

Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2014-2019 (Deel I)

AV&S 2019/25

De auteur gaat in deze bijdrage in op de belangrijkste ontwikkelingen rondom particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in de periode 2014-2019. De kroniek besteedt aandacht aan het karakter van deze verzekering door uitwerking van het onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen. De schending van de mededelingsplicht en het begrip “arbeidsongeschiktheid” komen aansluitend aan de orde, gevolgd door een uiteenzetting van de claimbehandeling, waarna ook de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek is besproken. Tot slot zijn enkele beslissingen behandeld rondom het einde van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en het recht op uitkering. De kroniek bestaat uit een tweeluik. Het eerste deel beslaat de paragrafen 1 tot en met 4; het tweede deel beslaat de overige 3 paragrafen.

1. Inleiding

De vorige kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering dateert inmiddels van zes jaar geleden en had betrekking op de periode 2007-2013². Deze kroniek volgt min of meer dezelfde opbouw. In de verslagperiode is veel civiele jurisprudentie geweest, maar ook de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van het KiFiD hebben zich vaak gebogen over vraagstukken rondom arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Relevante beslissingen worden besproken. Daarnaast worden enkele beslissingen van het (Centraal) Arbeidsdeskundig Tuchtcollege, de arbeidsdeskundige tuchtrechter, de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA) behandeld, alsmede enkele medische tuchtrechtbeslissingen.

De kroniek begint in paragraaf 2 met een uiteenzetting over het karakter van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. De vele jurisprudentie die in de verslagperiode is geweest wijst uit dat het karakter van deze polis vaak niet in één oogopslag duidelijk is, maar dat het afhankelijk is van de feiten en achtergronden van zowel de totstandkomingsfase als de gehele looptijd van de verzekering en de toepasselijke polisvoorwaarden. Ruime aandacht is voorts geschonken in paragraaf 3 aan de schending van de mededelingsplicht. Meer specifiek leidt met name het kenbaarheidsvereiste en het relevantievereiste veelvuldig tot procedures.

Het Hof van Justitie EU heeft in 2015 een arrest gewezen over het begrip “arbeidsongeschiktheid”³. Dit arrest en de toepassing ervan is besproken in paragraaf 4. In paragraaf 5 gaat in op de claimbehandeling van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. In de verslagperiode zijn enkele duidelijke piketpalen geslagen. Zo is bevestigd dat de claimbehandeling geschiedt door achtereenvolgens een medisch specialistisch onderzoek, een verzekeringsgeneeskundig onderzoek en een arbeidsdeskundig onderzoek⁴. De Hoge Raad heeft voorts prejudiciële vragen beantwoord over de (standaard)polisvoorwaarde waarin is neergelegd dat de verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt aan de hand van door haar te benoemen deskundigen. Kort gezegd komt de Hoge Raad tot de slotsom dat de polisvoorwaarde waarop de vragen waren toegespitst geen oneerlijk beding vormde in de zin van de Richtlijn 93/13.⁵

Paragraaf 6 behandelt de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek met betrekking tot particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Meer specifiek wordt ingegaan op het arrest van 18 april 2014⁶, waarin de Hoge Raad zich over deze gedragscode heeft uitgelaten. Daarnaast is ruime aandacht besteed aan de uitwerking van zijn oordeel in de lagere rechtspraak. Paragraaf 7 ziet op wijzigingen en het einde van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en bespreekt onder meer de bindende zelfregulering in de vorm van de regeling “Spelregels bij en-bloc wijzigingen AOV” van het Verbond van Verzekeraars.

2. Karakter AOV

Het karakter van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verschilt per polis. Sommige arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zijn sommenverzekeringen, waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW). Andere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zijn schadeverzekeringen, waarbij de uitkering strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden (art. 7:944 BW). Een geldelijk belang dus.⁷ De eis van een verzekeraar belang geldt niet bij sommenverzekeringen. Dat vloeit voort uit de dogmatiek van het verzekeringsrecht. Het verzekerd belang is immers

1 Mr. dr. E.J. Wervelman is advocaat bij VWW Advocaten-Mediation te Utrecht. Citeerwijze: E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2014-2019 (Deel I)', AV&S 2019/25, afl. 4.
2 E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013', AV&S 2013/16.

3 HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*); RAV 2015/70.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941; Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7381.

5 Hoge Raad 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800.

6 ECLI:NL:HR:2014:942; NJ 2015/20 m.nt. MMM.

7 Vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, diss. 3e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37-38.

gecodificeerd in art. 7:946 BW, welk artikel deel uitmaakt van afdeling 2 van titel 7.17 BW (Schadeverzekering).⁸

Ter bepaling van het karakter van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen geldt tot uitgangspunt de rol die het inkomen bij het aangaan en tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst speelt.⁹ Net zoals in de vorige verslagperiode, loopt ook in deze periode de relatie tussen het inkomen en de uitkering als rode draad door de jurisprudentie.¹⁰ Meer specifiek geldt dat de verzekeraar die in de fase van de totstandkoming, noch in de fase van de schaderegeling interesse in het inkomen toont doorgaans een sommenverzekering met verzekeringnemer zal zijn aangegaan. En geen schadeverzekering. Daarvoor is, naast navraag naar het inkomen tijdens de acceptatiefase, vereist dat de verzekeraar gedurende de looptijd van de arbeidsongeschiktheidsverzekering periodiek nagaat wat de hoogte van het inkomen is en de verzekerde bedragen daarop dan – zo nodig – aanpast.¹¹

2.1 AOV – Sommenverzekering

Tot uitgangspunt geldt dat particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sommenverzekeringen zijn, tenzij de rol van het inkomen aannemelijk maakt dat partijen een duidelijke bandbreedte tussen de uitkering bij arbeidsongeschiktheid en het vroegere inkomen hebben beoogd overeen te komen met elkaar. Dat uitgangspunt heeft in de verslagperiode niets aan waarde ingeboet. Illustratief is het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 oktober 2015¹² waarin het hof, met de rechtbank, van oordeel was dat sprake was van een sommenverzekering. Art. 15 van de toepasselijke polisvoorwaarden bepaalde dat de uitkering naar rato van het percentage arbeidsongeschiktheid 25-100% van de verzekerde jaarrente bedroeg. In de periode na de melding van de arbeidsongeschiktheid tot enkele jaren daarna had de verzekeraar ook op die wijze uitgekeerd. Zij had in die periode nooit gevraagd naar de financiële gegevens. Gelet daarop was de rechtbank, en aldus ook in appel het hof, van oordeel dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering diende te worden aangemerkt als een sommenverzekering.¹³

De Commissie van Beroep van het KiFiD beschouwde de arbeidsongeschiktheidsverzekering eveneens als sommenverzekering bij beslissing van 11 oktober 2016.¹⁴ Zij overwoog daartoe dat de verzekering blijkens art. 1 van de toepasselijke polisvoorwaarden weliswaar tot doel had een periodieke uitkering te verlenen bij derving van inkomen

door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid, maar dat dat niet zonder meer met zich meebracht dat de verzekering moest worden beschouwd als schadeverzekering. Ook als men daaruit afleidde dat de verzekering wel strekte tot vergoeding van schade. De Commissie van Beroep woog mee dat in de polisvoorwaarden niet was bepaald dat de uitkering werd verlaagd als het arbeidsinkomen voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheid lager was geweest dan het inkomen dat bij het sluiten van de verzekering aan de verzekeraar was opgegeven. Evenmin was er in de polisvoorwaarden in voorzien dat het hebben van inkomsten uit arbeid na het intreden van de arbeidsongeschiktheid gevolgen had voor het recht op uitkering. Verder was de omvang van de uitkering uitsluitend gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid en niet aan de hoogte van de inkomensderving (de schade). Dat alles wees er volgens de Commissie van Beroep op dat de verzekering ertoe strekte om in geval van arbeidsongeschiktheid te voorzien in een in de overeenkomst vastgelegde vergoeding, ongeacht of en in hoeverre met de uitkering schade werd vergoed. De Commissie van Beroep concludeerde dan ook dat tussen partijen sommenverzekering was afgesloten. Daar voegde de Commissie van Beroep nog aan toe dat voor zover daar al twijfel over zou kunnen bestaan in elk geval de uitleg dat het ging om een sommenverzekering als de voor betrokkene gunstigste uitleg de voorkeur had.¹⁵

2.2 AOV – Schadeverzekering

Het Hof Arnhem-Leeuwarden beschouwde de arbeidsongeschiktheidsverzekering die inzet vormde van een deelgeschil bij beschikking van 1 mei 2018¹⁶ als schadeverzekering. Zoals gebruikelijk bepaalden ook deze toepasselijke polisvoorwaarden dat de verzekering bij arbeidsongeschiktheid tot doel had om uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. Het hof overwoog dat het te verzekeren bedrag gebaseerd was op het gemiddelde inkomen in de drie jaar die vooraf waren gegaan aan het afsluiten van de verzekering. Maximaal 90% van het gemiddeld inkomen mocht worden verzekerd. De polis kende een optierecht tot een maximale verhoging van 20% van de verzekerde jaarrente gedurende de looptijd van de verzekering. Voorts bevatten de polisvoorwaarden, naast de definitie van het begrip “arbeidsongeschiktheid”, een bepaling waarin aanpassingen van werkzaamheden en de werkomstandigheden en taakverschuivingen binnen het eigen bedrijf bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid werden betrokken.

8 Zie omtrent het “verzekerd belang” bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen: Rb. Midden-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6534; Geschillencommissie KiFiD 17 november 2016, 2016-564; Geschillencommissie KiFiD 3 juli 2018, 2018-033; Geschillencommissie KiFiD 10 januari 2018, 2018-746.

9 Vgl. HR 3 oktober 2008, NJ 2009/80, m.nt. Hartlief; HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA0006; HR 6 juni 2003, NJ 2004/670 m.nt. MMM.

10 E.J. Wervelman, ‘Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013’, AV&S 2013/16.

11 Vgl. HR 6 juni 2003, NJ 2004/670.

12 ECLI:NL:GHARL:2015:7788.

13 Rb. Utrecht 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0731.

14 2016-034.

15 Zie voor andere voorbeelden waarin de arbeidsongeschiktheidsverzekering als sommenverzekering werd beschouwd: Rb. Oost-Brabant 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4616; Hof Den Bosch 11 februari 2014, JA 2014/142; Rb. Rotterdam 6 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:167. Vgl. ook: Rb. Rotterdam die de arbeidsongeschiktheidsverzekering die inzet vormde van een deelgeschil tot verrekening van de uitkering met de schadevergoeding ook als sommenverzekering betitelde, zoals blijkt uit de beschikking van 21 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9588. Zie ook: Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:665.

16 ECLI:NL:GHARL:2018:4122. Ook de Rb. Midden-Nederland betitelde de arbeidsongeschiktheidsverzekering bij vonnis van 28 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1920 als schadeverzekering. In gelijke zin ook: Commissie van Beroep KiFiD 19 december 2018, 2018-067.

Ook was er een regeling met betrekking tot de duiding van passende arbeid opgenomen. De polisvoorwaarden verplichtten de verzekerde voorts om al het mogelijke te doen om zijn herstel te bevorderen. Tevens was hij verplicht om mee te werken tot het doorvoeren van aanpassingen die in redelijkheid binnen het bedrijf konden worden verlangd ter bevordering van het herstel en/of de vermindering van arbeidsongeschiktheid. Ook had de verzekeraar het recht om de premie te wijzigen, de verzekerde jaarrente te verlagen of de verzekering te beëindigen indien de verzekerde verplicht verzekerd werd ingevolge de sociale zekerheidswetgeving. Bovendien bestond de contractuele verplichting jegens de verzekeraar op straffe van weigering van een uitkering om wijzigingen van het beroep of de beroepswerkzaamheden door te geven. De verzekeraar kon dan het verzekerde bedrag daarop aanpassen. Deze feiten en achtergronden deden het hof overwegen dat daaruit in onderling verband en samenhang moest worden afgeleid dat een schadeverzekering was overeengekomen. De arbeidsongeschiktheidsverzekering had volgens het hof tot doel om een periodieke uitkering te verlenen ter compensatie van inkomstenderiving waarbij de (hoogte van de) uitkering kon wijzigen of eindigen als de arbeidsongeschiktheid wijzigde of eindigde. Dat betekende dus dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering diende ter vergoeding van de door de verzekerde geleden inkomensschade. Dat de verzekering niet de feitelijke schade dekte deed daaraan niet af volgens het hof. Evenmin de stelling van de verzekerde dat hij persoonlijk een andere bedoeling had gehad met het afsluiten van de verzekering, namelijk om niet een terugval in de inkomsten op te vangen maar om zijn zakelijke vermogen gedurende de arbeidsongeschiktheid te beschermen (hypothecaire verplichtingen te kunnen blijven voldoen). Ook dat argument overtuigde het hof niet.

Ik ben eerlijk gezegd benieuwd of de Hoge Raad het oordeel van het hof in tact zou hebben gelaten als daar cassatie tegen zou zijn ingesteld.¹⁷ De polisvoorwaarden die inzet vormden van dit geding vertonen immers gelijkenis met die welke leidden tot de beide arresten van de Hoge Raad uit 2008. Met name het essentiële aspect van de beoordeling van het inkomen gedurende de looptijd van de arbeidsongeschiktheidsverzekering ontbreekt echter in de toets van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het was het resultaat van (het ontbreken van) die toets die leidde tot het oordeel van de Hoge Raad in 2008 dat sprake was van een sommenverzekering. Zulks in tegenstelling tot het arrest van 6 juni 2003¹⁸ waarin hij een schadeverzekering aannam. Waar het in essentie immers om gaat is dat het inkomen een, zowel ten tijde van het aangaan als gedurende de looptijd van de arbeidsongeschiktheidsverzekering van de verzekerde, kenbare rol heeft gespeeld. In de woorden van A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest Hoge Raad 17 oktober 2008¹⁹ was de verzekeraar daarin kennelijk ook niet geïnteresseerd. Het

kan zijn dat de verzekeraar in de casus die leidde tot de beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 1 mei 2018 die interesse wel heeft getoond, maar dat blijkt in ieder geval niet uit de beschikking.

Dat ligt anders in de casus die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 april 2018.²⁰ Met de rechtbank ging het hof ervan uit dat de verzekerde recht had op een uitkering als sprake was van arbeidsongeschiktheid wegens verlies van inkomen door de arbeidsongeschiktheid. De rechtbank overwoog daartoe dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering naar zijn aard dat risico dekte. Verzekerde erkende in hoger beroep voorts dat expliciet sprake moest zijn van derving van inkomen; om die reden had hij immers recht op een uitkering.²¹

2.3 AOV – Gemengd karakter

Er is in de verslagperiode ook jurisprudentie voorhanden waarin de arbeidsongeschiktheidsverzekering een gemengd karakter wordt toegedicht. In de beschikking van de Rechtbank Rotterdam van 14 december 2016²² achtte de rechtbank een schadeverzekeringsaspect aanwezig vanwege het inkomen bij de aanvraag, de doelbepaling en de bepaling omtrent het verplicht aanwezig zijn van een verzekeraar belang. De rechtbank achtte dat echter ondergeschikt aan een veel belangrijker sommenverzekeringsaspect, te weten dat geen opgave was gedaan van de inkomensgegevens, geen verband bestond tussen een uitkering en het actuele inkomen en een gefixeerd vrij te verhogen verzekerd bedrag. Daartoe overwoog de rechtbank nog dat weliswaar van belang was dat er enige schade was, maar niet hoe groot die was, terwijl de hoogte van de uitkering ook niet van die schade afhankelijk was.²³

De Rechtbank Midden-Nederland liet het karakter van de arbeidsongeschiktheidsverzekering bij vonnis van 9 december 2015²⁴ in het midden, door erop te wijzen dat zowel bij schadeverzekeringen, als bij sommenverzekeringen financiële gegevens dienden te worden overgelegd.²⁵

3. Schending mededelingsplicht

De schending van de mededelingsplicht bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen vormt in de verslagperiode veelvuldig inzet van gerechtelijke procedures. Deze verdienen daarom bespreking. Met name de vereisten van kenbaarheid en relevantie zijn veelvuldig inzet geweest van gerech-

17 Vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in: Verzekeringsrecht*, 5^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 989-990.

18 NJ 2004/670.

19 ECLI:NL:PHR:2008:BF0006.

20 ECLI:NL:GHARL:2018:3511.

21 Van een schadeverzekering was tevens sprake in: Rb. Midden-Nederland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1920; Geschillencommissie KiFiD 5 maart 2018, 2018-152; Geschillencommissie KiFiD 5 maart 2018, 2018-153; Rb. Midden-Nederland 27 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6768; Rb. Midden-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6534; Rb. Midden-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:372.

22 ECLI:NL:RBROT:2016:9636.

23 Een gemengd karakter werd tevens aangenomen door: Rb. Limburg 6 december 2017, JA 2018/54, m.nt. EJW; Rb. Oost-Brabant 19 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1901.

24 JA 2016/92, m.nt. EJW.

25 Zie hierover verder § 5 (claimbehandeling) van deze kroniek.

telijke procedures. Gelet op het grote belang van partijen bij de uitkomst van dergelijke procedures is dat op zichzelf ook niet verwonderlijk. Meer in het bijzonder is ruime aandacht geschonken aan het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 waarin ons hoogste rechtscollege duidelijk uiteen heeft gezet aan welke eisen een beroep op schending van de mededelingsplicht ten aanzien van het relevantievereiste moet voldoen.²⁶

Ingevolge art. 7:928 BW is verzekeringnemer, kort gezegd, verplicht om de verzekeraar voor het sluiten van de overeenkomst alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. De wet verankert hiermee de vereisten van kennis, kenbaarheid, relevantie en verschoonbaarheid.²⁷ Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden doorgaans afgesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst. De verzekeraar kan zich er dan niet op beroepen dat vragen niet zijn beantwoord of feiten waar niet naar was gevraagd niet zijn medegedeeld. En evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met het opzet om de verzekeraar te misleiden, aldus art. 7:928 lid 6 BW. Alle elementen van een beroep op schending van de mededelingsplicht zijn uitgebreid aan de orde geweest in de verslagperiode en worden daarom behandeld.²⁸

Het kennisvereiste – oftewel de feiten die aspirant-verzekeringnemer kent of behoort te kennen – vormde inzet van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 31 maart 2015.²⁹ Een arbeidsongeschiktheidsverzekering was tot stand gekomen op basis van een gezondheidsverklaring die aspirant-verzekeringnemer had ingevuld. Daarin was melding gemaakt van een doorgemaakte bronchitis, nierbekkenontsteking, blaasontsteking, schouderongeval, verzwikte enkel, sinds 2 jaar voorkomende lage rugklachten van een paar dagen, eczeem, hooikoorts en een tekort aan vitamine B12. Ter behandeling daarvan kreeg de verzekerde om de 6 weken een vitamine-injectie. Verzekerde meldde zich op enig moment na totstandkoming van de verzekering arbeidsongeschikt bij de verzekeraar en deed een beroep op de polis. Na aanvankelijk uitkeringen te hebben gedaan

krachtens de polis, beriep de verzekeraar zich op schending van de mededelingsplicht. Dat betoog strandde bij het hof:

“Bij de gezondheidsverklaring zal een aspirant-verzekeringnemer die dan als regel niet beschikt over de medische correspondentie afgaan op diens geheugen en terugkijken, waarbij de meest ingrijpende en meest recente gezondheidsincidenten meer prominent in het geheugen aanwezig zullen zijn (...). Klachten waarvoor geen diagnose werd gesteld en/of therapie gevolgd zullen, zeker als deze langer geleden zijn en/of vager zijn, minder blijvend en minder helder zijn ingeprent. Dat neemt niet weg dat het blijkt de vragenlijst en het bijbehorende verstrekte reglement gezondheidsverklaring van de verzekeraar van essentieel belang is dat de aspirant-verzekeringnemer de gezondheidsverklaring naar waarheid en volledig invult en wel zo feitelijk mogelijk. Daarbij dient de aspirant-verzekeringnemer de beoordeling en risico-inschatting aan de verzekeraar over te laten. Maar hierbij moet wel worden bedacht dat een aspirant-verzekeringnemer zoals verzekerde hoewel in medisch opzicht een leek toch door haar eigen ziekte-ervaringen een beeld zal hebben van haar eigen gezondheidstoestand, hetgeen haar geheugen en daarmee haar informatieverstrekking wel haast onvermijdelijk zal inkleuren. Dit behoorde de verzekeraar zich als redelijk handelend verzekeraar bij de acceptatie dan ook te realiseren.”

Het hof was, gelet op hetgeen de verzekerde in de gezondheidsverklaring en de telefonische intake aan de verzekeraar had gemeld, van oordeel dat aan het kennisvereiste was voldaan. Uiteindelijk kon misschien achteraf worden gereconstrueerd dat er indicaties bestonden om aan te nemen dat de verzekerde al bij haar aanvraag verdacht was op of leed aan fibromyalgie. Geenszins aannemelijk was geworden dat de verzekerde dat destijds wist of dat redelijkerwijze had behoren te begrijpen, aldus nog steeds het hof, dat daarbij aantekende:³⁰

“Het gaat er niet om tot welk (ziekte)beeld verzekeraar achteraf komt op basis van een terugblikkende reconstructie van alle specialistenbrieven aan de huisarts maar om hetgeen verzekerde zelf over haar gezondheid wist of als behoorlijk en zorgvuldig verzekeringnemer redelijkerwijs behoorde te kennen dan wel te begrijpen (het kennisvereiste). Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval worden meegenomen.”

Het kenbaarheidsvereiste is ook inzet geweest van procedures. Inzet van het arrest van 29 april 2014 van het Hof Arnhem-Leeuwarden³¹ vormde (onder meer) niet-gemelde situatieve arbeidsongeschiktheid. Verzekerde betoogde dat zij die niet hoefde op te geven, omdat daar geen medische

26 ECLI:NL:HR:2018:1841.

27 Zie omtrent één en ander ook: *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2019/139-178.

28 Het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft het voornemen om een wetsontwerp in te dienen dat beoogt aan art. 7:930 lid 4 BW een zin toe te voegen, waarmee verzekeringnemer ingeval van een geslaagd beroep op schending van de mededelingsplicht geen premie is verschuldigd in de situatie dat geen sprake is van opzet tot misleiding, maar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering tot stand zou zijn gekomen. Vgl. hieromtrent: 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; *Kamerstukken II 2015-2016, Aanhangsel van de Handelingen 2460*; *Commissie van Beroep KiFiD 23 april 2018*, 2018-265.

29 JA 2015/81, m.nt. EJW. Zie omtrent het kennisvereiste ook: Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2313.

30 Het verschoonbaarheidsvereiste komt in dit arrest ook aan de orde en wordt aldus ook aldaar besproken in deze kroniek.

31 ECLI:NL:GHARL:2014:3549.

oorzaak voor was. Bovendien betoogde zij dat de vraagstelling in de gezondheidsverklaring alleen zag op een ziekmelding die betrekking had op medische (psychische) klachten. Daarnaast voerde zij aan dat situatieve arbeidsongeschiktheid niet onder de definitie van het begrip “arbeidsongeschiktheid” viel in de polisvoorwaarden en dat zij mogelijk ook geen uitkering zou hebben ontvangen bij een arbeidsconflict. Het hof verwierp dat betoog door de gezondheidsverklaring te citeren:

“Hebt u de laatste 5 jaar twee weken of langer achtereen geheel of gedeeltelijk niet kunnen werken?”

Uit het gebruik van het woord “kunnen” kon volgens het hof worden afgeleid dat gevraagd werd naar perioden van verzuim wegens arbeidsongeschiktheid. Het ging om een arbeidsongeschiktheidsverzekering, dus dat lag volgens het hof ook voor de hand. Noch de formulering van die vraag, noch de rest van het vragenformulier gaf aanleiding voor de veronderstelling dat die vraag zo beperkt moest worden opgevat dat het slechts zou gaan om arbeidsongeschiktheid op grond van medische beperkingen. Het lag volgens het hof ook in de rede dat de verzekeraar bij beoordeling in verband met de aanvraag tot een arbeidsongeschiktheidsverzekering geïnteresseerd was in alle soorten van arbeidsongeschiktheid. De omstandigheid dat arbeidsongeschiktheid van de verzekerde in de periode eind 2002 tot begin 2003 was aan te merken als situatieve arbeidsongeschiktheid in verband met een arbeidsconflict, bracht dan ook volgens het hof geenszins mee dat die arbeidsongeschiktheid voor de verzekeraar niet van belang zou kunnen zijn. Verzekerde had dan ook onvoldoende aanleiding voor haar veronderstelling dat zij deze periode van arbeidsongeschiktheid niet behoeft te vermelden. Of dergelijke arbeidsongeschiktheid uitkering geeft onder de polis deed niet ter zake volgens het hof. Uit niets bleek dat zij slechts melding behoeft te maken van verzuimperiodes die aanleiding zouden hebben gegeven tot een uitkering als de verzekering toen had gegolden.³² Bij vonnis van 28 november 2018 was de Rechtbank Rotterdam³³ van oordeel dat de verzekerde niet kon worden tegengeworpen dat hij in het kader van een aanvraag voor een verzekering na 25 jaar klachten moest melden die hij toen hij 3/4 jaar oud was gehad had en waarvan hij sindsdien geen klachten meer had.

In de branche zijn zogenaamde “verkorte” vragenlijsten in omloop. Daarin vraagt de verzekeraar (in tegenstelling tot de reguliere gezondheidsverklaring die vele tientallen vragen omvat over de gezondheid) doorgaans slechts of aspirant-verzekeringnemer een “ziekte, aandoening of letsel” heeft of heeft gehad. Of vragen van gelijke strekking. Ook

wordt wel gevraagd of aspirant-verzekeringnemer in de laatste 12 maanden als gevolg van een ziekte, aandoening of letsel zijn werkzaamheden voor een periode van langer dan 14 dagen heeft moeten staken. Een beroep op schending van de mededelingsplicht loopt bij dergelijke vragenlijst doorgaans stuk, omdat aspirant-verzekeringnemer dan in redelijkheid niet hoeft te begrijpen dat deze vragen ook betrekking hebben op de klachten die niet gemeld zijn.³⁴ Eén van de weinige uitzonderingen daarop vormt het arrest van het Hof Amsterdam van 5 maart 2019.³⁵ Ontkenkend beantwoord was de vraag of aspirant-verzekeringnemer medicijnen gebruikte die slechts op recept verkrijgbaar waren, terwijl na melding van arbeidsongeschiktheid bleek dat hij diverse soorten pijnmedicatie voorgeschreven had gekregen.

Bij beslissing van 23 augustus 2016 was de Geschillencommissie KiFiD van oordeel dat eerdere knieklachten ten onrechte niet waren ingevuld op de gezondheidsverklaring.³⁶ Een eerdere aanvraag en weigering tot het aangaan van een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij een andere verzekeraar was ten onrechte niet gemeld. Dat leidde tot afwijzing van een daartegen gerichte klacht bij beslissing van de Geschillencommissie KiFiD van 12 augustus 2016.³⁷ Eerdere rugklachten waren ten onrechte niet gemeld in de zaak die leidde tot de beslissing van de Geschillencommissie KiFiD van 12 juli 2016.³⁸

Bespreking verdient ook het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2017.³⁹ De zaak ziet op de zogenaamde “tussenperiode”, te weten de periode tussen het invullen van het aanvraagformulier en de inzending daarvan tot de (uiteindelijke) totstandkoming van de overeenkomst. Als de verzekeraar er in het aanvraagformulier uitdrukkelijk op heeft gewezen dat in de periode tussen het invullen van het aanvraagformulier en het accepteren van de verzekering mededeling dient te worden gedaan van wijziging in de relevante feiten of omstandigheden waarnaar in het formulier wordt gevraagd, dienen bij beantwoording van de vraag of de mededelingsplicht in die periode is nagekomen geen zwaardere eisen te worden gesteld aan het kenbaarheidsvereiste ten aanzien van die feiten en omstandigheden dan bij het invullen van dat formulier. Daarbij geldt volgens de Hoge Raad tot uitgangspunt dat de aspirant-verzekeringnemer of de aspirant-verzekerde moet begrijpen dat feiten

32 Zie omtrent het kenbaarheidsvereiste ook: Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, JA 2014/138; Rb. Midden-Nederland 11 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8006; Hof Den Bosch 18 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3853; Rb. Gelderland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4604; Hof Den Haag 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2426; Rb. Gelderland 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8090.

33 ECLI:NL:RBROT:2018:9785.

34 Vgl. Geschillencommissie KiFiD 19 oktober 2018, 2018-635; Geschillencommissie KiFiD 16 oktober 2018, 2018-590; Geschillencommissie KiFiD 1 oktober 2018, 2018-054; Geschillencommissie KiFiD 10 november 2016, 2016-547; Hof Amsterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2956; Geschillencommissie KiFiD 11 juni 2015, 2015-167; Geschillencommissie KiFiD 4 augustus 2015, 2015-227; Geschillencommissie KiFiD 16 november 2015, 2015-337; Geschillencommissie KiFiD 2 november 2015, 2015-315.

35 ECLI:NL:GHAMS:2019:766.

36 2016-380.

37 2016-011b.

38 2016-318. Zie in gelijke zin: Geschillencommissie KiFiD 26 juli 2016, 2016-336; Geschillencommissie KiFiD 31 maart 2016, 2016-144; Geschillencommissie KiFiD 18 januari 2018, 2018-049.

39 NJ 2018/288, m.nt. N. van Tiggele-van der Velde. Zie over dit arrest ook: K. Engel, 'De precontractuele mededelingsplicht in de tussenperiode', *NTHR* 2017/6.

waarnaar gevraagd wordt voor de verzekeraar van belang (kunnen) zijn bij zijn beslissing over het aangaan van de verzekering. Beslissend is dan ook hoe aspirant-verzekeringnemer of aspirant-verzekerde de aanwijzing om mededeling te doen van gewijzigde feiten of omstandigheden onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs in de context van het gehele vragenformulier heeft behoren op te vatten. In feitelijke instanties was komen vast te staan dat de verzekeraar er in de gezondheidsverklaring uitdrukkelijk op had gewezen dat wijzigingen in de gezondheidstoestand (zoals nader omschreven in de gezondheidsverklaring) onmiddellijk aan de verzekeraar dienden te worden medegedeeld. De Hoge Raad verwierp dan ook het cassatiemiddel dat betoogde het hof ten onrechte voor de periode tussen het invullen van het formulier en de acceptatie zwaardere eisen had moeten stellen aan het kenbaarheidsvereiste dan bij het invullen van dat formulier.⁴⁰

Het verschoonbaarheidsvereiste speelde een rol in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 31 maart 2015.⁴¹ Het hof overweegt dat van de verzekeraar zelf mag worden verwacht dat hij, voor zover redelijkerwijs mogelijk, de zorg betracht om te voorkomen dat hij de verzekering afsluit terwijl hij onbekend is met voor hem relevante feiten en omstandigheden. Juist in de sfeer van vage klachten mag van de verzekeraar in het kader van de acceptatie meer nauwkeurigheid en oplettendheid worden gevergd.⁴² Met deze overweging is het hof overigens minder streng dan de Rechtbank Rotterdam die bij vonnis van 13 maart 2013⁴³ overwoog dat de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar een “uiterste” zorg moet betrachten. Deze ver(der)gaande inspanning blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:928 lid 4 BW. De wetgever is van oordeel dat van verzekeraars bij de controle van met name de door de aspirant-verzekeringnemer verstrekte gezondheidsgegevens een uiterste inspanning mag worden verlangd. Zulks te meer ook, daar de contractspartner – in tegenstelling tot de kennis waarover de verzekeraar beschikt – veelal leek is op medisch gebied.⁴⁴ Het hof rekende de verzekeraar aan dat zij als duidelijk deskundig te achten partij die bekend was met het vitamine B12-tekort onvoldoende actie had ondernomen, bijvoorbeeld door een medische keuring te laten plaatsvinden of door een ander nader uit te vragen.⁴⁵

Het relevantievereiste vormde inzet van het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018.⁴⁶ Tussen partijen stond op zichzelf vast dat de verzekerde zijn mededelingsplicht jegens de verzekeraar had geschonden. Volgens art. 7:930 lid 4 BW is de verzekeraar in dat geval geen uitkering verschuldigd, indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Bij het beantwoorden van de vraag of dat het geval is moet niet geheel of gedeeltelijk worden geabstraheerd van de concrete acceptatiecriteria van de desbetreffende verzekeraar. Een beroep op dit wetsartikel zal in beginsel alleen kunnen slagen, indien de verzekeraar aantoont dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten, aldus de Hoge Raad, die vervolgt:

“Dat een verzekeringnemer die zijn mededelingsplicht niet nakomt daarvan gevolgen ondervindt die een redelijk handelend verzekeraar daaraan niet zou verbinden, is alleen dan aanvaardbaar als de verzekeringnemer wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde. Dan kon hij immers de relevantie van niet-medegedeelde feiten of omstandigheden binnen dat acceptatiebeleid overzien. In een dergelijk geval geldt, naast de eis dat de verzekeringnemer op de hoogte was, of moest zijn van het acceptatiebeleid, niet ook de eis dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wist dat het acceptatiebeleid van zijn verzekeraar afweek van dat van een redelijk handelend verzekeraar. De noodzaak die wetenschap te verlangen volgt niet uit de genoemde bepalingen. De verzekeringnemer wordt ook afdoende beschermd zonder dat die wetenschap wordt verlangd.”

De Hoge Raad merkt nog op dat bij het beantwoorden van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan groot gewicht kan toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Niet uitgesloten is evenwel dat het beleid van één of meer andere verzekeraars op inhoudelijke gronden de toets aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar niet kan doorstaan, zodat daarop geen beroep kan worden gedaan. Evenmin is uitgesloten dat het acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar op inhoudelijke gronden blijkt te voldoen aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar, ook al voeren andere verzekeraars een ander (of geen) beleid ten aanzien van de betrokken feiten en omstandigheden. 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 kan – afhankelijk van de door de verzekeraar daartoe aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval – tot het oordeel leiden dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in dat geval niet zou zijn aangegaan. Voor dat

40 Zie omtrent de mededelingsplicht in de tussenperiode ook: HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9386; Geschillencommissie KiFiD 22 augustus 2018, 2018-418; Geschillencommissie KiFiD 12 juli 2018, 2018-418. Het vonnis waartegen hoger beroep en uiteindelijk cassatie werd aangekend is gepubliceerd en geannoteerd: Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1711, JA 2015/82, m.nt. EJW.

41 JA 2015/81, m.nt. EJW.

42 Hof Amsterdam 20 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC3311.

43 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5083.

44 Vgl. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 19 259, nr. 5, p. 19.

45 Vgl. in gelijke zin: *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, 7-IX** 2019/152; Geschillencommissie KiFiD 3 september 2018, 2018-525; Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7626.

46 ECLI:NL:HR:2018:1841. Zie omtrent de redelijk handelend verzekeraar ook: Hof Den Bosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5101; Rb. Den Haag 18 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8675; Geschillencommissie KiFiD 17 december 2018, 2018-792; Geschillencommissie KiFiD 18 oktober 2018, 2018-650; Geschillencommissie KiFiD 19 september 2018, 2018-590.

oordeel is niet steeds noodzakelijk dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Het zal van het verweer van de verzekeringnemer afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken.⁴⁷ Om het eigen acceptatiebeleid duidelijk te maken kan verzekeraar niet volstaan met het wijzen op de gezondheidsverklaring die moet worden ingevuld bij het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Ook de website en informatiebrochures zijn daarvoor van belang.⁴⁸ Vaak zal het bewijs worden geleverd door deskundigen die verklaren over het acceptatiebeleid van de redelijk handelend verzekeraar.⁴⁹

Inzet van de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag van 14 augustus 2018⁵⁰ speelde niet-gemelde schouder- en nekproblematiek. Verzekeraar betoogde dat volgens haar beleid in 2006 een aparte clause zou zijn geadviseerd voor de schouder en de nek. Tezamen met de eveneens opgenomen clause voor de knie zou dan sprake zijn geweest van drie clauses. Dat zou – ook volgens het hof – met zich hebben gebracht dat het risico niet geaccepteerd was. Resteerde wel de vraag voor het hof of dit beleid overeenstemde met dat van een redelijk handelend verzekeraar, hetgeen het hof bevestigend beantwoordde. Daartoe achtte hij redengevend dat de GAV-richtlijnen waarop de verzekeraar zich beriep vermeldde:

“Indien er sprake is van twee of meer “grotere” clauses dient een advies tot afweging overwogen te worden”.

Dat bracht volgens het hof met zich mee dat:

“Oók als de nek- en schouderklachten door de maatmanverzekeraar in één clause gevat zouden worden, zoals verzekerde betoogt, een advies tot afwijzing gerechtvaardigd was. Daar komt nog bij dat de GAV-richtlijnen bij recidiverende nekkklachten als advies geven “clause of afwijzen”, waaruit kan worden afgeleid dat recidiverende nekkklachten, ook als geen sprake is van bijkomende clauses, voldoende ernstig worden geacht voor (de mogelijkheid van) afwijzing van het risico”.

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 uitsluitingsclauses worden toegepast.⁵¹

Verzekeraar is in geval van schending van de mededelingsplicht geen uitkering verschuldigd aan de verzekeringnemer of de derde die heeft gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Evenmin is een uitkering verschuldigd aan de derde indien de verzekeringnemer, met het opzet de verzekeraar te misleiden, niet heeft voldaan aan de mededelingsplicht betreffende de derde (art. 7:930 lid 5 BW). Opzet tot misleiding bij schending van de mededelingsplicht leidde tot het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 maart 2018.⁵² Het hof stelde onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 25 maart 2016⁵³ voorop dat, mede gelet op de tussen de artt. 7:928 en 7:930 BW bestaande samenhang, onder “opzet tot misleiding” in de zin van art. 7:930 lid 5 BW dient te worden verstaan dat de verzekeringnemer feiten of omstandigheden niet aan de verzekeraar heeft gemeld 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 zou willen sluiten, afhangt of kan afhangen, terwijl de verzekeringnemer aldus heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.⁵⁴ Verzekeraar had in de gezondheidsverklaringen van 2005 en 2009 telkens het belang van een juiste en volledige beantwoording van de vragen benadrukt. Ook wanneer het zou gaan om ogenschijnlijk onbelangrijke c.q. niet-belangrijke klachten. Op de gerichte vraagstelling naar klachten aan gewrichten, had aspirant-verzekeringnemer desondanks in de gezondheidsverklaringen onjuist opgegeven dat hij niet leed of had geleden aan aandoeningen van gewrichten en tevens dat hij hiervoor geen arts of hulpverlener had geraadpleegd. Uit de combinatie van de toelichting en het gerichte karakter van de gezondheidsvragen had aspirant-verzekeringnemer volgens het hof redelijkerwijs behoren te begrijpen dat deze van belang waren voor de beslissing van de verzekeraar. Toegespitst op de vraag naar het opzet overweegt het hof dat niet nodig is dat aspirant-verzekeringnemer zich zou hebben gerealiseerd dat er een gereede kans was dat zijn knieklachten tot arbeidsongeschiktheid zouden (kunnen) leiden:

“Het gaat niet om een kans-inschatting door de aspirant-verzekeringnemer, dit is op zich al een nauwelijks

47 Vgl. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkens, 'Het uitgangspunt van de redelijk handelend verzekeraar en de regeling van artikel 7:928-931 BW', NTvH 2018-6, p. 290-292.

48 Vgl. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkens, 'Het uitgangspunt van de redelijk handelend verzekeraar en de regeling van artikel 7:928-931 BW', NTvH 2018-6, p. 290.

49 Vgl. N. van Tiggele-van der Velde in: N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, *Bespiegelingen op 10 jaar “nieuw” verzekeringsrecht* (R&P, nr. VR4), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 56-57; N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2008, (p. 125 e.v. en 146-147).

50 ECLI:NL:GHDHA:2018:2426.

51 Vgl. Rb. Den Haag 18 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8675. Vgl. omtrent de toepasselijkheid van de GAV-richtlijnen bij beoordeling van de vraag naar een “redelijkheid handelend verzekeraar” ook: Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, JA 2014/138; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3549; J.W. Hoekzema, *Verzwijging en causaal verband*, AV&S 2018/12; Geschillencommissie KiFID 31 maart 2017, 2017-222; Geschillencommissie KiFID 12 juli 2018, 2018-418.

52 ECLI:NL:GHARL:2018:2420. Het tussenarrest in deze zaak van 2 mei 2017 is gepubliceerd: ECLI:NL:GHARL:2017:3705. Het vonnis in eerste aanleg van de Rb. Midden-Nederland van 11 november 2015 is eveneens gepubliceerd: ECLI:NL:RBMNE:2015:8006.

53 ECLI:NL:HR:2016:507; NJ 2016/382, m.nt. MMM.

54 Vgl. Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/167.

hanteerbaar, laat staan bewijsbaar criterium, terwijl het (ook) voor de aspirant-verzekeringnemer moeilijk zal zijn om in de toekomst te kijken. Wie een arbeidsongeschiktheidsverzekering wil afsluiten, zal juist de risico's van arbeidsongeschiktheid willen afdekken, ook al betreft het in zijn (subjectieve) visie geringe of bijna verwaarloosbare risico's. Het is dan aan de aspirant-verzekeringnemer om volledige en juiste informatie te verstrekken opdat de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar (mede) op basis daarvan de te verzekeren risico's kan inschatten. Uiteindelijk is, naar het door de Hoge Raad aangelegde criterium, uitsluitend beslissend of de aspirant-verzekeringnemer heeft gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten”.

Het hof somt aansluitend chronologisch diverse niet-gemelde knieklachten op, waarbij hij zich realiseert dat deze opsomming heeft plaatsgevonden in het licht van de context van de zaak. Daarin gaat het om al dan niet verzwijgen van de klachten aan de linkerknie, terwijl:

“een aspirant-verzekerde bij invulling van zijn gezondheidsverklaring eerst aan heel andere, bepaald indrukwekkende aspecten van zijn gezondheid kan denken. Het mag zo zijn dat aspirant-verzekerde toen zijn aandacht vooral gericht had op ingrijpende gebeurtenissen, zoals twee ziekenhuisopnamen na ongevallen in zijn jeugd, het vroegtijdig overlijden van zijn vader aan een hartkwaal en een hechting aan zijn vingertop waaraan hij iedere dag werd herinnerd en waarvan hij allemaal melding heeft gemaakt.”

Desondanks achtte het hof het toch niet goed voorstelbaar dat de afscheuring van de voorste kruisband van de linkerknie met alle chronische en recidiverende gevolgen van dien niet door zijn hoofd zou zijn gegaan toen hij de ontkenkende antwoorden invulde op de heldere, eenduidige en vastomlijnde vragen. Die waren onder meer gericht op de gewrichten en daarom tevens op de bezoeken aan artsen en hulpverleners. Daarbij moest volgens het hof nog worden bedacht dat betrokkene een arbeidsongeschiktheidsverzekering aanvraag c.q. een verhoging wilde voor zijn verzekerde beroep van klusjesman dat nu eenmaal zware fysieke inspanning vergt en waarbij men ook zijn knieën moet gebruiken. Het hof achtte dan ook in onderling verband en samenhang gezien voorlopig afdoende bewezen dat aspirant-verzekerde bij de schending van zijn mededelingsplicht in de gezondheidsverklaringen van 2005 en 2009 had gehandeld met de bedoeling de verzekeraar ertoe te bewegen een overeenkomst aan te gaan alsof er met zijn linkerknie niets aan de hand was (geweest). Deze verzekering had de verzekeraar anders niet of niet op dezelfde voorwaarden gesloten. Het hof laat verzekeringnemer toe tot tegenbewijs. Verzekerde liet meerdere getuigen horen. Naar aanleiding van de afgelegde verklaringen overwoog

het hof dat het voorshands geleverde bewijs daarmee ontzenuwd was.⁵⁵

Bespreking behoeft nog het arrest van het Hof Amsterdam van 9 januari 2018⁵⁶ vanwege de causaliteitsproblematiek bij schending van de mededelingsplicht. Verzekeraar had naar aanleiding van het beroep op schending van de mededelingsplicht een uitsluitingsclausule op de polis geplaatst met terugwerkende kracht. Het hof was van oordeel dat dat in strijd was met de wet. Art. 7:930 lid 3 BW bood daar naar de overtuiging van het hof geen grondslag voor, nu het van oordeel was dat de verzekeraar eraan voorbijging dat dat lid slechts de bevoegdheid gaf om de uitkering te verminderen, indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken andere voorwaarden zou hebben gesteld. Dan is slechts uitkering verschuldigd als waren deze voorwaarden in de overeenkomst opgenomen. Verzekeraar had echter de uitkering geweigerd, omdat zij de polis had aangepast door met terugwerkende kracht de clausule op de polis te plaatsen. Deze opvatting sluit aan op de literatuur⁵⁷ die erop wijst dat art. 7:929 BW in zoverre een onevenwichtige regeling geeft, dat geen rekening wordt gehouden met de situatie dat bij een schending van de mededelingsplicht van opzet tot misleiding geen sprake is, maar de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een hogere premie zou hebben bedongen en/of de verzekering op andere voorwaarden zou zijn aangegaan. In die situatie biedt art. 7:930 lid 3 BW hem wel de mogelijkheid om te korten op de uitkering, maar kan hij de verzekering niet opzeggen, noch eenzijdig aanpassen aan de ware stand van zaken. Mijns inziens zijn er dan ook vraagtekens te plaatsen bij de uitkomst van de procedure bij het hof.⁵⁸ Zo bepaalt de laatste volzin van art. 7:930 lid 3 BW dat slechts een uitkering is verschuldigd als waren de voorwaarden in de overeenkomst opgenomen, indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken “andere voorwaarden” zou hebben gesteld. Anders dan het hof overweegt, gaat het dus niet om de bevoegdheid de uitkering te verminderen. Essentiëler echter nog is dat naar mijn overtuiging weinig discussie kan bestaan over het antwoord op de vraag of de wetgever met het begrip “andere voorwaarden” uitsluitend heeft bedoeld dat andere algemene voorwaarden van toepassing zouden zijn geweest, zoals het hof lijkt te bedoelen. Zou bijvoorbeeld de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken een eigen risico hebben bedongen, dan dient toch een uitkering plaats te vinden, maar dan met aftrek van het eigen risico. En zou bijvoorbeeld een verzekeraar extra veiligheidsmaatregelen hebben geëist, met als sanctie verval van uitkering, dan is geen uitkering ver-

55 Zie omtrent opzet tot misleiding ook: Geschillencommissie KiFiD 23 november 2017, 2017-789 (wel schending mededelingsplicht, maar geen opzet); Geschillencommissie KiFiD 31 maart 2017, 2017-222 (idem); Geschillencommissie KiFiD 22 augustus 2016, 2016-380 (opzet); Geschillencommissie KiFiD 2 oktober 2014, 2014-363 (opzet).

56 ECLI:NL:GHAMS:2018:43.

57 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2019/187.

58 Vgl. Geschillencommissie KiFiD 6 maart 2019, 2019-166, waarin verzekeraar na ontdekking van de schending van de mededelingsplicht een uitsluitingsclausule op de polis plaatste. Daar had de Commissie geen bezwaar tegen.

schuldigd. Met die benadering wordt hetzelfde bereikt als met de conversie van een nietige rechtshandeling, waarbij deze wordt omgezet in een geldige rechtshandeling indien aangenomen mag worden dat deze rechtshandeling zou zijn verricht indien van de nietige rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien.⁵⁹ De wetgever licht één en ander nog toe, door erop te wijzen dat deze benadering de doelmatigheid dient, doordat aan het ontbreken van kennis van de ware stand van zaken geen verdere gevolgen worden verbonden dan die welke partijen bij de juiste kennis daarvan daar zelf aan verbonden zouden hebben. Engel heeft in dit verband voorgesteld om een nieuw derde lid toe te voegen aan art. 7:928 BW dat de verzekeraar het recht geeft om in deze situatie binnen twee maanden na ontdekking van de niet-nakoming de verzekeringsovereenkomst te wijzigen aan de ware stand van zaken.⁶⁰

Art. 7:929 BW lid 1 BW bepaalt dat de verzekeraar die ontdekt dat aan de in art. 7:928 BW omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, de gevolgen daarvan slechts kan invoeren, indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen.⁶¹ Deze termijn is met enige regelmaat onderwerp van geschil geweest. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof Arnhem van 12 juni 2012⁶² oordeelde de Geschillencommissie KiFiD op 21 februari 2017⁶³ dat doorslaggevend is het moment dat de dossierbehandelaar vaststelt dat er een discrepantie bestaat tussen de bij het aangaan van de verzekering gemelde medische gegevens en de medische gegevens die zijn verzameld in het kader van de schademelding. Verzekeraar had een overzicht overgelegd van alle medische informatie die door het medisch adviesbureau was opgevraagd. Daaruit bleek dat op 4 februari 2016 alle gevraagde medische informatie was ontvangen. Op grond van die informatie was op 16 februari 2016 medisch advies uitgebracht. Naar aanleiding daarvan had de schadebehandelaar de bedoelde discrepantie vastgesteld. Aansluitend beriep de verzekeraar zich bij brief van 22 februari 2016 op schending van de mededelingsplicht. Dit betekende dat de twee maandentermijn niet was geschonden.⁶⁴

4. Arbeidsongeschiktheid

Het Hof van Justitie EU heeft zich op 23 april 2015⁶⁵ uitgelaten over het begrip “arbeidsongeschiktheid”. Van Hove, een Franse verzekerde, raakte betrokken bij een arbeidsongeval. Uiteindelijk werd hij door de Franse sociale zekerheid voor 72% afgekeurd. Hij had een verzekering die uitkeerde in geval van arbeidsongeschiktheid of overlijden ter aflossing van de hypothecaire leningen. Verzekeraar weigerde uitkering en beriep zich op het beding waarin was neergelegd dat een verzekerde als volledig arbeidsongeschikt beschouwd werd, wanneer hij ten gevolge van een ongeval of ziekte niet in staat was al dan niet bezoldigde beroepsactiviteit te hervatten. Verzekeraar gaf daarbij aan dat de gezondheidstoestand verzekerde weliswaar niet toeliet om zijn vroegere beroep te hervatten, maar dat hij wel in staat was om minstens in deeltijd een aangepaste beroepsactiviteit uit te oefenen. Inzet van de prejudiciële vragen van de Franse rechter was of de definitie van “volledige arbeidsongeschiktheid” een kernbeding was. Het Hof van Justitie EU sloot dat niet uit, maar de verwijzende rechter diende rekening te houden met de aard, algehele opzet en alle voorwaarden van de overeenkomst en met de juridische en feitelijke context daarvan. Indien de verwijzende rechter op basis daarvan tot het oordeel komt dat het beding een kernbeding is dient hij vervolgens na te gaan of het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Voor transparantie van een contractueel beding is niet voldoende dat het beding taalkundig en grammaticaal begrijpelijk is, aldus het Hof van Justitie EU. Daarbij wijst het hof erop dat bijgevolg van wezenlijk belang is dat aspirant-verzekeringnemer voor het sluiten van de overeenkomst niet alleen kennisneemt van een voorwaarde waaronder dekking wordt verleend, maar ook van de bijzonderheden van het mechanisme voor betaling van de aan de kredietgever verschuldigde aflossingen in geval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer en de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen. Hij moet immers op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die daar voor hem uit voortvloeien kunnen inschatten. Het Hof van Justitie EU tekende daarbij aan dat de gebruikte uitdrukking “al dan niet bezoldigde beroepsactiviteit” uitermate breed en vaag is. De term “activiteit” kan namelijk verwijzen naar iedere menselijke handeling of activiteit die wordt verricht om een welbepaald doel te bereiken. De verwijzende rechter dient daarom te beoordelen of een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de verzekeraar bij de onderhandeling van de verzekeringsovereenkomst en, meer in het algemeen, binnen het contractuele kader zijn verstrekt, niet alleen kon weten dat er een verschil bestaat tussen het begrip “volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van de verzekering” en het begrip

59 Art. 3:42 BW; NvW I, II 99/2000, 19 529, nr. 5, p. 22.

60 K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 8.2.6.

61 Zie omtrent deze termijn ook: Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2019/179-182.

62 ECLI:NL:GHARN:2012:BW7902.

63 2017-135.

64 Vgl. omtrent de twee maandentermijn ook: Rb. Midden-Nederland 11 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8006; Geschillencommissie KiFiD 9 januari 2019, 2019-008; Geschillencommissie KiFiD 12 februari 2016, 2016-075; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3705; Hof 's Hertogenbosch 26 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:190; E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, in: Verzekeringsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, 5^e druk, p. 1000-1001.

65 ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*); RAV 2015/70. Zie omtrent “arbeidsongeschiktheid”: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, diss. 3e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 241 ev.

“blijvende gedeeltelijke invaliditeit” in de zin van de (franse) sociale zekerheidswetgeving. Bovendien diende hij de voor hem mogelijkere aanzienlijke economische gevolgen van de beperking van de door de verzekering geboden dekking te kunnen inschatten. In deze context liet het Hof van Justitie EU tevens relevantie toekomen aan het feit dat de verzekering deel uitmaakte van een ruimer contractueel kader en gekoppeld was aan de kredietovereenkomsten. Van de verzekerde kon namelijk niet worden verlangd dat hij bij de sluiting van onderling verbonden overeenkomsten even oplettend is, zowel wat betreft de omvang van de door die verzekeringsovereenkomst gedekte risico's, als wanneer hij die overeenkomst en de kredietovereenkomsten afzonderlijk had gesloten.

Het Hof Amsterdam overwoog bij arrest van 26 februari 2019⁶⁶ dat de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde verzekerde⁶⁷ op basis van de door de verzekeraar verstrekte informatie redelijkerwijs moet begrijpen dat lichamelijke klachten moeten kunnen worden herleid tot een ziektebeeld. Inzet van die procedure vormde het begrip “arbeidsongeschiktheid” dat gedefinieerd was als een situatie waarvan uitsluitend sprake is:

“indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren”.

Uit de tekst van de polisvoorwaarde volgde volgens het hof afdoende duidelijk dat een scheidslijn werd beoogd aan te brengen tussen klachten die op zichzelf serieus zijn, maar waarvoor geen medische grond valt aan te wijzen en klachten waarbij dat wel het geval is.⁶⁸ Om aanspraak te kunnen maken op een uitkering onder de polis moet sprake zijn van klachten die behoren tot de laatstgenoemde categorie. Klachten waarvoor geen medische grond is aan te wijzen zijn in de onderhavige verzekering van dekking uitgesloten, onafhankelijk van het (in de praktijk soms lastig te geven) antwoord op de vraag of de klachten op zichzelf alleszins serieus te nemen zijn dan wel of er reden is om aan te nemen dat sprake is van aanstellerij, inbeelding of aggraving, aldus het hof. Dat betekent volgens het hof dat voor het aannemen van dekking niet voldoende is dat de verzekerde klachten ervaart en dat dit door de beoordelende artsen als reëel wordt ervaren, zonder dat zij de klachten op hun vakgebied kunnen verklaren. In dat laatste geval ontbreekt immers het verband met een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld. Dus is geen sprake van in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen. Verzekerde betoogde dat hij kampte met een actieve chronische of persisterende ziekte van Lyme. Een redelijke uitleg van de polisvoorwaarden brengt volgens het hof ook mee dat ingeval sprake is van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld doch de oorzaak daarvan onbekend is reeds, kan

worden gesproken van een medisch vaststelbare stoornis gerelateerd aan ziekte. Nu de verzekerde een beroep deed op de rechtsgevolgen van zijn stelling dat hij arbeidsongeschikt was in de zin van de polis lag op hem ingevolge art. 150 Rv. in beginsel de stelplicht en de bewijslast.⁶⁹

Een bipolaire stoornis was volgens de Rechtbank Amsterdam bij vonnis van 13 december 2017⁷⁰ gedekt. Dat gold niet voor de klachten waarmee de verzekerde zich in mei 2013 meldde bij de verzekeraar wegens een cerebrovasculair accident (CVA). Na het verrichten van een neurologische expertise en een neuropsychologisch onderzoek wees de verzekeraar de claim af. De Geschillencommissie van het KiFiD onderschreef dat bij beslissing van 14 juni 2018⁷¹ door te overwegen dat de neuroloog bij zijn onderzoek geen afwijkingen constateerde en op zijn vakgebied geen beperkingen kon vaststellen. De bevindingen van de neuropsycholoog sloten daarbij aan. Uit diens onderzoek kwamen evenmin aanwijzingen naar voren waaruit bleek dat sprake was van primair verminderde cognitieve belastbaarheid die mogelijk kon worden toegeschreven aan structurele schade aan het brein.⁷²

66 ECLI:NL:GHAMS:2019:623.

67 Vgl. HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove*); RAV 2015/70.

68 Vgl. HR 16 april 1999, NJ 1999/666 (*Van Lieshout / Interpolis*).

69 Vgl. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800. Zie ook: Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:482, waarin het hof evenmin aannam dat sprake was van arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden nu de beoordelende artsen de klachten op hun vakgebied niet konden verklaren.

70 ECLI:NL:RBAMS:2017:9300.

71 2018-368.

72 Zie in gelijke zin: Geschillencommissie KiFiD 21 januari 2019, 2019-041; Geschillencommissie KiFiD 17 december 2018, 2018-780 en 18 juli 2017, 2017-474. Zie omtrent andere relevante beslissingen van de Geschillencommissie KiFiD: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, 5^e druk, p. 1010-1011.