

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-526
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. A.M. Wigger en drs. A. Paulusma - de
Waal arts M&G RGA, leden en mr. G.A. van de Watering, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 8 april 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : TAF B.V., gevestigd te Eindhoven, verder te noemen administrateur,
Datum uitspraak : 3 november 2016.
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

De Commissie ziet zich gesteld voor beantwoording van de vraag of Consument bij het aangaan dan wel de latere wijziging van deze verzekering zijn mededelingsplicht heeft geschonden en zo ja, of gemachtigde van de risicodragend verzekeraar, als redelijk handelend verzekeraar de verzekeringsaanvraag zou hebben geweigerd indien hij bij het aangaan van de verzekering wel op de hoogte zou zijn geweest van de ware feiten. Commissie oordeelt dat gezien de voorhanden zijnde medische informatie als vaststaand kan worden aangenomen dat Consument zich schuldig heeft gemaakt aan schending van zijn mededelingsplicht. Het verweer van Consument dat zijn tussenpersoon hem te kennen gegeven zou hebben dat zijn vroegere klachten niet meer relevant waren voor de beoordeling van verzekeraar zouden zijn, dient gepasseerd te worden. Tussenpersoon moet in deze worden aangemerkt als een hulppersoon van Consument terwijl diens vermeende nalaten dan ook voor rekening en risico van Consument dient te komen. De Commissie stelt daarbij vast dat er geen enkele twijfel over kan bestaan dat een redelijk handelend verzekeraar de aanvraag van onderhavige verzekering, gezien de toepasselijke GAV-richtlijnen niet zou hebben geaccepteerd. De verzekering kon dan ook worden beëindigd en Consument iedere uitkering geweigerd.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van administrateur en het daaraan, met diens machtiging, toegevoegde medische dossier van Consument;
- de repliek van Consument.
- de dupliek van Administrateur;
- de aanvullende informatie van Consument.
- Het e-mailbericht van Administrateur de dato 31 oktober 2016.

De Commissie stelt vast dat Consument ondanks een daartoe herhaald schriftelijk verzoek, heeft nagelaten om aan te geven of hij opteert voor een bindend dan wel niet bindend advies. Waar Consument heeft nagelaten om zijn keuze kenbaar te maken moet dat ertoe leiden dat deze uitspraak geschiedt bij wijze van niet-bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Op 1 september 2010 heeft Consument een aanvraagformulier voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering ten behoeve van zelfstandigen ingevuld in het kader waarvan hij een aantal gezondheidsvragen heeft beantwoord. De in het formulier opgenomen vraag of Consument lijdt of ooit heeft geleden aan (chronische) spier – en/of gewrichtsklachten(waaronder rug/knie/schouderklachten) heeft Consument in negatieve zin beantwoord.
- 2.2 De verzekering is op 1 september 2010 tot stand gekomen. Van toepassing zijn de algemene voorwaarden QL ZSP 01-2010.
- 2.3 Bij brief van 5 september 2012 heeft de tussenpersoon van Consument te kennen gegeven gebruik te maken van zijn recht om het maandbedrag op bovengenoemde verzekering te verhogen naar € 2000,-. waartoe hij een wijzigingsformulier en een gezondheidsverklaring heeft overgelegd. Hierin zijn de volgende vragen opgenomen:

“Algemene gezondheidsvragen

De volgende vragen ten aanzien van de gezondheid van de kandidaat-verzekerden dienen door de kandidaat-verzekerden te worden ingevuld;

1) lijdt u of heeft u ooit geleden aan:

- hart en/of vaatklachten,
- een hoge bloeddruk (hypertensie)
- epilepsie
- leverklachten
- nierklachten
- huid- en/of allergieklachten
- Chronische spier en- of gewrichtsklachten(waaronder rug, knie en/of schouderklachten),
- maag en/of darmklachten
- (chronische) luchtwegklachten
- suikerziekte
- enige vorm van kanker en/of
- een andere ernstige ziekte?

nee ja

2) gebruikt of gebruikt u medicijnen?

nee ja

- 2.4 De vakjes ten behoeve van de twee hiervoor opgenomen vragen, zoals opgenomen op de 5^{de} pagina van het formulier, werden niet door Consument aangekruist waarna Administrateur de ontbrekende informatie bij de tussenpersoon van Consument heeft opgevraagd. Op 7 januari 2013 ontving Administrateur van laatstgenoemde alsnog de betreffende pagina volledig ingevuld.

Consument verklaart hierin dat hij nooit heeft geleden aan (chronische) spier en/of gewrichtsklachten (waaronder rug-, knie- en/of schouderklachten) en in de 36 maanden voor de aanvraag niet minimaal 14 dagen arbeidsongeschikt is geweest.

- 2.4 Per 29 september 2014 heeft Consument in verband met arbeidsongeschiktheid als gevolg van een peesscheur in zijn linkerschouder, een meniscusdefect in zijn rechterknie en een hernia een beroep gedaan op onderhavige verzekering waartoe hij op 1 oktober 2014 een schade-aangifteformulier heeft ingevuld. Hierin wordt door Consument aangegeven dat hij eerder rugklachten heeft ervaren, waarvoor hij ook enkele weken arbeidsongeschikt is geweest.
- 2.5 De medisch adviseur van Administrateur heeft hierna informatie opgevraagd bij de behandelend artsen van Consument. Daaruit blijkt in ieder geval - onder andere - dat:
- Consument, op 25 november 2008 werd gezien door neuroloog (*naam neuroloog*) wegens een mogelijk radiculair syndroom. Consument heeft dan reeds een half jaar pijnklachten in de onderrug ervaren. Tevens wordt betrokkene op 18.01.2010 gezien door specialist (*naam specialist*). In de voorgeschiedenis maken deze specialisten melding van een knie-operatie links in 2008 en rechts in 2005. Tevens melding van een achillespees-operatie rechts in 2005. Consument wordt in 2008 verwezen naar een fysiotherapeut met als diagnose lumbago. In 2010 volgt opname onder verdenking Hernia, gevolgd door operatief ingrijpen.
 - In het huisartsenjournaal wordt vanaf 8 november 2007 melding gemaakt van persisterende rugklachten, op 18 maart 2008 van sinds twee maanden bestaande schouderklachten beiderzijds en op 25 augustus 2008 van knieklachten links. Tevens melding dat Consument op 4 februari 2010 werd geopereerd aan de rug en een herniotomie en een discectomie werden verricht.
 - Consument op 5 november 2014 een polikliniek heeft bezocht wegens een hernia. In de daarvoor door hem verstrekte informatie de dato 10 november 2014 geeft de betreffende neuroloog aan dat er in de voorgeschiedenis sprake is van een hernia L5-S1, schouderklachten links en knieklachten rechts. De orthopedisch chirurg heeft tevens als voorgeschiedenis een meniscectomie en een hernia-operatie aangegeven.
- 2.6 Administrateur heeft zich hierna jegens Consument op het standpunt gesteld dat de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken in de precontractuele fase nooit zou zijn gesloten, Consument getracht heeft om bij het aangaan van deze verzekering de risicodragend verzekeraar opzettelijk te misleiden en dat Consument derhalve dekking en uitkering uit hoofde van deze verzekering zal worden onthouden. Administrateur is tevens overgegaan tot beëindiging van de verzekering. Na het doorlopen van de interne klachtprocedure bij Administrateur is het over dat standpunt dat Consument een klacht aan Kifid heeft voorgelegd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert primair dat Administrateur alsnog met terugwerkende kracht overgaat tot uitkering uit hoofde van deze verzekering. Subsidiar vordert Consument dat Administrateur overgaat tot restitutie van de reeds betaalde premie voor de reeds beëindigde verzekering. Deze laatste schade wordt door Consument begroot op een bedrag van € 6.349,80.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Administrateur is toerekenbaar te kort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van deze verzekering door Consument dekking te ontzeggen en over te gaan tot beëindiging van de verzekering. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan:
- van verzwijging te kwader trouw is geen sprake. Consument heeft alle relevante gezondheidsinformatie bij het aangaan van de verzekering verstrekt. De tussenpersoon van Consument zou hem echter te kennen gegeven hebben dat het niet noodzakelijk was om deze te vermelden omdat deze niet meer relevant was. Dat Administrateur stelt dat dat niet het geval is, tast zijn geloofwaardigheid aan. Nu tussenpersoon dit soort verzekeringen ten behoeve van Administrateur verkoopt, is deze feitelijk in dienst van Administrateur.
 - het wijzigingsformulier zoals gebruikt bij het wijzigen van het maandbedrag in september 2012 is niet door Consument maar door diens tussenpersoon getekend. De wijziging had dan ook nimmer mogen worden doorgevoerd. Nu deze wel werd geaccepteerd, kan van verzwijging geen sprake zijn en moet de verzekering dan ook tot uitkering komen.

Verweer

- 3.3 Administrateur heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- Consument heeft bij het aangaan van deze verzekering een grote hoeveelheid medische feiten verzwegen terwijl daar wel naar werd gevraagd. Het gaat om rugklachten in 2007, 2008, 2009 en 2010, schouderklachten in 2008 en knieklachten in 2008. Consument heeft daarnaast in de jaren voor de ingangsdatum van de verzekering voor zijn klachten diverse behandelaars bezocht, zoals de huisarts, fysiotherapeut, neuroloog en een orthopedisch chirurg. Zo heeft Consument in oktober 2008 een chirurg bezocht in verband met klachten aan zijn linkerknie terwijl Consument in november 2008 werd gezien door een neuroloog in verband met een mogelijk radiculair syndroom. Daarnaast heeft Consument in juli 2009 een polikliniek bezocht in verband met rugklachten waarna hij op 4 februari 2010 werd geopereerd aan een hernia.
 - Gezien de verzwegen feiten heeft Consument bij het aangaan van de verzekering getracht de verzekeraar te misleiden en heeft hij evident niet voldaan aan zijn wettelijke mededelingsplicht. Verder zou de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet tot stand gekomen zijn omdat de aanvraag niet zou zijn geaccepteerd.

- De tussenpersoon via wiens bemiddeling deze verzekering tot stand werd gebracht, is een onafhankelijk tussenpersoon die niet voor Administrateur werkt. Hij werd ingeschakeld door Consument en zijn handelen komt dan ook voor rekening en risico van Consument. Zo Consument overigens een verkeerd advies zou hebben ontvangen, voor welke stellingen Consument overigens geen bewijs heeft aangedragen, brengt dat nog niet automatisch mee dat de verzekering ten onrechte niet tot uitkering is gekomen.
- Administrateur erkent overigens dat op het wijzigingsformulier uit september 2012 de handtekening van de tussenpersoon van Consument, prijkt. Dat neemt niet weg dat Consument wel de oorspronkelijke aanvraag van deze verzekering heeft getekend en dat hij op dat moment diverse medische feiten die dateren van kort voor de aanvraag heeft verzwegen.

Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie ziet zich gesteld voor beantwoording van de vraag of Consument bij het aangaan dan wel de latere wijziging van deze verzekering zijn mededelingsplicht heeft geschonden en in het bevestigende geval, of Administrateur in zijn hoedanigheid van gemachtigde van de risicodragend verzekeraar, als redelijk handelend verzekeraar de verzekering zou hebben geweigerd indien hij bij het aangaan van de verzekering wel op de hoogte zou zijn geweest van de ware feiten.
- 4.2 Ingevolge artikel 7:928 lid 1 BW is de verzekeringnemer 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 hij weet of behoort te begrijpen dat de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen. Indien de verzekering wordt afgesloten op de grondslag van een door verzekeraar opgestelde vragenformulier, geeft de verzekeraar daarmee te kennen dat de gestelde vragen feiten betreffen waarvan de adspirant-verzekeringnemer moet begrijpen dat daarvan de beslissing van de verzekeraar of en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering wil afsluiten, afhangt of zou kunnen afhangen. Een niet juiste invulling kan er dan ook toe leiden dat de betreffende verzekeraar - dan wel diens gemachtigde - zich er in een later stadium bij de vraag of aan Consument een uitkering verschuldigd is, een en ander overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:930 lid 3 en 4 BW, op beroept dat hij – indien hij tijdig op de hoogte was gesteld van de juiste stand van zaken – de verzekering niet of niet onder dezelfde condities zou zijn aangegaan. Bij de vraag of de verzwegen feiten voor de verzekeraar relevant zijn voor de acceptatiebeslissing geldt als uitgangspunt een toetsing aan het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, Deventer: Kluwer 2007, p. 39 en Hof Den Bosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1073 r.o. 3.27.

- 4.3 Naar het oordeel van de Commissie kan, gezien de voorhanden zijnde medische informatie zoals aangeleverd door de huisarts en de behandelend orthopedisch chirurg respectievelijk neurologen, als vaststaand worden aangenomen dat Consument voorafgaand aan de totstandkoming van deze verzekering, zowel twee knie operaties- als een hernia-operatie heeft ondergaan. Dat moet dan ook reeds tot de conclusie leiden dat Consument in ieder geval de hierboven onder 2.1 geciteerde vraag uit het aanvraagformulier van deze verzekering de dato 1 september 2010, ten onrechte in negatieve zin heeft beantwoord terwijl hij had kunnen en moeten begrijpen dat het antwoord op deze vraag voor verzekeraar van belang zou zijn voor beoordeling van het aangeboden risico. Het in dit kader door Consument gevoerde verweer dat zijn tussenpersoon hem te kennen gegeven zou hebben dat hij deze vroegere klachten niet meer zou hoeven op te geven omdat de klachten inmiddels verdwenen waren en mitsdien niet meer relevant voor de beoordeling van verzekeraar zouden zijn, dient gepasseerd te worden. De Commissie stelt daarbij vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat Consument bij het aanvragen en afsluiten van de verzekering is bijgestaan door een tussenpersoon. Deze moet dan ook worden aangemerkt als een hulppersoon van Consument terwijl diens vermeende nalaten dan ook voor rekening en risico van Consument dient te komen. De stelling van Consument dat dat niet het geval zou zijn omdat tussen de betreffende tussenpersoon van Consument en Administrateur sprake zou zijn van een dienstverband, moet als onvoldoende onderbouwd, worden verworpen.
- 4.4 Nu reeds als vaststaand kan worden aangenomen dat Consument zich in september 2010 schuldig heeft gemaakt aan schending van zijn mededelingsplicht bij het aangaan van deze verzekering kan de vraag of Consument ook bij de latere wijziging van deze verzekering in september 2012 zijn mededelingsplicht heeft geschonden respectievelijk of Administrateur zich ten onrechte beroept op de inhoud van het in dat kader gebruikte wijzigingsformulier, verder onbesproken blijven.
- 4.5 Hierbij overweegt de Commissie tevens dat, gezien de door Administrateur gestelde en de overigens door Consument niet weersproken feiten over diens medische voorgeschiedenis, waaronder diens rugklachten in 2007, 2008 en 2009, diens schouderklachten in 2008 en diens knieklachten in 2005 en 2008 alsmede de uitgevoerde knie operaties en de hernia-operatie in februari 2010, er geen enkele twijfel over kan bestaan dat een redelijk handelend verzekeraar de aanvraag van onderhavige verzekering, gezien de toepasselijke GAV-richtlijnen in combinatie met het door Consument ten tijde van de aanvraag uitgeoefende beroep van zonweringsmonteur niet zou hebben geaccepteerd. Ook op grond hiervan heeft Administrateur dan ook kunnen overgaan tot beëindiging van de verzekering ex art. 7:929 lid 2 BW en weigering van iedere uitkering ex art. 7:930 lid 4 BW.

- 4.6 Voor wat betreft de door Consument gevorderde premie-restitutie overweegt de Commissie als volgt. Nu de vordering van Consument betrekking heeft op de eerder vervallen premie dient artikel 7:938 BW te worden toegepast. Deze bepaling brengt mee dat premierestitutie alleen aan de orde is als zowel de verzekeraar als de uitkeringsgerechtigde in het geheel geen risico hebben gelopen. (Zie Parlementaire Geschiedenis titel 7.17 BW, Deventer Kluwer 2007, pagina 83). Nu door zowel verzekeraar als Consument over de gehele periode risico is gelopen, kan Consument ex artikel 7:938 BW geen aanspraak maken op premierestitutie.
- 4.7 De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat Administrateur jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van deze verzekeringsovereenkomst. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom af.

5 Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.