

hand om daarvoor niet de ogen te sluiten. Het besef dat bij een beslissing ook aandacht moet zijn voor samenhangende leerstukken dringt ook steeds meer door in het civiele recht zelf (zie nadrukkelijk HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (voordeelstoerekening); zie hierover Van Dijk, LSA-bundel 2018, en bijv. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel van een hanteerbare toets', *NTBR* 2014/12). Ook bij art. 6:98 en 6:101 BW gaat het eerst om een csqn-toets en vervolgens om een normatieve vraag. Zo worden in art. 6:98 BW de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als gezichtspunten voor al dan niet toerekening van schade genoemd. Toegepast op een dekkingsgeschil kan bijvoorbeeld de aard van de verzekeringsovereenkomst een rol spelen bij de vraag of de schade bij samenwerkende oorzaken onder de dekking wordt gebracht of niet. Het lijkt mij niet te gewaagd om te veronderstellen dat een rechter dit bij een aansprakelijkheidsverzekering en bij letsel eerder zal doen dan bij een opstalverzekering en materiële schade. Een dergelijke rechtsvergelijking geeft meer handvatten dan het 'gezond verstand' van de *dominant-cause*-theorie en biedt meer mogelijkheden voor een proportionele oplossing.

mr. Chr.H. van Dijk
advocaat en partner bij Kennedy van der Laan
Advocaten

139

Met verwijzing naar advies medisch adviseurs heeft verzekeraar afwijzing arbeidsongeschiktheidsuitkering voldoende gemotiveerd en als redelijk handelend verzekeraar besloten

Gerechtshof Den Haag
18 augustus 2020, nr. 200.252.558/01,
ECLI:NL:GHDHA:2020:1404
(mr. Van der Ven, mr. Verbeek, mr. Salomons)
Noot mr. dr. E.J. Wervelman

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Redelijk handelend verzekeraar. Vervolg op Hoge Raad 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841).

[BW art. 7:928 t/m 7:930]

Vervolgarrest op Hoge Raad 5 oktober 2018. In de procedure na verwijzing gaat het (nog slechts) om de vraag of en zo ja op welke voorwaarden een redelijk handelend verzekeraar bij de juiste kennis van zaken een arbeidsongeschiktheidsverzekering zou hebben afgesloten. Verzekeraar onderbouwt haar standpunt door verwijzing naar de reactie van vijf medisch adviseurs met de vraag hoe hun acceptatie-advies zou hebben geluid bij kennis van de ware stand van zaken. Het hof is van oordeel dat verzekeraar haar standpunt daarmee voldoende heeft gemotiveerd en onderbouwd. De medische voorgeschiedenis van de aspirant-verzekeringnemer was divers, waarvan sommige klachten vaag waren, zonder duidelijk medisch substraat. Dat mag en kan volgens het hof meewegen bij de beslissing om de arbeidsongeschiktheidsverzekering reeds op basis van de knieklachten af te wijzen in plaats van geclausuleerd te aanvaarden. Dat een andere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar mogelijk wel bereid zou zijn geweest een (geclausuleerde) verzekering aan te gaan, staat aan dit oordeel niet in de weg.

[Appellant] te [woonplaats],
appellant in het principaal appel,
geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel
appel,
hierna te noemen: [appellant],

advocaat: mr. B.R. van Buul te Boxmeer, tegen
 Movir NV, als rechtsopvolger van Delta Lloyd Schadeverzekering NV, te Nieuwegein, geïntimeerde in het principaal appel, appellante in het voorwaardelijk incidenteel appel, hierna te noemen: Movir dan wel Delta Lloyd, advocaat: mr. S. Colsen te Amsterdam.

Het geding
 (...)

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.1. [appellant] was sinds september 2006 werkzaam als zelfstandig elektromonteur. Hij heeft per 12 januari 2007 een arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: de verzekering) gesloten met Delta Lloyd.

1.2. [appellant] heeft voorafgaand aan het sluiten van de verzekering een gezondheidsverklaring ingevuld, waarvan vraag 3 luidt:

<p>“Lijdt u of heeft u geleden aan een of meer van de volgende aandoeningen, ziekten en/of gebreken (hier vallen ook klachten onder)? Let op! U moet ook een rubriek aankruisen als u:</p> <ul style="list-style-type: none"> – een huisarts, hulpverlener of arts heeft geraadpleegd, – opgenomen bent geweest in het ziekenhuis, sanatorium, psychiatrische inrichting of andere verpleeginrichting; – geopereerd bent; – nog medicatie gebruikt of medicatie heeft gebruikt; – nog onder controle staat 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> A ziekten van de hersenen of zenuwen, zoals beroerte, toevallen, spierziekten, hoofdpijn, duizeligheid? <input type="checkbox"/> B aandoeningen of klachten van psychische aard zoals depressie, overspannenheid, overwerktheid, slapeloosheid, burnout? (...) <input type="checkbox"/> 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? (...) <input type="checkbox"/> L ziekten, aandoeningen en/of gebreken (hier vallen ook klachten onder) die niet onder bovengenoemde categorieën kunnen worden geplaatst?”
--	---

1.3. [appellant] heeft categorie I aangekruist. In de bijlage bij vraag 3 (die ingevuld moet worden

voor iedere categorie die bij vraag 3 is aangekruist) heeft [appellant] vermeld: “kruisbandoperatie/reconstructie, 9-2001 t/m 1-1-2002, kijkoperatie knie”.

1.4. Op het polisblad is een beperkende clausule opgenomen voor de rechterknie.

1.5. In augustus 2007 heeft [appellant] een schademelding gedaan in verband met klachten aan zijn linker knie na een val van de trap. Delta Lloyd heeft toen een onderzoek ingesteld. Daaruit is gebleken dat [appellant] in 2002 en 2005 behandeld was aan zijn linker knie. In mei 2008 heeft Delta Lloyd aan [appellant] bericht dat zij, als zij van deze eerdere knieklachten op de hoogte was gesteld, ook een beperkende clausule voor de linker knie zou hebben opgenomen. De verzekeringsovereenkomst is vervolgens aldus aangepast en voortgezet.

1.6. Eind juli 2009 heeft [appellant] opnieuw een schademelding gedaan, waarin hij meedeelde dat hij zijn werkzaamheden per 20 juli 2009 voor 100% had gestaakt wegens “zeer ernstige hoofdpijn en zeer ernstige pijn achter de schouderbladen (laag gedeelte)”. Bij keuring door Delta Lloyd is hij 100% arbeidsongeschikt verklaard.

1.7. Delta Lloyd heeft met ingang van 20 juli 2009 uitgekeerd onder de verzekering.

1.8. Op 28 september 2009 hebben de medisch adviseur en de acceptant van Delta Lloyd, naar aanleiding van informatie die van de neuroloog van [appellant] was verkregen, aan [appellant] geschreven dat een onderzoek naar verzwijging werd ingesteld.

1.9. Op 9 juli 2010 heeft J. Lok, medisch adviseur van Delta Lloyd (verder: Lok), aan [appellant] geschreven dat het onderzoek was afgerond en dat was aangetoond dat [appellant] de gezondheidsverklaring onjuist en/of onvolledig had ingevuld. De medisch adviseur deelde tevens mee dat hij bij de juiste wetenschap zou hebben geadviseerd [appellant] niet te accepteren, omdat: “er sprake is van aandoeningen die een verhoogd arbeidsongeschiktheidsrisico met zich meebrengen en bij een zwaar lichamelijk beroep niet door middel van een uitsluiting of verhoging kunnen worden gecompenseerd”.

1.10. Bij brief van eveneens 9 juli 2010 heeft Delta Lloyd de verzekering opgezegd wegens verzwijging. Daarbij is aangekondigd dat Delta Lloyd de reeds uitgekeerde bedragen van [appellant] zou terugvorderen.

1.11. De medische geschiedenis van [appellant] is, samengevat, als volgt.

In 1976 heeft hij de ziekte ITP gehad, in 1977 heeft hij een hand gebroken. In 1984 was er een eenmalig insult en overspannenheid, in 1986 een zenuwomlegging in de linkerarm en in 1995 een nieuwe ingreep aan de linkerarm waarbij een zenuw (de nervus ulnaris) werd vrijgelegd. Tussen 1984 en 1993 waren er hoofdpijnklachten. In 1992 is [appellant] geopereerd aan zijn borstbeen. In 1998, 2000 en 2002 is hij behandeld aan beide knieën.

1.12. [appellant] vordert in dit geding in conventie – zakelijk weergegeven – de veroordeling van Delta Lloyd tot nakoming van haar verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst, vermeerderd met rente en op straffe van verbeurte van een dwangsom, subsidiair terugbetaling van de door hem betaalde premie, alsmede vergoeding van buitengerechtigde kosten.

1.13. Delta Lloyd vordert in reconventie – eveneens zakelijk weergegeven – een verklaring voor recht dat de verzekering per 9 juli 2010 is beëindigd en dat de reeds betaalde uitkeringen door Delta Lloyd onverschuldigd zijn betaald, en de veroordeling van [appellant] tot terugbetaling van de reeds betaalde uitkeringen. Voor het geval in conventie wordt vastgesteld dat de verzekering niet terecht is beëindigd, vordert zij te bepalen dat [appellant] slechts aanspraak maakt op een uitkering indien en voor zover deze niet valt onder een uitsluiting die in de polis zou zijn opgenomen bij kennis van de ware stand van zaken en mits komt vast te staan dat [appellant] arbeidsongeschikt is in de zin van de polis.

1.14. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 14 januari 2015 [appellant] opgedragen te bewijzen dat – zoals door hem gesteld – namens Delta Lloyd is gezegd dat alleen de voorafgaande vijf jaren relevant waren bij het invullen van vraag 3 van de gezondheidsverklaring.

1.15. Bij tussenvonnis van 21 oktober 2015 oordeelde de rechtbank dat [appellant] niet in het hem opgedragen bewijs was geslaagd. Hierdoor staat vast dat [appellant] ten onrechte alleen zijn knieklachten heeft vermeld en de rest van zijn medische geschiedenis achterwege heeft gelaten. Daarom moet worden beoordeeld wat Delta Lloyd als redelijk handelend verzekeraar zou hebben gedaan als zij de volledige informatie zou hebben gekregen, aldus de rechtbank. [appellant] werd in de gelegenheid gesteld te reageren op de

e-mails van de medisch adviseur van Delta Lloyd en de leden van diens intercollegiale toetsingscommissie, die allen concludeerden dat de voorgeschiedenis van [appellant] tot afwijzing van de verzekering zou hebben geleid, hetgeen door de rechtbank als een begin van bewijs werd gekwalificeerd.

1.16. Bij het bestreden eindvonnis oordeelde de rechtbank dat [appellant] deze e-mails met de overlegging van de opinie van een door hem ingeschakelde medisch deskundige onvoldoende gemotiveerd had betwist, zodat de rechtbank als vaststaand aannam dat een redelijk handelend verzekeraar tot de slotsom zou zijn gekomen dat het risico niet te calculeren en daarmee niet te verzekeren was. De vorderingen van [appellant] werden afgewezen en die van Delta Lloyd toegewezen.

1.17. [appellant] is van deze vonnissen in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. Hij vorderde de toewijzing van zijn inleidende vorderingen en afwijzing van de vorderingen van Delta Lloyd. Met zijn grieven kwam hij – zakelijk weergegeven – op tegen het oordeel van de rechtbank dat een redelijk handelend verzekeraar met kennis van de ware voorgeschiedenis van [appellant] de verzekering niet zou hebben gesloten. Delta Lloyd is met een voorwaardelijk incidentele grief opgekomen tegen de haars inziens (op zichzelf juiste, maar) te beperkte samenvatting van de medische geschiedenis (zie rov. 1.11). Bij de beoordeling van de vraag hoe het acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar zou hebben geluid bij kennis van een juiste gang van zaken, is haars inziens meer informatie nodig, in ieder geval de uitgebreidere samenvatting door de medisch adviseur van Delta Lloyd.

1.18. Het hof Amsterdam heeft de bestreden vonnissen bekrachtigd. Het heeft daartoe – zakelijk weergegeven – als volgt overwogen. Vast staat dat [appellant] de precontractuele mededelingsplicht van art. 7:928 lid 1 BW heeft geschonden. Volgens art. 7:930 lid 4 BW is de verzekeraar in dat geval geen uitkering verschuldigd, indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Bij het beantwoorden van de vraag of dat het geval is, moet niet geheel of gedeeltelijk worden geabstraheerd van de concrete acceptatiecriteria van de desbetreffende verzekeraar. Delta Lloyd heeft voldoende aangetoond dat zij volgens haar acceptatiebeleid bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekeringsovereen-

komst met [appellant] zou hebben gesloten. [appellant] heeft weliswaar aangevoerd dat hij door een redelijk handelend verzekeraar als verzekerde zou zijn geaccepteerd, maar dat laat onverlet dat het Delta Lloyd in beginsel vrijstaat om bij een verzekering als de onderhavige het door haar gestelde beleid te volgen. Daarnaast geldt dat [appellant] uit de aan hem voorgelegde gezondheidsverklaring en toelichting daarop, had behoren te begrijpen dat de gevraagde informatie van belang was voor de beoordeling van het te verzekeren risico en daarmee voor de vraag of Delta Lloyd al dan niet bereid was om dit risico te verzekeren. Bij de beantwoording van de vraag of Delta Lloyd als redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten, is blijkens het voorgaande in dit geval niet maatgevend wat “een redelijk handelend verzekeraar” of een individuele concurrent bereid zou zijn te accepteren.

1.19. [appellant] heeft cassatie ingesteld, stellende dat 1) het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door het handelen van Delta Lloyd niet primair te toetsen aan dat van de “redelijk handelend verzekeraar” en 2) het hof onterecht heeft geoordeeld dat hij had behoren te begrijpen dat gevraagde informatie van belang was voor de beoordeling van het te verzekeren risico en voor de vraag of Delta Lloyd al dan niet bereid was om dit risico te verzekeren.

1.20. De Hoge Raad heeft het arrest van hof Amsterdam vernietigd. De Hoge Raad overwoog daartoe onder meer het volgende:

“3.4.2. Volgens art. 7:928 leden 1 en 4 BW is de verzekeringnemer verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede 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, deze de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen. De mededelingsplicht heeft geen betrekking op feiten die de verzekeraar reeds kent of behoort te kennen, en evenmin op feiten die niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid.

Indien de verzekerde niet aan deze mededelingsplicht heeft voldaan, is de verzekeraar volgens art. 7:930 lid 4 BW geen uitkering verschuldigd indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten.

3.4.3. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 19 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6258, NJ 1978/607 (Hotel Wilhelmina) overwogen:

‘Het beroep van de [verzekeringmaatschappij op verzwijging] kan (...) slechts slagen, indien zij als redelijk handelend verzekeraarster, ware zij bekend geweest met de verkeerdheid van de opgave (...) de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben aangegaan.’

Zie in dezelfde zin o.m. HR 2 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2999, NJ 2000/34 (Fatum/Susanna).

3.4.4. Bij de parlementaire behandeling van art. 7:928 BW heeft de minister van Justitie opgemerkt:

‘Het arrest Hotel Wilhelmina is niet met zoveel woorden in het nieuwe recht neergelegd. In [art. 7:928 lid 1] wordt immers gesproken over feiten waarvan de beslissing van de verzekeraar afhangt of kan afhangen.

Indien evenwel een verzekeraar een acceptatiebeleid hanteert dat afwijkt van dat van een redelijk handelende verzekeraar, dan is dit bij toepassing van [art. 7:928 lid 1 BW] alleen van betekenis indien de verzekeringnemer zulks wist of behoorde te begrijpen. Is dit laatste niet het geval dan zal ingevolge [art. 7:928 lid 1 BW] buiten de mededelingsplicht vallen hetgeen een verzekeraar, anders dan andere verzekeraars, relevant acht. Langs deze weg wordt eenzelfde resultaat bereikt als met het door deze leden genoemde arrest. (...) Wordt aldus een beperking bereikt voor de omvang van de mededelingsplicht, dan werkt dit ook door in [art. 7:930 lid 4 BW], in die zin dat de verzekeraar voor aldus buiten de mededelingsplicht vallende feiten zich ook niet aan uitkering kan onttrekken door te stellen dat hij bij kennis daarvan in het geheel geen verzekering zou hebben gesloten.’ (Parl. Gesch. Boek 7, Titel 17 B.W., p. 27)

3.4.5. Hoewel volgens de tekst van art. 7:930 lid 4 BW beslissend is of ‘de verzekeraar’ de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten, is de strekking van de aangehaalde passage in de parlementaire geschiedenis dat de wetgever met deze bepaling geen ander resultaat heeft willen bereiken dan volgt uit het arrest Hotel Wilhelmina. Wel is een uitzondering gemaakt voor het geval dat de verzekeringnemer bekend was of behoorde te zijn met het afwijkende acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar.

3.4.6. Voor de toepassing van art. 7:930 lid 4 BW betekent een en ander het volgende. Een beroep

van de verzekeraar op art. 7:930 lid 4 BW zal in beginsel alleen kunnen slagen indien de verzekeraar aantoonde dat een redelijk handelend verzekeraar bij bekendheid met de ware stand van zaken de verzekering niet zou hebben gesloten. De verzekeraar die een acceptatiebeleid voert dat afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar, kan zich daarop alleen ten nadele van de verzekeringnemer beroepen als hij aantoonde dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde.

3.4.7. De in 3.4.6 aangevoerde uitleg van art. 7:930 lid 4 BW sluit aan bij de heersende opvatting in de rechtspraak en de literatuur (...). Deze uitleg voorkomt dat de verzekeringnemer die zijn mededelingsplicht niet nakomt, zonder dat sprake is van opzet de verzekeraar te misleiden (zie art. 7:930 lid 5 BW), daarvan gevolgen ondervindt die een redelijk handelend verzekeraar daaraan niet zou verbinden.

Dat een verzekeringnemer die zijn mededelingsplicht niet nakomt, daarvan gevolgen ondervindt die een redelijk handelend verzekeraar daaraan niet zou verbinden, is alleen dan aanvaardbaar, als de verzekeringnemer wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid de verzekeraar hanteerde. Dan kon hij immers de relevantie van de niet meegedeelde feiten of omstandigheden binnen dat acceptatiebeleid overzien. In een dergelijk geval geldt, naast de eis dat de verzekeringnemer op de hoogte was, of moest zijn, van het acceptatiebeleid, niet ook de eis dat de verzekeringnemer bij het aangaan van de verzekering, wist dat het acceptatiebeleid van zijn verzekeraar afweek van dat van een redelijk handelend verzekeraar. De noodzaak die wetenschap te verlangen, volgt niet uit de genoemde bepalingen. De verzekeringnemer wordt ook afdoende beschermd zonder dat die wetenschap wordt verlangd.

3.4.8. Opmerking verdient dat bij het beantwoorden van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan, groot gewicht kan toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Niet uitgesloten is evenwel dat het beleid van een of meer andere verzekeraars op inhoudelijke gronden de toets aan de maatstaf van een redelijk handelend verzekeraar niet kan doorstaan, zodat daarop geen beroep kan worden gedaan. Evenmin is uitgesloten dat het acceptatiebeleid van de be-

trokken verzekeraar op inhoudelijke gronden blijkt te voldoen aan de maatstaf van de redelijk handelend verzekeraar, ook al voeren andere verzekeraars een ander (of geen) beleid ten aanzien van de betrokken feiten en omstandigheden.

Het beredeneerde betoog van een verzekeraar dat een redelijk handelend verzekeraar, bij kennis van de ware stand van zaken, de verzekering niet zou hebben gesloten, kan – afhankelijk van de door de verzekeraar daartoe aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval – tot het oordeel leiden dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering in dat geval niet zou zijn aangegaan. Voor dat oordeel is niet steeds noodzakelijk dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Het zal van het verweer van de verzekeringnemer afhangen of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken.

3.4.9. Hetgeen hiervoor in 3.4.3-3.4.8 is overwogen, is mede van toepassing indien de verzekeraar de overeenkomst opzegt op grond van art. 7:929 lid 1 BW en indien de verzekeraar zich erop beroept dat hij de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken weliswaar zou hebben gesloten, maar tegen een hogere premie, voor een lager bedrag, of op andere voorwaarden (art. 7:930 lid 3 BW).

3.5. Onderdeel 1 slaagt op grond van hetgeen hiervoor in 3.4.2-3.4.8 is overwogen.(...)

3.6.1. Onderdeel 2 faalt voor zover het ervan uitgaat dat een verzekeraar zich alleen op beleid kan beroepen dat afwijkt van dat van een redelijk handelend verzekeraar als de verzekeringnemer van die afwijking op de hoogte is. Voldoende is immers dat de verzekeringnemer dat beleid kent of moest kennen (zie hiervoor in 3.4.7).

3.6.2. Het onderdeel slaagt evenwel waar het betoogt dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd indien daarin besloten ligt dat [appellant] wist of behoorde te begrijpen welk acceptatiebeleid Delta Lloyd voerde.(...)”

2.1. In de procedure na verwijzing gaat het – gelet op het arrest van de Hoge Raad – nog slechts om de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden een redelijk handelend verzekeraar bij de juiste kennis van zaken een arbeidsongeschiktheidsverzekering met [appellant] zou hebben afgesloten. Weliswaar kan ook rekening worden gehouden met een afwijkend acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar in het geval dat de verzekeringnemer bekend was of behoorde te zijn met

dat acceptatiebeleid, maar voor het oordeel dat die situatie zich voordoet heeft Movir te weinig gesteld. Het enkele feit dat [appellant] uit de aan hem voorgelegde gezondheidsverklaring en toelichting daarop, had behoren te begrijpen dat de gevraagde informatie van belang was voor de beoordeling van het te verzekeren risico en daarmee voor de vraag of Delta Lloyd al dan niet bereid was om dit risico te verzekeren is daartoe immers – zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad – onvoldoende. Hieruit volgt wel dat [appellant] wist of moest begrijpen dat de beslissing van Delta Lloyd of, en zo ja, op welke voorwaarden, zij de verzekering zou willen sluiten, van de gevraagde informatie kon afhangen, maar dat betekent niet dat [appellant] ook wist of moest begrijpen welke gevolgen Delta Lloyd binnen haar acceptatiebeleid aan deze informatie zou verbinden. Andere omstandigheden zijn door Movir in dit verband niet gesteld.

2.2. Movir heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen arbeidsongeschiktheidsverzekering met [appellant] zou hebben afgesloten, althans niet in deze vorm (maar tegen andere voorwaarden, met meer uitsluitingen) verwezen naar de reacties die Lok heeft verkregen van M.L.A. Schotel, W. Appeldoorn, R.G. Schuurs, G.A. Janovitz en G. van Beelen (verder te noemen: Schotel, Appeldoorn, Schuurs, Janovitz en Van Beelen). Allen waren als medisch adviseur lid van de ICT-groep en door Lok gevraagd te reageren op de vraag hoe hun acceptatieadvies zou hebben geluid bij kennis van de volledige medische geschiedenis van [appellant].

2.3. Schotel reageerde onder meer als volgt: “Gezien de doorgemaakte, medische problematiek in uw casus en de kans op toekomstige klachten en beperkingen hierdoor, is het risico op arbeidsongeschiktheid als elektromonteur (klasse 4) in de te verzekeren periode tussen het 45e en 65e jaar naar mijn mening te sterk verhoogd. Voor werkzaamheden als elektromonteur (klasse 4) is een zonder belemmeringen functionerend bewegingsapparaat immers essentieel. Gezien de tussen 1998 en 2005 beschreven anatomische, blijvende, ernstige knieproblematiek beiderzijds, is hier van helaas geen sprake. Feitelijk is dit naar mijn mening alleen al voldoende reden om kandidaat-verzekerde *volledig af te wijzen* voor de gevraagde verzekering.

Een en ander is geheel conform de professionele richtlijnen voor acceptatie van Kruisbandlaesies (2.8.2). vermeld in de Handleiding medische advisering bij acceptatie van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. (...)

Daarnaast zijn ook de in de jaren 1979, 1984, 1988, 1990 en 1993 optredende neurologische, dan wel psychiatrische problemen, dusdanig dat ook hier al van een *niet te normaliseren* medisch risico gesproken zou kunnen worden.

Bijzonder is immers dat er feitelijk nog altijd geen medische diagnose gesteld werd.

Overigens is er een, naar ik aanneem passagère, autoimmuunstoornis geboekstaafd in 1975, de kandidaat-verzekerde was toen 14 jaar.

Voorts wordt een sternumletsel in 1983 vermeld na een op zijn minst bijzonder trauma, met een mogelijk hieraan gerelateerde, eveneens zeer bijzondere, xiphoid resectie in 1992.

Bijzonder is verder ook nog de ulnaris problematiek linkerarm, die in 1984 reeds aanleiding was tot een extreem werkverzuim van 1 ½ jaar, welke nadien ook in 1995 nog weer aanleiding gaf tot medische consultatie en gebruikadviezen.

Deze arm problematiek is anamnestic van dusdanige ernst dat dit zeker ook al dusdanig van invloed was en kan zijn op het werk van elektromonteur (klasse 4) dat het *zeer de vraag is of een eventuele uitsluitende bepaling hier wel de normalisatie geeft die nodig is bij deze verzekering*.

De bovenstaande combinatie van deze gegevens heeft summa summarum een zeer sterk verhoogd verzekeringsgeneeskundig risico tot gevolg.

Dit is helaas absoluut niet te normaliseren door bijvoorbeeld beperkende voorwaarden of premietoelagen op te leggen.

Afwijzen van de aanvraag is onvermijdelijk.”

2.4. De reactie van Appeldoorn luidde:

“Op grond van de voorgeschiedenis zoals de 45-jarige electricien op zijn minst had moeten vermelden op zijn gezondheidsverklaring bij de aanvraag voor arbeidsongeschiktheidsverzekering, had ik zonder nader onderzoek al het advies gegeven AFWIJZEN.

Kvz heeft veel aandoeningen gehad tot 2006 en ik vind het al bijzonder dat hij werkte in 2006. Dan zou ik nog hebben onderzocht of het een en ander onder 1 of meerdere clausules te dekken zou zijn. Echter de aandoeningen zijn dermate divers en zijn ook apart al een verhoogd risico, dat je met meerdere clausules er ook niet zou komen om het risico voor de verzekeraar te normaliseren.

alles afwegend zou ook na het opvragen van alle medische informatie en bestudering hiervan ook het advies gegeven hebben AFWIJZEN.”

2.5. Schuurs schreef:

“Met de vage neurologisch/psychiatrisch aandoende voorgeschiedenis tot 1995, kun je niet zoveel behalve misschien een verhoogd eigen risico inbouwen.

Maar gelet op zijn beroep, zijn 2 versleten kniegewrichten na kruisbandletsel, in combinatie met het bovenstaande mijns inziens toch eigenlijk wel reden om de aanvraag af te wijzen.

Dit omdat wel duidelijk is dat het deze man, gezien zijn knieproblemen eigenlijk het verkeerde beroep uitoefent en het hem zeer waarschijnlijk niet zal lukken om nog 20 jaar als elektromonteur te blijven doorwerken.”

2.6. Janovitz oordeelde:

“De lange medische voorgeschiedenis, tot kort voor de aanvraag en met een vaag gediagnostiseerde neurologisch/psychiatrisch ziektebeeld, zou een advies tot afwijzing tot gevolg hebben gehad.”

2.7. Van Beelen ten slotte schreef:

“Na bestudering van de medische gegevens zou mijn advies aan de verzekeraar zijn geweest om de aanvraag op medische gronden af te wijzen omdat er sprake is van een verhoogd risico dat mijns inziens niet te normaliseren valt.

Dit, vanwege de knieklachten bdz, de ulnaris-transpositie links en de hoofdpijnklachten eci.”

2.8. Movir heeft zich daarnaast beroepen op het advies van 26 oktober 2016 van verzekeringsgeneeskundige M.G.L.M. Fleuren, welk advies luidt als volgt:

“Betreft acceptatieadvies in 2006, van een toen 45 jarige elektromonteur, eigen risico 1 maand, eindleeftijd 65.

Voorgeschiedenis:

Paratyfus: geen gevolgen

ITP: herhalingsrisico, auto immuun, voorzichtig

Fractuur middenhandsbeentje: betrokkene heeft een goede handfunctie nodig. X-foto, eventueel functieonderzoek vingers en pols

Scheur borstbeen: ongewone reactie. Botdichtheid? Was er echt een scheur? Was het wat anders? Vermoeden hersenbloeding 1984: betrokkene is dan rond de 20. Psychisch? Voorzichtig!

Transpositie n. ulnaris met zeer lange periode van AO: voorzichtig. Uitsluiten?

Consult neuroloog/psychiater: psyche? Hersenafwijking?

Xyphoid resectie: komt zelden of nooit voor. Psychisch? Pas op!

Aanval als in 1984 (vermoeden hersenbloeding). Geen diagnose. Psyche uitsluiten. Vaten?

Wederom ulnaris transpositie. Uitsluiten, zeker na 2x.

Arthroscopie re-knie met VKB plastic. Uitsluiten knie 10 jaar na 1998, dus vanaf 2008, dat ligt rondom acceptatiedatum 2006, dus uitsluiten re-knie

Menisectomie li-knie in 2000. Uitsluiten li-knie vanaf 2010, dus over 4 jaar, dus nu.

2002. nettoyage beide knieën en VKB laesie li-knie. Beide knieën uitsluiten.

2005. knieklachten links, uitsluiten.

Advies:

Al met al zijn er 3 grote problemen.

Beide knieën.

De psyche, en misschien ook wel een vasculaire afwijking in de hersenen

De problemen met de linker arm vanwege de n. ulnaris

En misschien een (klein) recidiefrisico mbt ITP, het xifoid, en arthrose van de hand/pols.

Ik zou de aanvraag afgewezen hebben. Er zijn zeker 3 a 4 uitsluitingen van toepassing (beide knieën, psyche, en elleboog/n.ulnaris, misschien ook wel vasculaire cerebrale problematiek, en wat kleinere risico's die ik normaliter zou honoreren met een langere wachttijd (3 a 6 maanden) en eindleeftijdsbeperking (60 a 62).

Met 3 (of 4) uitsluitingen en langere wachttijd en kortere looptijd normaliseer je het risico niet, en het is bekend dat claims uit andere bron vaker komen, en langer duren.

Met 2 of meer grote uitsluitingen wijzen grote verzekeraars af. Dat zou ook mijn advies geweest zijn.

Dit door U geschetste risico is niet verzekeraar.”

2.9. [appellant] heeft het standpunt van Movir bestreden. Hij heeft daartoe J.M. van den Hatert, medisch adviseur (verder: Van den Hatert), gevraagd om zijn reactie op de e-mails van de leden van de ICT-werkgroep. In zijn advies van 13 november 2015 heeft Van den Hatert het volgende geschreven:

“(…) ik (merk, hof) allereerst op dat de door Delta Lloyd eerder gebruikte argumenten met betrekking tot de ITP en xyfoid (kraakbeen aanhangsel borstbeen) resectie buiten beschouwing kunnen blijven.

Met betrekking tot de hoofdpijnklachten merk ik op dat dit in de periode 1984-1993 wel een probleem is geweest, maar sindsdien niet meer en bij aanvang verzekering waren deze klachten dus al 13 jaar niet meer aanwezig. Het betrof aanvalsgewijs optredende hoofdpijn met een frequentie van 2 aanvallen per jaar. Na 1990 deed dit probleem zich alleen in 1993 nog eenmaal voor. Ik zie geen reden hiervoor een clausele op te nemen.

De aanvallen worden al gecoupeerd met het eigen risico en buiten de aanvallen is er geen anatomisch substraat voor deze klachten.

Met betrekking tot het nervus-ulnarisprobleem merk ik op dat er in 1984 een transpositie plaatsvond. Daarna vond in 1995 nog een neurolyse (vrijleggen zenuw) plaats, ondanks een normaal EMG-onderzoek. Ook hierbij geldt dat cliënt in 2006 al 11 jaar klachtenvrij was.

Men kan hier dus discussiëren of een clausele überhaupt gerechtvaardigd is bij een kandidaat verzekerde met een normaal functionerende zenuw die al 11 jaar klachtenvrij is. De vuistregel is: bestaande aandoeningen uitsluiten. Ik zie hier geen argumenten voor een clausele.

Mijns inziens kan alleen geconcludeerd worden dat de medisch adviseurs de knieklachten als reden zien voor een afwijzing, maar dit valt buiten de discussie. Immers deze zijn destijds geclauseleerd. Cliënt werd in 2006 geaccepteerd met een clausele voor rechterknieklachten. In een latere fase, nadat Delta Lloyd een beroep deed op het verzwijgingsartikel, werd de linkerknie eveneens geclauseleerd. De knieklachten vallen dus buiten deze discussie/

De overige aandoeningen staan hier verder volkomen los van.

M.i. zou een redelijk handelend verzekeraar cliënt niet afgewezen hebben.

Hooguit kan men discussiëren of de knieklachten een reden voor afwijzing zijn maar deze waren bekend bij acceptatie en zijn geclauseleerd.”

2.10. Naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank reageerde Van den Hatert vervolgens onder meer als volgt:

“Het oordeel onder 2.6 dat ondergetekende de klachten uit het verleden afzonderlijk beoordeelt en niet in samenhang met elkaar, is met alle respect, niet valide.

Ik zie zelf geen enkele samenhang tussen de hoofdpijnklachten, de ulnarisproblematiek en de knieklachten. Dit zijn absoluut los van elkaar staande beelden en welke samenhang er tussen

deze beelden zou moeten bestaan is mij niet duidelijk.

Dit is ook niet de strekking van adviezen van de door collega Lok ingeschakelde medisch adviseurs.

Hetzelfde geldt voor de relatie met het beroep. De hoofdpijnklachten spelen al 13 jaar niet meer en de ulnarisproblematiek al 11 jaar. Als iemand volledig klachtenvrij is maakt het weinig uit welk beroep hij uitoefent.

De knieklachten zijn wel relevant voor het beroep van cliënt maar dit is ook niet ontkend door ondergetekende.

Het is ook niet zo dat een redelijk handelend verzekeraar de klachten niet afzonderlijk beoordeelt maar op basis van het totale beeld een inschatting maakt van het risico.

Bij een acceptatieprocedure wordt juist voor iedere aandoening bekeken of deze leidt tot een verhoogd risico en iedere aandoening kan leiden tot een specifiek advies met betrekking tot het clauseleren van de desbetreffende anatomische structuur of aandoening, premietoelage en/of verhoging van het eigen risico. Hierbij zijn in principe alle combinaties mogelijk, gebaseerd op de aandoeningen waarmee de kandidaat verzekerde bekend is in de acceptatieprocedure.

Dit aspect ontbreekt inderdaad in mijn opinie om de simpele reden dat het geen rol speelt.

Als stelregel wordt aangehouden dat drie clauseles leiden tot een volledige afwijzing. Ook de ingeschakelde medisch adviseurs beoordelen dit dus los van elkaar maar concluderen dat met clauseles vanwege de hoofdpijnklachten/psyche, de ulnarisproblematiek en de knieproblemen er sprake is van drie clauseles en dus een niet te verzekeren risico.

Dit komt in de e mails minder duidelijk naar voren omdat dit bekend is bij de medisch adviseur die werkzaam zijn op het gebied van acceptatie.

Het belangrijkste aspect ontbreekt echter volledig in het vonnis.

Er was immers sprake van acceptatie met een clausele voor beide knieën en het gaat erom of het surplus aan aandoeningen in combinatie met knieklachten zou hebben geleid tot een uitsluiting, waarbij dus in feite alleen de hoofdpijnklachten en ulnarispositie een rol spelen.

Collegae Schotel en Schuurs geven aan dat de knieklachten op zich al reden zijn voor afwijzing en dit is dus geen onderbouwing voor het standpunt van Delta Lloyd immers zij hadden op basis

van deze informatie de knieën geclausuleerd. De andere ingeschakelde medisch adviseurs hebben eveneens niet expliciet gesteld dat het surplus aan aandoeningen zou hebben geleid tot een afwijzing.”

2.11. [appellant] heeft verder een medisch advies overgelegd van J.P.G.A. Kurris, dat luidt:

“2. In 2014 legde collega Lok als medisch adviseur van Delta Lloyd de casus van uw cliënt geanonimiseerd voor in een intercollegiale toetsing en vroeg zijn collega's hoe hun acceptatie-advies ten aanzien van uw cliënt zou hebben geluid. (...)

De onderliggende medische informatie werd door collega Lok niet meegestuurd aan zijn ICT-genoten, waardoor zij geen zorgvuldige beoordeling van het risico hebben kunnen verrichten en vooral niet de diverse aspecten konden relativeren.

In de beschrijving die collega Lok hen verstrekte liggen anderzijds dus wel enkele accenten die de beoordelaars beïnvloeden (...)

3. Met betrekking tot de knieën is er sprake van een duidelijk verhoogd arbeidsongeschiktheidsrisico.

De destijds geldende richtlijnen voor acceptatie van een arbeidsongeschiktheidsverzekering geven op grond van kruisbandletsel de optie een clause te hanteren of de verzekering af te wijzen.

4. In 1995 werd slechts de in 1983 omgelegde elleboogszenuw vrij werd gelegd en niet opnieuw omgelegd. Daarnaast worden er in de medische informatie geen nieuwe recidief klachten meer vermeld en was uw cliënt ten tijde van het aangaan van verzekering 11, of eigenlijk zelfs 23 jaar verlost van de oorspronkelijke aandoening van de elleboogszenuw. De eerder aangehaalde richtlijn voor acceptatie geeft geen aanleiding voor een clause.

5. Van de door de diverse neurologen overwogen diagnoses lijkt migraine de meest voor de hand liggende. Enerzijds verklaart deze diagnose de klachten van uw cliënt, anderzijds werden andere diagnostische opties uitgesloten, zoals een hersenbloeding. Indien een epileptische aanval als reële optie was overwogen, zou te verwachten zijn geweest dat een anti-epileptica was voorgeschreven. (...) Daarnaast zouden deze gezien de frequentie van tweemaal per jaar volgens de acceptatierichtlijn normaal kunnen worden geaccepteerd en bij een eventueel hogere frequentie binnen de eigen risicoperiode van de arbeidsongeschiktheidsverzekering vallen. (...)

In beginsel moet ik bij het ontbreken van een afschrift van de door uw cliënt ingevulde gezondheidsverklaring ervan uitgaan dat naast de knieklachten ook de operatie aan de elleboogszenuw en de aanvalsgewijze hoofdpijn hadden moeten worden opgegeven.

Daarmee zou in eerste instantie zonder meer geconcludeerd zijn dat er sprake was van een sterk verhoogd risico voor toekomstige arbeidsongeschiktheid voor het verzekerde beroep, elektro-monteur.

Dit zou normaal gesproken leiden tot het opvragen van aanvullende informatie.

De bestudering van de medische gegevens leidt dan tot de volgende conclusies.

Een uitsluiting van de knieën is zonder meer te billijken.

De hoofdpijnklachten zouden normaal kunnen worden geaccepteerd binnen de door uw cliënt gevraagde eigen risicoperiode van 30 dagen.

De aandoening van de elleboogszenuw uit 1983 en de corrigerende operatie 1995 zijn te specifiek en liggen te lang terug in de tijd om tot een clause te leiden.

Een ‘redelijk handelend verzekeraar’ zou uw cliënt hebben geaccepteerd als verzekerde op de arbeidsongeschiktheidsverzekering met toepassing van een uitsluitingsclause voor de knieën en een eigen risicoperiode die lang genoeg was om eventueel nieuwe migraineaanvallen uit te sluiten. Delta Lloyd heeft een uitsluiting voor beide knieën opgenomen en de overeengekomen eigen risicoperiode van 30 dagen is ruimschoots afdoende om het risico van nieuwe migraineaanvallen uit te sluiten. Een ‘redelijk handelend verzekeraar’ zou uw cliënt onder dezelfde voorwaarden hebben geaccepteerd als de voorwaarden die tussen Delta Lloyd en [appellant] zijn overeengekomen.”

2.12. Op basis van de standpunten van de diverse medisch adviseurs kan volgens [appellant] worden geconcludeerd dat consensus bestaat over de omstandigheid dat een redelijk handelend verzekeraar in de knieklachten van [appellant] in combinatie met zijn beroep aanleiding zou hebben gezien een clause te hanteren of de verzekering af te wijzen. De reactie van Delta Lloyd in 2008 – naar aanleiding van het bekend worden van de knieklachten links – past in dit beeld: Delta Lloyd heeft de clause die reeds was overeengekomen voor de rechterknie, uitgebreid naar de linkerknie.

2.13. Naar de mening van [appellant] moet dus geconcludeerd worden dat Delta Lloyd in de knieklachten geen aanleiding zag de verzekering in het geheel af te wijzen, zodat nog slechts de vraag voorligt of de overige klachten aanleiding waren geweest voor een afwijzing en/of extra clause. Dat is naar de mening van [appellant] niet het geval. Daarbij is van belang, aldus [appellant], dat bij een acceptatieprocedure voor iedere afzonderlijke aandoening wordt bekeken of deze leidt tot een verhoogd risico. Iedere aandoening kan leiden tot een specifiek advies met betrekking tot het clausuleren van de desbetreffende anatomische structuur of aandoening, premietoeslag en/of verhoging van het eigen risico. Daarbij wordt als stelregel aangehouden dat drie clauses leiden tot een volledige afwijzing. Van andere aandoeningen die hadden moeten leiden tot een clause dan de aandoening aan beide knieën, was echter geen sprake.

2.14. Movir daarentegen meent dat de kern van deze zaak wordt gevormd door de veelheid van en variatie in klachten en de onverklaarbaarheid van een deel daarvan, een en ander in combinatie met het beroep van [appellant] (elektromonteur). Juist deze combinatie van factoren staat aan acceptatie in de weg. Dit geldt te meer omdat sprake is van een discrepantie tussen de klachtenpresentatie en het ontbreken van een objectieerbare verklaring voor de klachten. Hierdoor is het arbeidsongeschiktheidsrisico niet te beoordelen en dus onverzekerbaar. Daarnaast wijst Movir (met verwijzing naar de deskundige Schotel) op het belang van een zonder belemmeringen functionerend bewegingsapparaat voor een elektromonteur (een beroep met een hoge risicoklasse). Een clause op – voor een beroep als elektromonteur – essentiële delen van het lichaam leidt vaak tot een klachtenverschuiving en veel discussie met verzekerde. In een dergelijk geval is het vaak beter om geen aanbod te doen dan een aanbod met een uitgekledde polis. Dit brengt immers veel onzekerheden met zich, en voor de verzekerde een schijnzekerheid, aldus Movir.

2.15. Het hof leidt uit dit alles af dat Movir van mening is dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken alle omstandigheden zou hebben meegewogen bij waardering van de knieklachten van [appellant] en daarin aanleiding zou hebben gezien om de verzekering af te wijzen, in plaats van een (of meer) clause(s) te hanteren. Het feit dat Delta Lloyd in

2008 slechts de clause die reeds was overeengekomen voor de rechterknie, heeft uitgebreid naar de linker knie, komt voort uit de omstandigheid dat zij – ook in 2008 – niet op de hoogte was van de ware stand van zaken ten aanzien van de overige aandoeningen van [appellant]. De conclusie dat Delta Lloyd in die knieklachten geen aanleiding zag de verzekering in het geheel af te wijzen en dat deze dus geen rol meer spelen wordt daarom door [appellant] onterecht getrokken, zo begrijpt het hof Movir.

2.16. Het hof is van oordeel dat Movir haar standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen arbeidsongeschiktheidsverzekering met [appellant] zou hebben afgesloten, aldus voldoende heeft gemotiveerd en onderbouwd. Het mag zo zijn dat een medisch adviseur doorgaans iedere aandoening (eerst) afzonderlijk bekijkt. Dit neemt echter niet weg dat de omstandigheid dat er in het verleden sprake is geweest van meerdere klachten, waarvan sommige (een klachtenpatroon met hoofdpijn, braken, overgevoeligheid voor licht en geluid, geheugenverlies en bewustzijnsverlies) vaag, zonder duidelijk medisch substraat – zal kunnen en mogen meewegen bij de beslissing de verzekering (reeds op basis van de knieklachten) af te wijzen in plaats van deze geclauseerd te accepteren. Dat dit in het onderhavige geval tot afwijzing van de verzekering zou hebben geleid, heeft Movir met de door haar overgelegde verklaringen van de verschillende medisch adviseurs voldoende aangetoond. Weliswaar kan aan [appellant] worden toegegeven dat de vraagstelling door Lok enigszins gekleurd (en ten aanzien van de elleboogzenuw mogelijk zelfs onjuist, omdat de zenuw slechts is blootgelegd) was en niet was voorzien van de onderliggende stukken, maar dat doet aan het vorenstaande principe niet af. Dat enkel de vorenbedoelde knieklachten voor een redelijk handelend verzekeraar al voldoende reden konden zijn om de verzekering af te wijzen en dat bij [appellant] daarnaast sprake was van andere (deels) onbegrepen klachten, staat in deze procedure immers vast. [appellant] heeft zijn kanteekeningen bij de stelling van Movir dat de medische consumptie en de klachtenfrequentie belangrijke indicatoren zijn voor de wijze waarop iemand met zijn klachten en lichaam omgaat (en daarmee voor de acceptatievraag) onvoldoende onderbouwd. De omstandigheid dat een andere verzekeraar (Aegon) mogelijk wel bereid zou zijn ge-

weest een (geclausuleerde) verzekering met [appellant] aan te gaan, staat aan dit oordeel niet in de weg.

2.17. Bij gebreke van voldoende onderbouwde stellingen, die indien bewezen tot een ander oordeel zouden leiden, wordt aan bewijslevering niet toegekomen.

2.18. Dit betekent dat de aangevoerde grieven falen en het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Bij deze uitkomst past dat [appellant] zal worden veroordeeld in de kosten van het principaal hoger beroep, met inbegrip van de procedure na verwijzing. De voorwaarde voor het incidenteel hoger beroep is niet vervuld, zodat aan een proceskostenveroordeling voor dat beroep niet wordt toegekomen.

Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt het tussen partijen gewezen eindvonnis van de rechtbank Amsterdam van 24 februari 2016;

– veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van Movir tot op heden begroot op € 2.060,81 aan verschotten en € 2.232,= aan salaris advocaat en op € 157,= aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 82,= indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

– verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Inleiding

Inzet van deze gerechtelijke procedure vormt vooral het antwoord op de vraag of en zo ja in hoeverre de verzekeraar het ter verzekering aangeboden risico met bekendheid van de ware stand van zaken zou zijn aangegaan. Na verwijzing door de Hoge Raad bij arrest van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841) gaat deze zaak nog slechts om de vraag of en zo ja onder welke voorwaarden een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware zaken een arbeidsongeschiktheidsverzekering met verzekerde zou zijn aangegaan. Ter onderbouwing van haar standpunt legde de verzekeraar vijf reacties over van collega medisch adviseurs. Deze medisch advi-

seurs maakten deel uit van zijn intercollegiale toetsingscommissie (ICT) en waren gevraagd om te reageren op de vraag hoe hun acceptatieadvies zou hebben geluid bij kennis van de volledige medische geschiedenis van verzekerde. Allen kwamen tot de conclusie dat zij het ter verzekering aangeboden risico zouden hebben afgewezen. Daarmee kwam aldus art. 7:930 lid 4 BW in zicht. Daarin is bepaald dat geen uitkering verschuldigd is, indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben afgesloten. Het Hof Den Haag achtte het standpunt van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar voldoende gemotiveerd en onderbouwd. Ik licht drie aspecten uit het arrest, waarop ik in deze noot nader inga in de volgende paragrafen. Allereerst bespreek ik in paragraaf 2 de situatie dat in de medische voorgeschiedenis sprake is van meerdere klachten waarvan sommige vaag waren en zonder duidelijk medisch substraat. Zoals zal blijken maakt dat het ter verzekering aangeboden risico moeilijk – tot niet – te beoordelen. Daarna ga ik in paragraaf 3 in op het besluit van het hof om de visie van de medisch adviseurs te volgen. Tot slot ga ik in paragraaf 4 in op de overweging van het hof dat de omstandigheid dat een andere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar mogelijk wel bereid zou zijn een (geclausuleerde) verzekering aan te gaan aan zijn oordeel niet in de weg staat.

2. De rol van de klachten in de (niet-vermelde) medische voorgeschiedenis.

Een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar zal een ter verzekering aangeboden risico zo grondig mogelijk willen beoordelen. Indien en voor zover een dergelijk risico niet onder normale voorwaarden kan worden geaccepteerd, dan zal de verzekeraar verzekeringstechnische ingrepen toepassen om een ter verzekering aangeboden risico zo veel als redelijkerwijs mogelijk te normaliseren. De arbeidsongeschiktheidsverzekeraar kan daartoe (bijvoorbeeld) gebruik maken van een of meer uitsluitingsclausules, het aanbieden van een hogere premie of een langere eigenrisicotermijn. In een situatie als de onderhavige belemmeren de vele gevarieerde klachten (een klachtenpatroon met hoofdpijn, braken, overgevoeligheid voor licht en geluid, geheugenverlies en bewustzijnsverlies), die deels zelfs onverklaard waren, de acceptatie. Juist ook door de combinatie van die factoren. In situaties, zoals

hier, waar een fysiek beroep van elektromonteur ter verzekering wordt aangeboden speelt dat nog pregnanter. Het arbeidsongeschiktheidsrisico is dan niet te beoordelen en dus onverzekeraar. Een goed functionerend bewegingsapparaat is voor een elektromonteur van groot belang om de werkzaamheden die aan zijn beroep zijn verbonden (klachtenvrij) te kunnen uitvoeren.

In de jurisprudentie van het KiFiD zijn talloze voorbeelden te vinden. Zo had de verzekerde in de casus die leidde tot de uitspraak van 5 december 2019 van de Geschillencommissie van het KiFiD (nr. 2019-1006) ten tijde van het aanvragen van de verzekering langdurige doorslaapklasten die, ondanks behandeling, persisteerden. Daarnaast kampte hij met bijkomende vermoeidheidsklachten waarvan de oorzaak niet duidelijk was. Deze moeheidsklachten kunnen volgens het KiFiD direct aanleiding geven tot arbeidsongeschiktheid door een verhoogde kans op bijvoorbeeld ongevallen of overspannenheid. Bovendien zijn moeheidsklachten zeer subjectief en niet te clausuleren. Ook al zou de oorzaak een slaapprobleem zijn. Hiervoor acht het KiFiD relevant dat het onderscheid tussen moeheidsklachten door een slaapprobleem en moeheid door een andere oorzaak moeilijk – tot niet – te maken is. Daarnaast hechtte de Geschillencommissie waarde aan het feit dat de aangevraagde verzekering een looptijd had van 27 jaar en wees zij op het (zware) beroep van restauranthouder. Gelet op de combinatie van deze factoren wees de Geschillencommissie de klacht af.

Hoofdpijnklachten die zich zeer kort voor het invullen van de gezondheidsklachten hadden geopenbaard leiden, bij ontbreken van een duidelijke diagnose, volgens de Geschillencommissie ook tot de onmogelijkheid om te beoordelen wat het risico op herhaling van de klachten zou zijn, nog los van de onduidelijkheid van het gebruik van zuurstof door aspirant verzekeringnemer. Dat blijkt uit de beslissing van 15 mei 2019 van de Geschillencommissie van het KiFiD (nr. 2019-343) waarin zij de tegen de verzekeraar ingediende klacht dan ook afwees. Het risico op arbeidsongeschiktheid, gezien de klachten en aandoeningen van verzekerde en de bijkomende problematiek, achtte de Geschillencommissie van het KiFiD bij haar beslissing van 23 oktober 2019 (nr. 2019-843) dermate groot, dat het niet reëel zou zijn om de verzekeringsaanvraag te accepteren. Van een verhoogd risico op uitval dat niet

met clausules te normaliseren viel, was sprake in de uitspraak van 8 april 2019 van de Geschillencommissie van het KiFiD (nr. 2019-250). Als de nek en de rug – de gehele rug – en de schouders door middel van een clausule zouden zijn uitgesloten bleef volgens de Geschillencommissie van het KiFiD geen reële dekking over voor het beroep van kapster. Geen enkele verzekeraar zou een dergelijke verzekering hebben aangeboden.

3. De rol van de visie van collega medisch adviseurs

Zoals gezegd bracht de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in deze zaak, ter onderbouwing van haar standpunt dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben afgesloten, vijf reacties van collega medisch adviseurs in het geding. Deze waren lid van de ICT-groep van de medisch adviseur van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar. De medisch adviseur van de verzekeraar had de casus geanonimiseerd voorgelegd in een intercollegiale toetsing en vroeg zijn collega's hoe hun acceptatie-advies ten aanzien van verzekerde zou hebben geluid. De onderliggende medische informatie werd door hem meegestuurd aan zijn ICT-genoten. Alle medisch adviseurs gaven aan dat zij de aanvraag zouden hebben afgewezen. Het hof acht het standpunt van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar daarmee voldoende gemotiveerd en onderbouwd. Het Hof Amsterdam leidde in zijn arrest van 3 mei 2011 (ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4461) ook uit het overleggen van acceptatiestandpunten van medisch adviseurs van collega arbeidsongeschiktheidsverzekeraars af wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben beslist.

Op zichzelf is dit oordeel te begrijpen, ware het niet dat het Hof Den Haag in zijn arrest van 11 december 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:3956) aan de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar die zich ook op dergelijke adviezen beriep tegenwierp dat dat acceptatie-adviezen waren en geen acceptatiebeslissingen. De overgelegde berichten rechtvaardigden volgens het Hof Den Haag dan ook niet, althans niet zonder meer, de conclusie dat de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar afwijzend op de aanvraag zou hebben beslist. Deze discrepantie komt niet uit de verf in het arrest van hetzelfde hof van 18 augustus 2020

(ECLI:NL:GHDHA:2020:1404). Het lijkt er echter op

dat dat mede het gevolg is van het feit dat verzekerde zijn eigen standpunt om zeep hielp. Verzekerde erkende in rechte dat een redelijk handelend verzekeraar in de knieklachten – in combinatie met het beroep – al aanleiding zou hebben gezien om deze klachten uit te sluiten van dekking of de verzekering zelfs af te wijzen. Dat stond volgens het hof in deze procedure tussen partijen vast. Door deze erkenning behoefde de verzekeraar daar immers geen bewijs van te leveren. Ik heb de indruk dat het daardoor heeft kunnen gebeuren dat het hof de reacties van de collega medisch adviseurs zonder omhaal omarmd heeft en niet behoefde in te gaan op de hierboven bedoelde discrepantie. Zie voor andere vormen van te leveren bewijs van redelijk handelend verzekeraar mijn noot onder het arrest van het Hof Amsterdam van 20 augustus 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:3065, «JA» 2019/151).

4. Wat doet de 'concurrentie'?

Het Hof Den Haag overweegt dat aan zijn oordeel niet in de weg staat de omstandigheid dat een collega arbeidsongeschiktheidsverzekeraar mogelijk wel bereid zou zijn geweest een (geclausuleerde) verzekering aan te gaan. Hiermee geeft het hof inkleuring aan de rechtsoverweging van de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1841) dat bij het beantwoorden van de vraag wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben gedaan groot gewicht kan toekomen aan het acceptatiebeleid van andere verzekeraars. Het beredeneerde betoog van een verzekeraar kan tot het oordeel leiden dat een redelijk handelend verzekeraar de verzekering niet zou zijn aangegaan, aldus de Hoge Raad, die vervolgt dat voor dat oordeel niet steeds noodzakelijk is dat het acceptatiebeleid van andere verzekeraars wordt onderzocht. Het zal volgens de Hoge Raad afhangen van het verweer van de verzekeringnemer of het acceptatiebeleid van andere verzekeraars in de beoordeling moet worden betrokken. Het Hof Den Haag overwoog daarover in deze zaak dat aan zijn oordeel niet afdeed dat een andere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar het risico kennelijk wel accepteerde. Het acceptatiebeleid van andere verzekeraars speelde ook een rol in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 februari 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:1045) waarin het ging om een motorrijtuigverzekering. Volgens de verzekeraar stond haar acceptatiebe-

leid al in de weg aan acceptatie, indien in de relevante periode sprake was geweest van één rijontzegging. Een rijontzegging was volgens het hof immers een duidelijke vergroting van het risico. Uit de overgelegde informatie bleek voorts dat een groot aantal andere verzekeraars een zelfde acceptatiebeleid hanteerde. Daarmee achtte het hof het bewijs geleverd dat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van stand van zaken geen verzekering zou zijn aangegaan. Zie voor een casus waarin de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar wel had moeten ingaan op het acceptatiebeleid van andere verzekeraars het arrest van het Hof Den Haag van 11 december 2018

(ECLI:NL:GHDHA:2018:3956). Het hof was van oordeel dat het beroep van de verzekerde op standpunten van andere verzekeraars met zich bracht dat de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar tegen wie de vordering was ingesteld zijn reactie daarop in rechte (mede) had moeten richten. Mede door dat na te laten strandde het beroep van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar op de schending van de mededelingsplicht.

5. Tot slot

Gelet op al het voorgaande heeft de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar er verstandig aan gedaan om zijn standpunt grondig extern te laten toetsen door het medisch dossier in geanonimiseerde vorm voor te leggen aan verschillende medisch adviseurs. De verzekeraar moet immers stellen en bewijzen dat hij als redelijk handelend verzekeraar heeft gehandeld. En waardoor zou hij dat bewijs nu (nog) beter kunnen leveren dan het vragen van de visie van door de wol geverfde collega's?

mr. dr. E.J. Wervelman
advocaat bij VWW Advocaten – Mediation en
raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof 's-Hertogenbosch