Mr. dr. E.J. Wervelman[1]

Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013

16

In deze bijdrage gaat de auteur in op de belangrijkste ontwikkelingen rondom particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in de periode 2007-2013. De kroniek besteedt aandacht aan achtereenvolgens het karakter van deze polis, de schending van de mededelingsplicht, het begrip arbeidsongeschiktheid, de schaderegeling en de gevolgen van beëindiging van de polis in relatie tot het recht op uitkering. Daarnaast is ingegaan op de ontwikkelingen rondom persoonlijk onderzoek en de eisen die daaraan worden gesteld.

1. Inleiding

Deze kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) heeft betrekking op de periode 2007-2013 en sluit daarmee aan op de eerdere kroniek in dit tijdschrift die eindigde in 2006.[2] Deze kroniek besteedt aandacht aan achtereenvolgens het karakter van deze polis, de schending van de mededelingsplicht, het begrip arbeidsongeschiktheid, de schaderegeling en de gevolgen van beëindiging van de polis in relatie tot het recht op uitkering. Naast bespreking van civiele rechtspraak is tevens aandacht geschonken aan de verschenen literatuur, uitspraken van de Raad van Toezicht van de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA)[3] en het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid).[4]

2. Karakter AOV: rol inkomen essentieel

Het antwoord op de vraag of een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering een sommenverzekering is, waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW), dan wel een schadeverzekering is omdat kan worden gezegd dat die uitkering strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden (art. 7:944 BW), wordt vooral bepaald door de rol die het inkomen bij het aangaan en tijdens de looptijd van de verzekering speelt. Die belangrijke conclusie is te trekken uit de *oktober*-arresten die de Hoge Raad wees in 2008.[5] De relatie tussen het inkomen en de uitkering loopt als rode draad door deze drie arresten heen. De Hoge Raad brengt helder tot uitdrukking dat in de situatie dat de verzekeraar in de fase van de totstandkoming, noch in de fase van de schaderegeling interesse in het inkomen toont, eerder sprake zal zijn van een sommenverzekering dan in de situatie dat de verzekeraar daar wel belangstelling voor heeft. In die zin dat de verzekeraar bijvoorbeeld periodiek bij verzekerde nagaat wat de hoogte van het inkomen is en de verzekerde bedragen daarop dan zo nodig aanpast.[6] De Hoge Raad verwierp het cassatiemiddel in het arrest van 17 oktober 2008[7] overigens op de voet van art. 81 RO. Relevant is daarom dat het hof de stelling dat een verzekerbaar belang ontbrak vanwege faillissement van de hand had gewezen,[8] door erop te wijzen dat verzekeraar twee jaar tevoren bij een eerdere melding van arbeidsongeschiktheid wel was overgegaan tot uitkering, hoewel de verzekerde toen het loon doorbetaald was. Bovendien woog het hof mee dat verzekeraar, ondanks het betoog dat het verzekerbaar belang was komen te ontvallen, aanspraak was blijven maken op betaling van de premie.

Aannemelijk is dat particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen met de beide arresten uit 2008 sommenverzekeringen zijn, tenzij de rol van het inkomen aannemelijk maakt dat partijen een duidelijke bandbreedte tussen de uitkering bij arbeidsongeschiktheid en het vroegere inkomen hebben beoogd overeen te komen met elkaar.[9] Illustratief wat dat betreft is een arrest van Hof 's-Gravenhage van 25 mei 2010.[10] Na de hiervoor besproken criteria uit het arrest dat de Hoge Raad wees op 3 oktober 2008 te hebben besproken, oordeelde het hof – in acht genomen het Haviltex-criterium – dat sprake was van een sommenverzekering. Daarbij nam het in aanmerking dat uit de enkele omschrijving in de polisvoorwaarden, dat deze tot doel had een periodieke uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid, op zichzelf niet viel af te leiden dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering was en de van toepassing zijnde polisvoorwaarden geen correctiebepaling bevatten. Daarbij tekende het hof aan dat het enkele feit dat de correctiebepaling in de eerdere polisvoor-

1 Mr. dr. E.J. Wervelman is werkzaam bij Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten.

2 Kroniek van de Particuliere Arbeidsongeschiktheidsverzekering 2004-2006, *AV&S* 2007/4, p. 29.

3 www.register-arbeidsdeskundigen.nl.

4 www.kifid.nl.

5 Vgl. HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009/80; HR 17 oktober 2008, *LJN* BA0006. Zie over deze arresten ook: J. den Hoed, Twijfel verzekerd, *MvV* 2009, p. 100-104; E.J. Wervelman, Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: een schade- of een sommenverzekering? NTHR 2009, p. 44-50.

6 Vgl. HR 6 juni 2003, *NJ* 2004/670, waarin het inkomen een grote rol van betekenis speelde en de Hoge Raad de arbeidsongeschiktheidsverzekering dus als schadeverzekering betitelde.

7 *LJN* BA0006.

8 24 mei 2007, *RAV* 2007/28.

9 Vgl. in die zin ook Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2012, *LJN* BX2021 en 27 juni 2012, *LJN* BX2018 die dat afleidt uit het feit dat de Hoge Raad in de *oktober*-arresten uit 2008 zo expliciet heeft gewezen op de sedert 1 januari 2006 ingevoerde titel 7.17 BW en de PG op deze discussie (TK 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 6).

10 *LJN* BM5499, *RAV* 2010/76. Zie in gelijke zin: Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 8 maart 2011, nr. 200.011.849 (n.g.); Rb. Arnhem (vzr.) 16 december 2010, *LJN* BO9689 en Hof 's-Gravenhage 16 oktober 2007, *VR* 2009/7.

waarden wel was opgenomen, niet wijst op een schadeverzekering. Het schrappen van die bepaling wijst eerder op het bestaan van een sommenverzekering, aldus het hof.[11] Ten slotte had verzekeraar onvoldoende onderbouwd dat er zowel bij het aangaan van de verzekering, als in het kader van het vaststellen van de premie naar het inkomen was gevraagd. Dat klemt naar de overtuiging van het hof temeer daar gedurende de lange looptijd van de polis nooit naar het inkomen was geïnformeerd, ook niet na de melding van de arbeidsongeschiktheid. Pas na een bedrijfseconomisch onderzoek stelde verzekeraar zich uiteindelijk op het standpunt dat een schadeverzekering was overeengekomen en dat inkomensderving ontbrak. Die visie volgde het hof niet. Daarbij tekende het hof nog aan dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering in 1984 doorgaans als sommenverzekering werd beschouwd.[12] Relevant is dat uit het aanvraagformulier ook niet bleek, dat er naar inkomensgegevens was gevraagd. Andere stukken dan wel gegevens waaruit dat zou kunnen blijken, waren niet in het geding gebracht. Na de melding van de arbeidsongeschiktheid had de verzekeraar ook niet geïnformeerd naar de hoogte van de schade als gevolg daarvan. Slechts was geïnformeerd naar het inkomen in de drie jaar voorafgaand aan het ongeval. Eén jaar later bleek dat verzekerde nog steeds salaris uit zijn onderneming ontving. Die mededeling had niet geleid tot een aanpassing van de uitkering. Pas na een bedrijfseconomisch onderzoek vier jaar later stelde verzekeraar zich op het standpunt dat sprake was van een schadeverzekering. Nu voorts geen sprake was van inkomensderving, achtte verzekeraar zich niet langer gehouden tot het doen van uitkeringen. Zo niet het hof, dat overwoog dat sprake was van een sommenverzekering. De discussie over het verzekerbaar belang was aldus niet meer aan de orde.[13]

In de verslagperiode zijn echter ook enkele arresten gewezen, waarin arbeidsongeschiktheidsverzekeringen werden betiteld als schadeverzekering. Allereerst is het bespreken waard het arrest van het Hof Arnhem van 12 juni 2012.[14] In het aanvraagformulier had verzekerde ingevuld dat zijn nettowinst voor belasting in 2008 € 34.000, in 2007 € 28.000 en in 2006 € 32.170 bedroeg. Tevoren had verzekeraar daarbij de waarschuwing geplaatst:

> "Let op: bij een eventuele arbeidsongeschiktheidsmelding vindt er een toetsing van deze inkomstengegevens plaats."

Het aanvraagformulier voorzag niet in aanvulling van de gewenste verzekerde sommen. Verzekerd was het risico van inkomensderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. De algemene voorwaarden definieerden in art. 1 onder k het inkomen. Volgens art. 2 lid 1 was de grondslag van de verzekering mede gebaseerd op het aanvraagformulier inclusief inkomensgegevens. Volgens art. 3 lid 1 voorzag de verzekering in een periodieke uitkering bij derving van inkomen van de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid en waren de verzekerde bedragen afgeleid van het inkomen van de verzekerde, terwijl niet meer verzekerd kon worden dan het inkomen van de verzekerde. Volgens art. 6, aanhef en onder d diende de verzekerde op verzoek van de verzekeraar zijn inkomenspositie over een bepaalde periode aan te tonen door verstrekking van, door een accountant gewaarmerkte, kopieën van loonstaten, inkomstenbelasting- en/of vennootschapsbelastingaangiftes. Art. 10 liet de hoogte van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen afhangen van derving van inkomen, terwijl de uitkering gekort werd, indien de verzekerde gedurende de periode dat hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, inkomen ging genieten uit een ander beroep. Bovendien mocht de som van het inkomen en de arbeidsongeschiktheidsuitkering niet meer bedragen dan het inkomen waarop de verzekering was gebaseerd, vermenigvuldigd met een bepaald percentage. Daaruit behoorde verzekerde als ondernemer redelijkerwijs te begrijpen dat hij alleen voor een verzekeringsuitkering in aanmerking kwam, indien hij door arbeidsongeschiktheid inkomen miste. Dat zijn inkomensgegevens uit het verleden daarvoor van belang bleven, behoorde hij niet alleen redelijkerwijs af te leiden uit zijn verplichting om in het aanvraagformulier zijn nettowinst over de voorafgaande jaren in te vullen, maar ook uit de waarschuwing dat daarvan een toetsing zou plaatsvinden, aldus het hof. De omstandigheid dat hij zich blijkens blad 5 van het aanvraagformulier over het eerste en de volgende jaren wilde verzekeren van een uitkering van 100%, wees er niet op dat hij een uitkering zou krijgen ongeacht het antwoord op de vraag of hij inkomen zou missen. Dat verzekeraar bij de verzekeringsaanvraag geen inkomensbewijzen had verlangd, hem had ingedeeld in arbeidsongeschiktheidsklasse 80-100% met uitkering van maandelijks bruto € 2.916,67 en hem enkele maanden die uitkering uitbetaald had, ontnam verzekeraar niet de mogelijkheid van controle om haar uitkeringsstandpunt te herzien.

Ook het Hof Amsterdam nam bij arrest van 22 november 2011[15] aan dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering was.[16] De vraag naar de inkomensgegevens bij het aangaan van de verzekering in 2001 was beantwoord met 'fl. 300.000 drie jaar tevoren'. Verzekerde had in een Inkomstenopgave Arbeidsgeschiktheidsverzekering op 7 juni 2004 het volgende ingevuld:

11 Zie in gelijke zin: Hof 's-Gravenhage 27 december 2011, *L&S* 2012, 323.

12 Vgl. in die zin ook Hof Arnhem 10 februari 1998, *VR* 1998/174; Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 1979, *NJ* 1980/251; Hof Leeuwarden 14 januari 1976, *VR* 1978/98.

13 Vgl. voor een sommenverzekering ook Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 31 mei 2011, *LJN* BQ7439, L&S 2012, 322. Dat een samenloopbepaling in de polis was opgenomen, uit hoofde waarvan verzekeraar uitkeringen uit andere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in mindering diende te brengen, deed daaraan niet af. Daarbij wees het hof er nog op dat in de polisvoorwaarden een aanknopingspunt ontbrak dat en hoe de omvang van een toekomstige uitkering was gekoppeld aan een bepaalde schade.

14 *LJN* BW7904.

15 Nieuwsbrief Personenschade, maart 2012, p. 25-29.

16 Zie gelijke zin: Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *LJN* BL7359 (r.o. 4.10) en Rb. Zutphen 10 april 2013, *LJN* BZ9595 (r.o. 5.3).

"de winst/het winstaandeel uit onderneming, resp. inkomsten uit arbeid volgens de wet op de inkomstenbelasting was in 2000: euro 66.398; 2001 euro 66.408; 2002 euro 66.400".

Nadien had verzekeraar de verzekerde jaarrente verlaagd naar een bedrag van € 53.124, omdat arbeidsongeschiktheidsverzekeraars hooguit 80% van het gemiddelde inkomen plegen te verzekeren en had verzekerde op 5 augustus 2004 verzocht het verzekerde bedrag inclusief WAZ te stellen op € 90.756. Naar aanleiding daarvan schreef verzekeraar aan verzekerde:

"Per 1 januari 2006 gelden de polisvoorwaarden van AOV assuradeur. Bij het samenstellen daarvan is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de voorwaarden van AOV assuradeur (...). De verplichting om eens per drie jaar inkomensgegevens te verstrekken vervalt. Alleen bij de bijzondere gevallen bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid kan AOV Assuradeur die aan u vragen. U bent wel verplicht om te melden dat u geen of minder verzekerbaar belang hebt bij hetgeen is verzekerd. Bijvoorbeeld als u uw beroep niet meer uitoefent."

Het hof overwoog voorts dat de polis strekte tot het doen van uitkering, bij derving van inkomsten, wat de verzekerde naar zijn oordeel voldoende duidelijk had moeten zijn omdat hij bij het aangaan van de verzekering desgevraagd gegevens over zijn inkomen had verstrekt. Ook hierna, zo vervolgt het hof, hebben partijen in overeenstemming gehandeld met het karakter van de overeenkomst, zonder dat dit op vragen of bezwaren van verzekerde gestuit heeft. Ook was verzekerde verplicht te melden als hij geen of minder verzekerbaar belang had, waaraan het hof toevoegde dat:

"de enkele omstandigheid dat het uit te keren bedrag – in beginsel – gefixeerd is op een percentage van de verzekerde jaarrente niet onverenigbaar is met voormeld karakter van schadeverzekering, nu de verzekering tegelijkertijd voorziet in een relatie met eventuele inkomstenderving van verzekerde. Deze laatste relatie brengt mee dat verzekerde – afhankelijk van de hoogte van de inkomensderving – minder ontvangt dan de gefixeerde uitkering, dan wel deze mogelijk zelfs helemaal niet ontvangt".

Minder woorden nodig om te concluderen tot een schadeverzekering had het Hof Amsterdam bij arrest van 6 december 2011[17] over een ziekteverzuimverzekering, door te overwegen dat de polis was afgesloten om schadeloos te worden gesteld in geval van een verplichting tot loondoorbetaling.[18]

2.1 *Verrekening uitkeringen uit arbeidsongeschiktheidsverzekering bij letselschade; dominante factor verdient voorrang*[19]

Bij letselschade kunnen uitkeringen uit arbeidsongeschiktheidsverzekeringen als voordeel worden aangemerkt en om die reden in mindering strekken op de schadevergoeding die de aansprakelijke dient uit te keren (art. 6:100 BW).[20] Bij arrest van 1 oktober 2010[21] overwoog de Hoge Raad dat verrekening in het algemeen aan de orde kan zijn, wanneer dezelfde schade vergoed wordt, als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept aansprakelijk is. Terughoudendheid dient alleen te worden betracht in gevallen waarin schade is verzekerd die rechtens of in de praktijk niet voor volledige vergoeding in aanmerking komt. Voor de vraag of verrekening van voordeel dient plaats te vinden, is het karakter van de arbeidsongeschiktheidsverzekering – schade- of sommenverzekering – relevant. Gezien de strekking van een schadeverzekering, is verrekening daarvan veelal redelijk. De schadeverzekering strekt immers blijkens art. 7:944 BW tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen leiden. Bij sommenverzekeringen ligt dat echter (soms) anders, omdat blijkens art. 7:964 BW onverschillig is of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed. Immers, het aangaan daarvan is een individuele, persoonlijke beslissing van de verzekerde om hem in geval van arbeidsongeschiktheid een van tevoren vastgesteld bedrag uit te laten keren. Het bestaan van een sommenverzekering gaat de schadeplichtige in zoverre daarom in beginsel niet aan.[22] Dat uitgangspunt is van belang, omdat de Hoge Raad, zoals we hiervoor hebben gezien, in 2008[23] de arbeidsongeschiktheidsverzekering in twee arresten tot sommenverzekering betitelde.

De Hoge Raad heeft in het arrest van 1 oktober 2010 zes gezichtspunten geformuleerd die bij elke verzekeringsuitkering in acht moeten worden genomen, om het even of het gaat om een schade- dan wel om een sommenverzekering:

a. Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept, aansprakelijk is.[24] Daarbij valt te bedenken dat de verzekering kan zijn aangegaan ter dekking van schadevormen die rechtens of in de praktijk niet voor (volledige) vergoeding in aanmerking komen, of ter aanvulling van bedragen die

17 *LJN* BV6672 en voor een eerder tussenarrest in die zaak Hof Amsterdam 3 mei 2001, *LJN* BQ5831.

18 Vgl. Kifid 2 november 2009, nr. 102, waarin de Commissie de arbeidsongeschiktheidsverzekering tot schadeverzekering verhief gelet op de tussen partijen overeengekomen voorwaarde dat het erom ging te bepalen of verzekerde tezamen met het arbeidsinkomen en uitkeringen krachtens de socialezekerheidswetgeving meer ontving dan vergelijkbare, lichamelijk en geestelijk gezonde personen met een soortgelijke opleiding met arbeid gewoonlijk verdienen.

19 Ontleend aan T. Hartlief in zijn noot onder HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81.

20 Zie hieromtrent voorts: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II** 2009/99 e.v.; A.T. Bolt, Voordeelsverrekening, diss., Deventer 1989; A.T. Bolt, Sommenverzekering, schadevergoeding en redelijkheid, *VR* 2008, p. 299-302.

21 *NJ* 2013/81, m.nt. Hartlief en *LJN* BM7808.

22 HR 28 november 1969, *NJ* 1970/172 (*IBC/Derkx*).

23 HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009/80; HR 17 oktober 2008, *LJN* BA0006.

24 Vgl. HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/275; HR 29 september 2000, *NJ* 2001/105.

in voorkomend geval als schadevergoeding, bijvoorbeeld ter zake van smartengeld, aan de betrokkene kunnen worden toegekend. Mede om die reden dient de rechter terughoudend te zijn met (volledige) verrekening, indien bij de benadeelde (mede) sprake is van immateriële schade. De rechter dient voor iedere schadepost afzonderlijk te beoordelen of verrekening redelijk is (vgl. HR 17 december 1976, *NJ* 1977/351).

b. Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal – indien voldaan is aan de eis onder a. dat het om vergoeding van dezelfde schade gaat – verrekening in beginsel op haar plaats zijn, nu de verzekeraar tot het beloop van het door hem betaalde in de rechten van de benadeelde wordt gesubrogeerd en de aansprakelijke partij voor dat bedrag dus door de verzekeraar kan worden aangesproken.

c. Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering – in welk geval de uitkering niet ervan afhankelijk is of schade is geleden (art. 7:964 BW) en geen subrogatie plaatsvindt – die door de benadeelde zelf (of door een ander, buiten de sfeer van de aansprakelijke persoon) is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking, nu het bestaan van een zodanige verzekering een aangelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat, waar het afsluiten van een dergelijke verzekering een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen (vgl. HR 28 november 1969, *NJ* 1970/172). Indien de rechter van oordeel is dat verrekening niettemin redelijk is, dan dient hij onder ogen te zien of de redelijkheid dan niet ook meebrengt dat die verrekening wordt beperkt met het oog op de premies die in de loop der tijd voor de verzekering zijn betaald.

d. Is de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden wel tot verrekening over te gaan, met name indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van de verzekering of tot betaling van de premie. Mede in verband met het onder a. overwogene, komt daarbij mede betekenis toe aan het antwoord op de vraag met welk oogmerk de aansprakelijke persoon de premie voor zijn rekening heeft genomen.

e. Is de in het geding zijnde aansprakelijkheid gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn.

f. Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid, in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schadebrengende feit kan worden gemaakt.

Met recht wijst annotator Hartlief er in zijn noot op dat in het leeuwendeel van de gevallen een aansprakelijkheidsverzekering aanwezig is, zodat toerekening dan dus in het algemeen volgens de Hoge Raad niet redelijk is. Het beste voorbeeld van een uitzondering, te weten wanneer verrekening wel redelijk is acht hij wellicht toch de sommenverzekering die aanleiding geeft tot periodieke uitkeringen die in feite strekken tot vergoeding van inkomensschade.[25]

Twee deelgeschilbeschikkingen van de Rechtbank 's-Gravenhage van 27 juni 2012[26] en 6 juli 2012[27] waarnaar ook Hartlief in zijn noot verwijst verdienen bespreking, omdat zij in de beide zaken van oordeel was dat de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sommenverzekeringen waren, maar niettemin de uitkeringen verrekende met wat de aansprakelijke partij verschuldigd was. De rechtbank stelde daartoe voorop dat de polissen strekten tot vergoeding van inkomensschade. Doel was vergoeding van derving van inkomen van verzekerde (als benadeelde) ten gevolge van de arbeidsongeschiktheid. Derving van inkomen is schade die rechtens voor volledige vergoeding in aanmerking komt en derhalve geen componenten bevat die pleiten tegen terughoudendheid in het kader van verrekening. Bovendien waren partijen in de beide zaken aansprakelijk voor vergoeding van de inkomensschade van verzekerde (als benadeelde) zodat de uitkering strekt tot vergoeding van dezelfde schade als die waarvoor aansprakelijkheid bestaat. In zijn arrest van 1 oktober 2010 overweegt de Hoge Raad dat de rechter voor iedere schadepost afzonderlijk moet beoordelen of verrekening met het genoten voordeel redelijk is. In de beide casus had de uitkering betrekking op de schadepost 'verlies aan verdienvermogen'.

De rechtbank verrekende de uitkering uit hoofde van de AOV vervolgens volledig. Daarbij hecht zij er bij haar beslissingen in het bijzonder belang aan dat de verzekering strekt tot vergoeding van inkomensschade die in beide gevallen ook daadwerkelijk is geleden. Voorts hecht zij belang aan de mate waarin de betrokken sommenverzekering voorziet in een periodieke uitkering ter compensatie van inkomstenderving. Van onvoldoende gewicht acht de rechtbank daartegenover dat verzekerden (lees: benadeelden) de premie voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering zelf voldeden, de in het geding zijnde aansprakelijkheid is gedekt door een aansprakelijkheidsverzekering en de ernst van de schuld om tot een ander oordeel te komen.[28]

25 Vgl. in die zin ook: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II** 2009/158 en PG Boek 6, p. 1306 en 1309.

26 *LJN* BX2018 en *JA* 2012/182.

27 *LJN* BX2021 en *JA* 2012/183, m.nt. L. Stevens en M. Verheijden. Zie ook: L. van den Hem-Leerkes, Verrekening van voordeel bij de arbeidsongeschiktheidsverzekering; De rechtbank Den Haag lijkt uitsluitsel te geven, *PIV-Bulletin* november 2012, p. 8-12.

28 Zeer lezenswaardig in de beschikking van 6 juli 2012 (*LJN* BX2021) is de uitvoerige uitwerking van de rechtbank over de verhouding tussen art. 6:101 en 6:100 BW vanwege de bij benadeelde aanwezige eigen schuld.

In de casus die leidde tot het arrest dat het Hof Arnhem wees op 4 november 2008[29] kwam het hof via een andere weg tot dezelfde slotsom. Verzekerde had als bestuurder van een motorfiets een ernstig ongeval gehad, met een dwarslaesie tot gevolg. Hij ontving aansluitend een volledige uitkering van de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar. Het hof stelde voorop dat:

> "Het erom gaat of er sprake is van een uitkering uit hoofde van een schadeverzekering die (...) leidt tot overgang krachtens subrogatie van het vorderingsrecht op de verzekeraar – dan wel van een uitkering uit hoofde van een sommenverzekering die op de voet van artikel 6:100 BW als voordeel in mindering kan worden gebracht. In beide gevallen strekt de uitkering in mindering op de schadevergoeding waar benadeelde jegens verzekeraar aanspraak op kan maken."

Tussen partijen stond wel vast dat de verzekeringsuitkering het gevolg was van het ongeval. Het hof overwoog dat de verzekering na de wachttijd van drie maanden maximaal *f* 70.000 per jaar uitkeerde. De hoogte van de uitkering was afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid, zo blijkt uit artikel 1 van de aanvullende voorwaarden, terwijl de definitie van arbeidsongeschiktheid aansluit bij de arbeidsongeschiktheidscriteria van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) zoals die golden ten tijde van het ongeval in 1996. De verzekering was midden jaren '80 afgesloten en had dan ook kennelijk tot doel te voorzien in een aanvulling op het inkomen van benadeelde voor het geval hij arbeidsongeschikt zou worden. Waar niet gesteld of gebleken is dat benadeelde als werknemer in loondienst werkzaam is geweest, moet het ervoor worden gehouden dat hij bij eventuele arbeidsongeschiktheid zou zijn teruggevallen op een uitkering in geval van de AAW, aldus nog steeds het hof. Aangezien dat een uitkering op minimumniveau zou zijn, kan de inkomensaanvulling waarin de in geding zijnde verzekering voorzag – mede gelet op de levensstandaard van benadeelde – niet beschouwd worden als een extraatje, zoals de rechtbank heeft geoordeeld. Veeleer ging het hier om een noodzakelijke voorziening om een eventuele inkomensterugval door arbeidsongeschiktheid op te vangen. Ook is deze mate van arbeidsongeschiktheid – en daarmee tevens de omvang de uitkering – afhankelijk van de inkomensschade die is geleden. Naar zijn oordeel kon in het midden blijven of de verzekering een schade- of sommenverzekering was. Zelfs als het een sommenverzekering betreft, achtte het hof het in de gegeven omstandigheden redelijk om de uit deze verzekering volgende uitkering als door benadeelde genoten voordeel in mindering te laten strekken op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen vergoeding. Het gaat immers, zo vervolgt het hof, om een periodieke uitkering die op grond van de hiervoor omschreven kenmerken moet worden aangemerkt als een vergoeding voor inkomensschade. De rechtbank was van oordeel dat die uitkering niet in mindering strekte op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen vergoeding van inkomensschade. Dat oordeel kon naar het oordeel van het hof niet in stand blijven.

De Kantonrechter 's-Hertogenbosch wees verrekening van uitkeringen uit hoofde van een arbeidsongeschiktheidsverzekering echter af bij deelgeschilbeschikking van 17 oktober 2012[30] door te overwegen als volgt:

> "De omstandigheid dat de uitkering van een jaarrente aan verzekerde op grond van de AOV doorloopt, ook nadat hij zich weer inkomsten is gaan verwerven, bevestigt de kantonrechter in het oordeel dat de AOV een ruimer risico dekt dan enkel en alleen de inkomstenderving. Tussen de omvang van de inkomstenderving en de omvang van de uit te betalen jaarrente bestaat geen enkel verband en, sterker nog, de omstandigheid dat aan de inkomstenderving (deels) een eind komt leidt niet tot beëindiging van de jaarrente die verzekerde op grond van de AOV ontvangt. Uit de reactie van verzekeraar volgt dat de AOV dekking biedt voor het risico dat verzekerde door arbeidsongeschiktheid zijn beroep als zelfstandig klusjesman niet meer kan uitoefenen en dat een aanspraak op uitkering blijft bestaan zo lang die omstandigheid zich voordoet, één en ander met inachtneming van de bepalingen in de polisvoorwaarden omtrent de mate waarin die omstandigheid zich voordoet."

Om te vervolgen:

> "Uit de omschrijving van de strekking van de verzekering volgt ook niet dat deze dekking biedt tegen dé derving van inkomen, maar bij derving van inkomen. Derving van inkomen is, strikt gelezen, dus een voorwaarde om aanspraak op uitkering te kunnen maken, niet het doel waartoe de verzekering dient. Het moge zo zijn dat in de praktijk de uitkering op grond van de AOV in elk geval in eerste instantie zal worden gebruikt om een direct verlies aan inkomen te compenseren. Maar het doel waaraan een verzekerde een door hem afgesloten sommenverzekering wil besteden, staat in beginsel ter vrije bepaling van de verzekerde."

Dat voert de kantonrechter tot de slotsom dat in dit geval geen direct verband bestaat tussen de uit te keren jaarrente en (de omvang van) de inkomstenderving. Het verzekerd risico is 'arbeidsongeschiktheid' en niet 'het gevolg van arbeidsongeschiktheid' (inkomstenverlies). De polisvoorwaarden omschrijven niet de aard van de schade waarvoor de AOV dekking biedt en de omvang van de uitkering is ook op geen enkele wijze gerelateerd aan de omvang van de inkomensschade. In dat geval kan niet, althans niet in voldoende mate, worden geoordeeld dat de verzekering is aangegaan met het oogmerk dezelfde schade te dekken als die waarvoor de aansprakelijke partij nu aansprakelijk wordt

29 *RAV* 2009/6.

30 *LJN* BY1145.

gehouden, te weten het verlies aan inkomen c.q. verdiencapaciteit als gevolg van arbeidsongeschiktheid die is ontstaan door het arbeidsongeval. Om te vervolgen:

> "De feitelijke omstandigheid dat in een situatie als de onderhavige een gelaedeerde de uitkering op grond van de AOV vrijwel altijd zal aanwenden om inkomensverlies te ondervangen maakt dit niet anders. Die omstandigheid zal doorgaans immers niet berusten op een vrije keuze van de gelaedeerde, maar op noodzaak, zeker zo lang een aansprakelijkheidsverzekeraar nog geen voorschotten op een schade-uitkering zal hebben voldaan. De duiding van gezichtspunt f. is in dit verband evenmin doorslaggevend. Enerzijds legt artikel 7:658, lid 4 BW een direct verband tussen de aansprakelijkheid van BTB als opdrachtgever jegens [verzoeker] en die van een werkgever binnen het verband van een arbeidsovereenkomst. Die aansprakelijkheid is strikt genomen geen risicoaansprakelijkheid, maar schurkt daar wel dicht tegenaan. Anderzijds is echter de mate van verwijtbaarheid van het ontstaan van de schade – mede gelet op de aard van de schade en de bijzondere zorgvuldigheidsplicht die de wet via de brugbepaling van artikel 7:658, lid 4 BW ook legt bij de opdrachtgevers van ZZP-ers – naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval van dien aard dat daarin geen grond kan worden gevonden om een verrekening van de AOV redelijk te achten."

De kantonrechter overweegt – als uitgangspunt – naar mijn mening op zichzelf geheel terecht dat uitkeringen uit hoofde van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in elk geval in eerste instantie zullen worden gebruikt om direct verlies aan inkomen te compenseren, maar kent daaraan echter vervolgens in mijn optiek bij de uiteindelijke beoordeling van het verrekeningsvraagstuk te weinig waarde toe. Eerder[31] schreef ik dat het mij niet zou verbazen als de door het Hof Arnhem ingeslagen weg bijval gaat vinden. Ik blijf daarbij. Vooral krachtens particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen wordt meer dan eens enkele tonnen uitgekeerd aan verzekerde die daarnaast vergoeding vordert van de aansprakelijke partij ten titel van verlies aan arbeidsvermogen. In de situatie dat het dan, in de woorden van het Hof Arnhem in zijn arrest van 4 november 2008,[32] gaat om vergoeding van inkomensschade ligt het mijns inziens inderdaad voor de hand om die uitkering in mindering te brengen op het gevorderde verlies aan arbeidsvermogen. Hartlief wijst ook met recht op dat essentiële element in zijn noot onder HR 1 oktober 2012:[33]

> "Wat dan overheerst, en ook zwaarder weegt dan dat de aansprakelijkheidsverzekeraar profiteert, is het idee dat voorkomen moet worden dat de benadeelde inderdaad tweemaal vergoeding van dezelfde schade ontvangt. Dat hij de verzekering zelf heeft afgesloten maakt dit niet anders, hooguit geeft dat aanleiding tot premieverrekening."[34]

De grondslag van de schadepost vormt in mijn optiek ook de begrenzing van de mogelijkheden tot verrekening in de zin van art. 6:100 BW. In die zin dat verrekening in beginsel niet aan de orde is bij uitkeringen uit hoofde van een verzekering waarbij het 'onverschillig of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed', zoals art. 7:964 BW de sommenverzekering omschrijft. Dat geldt doorgaans (bijvoorbeeld) voor ongevallenverzekeringen. Dergelijke verzekeringen vergoeden immers geen inkomensschade, maar zijn doorgaans juist bedoeld als extraatje. Dat uitgangspunt strookt ook met de vingerwijzing van de wetgever die aangeeft verrekening van de uitkeringen te willen beperken tot uitkeringen die ertoe strekken om inkomensvermindering op te vangen.[35]

3. Alle elementen schending mededelingsplicht revue gepasseerd

De schending van de mededelingsplicht en de daaruit voortvloeiende gevolgen als bedoeld in art. 7:928-930 BW, zijn in deze periode ook veelvuldig de revue gepasseerd. Om te beginnen het kennisvereiste,[36] dat speelde in de beslissing van 10 februari 2012 van de GCHB van het Kifid.[37] Aspirant-verzekeringnemer had op 18 maart 1999 een gezondheidsverklaring ingevuld en getekend. Desgevraagd had hij verklaard dat hij fysiotherapie had gehad vanwege (onder meer) vastzittende nekspieren. Op de vraag naar rugklachten antwoordde hij ontkennend. Op 9 april 1999 vond een keuring plaats, ter gelegenheid waarvan de keuringsarts – gevraagd naar eerdere arbeidsongeschiktheid in de afgelopen vijf jaar – invulde dat aspirant-verzekeringnemer in 1994 uit een schoorsteen gevallen was en drie weken daarna kampte met spierpijn en stress. De polis kwam vervolgens tot stand, waarna verzekerde op 2 juni 2008 rugklachten claimde. Naar toen bleek, had hij op 31 maart 1999 de huisarts bezocht vanwege toenemende rugklachten

31 E.J. Wervelman, Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, *TVP* 2010, p. 13.

32 *RAV* 2009/6.

33 *NJ* 2013/81.

34 De Rb. Rotterdam wees bij vonnis van 8 mei 2013, *LJN* CA2955 premieverrekening af, daar deze voor verzekerde bedrijfskosten vormde. In de hypothetische situatie, het ongeval weggedacht (situatie zonder ongeval), zou hij die kosten ook hebben gemaakt. Bij berekening van het netto consumptief inkomen zonder ongeval waren deze kosten in aanmerking genomen, uiteraard rekening houdende met de aftrekbaarheid van die premies. Bij berekening van het netto (besteedbaar) inkomen (uit arbeid) na ongeval is begroot wat verzekerde in die jaren (ongeveer) netto aan de arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft overgehouden. Daarbij is de premie (en de belastingdruk) in mindering gebracht op de uitkeringen. Daarom vond de rechtbank dat bij de begroting van het nettoverlies aan arbeidsvermogen de relevante effecten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering (uitkeringen, premies en fiscale effecten) reeds volledig waren verdisconteerd. Voor een hierop nog aan te brengen correctie zag zij dan ook geen aanleiding. Zie in gelijke zin: Hof Arnhem 4 november 2008, *RAV* 2009/6. Vgl. omtrent premieverrekening voorts: E.J. Wervelman, Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, *TVP* 2010, p. 14-16.

35 PG Boek 6, p. 1309.

36 Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/211.

37 2012-433 (te kennen via www.kifid.nl).

in de onderrug met uitstraling naar het linkeronderbeen. Ook in 2001 en in 2008 bezocht verzekerde zijn huisarts in verband met rugklachten. Verzekeraar beriep zich op schending van de mededelingsplicht, maar ving bot. De klachten die verzekerde voorlegde aan zijn huisarts op 31 maart 1999 hadden naar zeggen maar kort geduurd. Zo kort dat de door de huisarts aangeraden cesartherapie niet was ondergaan, aldus het GCHB. Bovendien stond verzekerde ten tijde van het onderzoek door de keuringsarts ten behoeve van het aangaan van de AOV alweer te klussen en had hij de keuringsarts ook verteld over het consult van 31 maart 1999. Die had niet opgekeken van de klachten en bij lichamelijk onderzoek extra aandacht besteed aan de beweeglijkheid. De GCHB was aldus van oordeel dat de repeterende rugklachten die voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekering, niet van zodanige aard waren dat hij had hoeven te begrijpen dat hij daarvan melding diende te maken. Daarbij speelde ook dat verzekeraar onvoldoende duidelijk had gemaakt waarom verzekerde had moeten begrijpen dat de melding van het bewuste bezoek aan de huisarts en de keuringsarts onvoldoende was en daarnaast ook rechtstreeks aan de verzekeraar ter kennis had moeten worden gebracht.[38]

Het kenbaarheidsvereiste[39] speelde in de verslagperiode veelvuldig een rol. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Arnhem[40] had aspirant-verzekeringnemer ten onrechte ontkennend geantwoord op de vraag naar medicijngebruik, terwijl later bleek dat hij eerder antidepressiva, waaronder Paroxetine, voorgeschreven had gekregen. Dat het 'heel goed voorstelbaar was' dat hij Paroxetine niet zag als medicijn, omdat dat voor hem bedoeld was 'ter regulering en niet ter genezing', maakte dat niet anders. De vraag kon naar de overtuiging van de rechtbank niet anders worden opgevat, dan dat moest worden verklaard of medicijnen werden geslikt. Bovendien vallen antidepressiva naar gangbaar taalgebruik onder 'medicijn' en kreeg hij dat door een arts voorgeschreven, aldus de rechtbank.[41]

In dit verband is voorts het bespreken waard het arrest dat het Hof Leeuwarden wees op 5 april 2011.[42] Naar tussen partijen wel vaststond, had aspirant-verzekeringnemer extasy, cocaïne en speed gebruikt acht jaar voor het aangaan van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Voor zover relevant waren in de vragenlijst onder meer de volgende vragen opgenomen:

> "Gebruikt(e) u alcoholische dranken? Ja, hoeveel per dag en welke soort?; Gebruikt(e) u drugs? Ja, hoe vaak en welke soorten?"

De eerste vraag was bevestigend beantwoord; de tweede vraag ontkennend. Met ingang van 1 mei 2002 was een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering tot stand gekomen. Twee jaar later meldde verzekerde zich arbeidsongeschikt wegens psychische klachten. Geneeskundig onderzoek wees uit dat verzekerde voor het aangaan van de polis drugs had gebruikt. Het hof volgde niet de opvatting van verzekerde dat onder 'drugsgebruiker' een drugsverslaafde moest worden verstaan. De bewoordingen van de vraag in de vragenlijst gaven geen grond voor de veronderstelling dat het gebruik van drugs alleen moest worden gemeld als daaraan een verslaving ten grondslag lag of ligt, aldus het hof. Evenmin volgde het hof het betoog van verzekerde dat het drugsgebruik in 1994 kortstondig en experimenteel was. Dienaangaande overwoog het hof dat de bewoordingen van de vraag geen ruimte gaf om zelf de afweging te maken welk drugsgebruik (mogelijk) voor verzekeraar relevant zou zijn. Voor verzekerde was kenbaar dat hij ieder drugsgebruik moest melden, zodat verzekeraar haar eigen risicobeoordeling kon maken. Daarenboven achtte het hof een feit van algemene bekendheid dat gebruik van harddrugs schadelijk is of kan zijn voor de lichamelijke en geestelijke gezondheid (en mede daarom ook strafbaar is gesteld). Een redelijk handelend verzekeraar zal dan ook volgens het hof aan het gebruik daarvan consequenties verbinden bij een verzekeringsaanvraag.

Bij arrest van het Hof Arnhem van 3 mei 2011[43] oordeelde het hof dat moedervlekken ten onrechte onvermeld zijn gebleven. Naar achteraf bleek, had aspirant voor het invullen van de vragenlijst de huisarts bezocht, was hij doorverwezen naar een dermatoloog en vervolgens zelfs naar een plastisch chirurg.[44] Toentertijd was algemeen bekend dat veranderende moedervlekken aanleiding vormde voor nader onderzoek wegens de mogelijkheid van huidkanker, aldus het hof, dat vervolgde dat deze kennis bij verzekerde kennelijk ook aanwezig was, omdat er van zijn kant nu juist vragen waren over een mogelijke verandering van de moedervlekken. Verzekerde had bovendien een academische opleiding genoten en kunnen weten dat de mogelijkheid van huidkanker van belang zou zijn voor de verzekeraar, nu het hier ging om een arbeidsongeschiktheidsverzekering.[45]

Het omslagpunt ligt, naar vaste rechtspraak, bij het raadplegen van een arts. Dat overwoog ook de Rechtbank Arnhem – geheel in lijn met de opvatting van de Hoge Raad uit 1995[46] – bij vonnis van 22 december 2010.[47] Daar speelde een familiair bestaande 'klapvoet' die aspirant bij het aangaan van een AOV niet had gemeld. Dat behoefde volgens de rechtbank ook niet, omdat hij daar toen nog helemaal

38 Vgl. HR 3 november 1978, *NJ* 1980/500 (*Maarnse Broodbezorger*). Zie omtrent niet-vermelde rugklachten ook: HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/78.

39 Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/212-213.

40 1 augustus 2012, *LJN* BX5871.

41 Vgl. omtrent ten onrechte onvermeld gebleven rugklachten: Rb. 's-Hertogenbosch 19 december 2012, *LJN* BY6513.

42 *LJN* BQ1321.

43 *LJN* BQ4461.

44 Vgl. HR 1 december 1995, *NJ* 1996/707.

45 De Rechtbank Arnhem vestigde er bij vonnis van 21 april 2010 (*LJN* BM2054) in eerste aanleg nog de aandacht op dat die uitleg aansloot op de definitie van het begrip 'geneeskundige behandelingsovereenkomst' (art. 7:446 lid 1 BW) en op 'handelingen op het gebied van de geneeskunst' (art. 7:446 lid 2 BW).

46 Vgl. HR 1 december 1995, *NJ* 1996/707.

47 *LJN* BP0965.

geen last van had, maar toen alleen met de voet sleepte bij grote vermoeidheid. Hij ervoer dat niet als klacht, was daarvoor nooit naar een arts geweest en werd ook niet beperkt in zijn werkzaamheden. Binnen zijn familie kwam het weliswaar onder mannen voor, maar geen was daar arbeidsongeschikt door geraakt, terwijl slechts een van zijn broers daarvoor medische behandeling had gezocht.[48]

De vraag of een verzekerde directeur van een exportbloemenhandel 'handenarbeid' verrichtte leidde tot het vonnis van 1 september 2010 van de Rechtbank Utrecht.[49] Desgevraagd was op die vraag bij het aangaan van de verzekering ontkennend geantwoord. De rechtbank verstond onder 'handenarbeid', overeenkomstig Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlandse taal, 'werk dat met de handen wordt verricht'. In tegenstelling tot 'mechanisch of geestelijk werk'. Naar bleek verrichtte verzekerde fysiek belastend werk, zodat de vraag dus onjuist was beantwoord.[50]

Speciale aandacht verdient de vraag of, en zo ja in welke mate, op de aspirant-verzekeringnemer na het inzenden van het aanvraagformulier en de gezondheidsverklaring maar voor de acceptatie door verzekeraar de verplichting rust om tussentijds optredende gezondheidsproblematiek te blijven melden.[51] In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Maastricht van 1 juni 2011[52] stelde verzekeraar dat aspirant-verzekeringnemer ten onrechte had nagelaten polsklachten te melden. Op 20 december 2004 had hij een aanvraag bij verzekeraar ingediend. Na totstandkoming van de polis per 1 juni 2005, meldde verzekerde zich arbeidsongeschikt. Toen bleek dat hij zich op 10 maart 2005 tot zijn huisarts had gewend met polsklachten. Daarbij was een lichte zwelling vastgesteld, met als diagnose 'overbelasting' (surmenage). De huisarts schreef ter behandeling een brace voor. Verzekeraar had in het aanvraagformulier gevraagd naar 'aandoeningen aan de ledematen'. Daar waren de klachten naar de overtuiging van de rechtbank niet onder te scharen.[53]

Het verschoonbaarheidsvereiste speelde een rol in het arrest van het Hof Amsterdam van 20 november 2007.[54] Weliswaar, zo overweegt het hof, dient de verzekeraar de uiterste zorg te betrachten om te voorkomen dat zij, onbekend met de voor haar van belang zijnde feiten en omstandigheden, de verzekering afsluit. Deze zorgplicht gaat niet zover dat zij niet in beginsel mag vertrouwen op de juistheid van de door aspirant verstrekte inlichtingen.[55] Verzekeraar had naar het oordeel van het hof uit het antwoord op de vraag naar onderbreking van meer dan 14 dagen om gezondheidsredenen 'huwelijksproblemen juni/juli 1997' niet nader onderzoek behoeven in te stellen, door te veronderstellen dat de psychische klachten (die ook waren gemeld) werden veroorzaakt door de huwelijksproblemen en het ging om relatief beperkte klachten van slechts korte duur.[56]

Ook het relevantievereiste[57] speelde een rol in de periode 2007-2013. Ter beantwoording van de vraag wat een redelijk handelend arbeidsongeschiktheidsverzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben beslist, hecht de rechter grote waarde aan de handleidingen die daarover binnen deze branche bij acceptatie van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in omloop zijn. Dat blijkt uit twee vonnissen van de Rechtbank 's-Gravenhage van 15 juni 2011[58] en de Rechtbank Midden-Nederland van 20 februari 2013[59]. Meer specifiek was in die zaken van belang de Handleiding medische acceptatie arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van de Vereniging van medisch Adviseurs Werkzaam voor Verzekeringsmaatschappijen (GAV),

48 Vgl. voor een gestrand beroep op schending van de mededelingsplicht, waar aspirant door ondertekening verklaarde 'momenteel in een goede gezondheid te zijn en niet ouder dan 60 jaar, alsmede momenteel geen aandoeningen te hebben die medische behandeling vereisen': Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, *VR* 2009/70.

49 *LJN* BN5880.

50 Het lichaamsgewicht stond centraal in de beslissing van 17 april 2012 van het Kifid (2012-135). Opgegeven door de koerier die een AOV wilde aangaan was dat hij 98 kg woog bij een lengte van 1.92 cm. Naar later bleek had hij evenwel een constant gewicht van gemiddeld 117,5 kg. Dat had hij ten onrechte onvermeld gelaten. Ten onrechte ook onvermeld waren gebleven schouderklachten en een ziekenhuisopname, zoals blijkt uit de beslissing van 2 september 2010 van het Kifid (2010-162). Schouderklachten waren ten onrechte ook onvermeld gebleven in de beslissing van het Kifid van 2 september 2010 (2010-163). Verminking van een duim was onvermeld gebleven in de zaak die leidde tot de beslissing van de Geschillencommissie van 26 mei 2009 (2009-33). Desgevraagd antwoordde aspirant negatief op het hebben van een 'ziekte, kwaal of gebrek', terwijl achteraf bleek dat hij 20 jaar tevoren zijn linkerduim en een deel van zijn linkerwijsvinger had verloren bij een ongeluk met een machine. In verband met klachten aan die hand vorderde hij na het aangaan van de verzekering uitkering. Volgens de Geschillencommissie had hij de verminking van de linkerhand moeten melden.

51 Vgl. HR 14 juli 2006, *RvdW* 2006/746; *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/213.

52 *LJN* BR0185.

53 Zie in soortgelijke zin de beslissing van het Kifid van 15 juni 2011 (2011-148).

54 *LJN* BC3311.

55 De verantwoordelijkheid van de verstrekking ligt nu eenmaal bij de verstrekker daarvan. Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/214; E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, diss. EUR, Deventer: Kluwer, 2e druk 2009, p. 76.

56 Vgl. ook Rb. Rotterdam 13 maart 2013, *LJN* BZ5083 waar verzekerde er bij het aangaan van de verzekering melding van gemaakt had dat hij leed aan astma/bronchitis, onder behandeling was geweest van een longarts en medicijnen gebruikte (Symbicort). Naar het oordeel van de rechtbank had het – mede gelet op de voorzichtigheid en waakzaamheid die is geboden bij door de verzekeringnemer zelf verstrekte informatie – op de weg van verzekeraar gelegen om nadere informatie in te winnen. Dat had zij nagelaten. Aldus is, ook wanneer ervan moet worden uitgegaan dat hetgeen verzekerde bij de aanvraag van de verzekering over zijn gezondheidstoestand heeft laten weten geen recht deed aan de werkelijke situatie en verzekeraar op basis daarvan bij het sluiten van de verzekering van een verkeerde veronderstelling is uitgegaan, dat onvoldoende om schending van de mededelingsplicht te honoreren, nu de dwaling niet verschoonbaar is. Dat zou anders (kunnen) zijn, als hij de klachten niet gemeld had, maar daarvan was geen sprake.

57 Art. 7:928 lid 4 BW. Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/220; HR 19 mei 1978, *NJ* 1978/607 (*Hotel Wilhelmina*).

58 *LJN* BR6147.

59 Nr. 309739 (n.g.), waartegen hoger beroep is ingesteld.

naast het maatwerk dat de individuele verzekeraar levert.[60] Wat een redelijk handelend verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken zou hebben beslist, kan overigens bijvoorbeeld ook worden afgeleid uit het overleggen van acceptatiestandpunten van medisch adviseurs van collega arbeidsongeschiktheidsverzekeraars, zoals blijkt uit het arrest van het Hof Arnhem van 3 mei 2011.[61]

De termijn van twee maanden, waarbinnen de verzekeraar die ontdekt dat niet is voldaan aan de mededelingsplicht de verzekeringnemer daarvan schriftelijk in kennis moet stellen, onder vermelding van de mogelijke gevolgen, was veelvuldig inzet van procedures (art. 7:929 lid 1 BW).[62] Verzekerde had zich arbeidsongeschikt gemeld op 28 april 2009, naar aanleiding waarvan informatie van de huisarts was ontvangen door de medisch adviseur op 20 mei 2009. Na bestudering bracht hij dit in een overleg met de behandelaar in op 17 juni 2009, waarna beroep op schending van de mededelingsplicht volgde bij brief van 6 augustus 2009. Volgens verzekerde was dat te laat. Bij arrest van 12 juni 2012[63] overwoog het Hof Arnhem echter dat het moment van ontdekking als regel pas zal liggen bij of na een vergelijking tussen de opgave en de ware stand van zaken en dus niet, zoals verzekerde had aangevoerd, al bij binnenkomst van de medische informatie bij de verzekeraar. Die zal immers als regel in gesloten couvert eerst bij de medisch adviseur terechtkomen, die deze primair zal betrekken op de beoordeling van de arbeidsongeschiktheidsclaim. Als regel zal, zo vervolgt het hof, pas de schadebehandelaar ontdekken dat er een discrepantie bestaat tussen de bij het aangaan van de verzekering gemelde gegevens en de in het kader van de schademelding verzamelde gegevens. Deze zal de consequenties daarvan toepassen in overeenstemming met de polis en het verzekeringsrecht. Dat was volgens het hof pas op 17 juni 2009, toen de medisch adviseur gegevens verstrekte aan de behandelaar die de ontdekking deed.

De Rechtbank Amsterdam hield er een striktere opvatting over het begrip 'ontdekking' op na bij vonnis van 28 maart 2012,[64] door erop te wijzen dat de tweemaandentermijn gaat lopen vanaf het moment van de feitelijke ontdekking. Overschreden was de termijn naar het oordeel van het Hof Arnhem in de zaak waar verzekeraar pas bij memorie van antwoord in hoger beroep de gevolgen van de ontdekking van de niet-nagekomen mededelingsplicht inriep.[65]

Nadat is komen vast te staan dat is voldaan aan alle vereisten voor een geslaagd beroep op schending van de mededelingsplicht, rijst de vraag wat de gevolgen daarvan zijn (art. 7:930 BW). De Rechtbank Dordrecht overwoog bij vonnis van 27 juli 2011[66] dat aannemelijk (en niet bestreden) was, dat verzekeraar bij kennis van de diagnose MS de AOV niet zou zijn aangegaan. De omstandigheid dat de ziekte bij verzekerde volgens zijn specialist een benigne beloop had, doet daaraan niet af. De Rechtbank 's-Hertogenbosch stelde bij vonnis van 19 september 2012[67] verzekeraar in het gelijk, door te onderschrijven dat verzekerde niet zou zijn geaccepteerd, wanneer zou zijn gebleken dat hij langer dan twaalf maanden arbeidsongeschikt was geweest.[68]

4. Begrip 'arbeidsongeschiktheid'; ook 'herkenbaar en benoembaar ziektebeeld' gedekt

Veelvuldige inzet van gerechtelijke procedures vormt de polisvoorwaarde dat 'van arbeidsongeschiktheid uitsluitend sprake is, indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren'.[69] Een redelijke uitleg van deze polisvoorwaarde brengt volgens vaste jurisprudentie met zich mee dat ook ingeval voor de klachten geen objectief medische diagnose is vast te stellen, maar wel sprake is van een herkenbaar en benoembaar ziektebeeld, sprake kan zijn van een in relatie tot ziekte objectief medisch vast te stellen stoornis die onder de dekking van de polis valt.[70] Illustratief in dit verband achtte het Hof 's-Hertogenbosch op 12 juni 2012[71] ook een hand-armvibratiesyndroom gedekt. Daartoe achtte het hof mede van belang, dat een stoornis niet per se neurologisch hoeft te worden vastgesteld en dat over het HAV-syndroom classificatienormen bestaan.[72] Mede aan dat argument ontleende ook het Hof 's-Gravenhage zijn oordeel dat een cervicobra-

60 Onder het huidige recht is overigens alleen plaats voor sterk van de gangbare opvattingen afwijkende opvattingen van een individuele verzekeraar, indien deze dat beleid kenbaar heeft gemaakt in zijn marketinginformatie omtrent de in het geding zijnde polis. Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/220.

61 *LJN* BQ4461. Zie omtrent dit arrest ook: E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in: Verzekeringsrecht Praktisch Belicht, Deventer: Kluwer, 3e druk 2011, p. 636.

62 Vgl. *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX** 2012/236-237; F. Stadermann, de mededelingsplicht van de verzekeraar na ontdekking van de verzwijging, *AV&S* 2009/3.

63 *LJN* BW7904.

64 *LJN* BW1355. Onjuist lijkt mij overigens de opvatting van de Rechtbank Arnhem, respectievelijk 's-Gravenhage die bij vonnis van 1 augustus 2012 (*LJN* BX5871) en 28 maart 2012 (*LJN* BW0682) overwogen dat deze termijn alleen speelt als nog geen sprake is van verwezenlijking van het risico. Dat zou de termijn van 2 maanden immers in het leeuwendeel van de zaken waarin dat aan de orde is tot een dode letter maken. Doorgaans komt een mogelijke schending van de mededelingsplicht bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen immers pas in zicht na melding van arbeidsongeschiktheid, omdat verzekeraar pas dan navraag doet bij de behandelende sector.

65 18 augustus 2009, *RAV* 2010/35; *LJN* BK9313.

66 *LJN* BR3339.

67 *LJN* BX8069.

68 Zie in soortgelijke zin: Kifid 11 april 2011 (2011-86), waarin onvermeld gebleven langdurige klachten aan de bekkengordel en heupen, alsmede vermoeidheidsklachten en chronische pijnklachten tot afwijzing van de aanvraag geleid zouden hebben; zie ook Kifid 2 september 2010 (2010-162) over verzwegen schouderklachten die tot afwijzing geleid zouden hebben.

69 Zie omtrent arbeidsongeschiktheid in een pensioenreglement: Hof Amsterdam 13 september 2007, *RAV* 2008/38. Zie Kifid 20 december 2012 (2012-347) en Rb. Arnhem 15 december 2012, *LJN* BO9558, waarin het begrip 'ziek' werd uitgelegd als 'ongeschikt voor het verrichten van werkzaamheden'. Daarvan was in beide zaken geen sprake.

70 Vgl. HR 16 april 1999, *NJ* 1999/666; HR 10 oktober 2003, *LJN* AI0859; HR 16 november 2006, *JOL* 2006/710.

71 *LJN* BW8401.

72 Vgl. Kifid 3 augustus 2011 (2011-182) (gedekte depressieve stoornissen en hartritmestoornissen).

chialgie gedekt was krachtens de polis.[73] Daar voegde het hof nog aan toe dat het feit dat een pijnsyndroom een verzameling van klachten is, zonder dat daarvoor een duidelijke medische oorzaak kan worden aangewezen nog niet maakt dat een dergelijke verzameling van klachten in het algemeen spraakgebruik niet als ziektebeeld wordt opgevat.

Er zijn overigens grenzen aan de omvang van de dekking. Zo vormt de eigen klachtenbeleving van de verzekerde onvoldoende grondslag.[74] Niet valt immers in te zien, waarom het de verzekeraar niet vrij zou staan om, teneinde risico's overzichtelijk te houden, van dekking uit te sluiten de ongeschiktheid tot werken die voortkomt uit klachten waarvoor geen medisch objectiveerbare grond is aan te wijzen.[75] Een fraai voorbeeld van gedeeltelijk wel en gedeeltelijk niet-gedekte arbeidsongeschiktheid vormt het arrest van het Hof Arnhem 11 augustus 2009,[76] waarin het hof overwoog dat het vastgestelde postwhiplashsyndroom wel krachtens de polis was gedekt, maar de somatoforme stoornis die een psychiater bij verzekerde gediagnosticeerd had niet. Het hof vond ten aanzien van dat laatste 'onvoldoende aanknopingspunten die de conclusie rechtvaardigden dat sprake was van een herkenbaar en benoembaar klachtenbeeld in relatie tot ziekte of ongeval'. Ook op zichzelf vaststaande oogklachten konden medisch onvoldoende verklaard worden en waren dus niet gedekt.[77]

Doorgaans bepalen de polisvoorwaarden dat verzekeraars zelf onderzoek doen naar 'arbeidsongeschiktheid',[78] zodat zij – wat dat betreft – niet gebonden zijn aan het oordeel van het UWV.

Het bespreken waard zijn ook enkele uitspraken over uitsluitingsclausules. In de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam[79] was uitgesloten van dekking 'arbeidsongeschiktheid, welke is ontstaan, bevorderd of verergerd door aandoeningen van de gehele wervelkolom met bijbehorende banden en spieren'. Deze was aangetekend op de polis omdat partijen bekend was ten tijde van het aangaan dat verzekerde leed aan een ganglioglioom[80] die lag in het cervicale ruggenmerg en het centrale ruggenmerg. Naar taalkundige betekenis vallen ook aandoeningen aan het ruggenmerg wel degelijk onder de uitsluitingsclausule, aangezien het ruggenmerg zich in de holte van de wervelkolom bevindt en daarvan deel uitmaakt. Het hof sloot zich aan bij de opvatting van de rechtbank dat voor beide partijen duidelijk moet zijn geweest dat zij bij het aangaan van de verzekering hebben bedoeld arbeidsongeschiktheid als gevolg van het ganglioglioom van dekking uit te sluiten. Daarmee had verzekeraar de grenzen aangegeven waarbinnen zij bereid was arbeidsongeschiktheid te dekken, hetgeen haar vrijstond.[81]

Er zijn polissen in omloop die eisen dat een ziekte niet is ontstaan, verergerd of veroorzaakt gedurende een jaar voor het ingaan van de verzekering. In dat verband is relevant een arrest dat het Hof Amsterdam wees op 14 september 2010.[82] De polis was aangegaan op 24 maart 2003. Centraal stond de vraag wanneer bij verzekerde voor het eerst sprake was van FSHD.[83] De uitsluiting zou werking hebben, indien daarvan sprake was binnen twaalf maanden tevoren. Naar het oordeel van het hof diende FSHD zich zodanig te hebben gemanifesteerd, dat verzekerde op enigerlei wijze te kampen kreeg met arbeidsongeschiktheid. Dat in 2000 FSHD was gediagnosticeerd en een progressief ziektebeeld kent, bracht nog niet mee dat voorshands moet worden aangenomen dat de in oktober 2004 ontstane arbeidsongeschiktheid was ontstaan bevorderd, ontstaan of verergerd door FSHD.[84]

5. Schaderegeling

Van belang is in dit verband voorop te stellen dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering een bijzonder vertrouwenskarakter heeft en dat verzekeraar bij de behandeling van een schadeclaim erop moet kunnen vertrouwen dat verzekerde juiste en zo volledig mogelijke informatie verstrekt.[85] Doorgaans wordt de mate van arbeidsongeschiktheid vastgesteld in een drietrapsraket, te weten allereerst 1. stelt een medisch deskundige door onderzoek vast of en zo

73 2 januari 2007, *LJN* BA3845. Zie verder over dit arrest: E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, diss. EUR, Deventer: Kluwer, 2e druk 2009, p. 236-237.

74 Dat blijkt uit Rb. Utrecht 31 augustus 2011, *LJN* BU5306; Rb. Utrecht 7 juli 2010, *LJN* BN0731 en Kifid 23 februari 2011 (2011-47). Vgl. ook: Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2002, *VR* 2003/182.

75 Vgl. Rb. Zutphen 14 maart 2007, *LJN* BA8616.

76 *LJN* BK9363.

77 Rb. Utrecht 24 januari 2007, *LJN* AZ7241.

78 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *RAV* 2012/80 en Rb. Utrecht 16 juni 2010, *LJN* BM8095. Dat ligt vanzelfsprekend anders bij zogenoemde 'WIA-volgende' polissen, waarbij verzekeraars wel het oordeel van het UWV volgen ter vaststelling van het recht op uitkering krachtens de polis. Zie in gelijke zin ook: Kifid 26 oktober 2010 (2010-184).

79 4 augustus 2009, *LJN* BL1098.

80 Een zeldzame, doorgaans goedaardige tumor.

81 Vgl. voor een polisvoorwaarde voor psychische klachten: Hof Amsterdam 20 maart 2012, *LJN* BW2023, waarin het van oordeel was dat de klachten niet onder de dekking vielen. Aandoeningen aan het bewegingsapparaat waren volgens het Hof Arnhem (23 september 2008, *LJN* BG1709) uitgesloten van dekking bij een polis die tot stand kwam in 2005. Naar taalkundige betekenis vielen daaronder volgens het hof alle bewegende delen van het lichaam, zoals skelet, spieren en gewrichten. In de clausule ontbrak iedere verwijzing naar een ongeval uit 1980, evenals een nadere specificatie van klachten aan het rechterbeen en de rechterheup. Nu verzekerde had nagelaten om een vraag te stellen over de bijzondere clausule terwijl er wel contact met verzekeraar was geweest, zag het hof ook niet in op welke gronden verzekerde ervan uit mocht gaan dat verzekeraar redelijkerwijs kon begrijpen dat verzekerde een beperkte uitleg van de uitsluitingsclausule voorstond, namelijk beperkt tot de klachten aan een deel van het bewegingsapparaat als gevolg van het ongeval in 1980.

82 *LJN* BO1229.

83 Fascioscapulohumerale spierdystrofie.

84 Vgl. Kifid 10 augustus 2011 (2001-194) waarin een PHS, periartritis humeroscapularis, onder de dekking viel, nu niet was in te zien dat verzekerde daarvan binnen de bedoelde periode van op de hoogte was of redelijkerwijs had kunnen zijn en Kifid 27 oktober 2009 (2009-95) waarin een geslaagd beroep op een alcoholuitsluiting. Zie ook: Kifid 15 juni 2001 (2011-147) (gedekt posttraumatisch stressyndroom); Rb. Amsterdam 19 oktober 2001, *LJN* BU7127 (niet gedekte ADHD).

85 Vgl. Rb Rotterdam 10 november 2010, *LJN* BO5095.

ja op welke wijze de verzekerde door de ontstane klachten of stoornissen in zijn of haar functioneren wordt beperkt.[86] Vervolgens 2. stelt een verzekeringsgeneeskundige op basis van de door de medicus vastgestelde functionele beperkingen en eigen onderzoek vast in hoeverre de verzekerde als gevolg van die beperkingen al dan niet kan worden belast bij verrichtingen die zich bij arbeidswerkzaamheden voordoen. Ten slotte 3. maakt de arbeidsdeskundige op basis van de beperkingen in de belastbaarheid, zoals de verzekeringsgeneeskundige die heeft vastgesteld, door eigen onderzoek een inschatting van de mate waarin de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep of in passende arbeid niet meer kan verrichten.[87] Soms kan daarvan worden afgeweken. Bijvoorbeeld als geen beperkingen zijn vastgesteld. Arbeidsdeskundig onderzoek is dan in beginsel overbodig. Er bestaan dan immers binnen de verzekering geen beperkingen die kunnen leiden tot uitval in de door de arbeidsdeskundige in kaart te brengen werkzaamheden.[88]

Het is niet aan de medicus om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen.[89] Bij vonnis van 28 april 2010[90] heeft de Rechtbank Utrecht dan ook terecht het beroep van verzekerde op het rapport van een zenuwarts verworpen, door te overwegen dat vragen over arbeidsongeschiktheid behoren tot het domein van de arbeidsdeskundige.[91]

Nadat de gedekte beperkingen zijn komen vast te staan, doet de arbeidsdeskundige onderzoek naar de mate van arbeidsongeschiktheid.[92] Meer specifiek stelt hij vast in welke mate de verzekerde de werkzaamheden van zijn of haar beroep (of passende arbeid) nog kan verrichten. De arbeidsdeskundige ziet er daarbij op toe dat er voldoende betrouwbare, actuele en verifieerbare medische gegevens voorhanden zijn waaruit de medische beperkingen in voldoende mate blijken. In zijn beslissing van 28 maart 2007[93] heeft de Raad van Toezicht van de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA) vooropgesteld dat een hoofdregel is dat een arbeidsdeskundige geen oordeel uitspreekt over de mate van arbeidsongeschiktheid zonder medische omschrijving van de belastbaarheid. Daarbij is voorts relevant dat de arbeidsdeskundige niet op de stoel van de medicus mag gaan zitten,[94] maar dient uit te gaan van de belastbaarheid die de medicus in kaart heeft gebracht.[95] Ter inschatting van de mate van arbeidsongeschiktheid[96] gaat de arbeidsdeskundige na:

1. welke werkzaamheden, ofwel taken voor dat beroep worden verricht;
2. hoeveel tijd de afzonderlijke taken in beslag nemen;
3. in hoeverre het uitvoeren van die afzonderlijke taken wordt beperkt door de beperkingen in de belastbaarheid.

Richtinggevend voor vaststelling van het gewerkte aantal uren en de inkleuring van de deeltaken is het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 23 november 2011.[97] Nadat de rechtbank een arbeidsdeskundige had benoemd die vaststelde dat verzekerde minder dan 25% arbeidsongeschikt was in de zin van de polis en dus niet in aanmerking kwam voor een uitkering, betoogde verzekerde dat de uren waarvan was uitgegaan onjuist was. De rechtbank ging daaraan voorbij door te overwegen dat de gewerkte uren van verzekerde zelf afkomstig waren en dat hij op basis daarvan de gerechtelijke procedure zonder op- of aanmerkingen was gestart.[98]

In de praktijk komt het voor dat de werkzaamheden die aan het beroep dat verzekerde uitoefent vasthangen, gedurende de looptijd van de verzekering wijzigen. De polis verplicht verzekerde dat in beginsel aan verzekeraar te melden. Incidenteel leidt deze problematiek tot een vonnis, in welk verband het bespreken waard is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 februari 2009.[99] Na een schademelding bleek dat verzekerde excessieve werkweken maakte van 60-80 uur per week, wat hij bij aanvang van de polis niet had gemeld. Was verzekeraar daarvan destijds op de hoogte geweest, dan had zij, zo betoogde zij, de verzekering niet afgesloten. Dat beroep ging evenwel niet op, omdat de rechtbank erop wees dat verzekeraar daarnaar niet heeft

86 Vgl. E.J. Wervelman in: De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, Verzekeringsrecht Praktisch Belicht, Deventer: Kluwer, 3e druk 2011, p. 648 e.v.

87 Vgl. Rb. Rotterdam 17 april 2013, *LJN* CA2698; Rb. Utrecht (vzr.) 21 mei 2008, *LJN* BD2391. Voor de volledigheid wijs ik op Hof Amsterdam 12 augustus 2011 dat er met recht op wijst dat verzekerde geen inzage- en blokkeringsrecht toekomt (*LJN* BR5290), nu sprake is van een lopende polis. Onjuist lijkt dan ook HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/77, waarin hij dat recht lijkt toe te kennen aan een verzekerde tijdens een lopende hypotheek- en pensioenverzekering.

88 In zekere zin vergelijkbaar achtte de RvT Verzekeringen bij beslissing 2006/008 (Med.) verdedigbaar dat arbeidsdeskundig onderzoek daarom niet (nogmaals) behoefde te worden verricht, omdat in de medische rapportage was vermeld dat op zuiver anamnestische gronden tot een postcommotioneel syndroom wordt geconcludeerd en uit arbeidsdeskundig onderzoek bleek dat verzekerde in staat was om zijn werkzaamheden volledig te kunnen verrichten.

89 Vgl. Rb. Utrecht (vzr.) 21 mei 2008, *LJN* BD2391. In lijn daarmee bepaalt de Richtlijn Psychiatrische rapportage dat de psychiater zich geen oordeel aanmatigt over zaken die buiten zijn competentie liggen. De Richtlijn noemt als specifiek voorbeeld de mate van arbeidsongeschiktheid.

90 *LJN* BM2857.

91 Overigens is verzekeraar niet gebonden aan beperkingen die het UWV heeft bepaald. Dat is alleen anders, indien partijen een WAO/WIA-volgende polis zijn overeengekomen, omdat dan het oordeel van de uitkeringsinstantie wordt gevolgd ter vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid. Bij de meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen stelt verzekeraar echter zelf de mate van arbeidsongeschiktheid vast. Zij is dan dus niet gebonden aan het oordeel van het UWV, ook niet aan het medisch oordeel (Vgl. Rb. Utrecht 16 juni 2010, *LJN* BM8095).

92 Zie in dit verband Rb. Utrecht 28 april 2010 (*LJN* MB2857) waarin zij benadrukt dat een zenuwarts niet is opgeleid om vragen over arbeidsongeschiktheid goed te kunnen beantwoorden. Dergelijke vragen behoren tot het domein van de arbeidsdeskundige, aldus de rechtbank.

93 Te kennen via www.register-arbeidsdeskundigen.nl.

94 Vgl. RvT SRA 13 december 2004; RvT SRA 24 september 2012 en RvT SRA 14 februari 2013.

95 Vgl. RvT SRA 19 oktober 2012 en RvT SRA 6 april 2009.

96 Vgl. Rb. Rotterdam 17 april 2013, *LJN* CA2698 en Rb. Utrecht (vzr.) 21 mei 2008, *LJN* BD2391.

97 *LJN* BV0214.

98 Vgl. voor een dispuut over het gewerkte aantal uren ook: Hof 's-Hertogenbosch 19 maart 2013, *LJN* BZ5250 (r.o. 4.8).

99 *LJN* BJ5367.

gevraagd. Bovendien kon, zo vervolgde de rechtbank, een enkele toename van het aantal gewerkte uren, waarbij de aard van de werkzaamheden gelijk blijft, niet worden opgevat als een wijziging die aan verzekeraar had dienen te worden gemeld.

De verzekerde die de werkzaamheden die aan zijn beroep zijn verbonden gedeeltelijk niet kan verrichten als gevolg van de vastgestelde beperkingen zal in beginsel gedeeltelijk arbeidsongeschikt zijn. Zo was de Hoge Raad,[100] met het Hof 's-Hertogenbosch,[101] van oordeel dat het beroep 'exploitant van een agrarisch uitzendbureau, meewerkend' mede omvatte het meewerken in zijn agrarisch uitzendbureau en dus ook de door hem verrichte uitvoerende werkzaamheden. Het enkele feit dat (zoals vaststond) verzekerde volledig arbeidsgeschikt was voor uitvoerende werkzaamheden bracht dan ook (reeds) met zich mee dat hij niet 100% arbeidsongeschikt was in de van de toepasselijke polisvoorwaarden, aldus de Hoge Raad in navolging op het hof. In de vervolgzaak overwoog de Rechtbank Arnhem dan ook dat verzekerde 54% arbeidsongeschikt was.[102]

Op de hoofdregel dat gedeeltelijke uitval voor deeltaken in het beroep of bedrijf van verzekerde in beginsel leidt tot partiële arbeidsongeschiktheid heeft het Hof Amsterdam overigens een belangrijke uitzondering geformuleerd:[103]

> "Gelet op het feit dat het hier gaat om een verzekering tegen het risico van arbeidsongeschiktheid in het nader bepaalde beroep van tandarts, dat die verzekering dus betrekking heeft op uitval (van werkzaamheden) in dat beroep en dat die verzekering voorts beoogt verzekerde in de financiële gevolgen van zijn arbeidsongeschiktheid tegemoet te komen, brengt een redelijke uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid in de zin van de polisvoorwaarden met zich dat een toetreder als verzekerde redelijkerwijs mag verwachten dat hij als volledig arbeidsongeschikt wordt aangemerkt, indien de werkzaamheden die hij niet langer kan verrichten, dermate essentieel zijn voor de reguliere uitoefening van het beroep van tandarts, dat die reguliere uitoefening niet los kan worden gezien van die werkzaamheden en als gevolg van die arbeidsongeschiktheid in feite niet meer mogelijk is."

Naar het oordeel van het hof verzette de indeling in arbeidsongeschiktheidsklassen die in polisvoorwaarden voorkomen zich daar niet tegen, indien de aan het verzekerde beroep verbonden werkzaamheden die de verzekerde niet langer kan verrichten zo essentieel zijn dat hij dat beroep in feite niet meer regulier kan uitoefenen.[104] Om te vervolgen:

> "De indeling in klassen van arbeidsongeschiktheid naar aanleiding van de beoordeling welke werkzaamheden nog wel en welke niet meer kunnen worden verricht, blijft immers bruikbaar in gevallen waarin geen sprake is van uitval in werkzaamheden die voor het verzekerde beroep essentieel zijn als hiervoor bedoeld."

De Rechtbank Utrecht onderschreef het uitgangspunt van het Hof Amsterdam bij vonnis van 29 juni 2011,[105] door te overwegen dat de vaststelling louter theoretisch is in die zin dat niet wordt meegewogen of het voor de verzekerde mogelijk is om ook daadwerkelijk het verzekerde beroep uit te oefenen voor de arbeidsduur waarvoor hij arbeidsongeschikt is geraakt, met daaraan toegevoegd de door het hof geformuleerde uitzondering.

5.1 *Passende arbeid*

Soms is overeengekomen dat 'arbeidsongeschiktheid' moet worden beoordeeld naar 'passende arbeid'.[106] Dan staat centraal welke werkzaamheden verzekerde met inachtneming van de geduide beperkingen nog geacht wordt te kunnen verrichten. Bij de beantwoording van de vraag welke arbeid 'passend' is, gaat het niet om de subjectieve situatie van verzekerde, maar om de vraag of de geduide arbeid, objectief bezien, als passend te beschouwen is. Niet van belang is of daadwerkelijk vacatures bestaan. Dat blijkt uit de zinsnede in de trant van:

> "Bij het aldus vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid zal geen rekening worden gehouden met verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid".

Het gaat dus alleen om het kunnen duiden van passende functies. Die moeten op zichzelf wel daadwerkelijk bestaan. Inzet van het arrest dat het Hof 's-Hertogenbosch wees op 28 april 2009[107] vormde specifiek deze geciteerde volzin. Verzekeraar betoogde dat geen rekening hoefde te worden gehouden met het feit dat voor de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerkster het niet goed mogelijk was om het door de verzekeringsgeneeskundige vastgestelde arbeidspatroon van 3 uur werken, 2 uur rusten en dan weer 3 uur werken, werk te vinden. Die opvatting deelde het hof niet. Immers:

> "Bij de beantwoording van de vraag hoe de bewuste bepaling moet worden uitgelegd, komt het aan op de zin die verzekerde en verzekeraar over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan die bepaling mochten toekennen en op grond van hetgeen zij dienaangaande redelijkerwijs van elkaar mochten verwach-

100 21 oktober 2011, *LJN* BR5213.
101 11 mei 2010, *LJN* BQ5179.
102 17 april 2013, *LJN* CA2698.
103 12 januari 2010, nr. 200.018.170 (n.g.).
104 De Rechtbank Rotterdam ziet in r.o. 4.16 van het vonnis van 17 april 2013, *LJN* CA2698 bij het citeren van deze overweging over het hoofd, dat het gaat om 'volledige' arbeidsongeschiktheid door slechts te overwegen dat de redelijke uitleg betekent dat verzekerde als 'arbeidsongeschikt' dient te worden aangemerkt. Juist de aanname van 'volledige' arbeidsongeschiktheid in die situatie is immers zo essentieel.
105 *LJN* BS7503.
106 Zie voorts over passende arbeid: E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, Deventer: Kluwer 2009, p. 380 e.v.
107 Nr. 103.000.024 (n.g.).

ten. Nu het in dezen gaat om de uitleg van een voorwaarde die deel uitmaakt van de polisvoorwaarden van de arbeidsongeschiktheidsverzekering waarover tussen partijen niet pleegt te worden onderhandeld, is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel."

Naar het oordeel van het hof impliceren de gekozen bewoordingen niet zonder meer de door verzekeraar gestelde beperkingen, terwijl voorts geldt dat verzekerde uit de tekst redelijkerwijs niet heeft hoeven afleiden dat zij geen recht heeft op een uitkering bij het bestaan van de enkele mogelijkheid om een van de in aanmerking gekomen passende functies conform dat arbeidspatroon te verrichten. Het moet immers, zo vervolgt het hof:

"Wel degelijk gaan om een reële mogelijkheid om die functies onder die voorwaarden uit te kunnen oefenen."

Wat betreft de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerkster/commerciële functies ontbrak die mogelijkheid. Aangezien ook uit het door de arbeidsdeskundige verrichte uitgebreide onderzoek blijkt dat het door de verzekeringsgeneeskundige aangegeven arbeidspatroon van 3 uur werken, 2 uur rusten en 3 uur werken bepaald niet reëel was, ging het hof daaraan voorbij.

Een andere vraag die speelt is of en in hoeverre rekening moet worden gehouden met de hoogte van het inkomen dat met de geduide passende arbeid kan worden gegenereerd. Over deze problematiek is zeer weinig rechtspraak voorhanden. Op zich is dat niet verwonderlijk, omdat het inkomen geen deel uitmaakt van de definitie van het begrip passende arbeid. Toch speelt de hoogte van het inkomen ter afsluiting van de beoordeling wel een rol, zo blijkt uit het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage die een inkomensterugval in drie als passend geduide functies tot respectievelijk 28, 36 en 38%[108] nog passend achtte.[109]

Bij het geven van een antwoord op de vraag welke beperkingen zijn gedekt zijn twee aspecten van belang. Allereerst dat het verzekeraar vrijstaat om in de polisvoorwaarden de grenzen te omschrijven waarbinnen hij bereid is om dekking te verlenen.[110] Daarnaast is van belang om te onderkennen dat de verzekerde de beperkingen moet bewijzen.[111] Bij weigering moeten de vorderingen worden afgewezen, omdat de omvang van de uitval dan niet kan worden vastgesteld.[112] Verzekeraar moet faciliteren dat de onderzoeken in gang worden gezet, maar het is uiteindelijk verzekerde die na vervaardiging daarvan (en bij betwisting door verzekeraar) zal moeten bewijzen dat en in welke mate hij arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden.[113]

Het arrest van het Hof Arnhem van 21 oktober 2008[114] mag in dit verband niet onbesproken blijven. Na verwerping van de weren was het hof van oordeel dat verzekeraar haar betwisting van de arbeidsongeschiktheid onvoldoende had onderbouwd. Onmiskenbaar had het tijdsverloop dat onderzoek naar de psychische achtergrond van de arbeidsongeschiktheid dat een toenemend reconstruerend karakter kreeg aanzienlijk bemoeilijkt. Dit rechtvaardigde dan, zo vervolgde het hof, om aan de op verzekerde rustende stel- en motiveringsplicht en bewijslast geen al te hoge eisen (meer) te stellen, maar aan de motivering van de betwisting door de verzekeraar wel. Op zichzelf was sprake van een gedekt evenement nu verzekerde er, als op het gebied van verzekeringen niet professionele verzekeringnemer, redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat de gediagnosticeerde surmenage gedekt was.[115] Nu over de in het geding zijnde periode van juli 2003 tot 1 februari 2006 geen schriftelijk verslag noch een weergave van de diagnostische en therapeutische overwegingen voorhanden was, had verzekeraar de betwisting van de arbeidsongeschiktheid over die periode onvoldoende onderbouwd. Dus nam het hof volledige arbeidsongeschiktheid aan.[116]

6. Nauwgezette(re) toetsing eisen inzetten persoonlijk onderzoek

Persoonlijke onderzoeken bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zijn diverse keren onderwerp van geschil geweest in de bespreekperiode. Een belangrijke uitspraak over de vraag wanneer een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar een persoonlijk onderzoek mag instellen, vormt het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 september 2012.[117] Het hof stelde voorop dat deze verzekering getypeerd wordt door een bijzonder vertrouwenskarakter. De aard van de verzekeringsovereenkomst brengt mee dat verzekeraar zowel bij

108 28 april 2010, *LJN* BN9319.

109 Vgl. Hof 's-Gravenhage 16 oktober 1997, *Vrb* 1997, p. 122-123 dat de functie waarbij sprake was een terugval van *f* 122.000 naar *f* 30.000 niet passend achtte.

110 Vgl. HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284.

111 Vgl. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/350; Rb. Utrecht 28 april 2010, *LJN* BM2929; Kifid 2 maart 2012 (2012-68).

112 Vgl. HR 16 november 2006, *JOL* 2006/710.

113 Vgl. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/350; Rb. Utrecht 28 april 2010, *LJN* BM2929; N. van Tiggele-van der Velde, Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht, diss. EUR, Deventer: Kluwer 2008, p. 275/276.

114 *LJN* BH5983; zie in soortgelijke zin: Hof Amsterdam 30 november 2010, *RAV* 2011/36 en *LJN* BO7193 (het vervolgarrest na terugverwijzing door HR 17 oktober 2008, *LJN* BF0006); Rb. Amsterdam 6 april 2011, *LJN* BQ4749; Rb. Arnhem (vzr.) 25 augustus 2008, *LJN* BS7493 en Kifid 3 augustus 2011 (2011-182).

115 Vgl. HR 10 oktober 2003, *JOL* 2003/511; HR 16 april 1999, *NJ* 1999/666, m.nt. P. Clausing; HR 16 november 2006, *JOL* 2006/710.

116 Vgl. in dit verband ook HR 3 februari 1989, *NJ* 1990/476 (*Ohra/Goilo*), waarin hij nadere eisen stelde aan afwijzingsgronden.

117 *LJN* BX9465, *L&S* 2012, 444; *RAV* 2013/10. Zie omtrent dit arrest uitvoeriger: E.J. Wervelman, Persoonlijk Onderzoek bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, PIV-Bulletin december 2012, p. 1-7. Vgl. in dit verband ook: Rb. 's-Hertogenbosch 19 september 2012, *LJN* BX8069, *L&S* 2012, 439, waarin de rechtbank, helaas zonder nadere motivering, van oordeel was dat verzekeraar ten onrechte een persoonlijk onderzoek had ingesteld. In gelijke zin: Rb. 's-Hertogenbosch 14 december 2011, *LJN* BU7836.

het sluiten van de verzekering, als bij de verwezenlijking van het verzekerde risico in hoge mate afhankelijk is van de door verzekerde verschafte informatie. Deze afhankelijkheid legitimeert in beginsel zijn belang bij het kunnen instellen van onderzoek waarbij inbreuk gemaakt wordt op de persoonlijke levenssfeer van verzekerde. De aanspraak op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is niet absoluut, maar zal steeds moeten worden afgewogen tegen het belang dat een verzekeraar kan hebben bij kennis van gegevens die tot die persoonlijke levenssfeer behoren.[118] Om personen naar wie een persoonlijk onderzoek wordt ingesteld te beschermen tegen onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en om de gedragingen van verzekeringsmaatschappijen op dit gebied toetsbaar te maken, heeft het Verbond van Verzekeraars de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek opgesteld.[119] Het hof overweegt daarover als volgt:

> "De gedragscode is gebaseerd op het beginsel van proportionaliteit, dat noopt tot een zorgvuldige afweging tussen de diverse belangen die dit onderzoek indiceren en de mate waarin er sprake kan zijn dat de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt, en van subsidiariteit, dat de verzekeraar stelt voor de beoordeling of persoonlijk onderzoek het enige hem ter beschikking staande middel is, dan wel er andere mogelijkheden van onderzoek zijn die tot hetzelfde resultaat kunnen leiden zonder dat daarbij de persoonlijke levenssfeer van betrokkene wordt geraakt, in welk geval de verzekeraar van het doen van persoonlijk onderzoek dient af te zien. Dit laatste brengt mee dat er eerst plaats is voor het instellen van een persoonlijk onderzoek als er sprake is van een structureel weigeren van een verzekerde om medewerking te verlenen aan de behandeling van de schademelding".

Het hof besteedde allereerst aandacht aan het feit dat verzekeraar pas ruim drie jaar na het indienen van de arbeidsongeschiktheidsclaim had besloten tot het instellen van het gewraakte persoonlijk onderzoek om te vervolgen:

> "De informatie over wat verzekeraar in de tussentijd in het kader van de behandeling van de claim heeft ondernomen is uiterst summier en in het geheel niet met stukken onderbouwd. Dit betreft zowel de activiteiten die haar medisch adviseur heeft ondernomen om zich in de tijd een zo adequaat mogelijk beeld te vormen van [appellant]s medische problematiek en daaruit voortvloeiende beperkingen als de activiteiten van X' schadebehandelaar en arbeidsdeskundige om samen met [appellant] te bezien waartoe hij met de (ook door X' erkende) beperkingen nog in staat was. Duidelijk is wel dat X, blijkens de dagvaarding in eerste aanleg sub 2, in deze periode op basis van het door haar verrichte feitenonderzoek is gekomen tot vaststellingen van de mate van arbeidsongeschiktheid van Y variërend van 50 tot 100%".

Pas twee jaar later somde verzekeraar voor het eerst de feiten op die haar hadden doen twijfelen. Het eerste argument was dat verzekerde nog maar korte tijd verzekerd was, toen hij zijn claim indiende, terwijl de claim serieuze gewrichtsklachten betrof, waarvan verwacht mag worden dat die al veel eerder zijn ontstaan dan de eerste gemelde dag van arbeidsongeschiktheid. Dat miste doel. Met de rechtbank, was het hof van oordeel dat vaststond dat verzekerde voor het aangaan van deze verzekering al langdurig elders tegen arbeidsongeschiktheid was verzekerd. Als dit gegeven niet voor het instellen van het persoonlijk onderzoek aan de orde was gekomen, had het, nu zij die verzekeringshistorie kennelijk van belang achtte, op de weg van verzekeraar gelegen daarover bij (de tussenpersoon van) verzekerde navraag te doen, aldus het hof. Daaraan voegde het hof nog toe dat gesteld, noch gebleken was dat hij die informatie niet zou hebben willen verstrekken of daaraan had willen meewerken. Het hof overweegt voorts:

> "De niet met medische informatie onderbouwde speculatie dat de serieuze gewrichtsklachten al veel eerder moeten zijn ontstaan dan de eerste gemelde dag van arbeidsongeschiktheid – waarschijnlijk bedoelt X: al voor het aangaan van de met haar gesloten overeenkomst – mag evenmin geacht worden redelijkerwijs aan de twijfel over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek te hebben bijgedragen. Zo is gesteld noch gebleken dat X op dit punt navraag heeft gedaan bij Y's huisarts, wat gelet op de positie van de huisarts in de eerste lijn en daarmee samenhangende verwijsfunctie toch zeer voor de hand had gelegen. Weliswaar noemt X in haar stukken (dagvaarding sub 13) bezoeken van Y aan een reumatoloog in augustus 2002 en maart 2003 (derhalve voordat Y zich bij haar arbeidsongeschikt meldde), maar uitsluitend om te onderbouwen hoe Y zich over zijn pakket van werkzaamheden heeft uitgelaten. Wanneer die reumatoloog voor het eerst is geraadpleegd en wat de reumatoloog over de aard en bestaansduur van de klachten uit de mond van Y heeft opgetekend, wordt door X niet duidelijk gemaakt".

Aldus was geen 'ordelijk feitenonderzoek' verricht. Het tweede argument (onduidelijke klachtenbeeld) wees het hof ook af, door erop te wijzen dat verzekerde op verzoek van verzekeraar twee keer was onderzocht, haar medisch adviseur in elk geval één beperkingenprofiel heeft opgesteld, waarna de mate van arbeidsongeschiktheid was vastgesteld. Op de eisen van subsidiariteit liep het betoog van verzekeraar vervolgens vast. Het hof begreep niet waarom verzekeraar die in rechte stelde dat een alternatieve wijze

118 Vgl. HR 31 mei 2002, *NJ* 2002/589, m.nt. J.B.M. Vranken.

119 De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek is gewijzigd in december 2011 en te raadplegen via www.verzekeraars.nl. Zie in dit verband voorts: Circulaire AOV-2013-5 van 12 maart 2013 van het Verbond van Verzekeraars, dat het Deltaplan Aanpak Fraude met Inkomensverzekeringen onder de aandacht brengt, alsmede het Protocol betreffende Bewustwording, Preventie, Detectie en Afhandeling van Verzekeringsfraude en Criminaliteit, opgesteld door het Verbond van Verzekeraars en Zorgverzekeraars Nederland, december 2011, dat ook naleving van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek propageert.

van onderzoek (voor het instellen van een persoonlijk onderzoek) niet voorhanden was en in het bijzonder dat nieuw medisch onderzoek niets zou hebben opgeleverd, niettemin in haar eigen brief na confrontatie met de resultaten van het persoonlijk onderzoek een uitgebreid scala van activiteiten heeft aangekondigd, waaronder expertises en arbeidsdeskundig onderzoek.[120] Het derde beroep (op de leefregels) vond evenmin geen gehoor. Er bestonden alternatieven door eerst te informeren over de gezondheidstoestand bij de behandelende sector. Ten slotte beriep verzekeraar zich op tegenstrijdige informatie over de werkzaamheden van verzekerde buiten arbeidsongeschiktheid, maar ook dat argument verwierp het hof door te overwegen dat het niet aangaat een onderzoeksbureau vast te laten stellen of iemand 'nog werkzaamheden verricht en zo ja, welke en in welke omvang', als niet eerst ordelijk is vastgesteld welke beperkingen iemand heeft en wat hij daarmee nog zou moeten kunnen. Daarbij merkt het hof nog op, dat nadien verkregen gegevens niet alsnog het genomen besluit kunnen rechtvaardigen.

Opmerkelijk acht ik de overweging van het hof dat 'gesteld, noch gebleken is dat verzekeraar verzekerde voor het instellen van het persoonlijk onderzoek met deze discrepanties heeft geconfronteerd'. Het is mij onduidelijk waarop het hof deze eis baseert. Dat klemt met name ook, nu het hof niet overweegt dat verzekeraar verzekerde had moeten informeren over de inzet van een onderzoeksbureau.[121]

De Rechtbank Arnhem besteedde bij vonnis van 11 april 2012[122] uitgebreid aandacht aan de vraag of verzekeraar gerechtigd was tot het instellen van een persoonlijk onderzoek. Tussen partijen was niet in geschil dat verzekerde op het moment waarop verzekeraar het persoonlijk onderzoek gelastte verzekeraar nog niet op de hoogte had gesteld van de overname van een tandartspraktijk en van de opening van een nieuwe tandartsenpraktijk. Gelet daarop was de rechtbank van oordeel dat er bij verzekeraar reeds op basis van het internetartikel van 24 maart 2010 gerede twijfel kon ontstaan over de juistheid van de mededelingen van verzekerde aan de arbeidsdeskundigen en psychiaters over zijn arbeidscapaciteit als tandarts. In dat artikel, waaruit verzekeraar de indruk mocht ontlenen dat dat het resultaat was van een interview dat verzekerde gaf, werd immers melding gemaakt van de opening van een nieuwe tandartsenpraktijk door verzekerde en van de overname van een andere tandartspraktijk een aantal jaren daarvoor. Deze praktijkuitbreidingen leken haaks te staan op de mededelingen van verzekerde aan de arbeidsdeskundigen en psychiaters in de loop der jaren, met de strekking dat hij niet tot nauwelijks in staat was om als tandarts te functioneren en alleen eenvoudige behandelingen uitvoerde bij familie en bekenden en dat zijn praktijk terugliep, aldus de rechtbank die overwoog:

> "Gelet op deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid, kon bij verzekeraar gerechtvaardigd het vermoeden ontstaan dat verzekerde haar opzettelijk misleidde om zijn uitkeringen te behouden. Daaraan doet niet af dat bij verzekerde een ziektebeeld met fluctuerende geestestoestanden is vastgesteld, gecombineerd met cultureel bepaald gedrag dat erop gericht was om geen gezichtsverlies te lijden ten opzichte van zijn omgeving. Dat verzekerde soms goede en soms slechte momenten heeft en de gevoerde gesprekken slechts een momentopname betroffen, verklaart immers niet dat hij verzekeraar in het geheel niet van de uitbreiding van zijn tandartspraktijk in de loop der jaren op de hoogte heeft gesteld. Het feit dat verzekeraar wist dat [gedaagde] zich in zijn naaste omgeving als tandarts wilde blijven profileren, maakt voorts niet dat verzekeraar er vanuit moest gaan dat verzekerde niet als praktiserend tandarts bij die andere tandartspraktijken betrokken was, maar enkel als ondernemer en dat het internetartikel slechts een verkooppraatje was".

Daarbij betrok de rechtbank nog dat verzekerde daarover zelf geen openheid van zaken had gegeven alsmede dat verzekeraar op internet werkroosters voor de weekend- en avonddiensten van het mondzorgcentrum had aangetroffen, waarin ook verzekerde als tandarts was ingedeeld. Verzekeraar mocht dan een persoonlijk onderzoek instellen. Medebepalend in de belangenafweging was het grote financiële belang, de zwaarte van de verdenking, de beperktere inbreuk op de privacy van observatie dan bij inwinnen van informatie bij derden[123] en het feit dat met observatie snel duidelijkheid zou kunnen ontstaan. Verzekerde had nog betoogd dat verzekeraar geen zorgvuldige belangenafweging had gemaakt, nu zij daarbij zijn ziektebeeld niet had betrokken. De rechtbank achtte het ziektebeeld weliswaar een relevant aspect voor een zorgvuldige belangenafweging, maar dat maakte niet dat verzekeraar er ernstig rekening mee moest houden dat hij niet als praktiserend tandarts, maar anderszins bij de uitbreiding van zijn tandartspraktijk betrokken was. Gelet op de ernst van de gerechtvaardigde verdenking en het grote financiële belang van verzekeraar had dit dan ook niet tot een andere afweging hoeven te leiden.

120 Vgl. Rb. Arnhem 12 september 2012, *LJN* BX8182, L&S 2012, 438, waarin zij de subsidiariteit (en de proportionaliteit) niet toetste.

121 Dat acht ik overigens terecht, want dat strookt met Hof Arnhem 18 augustus 2009, *LJN* BK9313, waarin het dat standpunt verwerpt door te wijzen op art. 43 aanhef en onder e WBP en de Privacy gedragscode van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties, versie 2003. Gelet op dit (geheel terechte) arrest acht ik art. 8.5 Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, waarin de eis tot informeren van de verzekerde bij inzet van een onderzoeksbureau, eerlijk gezegd toch een dode letter, nu art. 8.6 Gedragscode Persoonlijk Onderzoek verwijst naar art. 43 a-e WBP als argument waarom de bedoelde informatieplicht achterwege kan blijven.

122 *LJN* BW3674. Vgl. voor het gerechtvaardigd instellen van een persoonlijk onderzoek ook de beslissing van de Tuchtraad Financiële Dienstverlening 31 januari 2013 (13-001). Overigens legde de TFD verzekeraar wel de maatregel van waarschuwing op, omdat de resultaten van het persoonlijk onderzoek ten onrechte niet kenbaar gemaakt waren en de verkregen gegevens langer waren bewaard dan strikt noodzakelijk was.

123 Art. 1.7 onder b Gedragscode Persoonlijk Onderzoek.

7. Recht op uitkering vervalt niet altijd na einde polis

Veel particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kennen de verzekerde ook na het einde van de verzekeringsovereenkomst - onder voorwaarden - nog een recht op uitkering toe. Doorgaans luidt de aldus van toepassing zijnde polisvoorwaarde bijvoorbeeld aldus dat de mate van arbeidsongeschiktheid na het einde van de verzekering niet meer kan toenemen. In de branche zijn echter eveneens polisvoorwaarden in omloop waarin is neergelegd dat de uitkering niet doorloopt, maar eindigt op de dag waarop de verzekering eindigt. Deze polisvoorwaarde vormde enkele keren inzet van een gerechtelijke procedure. Deze problematiek rechtvaardigt aldus bespreking. Van belang is allereerst het vonnis dat de Rechtbank Rotterdam wees op 9 december 2009.[124] De van toepassing zijnde polisvoorwaarden bepaalden dat pas recht op uitkering bestond na afloop van de eigen risicotermijn. Die termijn begint te lopen vanaf de eerstvolgende dag na die waarop een arts heeft geoordeeld dat de verzekerde arbeidsongeschikt is. De uitkering stopt op de dag dat de verzekering eindigt. Verzekerde betoogde dat een redelijke uitleg van de polisvoorwaarden met zich bracht dat de maximale uitkeringstermijn van zeven jaar ging lopen vanaf 1 april 2008, zijnde de datum waarop hem een hartinfarct was overkomen. De verzekering eindigde op 28 april 2008. De rechtbank verwierp dit standpunt. In de bewoordingen van de polis diende redelijkerwijze de betekenis te worden toegekend dat de uitkering onvoorwaardelijk eindigt bij het bereiken van de einddatum van de verzekering. In de polis, noch anderszins, waren aanknopingspunten te vinden voor een beoogd onderscheid tussen de situatie dat de verzekerde op de einddatum arbeidsongeschikt was en de situatie dat de verzekerde op de einddatum arbeidsgeschikt was. Dat verzekerde niet gedurende de maximale termijn van zeven jaar uitkering had kunnen ontvangen, omdat hij de verzekering is aangegaan binnen zeven jaar voor de einddatum, maakte dat niet anders.[125]

Inzet van de casus die leidde tot de uitspraak van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) nr. 55 van 29 maart 2010 vormde een inkomstenopvangpolis. Deze verzekering bood een maximale uitkeringstermijn van 365 dagen. Verzekerde was het met het standpunt van verzekeraar dat die termijn was volgemaakt niet eens. Verzekeraar betoogde evenwel dat om opnieuw voor een uitkering in aanmerking te kunnen komen, als de maximale uitkeringsperiode is verstreken, verzekerde eerst gedurende een periode van 90 dagen arbeidsongeschikt moest zijn geweest, mits na die periode de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een andere ziekte of aandoening. De Commissie volgde verzekeraar in dat standpunt en wees erop dat verzekerde reeds vanaf de eerste arbeidsongeschiktheidsmelding gedurende een aaneengesloten periode arbeidsongeschikt was geweest.

8. Conclusie

Tussen 2007 en 2013 is zeer veel gebeurd rondom arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Allereerst heeft de Hoge Raad zich, tot twee keer toe, uitgesproken over het karakter van de polis. Eerder suggereerde ik dat het uitgangspunt uit het verleden dat sprake was van een sommenverzekering zou wankelen. Met de beide arresten van de Hoge Raad uit 2008 is thans duidelijk geworden dat dat op zichzelf niet geheel juist was. Speelt het inkomen evenwel een rol van betekenis, dan biedt dat zeker argumenten om een schadeverzekering te bepleiten. De lagere rechtspraak biedt inmiddels een aantal belangrijke handvatten ter preciezere inkleuring van het karakter. Het begrip 'arbeidsongeschiktheid' is voorts verder uitgekristalliseerd. Dat geldt ook voor de marsroute waarlangs de mate daarvan wordt vastgesteld. Zo heeft de Rechtbank Rotterdam[126] in navolging op de Rechtbank Utrecht[127] vooropgesteld dat het trio van medisch specialist, verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige daartoe doorgaans wordt benoemd. Voorts is als rode draad te bespeuren dat tot uitgangspunt geldt een theoretische beoordeling van de uitval in deeltaken. Met dien verstande dat verzekerde redelijkerwijs mag verwachten als volledig arbeidsongeschikt te worden aangemerkt, als de werkzaamheden die hij niet langer kan verrichten, dermate essentieel zijn voor de reguliere uitoefening van het beroep, dat die reguliere uitoefening niet los kan worden gezien van die werkzaamheden en als gevolg van die arbeidsongeschiktheid in feite niet meer mogelijk is. Voor de praktijk acht ik dat zeer belangrijke winstpunten, omdat daarmee meer duidelijkheid is ontstaan over de schaderegeling van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. En dat biedt rechtszekerheid.

124 *LJN* BL1474.
125 Vgl. Hof Amsterdam 30 september 2008, *LJN* BG2107.
126 Rb. Rotterdam 17 april 2013, *LJN* CA2698.
127 Rb. Utrecht (vzr.) 21 mei 2008, *LJN* BD2391.