. Dat blijkt uit het arrest van het Hof Amsterdam van 3 mei 2011 (ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4461; E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 101-104).

Soms heeft de rechter geen behoefte aan nadere bewijsoverlevering om een oordeel te kunnen vellen over de vraag op welke wijze een redelijk handelend verzekeraar een aanbod bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben beoordeeld. Dat ligt ook in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841, «JA» 2019/11), waarin hij aangeeft dat het van het verweer van de verzekeringnemer zal afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken.

Veelal zoeken verzekeraars aansluiting bij de eerder genoemde Handleiding GAV. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft deze handleiding bij arrest van 29 april 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:3549) 'richtinggevend' genoemd bij de medische acceptatie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Het hof tekende daarbij aan dat verzekeraar het beroep op de Handleiding GAV naar zijn oordeel dan ook verder niet behoefde te onderbouwen. Ook het Hof Den Bosch zocht bij arrest van 30 april 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1608) aansluiting bij deze Handleiding (zie in gelijke zin: Rb. Den Haag 15 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR6147). De Geschillencommissie van het KiFiD en de Commissie van Beroep zoeken eveneens met grote regelmaat aansluiting bij de Handleiding GAV (Geschillencommissie KiFiD 9 januari 2019, nr. 2019-008; Geschillencommissie KiFiD 6 maart 2019, nr. 2019-166; Geschillencommissie KiFiD 31 juli 2019, nr. 2019-542; Commissie van Beroep KiFiD 19 september 2019, nr. 2019-029).

Het KiFiD zoekt overigens bij beantwoording van de vraag naar wat een redelijk handelend verzekeraar op de aanvraag zou hebben beslist ook regelmatig steun in de richtlijnen van herverzekeraars (Geschillencommissie KiFiD 17 december 2018, nr. 2018-792; Geschillencommissie KiFiD 6 maart 2019, nr. 2019-165; Geschillencommissie KiFiD 19 juni 2019, nr. 2019-429).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841, «JA» 2019/11) voorts aangegeven dat het beredeneerde betoog van een verzekeraar dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten afhankelijk van de door de verzekeraar daartoe aangevoerde argumenten en omstandigheden van het geval, tot het oordeel kan leiden dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in dat geval niet zou zijn aangegaan. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het eerder genoemde arrest van het Hof Den Haag van 11 december 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:3956). Een ander voorbeeld is te vinden in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:1104). In die zaak was het hof van oordeel dat het op de weg van de verzekeraar ligt om in het licht van het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 beredeneerd aan te geven op grond waarvan zij als redelijk handelend verzekeraar de bedrijfsverzekeringsovereenkomst met verzekerde niet zou hebben gesloten indien zij kennis had gehad van de contacten met politie en justitie zoals deze door het hof waren vastgesteld. Een soortgelijk oordeel is te vinden in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 februari 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:1045) waarin het hof overwoog dat verzekeraar het acceptatiebeleid gemotiveerd uiteen had gezet. Daarbij overwoog het hof dat het feit dat een of meer andere verzekeraars mogelijk een ander acceptatiebeleid voeren, zoals verzekerde stelde, daar niet aan afdeed. Maatgevend is volgens het hof immers niet of er verzekeraars te vinden zijn die onder de gegeven omstandigheden wel de verzekering zouden hebben gesloten met verzekerde. Neen, bepalend is het antwoord op de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan, aldus nog steeds het hof. Het hof acht het acceptatiebeleid van de verzekeraar in zijn arrest van 5 februari 2019 voldoende aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar, ook al zijn er andere verzekeraars die mogelijk een ander beleid voeren. Daarmee geeft het hof aldus uitdrukkelijk kleur aan de rechtsoverweging van de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2018 dat niet steeds noodzakelijk is voor het geven van een oordeel door de rechter dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Zoals gezegd zal het van het verweer van de verzekeringnemer afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken. Dat was in dat geval aldus naar het oordeel van het hof niet het geval. Zie voor andere beslissingen waarin het overgelegde materiaal wordt gewogen: Geschillencommissie KiFiD 18 oktober 2018, nr. 2018-650; Geschillencommissie KiFiD 15 mei 2019, nr. 2019-343 en Geschillencommissie 30 augustus 2019,

nr. 2019-621.

6. Instellen 'Toetsingscommissie Relevantiebeginsel'?

Van Tiggele-Van der Velde heeft in dit verband geopperd om een 'Toetsingscommissie Relevantiebeginsel' als gelegenheidscommissie in het leven te roepen (vgl. N. van Tiggele-van der Velde, 'Wat doet (wel) recht aan de figuur van de redelijk handelende verzekeraar?', in: N. van Tiggele-Van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.4.3). Een dergelijke gelegenheidscommissie zou volgens haar, onder waarborging van een vlotte doorlooptijd, prima een inventarisatieronde kunnen doen om te bezien hoe binnen het verzekeringsbedrijf met bepaalde (niet of onjuist medegedeelde) feiten wordt omgegaan. De Toetsingscommissie kan daarbij volgens Van Tiggele meenemen of wat gangbaar is ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid passend is. Weliswaar kan de rechter de zaak volgens haar, zoals hiervoor ook is besproken, zelf afdoen. Nadeel van die praktijk is volgens Van Tiggele dat valt te voorzien dat de verzekeringnemer in zijn betwisting zal aanvoeren dat verzekeraars dat omwille van de sluitendheid van het betoog zo hebben opgezet. Aan een Toetsingscommissie zonder belangen, die bij wege van een deskundigenbericht de rechtbank adviseert, kleeft dit vooroordeel volgens haar niet. Engel vindt het een goed voorstel, mits deze commissie haar werk goed kan verrichten (vgl. K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Paris 2016, p. 371).

Op zichzelf spreekt de gedachte van Van Tiggele mij ook aan, zij het dat het in civiele zaken naar mijn overtuiging toch primair aankomt op de waardering van het overgelegde bewijs door de rechter (art. 152 lid 2 Rv.). En op de (mate van) betwisting van het door verzekeraar gestelde door de verzekerde. Niet voor niets heeft de Hoge Raad dat letterlijk in zijn arrest van 5 oktober 2018 overwogen, door aan te geven dat het van het verweer van de verzekeringnemer afhangt in hoeverre het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken.

7. Tot slot.

Kortom, het is maatwerk of de rechter plaats acht voor instelling van een commissie. In deze zin zie ik ook een duidelijk voordeel van de procedure bij de Geschillencommissie van het KiFiD. Deze Geschillencommissie heeft immers altijd als (medisch) lid een arts die door de wol geverfd is op het terrein van acceptatievraagstukken als deze bij het aangaan van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

mr. dr. E.J. Wervelman

advocaat bij VWW Advocaten – Mediation en raadshier plaatsvervanger bij Hof Den Bosch

Copyright 2019 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.