

*E.J. Wervelman**

24.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering besproken. Allereerst volgt daartoe een uiteenzetting van het karakter van deze polis (par. 2), gevolgd in par. 3 door bespreking van de wijze van totstandkoming van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, waarna in § 4 een uiteenzetting volgt van het begrip 'arbeidsongeschiktheid'. Daarbij is aandacht besteed aan kernbedingen. Paragraaf 5 besteedt aandacht aan uitsluitingen op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. In paragraaf 6 volgt een bespreking van de schaderegeling en, meer specifiek, de wijze van berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid. Paragraaf 7 ten slotte gaat in op de gevallen waarin, na het einde van de polis, nog recht bestaat op uitkering.

24.2 Het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen

Verzekeringsovereenkomsten worden onderscheiden in schade- en sommenverzekeringen.¹ Dat blijkt uit art. 7:925 lid 1 BW. Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in beginsel strekken tot vergoeding van schade. De uit te keren vergoeding is veelal echter vooraf in de overeenkomst vastgelegd, ongeacht of het bedrag door op geld waardeerbare schade wordt gerechtvaardigd. Daarom was de wetgever van oordeel dat bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sprake is van een sommenverzekering.² Deze bepaling is niet erg gelukkig gekozen. Het enkele feit immers dat het uit te keren bedrag is gefixeerd op een bepaalde som is op zichzelf met het karakter van een schadeverzekering nog niet onverenigbaar. Essentieel is immers dat de verzekering de strekking behoudt om daadwerkelijk geleden schade te vergoeden.³ Dat zal zich met name voordoen, indien voor het fixeren van het uit te keren bedrag is gekozen uit overwegingen van de praktische uitvoerbaarheid van

* Mr. dr. E.J. Wervelman is advocaat te Utrecht bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten.

1 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX * 2012/44; E.J. Wervelman, *de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 43 en volgende; E.J. Wervelman, 'Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: en schade- of een sommenverzekering', *NTHR* 2009, p. 44-50.

2 Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19259, nr. 3, p. 6.

3 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX * 2012/44-47; V.A.M. van der Burg, *Schade- en sommenverzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1990, p. 213-214.

de verzekeringsdekking. De bandbreedte tussen de gefixeerde uitkering en de daadwerkelijk geleden schade mag echter niet te groot worden.

Reeds sinds het begin van de jaren '30 van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad voor het karakter van de schadeverzekering bepalend geacht, dat de overeenkomst in juridische zin strekt tot vergoeding van werkelijk geleden schade. Oftewel, dat uit de overeenkomst blijkt dat partijen de bedoeling hebben gehad dat krachtens de verzekering werkelijk geleden schade wordt vergoed.⁴ De vraag of een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering een sommenverzekering is, waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW), dan wel een schadeverzekering is omdat kan worden gezegd dat die uitkering strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden (art. 7:944 BW), wordt primair geregeerd door het inkomen. Dat blijkt uit een drietal arresten dat de Hoge Raad wees in 2003, respectievelijk 2008.⁵ De relatie tussen het inkomen en de uitkering die de verzekeraar in voorkomend geval aan de verzekerde moet doen, loopt als rode draad door deze drie arresten heen. De Hoge Raad brengt helder tot uitdrukking dat in de situatie dat de verzekeraar in de fase van de totstandkoming, noch in de fase van de schaderegeling, interesse in het inkomen toont eerder sprake zal zijn van een sommenverzekering dan in de situatie dat de verzekeraar daar wel belangstelling voor heeft. In die zin dat de verzekeraar bijvoorbeeld periodiek bij verzekerden nagaat wat de hoogte van het inkomen is en de verzekerde bedragen daarop dan aanpast. Dat was een van de feiten die de Hoge Raad in zijn arrest van 2003 deed overwegen tot het bestaan van een schadeverzekering. Voorts achtte de Hoge Raad relevant dat gevraagd werd naar het salarisdeel dat verzekerd moest worden. Verzekeraar weigerde uitkering, omdat haar was gebleken dat verzekerde sinds 1991 vrijwel geen inkomen meer had ontvangen. Nu sprake was van een schadeverzekering, zo betoogde verzekeraar, was aldus het verzekeraar belang komen te ontvallen. Dus had verzekerde geen recht op uitkering. In rechte volgde bij het hof een bewijsopdracht aan verzekerde dat hij een reële vordering had op de vennootschap die hem zijn inkomen verschafte. Na bewijslevering oordeelde het hof dat van een reële vordering geen sprake was. Dus ontbrak inderdaad het verzekeraar belang en had verzekerde geen recht op uitkering krachtens de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. De Hoge Raad liet het arrest van het hof intact.

Een veel minder grote rol van betekenis speelde het inkomen in de beide casus die leidden tot de oktober-arresten van de Hoge Raad in 2008.⁶ In die beide casus beriepen verzekeraars zich op het arrest dat de Hoge Raad wees in 2003, stellende dat ook hier met verzekerden een schadeverzekering was aangegaan. De Hoge Raad volgde dat standpunt evenwel niet. Weliswaar was in de casus die leidde tot het arrest dat de Hoge Raad wees op 3 oktober 2008, als doelbepaling overeengekomen dat de verzekering uitkering verleende bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschikt. Dat achtte het hof (en in

4 Vgl. HR 31 december 1931, *NJ* 1932, p. 419.

5 Vgl. HR 6 juni 2003, *NJ* 2004/670; HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009/80; HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0006.

6 Vgl. HR 3 oktober 2008, *NJ* 200/80; HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0006.

cassatie de Hoge Raad) onvoldoende om aan te nemen dat het verzekerde in voldoende mate duidelijk kon zijn dat de verzekering ertoe strekte slechts daadwerkelijk geleden schade als gevolg van de arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Daarbij nam het hof in aanmerking dat (1) de polisvoorwaarden geen correctiebepaling bevatten; (2) de omvang van de uitkering uitsluitend was gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid, en niet aan de hoogte van de inkomstenderving; (3) de mate van arbeidsongeschiktheid op zichzelf nog niets zegt over de hoogte van de schade; (4) uit de offertes niet bleek dat de hoogte van de uitkering op enigerlei wijze afhankelijk was gesteld van de omvang van de schade van verzekerde als gevolg van zijn arbeidsongeschiktheid; (5) de verzekering rechtstreeks bij een verzekeraar was afgesloten en (6) het geen praktijk was dat verzekeraar informeerde naar de hoogte van de schade als gevolg van de arbeidsongeschiktheid. Verzekeraar had bovendien nimmer inkomensgegevens opgevraagd. Dat had voor de hand gelegen als de polis beoogd had om schade te vergoeden, aldus het hof.

A-G Spier wijst er in zijn conclusie voor het arrest nog op dat partijen op zichzelf terecht beiden hadden onderkend dat over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen verschillend wordt gedacht. Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting, die hiervoor is besproken, geeft A-G Spier aan dat verzekeraar met het inzicht van de minister rekening kon houden. Daarvan heeft verzekeraar echter afgezien. Dat is, zo vervolgt hij, haar goed recht. Echter komen de consequenties daarvan dan voor haar rekening. In die zin dat het karakter van de polis allerminst eenduidig was. In gelijke zin blijkt uit het arrest dat de Hoge Raad precies 14 dagen later wees op 17 oktober 2008.⁷ Het cassatiemiddel werd overigens verworpen op de voet van art. 81 RO. Lezenswaardig is (ook hier) de conclusie van A-G Spier, die er fijntjes op wijst dat de stelling van verzekeraar, dat het verzekerd belang was komen te ontvallen, alleen al niet strookt met het feit dat zij zelfs na het innemen van dat standpunt wel de verschuldigde premie was blijven incasseren. Bovendien had verzekeraar gedurende een eerdere periode van arbeidsongeschiktheid wel klakkeloos uitgekeerd. Terwijl juist over die periode tussen partijen vast stond dat ook toen het loon gewoon werd doorbetaald.

Aannemelijk is dat met de beide arresten van de Hoge Raad uit 2008 een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering doorgaans een sommenverzekering zal zijn. Illustratief wat dat betreft is het arrest dat het Hof Den Haag wees op 25 mei 2010.⁸ Na de hiervoor besproken criteria uit het arrest dat de Hoge Raad wees op 3 oktober 2008 te hebben besproken, oordeelde het hof overeenkomstig het Haviltex-criterium dat sprake was van een sommenverzekering. Daarbij nam het hof in aanmerking dat (1) uit de enkele doelomschrijving in de polisvoorwaarden, dat deze tot doel had een periodieke uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid, op zichzelf niet valt af te leiden dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering is; (2) de van toepassing zijnde polisvoorwaarden geen

⁷ ECLI:NL:HR:2008:BF0006.

⁸ RAV 2010/76.

correctiebepaling bevatten. Daarbij tekent het hof overigens aan dat het enkele feit dat de correctiebepaling in de eerdere polisvoorwaarden wel was opgenomen niet wijst op een schadeverzekering. Het schrappen van die bepaling wijst eerder op het bestaan van een sommenverzekering, aldus het hof. Ten slotte (3) had verzekeraar onvoldoende onderbouwd dat er zowel bij het aangaan van de verzekering, als in het kader van het vaststellen van de premie naar het inkomen was gevraagd. Zulks klemt naar de overtuiging van het hof temeer ook daar gedurende de lange looptijd van de polis nooit meer naar de hoogte van het inkomen van verzekerde was geïnformeerd. Ook niet na de melding van de arbeidsongeschiktheid. Pas na een bedrijfseconomisch onderzoek stelde verzekeraar zich uiteindelijk op het standpunt dat een schadeverzekering was overeengekomen en dat inkomensderving ontbrak.

Die visie volgde het hof niet. Daarbij tekende het hof nog aan dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering in 1984 doorgaans als sommenverzekering werd beschouwd.⁹ Relevant is dat uit het aanvraagformulier ook niet bleek dat naar inkomensgegevens was gevraagd. Andere stukken dan wel gegevens waaruit dat zou kunnen blijken, waren niet in het geding gebracht. Na de melding van de arbeidsongeschiktheid had de verzekeraar ook niet geïnformeerd naar de hoogte van de schade als gevolg daarvan. Slechts was geïnformeerd naar het inkomen in de drie jaar voorafgaand aan het ongeval. Eén jaar later bleek dat verzekerde nog steeds salaris uit zijn onderneming ontving. Die mededeling had niet geleid tot een aanpassing van de uitkering. Pas na een bedrijfseconomisch onderzoek vier jaar later stelde verzekeraar zich op het standpunt dat sprake was van een schadeverzekering. Nu voorts geen sprake was van inkomensderving achtte verzekeraar zich niet langer gehouden tot het doen van uitkeringen. Zo niet het hof, dat aldus overwoog dat sprake was van een sommenverzekering. De discussie over het verzekerbaar belang was aldus niet meer aan de orde.¹⁰

Ik acht het aannemelijk dat deze opvatting bijval zal gaan vinden. Alhoewel het uitgangspunt dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering een sommenverzekering is sterk afhankelijk is van de polisvoorwaarden en de wijze van totstandkoming en uitvoering van de verzekeringsovereenkomst, is de lijn die – polistechisch – te bespeuren is in de oktober-arresten van de Hoge Raad en het arrest van het Hof Den Haag van 25 mei 2010 toch niet ongebruikelijk.¹¹ De rechtbank achtte daarbij met name van belang dat in de polis de uitkering naar rato van het percentage arbeidsongeschiktheid bepaalde; de jaarrente als vast bedrag was vastgesteld en over de in het geding zijnde periode ook aldus door verzekeraar was uitgekeerd. In die periode had verzekeraar ook nooit gevraagd naar de financiële gegevens van verzekerde. In die zin dat het in de praktijk nog geen gemeengoed is dat gedurende de looptijd van een verzekeringsovereenkomst naar de hoogte van het inkomen wordt gevraagd, waarna de verzekerde

9 Vgl. in die zin ook: Hof Arnhem 10 februari 1998, *VR* 1998/174; Hof Den Bosch 10 juni 1979, *NJ* 1980/251; Hof Leeuwarden 14 januari 1976, *VR* 1978/98.

10 Hof Den Haag 27 december 2011, *L&S* 2012/323; Rb. Den Haag 27 juni 2012, *L&S* 2012/324; Rb. Den Haag 6 juli 2012, *L&S* 2012/325; Hof Den Bosch 11 februari 2014, nr. 200.125.641/01 (n.g.) t.k.u. *PIV-Bulletin* april 2014, p. 11-14.

11 Vgl. ook: Rb. Utrecht 7 juli 2010 *ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0731* (*sommenverzekering*).

bedragen daarop dan worden aangepast. Evenmin is gebruikelijk om na een melding van arbeidsongeschiktheid standaard en met enige regelmaat navraag te doen naar de hoogte van het inkomen. Opvallend overigens acht ik wel dat, in de casus die leidde tot het arrest dat het Hof Den Haag wees, een specifieke bepaling was opgenomen waarin was neergelegd dat een verzekerde jaarrente in combinatie met enige andere voorziening ter zake van inkomstenderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid niet meer mocht bedragen dan 80% van het jaarinkomen. Daarbij werd onder jaarinkomen verstaan de inkomsten van de verzekerde uit arbeid en/of winst uit onderneming in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting. Deze polisvoorwaarde geeft verzekeraar handvatten om de uitkering aldus in zekere zin te koppelen aan de hoogte van het inkomen. Dat vormt een indicatie voor het bestaan van een schadeverzekering. Immers kan aldus niet meer worden gezegd dat het onverschillig is of en, zo ja, in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed, zoals de sommenverzekering is gedefinieerd in art. 7:964 BW.

In de casus die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 25 juni 2014 oordeelde de rechtbank dat sprake was van een schadeverzekering. Daartoe overwoog de rechtbank dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering gekoppeld was aan de beëindiging van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ). Op het aanvraagformulier van de verzekering deed verzekeraar navraag naar het inkomen. Ook na het afsluiten van de polis speelde het daadwerkelijk door verzekerde genoten inkomen nog een rol van betekenis bij het bepalen van de hoogte van een eventuele uitkering.¹² Hetzelfde oordeel was het Hof Arnhem toegeaan bij arrest van 12 juni 2012, nu verzekerde in het aanvraagformulier zijn netto winst over de drie jaar voorafgaand aan het aangaan van de verzekering had opgegeven. Bovendien had verzekeraar daarbij de waarschuwing geplaatst dat bij een eventuele arbeidsongeschiktheidsmelding een toetsing van deze inkomstengegevens plaats zou vinden. De polis voorzag voorts in een periodieke uitkering bij derving van inkomen van de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. De verzekerde bedragen waren afgeleid van het inkomen. Niet meer dan het inkomen kon verzekerd worden. Op verzoek van verzekeraar diende verzekerde op grond van de polisvoorwaarden zijn inkomenspositie over een bepaalde periode aan te tonen, door verstrekking van door de accountant gewaarmerkte kopieën van loonstaten, inkomstenbelasting- en/of vennootschapsbelastingaangiften.¹³

Een vraag die ligt in het verlengde van het karakter van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering is of het inkomen een rol speelt ter bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid. En, zo ja, welke rol dan. Een en ander is sterk afhankelijk van de inhoud van de toepasselijke polisvoorwaarden. Uitgangspunt is dat de verzekeraar de omvang van de dekking bepaalt.¹⁴ Daarin ligt dus de sleutel. In de meeste gevallen is de hoogte van de uitkering niet afhankelijk van de vraag of de verzekerde inkomensschade lijdt. Het gaat doorgaans om vaststelling van de mogelijkheden in eigen beroep of passende

12 ECLI:NL:RBROT:2014:6049.

13 ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904.

14 Vgl. HR 16 mei 2008, NJ 2008/284; HR 9 juni 2006, NJ 2006/326.

arbeid. Niettemin rijst de vraag of, en in hoeverre, de in veel polissen opgenomen doelomschrijving, te weten ‘derving van inkomen’ bij arbeidsongeschiktheid, moet worden vervuld, wil verzekerde aanspraak maken op een uitkering. In zekere zin grenst die discussie dan aan de vraag over het karakter van de polis, te weten een schade- of sommenverzekering. Waar het mij alhier om gaat, is het geven van een antwoord op de vraag of vereist is dat sprake is van derving van inkomen om überhaupt in aanmerking te kunnen komen voor een uitkering krachtens de polis. Inzet van die vraag vormde de gerechtelijke procedure die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 16 juni 2010.¹⁵ De rechtbank had bij tussenvonnis in die zaak aangegeven voornemens te zijn om een arbeidsdeskundige te benoemen ter bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Verzekeraar wenste naar aanleiding daarvan de vraag aan de arbeidsdeskundige te stellen of, indien hij arbeidsongeschiktheid aanneemt, kan bepalen of verzekerde inkomen derfde. De reden dat verzekeraar die vraag voorstelde lag in haar stelling dat op grond van de polisvoorwaarden slechts recht op een uitkering bestond, indien sprake was van inkomensderving als gevolg van de arbeidsongeschiktheid. De rechtbank stelde naar aanleiding van die verzochte vraag van de verzekeraar voorop:

“Dat volgens artikel 7:925 lid 1 BW een verzekeringsovereenkomst hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering is. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 7:925 lid 2 BW kan worden opgemaakt dat arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in beginsel strekken tot vergoeding van schade, maar de daarvoor uit te keren vergoeding vooraf in de overeenkomst is vastgelegd, ongeacht of het bedrag door op geld waardeerbare schade wordt gerechtvaardigd en dat daarom in het geval van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sprake is van een sommenverzekering. Voor de beoordeling van deze zaak is daarbij van belang wat de betekenis van artikel 3 van de aanvullende voorwaarden is.”

Dienaangaande overwoog de rechtbank als volgt:

“Bij de uitleg van bepalingen in de verzekeringsovereenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer op dit punt redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en wat partijen op dit punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”

De brief en aanvullende voorwaarden bepaalden dat de verzekering tot doel had derving van inkomen als gevolg van arbeidsongeschiktheid te vergoeden. De rechtbank overweegt naar aanleiding daarvan dat de formulering van dat artikel de uitkering dus niet afhankelijk stelt van (de mate van) derving van inkomen. Immers, noch uit de tekst van dat artikel, noch uit de overige artikelen van de aanvullende voorwaarden blijkt dat een koppeling is aangebracht tussen de uitkering enerzijds en de derving van inkomen, dan wel de te lijden schade, door verzekerde anderzijds. In de polisvoorwaarden is immers de hoogte van de uitkering vastgelegd en afhankelijk gesteld van de mate van arbeidsongeschiktheid. En niet van de hoogte van het te derven inkomen of de te lijden schade. Verzekerde hoefde er dan ook, zo vervolgt de rechtbank, gezien de formulering van de polisvoorwaarden in zijn geheel bekeken ten tijde van het

15 ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8006.

sluiten van de verzekeringsovereenkomst, niet op bedacht te zijn dat de uitkering pas plaats zou vinden als sprake was van derving van inkomen.

Enkele weken later oordeelde de Rechtbank Utrecht bij vonnis van 7 juli 2010¹⁶ in gelijke zin. Ook in die procedure stelde verzekeraar zich op het standpunt dat zij niet gehouden was tot betaling, omdat er geen sprake was van schade en de arbeidsongeschiktheidsverzekering die verzekerde bij haar had afgesloten een schadeverzekering was. Verzekerde voerde daartegen het verweer dat partijen een sommenverzekering waren aangegaan, zodat verzekeraar diende uit te keren onafhankelijk van de hoogte van de werkelijk geleden schade. De rechtbank deelde die visie door onder verwijzing naar de zogenaamde 'Haviltex-formule'¹⁷ erop te wijzen dat in de polisvoorwaarden de uitkering naar rato van het percentage arbeidsongeschiktheid 25-100% van de verzekerde jaarrente bedroeg. Die jaarrente was per rubriek vastgesteld. In een eerdere periode van arbeidsongeschiktheid had verzekeraar ook op die wijze uitgekeerd. De verzekeraar had in die periode nooit gevraagd naar de financiële gegevens van verzekerde. Gelet op die omstandigheden was de rechtbank van oordeel dat de overeenkomst tussen verzekerde en verzekeraar diende te worden aangemerkt als een sommenverzekering.¹⁸ Het inkomen van een eventuele derving daarvan was daarbij niet van belang, aldus de rechtbank.

In andere zin oordeelde het Hof Arnhem bij arrest van 12 juni 2012 door te overwegen dat de in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering was. Mitsdien behoorde verzekerde als ondernemer naar de overtuiging van het hof in onderling verband en samenhang beschouwd, redelijkerwijs te begrijpen dat hij alleen voor een verzekeringsuitkering in aanmerking kwam indien hij door arbeidsongeschiktheid inkomen miste. Dat zijn inkomensgegevens uit het verleden daarvoor van belang bleven behoorde hij niet alleen redelijkerwijze af te leiden uit zijn verplichting om in het aanvraagformulier zijn nettowinst over de voorafgaande jaren in te vullen, maar ook uit de waarschuwing dat daarvan een toetsing zou plaatsvinden. De polisvoorwaarden verplichtten hem om zijn inkomenspositie aan te tonen. De omstandigheid dat verzekerde over het eerste en de volgende jaren 100% uitkering wilde verzekeren, wijst er niet op dat hij een uitkering zou krijgen ongeacht het antwoord op de vraag of hij inkomen zou missen. Dat verzekeraar in het kader van de verzekeringsaanvraag geen schriftelijke inkomensbewijzen had verlangd ontnemt verzekeraar naar de overtuiging van het hof niet de mogelijkheid van controle van de inkomensgegevens, aldus het hof.¹⁹

De vraag rijst of het onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen in dit verband wel doorslaggevend is. Ik zou menen van niet. De arbeidsongeschiktheidsverzekeraar kan desgewenst immers contractueel bepalen dat de verzekerde in geval van een sommenverzekering pas een uitkering krijgt, indien sprake

16 ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0731.

17 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

18 Vgl. omtrent het onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 24 e.v.

19 ECLI:NL:GHARL:2012:BW7904.

is van derving van inkomen. Tot uitgangspunt geldt immers dat het verzekeraar vrij staat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen.²⁰ Ook bij sommenverzekeringen. Daaraan doet immers op zichzelf niet af dat bij sommenverzekeringen niet beoogd is om niet de causaal gerelateerde inkomensschade te vergoeden, maar een vast bedrag. Geen rechtsregel staat er immers op zichzelf aan in de weg om als intrede-eis voor het in aanmerking kunnen komen voor een uitkering van de verzekerde te verlangen dat hij inkomen derft als gevolg van de arbeidsongeschiktheid. Dat de hoogte van de uitkering vervolgens, zoals thans ook het geval is, is gerelateerd aan de arbeidsongeschiktheid en niet het inkomen, staat daar los van. Daargelaten dat het vanzelfsprekend aan de verzekeraar vrijstaat om ook daarmee rekening te houden ter bepaling van de hoogte van de uitkering.²¹ Een andere vraag die zich in dit verband voordoet, is of en, zo ja, in hoeverre ter bepaling van de hoogte van de uitkering rekening moet worden gehouden met inkomen uit arbeid dat verzekerde geniet. In dat verband zijn relevant twee vonnissen van de Rechtbank Utrecht van respectievelijk 16 december 2009²² en 27 januari 2010.²³ De vonnissen zijn in dit verband relevant, omdat deze nader ingaan op de relevantie van het inkomen en dus richting geven aan de discussie over het antwoord op de vraag of sprake is van een schade-dan wel een sommenverzekering. Centraal stond in de beide casus art. 7, waarin als volgt was bepaald:

“Indien de verzekerde na het intreden van de arbeidsongeschiktheid naast de uitkering uit de onderhavige verzekering rechten kan doen gelden op een uitkering inzake inkomstenderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid op grond van andere sociale en/of particuliere verzekering(en) heeft de maatschappij het recht de totale jaaruitkering uit de onderhavige verzekering zodanig te verlagen dat het totale bedrag van de inkomsten maximaal gelijk is aan het jaarinkomen van de verzekerde uit hoofde van zijn beroep in het kalenderjaar voorafgaande aan het jaar van intreden van de arbeidsongeschiktheid.”

De te beantwoorden vraag was of bij toepassing van art. 7 alleen rekening mag worden gehouden met de uitkering uit de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering van verzekerde bij andere verzekeraars, zoals verzekerde stelde, dan wel dat er ook rekening mocht worden gehouden met de overige inkomsten die verzekerde daarnaast nog uit hoofde van zijn beroep of uit welke hoofde dan ook verdiende of zou verdienen. Voor de uitleg van art. 7 komt het, zo vervolgt de rechtbank, aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan dit artikel mochten toekennen en wat zij, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 2008,²⁴ op dit punt redelijkerwijs van elkaar aan inzicht mochten verwachten. In dit licht acht de rechtbank van belang dat de letterlijke tekst duidelijk wijst in de richting van het betoog van verzekeraar. In die zin dat deze het recht heeft om de totale

20 Vgl. HR 9 juni 2006, NJ 2006/326 (*valschermzweeftoestel*).

21 Vgl. in dit verband ook: Rb. Zutphen 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:PZ9595 (*schadeverzekering*); Rb. Midden-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:372 (*schadeverzekering*); Hof Amsterdam 22 november 2011, t.k.u. Nieuwsbrief Personenschade, maart 2012, p. 25-28; Hof Amsterdam 6 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV6672 (*ziekteverzuimverzekering, schadeverzekering*).

22 258036/HA ZA 08-2327, t.k.u. PIV-Bulletin, februari 2010, p. 9-12.

23 ECLI:NL:RBUTR:2010:BL1041.

24 ECLI:NL:HR:2008:BF0006.

jaaruitkering zodanig te verlagen dat het totale bedrag van de inkomsten maximaal gelijk is aan het jaarinkomen van de verzekerde in het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar van het intreden van de arbeidsongeschiktheid. De rechtbank ziet dan ook geen aanleiding om het begrip ‘inkomsten’ uit de polisvoorwaarden zo uit te leggen dat dit alleen maar betrekking heeft op de inkomsten uit een andere verzekeringsovereenkomst. Dat stelde verzekerden in de beide casus immers. De enkele omstandigheid dat niet was geregeld dat in het geval dat een verzekeringnemer geen andere arbeidsongeschiktheidsverzekering had afgesloten, maakt art. 7 naar het oordeel van de rechtbank nog niet onduidelijk. Art. 7 van de van toepassing zijnde polisvoorwaarden is een fraai voorbeeld van een contractuele regeling die antwoord geeft op de vraag op welke wijze de verrekening van inkomsten moet plaatsvinden. In zijn arrest van 3 oktober 2008 heeft de Hoge Raad nu juist ook gewezen op de relevantie van een dergelijke bepaling.²⁵ De rechtbank was al met al van oordeel dat het voor verzekerden in voldoende mate duidelijk kon zijn dat de verzekeraar in de onderhavige situatie, waarin (beide) verzekerden een andere particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering hadden afgesloten bij een andere verzekeraar, niet alleen rekening mag houden met de uitkering uit de verzekering van verzekerden bij die verzekeraar, maar ook met het overige inkomen dat verzekerden in het beroep dat was verzekerd, verdienden. Art. 7 is een voorbeeld van een correctiebepaling. Die maakt verrekening van inkomsten na het intreden van de arbeidsongeschiktheid mogelijk. De Hoge Raad overweegt daarover in zijn arrest van 3 oktober 2008 dat een dergelijke bepaling niet overbodig is:

“Nu immers duidelijk moet zijn op welke wijze de verrekening van inkomsten dient plaats te vinden in het bijzonder over welke tijdvakken die inkomsten telkens vastgesteld moeten worden. Naar het oordeel van het Hof dat het ontbreken van zo’n correctiebepaling een aanwijzing vormt dat de verzekering geen schadeverzekering is, is dan ook niet onbegrijpelijk.”

Ofschoon de Rechtbank Utrecht in beide vonnissen geen antwoord geeft op de vraag of sprake is van een schade-dan wel van een sommenverzekering, acht ik aannemelijk dat art. 7 nu juist een wezenlijke indicatie vormt voor het feit dat partijen met elkaar een schadeverzekeringsovereenkomst zijn aangegaan. Temeer ook daar meer specifiek ook het begrip ‘inkomen’ in de polisvoorwaarden was gedefinieerd in art. 5:

“De jaarinkomsten uit arbeid en/of winst uit onderneming krachtens de Wet op de inkomstenbelasting, vermeerderd met afschrijvingen en financiële lasten van de activa en de goodwill van de onderneming. Gelden in investeringsregelingen worden buiten beschouwing gelaten. (...)”

Aan de beide van toepassing zijnde polisvoorwaarden lag bovendien, blijkens art. 2, ten doel om dekking te bieden tegen het risico van inkomstendering als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Meer specifiek bepaalde de polis dat zij dat deed door te voorzien in de verstrekking van nader omschreven uitkeringen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden.

25 NJ 2009/80.

Er is overigens meer lagere rechtspraak waarin het karakter van de in het geding zijnde particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering bij de beslechting van de casus in het midden wordt gelaten. In dat verband valt te wijzen op het arrest dat het Hof Arnhem wees op 4 november 2008.²⁶ Redengevend acht het hof in die zaak dat zelfs als het om een sommenverzekering zou gaan het in de gegeven omstandigheden redelijk was om de uit die verzekering volgende uitkering als door benadeelden genoten voordeel in mindering te laten strekken op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen schadevergoeding.²⁷ Het ging immers om een periodieke uitkering die moest worden aangemerkt als vergoeding voor inkomensschade. In zekere zin speelde dit ook hier, omdat partijen er niet over streden dat de inkomsten die verzekerden genereerden waren op te vatten als inkomsten in de zin van art. 5. Het geschil ging immers uitsluitend over het antwoord op de vraag hoe art. 7 moest worden uitgelegd. In dit verband is ook het bespreken waard de visie van Den Hoed,²⁸ die er ook op wijst dat de verzekeraar die een hem onwelgevallige rechterlijke interpretatie van de overeenkomst wil voorkomen dus niet alleen met eenduidige coherente polissen zal moeten komen, maar ook elke tegenstrijdigheid tussen uitvoering en doelomschrijving van de overeenkomst zal moeten vermijden. Wat de gemeenschappelijke partijbedoeling is geweest, kan immers mede worden afgeleid uit de wijze waarop partijen de overeenkomst hebben uitgevoerd; dus uit posterieure aspecten, zoals het antwoord op de vraag of de verzekeraar na de contractssluiting nog bij de verzekerde heeft geïnformeerd naar de ontwikkeling van diens loon.²⁹

24.3 Totstandkoming van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen

Inleiding

Deze paragraaf behandelt de wijze waarop particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen tot stand komen. In de zin van aanbod en aanvaarding als bedoeld in art. 6:217 BW. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de relevante jurisprudentie. Met als inzet mede de vraag of de aldaar in het geding zijnde arbeidsongeschiktheid al dan niet reeds was ingetreden ten tijde van het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering.

Aanbod en aanvaarding

Aan elke verzekeringsovereenkomst ligt wederzijds vertrouwen ten grondslag. Dat geldt in het bijzonder ook voor de totstandkoming van persoonsverzekeringen. De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering vormt daarvan een voorbeeld. De aspirant verzekeringnemer weet immers als geen ander wat hij voor kwaaltjes heeft (gehad). Meestal gingen die dan vanzelf weer over en

²⁶ *RAV* 2009/6.

²⁷ Vgl. in dit verband: HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81; HR 28 november 1969, *NJ* 1970/172, alsmede: A. Bolt, 'Uitkeringen uit verzekering, wat doen we ermee?', *AV&S* 2011-2, p. 72-81; E.J. Wervelman, *TVP* 2010, p. 114-118.

²⁸ 'Twijfel verzekerd, enkele opmerkingen over de lastige kwalificatie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen', *MvV* 2009, p. 100-104.

²⁹ Vgl. ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/436.

vloeide daar in ieder geval geen arbeidsongeschiktheid uit voort, zo redeneert hij dan. Daartegenover staat de verzekeraar die hem juist het hemd van het lijf vraagt om achter alles te komen wat hij relevant acht om het ter verzekering aangeboden risico te kunnen inschatten.

Particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen komen doorgaans tot stand door invulling van een gezondheidsverklaring en een aanvraagformulier.³⁰ De gezondheidsverklaring bevat vele medische vragen. Een model gezondheidsverklaring is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars. Het blanco aanvraagformulier is, juridisch gezien, een uitnodiging tot het doen van een aanbod aan de verzekeraar. Immers is de wil op het moment van het beschikbaar stellen daarvan nog zodanig onbepaald dat in redelijkheid niet van een aanbod kan worden gesproken.³¹ De aard van het te verzekeren risico kan bij de totstandkoming van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen met zich brengen dat verzekeraar pas bij kennis van nadere feitelijke gegevens in het aanvraagformulier en/of de gezondheidsverklaring in staat is om de premie en de dekking vast te stellen. Indien het aanbod ongeclausuleerd wordt aanvaard, komt daarmee de verzekering tot stand (art. 6:217 BW).³² Aanvaardt de verzekeraar het ter verzekering aangeboden risico slechts geclausuleerd, dan kan dat met zich brengen dat de reactie van verzekeraar is op te vatten als een (nieuw) aanbod dat dan door aspirant-verzekeringnemer moet worden aanvaard. Pas dan komt de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering tot stand.³³ Ingevolge het bepaalde in art. 3:37 lid 3 BW komt de verzekeringsovereenkomst immers tot stand nadat de kennisgeving van de aanvaarding de andere partij heeft bereikt. Vergelijk in dit verband ook het vonnis dat de Rechtbank Utrecht wees op 6 oktober 2010.³⁴ In dat vonnis overweegt de rechtbank dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering pas tot stand komt na ontvangst door verzekeraar van een door de aanvrager voor akkoord ondertekend exemplaar van een brief van verzekeraar waarin een beperkende voorwaarde is opgenomen.

De mededelingsplicht

De verzekeringnemer is verplicht om voor het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mee te delen die hij kent of behoort te kennen. En waarvan, naar hij weet of behoort te weten, de beslissing van de verzekeraar of en, zo ja, op welke voorwaarde, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. Dat blijkt uit art. 7:928 lid 1 BW. Niet alles hoeft te worden gemeld. Het gaat om feiten die de aspirant-verzekeringnemer ten tijde van het invullen van het aanvraagformulier en de gezondheidsverklaring kent of behoort te kennen. Die documenten hebben daarbij een gidsfunctie. In die zin dat de aspirant-verzekeringnemer door een juiste en volledige beantwoording in beginsel volledig heeft voldaan aan zijn mededelingsplicht. Feiten waarnaar

30 Vgl. omtrent de totstandkoming van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen meer in het algemeen ook: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 45 en volgende.

31 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX * 2012/165; HR 9 april 1981, *NJ* 1981/532, waarin werd aangenomen dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs wordt aangeboden in het algemeen slechts een uitnodiging inhoudt om in onderhandeling te treden, omdat ook de persoon van de wederpartij van belang kan zijn.

32 Vgl. Hof Den Bosch 19 juni 2012, *RAV* 2013/9.

33 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/181; HR 11 april 1997 *NJ* 1998/111.

34 ECLI:NL:RBUTR:2010:BN9614.

niet is gevraagd door de verzekeraar kan hij na de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst niet aan de verzekeringnemer tegenwerpen. Evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord (art. 7:928 lid 6 BW). Tenzij is gehandeld met de opzet om de verzekeraar te misleiden. Schending van de mededelingsplicht heeft overigens uitsluitend rechtsgevolgen, indien de achteraf gebleken feiten de redelijk handelend verzekeraar ervan zouden hebben weerhouden om de in concreto gesloten verzekering aan te gaan. Aan de hand van de ware stand van zaken moet dan alsnog worden beoordeeld of en, zo ja, in hoeverre de redelijk handelend verzekeraar het risico zou hebben geaccepteerd.³⁵

Bij de totstandkoming van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen speelt de Wet op de medische keuringen (WMK) een belangrijke rol. In die zin dat de WMK de omvang van het vraagrecht van verzekeraars aan banden legt.³⁶ Met het stellen van vragen en het verrichten van medisch onderzoek in verband met het aangaan (en het wijzigen) van de verzekeringsovereenkomst is immers sprake van een keuring (art. 1 sub a WMK). Het voert te ver om alhier specifiek op alle vereisten van de WMK in te gaan.³⁷ Volstaan wordt dan ook met een verwijzing naar de in dit verband relevante art. 3 tot en met 6 WMK, waarin diverse beperkingen met betrekking tot de omvang van het vraagrecht van verzekeraars zijn verankerd.³⁸

Bij de beoordeling van de schending van de mededelingsplicht staat voorop dat, nu de risicobeoordeling die verzekeraars naar aanleiding van de verzekeringsaanvragen dienen uit te voeren betrekking heeft op de gezondheid en aspirant verzekeringnemers doorgaans leek zijn op medisch gebied, de opgaven met grote voorzichtigheid en waakzaamheid door verzekeraars dienen te worden beoordeeld. Dat wil niet zeggen dat een verzekeraar bij persoonsverzekeringen als de arbeidsongeschiktheidsverzekering niet mag afgaan op de juistheid en volledigheid van die informatie die door de verzekeringnemer is verstrekt: dat mag de verzekeraar in beginsel nu juist wel doen. Dat laat echter onverlet dat de verzekeraar binnen redelijke grenzen ook zelf een verantwoordelijkheid heeft en de uiterste zorg moet betrachten om te voorkomen dat hij onbekend met feiten en omstandigheden die voor hem van belang zijn een aanvraag voor verzekering accepteert.³⁹

35 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX * 2012/220; HR 19 mei 1978, *NJ* 1978/607. Vgl. voor een voorbeeld met betrekking tot een arbeidsongeschiktheidsverzekering: HR 28 april 2006, *JOL* 2006/280.

36 Vgl. in dit verband het Convenant toegang tot aan arbeid gerelateerde verzekeringen en de daarop betrekking hebbende beslissingen van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening van 30 juni 2011 (2011-08) en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 24 februari 2011 (2011-49).

37 Vgl. omtrent de invloed van WMK op de totstandkoming van deze polis uitvoerig: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 85 en volgende.

38 Vgl. omtrent de acceptatieproblematiek in verband met de leden 4 en 6 van art. 4 WMK ook – meer specifiek – de beslissing van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening van 22 november 2010, te kennen uit Nieuwsbrief Personenschade, februari 2011, p. 6-8; J.G. Sijmons, *De Wet op de medische keuringen herzien? De tweede evaluatie*, *AV&S* 2009, p. 19-25; M.J. Tolman, *De Wet op de medische keuringen en het verzekeringsrecht: twee lastige stukjes in de privatiseringspuzzel*, *AV&S* 2009, p. 132-138. Het Protocol Verzekeringskeuringen bevat een nadere uitwerking van de WMK.

39 Vgl. Rb. Rotterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5083.

Een van de centrale elementen bij beantwoording van de vraag of aspirant-verzekeringnemer bij het aangaan van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering de op hem rustende mededelingsplicht jegens de verzekeraar heeft geschonden, scharniert rondom de consultatie van één of meer hulpverleners waarnaar in de gezondheidsverklaring wordt gevraagd. Dat blijkt uit de casus die leidde tot het arrest dat de Hoge Raad wees op 1 december 1995.⁴⁰ Gevraagd naar het lijden of hebben geleden aan rugklachten, spit, hernia, ischias, tennisarm of kromme rug antwoordde de aspirant-verzekeringnemer ontkennend. Na aangaan van de polis raakte hij arbeidsongeschikt met ernstige rugklachten. Inmiddels bleek dat hij leed aan de ongeneeslijke ziekte van Bechterew. Na melding aan de verzekeraar bleek dat verzekerde in de 10 jaar voorafgaand aan het afsluiten van de polis rugklachten had gehad. Als gevolg daarvan had hij per jaar één à twee dagen van zijn werk verzuimd. Echter had hij voor die klachten nimmer een arts geraadpleegd. De Hoge Raad was uiteindelijk met het hof van oordeel dat verzekeraar niet ook had gevraagd naar de niet gemelde klachten.

Soortgelijke problematiek speelde in het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006.⁴¹ Verzekeraar betoogde dat de aspirant-verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst ten onrechte niet had aangegeven te kampen met rugklachten. In de kern draaide de procedure om het antwoord op de vraag of verzekerde wist of had behoren te begrijpen dat de klachten die zij had vielen onder de rugklachten of ischias als bedoeld in het aanvraagformulier. Verzekeraar droeg de bewijslast van de beweerdelijke schending van de mededelingsplicht.⁴²

In bewijstechnisch opzicht relevant is het arrest van 4 juni 2013 van het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁴³ Inzet van het geding vormde het antwoord op de vraag wat aspirant verzekeringnemer tijdens een telefoongesprek met de medisch adviseur voorafgaand aan de totstandkoming van de arbeidsongeschiktheidsverzekering precies had medegedeeld. Op verzekeraar rustte de last van het bewijs dat niet was medegedeeld dat verzekerde zich op 28 januari 2009 had gemeld bij het ziekenhuis met klachten van wazig zien en frontale hoofdpijn en dat hem toen in verband met de verdenking van een TIA medicijnen waren voorgeschreven. Na het horen van getuigen achtte het hof doorslaggevend in het voordeel van verzekerde de getuigenverklaring van zijn toenmalige, tijdelijke collega van wie niet was gebleken dat hij bij de afloop van het geschil enig belang had. Nu verzekeraar het bewijs aldus niet had geleverd, werd het beroep op art. 7:928 en 929 BW verworpen.

In de casus die leidde tot het vonnis dat de Rechtbank Arnhem wees op 22 december 2010⁴⁴ wierp verzekeraar verzekerde tegen dat hij bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst ten onrechte geen melding had gemaakt

40 NJ 1996/707.

41 NJ 2005/78.

42 Vgl. omtrent deze uitspraak: N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2008, p. 18 e.v.; N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrisico omkering bij verzwijging; voorkoming van onredelijk zware bewijspositie*, *AV&S* 2006, p. 200–204.

43 ECLI:NL:GHARL:2013:CA3308.

44 ECLI:NL:RBARN:2010:BP0965. Zie in gelijke zin: Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:795 (*schouderklachten*).

van de klachten die hij sinds ongeveer 2001 had aan zijn voeten en van de klachten die hij sedert begin juni 2005 aan zijn rechtervoet had. Verzekeraar betoogde dat zij bij de ware kennis van zaken de overeenkomst in het geheel niet met verzekerde zou zijn aangegaan. De rechtbank deelde die opvatting niet, door te overwegen dat het aspirant-verzekeringnemer niet duidelijk behoefde te zijn dat hij ook die klachten had moeten te melden.⁴⁵

In de zaak die leidde tot het vonnis van 22 januari 2014⁴⁶ was de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van oordeel dat ten onrechte alleen melding was gemaakt van een fistel in 2007. En niet (ook) van de verdikking op het hoofd. De huisarts was immers geconsulteerd voor de totstandkoming van de polis. De huisarts verwees verzekerde naar een medisch specialist. De rechtbank overwoog dat uit het aanvraagformulier duidelijk naar voren kwam dat iedere goed- of kwaad-aardige zwelling of tumor moest worden vermeld. Dat was aldus ten onrechte niet geschied.⁴⁷ Gevraagd werd naar ‘aandoeningen van het zenuwstelsel, respectievelijk’ ‘aandoeningen van het houdings- en bewegingsapparaat’. De term ‘aandoeningen’ houdt naar het oordeel van de rechtbank wel iets zwaarders in dan een enkel verschijnsel, dat weliswaar in de familie voorkwam, maar dat de verzekeringnemer niet als klacht ervaarde, waardoor hij niet werd beperkt en waarvoor hij bovendien nooit naar de dokter was geweest.⁴⁸

Het kenbaarheidsvereiste speelde een rol in het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 1 augustus 2012.⁴⁹ Aspirant-verzekeringnemer had gevraagd naar medicatie ontkennend geantwoord. Later bleek dat hij antidepressiva, waaronder Paroxetine, had voorgeschreven gekregen. De rechtbank was van oordeel dat hij de vraag mitsdien onjuist had beantwoord. Naar de overtuiging van de rechtbank kon de vraag van de rechtbank immers niet anders worden opgevat dat dat moet worden verklaard of de medicijnen werden geslikt. Bovendien vallen antidepressiva naar gangbaar taalgebruik onder medicijn. Dat kreeg hij door een arts voorgeschreven.

Een beroep op schending van de mededelingsplicht van de verzekeraar strandde in de zaak die speelde bij de Geschillencommissie Hoger Beroep van het Kifid.⁵⁰ Aspirant-verzekeringnemer had verklaard dat hij fysiotherapie had gehad vanwege onder meer vastzittende nekspieren. De vraag naar rugklachten was ontkennend

45 Vgl. ook Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4397 (*onvermeld gebleven vage klachten door vitaminetekort*).

46 ECLI:NL:RBZWB:2014:336.

47 Vgl. in dit verband de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 22 november 2011 (nr. 2011-333) waarin 4 bezoeken aan de huisarts en/of de huisartsenpost ten onrechte onvermeld waren gebleven; uitspraak van 11 april 2011 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (nr. 86) waarin 2 huisartsenbezoeken ten onrechte niet waren gemeld; Hof Amsterdam 12 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:4756 (*onvermelde MS*); uitspraak 17 april 2012 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (nr. 2012-135) te laag opgegeven lichaamsgewicht.

48 Vgl. in dit verband ook: Rb. Utrecht 1 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5880, waarin het vooral ging om uitleg van het begrip ‘handenarbeid’. Naar het oordeel van de rechtbank moet daaronder worden verstaan “werk dat met de handen wordt verricht in tegenstelling tot geestelijk en mechanisch werk”. De omvang van die werkzaamheden had aspirant-verzekeringnemer naar het oordeel van de rechtbank onjuist op het aanvraagformulier ingevuld.

49 ECLI:NL:RBARN:2012:BX5871.

50 10 februari 2012, 2012-433.

beantwoord. Gevraagd naar eerdere arbeidsongeschiktheid in de afgelopen 5 jaar liet aspirant-verzekeringnemer weten dat hij in 1994 uit een schoorsteen was gevallen. Aansluitend had hij 3 weken spierpijn en stress. Nadat de polis tot stand gekomen was bleek dat verzekerde, na een arbeidsongeschiktheidsclaim te hebben ingesteld, de huisarts had bezocht voor de ingangsdatum van de polis wegens toenemende rugklachten. Het GCHB overwoog dat de verzekerde ten tijde van het onderzoek door de keuringsarts voorafgaand aan het aangaan van de polis al weer stond te klussen en dat hij de keuringsarts ook had verteld van het bewuste consult. Die had van de klachten niet opgekeken. Bij lichamelijk onderzoek had hij extra aandacht besteed aan de beweeglijkheid. Aldus waren de repeterende rugklachten voorafgaan aan de totstandkoming van de polis niet van zodanige aard dat aspirant-verzekeringnemer had behoeven begrijpen dat hij ook daarvan melding diende te maken.

In dit verband is het bespreken waard het arrest dat het Hof Leeuwarden wees op 5 april 2011.⁵¹ Naar tussen partijen wel vaststond had aspirant-verzekeringnemer extasy, cocaïne en speed gebruikt 8 jaar voor het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Voor zover relevant waren in de vragenlijst onder meer de volgende vragen opgenomen:

“Gebruikt(e) u alcoholische dranken? Ja, hoeveel per dag en welke soort?;
Gebruikt(e) u drugs? Ja, hoe vaak en welke soorten?”

De eerste vraag was bevestigend beantwoord. Met als aantekening: “één fles rode wijn per weekend”; de tweede vraag was ontkennend beantwoord. Met ingang van 1 mei 2002 was een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering tot stand gekomen. Twee jaar later meldde verzekerde zich arbeidsongeschikt met ingang van 7 januari 2004 in verband met psychische klachten. Geneeskundig onderzoek naar aanleiding van de melding wees uit dat verzekerde in tegenstelling tot hetgeen hij had verklaard in de gezondheidsverklaring wel degelijk drugs had gebruikt. Het hof volgde niet de opvatting van verzekeringnemer dat onder ‘drugsgebruiker’ een drugsverslaafde moest worden verstaan. De vraag heeft, zo oordeelde het hof, alleen betrekking op het gebruik van drugs. Meer specifiek wordt gevraagd naar de frequentie van het gebruik en de soort drugs die werd gebruikt of wordt gebruikt. De bewoordingen van de vraag in de vragenlijst geven geen grond voor de veronderstelling dat het gebruik van drugs alleen moest worden gemeld als daaraan een verslaving ten grondslag lag of ligt, aldus het hof. Evenmin volgde het hof het betoog van verzekerde dat het drugsgebruik in 1994 kortstondig en experimenteel was. Dienaangaande overwoog het hof dat de bewoordingen van de vraag geen ruimte gaf om zelf de afweging te maken welk drugsgebruik (mogelijk) voor verzekeraar relevant zou zijn. Voor verzekerde was op grond van de vraagstelling immers kenbaar dat hij ieder drugsgebruik diende te melden, zodat verzekeraar op basis daarvan haar eigen risicobeoordeling kon maken. Daarenboven nam het hof als uitgangspunt dat het een feit van algemene bekendheid is dat het gebruik van harddrugs

51 ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1321.

schadelijk is of kan zijn voor de lichamelijke en geestelijke gezondheid (en mede daarom ook strafbaar is gesteld). Het gebruik van harddrugs is daarvan uitgaande relevant voor de aanvraag van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Die biedt immers in beginsel dekking voor de gevolgen van psychische en lichamelijke klachten. Op voorhand moet dan ook, zo vervolgt het hof, worden aangenomen dat een redelijk handelend verzekeraar aan het gebruik van harddrugs consequenties zal verbinden in het kader van een verzekeringsaanvraag. Volgde aldus afwijzing van de vorderingen.

Het Verbond van Verzekeraars heeft de Model Gezondheidsverklaring op dit punt aangescherpt. In de versie 2012 is dat expliciet duidelijk gemaakt door de vermelding:

“Noem al uw klachten. Ook als u denkt dat deze niet belangrijk zijn. Of als u niet bij een dokter bent geweest.”

Deze (nieuwe) passage speelde een belangrijke rol in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 29 april 2014.⁵² Verzekerde was van oordeel dat zij niet had hoeven begrijpen dat de behandelingen die zij had ondergaan zo essentieel waren dat zij die had moeten melden. Bovendien betoogde zij dat die behandelingen geen verband hielden met het beroepsmatig functioneren. Het hof wees op de inleiding van het vragenformulier waar te lezen was als volgt:

“Het is zeer belangrijk dat u alle vragen juist en volledig beantwoordt (...). Vermeldt al uw klachten, ook als u denkt dat deze niet belangrijk zijn of als u geen arts heeft bezocht.”

Tussen partijen stond vast dat verzekerde haar huisarts had geraadpleegd en was verwezen naar een psycholoog. Daar was zij ruim vier jaar onder behandeling geweest. Zij had hypnotherapie en Gestalttherapie ondergaan. Daarnaast had zij ook medicijnen gebruikt. Uit dit alles leidde het hof af dat verzekerde haar mededelingsplicht jegens verzekeraar had geschonden. De Handleiding medische acceptatie arbeidsongeschiktheid- en ongevallenverzekeringen, opgesteld door de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in Particuliere Verzekeringzaken (GAV) is volgens het hof richtinggevend voor de medische acceptatie. Verzekeraar mocht de handleiding aldus als richtsnoer gebruiken bij de beoordeling van de verzekeringsaanvraag.

Inzet van het antwoord op dezelfde vraag vormt het arrest van het Hof Arnhem van 3 mei 2011.⁵³ Verzekerde had volgens verzekeraar ten onrechte op de gezondheidsverklaring consulten bij de huisarts, dermatoloog en plastisch chirurg niet vermeld. Indien die informatie bekend zou zijn geweest, dan zou de medisch adviseur hebben geadviseerd om geen verzekering af te sluiten. Ter onderbouwing van die stelling bracht verzekeraar brieven van collega-arbidsongeschiktheidsverzekeraars in het geding. Die kwamen er, kort gezegd,

⁵² 200.127.574 (n.g.).

⁵³ ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4461.

op neer dat de aanvraag ook door die maatschappijen zou zijn afgewezen. Het hof wees de vorderingen van verzekerde, mede onder verwijzing naar die correspondentie, af.⁵⁴

Op grond van art. 7:929 BW moet verzekeraar binnen twee maanden na ontdekking van de schending van de mededelingsplicht de verzekerde op de mogelijke gevolgen daarvan wijzen.⁵⁵ Doet zij dat niet, dan komt verzekeraar een beroep op de sanctie niet meer toe.⁵⁶ In dit verband is relevant het arrest dat het Hof Arnhem wees op 18 augustus 2009.⁵⁷ Voor ontdekking in de zin van art. 7:929 BW acht het hof een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende. Nodig is dat verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft.⁵⁸ Volgens het hof was verzekeraar overigens te laat met het beroep door dat pas te doen bij memorie van antwoord in hoger beroep.⁵⁹

Bij arrest van 12 juni 2012⁶⁰ overwoog het Hof Arnhem dat het moment van ontdekking als regel pas zal liggen bij of na een vergelijking tussen de opgave en de ware stand van zaken en dus niet, zoals verzekerde had aangevoerd, al bij binnenkomst van de medische informatie bij de verzekeraar. Doorgaans zal deze informatie in gesloten couvert eerst bij de medisch adviseur terechtkomen, die deze primair zal betrekken op de beoordeling van de arbeidsongeschiktheidsclaim:

“Als regel zal pas de schadebehandelaar ontdekken dat er een discrepantie bestaat tussen de bij het aangaan van de verzekering gemelde gegevens en de in het kader van de schademelding verzamelde gegevens. Deze zal de consequenties daarvan toepassen in overeenstemming met de polis en het verzekeringsrecht.”

Dat was volgens het hof pas op 17 juni 2009, toen de medisch adviseur gegevens had verstrekt aan de behandelaar die de ontdekking deed.

Een striktere opvatting over het begrip ‘ontdekking’ hield de Rechtbank Amsterdam erop na in haar vonnis van 28 maart 2012,⁶¹ door erop te wijzen dat de twee maandentermijn gaat lopen vanaf het moment van de feitelijke ontdekking.

54 Vgl. omtrent de relevantie-eis ook: Hof Amsterdam 18 februari 2014, L&S 2014/182.

55 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/236-237.

56 Vgl. F. Stadermann, De mededelingsplicht van een verzekeraar na ontdekking van verzwijging, *AV&S*, 2009/3.

57 *RAV* 2010/35.

58 Vgl. ook: Rb. Den Haag 27 augustus 2008, *RAV* 2009/20.

59 18 augustus 2009, *RAV* 2010/35.

60 ECLI:NL:GHARL:2012:BW7904.

61 ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1355. Onjuist lijkt mij overigens de opvatting van de Rechtbanken Arnhem, respectievelijk Den Haag die bij vonnis van 1 augustus 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BX5871) en 28 maart 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0682) overwogen dat deze termijn alleen speelt, als nog geen sprake is van verwezenlijking van het risico. Dat zou de termijn van twee maanden immers in het leeuwendeel van de zaken waarin dat aan de orde is tot een dode letter maken. Doorgaans komt een mogelijke schending van de mededelingsplicht bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen immers pas in zicht na melding van arbeidsongeschiktheid, omdat verzekeraar pas dan navraag doet bij de behandelend sector.

Stadermann⁶² betoogt met recht dat het criterium ‘ontdekken’ objectief moet worden gelezen als het moment, waarop de verzekeraar daadwerkelijk iets ontdekt heeft of had behoren te ontdekken. Zo zal een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar die een expertise laat verrichten, waaruit medische informatie naar voren komt die een verzekeringnemer als aspirant bij het aangaan van de verzekering niet heeft gemeld, ondanks gerichte vragen daartoe, zich niet pas op schending van de mededelingsplicht kunnen beroepen indien bijvoorbeeld haar raadsman in de gerechtelijke procedure die schending ontdekt en aan de verzekeringnemer tegenwerpt.⁶³ In die zin acht ik het arrest van het Hof Arnhem van 18 augustus 2009⁶⁴ terecht. De objectieve benadering past bovendien in het verzekeringsrecht. Zo worden ook aan verzekerden verplichtingen opgelegd die ontstaan nadat zij iets hebben vastgesteld of hadden behoren vast te stellen.⁶⁵

Arbeitsongeschiktheid ten tijde van aangaan van de verzekering

In het verlengde van het antwoord op de vraag wat aspirant-verzekeringnemer ten tijde van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst aan verzekeraar moet melden binnen de bandbreedte van de mededelingsplicht ligt het antwoord op de vraag of de na de totstandkoming bij de verzekeraar gemelde arbeidsongeschiktheid reeds bestond ten tijde van het aangaan. Dan wel dat deze pas nadien is ingetreden. Immers is, indien en voor zover althans verzekeringnemer ten tijde van het aangaan daarvan reeds kennis droeg en dus voor hem geen onzekerheid meer bestond over de verwezenlijking van de arbeidsongeschiktheid, het gevolg daarvan niet verzekerd.⁶⁶

In dit verband is het bespreken waard een aantal arresten van de Hoven Amsterdam, Arnhem en Den Bosch, alsmede een vonnis van de rechtbank aldaar. Om te beginnen met de laatste. De Rechtbank Den Bosch oordeelde bij vonnis van 19 december 2012⁶⁷ dat de bij verzekerde geconstateerde aandoening aan zijn rug reeds bekend was voor aangaan van de polis. Bij verzekerde was in een jarenlange periode voorafgaand aan april 2008, het moment van sluiten van de verzekeringsovereenkomst sprake van zich telkens herhalende meer of minder ernstige rugklachten in de onderrug. Deze leidden ertoe dat deze rugklachten in april 2010 opnieuw zodanig ernstig waren dat hij zijn werkzaamheden niet meer kon verrichten. Naar het oordeel van de rechtbank was aldus sprake van een situatie als bedoeld in art. 3.5 sub d dat geen dekking bestaat indien de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een ziekte (in de zin van een medisch objectiveerbare aandoening) waarvan de verzekerde bij het afsluiten van de verzekering op de hoogte was of had kunnen zijn.⁶⁸

62 F. Stadermann, ‘De mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging’, *AV&S* 2009/3.

63 Vgl. in deze zin ook M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinke, ‘Enige bespiegelingen aangaande het leerstuk verzwijging: de mededelingsplicht van de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst’, *NTHR*, 2008, p. 215.

64 *RAV* 2010/35.

65 Vgl. bijvoorbeeld art. 7:942 BW en 7:957 BW.

66 Vgl. HR 11 april 1997, *NJ* 1998/111.

67 ECLI:NL:RBSHE:2012:BY65513.

68 Vgl. Hof Amsterdam 14 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1229; Hof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1709; Hof Den Bosch 7 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO6685; Hof Amsterdam 4 augustus 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL1098.

Ook het arrest van het Hof Amsterdam van 14 september 2010 is van belang.⁶⁹ In 2000 bleek bij DNA-onderzoek dat verzekerde leed aan de facioscapulohumerale vorm van spierdystrofie (FSHD). Dit is een erfelijke vorm van spierdystrofie die wordt veroorzaakt door een genetische afwijking. Drie jaar later sloot verzekerde een hypotheeklastenverzekering af, waardoor hij verzekerd was voor een maandelijkse uitkering van € 550 tegen de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid na het eerste ziektejaar. De polis bepaalde dat er geen aanspraak op uitkering bestond in geval van arbeidsongeschiktheid indien die is ontstaan, bevorderd of verergerd door letsel of ziekte in de 12 maanden voorafgaande aan de datum van ondertekening van de verzekering. Daarvoor is een medische diagnose of behandeling (anders dan door de huisarts) verricht of noodzakelijk geweest. Op 28 oktober 2004 raakte verzekerde arbeidsongeschikt. Na inwinning van medische informatie bij de revalidatiearts bleek dat hij sedert 20 jaar klachten had van pijn en functiebeperking aan de bovenste extremiteiten. In 2000 valt een forse progressie van de klachten op. Uiteindelijk werd de diagnose FSHD gesteld. Verzekerde vorderde uitkering krachtens de polis. Verzekeraar weigerde dat. De rechtbank stelde verzekeraar in het gelijk, waarna verzekerde appèl instelde. Met succes. Het hof ging er voorshands vanuit dat FSHD een ziekte in de zin van de polis was, waarbij 'ziekte' wordt gedefinieerd als 'ziekte waarvoor een medische diagnose of behandeling (anders dan door een huisarts) noodzakelijk is of zou zijn geweest of daadwerkelijk is verricht'. Niet nodig is, zo vervolgt het hof, dat de medische diagnose of de behandeling in een periode van 12 maanden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst heeft plaatsgevonden of noodzakelijk was. Voldoende is, zo vervolgt het hof, dat op enig moment voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst sprake is van een ziekte die daadwerkelijk is gediagnosticeerd of behandeld. Dan wel waarbij dat - objectief gesproken - noodzakelijk zou zijn geweest. Dit laat onverlet dat voor de uitsluiting van de uitkering nodig is dat de arbeidsongeschiktheid van verzekerde door die ziekte FSHD is ontstaan, veroorzaakt of verergerd in de 12 maanden voor 24 maart 2003. Verzekeraar betoogt in dat verband dat verzekerde in de periode van 12 maanden voor die datum relevante gezondheidsklachten heeft gehad. Dat betekent in de ogen van het hof dat de eis mag worden gesteld dat de ziekte FSHD zich in die periode zodanig heeft gemanifesteerd dat verzekerde op enigerlei wijze te kampen kreeg met de arbeidsongeschiktheid. Het enkele feit dat in 2000 FSHD gediagnosticeerd was en de ziekte een progressief ziektebeeld kent, brengt naar het oordeel van het hof nog niet mee dat voorshands moet worden aangenomen dat de in oktober 2004 ontstane arbeidsongeschiktheid is ontstaan, bevorderd of verergerd door FSHD in de periode van 12 maanden voor 24 maart 2003. In dat verband wijst het hof erop dat ook de moeder van verzekerde aan FSHD leed en nergens last van had. Zo zonder nadere toelichting, die ontbrak, viel volgens van het hof dan ook niet zonder meer te concluderen dat het progressieve ziektebeeld FSHD had meegebracht dat de arbeidsongeschiktheid die vanaf oktober 2004 speelde, is ontstaan, bevorderd of verergerd in de periode van 12 maanden voor 24 maart

69 ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1229.

2003. Volgde vernietiging van het vonnis van de rechtbank en toewijzing van de vorderingen.

In de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem van 23 september 2008⁷⁰ was de navolgende uitsluitingsclausule van toepassing:

“Arbeidsongeschiktheid of de toeneming daarvan wordt slechts aanwezig geacht, indien wordt aangetoond dat deze geen gevolg is van aandoeningen van het bewegingsapparaat.”

Verzekerde kreeg in toenemende mate pijnklachten aan de linkerarm en nek en daarna ook aan de rug en de gewrichten. Het hof overwoog dat naar de taalkundige betekenis van de clausule alle daaronder bewegende delen van het lichaam, zoals skelet, spieren en gewrichten vallen. In de clausule ontbreekt iedere verwijzing naar een eerder door verzekerde doorgemaakt ongeval in 1980. Evenmin is uit de clausule een nadere specificatie op te maken dat het gaat om klachten aan het rechterbeen en de rechterheup. Verzekerde betoogt immers dat ten tijde van het aangaan van de verzekeringsovereenkomst de verzekeraar uitsluitend had gekeken naar de medische gevolgen van het ongeval in 1980. Die stelling vond bij het hof geen gehoor.

Het bespreken waard in dit verband is voorts het arrest van het Hof Amsterdam van 4 augustus 2009.⁷¹ Partijen waren een arbeidsongeschiktheidsverzekering aangegaan met ingang van 4 november 1998. Bij het sluiten van de verzekering was bekend dat verzekerde reeds jarenlang leed aan een ganglioglioom⁷² in het cervicale ruggenmerg en het verlengde ruggenmerg. Tussen partijen was nader overeengekomen dat geen uitkering zou plaatsvinden voor arbeidsongeschiktheid die is ontstaan, bevorderd of verergerd door aandoeningen van de gehele wervelkolom met bijbehorende banden en spieren, zoals ischias, brachialgie en lumbago, voor zover geen direct gevolg van na het sluiten van de verzekering ontstane wervelfracturen. Bovendien was tussen partijen overeengekomen dat voor arbeidsongeschiktheid die is ontstaan, bevorderd of verergerd door aandoeningen van één en/of beide schouders alsmede complicaties en/of gevolgen daarvan geen uitkering zou geschieden. Op 15 mei 2001 werd verzekerde in het ziekenhuis opgenomen in verband met ernstige ademhalingsproblemen. Nadien traden diverse complicaties op. Verzekerde werd arbeidsongeschikt en claimde uitkering bij verzekeraar. Die weigerde dat onder verwijzing naar de uitsluitingsclausule.

De rechtbank overwoog dat het voor beide partijen duidelijk moet zijn geweest dat zij bij het aangaan van de overeenkomst hebben bedoeld arbeidsongeschiktheid als gevolg van het (bestaande) ganglioglioom van dekking uit te sluiten. Naar vaststaat, vormde dit ganglioglioom voor verzekeraar aanvankelijk reden om verzekerde te weigeren. Pas na eigen aandringen, is verzekerde alsnog geaccepteerd, zij het met de bewuste uitsluitingsclausule. Bovendien had

70 ECLI:NL:GHARN:2008:BG1709.

71 ECLI:NL:GHAMS:2009:BL1098.

72 Een ganglioglioom is een zeldzame, doorgaans goedaardige tumor.

verzekerde ter comparitie in eerste aanleg uitdrukkelijk verklaard dat hij bij het aangaan van de verzekering wist dat juist dit ganglioglooom voor verzekeraar de reden vormde om de uitsluitingsclausule op te nemen, omdat hij toen nergens anders last van had. De clausule is dan ook in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar. Evenmin is er dus, zo vervolgt het hof, geen plaats voor een uitleg te zijnen gunste. Daarbij tekent het hof nog aan dat met deze door verzekerde uitdrukkelijk geaccepteerde clausule verzekeraar de grenzen heeft omschreven waarbinnen zij bereid was arbeidsongeschiktheid te dekken. Dat stond haar vrij, aldus het hof.

Buiten de dekking viel arbeidsongeschiktheid wegens op zichzelf reële buikklachten, nu het Hof Amsterdam bij arrest van 20 maart 2012⁷³ vaststelde dat de psychische problemen op indirecte wijze door hun inwerking op die klachten aan de arbeidsongeschiktheid hadden bijgedragen. Dergelijke arbeidsongeschiktheid was volgens de polisvoorwaarden uitgesloten van dekking.

In de casus die leidde tot het arrest van het Hof Den Bosch van 7 december 2010⁷⁴ speelde de vraag of de verzekerde, een zelfstandige pianostemmer, recht op uitkering had wegens coeliakie. Rechtbank en hof meenden van niet. Het hof overwoog daartoe dat verzekerde voor het afsluiten van de verzekering klachten had die in elk geval hadden geleid tot neurologische onderzoeken. Hoewel de neuroloog bij herhaling ontkende dat er mogelijk iets ernstigs somatisch met verzekerde aan de hand zou zijn, waren er wel degelijk toenemende problemen. Blijkbaar werden die destijds systematisch miskend of niet herkend. Dienaangaande overwoog het hof dat voor uitkering krachtens de polis moest komen vast te staan dat de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een aandoening die zich tijdens de looptijd van de verzekering voor het eerst heeft geopenbaard. Om te vervolgen:

“Indien de aandoening al bestond ten tijde van het sluiten van de verzekering is er dus geen recht op uitkering. Daarbij doet, anders dan verzekerde stelt, niet ter zake wanneer de diagnose is gesteld. Bepalend is wanneer de klachten voortvloeiend uit de aandoening zich voor het eerst hebben voorgedaan.”

Het hof overwoog dat de benoemde neuroloog op grond van de bij verzekerde reeds bestaande klachten gemotiveerd betoogd had dat hij al leed aan coeliakie voor 1 juni 2004, ook al hadden de door hem geconsulteerde artsen de daaruit voortvloeiende klachten afhankelijk miskend en was de diagnose pas veel later gesteld. Daarom kan, zo vervolgt het hof, niet worden gesproken van een aandoening die zich tijdens de looptijd van de verzekering voor het eerst heeft geopenbaard: de aandoening bestond al, al wist verzekerde nog niet dat de klachten die hij voor 1 juni 2004 periodiek vertoonde, werden veroorzaakt door coeliakie. Dat alles leidt tot de conclusie dat verzekerde er niet in geslaagd was

73 ECLI:NL:GHAMS:2012:BW2023.

74 ECLI:NL:GHSHE:2010:BO:6685.

aan te tonen dat de voorwaarde voor het recht op uitkering uit hoofde van de verzekering vervuld is.⁷⁵

In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rb. Amsterdam van 19 oktober 2011⁷⁶ had verzekerde in het aanvraagformulier desgevraagd ingevuld dat bij haar sprake was van ADHD. Gevraagd naar de begindatum, antwoordde zij: ‘al voor mijn 18^e levensjaar’. De rechtbank leidde daaruit af dat verzekeraar niet behoefde uit te keren, nu volgens de polisvoorwaarden niet wordt uitgekeerd bij een ziekte die bij het sluiten van de verzekering al aanwezig is.

Die opvatting acht ik terecht, omdat die ook strookt met het arrest *Bike Brothers* van 11 april 1997 van de Hoge Raad,⁷⁷ waarin hij tot uitgangspunt neemt dat partijen weliswaar kunnen overeenkomen dat de verzekering zal ingaan op een tijdstip dat is gelegen vóór het tijdstip waarop de verzekering tot stand komt, in welk geval niet is uitgesloten dat het risico zich op laatst vermeld tijdstip reeds heeft verwezenlijkt. Echter, indien de verzekeringnemer en/of de verzekerde daarvan op het tijdstip, waarop de verzekeraar zich verbond om het risico te lopen, reeds kennis droeg/droegen en dus voor hen geen onzekerheid meer bestaat over de verwezenlijking van het risico, is de schade als gevolg daarvan niet gedekt.

24.4 Begrip ‘arbeidsongeschiktheid’

Het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ is een van de centrale polisvoorwaarden bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Doorgaans bepalen de polisvoorwaarden dat:

“Arbeidsongeschiktheid uitsluitend aanwezig is, indien in relatie tot ziekte of ongeval bij verzekerde objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan (...).”

Deze polisredactie is in de branche in omloop sedert 2004/2005. De Hoge Raad heeft zich over deze versie nog niet over uitgelaten. Voorhanden is daarentegen wel een drietal arresten dat de Hoge Raad wees met betrekking tot de destijds geldende definitie van het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ luidende als volgt:

“Arbeidsongeschiktheid is aanwezig indien de verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ziekte en/of ongeval ten minste voor 25% ongeschikt is tot het verrichten van werkzaamheden.(...)”

75 Zie ook: Hof Arnhem 4 januari 2005, NJF 2005/94, waarin het hof aan de hand van het arrest dat de Hoge Raad wees op 11 april 1997 (*NJ* 1998/111) overwoog dat verzekerde als verzekerd had te gelden op het moment waarop hij door een herseninfarct werd getroffen. Vgl. ook beslissing Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 147 van 15 juni 2011, waarin zij van oordeel was dat van preexistente klachten voorafgaand aan de totstandkoming geen sprake was. Er was geen eerdere diagnose gesteld. Zie in andere zin: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 194 van 10 augustus 2011.

76 ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7127.

77 *NJ* 1998/111.

In zijn arrest van 10 oktober 2003⁷⁸ liet hij het arrest van het hof intact. Het hof had overwogen dat in redelijkheid mocht worden aangenomen dat verzekerde bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst had beoogd om zich in de toekomst te verzekeren voor de situatie dat zij niet meer in staat zou zijn om door arbeid inkomsten te verwerven als gevolg van (onder meer) het pijnsyndroom dat bij haar was opgetreden. Verzekeraar had dit begrepen en /of moeten begrijpen. Door het begrip ‘ziekte’ niet nader te definiëren en door niet pijnsyndromen, zoals fibromyalgie, uitdrukkelijk uit te sluiten van dekking diende te worden uitgegaan van de betekenis die aan het begrip ‘ziekte’ in het algemeen spraakgebruik werd toegekend, aldus het hof. Dat vervolgde dat verzekerde dit begrip in de gegeven omstandigheden zo had opgevat en in de onderlinge relatie tussen partijen ook zo had mogen opvatten. Nu verzekeraar aan verzekerde geen andere uitleg had gegeven, moest worden uitgegaan van de betekenis die aan het begrip ‘ziekte’ in het algemeen spraakgebruik wordt toegekend.⁷⁹ Het enkele feit, zo vervolgde het hof dat de artsen geen bepaalde ziekte kunnen diagnosticeren, brengt nog niet steeds mee dat betrokkene ook niet ziek is. Verzekerde leed aan een ziekte in de zin van de polisvoorwaarden, nu verzekeraar niet had betwist dat verzekerde aan een pijnsyndroom leed.

In zijn arrest van 16 april 1999⁸⁰ liet de Hoge Raad het arrest van het hof ook intact. Dat had een in dit verband relevante categoriebenadering uitgewerkt. Het hof verdeelde klachten grofweg onder in drie groepen, te weten:

- a. klachten waarbij sprake is van aanstellerij, inbeelding of aggravatatie;
- b. klachten waarbij er geen reden is om aan te nemen dat sprake is van omstandigheden als bedoeld in sub a en die op zichzelf aldus alleszins serieus zijn te nemen, doch waarvoor geen medische grond is aan te wijzen;
- c. klachten waarvoor een medische grond is aan te wijzen.

Hoezeer ook vanuit de verzekerde gezien begrijpelijk is dat deze ook in een situatie als bedoeld in sub b behoefte heeft aan, en meent aanspraak te kunnen maken op, een uitkering laat de polisvoorwaarde er geen misverstand over bestaan dat bedoeld is om de scheidslijn aan te brengen tussen de categorieën b en c en niet tussen de categorieën a en b. Niet valt in te zien, zo vervolgt het hof, waarom het een particuliere verzekeraar niet vrij zou staan om, teneinde de risico's voor haarzelf – mede in het belang van alle bij haar aangesloten verzekerden – overzichtelijk te houden, van dekking uit te sluiten een categorie van gevallen waarbij de grens met gevallen als bedoeld in sub a in de praktijk vaak niet duidelijk zal zijn te trekken. Het hof vervolgt dan:

“Dat betekent dat er inderdaad in de praktijk gevallen van arbeidsongeschiktheid bestaan die praktisch niet goed te verzekeren zijn. Bij dergelijke gevallen waarvan de oorzaak niet min of meer eenduidig valt aan te wijzen, blijft het risico dus liggen bij degene die arbeidsongeschikt is geraakt.”

⁷⁸ JOL 2003/511.

⁷⁹ Vgl. in gelijke zin: beslissing 20 december 2011 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-347 en Rb. Utrecht 6 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR6969.

⁸⁰ NJ 1999/666.

Het standpunt van verzekerde kwam erop neer dat zij ervan was uitgegaan een uitkering te zullen verkrijgen telkens wanneer zij meende ziek te zijn. Dat vindt aldus bij het hof geen gehoor. A-G Spier besteedt daaraan ook aandacht in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad door erop te wijzen dat wat er zij van de vraag of die bedoeling van verzekerde daadwerkelijk heeft bestaan, verzekeraar die bedoeling in ieder geval niet zo heeft hoeven begrijpen. Van algemene bekendheid is dat er bepaalde kwalen zijn die medisch (nog) niet zijn vast te stellen. Het is vanzelfsprekend mogelijk dat iemand daaraan lijdt en dientengevolge zijn werkzaamheden staakt. Wanneer de niet vast te stellen klachten daadwerkelijk meebrengen dat betrokkene niet meer kan werken, dan is het onmiskenbaar triest dat hij een uitkering misloopt, aldus nog steeds Spier, die vervolgt dat dat slechts zou kunnen worden voorkomen door eenieder die opgeeft kwalen te hebben een uitkering te geven. Van verzekeraars kan niet worden gevergd aldus te werk te gaan. Noch ook kan worden gezegd dat een dergelijk verwachtingspatroon valt binnen de bescherming die de uitlegeregels, waarop het onderdeel doelt, bieden.

In lijn met de arresten uit 1999 en 2003 ligt het arrest dat de Hoge Raad wees op 17 november 2006.⁸¹ Verzekerde was in 1994 uitgevallen in verband met een nierbekkenontsteking. Aansluitend hield zij last van lage rugklachten en vermoeidheid. In verband daarmee bezocht zij diverse artsen. De klachten werden aangeduid als ‘aanhoudende vermoeidheid, verhoogde bezinking, wisselende gemoedstoestanden en rugklachten’. Verzekeraar bestreed het bestaan van die klachten op zichzelf niet. Wel dat de oorzaak daarvan medisch te duiden was. Dat sprake was van fibromyalgie betwistte verzekeraar wel. Dat was immers niet objectief vastgesteld, maar werd slechts vermoed. De Hoge Raad deelde het oordeel van het hof dat tot uitgangspunt nam dat ook in geval geen objectief medische diagnose of een eenduidige medische oorzaak voor de klachten is vast te stellen doch wel sprake is van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld sprake kan zijn van arbeidsongeschiktheid.⁸² Daarvan was echter in dit geval naar het oordeel van het hof geen sprake. Daarbij kwam nog dat de medische rapportages verschillende ziektes vermeldden die niet met elkaar op één lijn konden worden gesteld, te weten: chronisch vermoeidheidssyndroom (CVS) en fibromyalgie. Ook overigens boden de verschillende rapportages naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwing voor de stelling dat sprake was van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld.

Een rol van betekenis speelde het arrest dat de Hoge Raad wees op 10 oktober 2003⁸³ in het arrest dat het Hof Amsterdam wees in zijn arrest van 31 augustus 2010.⁸⁴ Verzekerde had een doorgemaakte en behandelde neuroborreliose (de ziekte van Lyme). Inzet van het tussen haar en haar arbeidsongeschiktheidsverzekeraar bestaande geschil werd gevormd door art. 4 van de polisvoorwaarden. Daarin was neergelegd dat van arbeidsongeschiktheid sprake was, indien er in

81 JOL 2006/710.

82 Zie in gelijke zin: beslissing 3 augustus 2011 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 182.

83 ECLI:NL:HR:2003:AI0859.

84 200.038.613 (n.g.).

relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren. De verwijzing van verzekerde naar het arrest van de Hoge Raad uit 2003 overtuigde het hof niet. Het hof overwoog dat het daar niet, zoals hier wel, ging om de polisvoorwaarde dat er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen moeten bestaan. Het hof stelde voorop dat het de verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen men bereid is dekking te verlenen.⁸⁵ Bij beantwoording van de vraag hoe art. 4 moet worden uitgelegd, komt het aan op de zin die partijen over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepaling mocht toekennen. En op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden, is de uitleg daarvan in het bijzonder afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel. In dat verband acht het hof van belang dat de bedoelde bepalingen zijn bestemd om de rechtsverhouding te regelen van verzekeraar met particuliere verzekerden, die doorgaans leek zijn op medisch gebied. Dat geldt ook voor verzekerde, al is zij opticien, zo vervolgt het hof. Weliswaar is het hof van oordeel dat ondubbelzinnig tot uitdrukking is gebracht dat de arbeidsongeschiktheid objectief medisch moet kunnen worden vastgesteld; die tekst brengt onvoldoende duidelijk kenbaar tot uitdrukking de door verzekeraar gestelde bedoeling, namelijk:

“Om voor vergoeding uit te sluiten iedere arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan geen medisch te objectiveren afwijkingen of symptomen kunnen worden vastgesteld, ook in geval volgens medici van de daarvoor in aanmerking komende specialismen sprake zou zijn van een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld (en kan de arbeidsongeschiktheid in die zin worden opgevat als: medisch vaststelbaar) zonder dat sprake is van een ziektebeeld.”

Dat leidt het hof tot de conclusie dat verzekerde uit de tekst van de polisvoorwaarden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat voor dekking onder de polis sprake moet zijn van een objectief medisch vast te stellen stoornis, maar dat zij er redelijkerwijs wel op mocht vertrouwen dat dit (ook reeds) het geval zou zijn indien haar klachten een door medici van de daarvoor in aanmerking komende specialismen herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld vormen dat tot arbeidsongeschiktheid zou leiden. Dienaangaande overwoog het hof dat verzekerde aanvankelijk de ziekte van Lyme had gehad. Die was evenwel adequaat en met succes met antibiotica behandeld. Tussen die (uit)behandelde ziekte en haar latere klachten zou mogelijk een verband kunnen bestaan. De in deze zaak door verzekerde vermelde klachten c.q. stoornissen zijn naar het oordeel van het hof echter niet medisch eenduidig te diagnosticeren in relatie tot de (uit)behandelde ziekte van Lyme. Dat bleek naar de overtuiging van het hof uit diverse rapporten van neurologen. Op zichzelf leek een van de benoemde neurologen er wel van overtuigd dat het chronische klachten betrof en verzekerde zonder meer aspecten toont van een post Lyme syndroom. Daartoe verwees hij naar de Richtlijn Lyme-borreliose, maar hij erkent evenzeer dat dit niet met stelligheid is aan te tonen,

⁸⁵ Vgl. HR 9 juni 2006, *NJ* 2006/326; HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284.

omdat zowel neurologisch onderzoek alsook aanvullende diagnostiek de medische wetenschap in de steek laat. In dat verband wees verzekeraar er – naar het oordeel van het hof terecht – op dat de klachten volgens de, overigens niet onomstreden, richtlijn specifiek waren en ook voorkomen zonder onderliggende medische stoornis. Daarbij kwam dat verzekerde tevens andere klachten had, zoals onder meer bradycardie. Ten slotte acht het hof essentieel dat de richtlijn in verband met een post Lyme ziektesyndroom wel een beperkt behandelingsadvies geeft, maar niet een medische diagnostiek. Weliswaar had een van de neurologen geschreven dat de hernieuwde laboratoriumbepaling van de liquor wel degelijk objectieveerbare afwijkingen zou laten zien, maar de omstandigheid dat een (uit)behandelde infectieziekte nog lange tijd antistoffen nalaat in het ruggenmergsvocht evenals het bloed vormt niet een medische diagnostiek van de huidige klachten in verband met een eerder doorgemaakte ziekte van Lyme. Het hof gaat daarom aan het aanbod van verzekerde om een ruggenmergpunctie te ondergaan voorbij. Een uitvloeisel van al dit voorgaande is, naar de overtuiging van het hof, dat de neuroloog, naar hij zelf ook beschrijft, niet goed in staat is om de door hem veronderstelde afgenomen belastbaarheid en beperkingen in kaart te brengen, dan wel de functionele invaliditeit met een percentage aan te duiden. Aldus acht het hof niet komen vast te staan dat de klachten van verzekerde zijn te diagnosticeren als een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld van een post Lyme ziektesyndroom. Volgde bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank.⁸⁶

De vraag of er sprake was van een herkenbaar en benoembaar (en dus krachtens de polis gedekt) ziektebeeld vormde ook inzet van het arrest van het Hof Den Haag van 2 januari 2007.⁸⁷ Verzekeraar had erkend dat de klachten die verzekerde duidde op zichzelf serieus en reëel waren, maar dat dat op zichzelf geen uitkering rechtvaardigde, ondanks de diagnose chronische cervicobrachialgie. Verzekerde nam daarmee geen genoegen en stapte naar de rechter. De rechtbank wees zijn vorderingen evenwel af. Naar haar oordeel was geen sprake van ziekte die objectief medisch was vast te stellen. Verzekerde kwam daartegen in beroep. Het hof stelde – in zekere zin overeenkomstig de categoriebenadering van de Hoge Raad in zijn arrest van 16 april 1999⁸⁸ – voorop dat partijen het erover eens waren dat ook sprake was van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis, indien (weliswaar) nog geen grond voor de (serieus te nemen) klachten kon worden aangewezen, maar wel sprake was van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld.⁸⁹ Verzekeraar betwistte echter dat de klachten van verzekerde als zodanig konden worden aangemerkt. Over dat betoog overwoog het hof als volgt:

“In het licht van de betekenis van het begrip ‘ziekte’ in het algemeen spraakgebruik waarop eiser zich heeft beroepen, mocht eiser de polisvoorwaarden redelijkerwijs aldus opvatten dat ook bij een pijnsyndroom sprake kan zijn van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld. Dat

86 Vgl. in dit verband: Rb. Rotterdam 23 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP9420 ten aanzien van klachten die niet leiden tot een herkenbaar en benoembaar concreet ziektebeeld.

87 Nieuwsbrief Personenschade, maart 2007, p. 11–14.

88 *NJ* 1999/666.

89 Vgl. Hof Den Bosch 12 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8401 (hand-, arm-, vibratiesyndroom gedekt); Rb. Utrecht 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BU5306 (niet-gedekte pijnklachten); beslissing 23 februari 2011 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 47 (niet-gedekte psychische problematiek).

een pijnsyndroom, zoals verzekeraar heeft aangevoerd, een aanleiding is voor een verzameling (pijn)klachten, zonder dat daarvoor een duidelijke medische oorzaak kan worden aangewezen, maakt nog niet dat een dergelijke verzameling klachten in het algemeen spraakgebruik niet als ziektebeeld wordt opgevat.”

In zijn arrest van 11 augustus 2009⁹⁰ werkt het Hof Amsterdam het onderscheid tussen wel en niet gedekte arbeidsongeschiktheid fraai uit. Naar tussen partijen op zichzelf wel vast stond, had verzekerde zowel psychische, als cognitieve klachten. De psychische klachten werden door psychiatrisch onderzoek geclassificeerd als somatoforme stoornis, ongedifferentieerd. Een depressie stelde de psychiater niet vast. De vraag die het hof moest beantwoorden, was of de geconstateerde beperkingen en de gestelde diagnoses onder het bereik van objectief medisch vast te stellen stoornissen in de zin van art. 4 van de polisvoorwaarden vielen. Verzekerde betoogde dat zowel het post-whiplashsyndroom en de somatoforme stoornis, ongedifferentieerd, een benoembaar en herkenbaar ziektebeeld waren en daarmee dus beide ‘objectief medisch vast te stellen stoornissen’ zijn in de zin van de polis. De verzekeraar betwiste dat. Het hof oordeelt als volgt:

“Voorop staat dat het verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen. Bij de beantwoording van de vraag hoe artikel 4 moet worden uitgelegd, komt het evenwel aan op de zin die verzekerde en verzekeraar over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze aan de bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden, is de uitleg daarvan in het bijzonder afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen en in het licht van de polisvoorwaarden als geheel. In dat verband is van belang dat bedoelde bepalingen bestemd zijn om de rechtsverhouding te regelen van verzekeraar met particuliere verzekerden die doorgaans leek zijn op medisch gebied. De omstandigheid dat verzekerden wel worden bijgestaan door een tussenpersoon, zoals in het onderhavige geval, maakt dit niet wezenlijk anders, omdat de tussenpersoon doorgaans ook een leek op medisch gebied zal zijn. De verzekeraar dient daarom haar bedoelingen in de polisvoorwaarden tot uitdrukking te brengen op een wijze die voor de verzekeringnemer op grond van objectieve factoren voldoende duidelijk kenbaar is.”

Om te vervolgen:

“In de tekst van artikel 4 van de polisvoorwaarden is wel ondubbelzinnig tot uitdrukking gebracht dat de arbeidsongeschiktheid objectief medisch moet kunnen worden vastgesteld, maar die tekst brengt onvoldoende duidelijk kenbaar tot uitdrukking de door verzekeraar gestelde bedoeling, namelijk om van vergoeding uit te sluiten iedere arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan geen medisch te objectiveren afwijkingen of symptomen kunnen worden vastgesteld, ook al is volgens medici van de in aanmerking komende specialismen sprake van een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld (en kan de arbeidsongeschiktheid in die zin dus medisch worden vastgesteld). In elk geval heeft de verzekeraar geen gebruikgemaakt van de mogelijkheden die haar ten dienste stonden om haar bedoeling duidelijker tot uitdrukking te brengen, namelijk door een uitdrukkelijke uitsluiting op te nemen voor gevallen van

90 ECLI:NL:GHAMS:2009:BK9363.

(onder meer) het post-whiplashsyndroom, door die gevallen met name te noemen als voorbeelden van gevallen waarin geen dekking wordt geboden of op andere wijze. Een dergelijke min of meer expliciete formulering was ook daarom aangewezen omdat het doel van de verzekering heel algemeen is omschreven als het verlenen van uitkering bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van diens arbeidsongeschiktheid, welk doel bij de door verzekeraar voorgestane uitleg van artikel 4 niet in alle gevallen wordt bereikt.”

Het voorgaande leidt het hof dan ook tot de conclusie dat verzekerde uit de tekst van de polisvoorwaarden heeft mogen begrijpen dat sprake is van een objectief medisch vast te stellen stoornis, voor zover de klachten van verzekerde een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld vormen. Niet is betwist dat verzekerde lijdt aan het post-whiplashsyndroom ten gevolge van het hem overkomen ongeval. Hoewel het bij dit syndroom doorgaans gaat om medisch niet of nauwelijks objectiveerbare afwijkingen, is hierbij niettemin sprake van een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld veroorzaakt door een bepaald ongevalsmechanisme. Het gaat dus, zo vervolgt het hof, wel degelijk om een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld in de relatie tot een ongeval. Dat valt onder de dekking van art. 4.

De diagnose somatoforme stoornis, ongedifferentieerd, duidt erop dat de psychiater de klachten niet heeft kunnen toewijzen aan een specifieke somatoforme stoornis en/of de fysiologische klachten niet heeft kunnen toewijzen aan een andere psychische stoornis. Dat laat onverlet dat de psychiater wel een stoornis heeft geduid. Al is het blijkens zijn rapport aarzelend. Anderzijds volgt uit het psychiatrisch expertiserapport dat er geen psychiatrisch ziektebeeld is en dat er daarom geen beperkingen zijn te formuleren op basis van een psychiatrische stoornis. Wat de wel gestelde diagnose betreft, getuigt het rapport van twijfels bij de psychiater. Verder biedt het rapport onvoldoende aanwijzingen dat de somatoforme stoornis in verband staat met het ongeval of een (andere) ziekte. In zoverre vindt het hof dan ook onvoldoende aanknopingspunten die de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld in relatie tot ziekte of ongeval. Dat betekent dan ook dat de conclusie dat er naast de lichamelijke beperkingen die voortvloeien uit het post-whiplashsyndroom, cognitieve beperkingen aan de orde zijn die daaruit voortvloeien en waarvoor de onderhavige verzekering dekking biedt. Meer niet.

In lijn met het arrest dat de Hoge Raad wees op 10 oktober 2003⁹¹ ligt het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 15 december 2010,⁹² waarin de rechtbank van oordeel is dat het begrip ‘ziek’ moet worden uitgelegd als ‘ongeschikt voor het verrichten van werkzaamheden’. Van ‘ziek zijn’ in de zin van de polis is dus geen sprake, zolang dit niet tot arbeidsongeschiktheid leidt, aldus de rechtbank. In lijn met het arrest dat de Hoge Raad wees op 17 november 2006⁹³ ligt het vonnis dat de Rechtbank Utrecht wees op 7 juli 2010,⁹⁴ waarin zij overweegt dat het enkele feit dat medische rapportages niet in precies dezelfde diagnose hebben

91 JOL 2003/511.

92 ECLI:NL:RBARN:2010:BO9558.

93 JOL 2006/710.

94 ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0731.

geresulteerd, nog niet reeds om die reden meebrengt dat er geen sprake kan zijn van een objectief medisch vast te stellen stoomnis. Uit de medische rapportage blijkt immers dat met betrekking tot classificatie en diagnostische labeling binnen de medische wereld als bekend moet worden verondersteld dat een bepaald cluster een klacht in verschillende disciplines (in dit geval) verschillend wordt gelabeld, maar dat daarmee steeds grofweg hetzelfde wordt bedoeld, aldus de rechtbank.⁹⁵

Het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’ vormt overigens een voorbeeld van een kernbeding. Dat blijkt uit het arrest dat het Hof Den Haag wees op 16 maart 1993.⁹⁶ Die vaststelling is van belang, omdat dat ertoe leidt dat de gehele Afdeling 6.5.3 BW hierop niet van toepassing is. De bedingen zijn daarmee onttrokken aan een inhoudelijke toets aan de norm van een onredelijk bezwarend beding. In dit verband is voorts relevant het arrest dat het Hof Amsterdam wees op 30 september 2008,⁹⁷ waarin het hof zich erover uit liet of een polisbepaling met betrekking tot de uitbetaling van de uitkering en de aanvang, duur en einde het kernbeding was. Tot uitgangspunt nam het hof dat:

“Een bepaling in de verzekeringsovereenkomst die rechtstreeks van invloed is op de omvang van de dekking niet als een algemene voorwaarde, maar als een kernbeding dient te worden aangemerkt, voor zover dat beding (...) duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.”

De bedoelde artikelen vormden naar de overtuiging van het hof kernbedingen door te overwegen dat:

“In de onderhavige bedingen wordt de duur van de dekking (de verstrekking van daguitkeringen) beperkt tot de looptijd van de overeenkomst. Het Hof is van oordeel dat de bedingen de strekking hebben de omvang van de dekking in tijd af te grenzen. Dergelijke bedingen hebben derhalve rechtstreeks invloed op de omvang en duur van de dekking. Anders dan verzekerde betoogt, bevatten de bepalingen derhalve wel essentialia van de verzekering, namelijk een duidelijke begrenzing van de dekking.”

Gezien het voorgaande was het hof dan ook van oordeel dat de genoemde polisvoorwaarden als kernbedingen moeten worden beschouwd.⁹⁸

95 Zie in dit verband ook de beslissing van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 47 van 23 februari 2011 waarin de uitgebrachte rapporten naar het oordeel van de Commissie voldoende grond gaven voor het standpunt van verzekeraar dat er geen medisch objectiveerbare stoomnis in relatie tot ziekte ten grondslag lag aan de klachtbeleving van verzekerde (Tegen de beslissing is hoger beroep aangetekend).

96 *NJ* 1994/284.

97 *RAV* 2009/16.

98 Zie in gelijke zin: Hof Arnhem 27 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4180 en Hof Amsterdam 19 juni 2012, *RAV* 2012/96. Vgl. in dit verband meer uitvoerig: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 264–266 en J.H. Wansink, *Kroniek polisrecht, polisclausules: kernbeding of niet?*, *AV&S*, 2009, p. 139–144; J.G.J. Rinkes, *Polisvoorwaarden: boilerplate of pressure cooker? Pleidooi voor een nieuwe aanpak in: Knelpunten in het verzekeringsrecht*, Deel 2, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 82–89.

24.5 Uitsluitingen

Nadat is komen vast te staan dat sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden, rijst vervolgens de vraag of een uitsluitingsclausule van toepassing is.

Vooropgesteld geldt tot uitgangspunt dat verzekerde moet stellen en zo nodig bewijzen dat zich een gebeurtenis heeft voorgedaan tegen de gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt.⁹⁹ Verzekeraar kan daartegenover dan stellen dat er zich feiten hebben voorgedaan die hem van zijn verplichting tot uitkering ontheffen. Het meest in het oog springend daarbij zijn dan de uitsluitingen. Een algemeen uitgangspunt is dat in de situatie dat verzekeraar een aanspraak op dekking krachtens de polis afwijst met een beroep op een uitsluiting, de verzekeraar dat zo nodig zal moeten bewijzen. Daarbij gaat het dan, zoals Van Tiggele-van der Velde terecht aangeeft, om expliciete uitsluitingen. En dus niet om uitsluitingen die in de dekkingsomschrijving liggen besloten.¹⁰⁰

Voor een beroep op een uitsluiting voor aandoeningen waarvan de verzekerde bij aanvang van de dekking op de hoogte was of redelijkerwijs had kunnen zijn, acht de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van het KiFiD in hoger beroep bij uitspraak van 27 januari 2012¹⁰¹ niet doorslaggevend of verzekerde op de hoogte is of redelijkerwijs kon zijn van bepaalde klachten, maar of hij op de hoogte was of redelijkerwijs had kunnen zijn van de aandoening waardoor zijn arbeidsongeschiktheid werd veroorzaakt.

Bij persoonsverzekeringen, zoals de arbeidsongeschiktheidsverzekering, vormt de gezondheid van verzekerde een groot goed. Ook gezond leven. Voor verzekeraars is de gezonde leefstijl van de verzekerde van groot belang. Verzekeraars wapenen zich dan ook terecht tegen daarvan afwijkend gedrag. Zo is in de polisvoorwaarden doorgaans opgenomen een passage in de trant van dat arbeidsongeschiktheid die is ontstaan of verergerd door opzet of grove schuld niet is gedekt. Roken is in dat verband enkele keren inzet geweest van een gerechtelijke procedure. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 19 maart 2014¹⁰² stond tussen partijen vast dat het rookgedrag van verzekerde een verergerende factor was geweest voor de bij hem bestaande COPD. Het verwijt dat verzekeraar maakt, zag echter op de periode voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheid. Met andere woorden lag de vraag voor of de omstandigheid dat verzekerde gedurende een groot aantal jaren voordat hij als gevolg van COPD

99 Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX * 2012/328.

100 Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 283/284. Zie voor een geslaagd beroep van verzekeraar op de alcoholclausule bij een ongevallenverzekering Rb. Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ9979. Voor een geslaagd beroep op de alcoholclausule bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering zie uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 95, 27 oktober 2009. Vgl. ook Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 18, 26 maart 2009, waarin de Commissie verzekerde in het gelijk stelde door te overwegen dat de toename van de arbeidsongeschiktheid het gevolg was van een andere oorzaak dan de uitgesloten klachten, zoals hartklachten en problemen met het gezichtsvermogen (te kennen via www.kifid.nl).

101 2012-440.

102 ECLI:NL:RBAMS:2014:1379.

arbeidsongeschikt werd aan te merken was als grove schuld in de zin van de polisvoorwaarden. De rechtbank meende van niet en haakte aan bij art. 7:952 BW. De enkele omstandigheid dat verzekerde zijn op zichzelf ongezonde leefstijl niet heeft gewijzigd kan naar de overtuiging van de rechtbank niet worden aangemerkt als opzet of roekeloosheid, in aanmerking nemend dat bij hem (nog) niet de diagnose COPD was gesteld. Dat het roken hem door zijn toenmalig arts is ontraden maakt dit niet anders. Dat zou, zo vervolgt de rechtbank, anders kunnen zijn indien verzekerde in die periode wel al wist dat hij aan de ziekte COPD leed en zijn artsen hem erop hadden gewezen dat zijn rookgedrag een verergerende factor was voor zijn ziekte. Dat was echter niet gebleken.

Opmerkelijk aan het vonnis acht ik dat de rechtbank aansluit bij het begrip eigen schuld uit Afdeling 2 van Titel 7.17 BW. Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zijn immers doorgaans sommenverzekeringen.¹⁰³ Daarop mist Afdeling 2 aldus toepassing. Daarnaast rijst de vraag of niet veeleer voor de hand ligt om te beoordelen of de verzekerde heeft nagelaten om alles in het werk te stellen ter voorkoming van arbeidsongeschiktheid, zoals doorgaans in de toepasselijke polisvoorwaarden is neergelegd.¹⁰⁴

Het aansteken van zwaar vuurwerk in een bedrijfskantine achtte de Rechtbank Amsterdam bij vonnis van 11 juni 2014¹⁰⁵ roekeloos. Uit dergelijk gedrag voortvloeiende arbeidsongeschiktheid was uitgesloten van dekking krachtens de polis. Verzekerde was zich naar het oordeel van de rechtbank, ondanks de alcoholconsumptie, bewust van de risico's van het aansteken van het gevaar van vuurwerk. Gelet op de omvang en het gewicht van het vuurwerk achtte zij de risico's van het aansteken in de bedrijfskantine aanmerkelijk, en de daarop volgende arbeidsongeschiktheid, dus niet gedekt.

24.6 De vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid

24.6.1 Inleiding

Uiteindelijk gaat het ter vaststelling van de vraag op welk bedrag verzekerde recht heeft, indien hij arbeidsongeschikt is, om de mate van arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden. Het hierna volgende gaat nader in op de diverse aspecten die daarbij een rol spelen. Wie is betrokken bij de vaststelling? Hoe gaat de vaststelling in zijn werk? Welke aspecten spelen daarbij een rol?¹⁰⁶ Vooropgesteld gaat het om verzekeringen waarbij de uitval in werkzaamheden in het eigen beroep of in passende arbeid is verzekerd. Daarbij ontstaat doorgaans pas recht op uitkering als de uitval 25% of meer bedraagt. Vanzelfsprekend staat het partijen vrij om afwijkende afspraken

¹⁰³ Zie HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009/80.

¹⁰⁴ Vgl. in gelijke zin Rb. Rotterdam 13 maart 2013 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5083.

¹⁰⁵ ECLI:NL:RBAMS:2014:3176.

¹⁰⁶ Vgl. in dit verband ook het Protocol bij claims op individuele arbeidsongeschiktheidsverzekeringen dat is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars. Het Protocol is ingevoerd met ingang van 1 januari 2012 en vervangt het Schadeprotocol Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen uit 2001.

daarvan te maken, maar de meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeraars hanteren die ondergrens.

24.6.2 *Drie fases ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid*

De gebruikelijke wijze in de branche ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid is dat allereerst (i) een medisch deskundige door onderzoek vaststelt op welke wijze de verzekerde door de ontstane klachten of stoornissen in zijn of haar functioneren wordt beperkt. Vervolgens (ii) stelt een verzekeringsgeneeskundige op basis van de door de medicus vastgestelde functionele beperkingen en eigen onderzoek vast in hoeverre de verzekerde als gevolg van die beperkingen al dan niet kan worden belast bij verrichtingen die zich bij arbeidswerkzaamheden voordoen. Ten slotte (iii) maakt de arbeidsdeskundige op basis van de beperkingen in de belastbaarheid, zoals die door de verzekeringsgeneeskundige zijn vastgesteld, in een eigen onderzoek een inschatting van de mate waarin de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep of in passende arbeid niet meer kan verrichten.¹⁰⁷ Zoals we hiervoor hebben gezien, is ‘arbeidsongeschiktheid’ doorgaans als volgt gedefinieerd:

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

Afhankelijk van wat partijen precies met elkaar zijn overeengekomen, te weten ‘beroepsarbeidsongeschiktheid’ of ‘passende arbeid’, worden de beroepswerkzaamheden van verzekerde doorgaans als volgt gedefinieerd:

“De verrichtingen verbonden aan het op het polisblad vermelde beroep, zoals dat voor deze beroepswerkzaamheden in de regel redelijkerwijs van hem kan worden verlangd. Aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden, alsmede taakverschuivingen binnen het eigen bedrijf worden daarbij betrokken.”

Het begrip ‘passende arbeid’ is veelal als volgt omschreven:

“Het verrichten van werkzaamheden die voor de krachten en bekwaamheden van een verzekerde zijn berekend en met het oog op de opleiding en vroegere werkzaamheden in redelijkheid van hem kunnen worden verwacht.”

Uitgaande van deze begrippen neemt het hierna volgende tot uitgangspunt dat op zichzelf sprake is van een gedekt evenement. Dat wil zeggen dat tussen partijen vast staat dat sprake is van een objectief medisch vast te stellen stoornis ingevolge waarvan verzekerde op zichzelf recht heeft op uitkering krachtens de polis. Maar hoe gaat de berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid, dat

¹⁰⁷ Vgl. Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7381; Rb. Rotterdam 17 april 2013: ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698 en V.zr. Rb. Utrecht 21 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2391. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 26 juni 2013, ECLI:NL:RBZBW:2013:7313.

wil zeggen de vastlegging van de beperkingen in de werkzaamheden (al dan niet in eigen beroep of passende arbeid) nu in zijn werk?

24.6.2.1 FASE I: HET IN KAART BRENGEN VAN DE BEPERKINGEN DOOR EEN MEDICUS

Afhankelijk van het stadium waarin een arbeidsongeschiktheidsclaim zich bevindt, zal de verzekeraar verlangen dat verzekerde ofwel wordt gezien door een controlerend arts (ook wel genoemd een ‘KGO’ (kort geneeskundig onderzoek) of controle op huisartsniveau), ofwel door een medisch specialist (de zogenaamde ‘expertise’). De controlerend arts is doorgaans een huisarts die op verzoek van de verzekeraar de gezondheidstoestand van de verzekerde naar aanleiding van de claim in kaart brengt. Het is op zichzelf om het even of een controlerend arts, dan wel een specialist het onderzoek verricht. Waar het immers in essentie in beide gevallen om gaat, is om het fundament te leggen voor de verdere beoordeling van de claim. Dat wil zeggen de beperkingen van verzekerde in kaart te brengen. In de zin van vaststellen dat bij verzekerde in relatie tot ziekte of ongeval sprake is van objectief medisch vast te stellen stoornissen waardoor hij beperkt is in zijn functioneren. Alleen die beperkingen vormen immers de bodem voor de verdere marsroute ter berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid.

Zoals de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht met recht bij vonnis van 21 mei 2008¹⁰⁸ heeft aangegeven, is het niet aan de medicus om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen. In lijn daarmee is niet voor niets zowel in de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband, als in de Richtlijn Psychiatrische rapportage bepaald dat de medisch deskundige zich geen oordeel aanmatigt over zaken die buiten zijn competentie liggen. De richtlijnen noemen als specifiek voorbeeld de belasting van de functie en de mate van arbeidsongeschiktheid. Bij vonnis van 28 april 2010¹⁰⁹ heeft de Rechtbank Utrecht dan ook terecht het beroep van verzekerde op het rapport van een zenuwarts verworpen. Verzekerde betoogde dat de zenuwarts hem niet in staat achtte tot duurzaam regulier fulltime werken. Naar het oordeel van de rechtbank is een zenuwarts (dat wil zeggen een neuroloog/psychiater) echter niet opgeleid om dergelijke vragen goed te kunnen beantwoorden om te vervolgen:

“Vragen over arbeidsongeschiktheid behoren tot het domein van de arbeidsdeskundige. Aan de hand van een belastbaarheidsprofiel of functionele mogelijkhedenlijst die doorgaans door een verzekeringsarts wordt opgesteld en vaak wel worden gebaseerd op de bevindingen van de neuroloog en/of psychiater, kan de arbeidsdeskundige tot een oordeel over de mate van arbeidsongeschiktheid komen.”

108 ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2391.

109 ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2857.

Dit vonnis ligt geheel in lijn met de beslissing van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 13 december 2004.¹¹⁰ Daarin heeft de Raad zich expliciet uitgesproken over de importantie van de rol van de arbeidsdeskundige ter bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

24.6.2.2 FASE 2: DE VASTSTELLING VAN DE BEPERKINGEN VOOR ARBEIDSWERKZAAMHEDEN

Nadat de medicus zijn werkzaamheden heeft afgerond, moet worden vastgesteld of verzekerde als gevolg van die beperkingen al dan niet kan worden belast bij verrichtingen die zich bij arbeidswerkzaamheden voordoen. Doorgaans vindt die beoordeling plaats aan de hand van een lijst met uiteenlopende aspecten van arbeidswerkzaamheden. Deze lijst gaat wel door het leven als ‘belastbaarheidsprofiel’ of ‘belastbaarheidspatroon’.

Vooropgesteld geldt dat regelgeving die bepaalt hoe de beperkingen moeten worden vastgelegd bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen ontbreekt. Het behoort dan ook tot het vrije beleid van de verzekeraar om te bepalen op welke wijze de beperkingen worden omschreven.¹¹¹ In die zin wijkt de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid in essentiële mate af van de sociale zekerheidswetgeving. Daar is die berekening zonder belastbaarheidspatroon eenvoudigweg onmogelijk vanwege de automatiseringssystemen (CBBS). Ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is een belastbaarheidspatroon strikt genomen niet noodzakelijk. Wel zou ik op zichzelf als uitgangspunt willen bepleiten dat een zodanig profiel wordt opgesteld. Daarin is immers klip en klaar neergelegd welke gedekte beperkingen bij verzekerde bestaan. Dit uitgangspunt kan worden verlaten, indien uit de beschikbare medische informatie naar de gemotiveerde overtuiging van de arbeidsdeskundige blijkt welke beperkingen in de belastbaarheid bij verzekerde bestaan. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn indien de beperkingen goed gedocumenteerd blijken uit één of meerdere expertiserapportages. Die oplossing is pragmatisch, omdat tussen verzekeraar en verzekerde een belangentegenstelling bestaat. De verzekerde wil immers zoveel mogelijk beperkingen hebben gedekt, ook die welke hij ervaart, terwijl de verzekeraar binnen de bandbreedte van de polis veel meer terughoudendheid zal willen betrachten. In die zin speelt dus dezelfde discussie als die bij moeilijk objectieveerbare ziektebeelden.¹¹²

Bij het geven van een antwoord op de vraag welke beperkingen zijn gedekt zijn twee aspecten van belang. Allereerst dat het verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is om

110 2004/92 (Med.).

111 Zie overigens ten aanzien van de variabelen die voorkomen bij medisch onderzoek door Verzekeringsartsen: T. Schellart c.s., Onderzoek naar interdoktervariatie bij beoordelingen van Verzekeringsartsen, *TBV* 2014, p. 61-67.

112 Vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 354 e.v.

dekking te verlenen.¹¹³ Daarnaast is van belang om te onderkennen dat de verzekerde de beperkingen moet bewijzen.¹¹⁴ Bij weigering tot vaststelling van de beperkingen moeten de vorderingen worden afgewezen, omdat de omvang van de uitval dan niet kan worden vastgesteld.¹¹⁵ Te bedenken is dat de verzekeraar moet faciliteren dat de onderzoeken ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid in gang worden gezet, maar dat het uiteindelijk de verzekerde is die na vervaardiging daarvan (en bij betwisting door verzekeraar) zal moeten bewijzen dat en in welke mate hij arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden. Het is immers de verzekerde die dan stelt dat hij in een hogere mate arbeidsongeschikt is dan de verzekeraar betoogt en, wie stelt moet bewijzen. Dat volgt uit de hoofdregel van art. 150 Rv. dat als uitgangspunt geldt voor het Nederlandse bewijsrecht in civiele zaken.¹¹⁶

Tegen de achtergrond van het uitgangspunt dat het aan verzekerde is om te stellen en bewijzen dat en in welke mate hij arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden, mag niet onbesproken blijven het arrest dat het Hof Arnhem wees op 21 oktober 2008.¹¹⁷ Een verzekerde sloot op 9 april 1997 een arbeidsongeschiktheidsverzekering met als verzekerde eindleeftijd 60 jaar. Dat was in zijn geval 1 februari 2006. Ingevolge art. 4 van de toepasselijke polisvoorwaarden was van arbeidsongeschiktheid sprake, indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren. Verzekerde was destijds bestuurder van een besloten vennootschap. Later ook van een andere besloten vennootschap waarin hij een technisch ontwikkelingsbureau dreef. Na beëindiging van het bankkrediet op 22 mei 2003 werd een van de vennootschappen op 11 juni 2003 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard.

Verzekerde wendde zich met klachten op 23 juni 2003 tot zijn huisarts. De dag daarna meldde hij zich arbeidsongeschikt bij de verzekeraar. In het schade-aangifteformulier van 11 juli 2003 meldde hij een begin van een burn-out. Geantwoord naar staking van de beroepswerkzaamheden, antwoordde hij dat hij die had beëindigd op 5 juni 2003. Verzekeraar wees de arbeidsongeschiktheidsclaim uiteindelijk af op diverse gronden die hierna nog worden besproken. Verzekerde stapte naar de rechter, maar kreeg nul op het rekest. Zo niet in hoger beroep. Het hof volgde de hiervoor uiteengezette lijn met als hoofdregel dat de verzekerde de stelplicht en de bewijslast heeft van het intreden van het verzekerde risico van arbeidsongeschiktheid, nu hij onder de verzekering een uitkering van de verzekeraar vordert. Het hof vervolgt:

“Voordat het echter zover is, pleegt in de praktijk de schadebehandelaar van de verzekeraar te beoordelen of er dekking is en aan de medisch adviseur te vragen de gezondheidstoestand van

113 Vgl. HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284.

114 Vgl. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/350; Rechtbank Utrecht 28 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM2929.

115 Vgl. HR 16 november 2006, *JOL* 2006/710.

116 Vgl. N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 275/276.

117 ECLI:NL:GHAMS:2008:BH:5983.

de verzekerde te beoordelen, waartoe de medisch adviseur de medewerking kan inroepen van een controlearts.”

Zo is het ook hier gegaan, echter met het in het oog springende verschil dat de verzekeraar voor haar weigering van de uitkering steeds wisselende argumenten had aangedragen. Aanvankelijk immers betoogde verzekeraar dat er op basis van de medische informatie geen sprake leek te zijn van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis. Het hof wees erop dat die brief niet met feiten was onderbouwd, noch was gemotiveerd, en nog meer aan overtuigingskracht verloor toen verzekerde in het begin van september 2003 zijn medisch dossier verzond met daarin het rapport van de controlearts. Die beaamde immers dat verzekerde was uitgevallen wegens burn-out. Ondanks dat bleef verzekeraar zich op het standpunt stellen dat van arbeidsongeschiktheid geen sprake was. Het hof deelde die opvatting niet door te overwegen dat tegen die achtergrond verzekeraar haar betwisting van arbeidsongeschiktheid onvoldoende had gemotiveerd. In ieder geval tot de periode die voortduurde tot het onderzoek in de winter van 2006. Het hof beoordeelde de psychiatrische expertiserapportage als vaag. Met name kwam daaruit niet naar voren waarom de door de psychiater bij verzekerde waargenomen persoonlijkheidsstructuur ('een technet zonder sociale vaardigheden') en een persoonlijkheidsproblematiek in de weg zouden staan aan arbeidsongeschiktheid volgens de polisvoorwaarden. Zo waren de klachten niet goed uitgevraagd, bleef de symptomatologie in het rapport onduidelijk, ontbreekt een beschrijving en ordening van de al of niet geconstateerde psychopathologie en blijft onduidelijk op welke gronden de psychiater zijn conclusies heeft gebaseerd. Het hof schoof dit rapport dan ook ter zijde. Daarmee kwam echter aan de orde de vraag of het hof toen, dat wil zeggen in het najaar van 2008, alsnog verder moest onderzoeken of en, zo ja, in hoeverre verzekerde in de periode juli 2003 tot februari 2006 arbeidsongeschikt was gebleven in de zin van de polisvoorwaarden. De door verzekerde aangezochte hoogleraar psychiatrie meldde dat dat weliswaar niet eenvoudig was, maar niet onmogelijk. Mits maar aan een aantal voorwaarden zou zijn voldaan. Met name een schriftelijk verslag, bijvoorbeeld in de vorm van een sociaal-medisch rapport opgemaakt ten tijde van het betreffende gebeuren, alsmede aan een weergave van de diagnostische en therapeutische overwegingen en de resultaten daarvan. Aan geen van die voorwaarden was echter voldaan.

Het hof was dan ook van oordeel dat verzekeraar haar betwisting aan de arbeidsongeschiktheid, ook wat die periode betreft, onvoldoende had onderbouwd. In dat verband wees het hof erop dat verzekeraar steeds wisselende argumenten voor weigering van de uitkering had aangevoerd. Onmiskenbaar heeft het tijdsverloop dat onderzoek naar de psychische achtergrond van de arbeidsongeschiktheid dat een toenemend reconstruerend karakter kreeg aanzienlijk bemoeilijkt. Dit rechtvaardigt dan, zo vervolgt het hof, om aan de op verzekerde rustende stel- en motiveringsplicht en bewijslast geen al te hoge eisen (meer) te stellen, maar aan de motivering van de betwisting door de verzekeraar wel. In dat kader stelde het hof allereerst vast dat sprake was van een op zichzelf gedekt evenement, nu verzekerde er als op het gebied van verzekeringen niet professionele verzekeringnemer redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat de

gediagnosticeerde surmenage onder de dekking van de polis viel.¹¹⁸ Nu over de in het geding zijnde periode van juli 2003 tot 1 februari 2006 geen schriftelijk verslag, noch een weergave van de diagnostische en therapeutische overwegingen voorhanden was, had verzekeraar naar de overtuiging van het hof haar betwisting van de arbeidsongeschiktheid voor wat betreft die periode onvoldoende onderbouwd. Nu aan de op verzekerde rustende stel- en motiveringsplicht en bewijslast geen al te hoge eisen meer gesteld mogen worden vanwege het tijdsverloop, schoot de motivering van de betwisting van verzekeraar dus tekort. Aan verdere bewijslevering kwam het hof daarom niet toe. Aldus werd volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis aangenomen.¹¹⁹

24.6.2.2a WELKE BEPERKINGEN ZIJN GEDEKT?

De thans in omloop zijnde polisvoorwaarden dekken geen louter subjectieve klachtenpatronen. Vereist is nu eenmaal dat sprake is van objectief medisch vast te stellen stoornissen in relatie tot ziekte of ongeval waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren. De enkele beleving van de verzekerde kan dan ook, hoezeer deze ook bestaat en voor hem van belang is, geen zelfstandige grond opleveren voor de vaststelling daarvan.¹²⁰ In lijn daarmee heeft het College van Arbiters in de beslissing van 28 december 2006¹²¹ aangegeven dat het gaat om een beoordeling en niet om een registratie van de door verzekerde ervaren beperkingen.

Richtinggevend in dit verband is ook het arrest dat het Hof Amsterdam heeft gewezen op 4 januari 2007.¹²² Het hof overwoog dat wanneer de beperkingen vaststaan, moet worden beoordeeld of deze met een objectief medisch vaststelbare stoornis samenhangen. Daarbij is, zo vervolgt het hof:

“Niet maatgevend of die beperking in medische zin een te diagnosticeren aandoening vormen (waarvan de oorzaak bekend is), doch of zij naar objectief medische maatstaven herkenbaar en benoembaar zijn als gevolg van een stoornis in verzekerdes lichaams- en geestesprocessen. Een uitleg van de desbetreffende bepalingen in eerstgenoemde zin zou strijden met het uitgangspunt dat het hier gaat om de uitleg van de voorwaarden van een verzekering die de rechtsverhouding van verzekeraar beoogt te regelen met verzekerden die doorgaans leek zijn op medisch gebied, waaronder ook – bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel – verzekerde moet worden begrepen.”

Veelal wordt door verzekerden betoogd dat de door verzekeraar vastgestelde beperkingen ten onrechte niet stroken met die van het UWV. Dat betoog gaat alleen op, indien sprake is van een WAO/WIA-volgende polis. Dan is tussen partijen overeengekomen dat het oordeel van de uitkeringsinstantie wordt

118 Vgl. HR 10 oktober 2003, *JOL* 2003/511; HR 16 april 1999, *NJ* 1999/666, m.nt. P. Clausing; HR 16 november 2006, *JOL* 2006/710.

119 Vgl. in dit verband ook HR 3 februari 1989, *NJ* 1990/476 (*Ohra/Goilo*), waarin hij nadere eisen stelt aan afwijzingsgronden. Zie voor een concrete toepassing daarvan in de praktijk: Rb. Rotterdam 13 maart 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:B5083* (ro. 4.9-4.10).

120 Vgl. HR 10 oktober 2003, *JOL* 2003/511.

121 T.k.u. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 352.

122 Nieuwsbrief Personenschade 2007, p. 11-14.

gevolgd ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. In de meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is echter bepaald dat de mate van arbeidsongeschiktheid door de verzekeraar zelf wordt vastgesteld. De verzekeraar is dan dus niet gehouden om het oordeel van het UWV te volgen. Ook niet het medisch oordeel. De Rechtbank Utrecht heeft dat bevestigd in haar vonnis van 16 juni 2010.¹²³ Een en ander laat vanzelfsprekend onverlet dat partijen de medische beoordeling van het UWV onderdeel kunnen laten uitmaken van het medisch dossier dat ten grondslag ligt aan de berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid. Dat is echter essentieel wat anders dan het uitgangspunt dat verzekerden dan innemen dat het oordeel van het UWV omtrent de uiteindelijke mate van vaststelling van de arbeidsongeschiktheid moet worden gevolgd. Die zienswijze kan ook overigens niet worden gevolgd, omdat bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen doorgaans niet het verlies aan verdien capaciteit, maar het verlies aan arbeidscapaciteit, is verzekerd. Dat is essentieel anders in de sociale zekerheidswetgeving. Daar speelt nu juist de maatman een rol in de bepaling van het inkomen ter vaststelling van de verdien capaciteit van de verzekerde.

Bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen gaat het uit hoofde van de polisvoorwaarden die ik hiervoor tot uitgangspunt heb genomen juist om vaststelling van de arbeidscapaciteit ter beantwoording van de vraag wat de mate van arbeidsongeschiktheid is. In de zin van wat verzekerde met inachtneming van de vastgestelde beperkingen nog voor arbeidswerkzaamheden kan verrichten. Welk inkomen hij daarmee kan genereren is – in dat geval – ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid in beginsel van minder belang. Daarom ook spelen bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen de beperkingen die door de medicus in kaart worden gebracht zo'n essentiële rol. En niet (zozeer) de inkomensgegevens.¹²⁴

Een voorbeeld van een clause waarin het (wel) gaat om de bepaling van de 'verdien capaciteit' van verzekerde luidt als volgt:

“De verzekerde wordt als geheel invalide beschouwd indien hij ten gevolge van fysieke en/of psychische gebreken geacht moet worden ononderbroken ongeschikt te zijn om met arbeid die met zijn krachten en bekwaamheden in overeenstemming is en die gezien zijn opleiding en maatschappelijke positie onder omstandigheden redelijkerwijze van hem kan worden verlangd, ten minste 1/3 te verdienen van hetgeen fysiek en psychisch zonder personen met een vergelijkbare opleiding en maatschappelijke positie door hun arbeid gewoonlijk verdienen”.

In die polisvoorwaarden is dus, anders dan bij polisvoorwaarden waar de arbeidscapaciteit centraal staat, de hoogte van het inkomen voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid (en nadien) essentieel ter bepaling van de vraag of sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden. Men treft dergelijke polisvoorwaarden bijvoorbeeld aan bij premievrijstelling

123 ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8095. Zie in gelijke zin: Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698.

124 Zie in dit verband ook het vonnis van de Rb. Utrecht van 7 juli 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0731.

bij levensverzekeringen. Verzekeraars die dergelijke producten voeren moeten er dus op bedacht zijn dat zij ter bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid en, meer specifiek het antwoord op de vraag of verzekerde recht heeft op premievrijstelling, navraag doen naar (de hoogte van) het inkomen. Daarom gaat het dan immers in essentie ter beantwoording van die vraag.

24.6.2.3 FASE 3: DE INSCHATTING VAN DE MATE VAN ARBEIDSONGESCHIKTHEID DOOR DE ARBEIDSDSKUNDIGE

De arbeidsdeskundige schat op basis van de hiervoor bedoelde beperkingen en de belastbaarheid van de verzekerde door eigen onderzoek de mate waarin de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep (of passende arbeid¹²⁵) niet meer kan verrichten. Daarbij¹²⁶ gaat hij na:

1. welke werkzaamheden, ofwel taken voor dat beroep worden verricht;
2. hoeveel tijd de afzonderlijke taken in beslag nemen;
3. in hoeverre het uitvoeren van die afzonderlijke taken wordt beperkt door de beperkingen in de belastbaarheid.¹²⁷

Met die gegevens berekent de arbeidsdeskundige vervolgens de mate van arbeidsongeschiktheid. Net zo min als de medicus op de stoel van de arbeidsdeskundige mag gaan zitten, mag de arbeidsdeskundige daarbij niet op de stoel van de medicus gaan zitten. Dat speelde in het vonnis dat de Rechtbank Amsterdam wees op 27 juli 2005.¹²⁸

De verzekeraar had een medicus aangewezen ter vaststelling van de beperkingen. De arbeidsdeskundige beperkte zich echter niet tot het arbeidsdeskundig vertalen van diens rapportage, maar schoof die ter zijde voor zover het medisch oordeel hem onjuist voorkwam. Daartoe betoogde de arbeidsdeskundige dat die beoordeling niet heeft geleid tot het stellen van een correct onderbouwde diagnose. Daarmee, zo vervolgde de arbeidsdeskundige, hadden de conclusies en antwoorden van de keurend arts niet de objectiviteit die de polis vereiste. Terecht schoof de rechtbank de arbeidsdeskundige rapportage ter zijde, door te overwegen dat de arbeidsdeskundige daardoor op de stoel van de medicus was gaan zitten. Dat stond hem niet vrij. Dientengevolge, zo vervolgt de rechtbank, verloren alle door de arbeidsdeskundige getrokken conclusies hun relevantie.¹²⁹

Het aantal werkzame uren per week en de tijd die de afzonderlijke taken in beslag nemen moet komen vast te staan, wil de arbeidsdeskundige kunnen beoordelen in hoeverre het uitvoeren van die afzonderlijke taken door de

125 Vgl. omtrent passende arbeid bij letselschade: M. Opdam, *Re-integratie bij letselschade* (diss. Amsterdam VU) 2014, p. 128 e.v.

126 Vgl. Vزر. Rb. Utrecht 21 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2391.

127 Vgl. omtrent de importantie van de inkleuring van de werkzaamheden die zijn verbonden aan het beroep ook: B. Holthuis, *Enkele aspecten van risicoverzering in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in: Knelpunten in het verzekeringsrecht, Deel 2*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 101-112.

128 ECLI:NL:RBAMS:2005:AU0594.

129 Vgl. in dit verband ook de beslissingen van het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege SRA van 14 februari 2013 en 19 oktober 2012, te kennen via www.register-arbeidsdeskundigen.nl. Zie ook Rb. Amsterdam 20 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ1527, waarin zij overweegt dat de arbeidsdeskundige ten onrechte van een verkeerd belastbaarheidspatroon is uitgegaan.

beperkingen in de belastbaarheid wordt beperkt. De stelplicht ten aanzien van de aldus bedoelde maatman rust op de verzekerde. Inzet van de vaststelling daarvan leidde tot het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 oktober 2013.¹³⁰ Verzekerde was zelf uitgegaan van een maatman van 2.415 uur totdat de arbeidsdeskundige die door de rechtbank was benoemd hem bij zijn onderzoek daarmee confronteerde. Pas op dat moment voerde verzekerde aan dat hij naast zijn declarabele uren nog uren heeft gewerkt wegens strafpiketdiensten in de weekends met nawerk tot aan de bewaring en wegens straf toevoegingen. Dit vormt een onverwachte wending, aldus het hof, omdat verzekerde eerder had opgegeven dat hij alle declarabele uren zo kon uitdraaien. Het hof verwerpt die stelling dan ook, mede in het licht van het langdurige tijdsverloop voordat verzekerde deze stelling voor het eerst poneerde.¹³¹

Rijst de vraag wat het toetsmoment is van de werkzaamheden, ofwel taken die verzekerde voor het beroep verricht. De polisvoorwaarden bepalen hieromtrent doorgaans niets. Naar mijn oordeel zijn de in het aanvraagformulier gegeven antwoorden daaromtrent leidend indien de arbeidsongeschiktheid kort na het aangaan van de verzekering intreedt. Het kan echter zijn dat tussen het aangaan van de verzekering en het intreden van de arbeidsongeschiktheid vele jaren liggen. Naarmate de verzekering langer tussen partijen van kracht is, zijn naar ik meen in beginsel de aan het beroep verbonden werkzaamheden ten tijde van het intreden van de arbeidsongeschiktheid bepalend.¹³² Maar daarmee is nog niet vastgesteld welke werkzaamheden of taken voor dat beroep verricht worden. In zijn arrest van 11 oktober 2002¹³³ onderschrijft de Hoge Raad de opvatting van het hof dat het gaat om de werkzaamheden die in het algemeen bij de uitoefening van het beroep worden verricht. De werkzaamheden verbonden aan het beroep van zelfstandig autospuiter zijn spuitwerkzaamheden en administratieve werkzaamheden. De aan het arrest ten grondslag liggende definitie van het begrip arbeidsongeschiktheid in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden luidde aldus dat verzekerde niet in staat is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep, zoals dat voor deze beroepsbezigheden in de regel en redelijkerwijs kan worden verlangd.

In zijn arrest van 19 maart 2013 oordeelde het Hof Den Bosch¹³⁴ onder verwijzing naar de aldaar van toepassing zijnde polisvoorwaarden anders. Aldaar ging het om een ongeschiktheid voor het verrichten van werkzaamheden die verbonden zijn aan het beroep of bedrijf, of die in het beroep of bedrijf in redelijkheid van de verzekerde verlangd kunnen worden. Bij het aldus vaststellen van de werkzaamheden houden we rekening met mogelijke taak-

130 ECLI:NL:GHARL:2013:7457. Zie in gelijke zin: Rb. Midden-Nederland 1 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ9377

131 Zie omtrent bewijslast van het aantal gewerkte uren ook: Hof Den Bosch 17 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:6063.

132 Vgl. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 366-367. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening gaat bij beslissing van 5 september 2011 (nr. 209) uit van de werkzaamheden die verzekerde direct voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheidsmelding verrichtte.

133 *NJ* 2003/414.

134 ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5250.

aanpassingen, taakverschuivingen en/of aanpassing van werkomstandigheden. Gelet daarop onderschreef het hof het oordeel van de rechtbank dat de aard van de verzekering, te weten een wezenlijke verzekering die dekking biedt voor het wegvallen van inkomsten als gevolg van arbeidsongeschiktheid, pleit voor een vaststelling van arbeidsongeschiktheid met inachtneming van de concrete werkzaamheden die binnen het bedrijf van de verzekerde worden verricht en als passende arbeid kunnen worden verricht. De enkele stelling van verzekeraar dat een ‘zekere abstrahering was toegelaten bij de beoordeling van de werkzaamheden van het bedrijf van de verzekerde zelf’, achtte het hof onvoldoende om uit te gaan van de opvatting van de Hoge Raad in zijn hierboven besproken arrest uit 2002. Daarbij kwam nog dat onder ‘beroep of bedrijf’ blijkens de polisvoorwaarden het op het verzekeringsbewijs genoemde beroep of bedrijf van de verzekerde moest worden verstaan. Bovendien verwezen de polisvoorwaarden niet naar werkzaamheden die ‘in de regel binnen het bedrijf van de verzekerde worden verricht’ of woorden van gelijke strekking, aldus het hof. Dat alles resulteerde er in dat de berekening van het aantal uren gebaseerd diende te worden op de concrete feitelijke omstandigheden in het bedrijf.

Het ten dele niet kunnen verrichten van werkzaamheden die aan het beroep van verzekerde zijn verbonden, dan wel verbonden zijn aan de door de arbeidsdeskundige als passend geduide arbeid, zal in beginsel leiden tot gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Het Hof Amsterdam heeft echter bij arrest van 12 januari 2010¹³⁵ bij een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering als volgt overwogen:

“Gelet op het feit dat het hier gaat om een verzekering tegen het risico van arbeidsongeschiktheid in het nader bepaalde beroep van tandarts, dat die verzekering dus betrekking heeft op uitval (van werkzaamheden) in dat beroep en dat die verzekering voorts beoogt verzekerde in de financiële gevolgen van zijn arbeidsongeschiktheid tegemoet te komen, brengt een redelijke uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden met zich dat een toetreders als verzekerde redelijkerwijs mag verwachten dat hij als volledig arbeidsongeschikt wordt aangemerkt, indien de werkzaamheden die hij niet langer kan verrichten, dermate essentieel zijn voor de reguliere uitoefening van het beroep van tandarts, dat die reguliere uitoefening niet los kan worden gezien van die werkzaamheden en als gevolg van die arbeidsongeschiktheid in feite niet meer mogelijk is.”

Naar het oordeel van het hof verzet de indeling in arbeidsongeschiktheidsklassen die in polisvoorwaarden voorkomen zich daar niet tegen, indien de aan het verzekerde beroep verbonden werkzaamheden die de verzekerde niet langer kan verrichten zo essentieel zijn dat hij dat beroep in feite niet meer regulier kan uitoefenen.¹³⁶ Om te vervolgen:

“De indeling in klassen van arbeidsongeschiktheid naar aanleiding van de beoordeling welke werkzaamheden nog wel en welke niet meer kunnen worden verricht, blijft immers bruikbaar in

135 ECLI:NL:GHAMS:2010:5130.

136 Bij beslissing van 17 september 2001 (J/R 2003/116) achtte het College van Arbiters opereren een zo essentieel onderdeel van de werkzaamheden van een chirurg, dat naar zijn oordeel van partiële arbeidsongeschiktheid niet kon worden gesproken.

gevallen waarin geen sprake is van uitval in werkzaamheden die voor het verzekerde beroep essentieel zijn als hiervoor bedoeld.”

Daarbij overweegt het hof dat het feit dat die uitleg verzekeraar niet voor ogen zou hebben gestaan aan dat oordeel niet afdoet. Het lag immers op de weg van verzekeraar om, als zij van mening was dat het gedeeltelijk niet in staat zijn tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan het verzekerde beroep, ook als dit essentiële werkzaamheden betreft, niet kan leiden tot volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden, dat dan uitdrukkelijk in die voorwaarden te bepalen. Dat heeft zij nagelaten. Een op zichzelf begrijpelijke overweging van het hof, gelet op het herhaalde standpunt van de Hoge Raad dat het verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen van de dekking te omschrijven.¹³⁷ Die ruimte moet verzekeraar zich dan wel toe-eigenen.¹³⁸

Het standpunt van verzekeraar dat wordt miskend dat de gangbare methodiek bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is dat een theoretische berekening wordt gemaakt waarbij het er niet om gaat of verzekerde zijn beroep nog kan uitoefenen, maar of hij beperkingen in het verrichten van aan dat beroep verbonden werkzaamheden heeft, verdraagt zich niet met die uitleg van het hof en passeerde het hof daarom. Verzekerde hoefde er immers, zo vervolgt het hof, redelijkerwijs niet op bedacht te zijn dat hij in geval van arbeidsongeschiktheid zou worden geconfronteerd met het door verzekeraar geschetste theoretische model.¹³⁹

Verzekeraars kunnen dat theoretische model naar mijn overtuiging overigens wel eenvoudig incorporeren in de polisvoorwaarden, door daarin op te nemen een zinsnede in de trant van:

“Bij het aldus vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid zal geen rekening worden gehouden met de verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid.”

Die zinsnede is niet nieuw, maar is reeds sinds jaar en dag opgenomen in polissen die dekking bieden tegen passende arbeid. Het doel van die bepaling is om aan te geven dat het er niet om gaat of daadwerkelijk vacatures voorhanden zijn ingevolge waarvan verzekerde in staat wordt geacht om het als passend geduide arbeid te kunnen vervullen. Neen, het gaat er uitsluitend om te kunnen duiden welke passende arbeid verzekerde fictief nog – met inachtneming van de vastgestelde beperkingen – zou kunnen uitvoeren. Met het opnemen van die zinsnede in de polisvoorwaarden die dekking bieden tegen beroepsarbeidsongeschiktheid wordt dan ook naar mijn overtuiging de theoretische methodiek in die polissen ingebouwd.

137 Vgl. HR 16 mei 2008, NJ 2008/284; HR 9 juni 2006, NJ 2006/326.

138 Binnen het bestek van deze bijdrage ontbreekt de mogelijkheid om dieper in te gaan op de bij deze problematiek samenhangende vragen, zoals waardering tussen diverse deeltaken, zoals geldgenererende taken en ondersteunende taken. Zie verder: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 373-380.

139 Zie in andere zin: Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698 en Rb. Utrecht 29 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BS7503 die kort gezegd overwegen dat de vaststelling louter theoretisch is in die zin dat niet wordt meegewogen of het voor de verzekerde mogelijk is om daadwerkelijk het verzekerde beroep uit te oefenen voor de arbeidsduur waarvoor hij arbeidsongeschikt is verklaard.

Het Hof Den Bosch volgde in zijn arrest van 11 mei 2011¹⁴⁰ ook de hiervoor beschreven hoofdregel dat het ten dele niet kunnen verrichten van werkzaamheden die zijn verbonden aan het beroep in beginsel leidt tot gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Verzekerde vorderde betaling van arbeidsongeschiktheid van 100%. Ter onderbouwing stelde hij 100% arbeidsongeschikt te zijn voor het werven van opdrachten en personeel en 75% arbeidsongeschikt voor administratie en organisatie. De (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid voor voormelde deeltaken brengt immers met zich dat hij zijn onderneming niet kan leiden. Hij is derhalve 100% arbeidsongeschikt als ondernemer, aldus verzekerde. Verzekeraar stelde dat het enkele feit verzekerde 100% arbeidsongeschikt was voor het werven van opdrachten en personeel en 75% arbeidsongeschikt voor de administratie en organisatie, niet met zich bracht dat hij geen uitvoerende werkzaamheden kon verrichten. Hij was immers zeer wel in staat werk voor zichzelf te werven (en vervolgens uit te voeren), aldus verzekeraar. Het hof stelde voorop dat tussen partijen vaststaat dat verzekerde 100% arbeidsongeschikt was voor het werven van opdrachten en personeel (15 uur per week), 75% arbeidsongeschikt voor de administratie en organisatie (15 uur per week), 50% arbeidsongeschikt voor het halen en brengen van personeel (10 uur per week), en niet arbeidsongeschikt voor de uitvoerende werkzaamheden (40 uur per week). Volgens de polis van de arbeidsongeschiktheidsverzekering is het beroep waarvoor verzekerde zich heeft verzekerd dat van:

“Exploitant van een agrarisch uitzendbureau, meewerkend.”

Het hof was – met verzekeraar – van oordeel dat deze vermelding in die zin dient te worden uitgelegd dat het verzekerde beroep als zelfstandige ondernemer mede omvat het meewerken in zijn agrarisch uitzendbureau. En dus ook de verrichte uitvoerende werkzaamheden. Voor een andere uitleg had verzekerde onvoldoende duidelijk en concreet feiten en omstandigheden gesteld. Het feit dat ook de uitvoerende werkzaamheden vallen onder het verzekerde beroep brengt met zich dat bij de vaststelling van het arbeidsongeschiktheidspercentage de eventuele beperkingen die ten aanzien van deze werkzaamheden gelden en het aantal daaraan bestede uren dienen te worden betrokken. Hieruit volgt dat het enkele feit dat verzekerde volledig arbeidsgeschikt is voor de uitvoerende werkzaamheden, terwijl hij de helft van zijn werktijd aan deze werkzaamheden besteedde, reeds met zich brengt dat hij niet 100% arbeidsongeschikt is in de polisvoorwaarden, aldus nog steeds het hof. Anders dan verzekerde betoogde, volgt uit het gegeven dat hij volledig arbeidsongeschikt is voor het werven van opdrachten en personeel, terwijl hij 75% arbeidsongeschikt is voor de administratie en organisatie, niet dat verzekerde volledig arbeidsongeschikt is als ondernemer. Het werven van opdrachten en personeel en administratie en organisatie laat immers onverlet laat dat hij zeer wel in staat is werk te werven voor zichzelf en dit uit te voeren. Ook dan is hij immers ondernemer, zij het beperkt tot het werven en uitvoeren van opdrachten voor zichzelf, aldus nog steeds het hof dat – naar mijn mening geheel terecht en begrijpelijk – besluit dat verzekerde

¹⁴⁰ ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ:5179. Cassatie tegen het arrest van het hof is door de Hoge Raad verworpen op grond van art. 81 RO (ECLI:NL:HR:2011:BR5213).

dus niet geheel, maar slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden.¹⁴¹

Ook de Rechtbank Rotterdam gaat in haar vonnis van 17 april 2013¹⁴² uit van de hoofdregel dat de verzekerde die gedeeltelijk niet in staat is om de werkzaamheden die aan het beroep zijn verbonden in beginsel gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. De rechtbank tekende echter wel de door het Hof Amsterdam bij arrest van 12 januari 2010 geformuleerde uitzondering aan.¹⁴³ Dienaangaande overwoog de rechtbank dat vast stond dat bij de taak ‘halen en brengen van personeel’ sprake was van 50% arbeidsongeschiktheid; bij de taak ‘het werven van opdrachten en personeel’ was sprake van 100% arbeidsongeschiktheid. Bij de taak ‘administratie en organisatie’ bedroeg de mate van arbeidsongeschiktheid 75%. Naar de overtuiging van de rechtbank had verzekeraar onvoldoende verweer gevoerd tegen de stelling van verzekerde dat, hoewel hij de taak halen en brengen van personeel wellicht een stukje kon verrichten, dat onverlet liet dat hij die taak feitelijk als geheel niet meer kon verrichten. De rechtbank achtte dan ook onbegrijpelijk het uitgangspunt van de medisch adviseur van verzekeraar dat verzekerde twee keer per dag een half uur kon autorijden en dus op dat punt 50% arbeidsongeschikt was. Verzekerde kon daarmee immers slechts twee keer de helft van de voor het halen en brengen van personeel benodigde tijd besteden. Dat kwam de facto neer op de situatie dat het personeel niet op de werklocatie werd gebracht c.q. daarvan werd teruggebracht. Daarom ging de rechtbank ervan uit dat voor die taak 100% arbeidsongeschiktheid bestond. Afgezet tegen het aantal uren per taak resulteerde dit mitsdien in een arbeidsongeschiktheid van 54%.

Inzet van het arrest dat het Hof 's-Hertogenbosch wees op 28 april 2009¹⁴⁴ vormde de hiervoor bedoelde polisvoorwaarde dat de verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid buiten beschouwing blijft. Ter bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid waren partijen overeengekomen dat passende arbeid was verzekerd. Verzekeraar betoogde dat, gelet op die bepaling, geen rekening behoefde te worden gehouden met de omstandigheid dat voor de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerkster het niet goed mogelijk was om het door de verzekeringsgeneeskundige voorgestelde arbeidspatroon van 3 uur werken, 2 uur rusten en dan weer 3 uur werken, werk te vinden. Die opvatting deelde het hof niet. Immers:

“Bij de beantwoording van de vraag hoe de bewuste bepaling moet worden uitgelegd, komt het aan op de zin die verzekerde en verzekeraar over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan die bepaling mochten toekennen en op grond van hetgeen zij dienaangaande redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Nu het in dezen gaat om de uitleg van een voorwaarde die deel uitmaakt van de polisvoorwaarden van de arbeidsongeschiktheidsverzekering waarover tussen partijen niet pleegt te worden onderhandeld, is de uitleg daarvan met name

141 Zie in gelijke zin: Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698 en Rb. Utrecht 29 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BS7503.

142 ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698.

143 ECLI:NL:GHAMS:2010:5130.

144 103.000.024 (n.g.).

afhankelijk van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel.”

Naar het oordeel van het hof impliceren de gekozen bewoordingen niet zonder meer de door verzekeraar gestelde beperkingen, terwijl voorts geldt dat verzekerde uit de tekst redelijkerwijs niet heeft hoeven afleiden dat zij geen recht heeft op een uitkering bij het bestaan van de enkele mogelijkheid om een van de in aanmerking gekomen passende functies conform dat arbeidspatroon te verrichten. Het moet immers, zo vervolgt het hof:

“Wel degelijk gaan om een reële mogelijkheid om die functies onder die voorwaarden uit te kunnen oefenen.”

Wat betreft de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerker/commerciële functies is deze reële mogelijkheid er niet. Aangezien ook uit het door de arbeidsdeskundige verrichte uitgebreide onderzoek blijkt dat het door de verzekeringsgeneeskundige aangegeven arbeidspatroon van 3 uur werken, 2 uur rusten en 3 uur werken bepaald niet reëel is, gaat het hof daaraan dan ook voorbij.

Bij arrest van het Hof Den Bosch van 9 maart 2010¹⁴⁵ deed zich de situatie voor dat verzekerde binnen de eigen onderneming werkzaamheden uitvoerde en daarbij haar restcapaciteit benutte. Verzekeraar stelde zich op het standpunt dat het in een dergelijke situatie gebruikelijk was om te blijven uitgaan van het arbeidsongeschiktheidspercentage dat geldt bij het uitvoeren van het werk. Ook wanneer er daarna geen eigen onderneming meer voorhanden is. Het hof deelde dat standpunt niet. De deskundige was tot de conclusie gekomen, dat voor verzekerde geen passende arbeid te duiden viel, ook niet in de horeca. Uitsluitend omdat verzekerde op dat moment in de omstandigheid verkeerde dat zij met haar echtgenoot een eigen horecaonderneming dreef, waarin zij na het ongeval aanvankelijk gedeeltelijk heeft kunnen doorwerken, heeft de arbeidsdeskundige de arbeidsongeschiktheid gesteld op 59%. En niet op 100%. Het hof vervolgt dan dat als de feitelijke omstandigheid voor het voorhanden zijn van de eigen onderneming wegvalt dat met zich meebrengt dat de conclusie resteert dat geen passende arbeid te duiden valt, zodat de arbeidsongeschiktheid vanaf dat moment 100% bedraagt. Een verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid omdat de arbeidsmarkt zodanig zou zijn dat een op zichzelf passende functie wegens de economische situatie niet te verkrijgen is, doet zich hier in het geheel niet voor, aldus het hof.¹⁴⁶

¹⁴⁵ ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9728.

¹⁴⁶ Vgl. omtrent beoordeling van de geschiktheid voor passende arbeid ook: Hof Arnhem 29 maart 2005, L&S 2005/210; Hof Amsterdam 16 oktober 1997, *Vrb.* 1997, p. 122-123, ook t.k.u. E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 398-399 en Rb. Den Haag 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN9319.

De register-arbeidsdeskundige moet rapporteren overeenkomstig de eisen van de Gedragscode SRA. Meer specifiek blijkt uit art. 3 van de Gedragscode SRA dat tot die eisen behoort:¹⁴⁷

- A. dat in het rapport op inzichtelijke en consistente wijze wordt uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt;
- B. dat de in die uiteenzetting genoemde gronden op hun beurt aantoonbaar voldoende steun vinden in de feiten, omstandigheden en bevindingen in het rapport;
- C. dat bedoelde gronden de daaruit getrokken conclusie kunnen rechtvaardigen;
- D. beperkt de rapportage zich tot de deskundigheid van de rapporteur;
- E. kon de methode van onderzoek, teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen tot het beoogde doel leiden, dan wel heeft de rapporteur daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid overschreden.

Ter beantwoording van de vraag of de arbeidsdeskundige zijn oordeel voldoende had gemotiveerd, is relevant het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 28 oktober 2009.¹⁴⁸ Verzekeraar betoogde dat de door de arbeidsdeskundige geschatte uitval voor bepaalde taken op 3/5 en 1/3 te vaag was en te mager was onderbouwd. De rechtbank verwierp dat verweer door te overwegen dat uitval tot op zekere hoogte wordt geschat en dus niet precies kan worden onderbouwd. Dat is inherent aan de vraag naar de schatting van de mate van arbeidsongeschiktheid aan de arbeidsdeskundige, aldus de rechtbank. Dat de arbeidsdeskundige die mate inschat blijkt ook uit het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 21 mei 2008.¹⁴⁹

Strengere eisen aan de schadebehandeling door verzekeraar stelt het Hof Amsterdam op 30 november 2010¹⁵⁰ na verwerping van het cassatieberoep terugverwijzing door de Hoge Raad bij arrest 17 oktober 2008.¹⁵¹ Verzekerde had zich arbeidsongeschikt gemeld. Verzekeraar weigerde uitkering. In de kern stelde hij dat verzekerde geen inkomsten had gederfd ten gevolge van de gestelde arbeidsongeschiktheid. Verzekeraar wees als relevante oorzaak van de inkomstenderving het faillissement van het bouwbedrijf van verzekerde aan. Verzekerde nam daar geen genoegen mee en diende een vordering in bij de rechtbank. Aldaar ontspoon zich de discussie of sprake was van een sommen-dan wel een schadeverzekering. De rechtbank deelde de visie van verzekerde dat een sommenverzekering was overeengekomen. Dat standpunt bleef in hoger beroep en in cassatie intact. Na verdere behandeling bij de rechtbank had verzekeraar evenwel geen uitvoering

147 Zie voor toepassing in de praktijk de beslissingen van het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege SRA van 28 februari 2011, 2 februari 2009 en 24 november 2003, alle te kennen via www.register-arbeidsdeskundigen.nl.

148 ECLI:NL:RBUTR:2009:BK1414.

149 ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2391.

150 ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7193. Het Hof Arnhem wees op 4 november 2008 (*RAV* 2009/6) ook de volledige uitkering toe, door (kort gezegd) te overwegen dat verzekeraar onvoldoende onderzoek had verricht ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. De stellingen van verzekerde waren daardoor naar het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd bestreden en stonden daarmee dus in rechte vast. Onvoldoende betwist achtte ook de Rb. Amsterdam de door verzekerde gestelde arbeidsongeschiktheid bij vonnis van 6 april 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4749). Zie in gelijke zin: V.zr. Rb. Arnhem 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BS7493; Rb. Amsterdam 6 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4749 en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 182 van 3 augustus 2011.

151 ECLI:NL:HR:2008:BF0006.

gegeven aan art. 16 van de toepasselijke polisvoorwaarden. Daarin was neergelegd dat de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering in de periode waarvoor deze zal gelden, wordt vastgesteld aan de hand van gegevens van door de verzekeraar aan te wijzen medische en andere deskundigen. De rechtbank gelastte een deskundigenbericht onder benoeming van een psychiater. De door de rechtbank benoemde arbeidsdeskundige rapporteerde vervolgens niet omdat geen belastbaarheidsprofiel was opgesteld en de arbeidsdeskundige zonder zo'n lijst niet verder kon. Teneinde in die lacune te voorzien benoemde de rechtbank na de raadpleging van partijen een andere deskundige. Verzekeraar moest daartoe een voorschot voldoen, maar liet tijdige betaling na. Zelfs na daartoe opnieuw door de rechtbank in de gelegenheid te zijn gesteld. De rechtbank verbond daaraan de gevolgtrekking dat de zaak beslist moest worden zonder dat rekening werd gehouden met een nader deskundigenonderzoek naar de mate van arbeidsongeschiktheid. Dat kwam verzekeraar duur te staan en leidde tot integrale toewijzing van de vorderingen, omdat de rechtbank van oordeel was dat onvoldoende was bestreden dat verzekerde volledig arbeidsongeschikt was. Ook in appèl. Het hof constateerde immers dat verzekeraar ook toen nog geen uitvoering had gegeven aan art. 16 van de polisvoorwaarden. Evenmin had zij de rechter verzocht om een voorlopig deskundigenbericht of enige andere actie ondernomen om de afwikkeling van het geschil te bespoedigen. De belangen afwegend achtte het hof het onverantwoord om verder onderzoek, als toen door verzekeraar gewenst, te bevelen in aanmerking genomen het klemmende belang dat voor verzekerde in het geding was.

24.6.3 *Kan van verzekerde gevergd worden zich onder behandeling te stellen ter beperking mate van arbeidsongeschiktheid?*

De vraag doet zich in de praktijk voor of en, zo ja, op welke voorwaarden verzekeraar verzekerde verdere uitkeringen krachtens de polis zou kunnen onthouden, indien verzekerde zich – kort gezegd – niet of niet adequaat laat behandelen. Naast de inhoud van de toepasselijke polisvoorwaarden is voor de beantwoording van deze vraag van belang om het karakter van de in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering te bepalen. Meer specifiek of de arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering is of een sommenverzekering. Dat heeft immers gevolgen voor de beantwoording van de vraag welke wettelijke bepalingen op de polis van toepassing zijn, naast de toepasselijke polisvoorwaarden. Voor schadeverzekeringen geldt immers (naast de algemene bepalingen uit Afdeling 1 van Titel 7.17 BW) Afdeling 2; voor sommenverzekeringen geldt Afdeling 3. In de laatste situatie zijn partijen immers een verzekering met elkaar aangegaan waarvan het onverschillig is of – en in hoeverre – met de uitkering schade wordt vergoed, aldus bepaalt art. 7:964 BW. Bovendien mist dan (bijvoorbeeld) art. 7:957 BW toepassing waarin de bereddingsplicht is neergelegd.¹⁵² Afgezien daarvan is met name

¹⁵² Vgl. in dit verband: M.L. Hendrikse, 'Enige knelpunten aangaande de wettelijke regeling van de bereddingsplicht en de bereddingskosten', in: *Knelpunten in het verzekeringsrecht*, Deel 2, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 18-20 waarin hij de wetgever aan de hand van rechtsvergelijking met Zwitserland en België voor sommenverzekeringen oproept tot heroverweging van titel 7.17 BW en aanverwante regelgeving.

relevant de inhoud van de toepasselijke polisvoorwaarden. Voor wat betreft de uitleg daarvan komt het aan op de zin waarin verzekerde de polisbepalingen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen opvatten.¹⁵³ De mogelijkheid bestaat dat verzekerde zich niet zozeer keert tegen een bepaalde uitleg van het beding, maar van oordeel is dat onder de gegeven omstandigheden toepassing (of ongewijzigde toepassing) van dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁵⁴ Doorgaans luidt de in de polisvoorwaarden neergelegde verplichting van verzekerde in de trant van:

- a. zich onverwijld onder behandeling van een geregistreerd geneeskundige te stellen, onder behandeling te blijven, alle voorschriften nauwkeurig op te volgen en alles na te laten wat een spoedig herstel zou kunnen vertragen of verhinderen;
- b. al het mogelijke te doen wat een spoedig herstel zou bevorderen, waaronder begrepen het – mede naar aanleiding van therapeutische suggesties – ondergaan van onderzoeken en/of behandelingen die berusten op algemeen erkende medisch-wetenschappelijke overwegingen;
- c. zich te onthouden van handelingen of het nalaten van handelingen waardoor de belangen van de verzekeraar kunnen worden geschaad.

Sommige polisvoorwaarden bepalen dat over de periode dat aan deze verplichtingen niet tijdig of niet volledig is voldaan, geen verdere aanspraak kan worden gemaakt op uitkering. In Nederland bestaat vrijwel geen rechtspraak over dit onderwerp. De enige mij bekende beslissing is afkomstig van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 20 december 2011.¹⁵⁵ Naar haar oordeel had verzekeraar de claim terecht afgewezen, omdat verzekerde niet was behandeld door een door het Nederlands Instituut voor Psychologen erkende psycholoog, zoals de van toepassing zijnde polisvoorwaarden bepaalden. Er bestaat echter talrijke Amerikaanse jurisprudentie. Naar zal blijken¹⁵⁶ wijst de rechter een dergelijke stelling van verzekeraar doorgaans van de hand, indien aan de te ondergane geneeskundige behandeling risico's verbonden zijn, de kans op het welslagen ervan onduidelijk is en/of de tekst van de toepasselijke polisvoorwaarden verzekerde tot het ondergaan daarvan niet expliciet verplicht. Dat uitgangspunt ligt in lijn met de opvatting in de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van de schadebeperkingsverplichting die rust op letselschadeslachtoffers. Zo nam het Hof Arnhem bij arrest van 23 mei 2006¹⁵⁷ tot uitgangspunt dat:

“Iedere operationele ingreep een inbreuk op de lichamelijke integriteit betekent en dat iedere operatie in meer of mindere mate risico's met zich meebrengt. Derhalve met betrouwende een aanmerkelijke ruimte worden gelaten zonder verlies van recht op schadevergoeding de mogelijke consequenties van een dergelijke ingreep af te wegen tegen het voortduren van de klachten”.

153 Vgl. HR 6 juni 2003, *NJ* 2004/670.

154 Art. 6:248 lid 2 BW; Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/355.

155 Nr. 2011-357.

156 *Casson v. Nationwide Ins. Co.*, 455 A. 2d 361 (Del. 1982); *Heller v. The Equitable Life Ass. Soc. of the United States*, 833 F. 2d 1253 (7th Cir. 1987). Het vermelden waard is voorts de zaak *Blasbalg v. Massachusetts Casualty Ins. Co.* (962 F. Supp. 362, N.Y. 1997) waarin de rechter zich eveneens op het standpunt stelde dat bij gebreke van een duidelijke polisvoorwaarde aan verzekerde het niet-ondergaan van een behandeling niet was tegen te werpen.

157 GJ 2006, 137.

In de zaak *Casson v. Nationwide Ins. Co.*¹⁵⁸ wilde verzekerde geen revalidatie-behandeling ondergaan. Verzekeraar staakte daarop verdere uitkeringen. Volgens het Superior Court van Delaware bestond hierover in de jurisprudentie geen *communis opinio* door te overwegen als volgt:

“Accordingly to what appears to be the majority view, and that espoused by the plaintiff, in the absence of a contractual requirement the insured need not attempt to minimize his disability by undergoing medical treatment. This is based upon the principle that an insured should not be required to incur expense or risk injury or death where the insurer who drafted the contract did not incorporate such a provision. The imposition by law of such a requirement would, in effect the terms of the policy beyond those agreed to by the parties”.

Om vervolgens ten aanzien van het toepasselijk recht van de staat Delaware te overwegen als volgt:

“Delaware decision law is aligned with the opposite view, that an insured must submit to treatment to which a reasonably prudent man would ordinarily submit if the disability is correctable. If the insured fails or refuses to submit to reasonable treatment recommended by competent physicians, he is precluded from recovery for the disability for the period the cure would have become effective”.

Rees vervolgens de vraag wat een ‘onredelijke weigering’ was. Daartoe achtte het Superior Court de volgende vier factoren in het bijzonder relevant:

- A. het risico waarmee de aanbevolen behandeling gepaard gaat;
- B. de pijn en het ongemak dat het gevolg is van die behandeling;
- C. de redelijke verwachting dat de mate van arbeidsongeschiktheid afneemt als gevolg van de voorgestelde behandeling, gevolgd door de mogelijkheid voor verzekerde om daardoor terug te kunnen keren in het arbeidsproces;
- D. of een redelijke persoon de behandeling zou ondergaan.¹⁵⁹

In de zaak *Heller v. The Equitable Life Ass. Soc of the United States*¹⁶⁰ wierp verzekeraar verzekerde tegen dat hij behandeling wegens een “carpaal tunnelsyndroom” moest ondergaan. Dat weigerde hij. Het hof overwoog daarover:

“In the absence of a clear, unequivocal and specific contractual requirement that the insured is obligated to undergo surgery to attempt to minimize his disability, we refuse to order the same.”

Verzekeraar had voorts nog aangevoerd dat de behandeling van het carpaal tunnelsyndroom ‘common’ was en ‘of a minor low-risk variety’, zodat naar haar oordeel ook om die reden het ondergaan ervan door verzekerde in redelijkheid mocht worden verlangd. Het hof verwierp dat. De polis bevatte naast het

¹⁵⁸ 455 A. 2d 361 (Del. 1982).

¹⁵⁹ Dienaangaande overwoog het Superior Court dat beantwoording van die vraag afhankelijk is van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval, waarbij het erop wees dat – nu sprake was van een tegenstrijdig feitencomeplex – fact-finding door de jury diende plaats te vinden.

¹⁶⁰ 833 F. 2d 1253 (7th Cir. 1987). Zie omtrent deze zaak voorts: K.S. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, 3e editie, p. 367 en volgende.

ondergaan van een ‘behandeling’ immers evenmin bepalingen met betrekking tot het ondergaan van ‘operatief ingrijpen’. Om te vervolgen dat:

“A slightly different situation is presented where the insurer requests the insured to undergo an operation to clear up the difficulty. The better rule is to the effect that the insured, in the absence of a specific policy provision so declaring, is under no obligation whatsoever to the insurer to help it rid itself of its obligations, particularly where an operation is demanded. Accordingly, the insured may refuse to undergo an operation and the insurer must continue to make disability payments to him.”

Vervolgens overwoog het hof dat – zelfs al zou in de polis met zoveel woorden de clause opgenomen zijn dat verzekerde een ‘reasonably essential’ ingreep diende te ondergaan – dat voor deze ingreep niet gold, vanwege de met de ingreep gepaard gaande risico’s. Deze omschreef zij – onder verwijzing naar een brief van de neuroloog die verzekerde behandelde – als volgt:

“Among the complications are as follows: number one, you can cut the palmer cutaneous nerve (...) lose sensation on the palm of your hand. Number two, you can develop a thick hypertrophic scar, because you have to go across the wrist. Number three, if you are not careful, because there are twenty-nine anatomical variations of the motor enervation of the median nerve, if a surgeon is not careful, he can easily cut the motor branch of the median nerve, which goes into the thumb. Number four, and the most common complication associated with carpal tunnel, is incomplete release; and therefore, people who have gone through surgery and have woken up with the same problem they began with. Number five, you can develop infection; number six, you can develop adhesions on the synovium. Number seven, if you explore the carpal tunnel you can develop, because of the nature of the small area that you are working at, if you feel you need to lysis the nerve, you can develop bleeding within the carpal tunnel (...).”

Met name ook achtte het hof bij beoordeling van deze stelling van verzekeraar relevant dat van het carpaal tunnelsyndroom bekend was dat het ook na operatief ingrijpen kon terugkeren. Dat bleek in de praktijk meer dan eens het geval te zijn.

In de Nederlandse literatuur wordt ten aanzien van letselschade, zij het wel uitdrukkelijk met enige terughoudendheid, betoogd dat het slachtoffer zich, voor zover nodig, ter beperking van de schade aan de gebruikelijke medische behandeling moet onderwerpen en medische adviezen moet opvolgen.¹⁶¹ Hoe- ver die gehoudenheid reikt hangt af van de omstandigheden van het geval. Het verlangen van een medische behandeling is te rechtvaardigen, indien het volgen van de behandeling daadwerkelijk tot een vergroting van de belastbaarheid leidt. Wanneer de arbeidsongeschiktheid immers niet¹⁶² door nalaten is vergroot schaadte verzekerde in beginsel de belangen van verzekeraar niet. Daarnaast is bijvoorbeeld van belang de waarschijnlijkheid dat de behandeling tot herstel of

161 Vgl. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 165 e.v. en M. Opdam, *Re-integratie bij letselschade* (diss. Amsterdam VU) 2014, p. 135-140.

162 Vgl. M. Opdam, *Re-integratie bij letselschade* (diss. Amsterdam VU) 2014, p. 136. Zo is het missen van een controle afspraak in beginsel geen grond bij letselschade voor vermindering van de schadevergoedingsplicht van de dader, aldus Rb. Arnhem 6 juni 2012, *JA* 2012/151. Zie ook Rb. Amsterdam 11 april 2012, *JA* 2012/124, waarin onvoldoende vaststond dat de schade minder hoog zou zijn geweest indien sprake was van een eerdere behandeling.

een wezenlijke verbetering leidt, de risico's die aan de behandeling zijn verbonden en de mate van pijn die is te verwachten. Ook de leeftijd, de algemene gezondheidstoestand en de medische voorgeschiedenis van het slachtoffer zijn hierbij van belang. Tevens moet rekening worden gehouden met de gevoelens, de beweegredenen en de bedenkingen van het slachtoffer. Omstandigheden dus van subjectieve aard. Algemeen wordt in het letselschaderecht aangenomen dat het slachtoffer niet te hard mag vallen.¹⁶³ Met name niet wanneer de aanbevolen behandeling een operatie is.¹⁶⁴

De Nederlandse rechter is geneigd om de weigering van slachtoffers van een letselschade om een heelkundige ingreep te ondergaan slechts marginaal te toetsen. Een redelijk motief voor weigering is de angst van het slachtoffer voor operatief ingrijpen na hetgeen ten gevolge van het ongeval al was doorstaan.¹⁶⁵ De Rechtbank Groningen was van oordeel dat van het slachtoffer niet kon worden gevergd dat hij zich aan een operatie onderwierp. Weliswaar kon enerzijds worden gezegd dat die zijn invaliditeit zou kunnen verminderen. Anderzijds echter ging die met grote risico's gepaard. Bovendien had het slachtoffer reeds een longafwijking. Daarmee was een sterk vergroot operatierisico gegeven.¹⁶⁶ De beslissing om zich niet te laten opereren lag in de bewoordingen van de rechtbank, bij het slachtoffer. Deze beslissing dient te worden gerespecteerd nu die op een zo persoonlijk terrein ligt. Een vergelijkbare gedachtegang lag ten grondslag aan het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 22 juni 1978.¹⁶⁷ De rechtbank oordeelde daar dat de plicht van het slachtoffer om de schade te beperken niet zover reikte dat hij zich aan een operatieve resectie van het staartbeen zou moeten onderwerpen. Terecht wees het slachtoffer op de diverse operaties die hij in verband met het ongeval al had moeten ondergaan en het daarmee verband houdende lijden. Bovendien kleefden daar risico's aan. De rechtbank overwoog dat een operatie een fundamentele ingreep is op de integriteit van het lichaam. Daarom moet het slachtoffer de ruimte worden gelaten de consequenties van een zodanige ingreep af te wegen tegen het voortduren van zijn klachten. Diezelfde opvatting was de Rechtbank Amsterdam toegedaan bij vonnis van 24 oktober 1984.¹⁶⁸ Een hoornvliestransplantatie na een mishandeling zou tot een aanzienlijke verbetering van het gezichtsvermogen kunnen leiden, maar kon naar de opvatting van de rechtbank niet worden gevergd van het slachtoffer. Van recentere datum is het arrest van het Hof Arnhem van 19 december 2006,¹⁶⁹ waarin hij overwoog dat iedere operatieve

163 Strenge eisen in dit verband stellen D.M. Gouweloos en H. Lebbing, *TVP* 2005, p. 106-107 die menen dat de benadeelde zich binnen de grenzen van zijn mogelijkheden optimaal moet inspinnen voor genezing, herstel van arbeidsongeschiktheid en het zoveel mogelijk benutten van de arbeidscapaciteit.

164 Zie in het verlengde van deze problematiek binnen de bandbreedte van art. 6:101 BW ten aanzien van omscholing of de aanvaarding van ander werk voorts: M. Opdam, 'Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten', *TVP* 2009, p. 100-108; T. Hartlief, *AV&S* 2005/27, p. 166-167 die op basis van de rechtspraak stelt dat niet al te snel van een benadeelde zal worden gevergd dat hij genoegen neemt met ander werk dan hij voor het ongeval deed; N. Frenk, *AV&S* 2006/7, p. 43 die eveneens betoogt dat de plicht tot beperking van schade er niet spoedig toe zal mogen leiden dat de benadeelde een levenspatroon wordt opgedrongen dat hij niet wenst.

165 Rb. Amsterdam 25 mei 1965, *VR* 1968/101.

166 Rb. Groningen 20 februari 1976, *VR* 1980/4.

167 *VR* 1978/117.

168 *VR* 1986/60.

169 *VR* 2007/84.

ingreep een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de betrokkene met zich brengt en aan iedere operatie in meer of mindere mate een risico is verbonden. Dus moet het slachtoffer een aanmerkelijke ruimte worden gelaten om, zonder verlies van recht op schadevergoeding, de mogelijke consequenties van een dergelijke ingreep af te wegen tegen het voortduren van de klachten. Nu aan het slachtoffer geen zekerheid kon worden gegeven over de mate van waarschijnlijkheid dat de operatie tot herstel of tot verbetering van de klachten zou leiden, terwijl het risico van complicaties niet kan worden uitgesloten, kon en mocht zij in redelijkheid besluiten om geen hersteloperatie te ondergaan. Daarbij betrok het hof wel mede dat het slachtoffer gelet op haar eerdere ervaringen met medische ingrepen het vertrouwen in de medische stand had verloren.¹⁷⁰

Kortom, in het letselschaderecht gaat het erom te beoordelen of een dergelijke weigering een schending van de schadebeperkingsplicht is, waarbij het antwoord op die vraag steeds afhankelijk wordt gesteld van de vraag of het slachtoffer in redelijkheid tot zijn afweging heeft kunnen komen. Bij die beoordeling spelen dan relatief veelal objectieve criteria een rol zoals leeftijd, gezondheidstoestand, medische voorgeschiedenis van het slachtoffer, risico's, mogelijke pijn en vooruitzichten tot verbetering. Daarbij wijs ik er wel op dat het in de genoemde jurisprudentie steeds ging om aanbevolen operaties die niet een levensbedreigende situatie beoogden te beëindigen, maar slechts waren gericht op vermindering van het invaliditeitspercentage. Gezien de menselijke overlevingsdrang is het aannemelijk dat weigeringen van medisch gezien meer noodzakelijke operaties niet of nauwelijks voorkomen. Het spreekt naar de overtuiging van Keirse vanzelf dat dergelijke weigeringen in levensbedreigende situaties over het algemeen minder snel de toets der kritiek zullen kunnen doorstaan.¹⁷¹

De Nederlandse letselschadejurisprudentie wijst overigens uit dat de rechter vooral terughoudend toetst bij heelkundige ingrepen. Zo oordeelde bijvoorbeeld het Hof Leeuwarden immers strenger bij arrest van 21 november 2001¹⁷² over de weigering van het slachtoffer van een auto-ongeval om een psychotherapeutische behandeling te ondergaan. Die behandeling was hem aangeraden door een zenuwarts. Ook de geraadpleegde deskundigen oordeelden dat de therapie de klachten naar alle waarschijnlijkheid hadden kunnen beperken. Het hof oordeelde dat zich in casu de bijzondere omstandigheid voordeed dat het slachtoffer zich onvoldoende had ingespannen voor zijn herstelproces en verminderde de schadevergoeding dienovereenkomstig. Ook de Rechtbank Zwolle¹⁷³ oordeelde dat de weigering van een slachtoffer om fysiotherapie, relaxatietherapie en een psychologische behandeling te ondergaan voor diens eigen rekening zou moeten komen.

Een meer specifiek praktijkvoorbeeld ter illustratie is de vraag of, en in hoeverre, binnen het bestek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering van

170 Zie in gelijke zin: Hof Arnhem 23 mei 2006, *NJ* 2006/137.

171 Vgl. A.L.M. Keirse, *TvP* 2002, p. 50.

172 ECLI:NL:GHLEE:2001:AD7178.

173 ECLI:NL:RBZWO:2004:AO9003.

verzekerde die kampt met chronische vermoeidheidsklachten zou mogen worden verlangd om een revalidatieprogramma met cognitieve gedragstherapie te volgen. Stel dat de verzekerde daarvoor in aanmerking zou komen en stel dat in de polis de (hierboven besproken) algemene verplichting is opgenomen al het mogelijke te doen om het herstel te bevorderen. Cognitieve gedragstherapie en gedoseerde oefentherapie zijn vooralsnog de enige vormen van behandeling die bewezen effectief zijn voor patiënten met CVS.¹⁷⁴ Een studie in het Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde uit 2006¹⁷⁵ maakt duidelijk dat CVS-revalidatie in een klinische setting leidt tot statistisch significante en klinisch relevante verbeteringen in functioneren, zowel voor wat betreft de vermoeidheid en de beperkingen, als ook fysiek functioneren. Ervan uitgaande dat aan deze behandelingsmethodiek geen relevante risico's kleven, zou ik dan ook – de wederzijdse belangen afwegende – menen dat van verzekerde in beginsel verwacht mag worden om een dergelijke therapie te ondergaan, indien verzekeraar dat verlangt.¹⁷⁶

24.7 Einde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering en het recht op uitkering

Veel particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kennen de verzekerde ook na het einde van de verzekeringsovereenkomst¹⁷⁷ – onder voorwaarden – nog een recht op uitkering toe.¹⁷⁸ Doorgaans luidt de aldus van toepassing zijnde polisvoorwaarde dat de mate van arbeidsongeschiktheid na het einde van de verzekering niet meer kan toenemen.¹⁷⁹ In de branche zijn echter eveneens polisvoorwaarden in omloop waarin is neergelegd dat de uitkering niet doorloopt, maar eindigt op de dag waarop de verzekering eindigt.¹⁸⁰ Deze polisvoorwaarde

174 Vgl. K. Fukuda c.s., The chronic fatigue syndrome: a comprehensive approach to its definition and study. International Chronic Fatigue Syndrome Study Group. *Ann. Intern. Med.* 1994;121:953-9; J.R. Price, G. Bleijenberg c.s., Cognitive behaviour therapy for chronic fatigue syndrome: a multicentre randomised controlled trial. *Lancet* 2001; 357: 841-7; Het chronische vermoeidheidssyndroom. Publicatienummer 2005/02. Den Haag: Gezondheidsraad; 2005.

175 M. Torenbeek c.s., Gunstige resultaten van een revalidatieprogramma met cognitieve gedragstherapie en gedoseerde fysieke activiteit bij patiënten met het chronische-vermoeidheidssyndroom, *NTvG* 2006, p. 2088-2094. Zie over dit onderzoek ook: K. Jonker en A. M. van Hemert, Behandeling van patiënten met het chronische vermoeidheidssyndroom, *NTvG* 2006, p. 2067/2068.

176 Vgl. in dit verband: Rb. Zwolle 24 maart 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:AO9003 waarin wordt overwogen dat de weigering van een verkeersslachtoffer om fysiotherapie, relaxatietherapie en psychologische begeleiding te ondergaan voor diens eigen rekening moet blijven. Zie in gelijke zin: Hof Leeuwarden 21 november 2001, ECLI:NL:GHLEE:2001:AD7178).

177 Vgl. in dit verband ook: Rb. Den Haag 29 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC9920 (*onterecht royement*); Rb. Den Haag 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6564 (*tussenpersoon voldoende gewaarschuwd voor gevolgen opzegging*); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-68 van 2 maart 2012 (*aandelenverkoop rechtvaardigt einde polis*); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-352 van 6 december 2013 (*onterechte toepassing en-bloc clause*).

178 Vgl. Rb. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX2398, waarin de rechtbank van oordeel is dat verzekeraar de zorgplicht heeft geschonden door bij opzegging door verzekeringnemer niet te wijzen op verval van het recht op uitkering, nu ook eerder ingetreden arbeidsongeschiktheid na de einddatum (ook) niet meer gedekt was.

179 Vgl. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-247 van 1 augustus 2013.

180 Zie ook: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-25 van 29 augustus 2013, waarin zij van oordeel is dat geen recht bestaat op uitkering over de maand volgend op die waarin de verzekerde eindleeftijd is bereikt. In gelijke zin: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-80 van 19 maart 2013.

vormde enkele keren inzet van een gerechtelijke procedure en rechtvaardigt aldus bespreking. Van belang is allereerst het vonnis dat de Rechtbank Rotterdam wees op 9 december 2009.¹⁸¹ De van toepassing zijnde polisvoorwaarden bepaalden dat pas recht op uitkering bestond na afloop van de eigen risicotermijn. Die termijn begint te lopen vanaf de eerstvolgende dag na die waarop een arts heeft geoordeeld dat de verzekerde arbeidsongeschikt is. De uitkering stopt op de dag dat de verzekering eindigt. Verzekerde betoogde dat een redelijke uitleg van de polisvoorwaarden met zich bracht dat de maximale uitkeringstermijn van 7 jaar ging lopen vanaf 1 april 2008, zijnde de datum waarop hem een hartinfarct was overkomen. De verzekering eindigde op 28 april 2008.

De rechtbank verwierp dit standpunt. Aan de bewoordingen van de polis dient naar het oordeel van de rechtbank redelijkerwijze de betekenis te worden toegekend dat de uitkering onvoorwaardelijk eindigt bij het bereiken van de einddatum van de verzekering. In de polis, noch anderszins, waren aanknopingspunten te vinden voor een beoogd onderscheid tussen de situatie dat de verzekerde op de einddatum arbeidsongeschikt was en de situatie dat de verzekerde op de einddatum arbeidsgeschikt was. Dat in het onderhavige geval verzekerde nimmer gedurende de maximale termijn van 7 jaar uitkering had kunnen ontvangen, omdat hij de verzekering is aangegaan binnen 7 jaar voor de einddatum, maakt dat niet anders, aldus de rechtbank.

In gelijke zin oordeelde het Hof Amsterdam in zijn arrest van 30 september 2008.¹⁸² Het hof stelde voorop, dat de verzekering blijkens art. 3 van de toepasselijke polisvoorwaarden ten doel had om bij arbeidsongeschiktheid van de verzekerde daguitkeringen te verstrekken. En wel, blijkens art. 8 en 17 van de polisvoorwaarden, uitsluitend gedurende de looptijd van de verzekering. Met die bedingen wordt de duur van de dekking (de verstrekking van daguitkeringen) beperkt tot de looptijd van de overeenkomst. Het hof was dan ook van oordeel dat de bedingen de strekking hadden om de omvang van de dekking in tijd af te grenzen. Dergelijke bedingen hebben derhalve rechtstreeks invloed op de omvang en de duur van de dekking. Daarmee bevatten deze bepalingen essentialia van de verzekering, te weten een duidelijke begrenzing van de dekking. Derhalve was het hof van oordeel dat deze polisvoorwaarden als kernbedingen moesten worden beschouwd.

Inzet van de casus die leidde tot de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 55 van 29 maart 2010 vormde een inkomstenopvangpolis. Deze verzekering bood een maximale uitkeringstermijn van 365 dagen. Verzekerde was het met het standpunt van verzekeraar dat die termijn was volgemaakt niet eens. Verzekeraar betoogde evenwel dat om opnieuw voor een uitkering in aanmerking te kunnen komen, als de maximale uitkeringsperiode is

181 ECLI:NL:RBROT:2009:BL1474.

182 ECLI:NL:GHAMS:2008:BG2107.

verstrekken, verzekerde eerst gedurende een periode van 90 dagen arbeidsongeschikt moest zijn geweest, mits na die periode de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een andere ziekte of aandoening. De Commissie volgde verzekeraar in dat standpunt en wees erop dat verzekerde reeds vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsmelding gedurende een aaneengesloten periode arbeidsongeschikt was geweest. Dus kon verzekeraar het door verzekerde gedane verzoek, om ook na die periode uitkeringen uit hoofde van de inkomstenopvangpolis te ontvangen, afwijzen, aldus de Commissie.