

BW. De reikwijdte van dit arrest lijkt daartoe beperkt te zijn.

mr. drs. R. van Dijken
advocaat bij Houthoff te Amsterdam

109

Hoe de gezondheidsverklaring te kwalificeren en wat is de termijn die de verzekeraar in het kader van een beroep op art. 7:929 BW heeft bij het onderzoeken van de verkregen medische informatie?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
16 juni 2020, nr. 200.258.796,
ECLI:NL:GHARL:2020:4539
(mr. Ter Veer, mr. Dozy, mr. Evers)
Noot mr. T. Riyazi, mr. J. van de Klashorst

Gezondheidsverklaring. Kernbeding. Tweemaandentermijn.

[BW art. 6:231, 7:929]

Verzekeringnemer heeft met ingang van 15 februari 2005 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij Achmea. Op de verzekeringsovereenkomst zijn de (standaard) algemene voorwaarden van toepassing. In 2011 heeft verzekeringnemer aanspraak gemaakt op uitkering uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering omdat hij in verband met rugklachten en uitvalsverschijnselen in zijn benen een groot deel van zijn werkzaamheden als mede-eigenaar van een monteursbedrijf niet meer kon uitvoeren. Achmea weigert uitkering omdat zij heeft geconstateerd dat verzekeringnemer in de gezondheidsverklaring geen melding heeft gemaakt van rug- en neklachten in 1987 en 1999. Volgens Achmea heeft verzekeringnemer daarmee zijn mededelingsplicht geschonden en zou zij bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet of op andere voorwaarden met verzekeringnemer zijn aangegaan. Het hof oordeelt in de eerste plaats dat de gezondheidsverklaring die verzekeringnemer voor de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst heeft ingevuld, moet worden aangemerkt als een kernbeding. In de tweede plaats oordeelt het hof dat een termijn van een maand in

het kader van een beroep op art. 7:929 BW bij het onderzoeken van de verkregen medische informatie als redelijk kan worden aangemerkt.

[Appellant] te [A],
appellant,
in eerste aanleg: eiser
hierna: [appellant],
advocaat: mr. Chr. D. de Vos,
tegen
de naamloze vennootschap *Achmea Schadeverzekering NV* te Apeldoorn,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: Achmea,
advocaat: mr. H.E. Foudraine.

1. *Het geding in eerste aanleg*
(...)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...)

3. *De vaststaande feiten*
(...)

4. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

Samenvatting van de zaak

4.1. De zaak gaat over het volgende. [appellant] heeft ingaande 15 februari 2005 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij Interpolis, onderdeel van Achmea (hierna: de verzekering), waarvan onderdeel uitmaken de (standaard) algemene voorwaarden. In 2011 heeft [appellant] een beroep gedaan op de verzekering omdat hij in verband met rugklachten en uitvalsverschijnselen in zijn benen een groot deel van zijn werkzaamheden als mede-eigenaar van een monteursbedrijf niet meer kon uitvoeren. Achmea heeft de uitkering geweigerd. Die weigering is gebaseerd op de constatering van Achmea dat [appellant] in de gezondheidsverklaring geen melding heeft gemaakt van rug- en neklachten in 1987 en 1999. Volgens Achmea heeft [appellant] daarmee zijn mededelingsplicht geschonden en zou zij – als zij bij het aangaan van de verzekering had geweten van de rug- en neklachten uit het verleden – deze verzekering niet of op andere voorwaarden met [appellant] zijn aangegaan.

4.2. [appellant] vordert in deze procedure onder meer betaling van de uitkering vanaf 2011. Vol-

gens hem heeft Achmea de uitkering ten onrechte geweigerd, omdat hij niet verplicht was bij het aangaan van de verzekering klachten te melden die op dat moment meer dan vijf jaar in het verleden lagen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellant] zijn mededelingsplicht heeft geschonden en dat Achmea daarop tijdig een beroep heeft gedaan nadat zij die schending heeft ontdekt. Achmea heeft aannemelijk gemaakt dat als zij in 2004/2005 zou hebben geweten van de rug- en nekklachten van [appellant] de verzekering niet of op andere voorwaarden zou hebben afgesloten. De rechtbank heeft daarom alle vorderingen van [appellant] afgewezen.

4.3. [appellant] is met elf grieven tegen het bestreden vonnis in beroep gekomen. Daarmee heeft hij het hele geschil aan het hof voorgelegd.

Algemene voorwaarden of kernbeding

4.4. [appellant] voert onder grief IX aan dat de gezondheidsverklaring een algemene voorwaarde is, althans daarvan een onderdeel is, dat deze gezondheidsverklaring onredelijk bezwarend is vanwege de onduidelijkheden en tegenstrijdigheden daarin en dat hij als consument heeft te gelden ten opzichte van Achmea. Het hof oordeelt hierover als volgt. De aanvraag van de arbeidsongeschiktheidsverzekering en de (ingevulde) gezondheidsverklaring vormen tezamen onderdeel van de acceptatieprocedure voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Het is aan de verzekeraar, hier Achmea, om dan te bepalen, al dan niet door inschakeling van een medisch adviseur, of de aspirant-verzekerde, hier [appellant], wordt geaccepteerd en zo ja, onder welke (beperkende) voorwaarde(n) en tegen welke premie. Het betreft aldus een kwestie van (het doen van een) aanbod door de aspirant-verzekerde en aanvaarding door de verzekeraar (artikelen 6:217 BW gelezen in verbinding met artikel 3:37 lid 3 BW; zie ook HR 11 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7222). Het feit dat Achmea (Interpolis) gebruik maakte van een standaard aanvraagformulier en/of een standaard gezondheidsverklaring, leidt er niet toe dat daarom sprake is van een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 lid 1 sub a BW. In zoverre kan de (ingevulde) gezondheidsverklaring gezien worden als een kernbeding, in de woorden van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:788) onder 5.11 en 5.12 bij de uitspraak van HR 28 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1800): “Bedin-

gen die hierop zien worden aangeduid als kernbedingen en kunnen niet op eerlijkheid worden getoetst, maar wel (zo blijkt uit art. 4 lid 2 Richtlijn) op duidelijkheid en begrijpelijkheid. (...) Ook afdeling 6.5.3 BW zondert kernbedingen uit van toetsing; art. 6:231 BW definieert deze onder a als ‘bedingen die de kern van de prestaties angeven.’”

Dat betekent dat noch toepassing van de Richtlijn, noch de toepassing van de artikelen 6:231 e.v. BW, gelezen in het licht van de Richtlijn, tot vernietiging van de gezondheidsverklaring kan leiden. Evenmin leidt toepassing van de door [appellant] (subsidiair) ingeroepen contra-proferentem-regel van artikel 6:238 lid 2 BW en artikel 5 van de Richtlijn om die reden tot een andere uitkomst. Grief IX faalt op dit punt.

Schending mededelingsplicht

4.5. Voor de beoordeling van de door Achmea ingeroepen schending van de mededelingsplicht wijst het hof allereerst op artikel 7:928 lid 1 BW:

“De verzekeringnemer is verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst aan de verzekeraar alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen”

Artikel 3 van de Algemene Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering van Interpolis (hierna: de polisvoorwaarden) kent een met artikel 7:928, lid 1 BW overeenstemmende regeling, waarop Achmea een beroep doet.

4.6. Anders dan de rechtbank beoordeelt het hof de vraag of [appellant] zijn mededelingsplicht heeft geschonden niet in het kader van de bewijskracht van een onderhandse akte in de zin van artikel 157 lid 2 Rv, maar in het kader van artikel 7:928 lid 1 BW waarbij de stelplicht en bewijslast op Achmea rust. Dat betekent dat grief I op dat punt slaagt, maar dat leidt niet tot vernietiging van het bestreden vonnis, zoals hierna zal blijken.

4.7. Bij de beoordeling van de vraag of de mededelingsplicht door [appellant] is geschonden, is allereerst van belang hoe de verzekeringsovereenkomst, waarvan de gezondheidsverklaring deel uitmaakt, tot stand is gekomen. Naar aanleiding van een door [appellant] ingevuld aanvraagformulier, dat door Rabobank als tussenpersoon bij Achmea (Interpolis) is ingediend, is [appellant] op 13 oktober 2004 gebeld door een medewerker

van Achmea, die met hem telefonisch de gezondheidsverklaring heeft doorgenomen. In dit telefoongesprek heeft [appellant] antwoord gegeven op de vragen uit de gezondheidsverklaring. Die antwoorden zijn door de medewerker van Achmea ingevuld in de gezondheidsverklaring, die vervolgens is opgestuurd naar [appellant] en door hem is ondertekend op 18 oktober 2004.

4.8. [appellant] stelt dat hij er bij het invullen en ondertekenen van de gezondheidsverklaring vanuit mocht gaan dat de vragen over rugklachten (4k), nekklasten, zenuwontsteking, schouderklachten en/of tennisarm (4j) zich beperkten tot klachten die zich in de periode van vijf jaar voorafgaand aan 13 oktober 2004 hadden voorgedaan en dat hij deze vragen daarom met “nee” heeft beantwoord. Volgens [appellant] mocht hij daarvan uitgaan onder meer omdat een termijn van vijf jaar werd genoemd in het aanvraagformulier waarmee hij de verzekering via de Rabobank heeft aangevraagd en omdat bij vraag 5a van de gezondheidsverklaring (“Hebt u de laatste 5 jaar ziekten of ongevallen gehad, waardoor u geheel of gedeeltelijk niet kon werken?”) over vijf jaar wordt gesproken en bij vraag 5b zelfs over een termijn van drie jaar (“Zijn er nog andere klachten, ziekten of aandoeningen, anders dan hierboven genoemd, waarvoor de laatste drie jaar een huisarts hebt geraadpleegd (...)?”).

4.9. De verzekeringsovereenkomst is gesloten op basis van de door Achmea opgestelde en gehanteerde vragenlijst. Dat betekent dat de feiten waarnaar gevraagd wordt in deze vragenlijst voor Achmea van belang (kunnen) zijn voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst en dat de verzekerde ([appellant]) dit ook wist of behoorde te begrijpen (vgl. artikel 7:928 lid 6 BW). [appellant] had aldus te maken met concrete (sub)vragen.

Bij de vragen naar nek- en schouderklachten (4k en 4j) wordt de vijfjaars-termijn niet genoemd. Datzelfde geldt voor de controlevraag 6a waarin wordt gevraagd of er sprake is van andere klachten waarvoor “ooit” röntgenfoto's zijn gemaakt. Ook bij die vraag wordt geen vijfjaars-termijn genoemd. Daaruit volgt dat [appellant] zich niet mocht beperken tot vermelding van klachten en gemaakte (röntgen)foto's in een periode tot vijf jaar voor 13 oktober 2004. Dat wordt niet anders doordat alleen in vraag 5a (en niet zoals [appellant] stelt in heel vraag 5) wel een termijn van vijf jaar wordt genoemd ten aanzien van ziekten of

ongevallen waardoor arbeidsongeschiktheid is ontstaan dan wel een termijn van drie jaar voor het consulteren van een huisarts voor andere klachten (vraag 3). Dat betekent naar het oordeel van het hof dat [appellant] de (sub)vragen waarin geen termijn wordt genoemd van vijf jaar of van drie jaar in de gegeven omstandigheden niet zo kon en mocht opvatten dat deze termijn(en) ook golden voor de andere (sub)vragen. Naar het oordeel van het hof zijn de vragen in de gezondheidsverklaring aldus duidelijk en begrijpelijk geformuleerd.

4.10. [appellant] stelt daarnaast ook dat in het formulier waarmee hij de verzekering heeft aangevraagd een termijn van vijf jaar werd genoemd. [appellant] heeft in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan onvoldoende concreet onderbouwd dat uit het door hem gebruikte aanvraagformulier (waarvan het origineel niet is overgelegd) volgt dat de opgave van lichamelijke klachten zou kunnen worden beperkt tot klachten in een periode van vijf jaar voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekering. Uit het door [appellant] (als productie 9 bij akte van 4 oktober 2017) overgelegde voorbeeld-aanvraagformulier van Interpolis voor een verzekering als deze, blijkt dat niet. Niet gemotiveerd gesteld (in de memorie van grieven onder nr. 34 wordt het als “waarschijnlijk” of “kan bepaald niet worden uitgesloten” omschreven) of gebleken is dat voor [appellant] toen een ander aanvraagformulier is gebruikt. Dat ligt ook niet voor de hand nu het geanonimiseerde aanvraagformulier afkomstig is van Interpolis, ook uit 2004 stamt en het een aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering betreft. In het aanvraagformulier wordt in het geheel niet gevraagd naar de gezondheidstoestand van de aspirant-verzekeringnemer. Onderaan het aanvraagformulier wordt aangekondigd dat voor het invullen van de gezondheidsverklaring een telefonische afspraak wordt gemaakt. Dat is precies ook zo gebeurd bij [appellant].

4.11. Evenmin volgt uit de stellingen van [appellant] voldoende concreet en onderbouwd dat tijdens de telefonische afname van de gezondheidsverklaring op 13 oktober 2004 iets anders zou zijn gevraagd of gezegd dan dat in de gezondheidsverklaring staat of dat de vragen in een andere volgorde zouden zijn gesteld (waardoor bij [appellant] onduidelijkheid heeft kunnen ontstaan ten aanzien van welke vraag wel en ten aanzien van welke vraag de vijfjaarstermijn niet gold). Het ligt naar

het oordeel van het hof ook niet voor de hand dat de medewerker van Achmea (Interpolis) een andere volgorde van de vragen zou kiezen. Echter, zelfs als zou komen vast te staan dat in het telefoongesprek wel van de volgorde van de vragen op het gezondheidsverklaring zou zijn afgeweken leidt dat niet tot een ander oordeel, nu de telefonische afname is gevolgd door een ondertekening van de (ingevulde papieren) gezondheidsverklaring door [appellant] op 18 oktober 2004, waarbij hij ook nog de gelegenheid had om de gezondheidsverklaring te lezen.

4.12. Het bij memorie van grieven door [appellant] gedane bewijsaanbod wordt door het hof als niet relevant gepasseerd, nu dat ziet op de inhoud van het telefoongesprek van 13 oktober 2004. Zelfs al zou hetgeen te bewijzen wordt aangeboden, komen vast te staan, geldt daarvoor dat het wordt ontkracht door de door [appellant] daarna getekende gezondheidsverklaring. Voor het overige is het bewijsaanbod onvoldoende concreet ten aanzien van te bewijzen stellingen en wordt het ook daarom door het hof gepasseerd.

4.13. Nu tussen partijen vaststaat dat [appellant] in 1987 en 1999 rug- en nekklachten heeft gehad naar aanleiding waarvan toen (in 1987 en 1999) röntgenfoto's zijn gemaakt, is het hof van oordeel dat [appellant] de mededelingsplicht van artikel 3 van de polisvoorwaarden en artikel 7:928 lid 1 (gelezen in verbinding met lid 4) BW heeft geschonden. Dat de klachten uit 1999 en 1987 niet tot arbeidsongeschiktheid hebben geleid, zoals [appellant] met grief V naar voren brengt, doet aan de schending van de mededelingsplicht niet af. De mededelingsplicht (in de gezondheidsverklaring) heeft tot doel om de verzekeraar in staat te stellen met alle relevante informatie rekening te houden bij de beslissing of zij een aspirant-verzekerde accepteert en zo ja, op welke voorwaarden. Het gaat daarbij niet aan dat de aspirant-verzekerde zelf een beoordeling maakt van de relevantie van de te melden feiten en omstandigheden en daarbij die gegevens weglaat die hij zelf niet relevant acht voor die beoordeling. Niet hij maar de verzekeraar is, als risicodrager, als enige gerechtigd die afweging te maken. Dit betekent dat grief I op dit punt, de grieven II tot en met V en VII falen.

De twee maanden termijn

4.14. In grief VI beroept [appellant] zich voorts op de vervaltermijn van twee maanden waarbin-

nen de verzekeraar zich op schending van de mededelingsplicht, na ontdekking daarvan, door de verzekeringnemer moet beroepen. Volgens [appellant] heeft Achmea die termijn geschonden door zich eerst op 1 december 2011 daarop te beroepen, terwijl zij de genoemde schending al rond 7 september 2011 heeft ontdekt of had kunnen ontdekken, nu zij op dat moment de medische informatie van de huisarts van [appellant] heeft ontvangen.

Volgens Achmea is het moment van ontdekking 24 november 2011, de dag waarop haar medisch adviseur Derks een aantekening van door [appellant] verzwegen klachten in het dossier heeft gemaakt, althans 6 oktober 2011, het moment waarop Achmea de brief van de huisarts van [appellant] heeft bestudeerd en het vermoeden van schending van de mededelingsplicht bij Achmea is ontstaan. Het hof oordeelt hierover als volgt.

4.15. De verzekeraar die ontdekt dat aan de in artikel 7:928 BW omschreven mededelingsplicht niet is voldaan, kan op grond van artikel 7:929 lid 1 BW de gevolgen daarvan slechts invoeren indien hij de verzekeringnemer binnen twee maanden na de ontdekking op de niet-nakoming (van de mededelingsplicht) wijst onder vermelding van de mogelijke gevolgen. Voor de 'ontdekking' zoals hier is bedoeld is, volgens de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling, een vermoeden van schending van de mededelingsplicht niet voldoende maar is (ook) nodig dat de verzekeraar een voldoende mate van zekerheid heeft (bijvoorbeeld door eerst nader feitenonderzoek te doen, zo verstaat het hof).

4.16. In deze zaak is het volgende van belang. De medische informatie is door Achmea bij de huisarts opgevraagd om de mate van arbeidsongeschiktheid van [appellant] te kunnen beoordelen. Deze informatie is op 7 september 2011 door Achmea ontvangen. Eerst bij de bestudering van die gegevens en vergelijking daarvan met de door [appellant] via de gezondheidsverklaring verstrekte gegevens en het verschil daartussen, is Achmea nader onderzoek gaan doen naar de mogelijke schending van de mededelingsplicht. Dit nader onderzoek is gestart op/vanaf 6 oktober 2011 toen de schadeafdeling het onderzoek startte naar de rechtmatigheid van het beroep op de polis. Dat de start van het onderzoek ongeveer een maand ligt nadat Achmea de informatie van de huisarts heeft ontvangen, leidt er niet toe dat de in artikel 7:929 BW genoemde twee maanden ter-

mijn eerder begint dan 6 oktober 2011. Een periode van ongeveer een maand nader onderzoek acht het hof daarvoor niet onredelijk. De andere door [appellant] aangevoerde feiten en omstandigheden die er op neerkomen dat Achmea een en ander redelijkerwijs eerder had kunnen en behoren te ontdekken dan 6 oktober 2011 zijn onvoldoende om van een eerder moment van ontdekking uit te gaan. De aanvang van de in artikel 7:929 BW genoemde twee maanden termijn ligt in deze zaak dus niet eerder dan 6 oktober 2011. Nu Achmea bij brief van 1 december 2011 [appellant] over schending van de mededelingsplicht heeft bericht is de termijn van twee maanden niet overschreden.

4.17. [appellant] heeft – voor het eerst – in de memorie van grieven onder nummer 86 e.v. aangevoerd dat niet door Achmea aannemelijk is gemaakt op welke datum hij de brief van 1 december 2011 heeft ontvangen. [appellant] betwist overigens niet dát deze brief door hem is ontvangen (op zijn adres [a-straat 1] [A], het adres dat in de brief en andere in deze zaak overgelegde correspondentie is vermeld) maar hij kan het moment van ontvangst “eenvoudigweg” niet meer nagaan.

4.18. Dit betoog van [appellant] gaat niet op. Artikel 3:37 lid 3 BW houdt, voor zover hier van belang, in dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Met betrekking tot een schriftelijke verklaring geldt als uitgangspunt dat deze de geadresseerde heeft bereikt als zij door hem is ontvangen. Indien de ontvangst van de verklaring wordt betwist, brengt een redelijke, op de behoeften van de praktijk afgestemde, uitleg mee dat de afzender in beginsel feiten of omstandigheden dient te stellen en zonodig te bewijzen waaruit volgt dat de verklaring door hem is verzonden naar een adres waarvan hij redelijkerwijs mocht aannemen dat de geadresseerde aldaar door hem kon worden bereikt, en dat de verklaring aldaar is aangekomen (HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104). Wordt de datum van ontvangst van de brief betwist dan is uitgangspunt hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 25 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2704), namelijk dat de rechter kan uitgaan van de ervaringsregel dat gewone post in veruit de meeste gevallen na een of meer dagen bij de geadresseerde wordt bezorgd. “Gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.16 vermelde gegevens, dient immers ge-

wone post door PostNL in ten minste 95% van de gevallen bezorgd te worden op de dag, niet zijnde een zondag, maandag of officiële feestdag, volgend op de dag van aanbidding aan PostNL.” Gezien deze rechtspraak oordeelt het hof dat aannemelijk is dat de brief van (donderdag) 1 december 2011 [appellant] op of voor (dinsdag) 6 december 2011 heeft bereikt.

Ook grief VI faalt.

Gevolgen schending mededelingsplicht

4.19. Met grief VIII richt [appellant] zich tegen rov 4.15 van het bestreden vonnis. Daarin oordeelt de rechtbank dat aannemelijk is geworden dat Achmea, als zij bekend zou zijn geweest met de rug- en neklachten voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekering, voor die klachten een uitsluitingsclausule zou hebben opgenomen en dat Achmea de uitkering mocht weigeren als ware deze uitsluiting in de verzekeringsovereenkomst tussen partijen opgenomen.

Deze grief faalt. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat Achmea aannemelijk heeft gemaakt dat zij deze verzekering niet op dezelfde voorwaarden zou hebben afgesloten als zij voor het sluiten van de overeenkomst op de hoogte was geweest van de eerdere rug- en neklachten van [appellant] en dat zij daarvoor een uitsluitingsclausule zou hebben opgenomen. [appellant] heeft onvoldoende onderbouwd dat Achmea daarbij niet als een redelijk handelend verzekeraar heeft gehandeld.

4.20. Het verwijt dat [appellant] ook in grief IX aan de rechtbank maakt, namelijk dat zij het rechtsverwerkingsverweer niet heeft behandeld, is op zich juist, maar dat leidt ook niet tot vernietiging van het vonnis. Noch bij de rechtbank, noch in hoger beroep geeft [appellant] enige toelichting op deze stelling, zodat deze stelling vanwege onvoldoende onderbouwing door het hof wordt verworpen. Grief IX ziet verder op het oordeel van de rechtbank dat het handelen van Achmea niet in strijd is met de redelijkheid. Op dit punt wordt de grief in het geheel niet onderbouwd en is de nadere onderbouwing hiervan (pas in de akte na memoriewisseling) bovendien in strijd met de twee conclusieregel en de goede procesorde, zodat het hof daarop geen acht slaat. Aan [appellant] is alleen een akte toegestaan om te reageren op de bij memorie van antwoord door Achmea overgelegde producties, niet om nieuwe verweren te voeren.

Grief IX faalt.

4.21. De grieven X en XI, die voortbouwen op de eerdere grieven, falen eveneens.

5. Slotsom

5.1. Nu de grieven falen, zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd. Tegen het tussenvonnis van 14 juni 2017 staat op grond van artikel 131 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen hogere voorziening open, zodat het hof [appellant] in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk zal verklaren.

5.2. Als de in het ongelijk gestelde partij zal het hof [appellant] veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad zoals gevorderd.

5.3. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Achmea zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 741,=
- salaris advocaat € 1.611, – (1,5 punt x tarief II).

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep verklaart [appellant] niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep van het tussen partijen gewezen tussenvonnis van 14 juni 2017; bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, van 21 februari 2018; veroordeelt [appellant] in de kosten van hoger beroep, tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 741, – voor griffierecht en op € 1.611, – voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest; verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Inleiding

Verzekeringnemer heeft met ingang van 15 februari 2005 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij Achmea. Op de verzekeringsovereenkomst zijn de (standaard) algemene voorwaarden van toepassing. In 2011 heeft verzekeringnemer aanspraak gemaakt op uitkering uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering omdat hij in verband met rugklachten en uit-

valsverschijnselen in zijn benen een groot deel van zijn werkzaamheden als mede-eigenaar van een monteursbedrijf niet meer kon uitvoeren. Achmea weigert uitkering, omdat zij heeft geconstateerd dat verzekeringnemer in de gezondheidsverklaring geen melding heeft gemaakt van rug- en nekklachten in 1987 en 1999. Volgens Achmea heeft verzekeringnemer daarmee zijn mededelingsplicht geschonden en zou zij bij kennis van de ware stand van zaken de verzekering niet of op andere voorwaarden met verzekeringnemer zijn aangegaan.

Verzekeringnemer vordert in deze procedure onder meer betaling van de uitkering. Volgens hem heeft Achmea de uitkering ten onrechte geweigerd, omdat hij niet verplicht was bij het aangaan van de verzekering klachten te melden die op dat moment meer dan vijf jaar in het verleden lagen. De rechtbank heeft geoordeeld dat verzekeringnemer zijn mededelingsplicht heeft geschonden en dat Achmea daarop tijdig een beroep heeft gedaan nadat zij die schending heeft ontdekt. Achmea heeft volgens de rechtbank aannemelijk gemaakt dat als zij in 2004/2005 zou hebben geweten van de rug- en nekklachten van appellant, zij de verzekering niet of op andere voorwaarden zou hebben afgesloten. De rechtbank heeft daarom alle vorderingen van verzekeringnemer afgewezen. Verzekeringnemer is in hoger beroep gegaan.

In deze noot gaan wij in op twee elementen die opvallen aan het arrest van het hof. In de eerste plaats is dat het oordeel van het hof dat de gezondheidsverklaring die verzekeringnemer voor de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst heeft ingevuld moet worden aangemerkt als een kernbeding. In de tweede plaats is dat de termijn die het hof de verzekeraar gunt in het kader van een beroep op art. 7:929 BW bij het onderzoeken van de verkregen medische informatie.

Kan de gezondheidsverklaring worden aangemerkt als een kernbeding?

Verzekeringnemer stelt dat de gezondheidsverklaring als algemene voorwaarde moet worden gekwalificeerd en onredelijk bezwarend is vanwege de onduidelijkheden en tegenstrijdigheden daarin. Het hof oordeelt dat de gezondheidsverklaring geen algemene voorwaarde is, maar een kernbeding. Het hof overweegt daartoe dat de aanvraag van de arbeidsongeschiktheidsverzeke-

ring en de (ingevulde) gezondheidsverklaring onderdeel vormen van de acceptatieprocedure voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Het is aan de verzekeraar om dan te bepalen of de aspirant-verzekerde wordt geaccepteerd en zo ja, onder welke voorwaarden en tegen welke premie. Er is sprake van (het doen van een) aanbod door de aspirant-verzekerde en aanvaarding door de verzekeraar daarvan. Het feit dat Achmea gebruik maakte van een standaard aanvraagformulier en/of een standaard gezondheidsverklaring, leidt er niet toe dat dáárom sprake is van een algemene voorwaarde. In zoverre kan de (ingevulde) gezondheidsverklaring volgens het hof gezien worden als een kernbeding.

Voordat wij ingaan op de overwegingen van het hof, zetten wij kort uiteen wat een kernbeding is. Op grond van art. 6:231 BW kan een beding dat de kern van de prestaties aangeeft worden gekwalificeerd als een kernbeding. De totstandkoming van een kernbeding vereist aanbod en aanvaarding zoals bedoeld in art. 6:217 BW in verbinding met art. 3:33, 3:35 en 3:37 lid 1 BW. Op een kernbeding is afdeling 6.5.3 BW in beginsel niet van toepassing. Een kernbeding kan daardoor niet worden getoetst op redelijkheid zoals bedoeld in art. 6:233 onder a BW. Voor een verzekeringnemer kan het daardoor nogal uitmaken of een voorwaarde al dan niet als een kernbeding wordt gekwalificeerd. Het begrip 'kernbeding' moet blijken de parlementaire geschiedenis van art. 6:231 BW zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel geldt dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenis, niet tot stand komt (zie onder meer HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563). Als het gaat om verzekeringsovereenkomsten is de wetgever van mening dat bedingen ter bepaling van de omvang van de dekking als kernbeding moeten worden aangemerkt. Dat betekent echter niet dat alle polisvoorwaarden kernbedingen zijn (Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521 (MvT Inv.) en p. 1527 (MvA II Inv.)) of dat alle bedingen die op enigerlei wijze van invloed kunnen zijn op de omvang van de premie als kernbeding moeten worden aangemerkt (HR 28 september 2018, «JA» 2018/176, m.nt. Wervelman). Het wordt vrij algemeen aangenomen dat bedingen in verzekeringsovereenkomsten die bepalend zijn voor de premie(stel-

ling), de omvang van de dekking en de uitkeringsverplichting in ieder geval kernbedingen zijn. Zo worden de primaire dekkingsomschrijving en bepalingen die de omvang van de dekking regelen in de vorm van een begrenzing in tijd of locatie als kernbeding gezien (W.M.A. Kalkman, E.A.L. van Emden & W.G.A. van Gerner, 'Algemene voorwaarden, polisvoorwaarden en oneerlijke bedingen', in: W.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & K.J.L. Verschoor (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, p. 138).

Het arrest maakt niet helemaal duidelijk waarom het hof oordeelt dat er sprake is van een kernbeding. Is het gezondheidsformulier een kernbeding omdat het een aanbod is van de (aspirant-) verzekeringnemer dat door Achmea is aanvaard? Of is er sprake van een kernbeding omdat op basis van het gezondheidsformulier de premie(stelling) en de omvang van de dekking worden bepaald? Het oordeel lijkt in beide gevallen niet juist te zijn. De gezondheidsverklaring speelt namelijk een rol in de precontractuele fase: het geeft zowel de verzekeraar als de aspirant-verzekeringnemer inzicht in de feiten en omstandigheden die van belang zijn om het te verzekeren risico in te kunnen schatten. De aspirant-verzekeringnemer doet met het verstrekken van gegevens zoals gevraagd in het aanvraagformulier en de gezondheidsverklaring, een aanbod dan wel een uitnodiging tot het doen van een aanbod jegens verzekeraar (E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 60.). Op basis van de gezondheidsverklaring kunnen weliswaar kernbedingen in de overeenkomst worden opgenomen (denk daarbij aan de premie(stelling) en de omvang van de dekking), maar dat maakt de gezondheidsverklaring zelf nog geen kernbeding. Van een beperkte opvatting van het begrip 'kernbeding' zou dan ook geen sprake meer zijn.

Tweemaandentermijn art. 7:929 BW

Achmea vraagt in het kader van de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid van verzekeringnemer medische informatie op bij de huisarts. Deze informatie komt op 7 september 2011 bij Achmea binnen. Na 6 oktober 2011 start de schadeafdeling van Achmea een onderzoek naar de rechtmatigheid van het beroep op de polis. Op 1 december 2011 wordt een beroep ge-

daan op de gevolgen van de schending van de mededelingsplicht. Dat de start van het onderzoek ongeveer een maand ligt nadat Achmea de informatie van de huisarts heeft ontvangen, leidt er volgens het hof niet toe dat de in art. 7:929 BW genoemde tweemaandentermijn eerder dan 6 oktober 2011 is gaan lopen. Een periode van ongeveer één maand om nader onderzoek te doen, acht het hof niet onredelijk. Die maand was volgens het hof nodig om de medische gegevens te bestuderen en een vergelijking te maken met de door verzekerde via de gezondheidsverklaring verstrekte gegevens.

Art. 7:929 lid 1 BW bepaalt dat de tweemaanden-termijn aanvangt op het moment van ontdekking van de schending van de mededelingsplicht. De belangrijkste vraag in het licht van art. 7:929 BW is: wanneer begint de termijn van twee maanden precies te lopen? Met andere woorden: het is van belang vast te stellen welke omstandigheden als de 'ontdekking' aangemerkt kunnen worden die de teller doen afgaan.

De ratio achter de koppeling van de ontdekking van de schending mededelingsplicht aan een termijn is gelegen in bescherming van de verzekeringnemer. Het moment waarop de verzekeraar ontdekt c.q. – ingevolge de in de rechtspraak aangenomen 'objectivering' van het ontdekkingsmoment – behoort te ontdekken dat sprake is van verzwijging hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. In de rechtspraak zijn inmiddels enkele handvatten ontwikkeld die als uitgangspunt kunnen worden gehanteerd. Een verzekeraar dient de nodige zorgvuldigheid te betrachten voordat hij een verzekeringsovereenkomst opzegt en daarvoor kan onderzoek nodig zijn (Rb. Den Haag 5 oktober 2016, «JA» 2017/28, r.o. 4.14). Uit de rechtspraak valt af te leiden dat de termijn in ieder geval niet begint te lopen op het moment dat de dossierbehandelaar nog niet alle informatie heeft ontvangen die nodig is om zich een oordeel te kunnen vormen. Onder 'alle informatie' wordt tevens verstaan expertiserapporten en medische adviezen die nodig zijn ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een schending van de mededelingsplicht. Dat de tweemaandentermijn niet begint te lopen voordat de dossierbehandelaar een advies heeft verkregen, blijkt onder meer uit de volgende uitspraken:

– Hof Arnhem, 12 juni 2012
ECLI:NL:GHARN:2012:BW7904.

De tweemaandentermijn begint volgens het hof niet te lopen op het moment dat de medische informatie bij de verzekeraar binnenkwam, maar pas op het moment dat de verzekeraar het medisch advies ontving.

– Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 mei 2017,
ECLI:NL:GHARL:2017:3705 en in gelijke zin Kifid 19 juni 2019, nr. 2019-429 en Kifid 22 augustus 2017 nr. 2018-650.

ASR heeft binnen twee maanden na advies van haar medisch adviseur – en aldus tijdig – de gevolgen ingeroepen van haar ontdekking dat aan de mededelingsplicht niet was voldaan.

– Hof 's-Hertogenbosch, 30 april 2019,
ECLI:NL:GHSHE:2019:1608.

Het hof is van oordeel dat pas nadat de medisch adviseur de afdeling schadebehandeling van Aegon had ingelicht, gesproken kan worden van ontdekking van de niet-nakoming van de mededelingsplicht.

Het moment dat de dossierbehandelaar de afwijking vaststelt is aldus doorslaggevend en niet het moment dat de medisch of juridisch adviseur wordt ingeschakeld. Dit strookt ook met art. 7:929 BW, dat uitgaat van het moment dat de verzekeraar de schending van de mededelingsplicht heeft ontdekt; in dat licht zou het niet juist zijn aan te nemen dat de binnenkomst van de medische informatie als het aanvangsmoment van de tweemaandentermijn heeft te gelden (M.L. Lange, 'De Mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering', in: W.A. Kalkman, W.G.A. van Gerner & K.J.L. Verschoor (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu 2019, par. 3.4). Opvallend is dat in alle bovengenoemde uitspraken, de tweemaandentermijn steeds is gaan lopen op het moment dat het medisch advies bij de dossierbehandelaar binnenkwam. Wij menen dat het van de omstandigheden van het specifieke geval afhangt of de tweemaandentermijn reeds gaat lopen vanaf binnenkomst van het medisch/juridisch advies of een later moment. Relevante omstandigheden kunnen zijn of uit het advies reeds blijkt dat sprake was van de schending mededelingsplicht en in hoeverre nog nader onderzoek van de dossierbehandelaar nodig was. Uit r.o. 4.11 van het arrest van het Hof Arnhem van 12 juni 2012 blijkt ook dat het hof zich rekenschap geeft van het feit dat een dossierbehandelaar een dossier met een andere bril beoordeelt dan een medisch adviseur. Het hof overweegt:

‘De medisch adviseur zal de verstrekte medische informatie primair betrekken op de schadekwestie (arbeidsongeschiktheid) en vervolgens de relevante gegevens doorgeven aan de dossierbehandelaar. Anders dan de medisch adviseur zal de dossierbehandelaar de medische gegevens tevens kunnen beoordelen in een ander kader, namelijk dat van de vraag of er bij het aangaan van de verzekering verzwijging heeft plaatsgevonden.’

Zolang de verzekeraar nog vragen heeft naar aanleiding van de verkregen informatie en nog niet met voldoende mate van zekerheid kan vaststellen dat de mededelingsplicht is geschonden, gaat de tweemaandentermijn niet lopen. Dat is door Hof Den Haag geoordeeld in de uitspraak van 11 december 2018,

ECLI:NL:GHDHA:2018:3956. Het hof overweegt dat de verzekeraar navraag mocht doen bij verzekerde en diens reactie mocht afwachten voordat de termijn van art. 7:929 lid 1 BW aanving.

Maar hoeveel tijd wordt een verzekeraar gegund om een en ander uit te zoeken, als hij de informatie zelf beoordeelt en deze niet naar een medisch of juridisch adviseur stuurt ter beoordeling? Volgens het hof is een termijn van één maand in ieder geval redelijk. Uit de casus die aan de onderhavige uitspraak ten grondslag ligt, blijkt niet dat de dossierbehandelaar na ontvangst van de medische gegevens nog in afwachting was van een medisch of juridisch advies. De behandelaar had alle informatie, maar diende ter beoordeling van de vraag of sprake was van een schending van de mededelingsplicht de verkregen informatie te vergelijken met de door verzekerde verstrekte informatie.

Onzes inziens strookt de uitspraak van het hof met eerdere jurisprudentie over deze kwestie. Achmea had immers op de dag dat de medische informatie bij haar in de brievenbus kwam, nog niet ontdekt – en overigens ook niet kunnen ontdekken – dat er sprake was van een schending van de mededelingsplicht. Daar de behandelaar enige tijd gegund moet worden een en ander zorgvuldig uit te zoeken, is begrijpelijk dat een onderzoekstermijn van één maand in ieder geval niet onredelijk wordt geacht. Bovendien geldt dat als de behandelaar zelf de ontvangen medische informatie niet had beoordeeld maar deze zou hebben voorgelegd aan een medisch of juridisch adviseur, de tweemaandentermijn ook nog niet was gaan lopen.

Dat een onderzoekstermijn van twee maanden nog steeds redelijk is, is door het Kifid bevestigd in in ieder geval twee uitspraken. Het Kifid oordeelt in een uitspraak van 11 februari 2014, nr. 2014-068, dat de verzekeraar zich na ontvangst van de medische informatie van de medisch adviseur had moeten inspannen om binnen redelijke termijn, maar in ieder geval binnen twee maanden, vast te stellen of verzekerde haar mededelingsplicht was nagekomen of niet. Het oordeel dat een onderzoekstermijn van twee maanden redelijk is, is door het Kifid herhaald in een uitspraak van 24 april 2018, nr. 2019-2018. Noemenswaardig is dat het Kifid in voormelde uitspraak een termijn van vier maanden om een oordeel te vormen over de vraag of sprake is geweest van misleiding niet redelijk acht. Een langere termijn dan twee maanden zou onzes inziens zelfs gerechtvaardigd kunnen zijn zolang de verzekeraar kan aantonen dat hij voortvarend heeft gehandeld en zich heeft ingespannen om binnen een redelijke termijn vast te stellen of verzekerde haar mededelingsplicht is nagekomen.

Kortom, het antwoord op de vraag wanneer de termijn van twee maanden precies begint te lopen, is – zoals zo vaak in het recht – afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Alhoewel het recht niet in een ‘hard and fast rule’ voorziet, kan er in beginsel van uit worden gegaan dat een onderzoekstermijn van één à twee maanden in beginsel als redelijk kan worden aangemerkt.

mr. T. Riyazi
advocaat bij NN Advocaten

mr. J. van de Klashorst
advocaat bij NN Advocaten

Werkgeversaansprakelijkheid

110

Verhuurder pand aansprakelijk voor schade van bouwvakker tijdens werkzaamheden aan dat pand

Gerechtshof Amsterdam
28 januari 2020, nr. 200.232.810/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:215
(mr. Cortenraad, mr. Van der Meer, mr. Kingma)

Arbeidsongeval. Letselschade. Aansprakelijkheid voor bouwvakker.

[BW art. 6:106, 7:658 lid 4]

Appellant is eigenaar van een huis waar hij deels zelf woont en dat deels verhuurd wordt. Appellant laat regelmatig werkzaamheden uitvoeren door een vaste klusjesman. Deze kan op zijn beurt weer andere klusjesmannen en bouwvakkers inhuren. Als de klusjesman geïntimeerde inhuurt loopt deze een arbeidsongeval op, waarbij hij letselschade lijdt. De kantonrechter verklaart voor recht dat appellant aansprakelijk is voor de schade van geïntimeerde.

Het hof is van mening dat geen sprake is van aansprakelijkheid uit arbeidsovereenkomst, aangezien geen arbeidsovereenkomst bestond tussen appellant en geïntimeerde. Daartoe is nodig dat er een gezagsverhouding tussen de twee bestond en het betalen van loon. Geïntimeerde ontving zijn instructies en zijn loon in contanten van de klusjesman, zodat geen arbeidsovereenkomst tussen appellant en geïntimeerde kan worden aangenomen.

Het hof stelt vast dat appellant van het verhuren van het pand zijn bedrijf had gemaakt. Hiertoe schakelde hij regelmatig zijn klusjesman in, die op zijn beurt weer bouwvakkers inhuurde. Nu tussen partijen geen arbeidsovereenkomst is overeengekomen is appellant op grond van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk, als hij zijn zorgplicht uit art. 7:658 lid 1 BW niet is nagekomen. Appellant

heeft niet gesteld ook maar enige maatregel te hebben getroffen of ook maar enige aanwijzing te hebben verstrekt gericht op het voorkomen van een ongeval, hij heeft verklaard op de bewuste dag niet ter plaatse te zijn geweest en niet op de hoogte te zijn geweest van de gevolgde werkwijze. Uit niets volgt dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van geïntimeerde.

Appellant is dus op grond van het bepaalde in art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor de schade van geïntimeerde. Het hof wijst de veroordeling tot betaling van € 25.000 aan immateriële schadevergoeding toe en verwijst de zaak voor het overige naar de schadestaatprocedure.

[Appellant] te [woonplaats],
appellant,
advocaat: mr. M.A.M. Euverman te Amsterdam,
tegen
[geïntimeerde] te [woonplaats], [gemeente],
geïntimeerde,
advocaat: mr. I.E. Zwart te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep
(...)

2. Feiten
(...)

3. Beoordeling

3.1. Kern van de zaak is de vraag of [appellant] als werkgever op grond van een arbeidsovereenkomst of op een andere grond aansprakelijk is voor de schade die [geïntimeerde] stelt te hebben geleden als gevolg van een ongeval dat hem naar zijn zeggen is overkomen bij het verrichten van verbouwwerkzaamheden aan een woning van [appellant]. Aanleiding tot deze vraag zijn, verkort weergegeven, de volgende feiten.

3.2. [appellant] is eigenaar van een vijf verdiepingen tellende woning gelegen op het adres [adres]. Daarvan bewoont hij zelf de eerste verdieping. De begane grond en de tweede verdieping worden elk voor kortdurend verblijf verhuurd aan toeristen, volgens [appellant] als 'bed and breakfast'-accommodatie. De derde en de vierde verdieping worden, als zelfstandige woonruimten, voor langere tijd verhuurd aan anderen. [appellant] is verder eigenaar van een appartement gelegen op het [adres], dat aan toeristen wordt verhuurd. Voor het verrichten van werkzaamheden aan of met