

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-445
(mr. E.C. Ruinaard, voorzitter, drs. J.H. Paulusma-de Waal, arts, mr. J.S.W. Holtrop,
leden en mr. A. Westerveld, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 april 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : ASR Schadeverzekering N.V., h.o.d.n. De Amersfoortse, gevestigd te Utrecht, verder te
noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 26 juni 2019
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Tijdens het onderzoek naar de arbeidsongeschiktheid van Consument is bij Verzekeraar een vermoeden van schending van de mededelingsplicht gerezen. Hij wilde een verzwijgingsonderzoek starten en had daartoe een medische machtiging nodig. Consument heeft diverse malen geweigerd om de machtiging te retourneren waarna Verzekeraar de verzekering wegens het niet nakomen van de contractuele medewerkingsverplichting heeft beëindigd. De Commissie heeft geoordeeld dat de opzegging niet gerechtvaardigd is en dat de verzekering geacht wordt nog steeds van kracht te zijn. Nadat Verzekeraar de machtiging alsnog heeft verkregen is het verzwijgingsonderzoek alsnog gestart. De medisch adviseur van Verzekeraar heeft op basis van de verkregen informatie geconcludeerd tot verzwijging. De Commissie heeft geoordeeld dat hieraan geen adequate opvolging is gegeven nu Verzekeraar Consument daarover pas 11 maanden later heeft geïnformeerd. Verzekeraar heeft niet voldaan aan de termijn van artikel 7:929 lid 1 BW. Vordering (gedeeltelijk) toegewezen.

I. Procesverloop

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

- het namens Consument ingezonden klachtformulier met klachtbrief;
- de door Consument ondertekende medische machtiging;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- het medisch dossier van Verzekeraar, Consument betreffende;
- de namens Consument ingezonden repliek;
- de dupliek van Verzekeraar;
- de namens Consument ter zitting overgelegde pleitnotitie;
- de door Verzekeraar na de zitting ingezonden stukken met betrekking tot het verrichte Klein Gericht Onderzoek.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 10 april 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument, geboren op [datum] 1969, heeft op 26 juli 2007 bij Verzekeraar een Vaste Lasten Arbeidsongeschiktheidsverzekering aangevraagd en daarbij een gezondheidsverklaring ingevuld. Daarin heeft zij bij de vraag onder 3 E naar aandoeningen van longen of luchtwegen, astma, kortademigheid, hyperventilatie, pleuritis, bronchitis, langdurig hoesten, allergie, gemeld dat zij sinds de geboorte 1 à 2 maal per jaar hoestbuien/bronchitis heeft. Bij de vraag onder 3 I naar aandoeningen van spieren, ledematen of gewrichten (waaronder knie, nek, schouders) etc., verwijst zij naar de bijlage waarin zij melding maakt van lies- en heupklachten/bekken en eenmalig lage rugklachten in de periode april 2007 tot en met mei 2007, dat zij daarvoor de fysiotherapeut en de neuroloog heeft bezocht, en dat geen afwijkingen zijn gevonden. Verzekeraar heeft een Klein Gericht Onderzoek (KGO) laten verrichten naar lies-/heup-/bekken-/rugklachten in april/mei 2007. De vraag was: “wanneer, aard, ernst, duur, oorzaak, recidief, behandeling, arbeidsongeschikt geweest, zo ja, hoe lang, etc., en relevant functieonderzoek.” De keuringsarts maakt melding van klachten in de periode april tot en met mei 2007. De klachten zijn, zo schrijft hij, spontaan ontstaan. De behandeling bij de fysiotherapeut heeft tot augustus 2007 geduurd. Door die klachten heeft Consument 4 weken volledig verzuimd en 4 weken op arbeidstherapeutische basis gewerkt. Bij functieonderzoek van de gehele wervelkolom en de heupen vindt de keuringsarts geen bijzonderheden. Verder wordt op het keuringsformulier melding gemaakt van lage rug- en bekkenklachten gedurende drie maanden tijdens de zwangerschap in 2004, waarvoor fysiotherapie.
- 2.2 De verzekering is met ingang van 15 augustus 2007 tot stand gekomen en heeft als einddatum 1 januari 2034 (eindleeftijd 65 jaar). Verzekerd beroep: directiesecretaresse. Verzekerde maandlast: € 1.150,- (€ 13.800,- per jaar). Uitkeringsdrempel: 35%. Arbeidsongeschiktheids criterium: maatschappijbeoordeling.
- 2.3 De toepasselijke verzekeringsvoorwaarden, voor zover relevant, zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.
- 2.4 Consument heeft zich op 24 januari 2013 per 2 januari 2012 volledig arbeidsongeschikt gemeld wegens slijtage van de heup en rug alsmede fibromyalgie.

In het schadeaanfite-formulier meldt zij dat de klachten in 2004 zijn begonnen, dat in 2011 een diagnose is gesteld en dat zij op 3 januari 2012 een heupoperatie heeft ondergaan.

- 2.5 De medisch adviseur van Verzekeraar heeft medische informatie opgevraagd en op basis daarvan geconcludeerd dat bij Consument sinds jaren sprake is van myotendinogene klachten en belemmeringen die moeilijk te objectiveren zijn. Op 19 november 2013 vindt verzekeringsgeneeskundig onderzoek plaats. Het expertiserapport dateert van 14 december 2013. Op 7 februari 2014 volgt een aanvullende rapportage. Intussen is op 30 januari 2014 een arbeidsdeskundig rapport uitgebracht. De arbeidsdeskundige concludeert dat Consument geschikt is voor haar eigen werk en minder dan 35% arbeidsongeschikt is per 1 februari 2014.
- 2.6 Op 5 maart 2014 start de medisch adviseur van Verzekeraar een verzwijgingsonderzoek. Bij brief van 21 maart 2014 heeft Verzekeraar aan Consument zijn vermoeden van verzwijging kenbaar gemaakt. In die brief heeft hij ook gewezen op de mogelijke consequenties van verzwijging (terugvordering van reeds verstrekte uitkeringen, plaatsing van een beperkende bepaling) en heeft hij Consument verzocht een machtiging in te vullen waarmee de medisch adviseur van Verzekeraar informatie bij de huisarts kon opvragen over “vroegere en huidige buikklachten, rugklachten, heupklachten, liesklachten en longklachten”. Bij brief van 31 maart 2014 is Consument gerappelleerd.
- 2.7 Bij brief van 1 april 2014 heeft de toenmalige rechtshulpverlener van Consument zich tot Verzekeraar gewend met de mededeling dat Consument eerst kopieën wenst te ontvangen van de medische informatie die reeds in het bezit is van Verzekeraar en waarom hij reeds eerder had verzocht, alvorens te overwegen een medische machtiging af te geven. Die medische informatie zou de rechtshulpverlener dan eerst laten beoordelen door zijn medisch adviseur.
- 2.8 Op 8 april 2014 heeft Verzekeraar Consument opnieuw gerappelleerd onder de toevoeging dat Consument op grond van de verzekeringsvoorwaarden verplicht is de machtiging terug te sturen en dat bij het niet nakomen van deze verplichting het recht op uitkering vervalt. Consument reageert hierop bij e-mailbericht van 16 april 2014 met de mededeling dat haar rechtshulpverlener haar had geadviseerd om niets te ondertekenen zolang Verzekeraar niet heeft gereageerd op de verzoeken om toezending van medische informatie.
- 2.9 Bij brief van 25 april 2014 heeft de rechtshulpverlener van Consument Verzekeraar laten weten inmiddels medische informatie te hebben ontvangen maar dat deze niet compleet was.

Na aanvullende informatie te hebben ontvangen heeft de rechtshulpverlener bij brief van 27 mei 2014 laten weten dat hij de medische machtiging zeer algemeen vond en dat Consument deze niet zal tekenen. Daarbij informeert hij naar de datum waarop Verzekeraar tot de ontdekking was gekomen dat de mededelingsplicht mogelijk niet is nagekomen, uit hij kritiek op het onderzoek van de keuringsarts die het KGO heeft verricht, en stelt hij voor een nieuw onderzoek te laten verrichten door een verzekeringsarts.

- 2.10 Op 16 juli 2014 heeft Verzekeraar een aangepaste medische machtiging aan de rechtshulpverlener toegezonden. Het verzoek om informatie over longklachten is geschrapt. In een brief van Verzekeraar aan de rechtshulpverlener van 17 juli 2014 wordt dit nader toegelicht.
- 2.11 Bij brief van 8 augustus 2014 meldt zich namens Consument een nieuwe rechtshulpverlener bij Verzekeraar met de mededeling dat hij een verzoekschrift bij de rechtbank heeft ingediend om een voorlopig deskundigenbericht te bevelen. Hij verzoekt Verzekeraar om hangende deze procedure de arbeidsongeschiktheidsuitkering met terugwerkende kracht te hervatten en Consument vrij te stellen van premiebetaling.
- 2.12 Verzekeraar heeft hierop bij brief van 15 augustus 2014 Consument een termijn van veertien dagen gegeven, ingaande 18 augustus 2014, om de medische machtiging te retourneren. De machtiging moet op 3 september 2014 bij Verzekeraar binnen zijn. Bij weigering zou de verzekering worden beëindigd. Het verzoek om hervatting van de uitkering is door hem afgewezen.
- 2.13 Bij brief van 10 september 2014 heeft Verzekeraar de advocaat van Consument bericht dat hij de medische machtiging niet had ontvangen. Hij voegt hieraan toe: “Op grond van de redelijkheid en billijkheid die vereisen dat degene die wel aan zijn contractuele verplichtingen voldoet, niet in een slechtere positie verkeert dan degene die dat niet doet, gaan wij ervan uit dat er sprake is van de rug-, heup-, lies- en buikklachten zoals genoemd in onze brief aan [naam eerste rechtshulpverlener] van 17 juli 2014 derhalve op de daarin genoemde tijdstippen aanwezig zijn. (...) Daarmee heeft uw client de rug-, heup- en liesklachten die sinds 2003 bestaan verzwegen. Als wij hadden geweten dat verzekerde langdurig met dergelijke klachten (...) werd geconfronteerd, zouden wij de verzekering niet hebben gesloten. Wij hebben de verzekering dan ook per heden beëindigd. U hebt dan ook geen belang meer bij het entameren van een voorlopig deskundigenbericht en wij zullen de rechtbank als zodanig berichten.”
- 2.14 Op 15 september 2014 heeft Verzekeraar alsnog de ingevulde en ondertekende medische machtiging ontvangen.

Bij schrijven van 7 oktober 2014 laat hij de advocaat van Consument weten dat de machtiging te laat was ontvangen, dat de verzekering reeds was beëindigd, maar dat hij, uitsluitend voor zijn secundaire verweer, op grond van de machtiging nadere informatie zou opvragen. De advocaat van Consument heeft hierop bij e-mailbericht van 8 oktober 2014 gereageerd. Hij geeft aan hogelijk verbaasd te zijn en de sanctie op het (enkele dagen) te laat indienen van de machtiging buitenproportioneel en klachtwaardig te vinden.

- 2.15 Op 24 april 2015 vindt bij de rechtbank een voorlopig getuigenverhoor plaats van Consument en haar moeder. Verzekeraar ontvangt het proces-verbaal via zijn advocaat op 18 mei 2015. Op 8 oktober 2015 vindt een voorlopig getuigenverhoor plaats van de keuringsarts die het KGO heeft verricht. Verzekeraar ontvangt het proces-verbaal op 13 oktober 2015.
- 2.16 Bij brief van 23 oktober 2015 schrijft Verzekeraar aan de advocaat van Consument dat hij op grond van de verklaringen van de getuigen van mening is dat de verzwijging vaststaat en dat hij zijn beroep op verzwijging handhaaft. Hij voegt het advies van zijn medisch adviseur van 12 november 2014 bij. Verzekeraar schrijft voorts dat hem, nu de verzekeringsovereenkomst op grond van de verzwijging is ontbonden, een voortzetting van het voorlopig deskundigenbericht – ter beantwoording van de vraag of sprake was van arbeidsongeschiktheid in de zin van de verzekering – niet meer opportuun lijkt.
- 2.17 Op 24 april 2016 meldt de huidige advocaat van Consument zich bij Verzekeraar, waarna een briefwisseling volgt tussen deze advocaat en de advocaat van Verzekeraar. Deze briefwisseling heeft niet tot een herziening van het standpunt van Verzekeraar geleid.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert met terugwerkende kracht tot 1 februari 2014 uitkering onder de verzekering op basis van volledige, blijvende arbeidsongeschiktheid, te vermeerderen met de wettelijke rente.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat Verzekeraar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.
- Consument heeft de mededelingsplicht niet geschonden. Zij heeft bij de toelichting van de gezondheidsverklaring ingevuld: “lies + heupklachten/bekken + 1 malig lage rugklachten”.

Omdat Consument niet precies wist of zij nog meer moest invullen en de tussenpersoon haar hierbij niet kon helpen, is verzocht om een KGO. Aan de keuringsarts heeft zij alles gemeld.

- Verzekeraar heeft de twee-maandetermijn van artikel 7:929 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) niet in acht genomen. Verzekeraar had de verzwijging al lang 'ontdekt', had althans al lang dienen 'te ontdekken' in de zin van dit artikel voordat hij de waarschuwingsbrief van 21 maart 2014 verstuurde. De heup- en rugklachten waren bij Verzekeraar reeds bekend uit de schademelding van 24 januari 2013, de brief van de huisarts van 3 mei 2013, de brief van de revalidatiearts van 7 oktober 2013 en het rapport van de expertiserend verzekeringsarts van 14 december 2013.
- De verzekering is niet rechtsgeldig opgezegd. De opzegging is bij brief van 15 augustus 2014 door Verzekeraar ingeroepen op grond van de redelijkheid en billijkheid, na het verlopen van de twee-maandetermijn. De redelijkheid en billijkheid is geen grond om op te zeggen. De regeling van artikel 7:928-930 BW is van dwingend recht, zodat aan een opzegging wegens verzwijging geen andere gronden kunnen worden toegevoegd. Verzekeraar lijkt eigenlijk een beroep te doen op artikel 7:941 BW. Hij is evenwel niet in een redelijk belang geschaad, aangezien binnen redelijke termijn alsnog de gevraagde bescheiden zijn afgegeven en de benodigde informatie is verkregen. Opzegging is bovendien een sanctie die niet aan de niet-nakoming van artikel 7:941 – waarvan niet ten nadele van de verzekeringnemer kan worden afgeweken - wordt verbonden. Opzegging van een verzekering van een (mogelijk blijvend) arbeidsongeschikte verzekeringnemer is buitenproportioneel en in strijd met de redelijkheid en billijkheid.
- Tijdsverloop op zich leidt niet tot rechtsverwerking. Verzekeraar is door enig tijdsverloop niet benadeeld. Van een gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van Verzekeraar dat Consument geen beroep meer zou doen op het vervallen van de termijn van artikel 7:929 lid 2 is geen sprake.
- De Hoge Raad heeft in het arrest van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1800) geoordeeld dat een beding waarmee een verzekeraar eenzijdig een deskundige aanwijst om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen, geen oneerlijk beding is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Dat doet echter niet af aan het oneerlijke karakter van die eenzijdige benoeming. Kifid is niet gebonden aan de uitleg van de Hoge Raad.
- Eerst bij brief van 7 november 2016 heeft de advocaat van Verzekeraar het standpunt ingenomen dat Consument in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in de verzekeringsvoorwaarden terzake de mededelingsplicht bij het sluiten van de verzekering (artikel 2.2. van de verzekeringsvoorwaarden). Het inroepen van deze afwijsggrond is tardief en strijdig met het vertrouwensbeginsel. De verzekeringsbepaling is nietig voor zover in strijd met dwingend recht en voor zover niet al sprake is van nietigheid wegens strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen.

- Bij Consument is eerst fibromyalgie en vervolgens Bechterew – een invaliderende, objectiveerbare aandoening - vastgesteld. Zij is voorts bekend met artrose aan de handen en met knieklachten. Consument is volledig arbeidsongeschikt. Verzekeraar dient met terugwerkende kracht tot 1 februari 2014 uit te keren op basis van 100% arbeidsongeschiktheid.

Verweer Verzekeraar

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

- Consument heeft bij Verzekeraar het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij zich niet meer op het vervallen van de twee-maandentermijn van artikel 7:929 lid 1 zou beroepen. Er is sprake van rechtsverwerking. Het dossier is uitgebreid bestudeerd door de eerste twee rechtshulpverleners van Consument. Daarbij is uitvoerig gecorrespondeerd. Het had in de rede gelegen dat een van beide rechtshulpverleners over de twee-maandentermijn zou hebben gerept. Eerst bij brief van 7 oktober 2016 heeft de huidige advocaat van Consument zich op de overschrijding van deze termijn beroepen.
- De twee-maandentermijn van artikel 7:929 lid 2 is niet overschreden. Een vermoeden van verzwijging is niet voldoende. Er moet sprake zijn van een zeker weten of een zo goed als zeker weten. Dit was volgens de medisch adviseur pas het geval na ontvangst van de informatie van de huisarts van 29 september 2014 met als bijlagen brieven van de behandelend artsen. Uit het advies van de medisch adviseur van 12 november 2014 blijkt waarom deze informatie nodig was, wat er verzwegen was, en waarom bij kennis van de ware stand van zaken het advies zou zijn gegeven de verzekering niet te accepteren.
- Van een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG is geen sprake. En overigens geldt ook hier dat Consument het recht om daarop een beroep te doen heeft verwerkt. Pas bij brief van 4 december 2014 heeft de huidige advocaat van Consument daarop een beroep gedaan.
- De brief van Verzekeraar van 15 augustus 2014 gaat niet over verzwijging in de zin van artikel 7:928-7:930 BW. In de brief worden de consequenties aangekondigd van het niet voldoen aan de contractuele verplichting tot het verlenen van medewerking aan een onderzoek naar verzwijging. In de brief van 10 september 2014 heeft Verzekeraar die consequenties toegepast.
- Artikel 2.2 van de verzekeringsvoorwaarden beoogt niet meer dan de wettelijke regeling van artikel 7:941 BW ook nog eens onder de aandacht van de verzekerde te brengen.
- Het beroep op verzwijging is tijdig en op juiste gronden gedaan en leidt tot beëindiging van de verzekering. Mocht de Commissie van mening zijn dat dit niet (geheel) juist is en dat de verzekering geclausuleerd of ongeclausuleerd moet worden voorgezet, dan wordt Verzekeraar graag in de gelegenheid gesteld om de arbeidsongeschiktheid nader te onderzoeken.

4. Beoordeling

- 4.1 Consument heeft zich erop beroepen dat Verzekeraar de twee-maandentermijn van artikel 7:929 lid I BW heeft overschreden. Die termijn was volgens haar reeds verstreken toen Verzekeraar haar met zijn brief van 21 maart 2014 op de mogelijke gevolgen van de verzwijging wees. Verzekeraar heeft daar tegenover gesteld dat bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat op deze termijn geen beroep meer zou worden gedaan daar de twee vorige gemachtigden van Consument uitvoerig hebben gecorrespondeerd over de vermeende verzwijging en daarbij nimmer over deze termijn hebben gerept. Verzekeraar heeft zich op rechtsverwerking beroepen. De Commissie is van oordeel dat dit beroep niet opgaat. Haar is niet gebleken dat de vorige gemachtigden expliciet afstand van dit beroep hebben gedaan. Daarbij komt dat het een nieuwe gemachtigde vrij staat om namens zijn cliënt de verdediging met andere argumenten uit te breiden. Het verweer van Verzekeraar gaat niet op.
- 4.2 Anders dan de huidige gemachtigde van Consument, is de Commissie van oordeel dat de twee-maandentermijn van artikel 7:929 lid I BW nog niet was gaan lopen. De schending van de mededelingsplicht was immers nog niet 'ontdekt'. Immers, voor ontdekking is een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende. Nodig is dat verzekeraar daaromtrent een voldoende mate van zekerheid heeft. In deze zaak had de medisch adviseur van Verzekeraar al wel een vermoeden van verzwijging, maar wilde zij, naar het oordeel van de Commissie terecht, een voldoende mate van zekerheid verkrijgen door bij de huisarts nadere informatie op te vragen. Hiertoe was een medische machtiging van Consument vereist. Deze machtiging is eerst op 15 september 2014 door Verzekeraar ontvangen. Pas na ontvangst van deze machtiging was Verzekeraar in de gelegenheid nader medisch advies in te winnen. De Commissie komt hierna onder 4.6 terug op de twee-maandentermijn.
- 4.3 Eerst buigt de Commissie zich over de vraag of Verzekeraar de verzekering per 10 september 2014 heeft mogen beëindigen. De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is. Zij overweegt in dit verband dat Verzekeraar diverse malen om een medische machtiging heeft gevraagd en dat hij, vanwege het uitblijven van die machtiging, in ieder geval in zijn brief van 15 augustus 2014 op de contractuele medewerkingsverplichting heeft gewezen, dat hij in diezelfde brief een termijn van veertien dagen heeft gesteld, welke termijn de tweede gemachtigde van Consument heeft laten verlopen. De Commissie overweegt dat die termijn van veertien dagen mogelijk bedoeld was als fatale termijn, maar wat daarvan ook zij, Verzekeraar kan aan de niet exacte nakoming van deze eenzijdig gestelde termijn in redelijkheid niet het gevolg van beëindiging van de verzekerings-overeenkomst verbinden.

De tweede gemachtigde van Consument heeft onder meer aangevoerd dat de sanctie op het (enkele dagen) te laat indienen van de machtiging buitenproportioneel en klachtwaardig is en dat Consument door deze sanctie onevenredig zwaar wordt getroffen. De huidige gemachtigde van Consument heeft onder meer aangevoerd dat opzegging van een overeenkomst met een (mogelijk blijvend) arbeidsongeschikte verzekeringnemer buitenproportioneel is en in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De Commissie heeft bij haar belangenafweging in dit concrete geval onder meer overwogen dat de positie van een arbeidsongeschikte verzekeringnemer met een opgezegde overeenkomst bepaald ongunstig is te noemen. Consument is mogelijk blijvend arbeidsongeschikt en hierdoor waarschijnlijk niet meer verzekeraar, zeker niet in combinatie met een opzegging. Daarbij komt dat niet is gebleken dat bij het tekortschieten van Consument in de nakoming van haar polisverplichtingen sprake is geweest van een handelen of nalaten te kwader trouw. Het was haar tweede gemachtigde die de gestelde termijn heeft laten verlopen. Hij was toen met vakantie, zo heeft de Commissie ter zitting vernomen. Verder is Verzekeraar niet in zijn belangen geschaad. Hij heeft de machtiging ongeveer tien dagen na het verlopen van de termijn alsnog ontvangen en de informatie kunnen inwinnen die hij nodig had. De Commissie komt tot de conclusie dat de opzegging bij brief van 10 september 2014 niet gerechtvaardigd is, dat aan de beëindiging van de arbeidsongeschiktheidsverzekering geen gevolgen kunnen worden verbonden en dat de verzekering geacht wordt nog steeds van kracht te zijn.

- 4.4 Vervolgens is de vraag aan de orde of Verzekeraar zich in de brief van 23 oktober 2015 op de gevolgen van de niet-nakoming van de mededelingsplicht heeft mogen beroepen. De Commissie overweegt als volgt.
- 4.5 Verzekeraar heeft de ingevulde en ondertekende medische machtiging op 15 september 2014 ontvangen. Zijn medisch adviseur heeft op grond daarvan op 22 september 2014 medische informatie bij de huisarts opgevraagd. Zij heeft die informatie op 10 november 2014 ontvangen en op 12 november 2014 beoordeeld. De beoordeling is neergelegd in een notitie van diezelfde datum. Hierin staat onder meer: “Er is sprake van recidiverend lage rugklachten, gedurende 2 jaar, die zodanig ernstig waren dat verzekerde 8 x de huisarts heeft bezocht en diverse aanvullende onderzoeken zijn geweest, waarbij geen verklaring is gevonden voor de klachten en zij een periode arbeidsongeschikt is geweest. Indien er sprake is van recidiverende aspecifieke rugklachten < 5 jaar voor de ingangsdatum met arbeidsongeschiktheid en discrepantie tussen de gevonden afwijkingen en klachten van verzekerde wordt de polis afgewezen conform de GAV-richtlijn. Daarnaast kan gesproken worden van een ernstige endometriose in de voorgeschiedenis (...). Bij een ernstige endometriose is ook het advies van de GAV-richtlijn om de polis af te wijzen. De combinatie van beide aandoeningen geeft dan ook zeker aanleiding om de polis af te wijzen.”

De medisch adviseur van Verzekeraar zou, als zij dit alles geweten had, geadviseerd hebben de aanvraag arbeidsongeschiktheidsverzekering af te wijzen, zo heeft zij met zoveel worden geschreven in haar notitie.

- 4.6 Nu de medisch adviseur van Verzekeraar in haar notitie van 12 november 2014 heeft geschreven dat zij bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben geadviseerd de verzekeringsaanvraag af te wijzen, is de Commissie van oordeel dat Verzekeraar aan die gevolgtrekking geen adequate opvolging heeft gegeven. Deze notitie is pas op 23 oktober 2015 aan de tweede gemachtigde van Consument toegestuurd met de mededeling dat verzwijging vaststaat. Dat Verzekeraar eerst de uitkomst van de voorlopige getuigenverhoren heeft afgewacht doet daaraan niet af. Verzekeraar had zich na ontvangst van de medische informatie van de medisch adviseur moeten inspannen om binnen redelijke termijn, maar in ieder geval binnen twee maanden (artikel 7:929 lid I BW) na 12 november 2014, vast te stellen of Consument haar mededelingsplicht was nagekomen of niet. Zie ook de uitspraak van de Geschillencommissie 2014-068. Door pas op 23 oktober 2015 – ruim elf maanden nadat de medisch adviseur haar conclusies had getrokken – Consument te berichten over het niet nakomen van de mededelingsplicht, is de slotsom dat Verzekeraar niet heeft voldaan aan de termijn van artikel 7:929 lid I BW. Dit brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat Verzekeraar de gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht niet kan invoeren. Dit leidt ertoe dat Verzekeraar de claim van Consument opnieuw in behandeling dient te nemen en medisch en arbeidsdeskundig onderzoek dient te entameren door deskundigen ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid vanaf 1 februari 2014. De Commissie acht geen gronden aanwezig om, zoals Consument vordert, zonder meer uit te gaan van een mate van arbeidsongeschiktheid van 100%.
- 4.7 De Commissie merkt tot slot nog op dat de Geschillencommissie van Kifid de uitspraak van de Hoge Raad van 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1800) volgt. Dit betekent dat het argument van Consument dat het Verzekeraar niet vrij staat eenzijdig een deskundige aan te wijzen ter beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid door de Commissie wordt afgewezen, al verdient het aanbeveling vooraf af te stemmen welke specialist zal worden gevraagd en welke vragen aan hem of haar zullen worden voorgelegd.
- 4.8 De conclusie is dat Verzekeraar toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de verzekeringsovereenkomst. De Commissie wijst de vordering van Consument toe in de hierboven onder 4.6 bedoelde zin.

5. Beslissing

De Commissie verstaat dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering in stand is gebleven, en beslist dat Verzekeraar binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd een medisch onderzoek start, te volgen door een arbeidsdeskundig onderzoek. De claim van Consument dient op basis van de aldus vast te stellen mate van arbeidsongeschiktheid te worden afgewikkeld.

In artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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.

Bijlage bij uitspraak [dossiernummer]

Relevante toepasselijke verzekeringsvoorwaarden

Artikel 2.2.

Mededelingsplicht bij het sluiten van de verzekering

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 als wij de verzekering niet hadden gesloten als wij wel de juiste en volledige antwoorden hadden geweten.

Artikel 4.1.3

Hoe wordt de arbeidsongeschiktheid vastgesteld?

4.1.3.1. 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.

4.1.3.2 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.

4.1.3.3 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.

4.1.3.4 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 van de verzekerde. De arbeidsdeskundige bespreekt ook of er aanpassingen van de werkomstandigheden en de werkzaamheden mogelijk zijn. Of dat er taakverschuivingen mogelijk zijn.

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

4.1.3.6 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.

Artikel 7.1 aanhef en onder 7.1.4

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

U en de verzekerde moeten ons alle informatie geven die wij vragen. Wij stellen alleen vragen om te kijken of u recht hebt op een uitkering. En om te kijken hoe hoog de uitkering moet zijn. Als wij deskundigen aanwijzen moeten u en de verzekerde deze deskundigen de informatie geven die zij vragen.

Artikel 7.1.9

Komen u en/of de verzekerde deze verplichtingen niet na? En lijden wij daardoor schade? Dan mogen wij de uitkering verlagen of stoppen. Wij betalen in ieder geval geen uitkering als u en/of de verzekerde deze verplichtingen niet nakomt met de bedoeling ons te misleiden.