

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-135
(mr. B.F. Keulen, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, J.H. Paulusma-de Waal RGA
(medisch lid) en mr. A. Westerveld, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 13 juni 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : TAF B.V., gevestigd te Eindhoven,
verder te noemen Administrateur
Datum uitspraak : 21 februari 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend

Samenvatting

Consument heeft zich arbeidsongeschikt gemeld wegens rugklachten. Verzekeraar heeft de claim afgewezen met een beroep op het niet nagekomen zijn van de precontractuele mededelingsplicht; Consument heeft bij de aanvraag van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering geen melding gemaakt van eerdere rugklachten. De Commissie heeft geoordeeld dat Verzekeraar dit standpunt heeft mogen innemen. Tevens heeft de Commissie geoordeeld dat Verzekeraar, anders dan Consument stelt, de termijn van twee maanden van artikel 7:929 lid 1 niet heeft geschonden.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier met bijlagen;
- de door Consument ingezonden medische stukken;
- de door Consument ondertekende medische machtigingsverklaring;
- het verweerschrift met bijlagen van Administrateur;
- het medisch dossier van Administrateur, Consument betreffende;
- de repliek met bijlage;
- de dupliek met bijlage;
- de namens Administrateur ter zitting overgelegde pleitaantekeningen;
- de verklaring van Consument met diens keuze voor niet-bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 24 januari 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument, geboren op [..geboortedatum..], heeft op 23 juli 2014 via Administrateur een verzekering TAF GoedGezekerd AOV aangevraagd. Daarbij heeft hij een gezondheidsverklaring ingevuld en ondertekend. Alle vragen naar aandoeningen, ziekten, klachten of gebreken zijn door hem met 'Nee' beantwoord.

- 2.2 De verzekering is ingegaan op 1 augustus 2014 en biedt dekking bij onder meer arbeidsongeschiktheid. Verzekerd beroep: hovenier. Verzekerd maandbedrag: € 2.500,-. Wachtijd: 60 dagen. Uitkeringsduur: einde looptijd per claim. Claimbeoordeling: eigen arbeid, na 1 jaar beroepsarbeid, arbeidsongeschiktheid 25% of meer. Uitkeringshoogte: naar rato conform staffel in voorwaarden. Einddatum: 31 juli 2040 (looptijd: 312 maanden). Premie: € 181,00 per maand. Toepasselijke verzekeringsvoorwaarden: QL GG 12-2012.
- 2.3 Op 5 oktober 2015 heeft Consument zich per 26 september 2015 arbeidsongeschikt gemeld wegens rugklachten (pijn in de onderrug). Op het schadeaanvraagformulier heeft hij aangegeven dat hij deze klachten al eerder heeft gehad (1 à 1,5 jaar geleden), dat hij hiervoor toen fysiotherapie heeft gehad en dat dit toen tot arbeidsongeschiktheid heeft geleid. Naar aanleiding van de schademelding heeft de schadebehandelaar van Administrateur Consument gebeld. Consument heeft tijdens dit telefoongesprek aangegeven dat zijn rug al jaren af en toe opspeelt, dat het jaar daarvoor foto's zijn gemaakt maar dat daarop niets te zien was. Ook heeft hij aangegeven dat hij anderhalf jaar geleden twee tot drie weken niet had gewerkt vanwege rugklachten.
- 2.4 Administrateur heeft de claim voor een medische beoordeling doorgezet naar een extern medisch adviesbureau. Dit bureau heeft informatie opgevraagd bij de behandelaars (huisarts, fysiotherapeut, orthopedisch chirurg) van Consument. Uit de verkregen informatie is geconcludeerd dat Consument vóór de ingangsdatum van de verzekering al bekend was met rugklachten. Administrateur heeft zich op het standpunt gesteld dat Consument de vraag op de gezondheidsverklaring
"Heeft u een of meer van de volgende aandoeningen, ziekten, klachten en/of gebreken? Of heeft u deze gehad?
(...)
J. aandoening, ziekte of klachten van spieren, ledematen of gewrichten (waaronder knie, heup, handen, schouders) reuma (acuut of chronisch), (kinder)verlamming.
(...)"
met 'Ja' had moeten beantwoorden. Dit geldt volgens hem ook voor vraag 4:
"Heeft u door ziekte of ongeval de laatste vijf jaar twee weken of langer niet gewerkt? Of maar een deel van de dag?"
Administrateur heeft Consument bij brief d.d. 22 februari 2016 laten weten dat hij van oordeel is dat Consument de mededelingsplicht ex artikel 7:928 Burgerlijk Wetboek (BW) niet is nagekomen en dat hij bij kennis van de ware stand van zaken de volgende uitsluitingsclausule op de polis zou hebben geplaatst:
"Arbeitsongeschiktheid welke is ontstaan, bevorderd of verergerd door rugklachten, alsmede complicaties en gevolgen daarvan is uitgesloten van dekking."
Administrateur heeft de claim afgewezen omdat Consument geclaimd heeft voor rugklachten.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert uitkering onder de verzekering, alsmede vergoeding van de kosten van het inhuren van personeel gedurende zijn arbeidsongeschiktheid (ca. € 200,- per maand) en de kosten die zijn assurantietussenpersoon hem nog in rekening zal brengen voor de uren die hij aan deze zaak heeft besteed.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Administrateur is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst.
- De gezondheidsverklaring en de vragen die Administrateur (telefonisch) heeft gesteld zijn onduidelijk. In de gezondheidsverklaring wordt niet naar rugklachten gevraagd en wordt evenmin gevraagd of de aspirant-verzekeringnemer de afgelopen tijd onder behandeling van een arts of specialist is geweest. Indien de verzekering wordt gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, geeft hij daarmee te kennen dat die feiten voor hem van belang zijn. Andere feiten interesseren hem kennelijk niet. De aspirant-verzekeringnemer heeft alleen te maken met concrete vragen. De vragen op de gezondheidsverklaring zijn dan ook correct beantwoord. Zie in dit verband Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:795.
 - Consument is niet eerder arbeidsongeschikt geweest. De klachten konden wel eens enkele weken duren, waarbij zwaar werk dan werd vermeden, maar Consument is altijd blijven doorwerken.
 - De rugklachten van voor de ingangsdatum van de verzekering waren van andere aard. Op foto's uit die tijd is ook niets te zien.
 - Administrateur heeft zich niet gehouden aan de termijn van twee maanden van artikel 7:929 lid 1 BW; binnen twee maanden na ontdekking van het niet nagekomen zijn van de mededelingsplicht dient de verzekeringnemer daarop gewezen te zijn onder vermelding van de mogelijke gevolgen. De verzekeringnemer mag niet in onzekerheid worden gelaten. Administrateur heeft Consument geïnformeerd bij brief d.d. 22 februari 2016. Het moment van 'ontdekken' lag echter, zo blijkt uit het dossier, vóór 22 december 2015. Zo heeft Administrateur op 21 oktober 2015 met de assurantietussenpersoon van Consument gebeld. Daarbij is door Administrateur meegedeeld dat sprake was van ernstige verzwijging. Administrateur heeft gewacht totdat volgens zijn medisch adviseur onomstotelijk vast stond dat de mededelingsplicht niet was nagekomen. Een voldoende mate van zekerheid is echter voldoende.
 - Consument had, voordat hij de verzekering TAF GoedGezekerd AOV afsloot, reeds een verzekering TAF Zelfstandigenplan via Administrateur lopen. Hij wenste een langere wachttijd maar die verzekering kon daarop niet worden aangepast, reden waarom Consument gekozen heeft voor de TAF GoedGezekerd AOV. Deze verzekering bood wel de mogelijkheid van een langere wachttijd. Dit scheelde in premie. Als de vragen in de gezondheidsverklaring duidelijk waren geweest had Consument melding gemaakt van rugklachten.

Als Administrateur hem dan had laten weten dat de aanvraag alleen met een uitsluitingsclausule voor rugklachten zou kunnen worden geaccepteerd, zou Consument de oude verzekering hebben laten doorlopen en de nieuwe aanvraag hebben ingetrokken. Onder die oude verzekering had Administrateur moeten uitkeren.

Verweer Administrateur

3.3 Administrateur heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- In de gezondheidsverklaring wordt specifiek gevraagd naar diverse aandoeningen, ziekten en klachten, waaronder aandoeningen, ziekten of klachten van spieren, ledematen of gewrichten. Hier vallen ook rugklachten onder. Gezien de uitgebreide medische vragenlijst en de specifieke vraagstelling naar spieren en gewrichten, is het voor een aspirant-verzekeringnemer duidelijk dat rugklachten voor de verzekeraar van belang zijn voor de beoordeling van het risico. Gezien de langdurige aard van de klachten, het feit dat Consument hierdoor al eerder twee tot drie weken arbeidsongeschikt is geweest, de diverse behandelingen en de gemaakte foto, is Consument zeer wel op de hoogte geweest van de rugklachten. Als het voor Consument al niet duidelijk was geweest dat rugklachten onder ‘klachten van spieren, ledematen of gewrichten’ vallen – hetgeen Administrateur bestrijdt – had hij dit moeten melden bij de vraag naar “aandoeningen, ziekten, klachten en/of gebreken die niet onder de categorieën hierboven vallen”. Nu Consument in 2014 twee tot drie weken niet heeft gewerkt vanwege rugklachten had hij ook de vraag of hij door ziekte of ongeval de laatste vijf jaar twee weken of langer niet of gedeeltelijk heeft gewerkt met ‘Ja’ moeten beantwoorden.
- Op het schadeaanvraagformulier heeft Consument de vragen of hij al eerder rugklachten heeft gehad en of dit toen geleid heeft tot arbeidsongeschiktheid met ‘Ja’ beantwoord. Dat onderstreept des te meer dat de klachten gemeld hadden moeten worden. Maar ook als de klachten niet tot arbeidsongeschiktheid zouden hebben geleid – hetgeen Administrateur betwist – hadden de klachten moeten worden gemeld.
- Of de rugklachten van vóór de ingangsdatum van de verzekering van andere aard waren, is niet relevant.
- De termijn van twee maanden van artikel 7:929 lid 1 BW start bij een voldoende mate van zekerheid dat de mededelingsplicht niet is nagekomen. Een vermoeden van verzwijging is daarvoor onvoldoende. Op 21 oktober 2015 was nog geen enkel bewijs voorhanden. De enige informatie die op dat moment beschikbaar was, was de enkele mededeling van Consument dat hij 1 à 1,5 jaar geleden ook rugklachten had gehad. Administrateur heeft eerst uit het advies van zijn medisch adviseur d.d. 16 februari 2016 kunnen opmaken dat de mededelingsplicht was geschonden. De afwijfsbrief van 22 februari 2016 was dus ruimschoots binnen de termijn. Op 20 oktober 2015 heeft de schadebehandelaar van Administrateur telefonisch meegedeeld dat het door hem ingeschakelde medisch adviesbureau onderzoek zou verrichten om te weten wat er precies heeft gespeeld: “Als blijkt dat u de gezondheidsverklaring niet juist heeft ingevuld, kan dat consequenties hebben. Ik kan daar nu nog niets over zeggen, omdat ik niet weet wat er precies heeft gespeeld.” Hieruit blijkt dat er op dat moment nog onvoldoende mate van zekerheid was over de vraag of de mededelingsplicht was geschonden. Consument is op de hoogte gesteld van het vermoeden van verzwijging.

- Consument heeft er zelf voor gekozen om een nieuwe verzekering aan te vragen. Het is maar de vraag of hij de oude verzekering door had laten lopen als hij geweten had dat zijn aanvraag alleen geaccepteerd zou worden met een uitsluitingsclausule voor rugklachten. De premie voor de oude verzekering was € 421,20 per maand en daarmee bijna tweemaal zo hoog als de premie voor de nieuwe verzekering.

4. Beoordeling

- 4.1 Aan de orde is de vraag of Consument zijn precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden. De Commissie overweegt dienaangaande het volgende.
- 4.2 Ingevolge artikel 7:928 lid 1 BW is de aspirant-verzekeringnemer verplicht om vóór 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 begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. Indien een verzekering wordt gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, geeft de verzekeraar daarmee te kennen dat de gestelde vragen feiten betreffen waarvan de aspirant-verzekeringnemer moet begrijpen dat daarvan de beslissing van de verzekeraar of en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering wil sluiten, afhangt of zou kunnen afhangen. Een niet juiste invulling kan er dan ook toe leiden dat de verzekeraar zich er in een later stadium bij de vraag of er recht op uitkering bestaat, een en ander overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:930 lid 3 en lid 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 Op grond van het medisch dossier neemt de Commissie als vaststaand aan dat Consument vóór de ingangsdatum van de verzekering bij herhaling rugklachten heeft gehad, dat hij hiervoor behandeld is en dat röntgenfoto's zijn gemaakt. Deze rugklachten werden toen geduid als lumbago, zoals bijvoorbeeld door de arts van de spoedeisende hulp van het ziekenhuis waar Consument op 23 september 2012 is gezien vanwege progressieve pijnklachten na veel en zwaar werk (overbelasting). Consument kreeg van deze arts pijnstillers voorgeschreven. Verder schrijft de huisarts bijvoorbeeld op 19 september 2014 in zijn journaal dat Consument sinds jaren last heeft van rugklachten (onderrug), dat die klachten in periodes aanwezig zijn en drie tot vier weken duren, en dat Consument bij klachten zwaar werk vermijdt. Uit het huisartsjournaal blijkt tevens dat Consument regelmatig fysiotherapie heeft gehad met spierversterkende oefeningen en dat de fysiotherapeut vanwege de hardnekkigheid van de klachten in 2013 om een röntgenonderzoek heeft gevraagd. Eind januari 2016 is een MRI-scan gemaakt op grond waarvan de diagnose lumbale HNP (hernia) is gesteld.
- 4.4 Gelet op het vorenstaande is de Commissie tot de conclusie gekomen dat Consument voor de ingangsdatum van de verzekering bij herhaling klachten heeft gehad van het spier/bandapparaat van de rug. Dat Consument ter zitting heeft gesteld dat hij geen klachten doch slechts 'last' van de rug heeft gehad, maakt dit niet anders.

- 4.5 Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat vraag 2 j. in de vragenlijst (gezondheidsverklaring) niet duidelijk is en dat zijn lezing dient te prevaleren. In vraag 2. j. wordt de rug immers niet expliciet genoemd. De Commissie kan hierin niet meegaan. Onder j. wordt gevraagd naar aandoeningen van spieren, ledematen of gewrichten. Daarna worden enkele voorbeelden genoemd: “waaronder knie, heup, handen, schouders”. Dat dit slechts voorbeelden zijn blijkt naar het oordeel van de Commissie uit het woord “waaronder”. Blijkens de toelichting op de gezondheidsverklaring dienen ook klachten te worden vermeld: “Noem al uw klachten. Ook als u denkt dat deze niet belangrijk zijn.” Gelet hierop wist Consument, die klachten had van de spieren van de rug waarmee hij – zo deelde hij ter zitting mede - bij het verrichten van zijn werkzaamheden rekening diende te houden, of had hij behoren te begrijpen dat de beslissing van Verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering wilde sluiten, afhing of kon afhangen van de melding van de rugklachten (artikel 7:928 lid 1). De Commissie concludeert dan ook dat Consument zijn precontractuele mededelingsplicht niet is nagekomen. Dat Administrateur er verstandig aan had gedaan in vraag 2.j. van de vragenlijst met zoveel woorden ook naar rugklachten te vragen leidt niet tot een ander oordeel.
- 4.6 De Commissie merkt verder op dat het dossier onvoldoende informatie bevat die wijst op een of meerdere periodes van arbeidsongeschiktheid als gevolg van rugklachten. Dat Consument zijn precontractuele mededelingsplicht niet zou zijn nagekomen ten aanzien van vraag 4 van de gezondheidsverklaring: “Heeft u doorziekte of ongeval de laatste vijf jaar twee weken of langer niet gewerkt? Of maar een deel van de dag?” is naar het oordeel van de Commissie dan ook niet vast komen te staan.
- 4.7 Vervolgens is aan de orde de vraag of Administrateur de termijn van twee maanden van artikel 7:929 lid 1 BW heeft geschonden. Ten aanzien van het aanvangsmoment van de twee maanden-termijn overweegt de Commissie dat Het Hof Arnhem in een arrest van 12 juni 2012 ECLI:NL:GJHARN:2012:BW7904 heeft geoordeeld dat het moment dat de dossierbehandelaar vaststelt dat er een discrepantie bestaat tussen de bij het aangaan van de verzekering gemelde medische gegevens en de in het kader van de schademelding verzamelde medische gegevens, doorslaggevend is. Administrateur heeft een overzicht overgelegd van alle door het medisch adviesbureau opgevraagde medische informatie. Daaruit blijkt dat op 4 februari 2016 alle gevraagde medische informatie door het adviesbureau was ontvangen. Het adviesbureau heeft op grond van deze informatie op 16 februari 2016 advies uitgebracht. Naar aanleiding van dit advies heeft de schadebehandelaar bedoelde discrepantie vastgesteld en Consument vervolgens bij brief d.d. 22 februari 2016 geïnformeerd. Dit betekent dat de twee maanden-termijn niet is geschonden.
- 4.8 Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat hij de oude verzekering zou hebben laten doorlopen als hij ermee bekend was geweest dat de nieuwe verzekering alleen met een uitsluitingsclausule voor rugklachten geaccepteerd kon worden. Naar het oordeel van de Commissie is deze stelling onvoldoende onderbouwd nu ter zitting in ieder geval is gebleken dat Consument een lagere premie wilde gaan betalen en dat de premie voor de nieuwe verzekering ongeveer de helft lager is dan de premie voor de oude verzekering.
- 4.9 De Commissie merkt tot slot nog op dat als een verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst, de verzekeraar zich er niet op kan beroepen dat een in algemene termen vervatte slotvraag onvolledig is beantwoord (artikel 7:928 lid 6 Burgerlijk Wetboek).

Van deze bepaling mag op grond van art. 7:943 lid 3 BW niet ten nadele van een consument-verzekeringnemer worden afgeweken. Het beroep van Administrateur op vraag 2. I van de gezondheidsverklaring naar aandoeningen, ziekten, klachten en/of gebreken “die niet onder de categorieën hierboven vallen” – die kwalificeert als een algemene slotvraag – gaat dus niet op.

- 4.10 De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat Administrateur toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst door uitkering onder de verzekering te weigeren. 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.