Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-673
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. A.W.H. Vink, drs. J.H. Paulusma-de Waal, arts, leden en mr. F. Fleskens, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 20 december 2017
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ASR Schadeverzekering N.V., handelend onder de naam De Amersfoortse Verzekeringen, gevestigd te Utrecht, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak	: 19 augustus 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Arbeidsongeschiktheidsverzekering met dekking bij arbeidsongeschiktheid en blijvende invaliditeit tengevolge van een ongeval. Consument heeft een claim op zijn verzekering ingediend vanwege zowel arbeidsongeschiktheid als blijvende invaliditeit. Het onderzoek naar de arbeidsongeschiktheid loopt nog en de Commissie heeft daarom geoordeeld dat de uitkomst daarvan moet worden afgewacht. De claim op grond van blijvende invaliditeit is naar het oordeel van de Commissie terecht afgewezen. De stelling van Consument dat de bepalingen in de verzekeringsvoorwaarden waarop Verzekeraar zich beroepen heeft onredelijk bezwarend zijn, is door de Commissie verworpen. Consument komt ingevolge het bepaalde in die voorwaarden tot slot niet in aanmerking voor vergoeding van de door hem gemaakte advocaatkosten. Vordering afgewezen.

1. Procesverloop

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

- de klachtbrief van Consument van 7 december 2017;
- de door Consument ingediende aanvullende stukken, ontvangen op 26 maart 2018;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Verzekeraar;
- de brief van Verzekeraar van 11 februari 2020;
- het e-mailbericht van Verzekeraar van 27 februari 2020;
- het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument van 11 mei 2020;
- het (korte) verslag van de hoorzitting;
- de brief van de gemachtigde van Consument van 29 mei 2020;
- de brief van Verzekeraar van 18 juni 2020.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een elektronische hoorzitting op 13 mei 2020 en hebben daaraan (deels) deelgenomen.

De gemachtigde van Consument kon vanwege technische problemen niet aan de elektronische hoorzitting deelnemen. Om deze reden is een (kort) verslag van de hoorzitting opgesteld. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld op dit verslag te reageren.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft met ingang van 14 april 2014 een arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: 'Verzekering') afgesloten bij Verzekeraar.

2.2 Op het polisblad staat – voor zover hier relevant – het volgende:

"(…)

Verzekerings-voorwaarden	Polismodel 184, alsmede clausule(s) M022 05 102 22.1 3140 59		
Dekkingen en verzekerde bedragen	**Periodieke uitkering bij arbeidsongeschiktheid**		
	Rubriek A Jaarrente in geval van arbeidsongeschiktheid	€	36.518
	Extra kapitaalsuitkering bij een ongeval:		
	€ 36.518 uitkering bij overlijden		
	€ 73.036 uitkering bij blijvende invaliditeit		
	Rubriek B Jaarrente in geval van arbeidsongeschiktheid	€	36.518
Eigen risicotermijn	Voor rubriek A 90 dagen		
	Voor rubriek B geen		

(…)"

2.3 In de op de Verzekering van toepassing zijnde voorwaarden (hierna: 'Voorwaarden') is – voor zover hier relevant – het volgende bepaald:

"(…)

1 Begrippenlijst

(…)

1.8 Arbeidsongeschiktheid

Als wij in deze voorwaarden arbeidsongeschiktheid noemen, dan bedoelen wij daar het volgende mee.

- Er is sprake van ziekte of ongeval;
- In relatie tot de ziekte of het ongeval bestaan er stoornissen
- Deze stoornissen zijn door een arts objectief vastgesteld;
- Deze stoornissen zijn algemeen erkend door de medische wetenschap;
- Deze stoornissen beperken de verzekerde in zijn of haar functioneren;
- Door deze functiebeperking is de verzekerde voor ten minste 25% ongeschikt om zijn of haar werkzaamheden uit te voeren.

Met werkzaamheden bedoelen wij:
De werkzaamheden die horen bij het beroep of de onderneming van de verzekerde. Het beroep van de verzekerde staat op het polisblad. Bij het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid kijken we ook of er aanpassingen van het werk en werkomstandigheden mogelijk zijn. Ook kijken we in overleg met de verzekerde of het mogelijk is taken binnen de onderneming van de verzekerde anders te verdelen of aan te passen.
Het gaat om werkzaamheden die in redelijkheid van de verzekerde verlangd kunnen worden.

(…)

2 Algemene bepalingen

2.1 Doel van de verzekering
Doel van deze verzekering is:
- u een uitkering te verlenen als de verzekerde arbeidsongeschikt is;
- de verzekerde te adviseren bij het voorkomen en verminderen van arbeidsongeschiktheid;
- de verzekerde te helpen/begeleiden bij het terugkeren in het arbeidsproces binnen zijn eigen beroep of onderneming.

(…)

4 Omschrijving van de dekking

4.3 Hoe wordt de arbeidsongeschiktheid vastgesteld?

4.3.1 Gaat het om eenvoudig te beoordelen arbeidsongeschiktheid? Dan stellen wij in overleg met de verzekerde vast in welke mate de verzekerde arbeidsongeschikt is. En hoe lang de arbeidsongeschiktheid waarschijnlijk gaat duren.

4.3.2 Is de arbeidsongeschiktheid niet eenvoudig vast te stellen? Of verschillen wij met de verzekerde van mening over de mate en/of de duur van de arbeidsongeschiktheid? Dan vragen wij een arts de verzekerde te onderzoeken. De arts geeft aan onze medisch adviseur door wat de verzekerde heeft en welke beperkingen de verzekerde heeft.

4.3.3 Ook kunnen wij een specialist vragen de verzekerde te onderzoeken. Of wij vragen de verzekerde de arts(en), bij wie de verzekerde onder behandeling is toestemming te geven onze medisch adviseur te informeren over de ziekte of ongevalsgevolgen waarvoor de verzekerde zich arbeidsongeschikt heeft gemeld.

4.3.4 Wij kunnen ook een arbeidsdeskundige vragen de verzekerde te bezoeken. Die bespreekt met de verzekerde, wat de verzekerde wel en niet kan doen binnen het eigen beroep of de onderneming van de verzekerde. De arbeidsdeskundige bespreekt ook of er aanpassingen van het werk en werkomstandigheden mogelijk zijn. Of dat taken binnen de onderneming van de verzekerde anders verdeeld of aangepast kunnen worden.

4.3.5 Is de verzekerde door aanpassing van het werk en werkomstandigheden minder (dan 25%) arbeidsongeschikt? Of is de verzekerde door andere taakverdeling of door taakaanpassing minder (dan 25%) arbeidsongeschikt? Dan kunnen wij de verzekerde blijven ondersteunen totdat er weer sprake is van een normale bedrijfsvoering. De aard en de omvang van de ondersteuning zal in onderling overleg worden bepaald.

4.3.6 Zodra wij hebben bepaald in welke mate de verzekerde arbeidsongeschikt is melden wij dit aan u. Wij melden dan ook welke uitkering daarbij hoort.

4.3.7 Bent u het niet met ons eens? Dan moet u dat binnen 30 dagen aan ons melden. Doet u dat niet, dan gaan wij ervan uit dat u het met ons eens bent.

4.3.8 Heeft u ons laten weten het niet met ons eens te zijn? Dan zoeken wij samen met u naar een oplossing. Blijven wij met u van mening verschillen? Dan zoeken wij samen met u naar de meest geschikte manier om ons meningsverschil op te lossen. Lukt dat ook niet dan kunt u gebruik maken van de klachtenregeling (artikel 10.6 Heeft u klachten over deze verzekering of onze dienstverlening?), of het geschil voorleggen aan de bevoegde rechter.

(…)

7 Wat moet u en/of de verzekerde doen bij arbeidsongeschiktheid?

(…)

7.2 Zijn aanpassingen van het werk of werkomstandigheden mogelijk? Of kunnen de taken binnen de onderneming van de verzekerde anders verdeeld of aangepast worden? Dan moeten u en de verzekerde daar aan meewerken. Dat geldt ook als hierdoor de mate van arbeidsongeschiktheid vermindert.

(…)

7.5 Als wij daarom vragen moet de verzekerde zich laten onderzoeken door een arts. Wij wijzen deze arts aan. De verzekerde moet deze arts alle informatie geven die deze arts vraagt. Wij betalen de arts voor de kosten van het onderzoek.

(…)

9.1 Ongevallendekking

(…)

9.1.4 Blijvende invaliditeit

9.1.4.1 Blijvende invaliditeit is het gehele of gedeeltelijke verlies of functieverlies van een orgaan of enig deel van het lichaam van de verzekerde. Dit verlies of functieverlies is het gevolg van letsel dat rechtstreeks en zonder medewerking van andere oorzaken het gevolg is van een ongeval.

(…)

9.1.4.4 In de volgende gevallen is geen sprake van letsel ten gevolge van een ongeval:
- ingewandsbreuk (waaronder liesbreuk);
- spit (lumbago);
- uitstulping van een tussenwervelschijf (hernia nuclei pulposi);
- krakende peesschede-ontsteking (tendovaginitis crepitans);
- periartritis humeroscapularis (P.H.S.);
- tennisarm (epicondylitis lateralis);
- golfersarm (epicondylitis medialis);
- psychische aandoeningen, van welke aard dan ook, behalve als deze medisch aantoonbaar het rechtstreekse gevolg zijn van bij het ongeval ontstaan hersenletsel;
- HIV-besmetting of Hepatitis B-besmetting, ongeacht de oorzaak van de besmetting.

(...)

9.1.7 Hoe wordt de mate van blijvende invaliditeit vastgesteld.
De mate van blijvende invaliditeit wordt vastgesteld door een medisch onderzoek in Nederland.

Hierbij hanteren wij objectieve maatstaven. Deze objectieve maatstaven zijn vastgelegd in de "Guides to the Evaluation of Permanent Impairment" van de American Medical Association (A.M.A.) en worden aangevuld met de richtlijnen van de Nederlandse vereniging van Neurologen en de Nederlandse vereniging van Orthopeden.
Wij hanteren hierbij de laatste uitgave die door de Nederlandse specialisten verenigingen is geaccepteerd.

9.1.8 Wanneer wordt de mate van blijvende invaliditeit vastgesteld?
9.1.8.1 De mate van blijvende invaliditeit wordt vastgesteld als er geen verbetering of verslechtering van het letsel te verwachten is.

9.1.8.2 De mate van blijvende invaliditeit zal in ieder geval definitief worden vastgesteld 2 jaar na het ongeval.

(...)

9.2 Rechtsbijstand

(...)

9.2.1 Wanneer bestaat recht op rechtsbijstand?
9.2.1.1 U hebt recht op rechtsbijstand als de verzekerde arbeidsongeschikt is geworden door de schuld van iemand anders. En die persoon is daarvoor wettelijk aansprakelijk.

(…)

9.2.3.3 Wij vergoeden deze kosten tot maximaal € 7.500,00 exclusief BTW per gebeurtenis.

(…)"

2.4 Consument was op 31 oktober 2014 betrokken bij een aanrijding.

2.5 Op 1 november 2014 heeft Verzekeraar een meldingsformulier arbeidsongeschiktheid van Consument ontvangen. In het meldingsformulier is opgenomen dat Consument klachten heeft van psychische aard, rugklachten, nekklachten en schouderklachten.

2.6 Verzekeraar heeft vanaf 31 oktober 2014 een arbeidsongeschiktheid in de klasse 80 – 100% gehanteerd en Consument, na het verstrijken van de eigenrisico termijn, een uitkering verstrekt van 100%.

2.7 In het kader van de beoordeling van een eventuele blijvende invaliditeit is op 27 juni 2017 een neurologische expertise uitgevoerd. In het rapport van de neuroloog van 12 juli 2017 staat – voor zover hier relevant – het volgende:

"(…)

1. **Wat zijn uw bevindingen?**
   Hiervoor verwijs ik graag naar geneeskundige deel. Er zijn geen neurologische stoornissen waargenomen of geobjectiveerd.

2. **Wat is uw diagnose?**
   Er is sprake van een Whiplash Associated Disorder, graad I-II. Er lijkt geen sprake van status na hersenletsel. Er lijkt sprake van een psychiatrische stoornis in het kader van een depressie.

3. **Is er naar uw mening een eindtoestand bereikt?**
   Daarin valt niet veel verbetering meer te verwachten. De pijnklachten zijn van het bewegingsapparaat en zijn niet neurologisch van origine. De Whiplash Associated Disorder zou klachten blijven geven van concentratiezwakte en vermoeidheid en hoofd- en nekpijn. Ik verwacht hier geen verbetering meer in. Zijn psychiatrische gesteldheid staat verdere revalidatie ook in de weg.

4. **Wat is op dit moment de mate van BI volgens de AMA Guides, 6e editie, aangevuld met de richtlijnen van uw beroepsgroep) als rechtstreeks en uitsluitgevolg van het ongeval?**
   Conform de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie uit 2013 spreken we bij een Whiplash Associated Disorder niet van blijvende invaliditeit. In de AMA 6e editie, tabel 17-2 zou eventueel nog van een chronische whiplash gesproken kunnen worden met een gering functieverlies van maximaal 8%. Ik denk echter in zijn algemeenheid, en zeker ook in deze casus, dat we ons moeten houden aan de aanbevelingen van de beroepsvereniging en aan dit probleem vanuit neurologisch perspectief geen invaliditeit kunnen toekennen. Er zijn mijns inziens geen objectiveerbare neurologische afwijkingen vastgesteld.

5. **Heeft u nog opmerkingen die voor de beoordeling van belang kunnen zijn?**
   Zoals u zelf ook hebt aangegeven ligt het probleem vooral binnen de expertisegebied van de psychiater. Neurologisch zijn er geen objectiveerbare afwijkingen gevonden bij lichamelijk onderzoek of aanvullend onderzoek.

(…)"

2.8 Bij brief van 27 september 2017 heeft Verzekeraar aan Consument medegedeeld dat uit het rapport van de neuroloog blijkt dat vanuit neurologisch perspectief geen blijvende invaliditeit kan worden vastgesteld en dat Consument om die reden geen recht heeft op een blijvende invaliditeitsuitkering. Namens Consument is bezwaar aangetekend tegen het standpunt van Verzekeraar. Verzekeraar heeft bij brief van 29 december 2017 aan Consument medegedeeld dat heroverweging van het dossier niet tot een nieuw standpunt heeft geleid.

2.9 Consument heeft in december 2017 een klacht ingediend bij Kifid.

2.10 In de periode van oktober 2017 tot maart 2018 heeft Consument voor de beoordeling van zijn arbeidsongeschiktheid verschillende malen de controlerend arts bezocht.

2.11 Bij brief van 18 april 2018 heeft Verzekeraar aan Consument voorgesteld om voor de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid een (gezamenlijke) expertise aan te vragen bij een psychiater.

2.12 Op 13 mei 2019 heeft een psychiatrische expertise plaatsgevonden. In het (concept-) rapport van de psychiater van 29 mei 2019 staat – voor zover hier relevant – het volgende:

"(…)
12. Beantwoording van de vragen

Vraag 1: Wat zijn uw bevindingen en hoe luidt uw diagnose?
Antwoord: (…) In diagnostische zin is er bij onderzochte sprake van een depressieve stoornis, recidiverende episode, ernstig. Er worden vanuit het huidige onderzoek geen directe aanwijzingen gevonden voor onderliggende problematiek of andere psychiatrische aandoeningen in engere zin.
(…)
Vraag 4: Kunt u aangeven welke beperkingen er zijn op basis van de objectieve medische bevindingen op uw vakgebied?
Antwoord: De depressieve stoornis geeft bij onderzochte beperkingen in zowel het persoonlijk, als het sociaal functioneren. Beperkingen in het persoonlijk functioneren kunnen worden vastgesteld binnen de volgende items:

- *Concentreren en verdelen van de aandacht en handelingstempo:*

(…)

- *Hanteren van emotionele problemen van anderen, uiten van eigen gevoelens en omgaan met conflicten:*

(…)
Vraag 5: Vormen de door u gevonden, objectieve medische bevindingen de verklaring voor de door betrokkene aangegeven beperkingen?
Antwoord: Ja.

Vraag 6: Hoe ziet u de prognose?
(…) Om deze reden wordt de prognose als ongunstig beoordeeld op de langere termijn en kan er naar alle waarschijnlijkheid al gesproken worden van een medische eindtoestand.
(…)"

2.13 Bij brief van 25 juli 2019 heeft Verzekeraar Consument – voor zover hier relevant – als volgt bericht:

"(…)
Onze medisch adviseur ontving en beoordeelde het rapport van de psychiater.

Specialistisch rapport
De conclusie van de medisch adviseur is dat er beperkingen te stellen zijn. Omdat het stellen van beperkingen in de belastbaarheid voor het uitvoeren van werkzaamheden van [Consument] de expertise is van de verzekeringsarts, adviseert onze medisch adviseur een onderzoek door een externe verzekerings-arts uit te laten voeren. Vervolgens zal er, als dit aan de orde is, een arbeidsdeskundig onderzoek moeten worden verricht, waarin – als er medische beperkingen door de verzekeringsarts worden geduid – de arbeidsdeskundige de mate van arbeidsongeschiktheid op grond van de geduide beperkingen zal moeten vaststellen. Uiteraard willen wij dit allemaal in gezamenlijk overleg met u en [Consument] doen.
(…)"

2.14 De gemachtigde van Consument heeft bezwaar gemaakt tegen het uitvoeren van een verzekeringsgeneeskundig onderzoek. De gemachtigde van Consument is van mening dat Verzekeraar op basis van het rapport van de psychiater een 'eindbeslissing' dient te nemen over het arbeidsongeschiktheidspercentage.

2.15 Bij brief van 10 februari 2020 heeft Verzekeraar Consument bericht dat, gezien het meningsverschil tussen partijen over de noodzaak van een verzekeringsgeneeskundig onderzoek, het verzekeringsgeneeskundig onderzoek eenzijdig zal worden uitgevoerd.

2.16 Bij e-mailbericht van 18 februari 2020 heeft de gemachtigde van Consument aan Verzekeraar medegedeeld dat Consument onder voorbehoud van rechten en handhaving van zijn bezwaren zijn medewerking verleent aan het eenzijdig verzekeringsgeneeskundig onderzoek.

2.17 Het onderzoek bij de verzekeringsarts vindt plaats op 30 juli 2020.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert (1) uitkering onder de Verzekering op basis van blijvende en volledige invaliditeit en arbeidsongeschiktheid (2) veroordeling van Verzekeraar in de kosten van het geding (op basis van reële kosten), alsmede de nakosten.

Grondslagen en argumenten daarvoor

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

- Verzekeraar weigert een medische eindtoestand vast te stellen ten aanzien van de (mate van) arbeidsongeschiktheid. Volgens Consument is het redelijk en billijk dat Verzekeraar na verloop van drie jaren van arbeidsongeschiktheid een medische eindtoestand vaststelt.

Uit de medische stukken blijkt ook duidelijk dat sprake is van een medische eindtoestand, te weten een depressie en ernstige pijnklachten als gevolg waarvan Consument niet in staat is tot het verrichten van arbeid. Consument heeft derhalve bezwaar tegen het uitvoeren van een verzekeringsgeneeskundig onderzoek. Hij is van mening dat Verzekeraar op basis van het rapport van de psychiater van 29 mei 2019 een eindbeslissing dient te nemen over het arbeidsongeschiktheidspercentage. De handelwijze van Verzekeraar is volgens hem onnodig vertragend.

- Verzekeraar hanteert een andere (te beperkte) maatstaf voor de vaststelling van blijvende invaliditeit dan Consument mocht verwachten. De 'Dikke van Dale' definieert invaliditeit als: "invalide zijn" en invalide als: "niet in staat een of meer lichaamsdelen te gebruiken; = lichamelijk gehandicapt". Het hoofd met inhoud is volgens Consument een lichaamsdeel. Encyclo geeft een actuelere definitie "(gebrek, handicap) (1) blijvend verminderd lichamelijk en-of geestelijk functioneren na geboorte, ongeval of ziekte. (2) verminderde geschiktheid voor arbeid". Voor Consument geldt als blijvende invaliditeit ook het disfunctioneren wegens psychische klachten. De psychiater merkt daarover op: "Betrokkene imponeert op mij als zeer depressief".
- De artikelen 1.8, 2.1, 4.3, 9.1.4.4, 9.1.8.1, 9.1.8.2, 9.1.4.1 en 9.2.3.3 van de Voorwaarden zijn onredelijk bezwarende en oneerlijke, nietige bedingen, welke een schending behelzen van Richtlijn 93/13/EG (hierna: 'de Richtlijn') en derhalve buiten toepassing moeten worden gelaten. Verzekeraar heeft niet met Consument onderhandeld over deze artikelen van de Voorwaarden. De betreffende artikelen zijn (ook) geen kernbedingen omdat zij geen deel uitmaken van het eigenlijke voorwerp van de verzekeringsovereenkomst. In geval van twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor Consument meest gunstige uitleg. Consument verwijst in dit kader naar de Richtlijn en artikel 6:238 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW). Consument vertrouwde erop verzekerd te zijn ingeval van het wegvallen van zijn inkomen en invaliditeitsuitkering, ongeacht of dit het gevolg is van lichamelijke of geestelijke schade. Een beperktere uitleg van het begrip invaliditeit – tot slechts vaststelbare fysieke schade – veroorzaakt een "aanzienlijke verstoring van het evenwicht" tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen.
- Consument lijdt nog steeds hevige pijn. De neuroloog heeft niet vastgesteld dat geen sprake is van hersenletsel. De neuroloog heeft in zijn rapport opgenomen: "Er lijkt geen sprake van status na hersenletsel". Het feit dat de neuroloog het begrip "lijkt" hanteert en niet "is" houdt de mogelijkheid open dat de pijnen wel degelijk het gevolg zijn van hersenletsel. Dit temeer nu de neuroloog ook schrijft dat eventueel nog van een chronische whiplash gesproken zou kunnen worden met een gering functieverlies van maximaal 8%.

- Verzekeraar is op grond van artikel 9.2 van de Voorwaarden, artikel 6:96 BW en de Richtlijn verplicht de door de Consument gemaakte kosten, zoals gespecificeerd in de door de gemachtigde van Consument overgelegde urenstaten, volledig aan Consument te vergoeden. Aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan. Van Consument kan niet gevergd worden dat hij, in zijn medische toestand, zelf de procedure behandelt. Mede gelet op de grote belangen is rechtsbijstand door een juridisch deskundige een noodzaak.

Verweer Verzekeraar

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

- Een eindbeslissing over de mate van arbeidsongeschiktheid is niet aan de orde omdat de medische toestand van een verzekerde kan verbeteren of verslechteren. Verzekeraar verwijst voor de wijze waarop de (mate van) arbeidsongeschiktheid wordt bepaald naar de geldende jurisprudentie (vgl. Rb Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7381; Rb Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2698; Vzr Rechtbank Utrecht 21 mei 2008, LJN: BD2391 en rechtbank Utrecht 28 april 2010, LJN: BM2857). Uit voornoemde jurisprudentie volgt dat allereerst 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 stelt een verzekeringsgeneeskundige op basis van de door de medicus vastgestelde functionele beperkingen en een 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. Tenslotte maakt de arbeidsdeskundige op basis van de beperkingen in de belastbaarheid, zoals vastgesteld door de verzekeringsgeneeskundige, in een eigen onderzoek een inschatting van de mate waarin de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep niet meer kan verrichten. De eerste stap, een gezamenlijke psychiatrische expertise, is inmiddels verricht. Een onderzoek door een verzekeringsgeneeskundige is nu de vervolgstap. De handelwijze van Verzekeraar is niet onnodig vertragend. Het doel van Verzekeraar is juist om de arbeidsongeschikt-heid van Consument op een zorgvuldige wijze te beoordelen.
- Bij de beoordeling of Consument recht heeft op een uitkering wegens blijvende invaliditeit geldt, gelet op artikel 9.1.5. en 9.1.8. van de Voorwaarden, wel een eenmalige beoordeling/vaststelling, in ieder geval twee jaar na het ongeval, en indien wordt voldaan aan de Voorwaarden een eenmalige uitkering. In het kader van de beoordeling van de blijvende invaliditeit is op 27 juni 2017 een neurologische expertise uitgevoerd. Uit dit onderzoek bleek dat geen sprake is van objectiveerbare neurologische afwijkingen.

Dit betekent dat de psychische aandoeningen van Consument niet het rechtstreeks gevolg zijn van bij het ongeval ontstaan hersenletsel, waardoor er gelet op de artikelen 9.1.4.1, 9.1.4.4 en 9.1.5 van de Voorwaarden geen recht is op uitkering wegens blijvende invaliditeit. Consument stel ten onrechte dat Verzekeraar een andere – te beperkte – maatstaf hanteert voor de vaststelling van blijvende invaliditeit dan hij mocht verwachten. In artikel 9.1.4 van de Voorwaarden is opgenomen wat onder 'blijvende invaliditeit' wordt verstaan. Consument kon c.q. mocht niet uitgaan van een andere uitleg van dit begrip. Partijen zijn immers bij het sluiten van de overeenkomst overeengekomen dat de geldende polisvoorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst, met inbegrip van het begrip blijvende invaliditeit.

- De artikelen 1.8, 2.1, 4.3, 9.1.4.4, 9.1.8.1, 9.1.8.2, 9.1.4.1 en 9.2.3.3 van de Voorwaarden zijn niet onredelijk bezwarend. Verzekeraar verwijst in dit kader naar de uitspraak van de Hoge Raad van 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, alsmede naar de daarna verschenen lagere rechtspraak zoals o.a. Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:482 en Rechtbank Midden-Nederland 7 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6407. Er is geen sprake van onduidelijkheid over de uitleg van een of meerdere artikelen uit de Voorwaarden en de betreffende artikelen zijn ook niet voor meerderlei uitleg vatbaar. In artikel 9.1.4.4. zijn psychische klachten expliciet uitgesloten van 'letsel ten gevolge van een ongeval'. Van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht, zoals door Consument gesteld, is geen sprake.
- Ingevolge artikel 9.2 van de Voorwaarden is sprake van recht op rechtsbijstand als de verzekerde arbeidsongeschikt is geworden door de schuld van iemand anders, oftewel door een aansprakelijke derde. De belangenbehartiging door de gemachtigde van Consument valt hier echter niet onder. Voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten is in het onderhavige geval artikel 6:96 lid 2 sub c BW relevant. De gemaakte kosten moeten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets. Dit betekent dat de verrichte werkzaamheden redelijkerwijs noodzakelijk waren en dat de gemaakte kosten naar hun omvang redelijk zijn. Verzekeraar onderkent de klachten van Consument en verstrekt hem tot op heden een uitkering van 100%. Daarmee is (al) niet aan het eerste vereiste van de dubbele redelijkheidstoets voldaan: de door de gemachtigde van Consument in deze zaak tegen Verzekeraar verrichte werkzaamheden zijn (in ieder geval tot aan heden) niet redelijkerwijs noodzakelijk geweest.

4. Beoordeling

4.1 Aan de orde is eerst de vraag of Consument recht heeft op uitkering onder de Verzekering op basis van blijvende invaliditeit en/of arbeidsongeschiktheid.

Blijvende invaliditeit

4.2 De Verzekering kent een ongevallendekking die uitkeert bij blijvende invaliditeit. Op grond van de Voorwaarden wordt onder 'blijvende invaliditeit' verstaan het gehele of gedeeltelijke verlies of functieverlies van een orgaan of enig deel van het lichaam van de verzekerde. Dit verlies of functieverlies moet het gevolg zijn van letsel dat rechtstreeks en zonder medewerking van andere oorzaken het gevolg is van een ongeval (artikel 9.1.4.1). In artikel 9.1.4.4 wordt bepaald dat geen sprake is van letsel ten gevolge van een ongeval bij psychische aandoeningen, van welke aard dan ook, behalve als deze medisch aantoonbaar het rechtstreekse gevolg zijn van bij het ongeval ontstaan hersenletsel. Naar het oordeel van de Commissie heeft Verzekeraar hiermee een duidelijke en begrijpelijke beschrijving van het begrip 'blijvende invaliditeit' geformuleerd alsmede een duidelijk uitsluiting hierop voor psychische aandoeningen. De bepalingen zijn niet voor meerdere uitleg vatbaar.

4.3 Het gaat hier, anders dan Consument stelt, om primaire dekkingsbepalingen, kernbedingen in de zin van de Richtlijn 93/13/EEG Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en het BW. Een kernbeding – een beding dat de kern van de tussen partijen overeengekomen prestaties aangeeft – is uitgezonderd van een beoordeling op oneerlijkheid. Het kernbeding moet dan wel duidelijk en begrijpelijk zijn. Als een kernbeding onduidelijk of onbegrijpelijk is kan sprake zijn van een onredelijk bezwarend beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Van een onredelijk bezwarend beding is sprake als het onduidelijke of onbegrijpelijke kernbeding in strijd is met de goede trouw en het beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument. Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een aanzienlijke verstoring van het evenwicht 'in strijd met de goede trouw' wordt veroorzaakt, dient te worden nagegaan of de gebruiker redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.

4.4 Omdat van onduidelijke laat staan onbegrijpelijke bepalingen naar het oordeel van de Commissie geen sprake is, is toetsing aan Richtlijn 93/13 EEG niet aan de orde. De Commissie zal bij haar oordeelsvorming dan ook uitgaan van het bepaalde in artikel 9.1.4.1. en artikel 9.1.4.4 van de Voorwaarden. Deze zijn niet onredelijk bezwarend.

4.5 Ter beoordeling van de (mate van) blijvende invaliditeit heeft Verzekeraar een neurologische expertise laten verrichten. In zijn rapport van 12 juli 2017 concludeert de neuroloog dat hij na onderzoek geen neurologische stoornissen heeft waargenomen of geobjectiveerd. Er is volgens hem sprake van een Whiplash Associated Disorder graad I-II. Van een status na hersenletsel lijkt geen sprake, wel van een psychiatrische stoornis in het kader van een depressie, aldus de neuroloog. De neuroloog verwacht geen verbetering maar kent vanuit neurologisch perspectief geen invaliditeit toe. Het probleem ligt volgens hem vooral binnen het expertisegebied van de psychiater.

4.6 Consument heeft de bevindingen en conclusies van de neuroloog niet met medische gegevens van bijvoorbeeld een andere deskundige weerlegd. De Commissie gaat daarom uit van een psychische stoornis die niet aantoonbaar het rechtstreekse gevolg is van bij het ongeval ontstaan hersenletsel. Dit betekent dat niet voldaan is aan de Voorwaarden en dat de Verzekering dus geen dekking biedt (artikel 9.1.4.4). Dit zo zijnde zal de Commissie de overige argumenten van Consument inzake de vaststelling van de mate van blijvende invaliditeit onbesproken laten.

Arbeidsongeschiktheid

4.7 De Verzekering biedt dekking bij arbeidsongeschiktheid als sprake is van ziekte of ongeval en er in relatie tot de ziekte of ongeval stoornissen bestaan. Die stoornissen moeten door een arts objectief zijn vastgesteld en algemeen erkend zijn door de medische wetenschap. De stoornissen moeten de verzekerde beperken in zijn functioneren en hem voor ten minste 25% ongeschikt maken tot het verrichten van zijn werkzaamheden (artikel 1.8 van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden). Het gaat hier, evenals bij de bepalingen over blijvende invaliditeit, om een primaire dekkingsbepaling, een kernbeding. Ook dit kernbeding is naar het oordeel van de Commissie duidelijk en begrijpelijk geformuleerd en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Een toetsing aan de richtlijn 93/13 EEG is hier dan ook evenmin aan de orde. De Commissie gaat daarom uit van de omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid in artikel 1.8.

4.8 Blijkens artikel 2.1 is het doel van de verzekering om uitkering te verlenen als de verzekerde arbeidsongeschikt is en wordt in artikel 4.3. bepaald hoe de arbeidsongeschiktheid wordt vastgesteld. Consument heeft aangevoerd dat ook deze bepalingen onredelijk bezwarend zijn in de zin van Richtlijn 93/13 EEG. De bepaling van artikel 2.1 is evenwel van zo wezenlijke betekenis dat de verzekeringsovereenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen, en is daarmee eveneens een kernbeding. De bepaling van artikel 4.3 over de wijze van vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid is geen kernbeding, maar de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1800) over een vergelijkbare bepaling geconcludeerd dat dit geen oneerlijk beding is in de zin van Richtlijn 93/13 EEG.

De Commissie gaat bij haar beoordeling daarom uit van de bepaalde in artikel 2.1 en 4.3.

4.9 Verzekeraar heeft Consument naar aanleiding van diens arbeidsongeschiktheidsmelding per 31 oktober 2014 (de datum van het verkeersongeluk), een controlerend arts laten bezoeken en heeft daarop vanaf 31 oktober 2014 een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100% aangenomen (= 100% uitkering). Na diverse bezoeken aan de controlerend arts, ontvangst van informatie van de behandelend psycholoog en een bezoek van de arbeidsdeskundige, heeft op 14 augustus 2015 een psychiatrische expertise plaatsgevonden. Daarna heeft nog een aantal bezoeken plaatsgevonden (controlerend arts, arbeidsdeskundige) en is nieuwe medische informatie ontvangen. Het uitkeringspercentage is al die tijd gehandhaafd op 100%. Dit percentage is weliswaar per 2 januari 2017 bijgesteld naar 50%, maar is later met terugwerkende kracht tot 2 januari 2017 weer teruggedraaid naar 100%. Daarop volgden weer enkele bezoeken aan de controlerend arts, waarna de medisch adviseur van Verzekeraar een psychiatrisch onderzoek heeft geadviseerd dat op gezamenlijk verzoek zou moeten worden verricht. Over de persoon van de expert die het onderzoek diende te verrichten hebben partijen al snel overeenstemming bereikt, over de vraagbrief is discussie ontstaan. Uiteindelijk is op 13 mei 2019 expertise verricht. Het rapport dateert van 29 mei 2019. De expertiserend psychiater heeft de diagnose op “depressieve stoornis, recidiverende episode, ernstig” gesteld. Aanvullende behandeladviezen heeft hij niet. Volgens hem moeten ernstige beperkingen worden geduid in zowel het persoonlijk als sociaal functioneren binnen de items ‘concentreren en verdelen van de aandacht en handelingstempo’ en ‘hanteren van emotionele problemen van anderen, uiten van eigen gevoelens en omgaan met conflicten’.

4.10 Verzekeraar heeft vervolgens een verzekeringsgeneeskundig onderzoek voorgesteld om de door de expert geconstateerde beperkingen te laten vertalen naar een beperkingen profiel. Hierover is wederom discussie ontstaan. Op 18 februari 2020 heeft Consument Verzekeraar laten weten dat hij onder voorbehoud van rechten en onder handhaving van zijn bezwaren zijn medewerking verleent aan een - eenzijdig door Verzekeraar te entameren - verzekeringsgeneeskundig onderzoek. Consument is het principieel niet eens met dit onderzoek omdat Verzekeraar pas na veel bezwaren heeft besloten tot een expertise door een psychiater - een psychiater die volgens zijn medisch adviseur bij uitstek deskundig en ervaren is op het betreffende vakgebied - en dat niet valt in te zien waarom Verzekeraar niet op basis van het rapport van deze psychiater een eindbeslissing zou kunnen nemen. Consument heeft gesteld dat Verzekeraar onvoldoende gemotiveerd heeft waarom de psychiater de aan hem gestelde vragen niet afdoende zou hebben beantwoord en ziet de handelwijze van Verzekeraar daarom als onnodig vertragend.

4.11 De Commissie merkt op dat het gebruikelijk en nodig is dat hetzij een medisch adviseur hetzij een onafhankelijke verzekeringsgeneeskundige bij psychiatrische aandoeningen de door de psychiater globaal geduide beperkingen kwantificeert en concretiseert. Dit gebeurt aan de hand van een beoordelingsgesprek waarin wordt doorgevraagd over de beperkingen in relatie tot het werk. Zo dient te worden vastgesteld hoe lang en hoe vaak de consument bepaalde handelingen en activiteiten kan verrichten en welke activiteiten vermeden dienen te worden. Pas als deze beperkingen zijn gekwantificeerd kan de arbeidsdeskundige een percentage arbeidsongeschiktheid vaststellen.

4.12 De Commissie is van oordeel dat er geen aanleiding of rechtsgrond is om thans een eindbeslissing over het percentage blijvende arbeidsongeschiktheid te nemen. Van psychische aandoeningen met een recidiverend karakter kan niet worden gesteld dat deze per definitie gedurende de rest van de looptijd van de verzekering (de einddatum van deze verzekering is 1 maart 2033/eindleeftijd 67 jaar) ongewijzigd blijven. De medische toestand van Consument kan nog verbeteren of verslechteren. Bovendien heeft Verzekeraar op grond van de verzekeringsvoorwaarden het recht om periodiek te toetsen of de beperkingen c.q. de mate van arbeidsongeschiktheid nog bestaan/bestaat. De Commissie concludeert dan ook dat de handelwijze van Verzekeraar met betrekking tot de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid zorgvuldig en juist is.

4.13 In zijn brief aan de Commissie van 18 juni 2020 heeft Verzekeraar laten weten dat een verzekeringsgeneeskundig onderzoek inmiddels gepland staat. De Commissie is van oordeel dat Consument de uitkomst daarvan dient af te wachten, zo ook de uitkomst van het eventueel daarop te volgen arbeidsdeskundig onderzoek. De Commissie heeft daarbij geen bemoeienis.

Kosten van rechtsbijstand

4.14 Vervolgens is aan de orde de vraag of Consument recht heeft op vergoeding van de door hem gemaakte advocaatkosten.

4.15 Consument heeft zich beroepen op het bepaalde in artikel 9.2 van de Voorwaarden dat de kosten van rechtsbijstand worden vergoed bij verhaal van schade (arbeidsongeschiktheid door de schuld van een ander) op derden. Tegelijkertijd acht hij deze bepaling onredelijk in de zin van Richtlijn 93/13 EEG. De Commissie stelt vast dat deze bepaling geen grondslag biedt voor de vergoeding van de kosten van de door Consument in deze procedure tegen Verzekeraar ingeschakelde advocaat en dat de beantwoording van de vraag of deze bepaling c.q. de daarin neergelegde beperking onredelijk bezwarend is daarom niet relevant is.

4.16 De slotsom is dat Consument geen aanspraak kan maken op uitkering op basis van blijvende invaliditeit en dat de beoordeling van de aanspraak van Consument op basis van arbeidsongeschiktheid nog loopt. Consument dient de uitkomst van het verzekerings-geneeskundig onderzoek af te wachten. De aanspraak van Consument op vergoeding van gemaakte advocaatkosten wijst de Commissie af. De vorderingen van Consument zijn al met al niet toewijsbaar.

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 40 van het Reglement.