**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-049**
**(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. A.M.T. Wigger, drs. M. Keus (medisch lid), leden en mr. A. Westerveld, secretaris)**

| | |
|---|---|
| Klacht ontvangen op | : 21 februari 2017 |
| Ingediend door | : Consument |
| Tegen | : N.V. Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij, gevestigd te Utrecht, verder te noemen Verzekeraar |
| Datum uitspraak | : 18 januari 2018 |
| Aard uitspraak | : Niet-bindend advies |

## Samenvatting

Verzekeraar heeft de arbeidsongeschiktheidsclaim van Consument afgewezen omdat deze de precontractuele mededelingsplicht niet zou zijn nagekomen. De Commissie heeft evenwel geoordeeld dat onvoldoende grond aanwezig is om van verzwijging uit te gaan. Vordering toegewezen.

## 1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de klachtbrief van Consument;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- het medisch dossier van Verzekeraar, Consument betreffende;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Verzekeraar.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 29 november 2017 en zijn aldaar verschenen.

## 2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument, geboren op [geboortedatum] 1985, heeft op 21 november 2006 bij Verzekeraar een arbeidsongeschiktheidsverzekering aangevraagd en daarbij een blanco gezondheidsverklaring ingevuld. De verzekering is zonder beperkende bepalingen ingegaan op 1 december 2006. Einddatum: 1 januari 2041 (eindleeftijd 55 jaar). Verzekerd beroep: stukadoor. Beroepsklasse: 5. Dekking voor Rubriek A en B:
€ 28.752,-. Eigen risicotermijn: voor Rubriek A 14 dagen, voor Rubriek B geen. Toepasselijke verzekeringsvoorwaarden: Polismodel 184.

2.2 Op 16 augustus 2015 heeft Consument zich per 8 augustus 2015 voor 100% arbeidsongeschikt gemeld wegens rugklachten. Hij bezocht op 15 september 2015 de controlearts. De controlearts schreef onder het kopje "Anamnese": Acute ernstige rugklachten, 'voelde dat het niet goed zat', bij het wakker worden op 08-08, twee dagen naar de ha/bt is al 14 jaar bekend met lichte rugklachten (…).

2.3 Per 1 september 2015 heeft Consument het werk weer voor 50% hervat. Op 4 november 2015 heeft hij de controlearts opnieuw bezocht. Hij was inmiddels gestart met fysiotherapie en op verdenking van een HNP L5-S1 doorverwezen naar een neuroloog. Deze verwees hem door naar een reumatoloog wegens een mogelijke reumatische aandoening. Onder het kopje "Anamnese" schreef de controlearts: "Meneer blijkt chronisch rugpatiënt waarbij het klachtenpatroon in de loop van de tijd veranderde. Sinds groeispurt, vanaf 19 jarige leeftijd herhaald kort verzuimd vanwege pijn rond sacrum. Nu voor het eerst uitstralende pijn naar het been."

2.4 Consument is per 1 november 2015 voor minder dan 25% arbeidsongeschikt geoordeeld. Verzekeraar heeft de uitkering per die datum beëindigd.

2.5 In november 2015 heeft de medisch adviseur van Verzekeraar met toestemming van Consument informatie opgevraagd bij de huisarts. De huisarts schreef op 11 november 2015: "Meneer is sinds zijn jeugd bekend met rugklachten op en af. Nu in augustus 2015 een periode met hevige rugpijn met uitstraling naar de benen. M.n. rechts. Met pijnstilling en relatieve rust behandeld waarop enige verbetering echter aanhoudend uitstraling in het rechter been. Een MRI werd vervaardigd. Hierop waren een aantal afwijkingen zichtbaar. Hernia op L4-5 beiderzijds. Verder paramediane HNP met compressie S1 rechts. Verder beeld van sacroiliitis. Op basis hiervan en de anamnese verwezen naar Reumatologie. Hier staat analyse nog in."

2.6 De medisch adviseur van Verzekeraar besloot hierop om aan Consument een gerichte machtiging "Machtiging in het kader van 7:928 onderzoek" te vragen, teneinde informatie bij de huisarts en de behandelend reumatoloog in te winnen, zulks wegens vermoeden van schending van de precontractuele mededelingsplicht.
Bij brief van 25 januari 2016 schreef de huisarts aan de medisch adviseur van Verzekeraar dat Consument sinds 2012 bij hem staat ingeschreven en dat het dossier van de vorige huisarts teruggaat tot 2006. "Hierin wordt niet van rugklachten gesproken." En: "De bewering die ik in een eerdere brief deed met betrekking tot de duur/beloop van de klachten berust op een anamnestisch gegeven. Van de periode voor 2006 is mij niets bekend."
De behandelend reumatoloog zond de medisch adviseur van Verzekeraar een kopie van zijn brief aan de huisarts van 15 januari 2016. In deze brief heeft de reumatoloog onder het kopje "Anamnese" onder meer het volgende vermeld: "Heeft sinds 12e jaar al pijn aan de rug, kwam in aanvallen. Tijdens de groeispurt op 13e ook veel pijn gehad. Altijd zeurende pijn in de hele rug, maar tijdens aanvallen veel heviger, dan ook stijf, kan dan helemaal niks. Heeft dit ongeveer 2-3 keer per jaar, soms ook wel eens een jaar niet, heeft dan ongeveer een week last, maar daarna gaat het wel weer. Neemt dan geen extra pijnstilling in. Wil zo min mogelijk slikken.

Laatste aanval 4 weken, nog nooit zo heftig geweest, kon helemaal niks, ook nachtpijn, veel stijf, niet alleen maar 's ochtends, ook pijn en tintelingen naar rechter been, maar ook HNP op MRI te zien. Verder schreef de reumatoloog onder meer dat na onderzoek sacroiliitis graad 2 tot 3 werd vastgesteld, dat het HLAB27 positief is, en dat op grond van een röntgenfoto sprake is van een axiale spondylartritis. Een MRI S1 zou worden verricht en patiënt zou poliklinisch gevolgd worden.

2.7 De medisch adviseur van Verzekeraar heeft op grond van de door hem ontvangen medische informatie het volgende geconcludeerd: "al lang bestaande rugklachten (vóór ingangsdatum polis) zijn alleen bekend uit anamnese (eigen verhaal betrokkene) maar worden niet door medische informatie bevestigd (geen medische onderbouwing). Als er van deze klachten wél medische onderbouwing zou zijn geweest dan zou dat consequenties hebben gehad (clausule LWK). Hiernaast deels al bekend in vorig dossier (2012), betrokkene heeft in vorige schade aan controle arts gemeld dat hij al heel lang rugklachten heeft en dat er augustus 2012 rugfoto's zijn gemaakt waarop afwijkingen te zien zouden zijn. Hiermee is door de maatschappij destijds niets gedaan."

2.8 Bij brief van 11 maart 2016 heeft Verzekeraar Consument geschreven dat hij had ontdekt dat Consument voor de acceptatie(procedure) al rugklachten had of heeft gehad. Hij heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat Consument vraag 3.A sub I van de gezondheidsverklaring met 'ja' had moeten beantwoorden. Deze vraag luidt:
"Hebt u of hebt u ooit een of meer van de volgende aandoeningen, ziekten en/of gebreken (hier vallen ook klachten onder) gehad?
I. aandoeningen van spieren, ledematen of gewrichten (waaronder knie, nek, schouders), bekkeninstabiliteit, reuma (acuut of chronisch), (kinder)verlamming, kromme rug, rugklachten, rugpijn, spit, hernia, ischias, RSI?"
Verzekeraar heeft met een beroep op artikel 7:928 Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 2.2. van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden een uitsluitingsclausule voor rugklachten voorgesteld en reeds gedane uitkering ten bedrage van in totaal € 5.348,81 teruggevorderd.
Artikel 2.2. van de verzekeringsvoorwaarden bepaalt onder het kopje "Mededelingsplicht bij het sluiten van de verzekering" het volgende:
"2.2.1 U en de verzekerde zijn wettelijk verplicht om de door en namens ons gestelde vragen juist en volledig te beantwoorden. Op grond van deze antwoorden is deze verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen.
2.2.2 Als u en/of de verzekerde niet voldoet aan deze mededelingsplicht dan kan dit er toe leiden dat de uitkering minder wordt. Het kan er ook toe leiden dat u geen uitkering krijgt of de voorwaarden veranderen. Wij stoppen de verzekering als u en/of de verzekerde ons opzettelijk heeft misleid of fraude heeft gepleegd. Of als wij de verzekering niet hadden gesloten als wij wel de juiste en volledige antwoorden hadden geweten."
De uitsluitingsclausule luidt als volgt:
"Geen recht op uitkering bestaat bij aandoeningen en/of klachten van de lendewervelkolom inclusief de bijbehorende banden, pezen en spieren en de gevolgen ervan (onder andere lage rugklachten, spit, ischias en hernia)."
Consument is de mogelijkheid geboden om als hij niet akkoord ging met de clausule, de verzekering per de datum van de brief te beëindigen.

2.9 Bij brief van 28 april 2016 heeft Consument bezwaar aangetekend tegen het standpunt van Verzekeraar dat hij de mededelingsplicht heeft geschonden. Hij heeft daarbij betwist dat hij vóór 21 november 2006 rugklachten heeft gehad, dat hij daarvoor de huisarts heeft bezocht en dat hij behandeld is door een reumatoloog. Hij heeft voorts meegedeeld dat hij, nu van verzwijging geen sprake is, niet akkoord gaat met de uitsluitingsclausule en dat van restitutie van de reeds gedane uitkeringen geen sprake kan zijn. Bij e-mailbericht van 1 augustus 2016 heeft hij toegelicht dat hij in 2012 voor het eerst bij de huisarts over lage rugpijn heeft geklaagd. Hij was toen al zes jaar actief als stukadoor en zes jaar bij Verzekeraar verzekerd. Omdat zijn rug belangrijk is voor zijn werk als stukadoor en omdat hij wenste dat klachten over zijn rug uiterst serieus zouden worden genomen, heeft hij in 2012 zijn verhaal nogal overdreven. Zo ook in 2015. Verzekeraar heeft zijn overdrijvingen ten onrechte als feiten gewaardeerd. Ten tijde van de aanvraag van de verzekering was Consument kerngezond en klachtenvrij.

2.10 Bij brief van 5 oktober 2016 heeft Verzekeraar Consument een schikkingsvoorstel gedaan, inhoudende dat de uitsluitingsclausule wel met terugwerkende kracht tot de ingangsdatum van de verzekering op de verzekering zou worden geplaatst, maar dat Verzekeraar zou afzien van terugvordering van de reeds gedane uitkeringen.

2.11 Consument heeft op 29 november 2016 bij Verzekeraar een klacht ingediend. Deze klacht bestond uit twee onderdelen. Consument beklaagde zich erover dat het Persoonlijk Onderzoek zoals door (de medisch adviseur van) Verzekeraar ingesteld in strijd was met de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars aangezien geen gerichte vragen zijn gesteld, en dat uit dit onrechtmatige onderzoek ten onrechte de conclusie is getrokken dat sprake is van verzwijging. Het schikkingsvoorstel van Verzekeraar heeft hij verworpen.

2.12 Bij brief van 11 januari 2017 heeft Verzekeraar Consument laten weten dat hij zijn beroep op verzwijging handhaafde. Consument had, zo schreef hij, tegen de controlearts gezegd dat hij sinds zijn 12e jaar last heeft van uitstralende pijn naar zijn been, dat hij sinds een groeispurt vanaf zijn 19e jaar herhaald kort heeft verzuimd vanwege pijn in de onderrug en dat de huisarts had meegedeeld dat Consument sinds zijn jeugd bekend was met rugklachten op en af. Deze feiten zijn door de door de medisch adviseur ontvangen informatie bevestigd. In het rapport van de reumatoloog stond immers dat Consument sinds zijn 12e jaar al pijn had aan de rug en dat deze pijn in aanvallen kwam. Verzekeraar liet Consument verder weten dat hij het schikkingsvoorstel introk, dat hij de verzekering per 11 maart 2016 zou beëindigen en dat hij de vooruit betaalde premie vanaf 11 maart 2016 zou terugbetalen en verrekenen met de openstaande vordering tot terugbetaling van gedane uitkeringen.

## 3. Vordering, klacht en verweer

*Vordering Consument*

3.1 Consument vordert dat de verzekering in kracht wordt hersteld en ongeclausuleerd wordt voortgezet, alsmede dat de terugvordering van reeds gedane uitkeringen ongedaan wordt gemaakt.

*Grondslagen en argumenten daarvoor*

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat Verzekeraar toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- Verzekeraar heeft voor zijn stelling dat sprake is van verzwijging geen bewijs kunnen aandragen. Hij heeft zich alleen gebaseerd op anamnestische gegevens zoals genoteerd door de huisarts en de reumatoloog. Consument heeft gemotiveerd betwist dat hij vóór het invullen van de gezondheidsverklaring al rugklachten had of heeft gehad.
- Verzekeraar is tot een Persoonlijk Onderzoek overgegaan en heeft, bijna 10 jaar na het afsluiten van de verzekering, het hele medische dossier van Consument opgevraagd voor een fishing expedition. Dit is in strijd met de Gedragscode Persoonlijk onderzoek van het Verbond van Verzekeraars. Een redelijk vermoeden van fraude kon Verzekeraar immers niet hebben. Verzekeraar heeft door aldus te handelen de privacy van Consument geschonden.

*Verweer Verzekeraar*

- Verzekeraar heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

## 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 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 zich na de ingangsdatum van de verzekering voor het eerst aan zijn rug heeft laten behandelen.

Het huisartsdossier, dat teruggaat tot 21 augustus 2006, bevat pas voor de eerste maal op 1 augustus 2012 een vermelding over rugklachten. Medische gegevens van vóór 21 augustus 2006 zijn niet beschikbaar.

4.4 De vraag is dan ook of Consument al rugklachten had vóór de ingangsdatum van de verzekering. Op grond van artikel 7:930 lid 3 BW rust de bewijslast van de stelling van Verzekeraar dat dit het geval is en dat bij kennis van de ware stand van zaken een uitsluitingsclausule voor rugklachten op de polis zou zijn geplaatst, op Verzekeraar zelf. De Commissie is van oordeel dat Verzekeraar niet in dit bewijs is geslaagd. De stelling dat Consument bij de aanvraag van zijn verzekering al rugklachten had wordt alleen onderbouwd door de eigen verklaringen van Consument zoals genoteerd door de huisarts, de controlearts en de reumatoloog. Consument heeft de huidige huisarts voor de eerste maal op 1 augustus 2012 bezocht en heeft toen aangegeven al tien jaar rugklachten te hebben. Bij de controlearts heeft hij in september aangegeven al veertien jaar bekend te zijn met lichte rugklachten en heeft hij in november 2015 aangegeven al sinds zijn twaalfde jaar rugklachten te hebben. Ook bij de reumatoloog heeft hij eind 2015 aangegeven al sinds zijn twaalfde jaar chronische rugklachten te ervaren.

4.5 De Commissie stelt vast dat anamnestisch sprake is van sinds de jeugd (twaalfde jaar) bestaande recidiverende chronische lage rugklachten die in de loop der jaren zijn verergerd, maar dat medische informatie dienaangaande, teruggaande tot het twaalfde jaar, niet beschikbaar is. Consument heeft zijn mededelingen over rugklachten die hij vanaf zijn twaalfde zou hebben, later herroepen. In zijn bezwaarschrift van 28 april 2016 motiveert hij waarom hij zijn klachten heeft overdreven. De Commissie is om die reden van oordeel dat onvoldoende grond aanwezig is om van verzwijging uit te gaan. Dit temeer nu de reumatoloog aanvankelijk dan wel uitging van een reumatologisch/inflammatoir ziektebeeld (sacroiliitis) maar dat hij deze conclusie na uitgebreid aanvullend reumatologisch onderzoek op 11 februari 2016 heeft teruggetrokken. Hij stelde de differentiaal diagnose (DD) op aspecifieke lage rugklachten danwel discopathie. De Commissie overweegt voorts dat Consument ter zitting heeft verklaard dat hij in zijn jeugd groeipijnen heeft gehad, maar dat die groeipijnen op 21 november 2006, de datum waarop hij de gezondheidsverklaring heeft ingevuld – hij was toen twintig jaar oud – al geruime tijd achter hem lagen. Als Consument die groeipijnen had gemeld zou, zo is de overtuiging van de Commissie, bij lichamelijk onderzoek niets zijn gevonden. Desgevraagd heeft Verzekeraar ter zitting bevestigd dat als er bij onderzoek geen afwijkingen worden gevonden, geen uitsluitingsclausule op de polis wordt geplaatst.

4.6 Nu niet is komen vast te staan dat Consument zijn precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden komt de Commissie tot de conclusie dat Verzekeraar niet gerechtigd was een uitsluitingsclausule voor rugklachten te plaatsen c.q. de verzekering te beëindigen omdat Consument niet met de uitsluitingsclausule akkoord ging, en dat de arbeidsongeschiktheidsclaim vanwege rugklachten dus gedekt is. Dit houdt tevens in dat de reeds gedane uitkeringen niet als onverschuldigd betaald kunnen worden aangemerkt en dat deze daarom niet kunnen worden teruggevorderd.

4.7 De Commissie merkt nog op dat de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars niet van toepassing is op het door de medisch adviseur van Verzekeraar ingestelde onderzoek. Dit onderzoek is correct, conform de geëigende procedure, uitgevoerd. Bij de huisarts en de behandelend specialist is op grond van een daartoe door Consument verstrekte machtiging alleen relevante informatie opgevraagd door middel van het stellen van gerichte vragen.

4.8 De conclusie is dat Verzekeraar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom toe.

## 5. Beslissing

De Commissie beslist dat Verzekeraar binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, de verzekering met terugwerkende kracht tot 11 maart 2016 in kracht herstelt, dat op de verzekering geen clausule wordt geplaatst en dat Verzekeraar zijn vordering op Consument vanwege reeds gedane uitkeringen intrekt.

*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 40 van het Reglement.*