Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-068 d.d. 11 februari 2014
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. B.F. Keulen en prof. mr. E.H. Hondius, leden en mr. I.M.L. Venker, secretaris)

Samenvatting

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Consument heeft de vraag in het aanvraagformulier 'Bent u de laatste 2 jaar onder medische of paramedische behandeling of controle geweest?' ontkennend beantwoord terwijl zij in de genoemde periode één keer een huisarts en twee keer een fysiotherapeut had bezocht in verband met een tenniselleboog. De Commissie oordeelt dat Consument had kunnen en moeten begrijpen dat Aangeslotene geïnteresseerd was in de bezoeken die zij aan de huisarts en fysiotherapeut had gebracht en door de vraag ontkennend te beantwoorden de mededelingsplicht van artikel 7:928 BW niet is nagekomen. Consument stelt dat Aangeslotene de voorwaarden die artikel 7:929 lid 1 BW stelt niet is nagekomen. De Commissie is van oordeel dat aanleiding bestaat het moment van 'ontdekken' in de zin van artikel 7:929 lid 1 BW te objectiveren naar een eerder moment omdat Aangeslotene zich na ontvangst van de medische informatie door de medisch adviseur had moeten inspannen om binnen redelijke termijn vast te stellen of Consument haar mededelingsplicht is nagekomen. Omstandigheden waardoor Aangeslotene later heeft 'ontdekt' die zijn gelegen in het beleid van de verzekeraar kunnen niet aan Consument worden tegengeworpen. Aangeslotene heeft Consument voorts onvoldoende geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht. De Commissie oordeelt dat Aangeslotene niet heeft voldaan aan de vereisten van artikel 7:929 lid 1 BW en de gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht dus niet kon inroepen. Vordering toegewezen.

Consument,

tegen

Achmea Schadeverzekeringen N.V., gevestigd te Apeldoorn, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van de advocaat van Consument met daarbij het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen, ingekomen op 14 augustus 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 25 november 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument heeft met ingang van 1 augustus 2004 bij (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene een verzekering gesloten die dekking biedt voor het risico van beroepsarbeidsongeschiktheid. Het verzekerde beroep is kapper. Verzekerd is een bedrag van € 20.000,- per jaar vanaf het tweede jaar van arbeidsongeschiktheid; de eigen risicotermijn is één jaar.

3.2. Consument heeft daartoe een op 20 juli 2004 door haar ondertekend aanvraagformulier overgelegd waarin onder meer de volgende gezondheidsvraag is opgenomen: *Bent u de laatste 2 jaar onder medische of paramedische behandeling of controle geweest?* Consument heeft deze vraag met '*nee*' beantwoord. Het formulier vermeldt dat wanneer op één of meer vragen met 'ja' wordt geantwoord, een uitgebreide gezondheidsverklaring wordt toegestuurd.

3.3. Consument heeft zich op 3 juni 2009 bij Aangeslotene arbeidsongeschikt gemeld door oligo-artritis aan de knieën. Aangeslotene heeft naar aanleiding van deze melding specifieke vragen aan de huisarts van Consument gesteld, waaronder de vragen: *Wanneer stelde betrokkene zich onder uw behandeling voor het huidige klachtenpatroon?* en *Welke waren tot op heden de therapeutische consequenties?* Bij brief van 16 juni 2009 heeft de huisarts op de eerste vraag geantwoord: *sinds 2003 komt mw. regelmatig bij mij met wisselende spier- cq. gewrichtsklachten.* Op de vraag naar de therapeutische consequenties heeft de huisarts geantwoord: *fysiotherapie en ergotherapie.*
Aangeslotene heeft Consument bij brief van 19 november 2009, voor zover van belang, het volgende medegedeeld:
*"**Informatie huisarts***
(…) Uit deze informatie is gebleken dat u vanaf 2003 regelmatig bij uw huisarts bent geweest met wisselende spier- cq. gewrichtsklachten. Bij het afsluiten van de verzekering in 2004 hebt u deze informatie niet verstrekt. Mogelijk heeft dit voor u consequenties. (…)
Mededelingsplicht
(…)
Bij de beoordeling van uw claim komt naar voren dat u de vraag: "Bent u de laatste 2 jaar onder medische of paramedische behandeling of controle geweest?" niet juist hebt beantwoord. U hebt op deze vraag "nee" aangekruist. Op basis van de informatie van uw huisarts blijkt dat u "ja" op de bovenstaande vraag had moeten aankruisen. In dat geval zou u een volledige gezondheidsverklaring in hebben moeten vullen, waaruit de wisselende spier- cq. gewrichtsklachten gebleken zouden zijn.

Als deze informatie bij de acceptatie van de verzekering bekend was geweest, zou de verzekering niet of niet onder dezelfde voorwaarden zijn afgesloten.

Uitnodiging medisch adviseur

Om het bovenstaande met onze medisch adviseur te bespreken, nodigen wij u graag bij hem uit. U kunt dan ook een toelichting geven op de informatie zoals die op dit moment bij ons bekend is.

(…)

Vervolg

Als wij de bezoekrapportage ontvangen hebben, bepalen wij hoe we met het niet nakomen van de mededelingsplicht en de eventuele ingangsdatum van de arbeidsongeschiktheid omgaan.

(…)"

3.4. Op 1 december 2009 heeft Consument de medisch adviseur van Aangeslotene bezocht.

3.5. Bij brief van 14 december 2009 heeft Consument gereageerd op de brief van Aangeslotene van 19 november 2009. Zij heeft daarbij een aanvullende verklaring van de huisarts, van 7 december 2009, gevoegd waarin onder meer staat:
"*Zoals bekend heeft u al klachten van beiderzijds tenniselleboog gehad in 2003. (…) Sinds februari 2009 wordt het een ander beeld met diffuus pijn in hele lijf, erg moe, net of er heel zwaar werk is verricht. (…) Er komen in de loop van de volgende maanden pijnklachten bij en inmiddels ook een aantal gewrichtsontstekingen mn van beide knieën. Achteraf is het natuurlijk mogelijk dat de klachten in 2003 bij het totale beeld horen, maar huidige beeld is natuurlijk veel slechter dan toen een tenniselleboog."*

3.6. Bij brief van 28 januari 2010 aan Consument heeft Aangeslotene het verzoek om uitkering afgewezen en de verzekering opgezegd. Aangeslotene schrijft onder meer dat de medisch adviseur op basis van de ware stand van zaken, de aanvullende verklaring van de huisarts daarbij in acht genomen, aan Aangeslotene zou hebben geadviseerd de verzekeringsaanvraag af te wijzen met het recht op een herbeoordeling na een eenjarige klachtenvrije periode.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert van Aangeslotene uitkering onder de verzekering vermeerderd met de wettelijke rente en vergoeding van de door haar gemaakte kosten van rechtsbijstand. Indien Aangeslotene de persoonsgegevens van Consument heeft laten registreren in het Centraal Informatiesysteem en/of melding heeft gemaakt bij het Fraudeloket van het Verbond van Verzekeraars, vordert Consument dat Aangeslotene dit ongedaan maakt.

4.2. De vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- Consument heeft de precontractuele mededelingsplicht van artikel 7:928 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) niet geschonden. De gezondheidsvraag was onduidelijk. Zij heeft deze niet zo hoeven te begrijpen dat zij deze met 'ja' had moeten beantwoorden omdat geen sprake was fysiotherapeutische behandeling; zij is in verband met een kortdurende en onschuldige tenniselleboog in 2003 één keer

naar de huisarts en twee keer naar de fysiotherapeut geweest. Aangeslotene heeft Consument niet geïnformeerd over het bestaan van een precontractuele mededelingsplicht en ook niet gewaarschuwd voor de gevolgen van schending van deze verplichting.

- Aangeslotene komt geen beroep toe op artikel 7:930 lid 4 BW omdat zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten.
- Aangeslotene heeft de termijn van twee maanden van artikel 7:929 lid 1 BW niet in acht genomen zodat zij de gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht van artikel 7:928 BW niet meer kan inroepen.
- Aangeslotene heeft, door in haar brief van 19 november 2009 te schrijven: "Mogelijk heeft dit voor u consequenties", niet voldaan aan het vereiste genoemd in artikel 7:929 lid 1 BW om te wijzen op de mogelijke gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht voor het recht op uitkering en het voortbestaan van de verzekering.

4.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- De vragen naar de gezondheid in het aanvraagformulier zijn eenvoudig van aard en goed te begrijpen zodat een toelichting niet nodig is. Consument had moeten begrijpen dat daarmee ook werd gedoeld op een bezoek aan de huisarts en fysiotherapeut. Het is niet aan Consument om de afweging te maken of het melden van klachten c.q. bezoeken aan artsen en therapeuten voor Aangeslotene relevant is. Daarbij komt dat zij behoorde te begrijpen dat haar klachten van invloed konden zijn op het accepteren van de verzekeringsaanvraag.
- Wanneer Consument de hierboven onder 3.3 geciteerde vraag naar waarheid, en dus bevestigend, zou hebben beantwoord, zou een uitgebreide gezondheidsverklaring aan Consument zijn voorgelegd. Hierdoor zou aan het licht zijn gekomen dat in 1997-1999 knieslijtage bij Consument was vastgesteld en dat zij in 2001 en 2002 voet- en teenklachten had. Aangeslotene zou Consument dan, op advies van haar medisch adviseur een recht op herbeoordeling na een jaar hebben gegeven. Wanneer Consument van dit recht gebruik zou hebben gemaakt, zou uit die beoordeling zijn gebleken dat op 8 november 2004 de diagnose artrose bij Consument was gesteld. Op basis daarvan zou de aanvraag van Consument zijn afgewezen omdat Consument in relatief korte tijd verschillende vormen van gewrichtsklachten had en dit in relatie tot het beroep kapper een te hoog verzekerbaar risico voor Aangeslotene vormde. Deze afwijzing is conform het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar, aldus Aangeslotene.
- Aangeslotene heeft met het aanvraagformulier duidelijk gemaakt dat sprake is van een contractuele mededelingsplicht. Consument heeft met ondertekening van het aanvraagformulier verklaard de vragen naar waarheid te hebben beantwoord.
- Aangeslotene heeft voldaan aan de in artikel 7:929 lid 1 BW genoemde termijn. Niet het moment van ontvangst van de medische informatie is bepalend maar het moment van het vermoeden c.q. de ontdekking van niet nakoming van de mededelingsplicht. Dat laatste was op het moment dat de relevante gegevens bij

een telefonische intake op 14 oktober 2009 ter kennis kwamen van de schadebehandelaar. Op dat moment ontstond een vermoeden van niet nakomen van de mededelingsplicht en op dat moment ving de termijn van twee maanden aan. Met haar brief van 19 november 2009 heeft Aangeslotene Consument tijdig op de hoogte gebracht van haar vermoeden.
- Aangeslotene heeft Consument voldoende geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht. Bij brief van 19 november 2009 heeft zij Consument uitgenodigd bij haar medisch adviseur. Het bezoek aan de medisch adviseur is voor hem de gelegenheid verder onderzoek te doen naar het vermoeden en de verzekerde nader te informeren over de mogelijke consequenties.

5. Beoordeling

5.1. Aangeslotene heeft ter zitting verklaard dat zij de persoonsgegevens van Consument niet heeft laten registreren in het Centraal Informatiesysteem en geen melding heeft gemaakt bij het Fraudeloket van het Verbond van Verzekeraars zodat de Commissie op dit onderdeel van de vordering van Consument niet hoeft in te gaan.

5.2. In de eerste plaats dient te worden beoordeeld of Consument haar mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering is nagekomen. Uit het relaas van partijen en uit hetgeen ter zitting naar voren is gekomen, blijkt dat het beeld dat de huisarts in haar brief van 16 juni 2009 van de gezondheidstoestand van Consument heeft gegeven niet geheel juist is maar dat tussen partijen niet ter discussie staat dat Consument in 2003 in verband met een tenniselleboog eenmaal een bezoek aan de huisarts heeft gebracht en tweemaal een fysiotherapeut heeft bezocht. De Commissie acht de vraag in de verkorte gezondheidsverklaring '*Bent u de laatste 2 jaar onder medische of paramedische behandeling of controle geweest?*' niet onduidelijk. Consument had hieruit kunnen en moeten begrijpen dat Aangeslotene geïnteresseerd was in de bezoeken die zij aan de huisarts en fysiotherapeut had gebracht. Deze vraag nodigt naar het oordeel van de Commissie Consument niet uit tot het maken van een afweging of behandelingen of controles die zij in het verleden heeft gehad voor de beoordeling van de verzekeringsaanvraag door Aangeslotene van belang zijn. De Commissie is dus van oordeel dat Consument de betreffende vraag met 'ja' had moeten beantwoorden en dat zij, door dit niet te doen, haar mededelingsplicht niet is nagekomen.

5.4 Ingevolge artikel 7:929 BW kan de verzekeraar die ontdekt dat aan de in artikel 7:928 BW omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, de gevolgen daarvan slechts inroepen indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen. Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat Aangeslotene aan de voorwaarden die artikel 7:929 lid 1 BW stelt niet heeft voldaan. Zij stelt dat Aangeslotene na ontvangst van de brief van de huisarts van 16 juni 2010 niet voortvarend heeft gehandeld en haar daardoor niet binnen twee maanden na ontdekking heeft geïnformeerd. Consument heeft in dit verband gewezen op het arrest van het Hof Arnhem van 12 juni 2012, *LJN* BW7904, waar in een soortgelijke zaak werd bepaald dat het hier om een subjectieve

ontdekking door de verzekeraar gaat. Het moment van ontdekking zal volgens het hof als regel niet bij binnenkomst van de medische informatie liggen, maar bij of na een vergelijking tussen de opgave en de ware stand van zaken door de dossierbehandelaar. Weliswaar wijst het hof er op dat er redenen kunnen bestaan om de datum van ontdekking te objectiveren naar een eerder moment door aan te nemen dat de verzekeraar een en ander redelijkerwijs eerder had kunnen en behoren te ontdekken, maar daarvoor achtte het hof in die zaak geen feiten en omstandigheden aanwezig.

5.5. In de onderhavige zaak is de Commissie van oordeel dat wel aanleiding bestaat om het moment van ontdekking te objectiveren naar een eerder moment. De Commissie stelt voorop dat artikel 7:929 lid 1 BW uitdrukkelijk dient ter bescherming van de verzekeringnemer en dat de tekst van het wetsartikel duidelijk is. Aangeslotene heeft ter zitting toegelicht dat de reden waarom tussen het moment waarop de medisch adviseur de brief van de huisarts van 16 juni 2009 ontving en het moment waarop de zaaksbehandelaar bekend werd met deze informatie een periode van vier maanden lag, verband houdt met de eigen risicotermijn van Consument van één jaar waardoor het toentertijd in de organisatie niet gebruikelijk was grote voortvarendheid in de behandeling van de claim van Consument te betrachten. Gelet op de kennelijke bedoeling van artikel 7:929 lid 1 BW om de verzekeringnemer afdoende te beschermen, kunnen omstandigheden waardoor de verzekeraar later heeft 'ontdekt' in de zin van artikel 7:929 lid 1 BW, die zijn gelegen in de interne organisatie van de verzekeraar of, zoals in de onderhavige zaak blijkens de verklaring van Aangeslotene aan de orde was, verband houden met het beleid van de verzekeraar, naar het oordeel van de Commissie niet aan Consument worden tegengeworpen. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene zich na ontvangst van de medische informatie van de huisarts door de medisch adviseur, juist met het oog op de daarmee gemoeide belangen van Consument, diende in te spannen om binnen een redelijke termijn vast te stellen of Consument haar mededelingsplicht is nagekomen. Deze inspanningsplicht brengt mee dat Aangeslotene zich in ieder geval binnen twee maanden na ontvangst van de door haar opgevraagde informatie een oordeel moet hebben gevormd over de vraag of uit die informatie kan worden afgeleid dat eventueel sprake is geweest van misleiding. De slotsom is dan dat Aangeslotene uiterlijk op 16 augustus 2009 had behoren te ontdekken dat uit de door de huisarts verstrekte informatie bleek dat mogelijk sprake was geweest van misleiding, zodat Aangeslotene door pas op 19 november 2009 Consument over het niet nakomen van de mededelingsplicht te berichten, niet heeft voldaan aan de termijn van twee maanden die artikel 7:929 lid 1 BW stelt.

5.6. Consument heeft zich verder op het standpunt gesteld dat Aangeslotene haar onvoldoende heeft geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht. Aangeslotene heeft ter zitting aangegeven dat haar brief van 19 november 2009 aan Consument op dit punt niet voldoende duidelijk is maar dat de medisch adviseur nadere informatie over de mogelijke gevolgen aan Consument zou verstrekken. Consument heeft vervolgens onweersproken aangevoerd dat de bedoelde consequenties haar (ook) door de medisch adviseur niet zijn medegedeeld.

Hieruit volgt dat Consument op basis van de informatie die Aangeslotene wel aan Consument heeft verstrekt over de mogelijke gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht niet goed heeft kunnen inschatten waar zij aan toe was en niet goed heeft kunnen bepalen of zij actie diende te ondernemen.

5.7. Uit 5.5 en 5.6 volgt dat Aangeslotene niet aan de verplichtingen genoemd in artikel 7:929 lid 1 BW heeft voldaan. Dit brengt naar het oordeel van de Commissie met zich dat Aangeslotene de gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht door Consument niet kan inroepen. In het midden kan aldus blijven of de gevolgen die Aangeslotene aan het niet nakomen van de mededelingsplicht wenste te verbinden, terecht zijn. Al hetgeen partijen hieromtrent hebben aangevoerd, kan dus onbesproken blijven.

5.8. Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering van Consument tot uitkering uit hoofde van de verzekering zal worden toegewezen. Daarbij zal de Commissie bepalen dat indien en voor zover als gevolg van de aan Aangeslotene te verwijten onterechte opzegging tot de datum van deze uitspraak geen herbeoordelingen van de mate van arbeidsongeschiktheid van Consument hebben plaatsgevonden, de nadelige gevolgen daarvan voor rekening van Aangeslotene dienen te blijven en niet op Consument mogen worden afgewenteld.

5.9. De door Consument gevorderde kosten van rechtsbijstand komen, nu zij in overwegende mate in het gelijk is gesteld, voor vergoeding in aanmerking. Voor de bepaling van die kosten zoekt de Commissie overeenkomstig artikel 40.9 van haar Reglement aansluiting bij het daar genoemde liquidatietarief. De door Aangeslotene aan Consument te vergoeden kosten van rechtsbijstand stelt de Commissie vast op drie punten in tarief IV, derhalve op € 2.682,--. Tevens dient Aangeslotene aan Consument te vergoeden de door haar betaalde eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht van € 50,-.

6. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene binnen een termijn van drie weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd,

- met terugwerkende kracht vanaf 28 januari 2010 de arbeidsongeschiktheidsverzekering in kracht dient te herstellen en aan Consument dekking dient te verlenen voor de gevolgen van haar ziekmelding van 3 juni 2009 en haar overeenkomstig de polisvoorwaarden uitkeringen ter zake dient te verstrekken, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van iedere uitkeringstermijn tot de datum van voldoening van die termijn, welke uitkeringstermijnen kunnen worden verrekend met door Consument verschuldigde achterstallige premies;
- indien en voor zover tot de datum van deze uitspraak geen herbeoordelingen van de mate van arbeidsongeschiktheid van Consument hebben plaatsgevonden, de nadelige gevolgen daarvan voor rekening van Aangeslotene dienen te blijven en niet op Consument mogen worden afgewenteld;

- aan Consument betaalt een bedrag van € 2.682,-- ter zake van kosten van rechtsbijstand; en
- aan Consument diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht vergoedt, zijnde € 50,-,

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.