

Totaal € 13.615,17

4.12. [gedaagde] is in het ongelijk gesteld en moet daarom de proceskosten (inclusief nakosten) betalen. De proceskosten van Achmea worden begroot op:

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. veroordeelt [gedaagde] om aan Achmea te betalen een bedrag van € 13.615,17 te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over een bedrag van € 11.024,18, met ingang van 11 maart 2024, tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten van € 2.494,05, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe, te vermeerderen met de kosten van betekening als [gedaagde] niet tijdig aan de veroordelingen voldoet en het vonnis daarna wordt betekend,

5.3. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

moeidheidsklachten. Pas begin 2017 werd bij verzekerde de diagnose ‘cheese handler’s disease’ gesteld. De verzekeraar wijst de uitkeringen af en betoogt dat sprake was van opzet tot misleiding en dat hij was geschaad in een redelijk belang omdat hij door de verklaringen van verzekerde niet nauwkeurig kon vaststellen waarop deze recht had. Het hof vernietigt het oordeel van de rechtbank en acht verzekerde volledig arbeidsongeschikt.

[appellant],

wonend in [woonplaats],

appellant,

advocaat: mr. J.J. Veldhuis, kantoorhoudend in Leeuwarden,

tegen

Aegon Schadeverzekering N.V.,

gevestigd in Den Haag,

verweerster,

advocaat: mr. G.A. van Essen, kantoorhoudend in Utrecht.

Het hof zal partijen hierna noemen [appellant] en Aegon.

Verzekeringen

169

Geen opzet tot misleiding, vaststelling beroep van verzekerde bij beoordeling claim op arbeidsongeschiktheidsverzekering en taakverschuivingsclausule

Gerechtshof Den Haag

10 september 2024, nr. 200.320.007/01,

ECLI:NL:GHDHA:2024:1517

(mr. Van der Ven, mr. Verbeek, mr. Engel)

Noot mr. dr. E.J. Wervelman

Arbeidsongeschiktheidsverzekering. Geen opzet tot misleiding. Beroep van verzekerde. Taakverschuivingsclausule.

[BW art. 7:941]

Een zelfstandig ambulante handelaar meldde zich enkele keren arbeidsongeschikt bij diens verzekeraar in het kader van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. In dit arrest staat zijn melding van 17 december 2007 centraal met long- en ver-

1. De zaak in het kort

1.1. Deze zaak betreft een geschil met betrekking tot een arbeidsongeschiktheidsverzekering. De verzekerde is een ambulante kaasverkoper, die als gevolg van kaasallergie arbeidsongeschikt is geworden. Met de verzekeraar is een geschil ontstaan over de vraag of de kaasverkoper aan de verzekeraar in het kader van de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid – al dan niet opzettelijk – onjuiste informatie heeft verstrekt.

2. Procesverloop in hoger beroep (...)

3. Feitelijke achtergrond

3.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Daartegen is niet gegriefd. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

a. [appellant], geboren op 9 maart 1966, heeft in 1997 bij Aegon een verzekeringsovereenkomst gesloten tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid (hierna ook: de AOV). Op het polisblad staat achter beroep vermeld ‘ambulante han-

del in kaas, nootjes, worst. etc.' Als verzekerd bedrag is achter Rubriek A vermeld f 40.000,- en achter Rubriek B f 20.187,--

In de loop der tijd zijn verschillende polisvoorwaarden op de AOV van toepassing geweest. In 2007 waren dat de Voorwaarden Arbeidsongeschiktheidsverzekering voor de Ondernemer nr. 1387 (hierna: polisvoorwaarden 1387).

In polisvoorwaarden 1387 is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

'(...)

1.5. *Rubriek A*; de periode gedurende de eerste 365 dagen van arbeidsongeschiktheid.

1.6. *Rubriek B*: de periode van arbeidsongeschiktheid voorzover deze voortduurt na 365 dagen arbeidsongeschiktheid.

1.7. *Arbeidsongeschiktheid*

1.7.1. Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake, indien er in directe relatie tot ziekte of ongeval, objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor verzekerde voor ten minste 25% niet in staat is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan het op het polisblad vermelde beroep, zoals dat voor deze beroepsbezigheden in de regel en redelijkerwijs kan worden verlangd. Aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden alsmede taakverschuivingen binnen het eigen bedrijf worden daarbij betrokken.

1.7.2. Aegon stelt het bestaan van de in 1.7.1 bedoelde stoornissen vast aan de hand van rapportage van door Aegon aangewezen deskundigen.

(...)

2. *Dekking*

2.1. *Arbeidsongeschiktheid*

Deze verzekering heeft tot doel uitkering te verlenen in geval van geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen van de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid.

(...)

2.1.2. De uitkering bedraagt voor de rubrieken A en B op jaarbasis bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van:

80-100%: 100% van de verzekerde jaarrente

(...)

55-65%: 60% van de verzekerde jaarrente

(...)

4. *Schade*

4.1. *Verplichtingen bij arbeidsongeschiktheid en/of ongeval*

Van arbeidsongeschiktheid (...) dient zo spoedig mogelijk melding te worden gemaakt aan AEGON;

(...)

4.2. Verzekerde is verplicht in geval van arbeidsongeschiktheid of na een ongeval: (...)

(...)

4.2.2. aan AEGON of aan door AEGON aangewezen deskundigen volledig en naar waarheid alle inlichtingen te geven die AEGON nodig vindt en die van belang zijn voor de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid (...) of voor de uitkering. (...);

(...)

4.2.4. AEGON terstond in te lichten als de verzekerde volledig of gedeeltelijk is hersteld, de beroepswerkzaamheden volledig of gedeeltelijk heeft hervat, of ander betaalde arbeid heeft aanvaard;

4.2.5. vooraf overleg te plegen met AEGON bij voorgenomen verkoop van het bedrijf en/of beëindiging van de verzekerde beroepswerkzaamheden;

(...)

4.5. De verzekerde en verzekeringnemer zijn verplicht alles te laten en niet te doen waardoor de belangen van AEGON kunnen worden geschaad.

4.6. Indien de hiervoor genoemde verplichtingen niet zijn nagekomen en daardoor de belangen van Aegon zijn geschaad, vervalt elk recht op uitkering.

4.7 Als de verzekerde of verzekeringsnemer opzettelijk onjuiste gegevens verstrekt of laat verstrekken, vervalt elk recht op uitkering.

(...)

5. *Premie*

(...)

5.2. *Premievrijstelling*

5.2.1. Zolang AEGON uitkering verleent krachtens rubriek B is verzekeringnemer vrijgesteld van premiebetaling voor zowel de premie van rubriek A als voor die voor rubriek B naar evenredigheid van het uitkeringspercentage behorende bij rubriek B. In geval dit uitkeringspercentage toeneemt tijdens de periode van premievrijstelling verleent AEGON een aanvullende premievrijstelling.

(...)

8. *Wijzigingen*

(...)

8.2. *Verplichtingen bij wijziging van het risico*

(...)

8.2.2. Verzekeringnemer en verzekerde zijn voorts verplicht AEGON terstond mede te delen, wanneer de verzekerde het op het polisblad vermelde beroep wijzigt, of de daaraan verbonden bezigheden veranderen.

Als verzekeringnemer of de verzekerde zich niet aan deze verplichting heeft gehouden, bestaat geen recht op uitkering.

(...)

8.2.3.7. Als verzekeringnemer of de verzekerde zich niet aan deze verplichtingen heeft gehouden, bestaat geen recht op uitkering.

(...)

9. *Duur en einde van de verzekering*

(...)

9.2. *Einde van de verzekering*

(...)

9.2.3. Verder eindigt deze verzekering:

(...)

9.2.3.3. per de dag dat de verzekerde of de verzekeringsnemer opzettelijk onjuiste gegevens heeft verstrekt of heeft laten verstrekken na het sluiten van de verzekering indien hierdoor de belangen van AEGON zijn geschaad. (...)

Op 2 mei 2003 heeft [appellant] zich via zijn tussenpersoon gedeeltelijk arbeidsongeschikt gemeld in verband met rugklachten (hierna ook: arbeidsongeschiktheidsmelding 1). Naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 1 heeft Aegon een uitkering onder de AOV verstrekt tot 15 mei 2006. [appellant] gaf op dat moment aan nog wel long- en vermoeidheidsklachten te ervaren, maar ter zake konden geen medisch objectieveerbare aandoeningen worden vastgesteld. Daartegen is door/namens [appellant] destijds (tevergeefs) geprotesteerd.

Op 17 december 2007 heeft [appellant] zich opnieuw arbeidsongeschikt gemeld. Op de aangifte is als huidig beroep ingevuld: winkelier/ambulante handel en als naam van het bedrijf [bedrijfsnaam]. Op het formulier is voorts vermeld: 'dit is geen nieuwe melding a.o., maar een verhoging van a.o. %'. [appellant] gaf wederom aan long- en vermoeidheidsklachten te ervaren waardoor hij 100% arbeidsongeschikt zou zijn voor zijn werkzaamheden in de ambulante kaashandel (hierna ook: arbeidsongeschiktheidsmelding 2). Voor deze klachten van [appellant] kon niet direct een medisch objectieveerbare aandoening vastgesteld worden. Dit heeft geleid tot vervolgonderzoeken en correspondentie tussen partijen. Pas begin

2017 is een diagnose voor [appellant]'s klachten vastgesteld (zogenoemde cheese handler's disease).

Op 31 augustus 2016, toen het onderzoek naar arbeidsongeschiktheidsmelding 2 nog (steeds) gaande was, heeft [appellant] zich bij Aegon arbeidsongeschikt gemeld in verband met enkelletsel (hierna ook: arbeidsongeschiktheidsmelding 3) en daaropvolgend voor galblaasklachten (hierna ook: arbeidsongeschiktheidsmelding 4). Ter zake van deze meldingen heeft Aegon een uitkering onder de AOV verstrekt tot 27 maart 2017.

Naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 4) heeft Aegon Arbeidsdeskundig bureau [naam 1] (hierna: [naam 1]) de opdracht gegeven arbeidsdeskundig onderzoek te verrichten. [naam 1], in persoon van arbeidsdeskundige [arbeidsdeskundige], heeft haar bevindingen neergelegd in het rapport van 27 januari 2017. Dit rapport vermeldt, voor zover relevant:

'(...) 4. *Het bedrijf*

Verzekerde was ambulante kaashandelaar van beroep. Vanuit een VW busje handelde verzekerde in voornamelijk kaas (...). De naam van het bedrijf was [bedrijfsnaam].

In het jaar 2007 is verzekerde met deze activiteiten gestopt. Daarnaast exploiteert verzekerde tot op heden 2 winkeltjes in een serviceflat resp. in een bejaardentehuis.

He(t) betreft 2 kleine winkeltjes, die zeer beperkt open zijn, n.l. 3 uur per dag.

Per week werkt verzekerde ca 18 uur in beide winkeltjes.

Verzekerde wordt daarbij geholpen door losse krachten, indien dat noodzakelijk is

Een van deze beide winkeltjes gaat binnenkort sluiten, omdat het betreffende bejaardentehuis dicht gaat.

De winkeltjes worden bevoorraad door de groothandel.

Gedacht moet daarbij worden aan melk, kaas, koekjes, dranken, chips, versnaperingen en dat soort zaken.

Wat de kaas betreft gaat het om enkele stukken die vacuüm verpakt zijn.

De beide winkels exploiteerde verzekerde voorheen naast de kaas bus. Nadat verzekerde klaar was in de beide winkels startte verzekerde met zijn werkzaamheden m.b.t. de kaas bus. Het aantal uren dat verzekerde per week werkzaam was bedroeg tot het jaar 2007 60 uur per week. Na 2007 is dat nog 20 uur per week.

5. *Maatgevende arbeid*

Verzekerde is exploitant van winkeltjes in resp. een serviceflat en een bejaardentehuis.
 Samengevat bestaan de werkzaamheden uit:

Taken Uren per week

Uitvoerende taken 18

Administratieve taken en beheer 2

Totaal 20

Taken en werkzaamheden:

Uitvoerende taken

– Het laten brengen bij de beide winkels door de groothandel van de bestelde artikelen.

– Inruimen van de winkel

– Verkoop werkzaamheden

– Schoonmaken vloer en schappen

(...)

Werktijden: tot 4 uur per dag

(...)

6. Gesprek met verzekerde

Verzekerde ondervindt klachten en beperkingen als gevolg van een disfunctionerende galblaas (...) besloten is deze galblaas per 17 februari 2017 te verwijderen.

Door de pijnklachten verricht verzekerde momenteel geen werkzaamheden.

(...).

Vlak daarvoor ondervond verzekerde klachten en beperkingen als gevolg van enkelklachten. Het betrof een gescheurd bot, waardoor verzekerde niet goed kon lopen en in ieder geval ook niet kon autorijden. (...). Tijdens het gesprek kwamen ook de longklachten aan bod. De houding van AEGON daaromtrent zit verzekerde bijzonder hoog. Verzekerde vertelt daarover dat hij met de kaas bus is gestopt, omdat hij deze werkzaamheden door een gebrek aan conditie, veroorzaakt door de longklachten, niet meer kon verrichten. Dit is ook objectiveerbaar, aldus verzekerde, omdat zijn longinhoud met 30% is afgenomen. De discussie gaat over de oorzaak van de longklachten. AEGON stelt dat de longklachten het gevolg zijn van het houden van duiven (verzekerde is daar in 2013 mee gestopt), terwijl verzekerde van oordeel is dat het aan het omgaan met de kaas ligt. Het dispuut daarover is nu al jarenlang aan de gang. (...). Hoe dan ook, er zijn beperkingen (energetisch van aard) en verzekerde begrijpt niet dat daaraan voorbij wordt gegaan. Met verzekerde is verder besproken, dat de klachten m.b.t. de galblaas snel weer voorbij zullen zijn, zodra hij daaraan is geopereerd. Afgesproken is dat verzekerde wat deze klachten betreft, zijn werkzaamheden

per 1 maart 2017 weer geheel hervat. De enkelklachten zijn inmiddels ook geweken.

7. Beschouwing

(...)

Het huidige bedrijf dat verzekerde nog exploiteert is bescheiden van omvang. Het betreffen 2 winkeltjes, die maar zeer beperkt open zijn. De totale arbeidsinzet van verzekerde in deze winkeltjes is 20 uur per week. Een van beide winkeltje gaat bovendien sluiten op termijn. De exploitatie van de kaas bus is gestopt in 2007. Verzekerde geeft aan, dat dit komt door de longklachten waarover een geschil met AEGON bestaat.

Voor wat betreft de galblaasklachten is verzekerde naar mijn oordeel tot 1 maart 2017, 2 weken na de operatie, nog geheel arbeidsongeschikt. Per die datum kan verzekerde zijn werkzaamheden geheel hervatten.

Het geschil m.b.t. de longklachten blijft onveranderd aan de orde.

8. Conclusie en advies

Ik adviseer u het volgende:

De mate van arbeidsongeschiktheid van verzekerde bedraagt naar mijn oordeel tot 1 maart 2017 100%.

Per die datum kan verzekerde zijn werkzaamheden weer hervatten.

Voor wat betreft de longklachten blijft het geschil met AEGON bestaan.

Op 15 december 2016 is [appellant] in het UMCG door dermatoloog dr. M.L.A. Schuttelaar onderzocht. Toen is de ziekte cheese handler's disease, een kaasallergie, vastgesteld als medisch objectieveerbare aandoening die ten grondslag ligt aan arbeidsongeschiktheidsmelding 2.

i. Op 20 april 2017 heeft [appellant] een telefoongesprek met Aegon gehad. De daarvan door Aegon gemaakte gespreksaantekeningen vermelden voor zover relevant:

'(...) Sinds 2007 voert hij niet meer volledig zijn kaas werkzaamheden als kaasboer meer uit, het bedrijf bestaat nog wel kvk bestaat, hij snijdt maar een paar uur kaas vanuit een klein in pandig winkeltje in een verzorgingstehuis. Gesproken over de polis, verzekeraar belang en mijn twijfels over het uitkeren van nog een maand. Verzekerde zelf had ook al met zijn TP gesproken over wat de consequenties zijn van het opzeggen van het bedrijf, wijzigingen werkzaamheden doorgeven etc. Al die tijd was er de discussie over de allergie van de kaas, waardoor er door zijn TP is geadviseerd de polis gewoon aan te houden. Verzekerde be-

grijpt dat het mogelijk is dat zijn polis met terugwerkende kracht wordt geroyeerd. Hij wil dan ook zijn premie terug, en weet dat dan ook alles wat dan ook alles wat hij nu meldt en gemeld heeft niet wordt geaccepteerd, daar was dan ook geen dekking meer voor.

Verzekerde vindt het realistisch om tot 27 maart uit te blijven gaan van 100% arbeidsongeschiktheid. Vanaf april is verzekerde pas gaan opbouwen in werkzaamheden.

Hij vond het van de arbeidsdeskundige erg kort door de bocht om te zeggen dat verzekerde na de operatie 10 dagen nodig had voor herstel. Zijn huisarts heeft zelf die operatie gehad en moest 6 weken herstellen van de operatie. Rust was toch echt het advies.

Ik geef aan dat ik best bereid ben om nu in goed overleg nog een uitkering te verstrekken tot 27 maart, maar dat dat al eerder had gekund als er naar telefonisch contact zou zijn geweest tussen verzekerde en Aegon, wat verzekerde zelf niet wilde. Wel dus nu met de mogelijke consequentie dat hij geen recht heeft op de uitkering en het mogelijk (met verrekening premie) moet terugbetalen, (...).

Naar aanleiding van (de schriftelijke bevestiging van) voornoemd gesprek heeft ARAG, de rechtsbijstandsverzekeraar van [appellant], bij e-mail van 3 mei 2017 aan Aegon geschreven:

‘(...) Het bedrijf van cliënt is niet gestopt en het bedrijf staat gewoon ingeschreven. Client probeert om daar waar mogelijk (hetgeen zeer beperkt is helaas) nog steeds om kaas te verkopen. (...)’

Nadat uiteindelijk was komen vast te staan dat [appellant] lijdt aan een kaasallergie, en dus sprake is van een medisch objectieveerbare aandoening voor arbeidsongeschiktheidsmelding 2, hebben partijen samen vragen opgesteld en is aan arbeidskundig bureau Heling & Partners opdracht verstrekt de mate van arbeidsongeschiktheid van [appellant] als gevolg van de kaasallergie te onderzoeken (in het kader van arbeidsongeschiktheidsmelding 2). Heling & Partners heeft haar bevindingen allereerst in concept aan partijen gezonden om hen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken. Partijen hebben van deze gelegenheid gebruikgemaakt, waarbij ARAG namens [appellant] heeft medegedeeld dat er geen opmerkingen op het conceptrapport zijn. Op 5 november 2018 heeft Heling & Partners het definitieve rapport (hierna ook: rapport H&P) uit-

gebracht. Het rapport vermeldt, voor zover relevant:

‘2. ONDERZOEKSGEGEVENS

(...)

2.5. *Ervaren knelpunten ten aanzien van het laatst verrichte werk*

Betrokkene ervaart een onmiddellijke allergische huidreactie bij contact met kaas. Bij verblijf in de nabijheid van kaas krijgt hij longklachten. Na langdurige blootstelling ondervond betrokkene fors gewichts- en conditieverlies. Nadat hij in 2007 definitief met zijn werkzaamheden was gestopt, zijn de klachten niet meer teruggekeerd. Betrokkene heeft alle bedrijfsmiddelen verkocht. Het bedrijf bestaat op papier nog wel, maar er worden door betrokkene geen activiteiten meer in ontplooid.

2.6. *Visie van betrokkene*

Betrokkene acht zich volledig arbeidsongeschikt voor zijn beroep, omdat het werken met of in de nabijheid verkeren van kaas voor hem niet mogelijk is. Het werken met handschoenen zou geen oplossing bieden voor de longklachten; bovendien is het praktisch niet te doen, omdat hij om de 10 minuten naar een nieuwe stopplaats rijdt en zodoende elke keer van handschoenen zou moeten wisselen.

2.7. *Financiële gegevens*

Ik heb de winst-en-verliesrekeningen, aangiften en aanslagen IB van 2003 tot en met heden bij betrokkene opgevraagd. Betrokkene heeft na onderzoek vastgesteld dat alle gegevens van vóór 2012 niet meer voorhanden zijn. Het bedrijf bestaat om fiscale redenen nog wel, maar na intrede van de arbeidsongeschiktheid is er geen omzet meer in het bedrijf gegenereerd noch zijn er bedrijfsmatige activiteiten in ontplooid. Daarom worden er sindsdien en tot op heden geen winst-en-verliesrekeningen meer opgemaakt, aldus betrokkene. Betrokkene heeft nog wel de beschikking over de aangiften en aanslagen IB van 2012 tot heden.

2.8. *Telefoongesprek met de boekhouder van betrokkene*

Op 28 september 2018 sprak ik telefonisch met de heer [boekhouder] (... de boekhouder van [appellant], toevoeging hof). Met betrekking tot de in de aangiften IB vermelde winst gaf de heer [boekhouder] aan dat er in dat geval altijd bijbehorende winst-en-verliesrekeningen bestaan. Desgevraagd gaf de heer [boekhouder] aan dat de winst-en-verliesrekeningen vanaf 2006 nog zijn

bewaard, van dáárvóór bestaan misschien nog digitale versies. Het is de heer [boekhouder] niet bekend dat winst die in de aangiften IB op naam van betrokkene is opgevoerd in werkelijkheid door zijn echtgenote zou zijn gerealiseerd. Met betrekking tot de zelfstandigenaftrek gaf de heer [boekhouder] aan dat dit altijd de opgave van de ondernemer zelf betreft. Betrokkene heeft de Peugeot Partner waarvan in de jaarstukken van 2016 sprake is in december 2012 tweedehands gekocht.

2.9. Telefoongesprek met betrokkene

Naar aanleiding van mijn telefoongesprek met de boekhouder van betrokkene sprak ik op 28 september 2018 telefonisch met betrokkene. Daarbij gaf hij het volgende aan. Vanaf medio 2010 is de echtgenote van betrokkene een winkeltje in een verzorgingstehuis gestart. Dit is 8 uur per week open en wordt onder de vlag van het bedrijf van betrokkene gedreven, omdat zijn echtgenote zo gebruik kan maken van zijn inschrijving bij de Kamer van Koophandel. Gedurende de helft van deze uren staat zijn echtgenote in het winkeltje, de andere helft van de tijd wordt het winkeltje door vrijwilligers bemand. Betrokkene verricht ten behoeve van dit winkeltje geen werkzaamheden, zo gaf hij aan; de activiteiten lopen via zijn bedrijf, omdat zijn echtgenote geen relevante diploma's heeft en betrokkene wel, omdat hij in het verleden als bedrijfsleider in een supermarkt heeft gewerkt. Betrokkene weet niet waarom in de aangiften IB een beroep op de zelfstandigenaftrek wordt gedaan.

(...)

4. BESCHOUWING

(...)

4.2. Het verzekerde beroep

(...)

1. ambulante handel

Gedurende 5 dagen per week was betrokkene werkzaam als ambulant handelaar. Hij reed dagelijks een route langs 80 tot 100 adressen en was hier op 5 dagen per week 10 tot 11 uur per dag mee bezig. De werkzaamheden betroffen enerzijds autorijden en anderzijds verkoopwerkzaamheden; deze werkzaamheden zijn onlosmakelijk aan elkaar verbonden. Rekening houdend met enkele korte tussentijdse pauzemomenten enerzijds en de bezorgmomenten in het seizoen op zaterdag anderzijds, acht ik met de taak als geheel circa 55 uur per week gemoeid. De verkoopwerkzaamheden omvatten voornamelijk het op locatie

afwegen, snijden en verpakken van kaas alsmede het afrekenen van kaas en overige producten.

Daarbij is het volgende van belang. Binnen het assortiment van betrokkene vormt kaas het belangrijkste product. Zowel in omzet als in volume maakt kaas meer dan 90% van de verkoop uit. De overige producten kennen een verkoopondersteunend karakter. (...)

4.3. Arbeidsongeschiktheid

Op basis van de geduide beperkingen dient betrokkene contact met en snijden van kaas (coating) te vermijden. In de uitvoerende werkzaamheden komt contact met en snijden van kaas (coating) voortdurend voor. Betrokkene is hiervoor arbeidsongeschikt te achten. Het aandeel verkoop van overige producten is te klein om hieraan een zelfstandige betekenis te kunnen geven. Het autorijden tussen de diverse stops blijft bij arbeidsongeschiktheid voor de verkoopwerkzaamheden zonder betekenis. Betrokkene is daarmee volledig arbeidsongeschikt voor de geld genererende taken te achten.

Vanwege de volledige arbeidsongeschiktheid kennen de niet-geld genererende taken schoonmaak/onderhoud en bestellen/administratie evenmin zelfstandige betekenis zodat hiervoor een afgeleide arbeidsongeschiktheid geldt. Bij primaire beoordeling is betrokkene daarom volledig arbeidsongeschikt voor zijn beroepswerkzaamheden te beschouwen.

(...)

Samengevat stel ik vast dat betrokkene volledig arbeidsongeschikt is voor zijn beroepswerkzaamheden als geheel (...).

4.4. Mogelijkheden tot taakverschuiving, taakaanpassing of werkvoorzieningen

(...)

Binnen zijn oorspronkelijk bedrijf acht ik geen mogelijkheden tot taakaanpassingen of werkvoorzieningen aanwezig. (...).

4.5. Inkomensderving

Betrokkene gaf aan dat hij na de bedrijfsstaking in 2007 geen inkomensvormende activiteiten meer heeft ontplooid. (...) Na 2007 zijn geen verlies- en winstrekeningen meer opgesteld, omdat omzet en inkomen sindsdien nihil bedragen, aldus betrokkene. Na het gesprek met betrokkene heb ik paragraaf 2.1. tot en met 2.6 opgesteld en op 24 september 2018 per e-mail aan betrokkene voorgelegd ter eventuele correctie van vermelde feiten. Betrokkene reageerde hierop per e-mail d.d. 24 september 2018 als volgt:

(...) Ik ga accoord met de anamnese. De winst en verlies rekening is nul. De aangiften/aanslagen ib volgen nog (...)"

Op 27 september 2018 ontving ik van betrokkene de aangiften IB van 2012 tot en met 2016. Bij bestudering hiervan bleek mij het volgende. De aangiften IB betreffen alleen de persoonlijke aangiften van betrokkene. In alle jaren vanaf 2012 wordt een winst uit onderneming gepresenteerd en een beroep op zelfstandigenaftrek gedaan. Om van de zelfstandigenaftrek gebruik te kunnen maken dient de ondernemer in kwestie tenminste 1.225 uur per jaar in de eigen onderneming werkzaam te zijn geweest (bron: Belastingdienst); dit zou betekenen dat betrokkene in alle jaren 2012 tot en met 2016 tenminste dit aantal uren per jaar als zelfstandige heeft gewerkt. De vermelding van winst uit onderneming maakt bovendien duidelijk dat hieraan winst-en-verliesrekeningen ten grondslag moeten liggen. Daarop heb ik contact met betrokkene opgenomen om hiernaar navraag te doen. Daarbij vroeg ik betrokkene toestemming om zijn boekhouder hierover te benaderen. Zie tevens de nadien toegevoegde paragrafen 2.7, 2.8 en 2.9 van dit rapport; hieruit volgt dat er na intrede van de arbeidsongeschiktheid wel degelijk nadere bedrijfsactiviteiten zijn ontplooid.

Ik heb nogmaals de winst-en-verliesrekeningen vanaf 2003 opgevraagd; op 1 oktober 2018 ontving ik van de boekhouder de winst-en-verliesrekeningen van 2004 tot en met 2016. Deze heb ik (...) bij dit rapport (...) gevoegd.

4.5.1. *Inkomen vóór arbeidsongeschiktheid*

(...) Nu (...) beschouw ik alleen het inkomen van 2004 en 2005 (...) gemiddeld € 13.731 per jaar (...) als het maatgevend inkomen (...).

4.5.2. *Inkomen na arbeidsongeschiktheid*

In de jaren 2006 tot en met 2010 alsmede 2013 is er ieder jaar sprake geweest van een hoger nettoresultaat dan gemiddeld in de jaren 2004 en 2005. In de jaren 2011, 2012 en 2014 tot en met 2016 is er sprake geweest van een lager bedrijfsresultaat (...).

Noch uit de winst-en-verliesrekeningen, noch uit de aangiften/aanslagen IB valt op te maken dat de omzet en winst door anderen dan door betrokkene is gerealiseerd.

Op 1 oktober 2018 belde ik nogmaals met (...) [boekhouder] (...) [boekhouder] lichtte toe dat betrokkene in 2008 met een winkeltje in een verzorgingstehuis is begonnen. In dat jaar was er sprake van een gedeelte omzet uit dit winkeltje

(...) de overige omzet kwam nog van de kaasbus (...). Alle omzet vóór 2008 kwam van de kaasbus, alle omzet ná 2008 uit de winkeltjes. Betrokkene opende in 2010 een tweede winkeltje, in 2014 is hiervan weer 1 winkeltje gesloten. In de winkeltjes stond gedurende een deel van de tijd een betaalde kracht, in totaal betrof dit een paar uur per week.

4.6. *Beschouwing*

Betrokkene is een thans 52-jarige man die zich arbeidsongeschikt meldde voor zijn werkzaamheden als ambulant handelaar in kaas. Rekening houdend met de geduide belastbaarheid is betrokkene volledig arbeidsongeschikt voor de oorspronkelijke beroepswerkzaamheden te achten. (...)

Uit de combinatie van op naam van betrokkene gerealiseerde omzet/winst en de opgevoerde zelfstandigenaftrek, maak ik dan ook op dat hieraan werkzaamheden van betrokkene ten grondslag hebben gelegen, tenminste in de orde van grootte van de voor de zelfstandigenaftrek vereiste 1.225 uur per jaar. Dit komt neer op tenminste 24,5 uur per week.

Die werkzaamheden zijn dan verricht ten behoeve van de voortgezette onderneming en kennelijk gericht op de exploitatie van 1 of 2 winkeltjes in verzorgingstehuizen. Deze werkzaamheden zijn te zien als gerealiseerde aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden in de zin van de polis. Betrokkene heeft gesteld geen werkzaamheden meer te verrichten; ik kan op basis van de visie van betrokkene geen taak-/urenanalyse na wijziging van de bedrijfsvoering opstellen en slechts concluderen dat de opgave van betrokkene een arbeidsdeelname gedurende ten minste 1.225 uur per jaar zou moeten inhouden. Vergelijken met de oorspronkelijke arbeidsinzet gedurende circa 60 uur per week is dit een verlies van maximaal 35,5 uur per week oftewel maximaal 60%. (...).

Ik merk tenslotte op dat betrokkene tot en met een deel van 2008 kaas is blijven verkopen, zo blijkt uit de winst-en-verliesrekeningen in kwestie. Uit diezelfde winst-en-verliesrekeningen blijkt niet dat hierbij sprake is geweest van de inzet van een vervangende arbeidskracht. Deze bevindingen passen niet bij de van betrokkene verkregen informatie (...).

5. BEANTWOORDING VRAAGSTELLING

Vraag 1

Wilt u (...) vaststellen in welke mate betrokkene arbeidsongeschikt is in de zin van (...) de toepasselijke polisvoorwaarden (model 1387)(...)?

Antwoord

Betrokkene is voor 100% arbeidsongeschikt voor zijn oorspronkelijke beroepswerkzaamheden te achten. (...). Rekening houdend met de uit de winst-en-verliesrekeningen en van de boekhouder verkregen informatie, is er vanaf medio 2008 sprake van maximaal 60% arbeidsongeschiktheid na gerealiseerde aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden.

(...)

Vraag 3

Heeft u nog andere opmerkingen die voor de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid van betrokkene van belang kunnen zijn?

Antwoord

Er bestaat een discrepantie tussen de van betrokkene verkregen informatie en mijn bevindingen na beoordeling van de alsnog verkregen winst-en-verliesrekeningen, aangiften en aanslagen IB alsmede overleg met de boekhouder hierover. (...).

Aegon heeft in de bevindingen van Heling & Partners aanleiding gezien om een boekhoudkundige analyse naar de onderneming van [appellant] te laten uitvoeren. Dit onderzoek is uitgevoerd door Toelen & Partners en is gebaseerd op vragen van Aegon. In een op 28 januari 2019 gedateerd verslag van Toelen & Partners staat onder meer:

‘4. Blijkt uit de stukken dat verzekerde zelf aan het werk is?’

(...) Op basis van bovenstaande mededelingen stelt de verzekerde zich op het standpunt dat hij vanaf de intrede van zijn arbeidsongeschiktheid (februari 2006) geen omzet in zijn bedrijf heeft gegenereerd en dat zijn echtgenote vanaf medio 2010 een winkelbedrijf exploiteert.

Deze mededelingen komen niet overeen met de omzetgegevens op de verstrekte resultaatoverzichten. Daaruit blijkt dat in de periode 2006 tot 2010 wel degelijk opbrengsten zijn gerealiseerd. Dit betreft de periode voordat – althans volgens verzekerde – zijn echtgenote vanaf medio 2010 werkzaamheden in het bedrijf verrichtte. Dit impliceert dat de verzekerde zelf aan het werk is geweest in de periode 2006 tot 2010.

(...)

De verzekerde geeft aan dat zijn bedrijf vanwege “fiscale redenen” nog bestaat. Het is ons niet bekend wat deze redenen zijn. Uit de verstrekte

aangiften inkomstenbelasting 2013 tot en met 2016 blijkt in elk geval dat de verzekerde een beroep heeft gedaan op toepassing van de zelfstandigenaftrek ex artikel 3.6 in samenhang met artikel 3.76 Wet inkomstenbelasting 2001. Dit houdt in dat hij jegens de belastinginspecteur heeft verklaard:

tenminste 1225 uren zelf te hebben besteed aan werkzaamheden voor zijn onderneming waaruit hij als ondernemer winst heeft genoten.

(...)

De boekhouder van de verzekerde heeft aan de arbeidsdeskundige aangegeven dat het beroep op de zelfstandigenaftrek altijd is gedaan op basis van opgave van de verzekerde zelf.

5. Is er een logische verklaring voor de keuze van de verzekerde om de werkzaamheden van zijn partner onder zijn bedrijfsnaam uit te voeren?

(...)

Fiscaal is het toegestaan dat de echtgenote meewerkt in de onderneming van de verzekerde. Maar het is en blijft de onderneming van de verzekerde. Daarom dient de verzekerde de door zijn echtgenote gewerkte uren op een juiste wijze in zijn aangifte inkomstenbelasting te vermelden. Dit is onder andere mogelijk met toepassing van de meewerkaftrek (...) De verzekerde heeft deze regeling naast die van de zelfstandigenaftrek toegepast in het jaar 2013. (...) Na het jaar 2013 heeft de verzekerde geen beroep meer gedaan op toepassing van de meewerkaftrek.

(...)

7. Wordt er door soortgelijke ondernemers vaak gebruik gemaakt van vrijwilligers (zoals bij het bedrijf van betrokken het geval is)?

(...) De gebruikmaking van vrijwilligers in zijn onderneming is in strijd met de fiscale wetgeving en zal daarom niet vaak worden toegepast.

Naar aanleiding van dit rapport zijn aan [appellant] nog een aantal aanvullende vragen gesteld. In een op 3 juni 2019 gedateerd verslag staat dat [appellant] in reactie op aanvullende vragen onder meer heeft verklaard:

‘(...) Het winkeltje, [namen] Service, is opgestart met ingang van 1 januari 2009 en wordt door mijn vrouw gerund. Zij heeft geen relevante diploma’s; daardoor hebben we onder het btw-nummer van mij gezet. Hierdoor wordt het wel als mijn inkomen gezien terwijl ik er niet werk.

(...)

Arbeidsdeskundige visie

(...) Kort samengevat stelt betrokkene dat hij géén werkzaamheden inzake [namen] Service heeft verricht. De omzet is op zijn naam geregistreerd, maar door zijn echtgenote en derden gerealiseerd, aldus betrokkene. Hiermee wordt nog niet verklaard waarom betrokkene in de jaren na het staken van zijn werkzaamheden ten behoeve van de kaasbus steeds de volledige zelfstandigenaftrek heeft opgevoerd. (...)’

De afdeling Veiligheidszaken van Aegon heeft de zaak van [appellant] bestudeerd en is tot de conclusie gekomen dat sprake is van opzettelijke misleiding. Daarop heeft Aegon bij brief van 23 augustus 2019 de claim van [appellant] onder de AOV afgewezen en aangeven dat de AOV op grond van artikel 9 van de polisvoorwaarden per direct zal worden beëindigd (hierna ook: de beëindigingsbrief). Ook verklaart Aegon in deze brief alle door [appellant] ingediende claims vanaf 17 december 2017 af te wijzen. Daarnaast heeft Aegon de kosten die zij heeft gemaakt naar aanleiding van het fraudeonderzoek (terug)gevorderd. Verder heeft Aegon de persoonsgegevens van [appellant] opgenomen in het Incidentenregister van de afdeling Veiligheidszaken en daarvan melding gedaan bij het Centrum Bestrijding Verzekeringsfraude (CBV). Ook heeft Aegon de persoonsgegevens van [appellant] opgenomen en in het Extern Verwijzingsregister van Stichting CIS voor een termijn van zes jaar.

Bij schrijven van 4 september 2019 en 13 februari 2020 (abusievelijk gedateerd 13 februari 2019) heeft Aegon aanspraak gemaakt op (terug)betaling van een bedrag van € 19.130,18 aan onterechte betaalbaar gestelde uitkeringen onder de AOV. [appellant] is niet overgegaan tot betaling.

Bij brief van 19 maart 2020 heeft de toenmalige advocaat van [appellant] gereageerd op voornoemde maatregelen van Aegon. Hij schreef onder meer:

‘Laat ik beginnen op te merken dat ik na kennisneming van het dossier – zacht uitgedrukt – bepaald ben geschrokken van de wijze waarop Aegon, gelet ook op de context en de voorgeschiedenis van de onderhavige kwestie, laatstelijk in deze aan gelegenheid heeft geopereerd.

Ik heb moeten vaststellen dat de heer [appellant] uiteindelijk weliswaar voor wat betreft de door hem steeds ervaren en als zodanig ook geventileerde oorzaak van zijn aandoeningen/arbeidsongeschiktheid uiteindelijk het gelijk aan zijn zijde heeft gekregen, maar daarvoor feitelijk gedurende

meer dan 15 jaren door Aegon aan zijn lot is overgelaten, cumulerend in – nadat zijn aanspraken gegrond bleken – een beëindiging van de polis en dat zelfs met een soort van terugwerkende kracht. Aegon heeft gedurende zeer lange tijd geen geloof willen hechten aan de door de heer [appellant] over zijn ziekte en de (door hem ervaren) oorzaak daarvan gedane uitlatingen en hem, hoewel daarvoor van meet af aan wel aanwijzingen hebben bestaan, ook niet het voordeel van de twijfel wijlen gunnen, zulks al die tijd met het argument dat zijn aandoeningen en arbeidsongeschiktheid het gevolg zouden zijn van blootstelling aan uitwerpselen van duiven. De heer [appellant] heeft zich daarom in deze periode – bij gebrek aan inkomsten en in de wetenschap dat hij zijn werkzaamheden in de ambulante kaashandel niet meer kon verrichten – genoodzaakt gezien te proberen andere bronnen van inkomsten te verwerven en ook heeft hij zijn hobby (het houden van duiven) – mede op instigatie van Aegon – er aan moeten geven.

Reeds vanuit deze optiek verdient het niet meteen de schoonheidsprijs om – zoals Aegon dat heeft gedaan – de verzekering te beëindigen met het argument dat hij degene zou zijn die niet aan de op hem uit hoofde van de polis rustende verplichtingen heeft voldaan. Daar blijft het echter niet bij, omdat mij tevens is gebleken dat ook de argumenten die Aegon voor de beëindiging van de overeenkomst heeft aangevoerd c.q. geconstrueerd, bepaald niet kunnen overtuigen, noch in feitelijk noch in juridisch opzicht.

Wanneer ik het goed zie, baseert Aegon zich bij het door haar betrokken standpunt met name op het feit dat de heer [appellant] – en dan zelfs opzettelijk – onjuiste inlichtingen zou hebben verschaft aan de door Aegon ingeschakelde arbeidsdeskundigen (...) Daardoor zouden de belangen van Aegon zijn geschaad. In het betoog van Aegon speelt – samengevat – een belangrijke rol dat de heer [appellant] aan beide genoemde arbeidsdeskundigen tegenstrijdige verklaringen zou hebben afgelegd en (opzettelijk) onjuiste verklaringen zou hebben gedaan over winst- en verliesrekeningen, fiscale aangiften over de periode 2006 t/m 2016. Daaruit zou dan namelijk – volgens Aegon – blijken dat de heer [appellant] meer dan 1225 uur per jaar heeft gewerkt, en wel omdat in de aangiften (op naam van [bedrijfsnaam]) aanspraak is gemaakt op de zelfstandigenaftrek. Dit alles zou dan door de heer [appellant] zijn “verzwegen” om

aanspraak te kunnen maken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

Het is wellicht goed allereerst eens naar voren te brengen wat de heer [appellant] (...) heeft gemeend van de arbeidsongeschiktheidsverzekering bij Aegon te (hebben) mogen verwachten, met name omdat uit de analyse van het dossier naar voren komt dat Aegon zich – inmiddels – op het standpunt stelt dat er sprake zou zijn (geweest) van een schadeverzekering en niet van een sommenverzekering, en ook met die boodschap in 2018 Heling & Partners aan het werk heeft gezet. (...)

Wat hier verder van zij: de heer [appellant] (...) heeft steeds gemeend en ook mogen menen dat voor de beoordeling van zijn arbeidsongeschiktheid van belang is de vraag of hij zijn werkzaamheden in de ambulante kaashandel zou kunnen blijven verrichten. Dat is een voor de hand liggende uitleg en verklaart ook meteen veel van hetgeen door of namens de heer [appellant] in de loop van de tijd is geschreven en is medegedeeld. Het exploiteren van c.q. werken in één of twee servicewinkels valt daarbij niet onder het beroep van ambulante kaashandel, zoals dat tot 2007 werd uitgeoefend en waarvoor hij was (en is) verzekerd. Dat voor Aegon tevens van belang zou zijn (...) de inkomsten die uit de exploitatie van de beide winkeltjes werden genoten is hem nooit medegedeeld en hij heeft dit ook niet zo begrepen of hoeven te begrijpen. (...) Het zal Aegon bekend zijn (en ook zijn geweest) dat in de rechtspraak (zie HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5828 inzake Achmea/Cobussen) al eerder genoegzaam is uitgemaakt dat dit niet bepalend, maar juist de vraag voorligt wat de verzekerde ter zake heeft mogen menen en begrijpen. Gelet op het bepaalde in onder meer artikel 2.1.2. – de omvang van de uitkering is daarin enkel gekoppeld aan de mate van de arbeidsongeschiktheid voor het eigen beroep en de verzekerde jaarrente – en het feit dat de verzekering verzekert tegen arbeidsongeschiktheid voor het eigen beroep, is zonder meer aannemelijk dat sprake is van een sommenverzekering en niet van een schadeverzekering, laat staan dat kan worden volgehouden dat dit zo door de heer [appellant] had moeten worden begrepen. Ik zie – ook wanneer de polisvoorwaarden met nr. 1387 van toepassing zouden zijn – daarin eigenlijk geen concrete aanknopingspunten (...)

Het is lastig, zo niet onmogelijk om in te zien hoe van een verzekerde – die met een onterechte weigeringsdekking onder de verzekering wordt geconfronteerd – kan worden verwacht dat hij desalniettemin (en dat is dan kennelijk bedoeld) onmiddellijk opgave moet doen van alle feiten en omstandigheden die voor de beoordeling van belang zijn, en dan ook nog eens van feiten en omstandigheden waarvan hij niet eens behoorde te weten dat die van belang zouden (kunnen) zijn.

De aannahme van de heer [appellant] dat het er bij de onderhavige verzekering om ging of hij zijn werkzaamheden in de ambulante kaashandel al dan niet kon uitoefenen, verklaart (...) dat en waarom de uitlatingen van de heer [appellant] (...) wellicht niet in alle opzichten even nauwkeurig zijn geweest. De heer [appellant] heeft steeds betrekkelijk grove opgave gedaan van de stand van zaken op het moment dat hij met de betreffende arbeidsdeskundige sprak, zulks zonder zich rekenschap te geven van het feit dat dit van belang zou zijn of zelfs zou kunnen zijn voor de beoordeling van zijn arbeidsongeschiktheid. Daarbij klemmt bovendien (...) dan nog dat de situatie ten tijde van zijn gesprek met de heer [arbeidsdeskundige] beduidend verschilde van de situatie zoals die was ontstaan op het moment dat hij sprak met Heling & Partners (ruim anderhalf jaar later), reden waarom die verklaringen zich hoe dan ook al niet laten vergelijken en niet – zoals wordt gesteld – “tegenstrijdig” zijn.

Het gesprek met de heer [arbeidsdeskundige] is – het is zinvol ook dat nog eens te benadrukken – gevoerd in de context van de melding die plaatsvond op 31 augustus 2016, welke betrekking had op *enkelletsel*. Omdat die klachten geleidelijk zijn afgenomen, is overeengekomen dat de heer [appellant] zijn werkzaamheden per 1 februari 2017 volledig zou hervatten.

Uit het verslag dat door de heer [arbeidsdeskundige] is opgesteld (...) komt naar voren dat de heer [appellant] (...) heeft opgegeven dat hij van beroep ambulante kaashandelaar was. Verder heeft hij aangegeven dat hij op dat moment (2017) twee winkeltjes exploiteerde in een serviceflat respectievelijk bejaardenhuis, beide met een beperkte openstelling, en dat hij daarin circa 18 uur per week werkte en werd geholpen door losse krachten. In het gesprek is ook gewag gemaakt van pijnklachten ten gevolge van een disfunctionerende galblaas en van de aanhoudende longklachten die door Aegon nimmer serieus zijn ge-

nomen. De heer [arbeidsdeskundige] heeft geadviseerd om de heer [appellant] tot 1 maart 2017 100% arbeidsongeschikt te achten, waarna hij zijn werkzaamheden weer zou kunnen hervatten, zulks onder vermelding dat het geschil met Aegon voor wat betreft de longklachten blijft bestaan.

Wat hier dan door de heer [appellant] – zelfs opzettelijk – zou zijn verzwegen is volstrekt onduidelijk. De opgaven van de heer [appellant] waren destijds niet onjuist. De heer [appellant] heeft in de loop der tijd steeds geprobeerd – afhankelijk van zijn lichamelijke conditie en genoopt door het feit dat hij geen uitkering ontving – zo goed en kwaad als dat ging te werken en heeft dat op dat moment (...) ingeschat (...) op een omvang van 20 uur per week voor de beide winkels samen. (...) Het verslag van de heer [arbeidsdeskundige] maakt duidelijk dat de heer [appellant] volkomen open is geweest over de door hem verrichte werkzaamheden en deze bepaald niet – laat staan opzettelijk – heeft willen achterhouden.

Het gesprek met (...) Heling & Partners vond plaats op 12 september 2018, zijnde bijna twee jaar na het gesprek met de heer [arbeidsdeskundige] (...). De situatie was op dat moment in vergelijking met de situatie van begin januari 2017 ingrijpend gewijzigd. Zoals al was aangekondigd in het gesprek met de heer [arbeidsdeskundige] (...) was één van de beide servicewinkeltjes inmiddels gesloten en ook ondervond de heer [appellant] in toegenomen mate hinder van zijn longklachten. Inmiddels had zijn echtgenote – nu een groot deel van het nog beschikbare inkomen was weggevalen – een andere dienstbetrekking aanvaard, waardoor zij minder inzetbaar was. Op het moment dat de heer [appellant] zijn bespreking met de heer [naam 2] [van Heling & Partners, hof] voerde, heeft hij opnieuw openheid van zaken gegeven en – zoals inmiddels ook juist was – de heer [naam 2] verteld dat door hem nog één winkeltje werd geëxploiteerd en dat hij daarin zelf (nagenoeg) geen werkzaamheden verrichte. Dat was feitelijk ook niet mogelijk, gelet op de beperkte openstelling (8 uren per week) en de inzet van derden (...). Ook uit het gesprek met de heer [naam 2] komt naar voren dat de heer [appellant] al sinds 2007 was gestopt met de ambulante kaas-handel (...). Ook heeft de heer [appellant] de heer [naam 2] aangegeven dat de activiteiten in de servicewinkel wel via zijn bedrijf (“[bedrijfs-naam]”) lopen. De meest praktische reden daar-

voor was het feit dat dit stond ingeschreven in de Kamer van Koophandel.

(...)

Samenvattend:

Er was en is geen enkele goede reden op grond waarvan Aegon de onderhavige polis heeft kunnen beëindigen. (...) Ook voor de terugvordering van “onrechtmatig verkregen” uitkering bestaat geen enkele grond. De uitlatingen van de heer [appellant] zijn gedaan in de (juiste) veronderstelling dat het ging om een zuivere sommenverzekering waarin zijn andere inkomsten en werkzaamheden niet relevant waren. (...) Verder wordt niet alleen de gestelde opzet betwist maar ook het feit dat Aegon (...) door een en ander schade zou hebben geleden. Om dezelfde reden zijn ook de diverse meldingen en opname van (...) [appellant] in het Externe Verwijzingsregister ongegrond en – zelfs – onrechtmatig.

Ik moet ondertussen tevens vaststellen dat (begrijpelijkwijze) ook elk vertrouwen van (...) [appellant] in Aegon volledig verloren is gegaan. Het lijkt dan ook niet zinvol de bestaande polis te continueren. (...)

Namens (...) [appellant] stel ik Aegon voor de verzekering te beëindigen tegen betaling aan hem van een bedrag van € 300.000,-, zulks tegen finale kwijting over en weer. (...) [appellant] zal uiteraard niet overgaan tot betaling van het door Aegon teruggevorderde bedrag en maakt tevens (...) aanspraak op verwijdering van de melding aan het Centrum Bestrijding Verzekeringsfraude, de opname in het Externe Verwijzingsregister en de verwerking in de CIS Databank (...).

Aegon heeft bij e-mail van 23 juni 2020 aan [appellant] laten weten dat zij haar eerder ingenomen standpunt handhaaft en dat het voorstel van [appellant] niet wordt geaccepteerd.

4. Procedure bij de rechtbank

4.1. [appellant] heeft Aegon gedagvaard en gevorderd, samengevat:

- i. een verklaring voor recht dat Aegon de AOV met [appellant] ten onrechte heeft beëindigd en daarom jegens [appellant] schadeplichtig is;
- ii. een verklaring voor recht dat Aegon gehouden is de AOV voort te zetten;
- iii. een verklaring voor recht dat [appellant] vanaf 17 december 2007 (datum arbeidsongeschiktheidsmelding 2) volledig arbeidsongeschikt is geweest in de zin van de polisvoorwaarden;

iv. veroordeling van Aegon tot verwijdering van de aantekening van [appellant] in het Extern Verwijzingsregister en de verwerking in de CIS Data-bank;

v. *Primair*: veroordeling van Aegon tot (terug)betaling van:

a. de door [appellant] voor de verzekering betaalde premies vanaf het jaar 2008 ten bedrage van € 52.167,06;

b. de volledige verzekerde jaarrenten over de jaren 2008 tot en met 2020 (op basis van 100% arbeidsongeschiktheid) ten bedrage van € 210.499,23;

c. de (eventueel) door [appellant] te lijden belastingschade;

d. de over a., b., en c. door Aegon verschuldigde wettelijke rente;

e. immateriële schadevergoeding te bedrage van € 5.000,

te verminderen met de uitkering die Aegon na 1 januari 2008 aan [appellant] betaalbaar heeft gesteld (met verrekening van rente);

Subsidiar: veroordeling van Aegon tot (terug)betaling van

a. de door [appellant] voor de verzekering betaalde premies vanaf het jaar 2008 ten bedrage van € 52.167,06;

b. het bedrag dat resulteert uit de berekening van de verschuldigde uitkeringen over de periode 2008-2009 indien sprake is van een schadeverzekering in de door Aegon voorgestane zin;

c. de (eventueel) door [appellant] te lijden belastingschade;

d. de over a., b., en c. door Aegon verschuldigde wettelijke rente;

e. immateriële schadevergoeding te bedrage van € 5.000,

te verminderen met de uitkering die Aegon na 1 januari 2008 aan [appellant] betaalbaar heeft gesteld (met verrekening van rente);

Meer subsidiar:

a. vernietiging van de verzekeringsovereenkomst met Aegon op grond van dwaling;

b. veroordeling van Aegon tot terugbetaling van de betaalde premies over de jaren vanaf 2008 ten bedrage van € 52.167,06;

c. veroordeling van Aegon tot betaling van immateriële schadevergoeding ten bedrage van € 5.000 veroordeling van Aegon om ter zake van de buitengerechtigde kosten aan [appellant] te voldoen een bedrag van primair € 10.000;

met veroordeling van Aegon in de (na)kosten van de procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente.

4.2. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en [appellant] in de kosten veroordeeld. De rechtbank overwoog daartoe dat niet gebleken is dat [appellant] aan [naam 1] onjuiste informatie heeft verstrekt, laat staan dat hij dat heeft gedaan met het oogmerk de belangen van Aegon te schaden. Pas in 2017, toen Aegon de diagnose kaas-allergie als medisch objectieveerbare aandoening erkende en de arbeidsongeschiktheid van [appellant] liet onderzoeken door Heling & Partners, is [appellant] gaan verklaren dat hij na 2007 geen omzet meer had gegenereerd en niet meer in zijn bedrijf werkzaam was geweest. Deze verklaring heeft hij gehandhaafd, nadat hij werd geconfronteerd met zijn belastingaangiften waarop een beroep op zelfstandigenaftrek werd gedaan, maar weer laten varen in de inleidende dagvaarding. Hieruit volgt, aldus de rechtbank, dat [appellant] in het kader van het onderzoek naar zijn arbeidsongeschiktheid onjuiste en tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd, zonder dat hij daarvoor een afdoende verklaring heeft gegeven. Dat hij de polis niet goed begreep is geen overtuigende verklaring, omdat het ging over duidelijke vragen over zijn bedrijf en specifieke vragen over zijn werkzaamheden. Bovendien had [appellant], aldus de rechtbank, al eerder, te weten na arbeidsongeschiktheidsmelding 4, aanspraak gemaakt op een uitkering wegens het wegvallen van inkomenssteun wegens ongeschiktheid voor werkzaamheden in de winkels. Aegon is daardoor geschaad in een redelijk belang, namelijk het nauwkeurig vaststellen van de uitkering waarop [appellant] recht had uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst.

5. *Vordering in hoger beroep*

5.1. [appellant] is in hoger beroep gekomen omdat hij het niet eens is met het vonnis. Hij heeft verschillende grieven tegen het vonnis aangevoerd. Hij vordert hetzelfde als bij de rechtbank.

5.2. Kort gezegd zien de bezwaren van [appellant] op het volgende. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen: dat het toetsingskader voor de vorderingen van [appellant] de polisvoorwaarden 1387 betreffen (grief I); dat [appellant] onjuiste en tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd in het kader van het onderzoek naar de mate van arbeidsongeschiktheid door Helling & Partners

zonder dat hij daarvoor een ontlastende verklaring heeft kunnen geven (grief II); dat Aegon terecht de conclusie heeft getrokken dat sprake is van opzettelijk afgeleide onjuiste verklaringen door [appellant] (grief III), en dat Aegon voldoende onderbouwd heeft gesteld dat zij door de tegenstrijdige en onjuiste verklaringen van [appellant] daadwerkelijk is geschaad in een redelijk belang (grief IV). Verder heeft de rechtbank ten onrechte niet bepaald dat het verval van het recht op uitkering in dit geval niet gerechtvaardigd was (grief V) en [appellant] ten onrechte veroordeeld in de kosten (grief VI).

6. Beoordeling in hoger beroep

6.1. Het hof ziet zich in deze zaak voor de vraag gesteld of [appellant] zijn inlichtingenplicht jegens Aegon heeft geschonden en zo ja, of hij dit heeft gedaan met het opzet Aegon te misleiden. Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de gevolgen zijn voor de verzekering van en de uitkering aan [appellant]. Het hof zal deze vragen achtereenvolgens behandelen, maar eerst zal het hof het wettelijk kader schetsen.

Wettelijk kader

6.2. In artikel 7:941 lid 1 BW is bepaald (voor zover hier van belang) dat de verzekeringnemer verplicht is de verzekeraar zo spoedig mogelijk melding te doen van de verwezenlijking van een voorval tegen de gevolgen waarvan hij dekking verleent. Achtergrond van deze bepaling is dat een verzekeraar eerst dan in staat is zijn uitkeringsplicht te beoordelen, schadebeperkende maatregelen aan te wijzen en zo nodig tegenbewijs te verzamelen. Om dit alles mogelijk te maken is in artikel 7:941 lid 2 BW bepaald dat de verzekeringnemer binnen redelijke termijn aan de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden dient te verstrekken die hem in staat stellen zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Indien een uitkeringsgerechtigde een verplichting als bedoeld in het eerste of tweede lid niet na is gekomen, kan de verzekeraar de uitkering verminderen met de schade die hij daardoor lijdt (artikel 7:941 lid 3 BW). Voor het geval een verzekerde niet aan zijn informatieverplichtingen als hiervoor bedoeld voldoet, kan de verzekeraar het vervallen van het recht op uitkering bedingen, maar slechts indien hij door de schending van de informatieverplichting in een redelijk belang is geschaad (artikel 7:941 lid 4 BW). Wanneer een verzekerde zijn in-

formatieverplichting (als bedoeld in artikel 7:941 eerste of tweede lid) niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, vervalt (met terugwerkende kracht) het recht op uitkering behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt, zo volgt uit artikel 7:961 lid 5 BW.

De inlichtingenverplichting in deze casus nader beschouwd

6.3. De wettelijke inlichtingenverplichting behelst dus:

- alle inlichtingen die de verzekeraar, dan wel de door hem aangewezen deskundigen nodig achten,
- voor zover nodig voor de vaststelling van zijn uitkeringsplicht.

6.4. Voor de vraag welke informatie Aegon in dit geval nodig heeft voor de vaststelling van zijn uitkeringsplicht is het – zoals [appellant] terecht heeft opgemerkt – nodig stil te staan bij de aard van de in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering en de van toepassing zijnde polisvoorwaarden.

6.5. Wat de aard van de verzekering betreft gaat het om de vraag of de in geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering een schadeverzekering betreft of een (zuivere) sommenverzekering. Om deze vraag te beantwoorden moeten de polisvoorwaarden worden uitgelegd, waarbij het niet alleen aankomt op de bewoordingen van de relevante bepalingen, maar ook op de zin die partijen daaraan in de gegeven omstandigheden mochten toekennen en op hetgeen zij op dit punt redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

6.6. Bij de beoordeling van het geschil in eerste aanleg is de rechtbank uitgegaan van toepasselijkheid van de (door [appellant] zelf in het geding gebrachte) polisvoorwaarden 1387. In zijn eerste grief stelt [appellant] dat de rechtbank aldus heeft miskend dat het – voor de beoordeling van zijn aanspraken – niet gaat om de verzekeringsvoorwaarden die van toepassing waren op 17 december 2007, maar om de voorwaarden die nadien telkens, en dan steeds met onmiddellijke ingang, van toepassing zijn geworden.

6.7. Aegon daarentegen meent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het bij de beoordeling van de vorderingen van [appellant] gaat om de voorwaarden die van toepassing waren op de (schade)datum / de datum van de tweede arbeidsongeschiktheidsmelding, daar de vorderingen

van [appellant] zien op deze (tweede) arbeidsongeschiktheidsmelding. Volgens Aegon doet hieraan niet af dat er per 23 januari 2013 andere voorwaarden van toepassing waren op de AOV van [appellant]. Dat Aegon in haar e-mail aan ARAG van 25 oktober 2017 met daarin de conceptopdracht aan Heling Partners te geven opdracht per abuis heeft gerefereerd aan de polisvoorwaarden 1439 doet hier evenmin aan af. ARAG heeft (de rechtshulpverlener van) [appellant] hierop gewezen, waarna Aegon de opdracht heeft aangepast. Gelet op de bedoelde correspondentie zijn de polisvoorwaarden 1387 niet alleen van toepassing, omdat deze van toepassing waren verklaard op de relevante polisbladen, maar ook omdat Aegon en [appellant] hierover overeenstemming hadden bereikt, aldus Aegon.

6.8. Het hof is van oordeel dat in het midden kan blijven op welk moment precies welke specifieke polisvoorwaarden golden, omdat het arbeidsongeschiktheidsbegrip – waar het in deze casus om draait – in de diverse polisvoorwaarden niet wezenlijk is gewijzigd. Het gaat steeds om een zuivere sommenverzekering (zie hierna).

6.9. [appellant] meent dat Aegon kennelijk (in ieder geval vanaf 2018 bij de inschakeling van Hedring & Partners) ervan is uitgegaan dat de door hem gesloten AOV is te beschouwen als een schadeverzekering. Dit blijkt volgens hem uit de aan Heldring & Partners voorgelegde vraagstelling en de door Heldring & Partners gemaakte berekeningen, waarin – kort gezegd – andere inkomsten (dan uit ambulante kaashandel) van [appellant] zijn verdisconteerd. Dit blijkt ook uit het later door Aegon betrokken standpunt dat [appellant] niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van de verzekering. Naar zijn mening heeft hij echter een zuivere sommenverzekering afgesloten. Volgens [appellant] blijkt dat uit polisvoorwaarden 1387, maar ook uit de opvolger daarvan, te weten polisvoorwaarden 1422.

6.10. Het hof is met [appellant] van oordeel dat de door hem afgesloten AOV een (zuivere) sommenverzekering betreft. Daartoe overweegt het hof dat op het polisblad geen melding wordt gemaakt van het door [appellant] in zijn bedrijf verdiende arbeidsinkomen, maar slechts een verzekerd bedrag (voor rubriek A, dan wel voor rubriek B) wordt vermeld, terwijl ook in de polisvoorwaarden geen koppeling tot stand wordt gebracht met het door [appellant] in zijn bedrijf verdiende arbeidsinkomen. De polisvoorwaarden bevatten

geen anticumulatiebepaling en de uitkering is niet afhankelijk van de omvang van het inkomensverlies. [appellant] was op grond van de polisvoorwaarden ook niet gehouden om Aegon periodiek op de hoogte te brengen van het bestaan en/of de omvang van het door hem in zijn bedrijf verdiende inkomen.

6.11. Aegon betwist ‘in principe’ ook niet dat sprake is van een sommenverzekering (CvA 1.19), maar wijst erop dat voor het berekenen van de som van belang is welke werkzaamheden [appellant] nog verricht in zijn eigen bedrijf en/of sprake is van een taakverschuiving (artikel 1.7.1 jo 2.1.2 van de polisvoorwaarden). Dat sprake is van een sommenverzekering laat volgens haar dus onverlet dat [appellant] (conform artikel 4.2 van de polisvoorwaarden), Aegon had moeten informeren over zijn werkzaamheden in zijn winkels aldus Aegon.

6.12. Aegon heeft niet expliciet toegelicht wat zij bedoelt met de toevoeging ‘in principe’. Het hof begrijpt dat zij hiermee doelt op haar uitleg van het bepaalde in artikel 2.1 van de polisvoorwaarden. Volgens Aegon moet eerst sprake zijn van inkomensderving alvorens er een recht bestaat op uitkering onder de AOV. Daarop zou de door Heling & Partners gestelde vraag over inkomensderving zien. Het hof kan Aegon hier niet volgen en overweegt hiertoe als volgt.

6.13. Het doel van de verzekering is, zo volgt uit artikel 2.1 van de polisvoorwaarden, uitkering verlenen als sprake is van (gehele of gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid, om het (bij arbeidsongeschiktheid veelal optredende) inkomensverlies op te vangen. In een onderneming (zeker in een kleine onderneming als hier aan de orde), zal arbeidsongeschiktheid immers veelal leiden tot een (substantiële) terugval van het resultaat. Een doel is echter iets anders dan een voorwaarde. Dat inkomensverlies een voorwaarde is om in aanmerking te komen voor een uitkering, staat niet in artikel 2.1 van de polisvoorwaarden. Dat dit artikel wel zo is bedoeld (laat staan dat [appellant] dat had moeten begrijpen), is verder ook niet aannemelijk gelet op de definitie van arbeidsongeschiktheid in artikel 1.7.1 van de polisvoorwaarden. Er is sprake van arbeidsongeschiktheid als de verzekerde – door objectief medisch vast te stellen stoornissen – niet in staat is tot het verrichten van (meer dan 25% van) de werkzaamheden verbonden aan het op het polisblad vermelde beroep, waarbij taakverschuivingen in het eigen bedrijf mogen wor-

den betrokken. Dit betekent dat Aegon voor de beoordeling van de (mate van) arbeidsongeschiktheid van [appellant] als zodanig niet behoefde te beschikken over zijn inkomensgegevens.

Heeft [appellant] zijn inlichtingenverplichting geschonden?

– *Bij arbeidsongeschiktheidsmelding 2 (december 2007)*

6.14. Met de rechtbank (zie rov. 4.7 van het bestreden vonnis) is het hof van oordeel dat [appellant] toen hij op 17 december 2007 (arbeidsongeschiktheidsmelding 2) zich volledig arbeidsongeschikt meldde, Aegon niet onjuist heeft geïnformeerd door te stellen dat hij volledig arbeidsongeschikt was. De twee servicewinkeltjes waren toen immers nog niet geopend, en [appellant] ondervond vermoeidheidsklachten en klachten aan de luchtwegen, waardoor hij zijn ambulante werkzaamheden in de kaasbus in redelijkheid niet meer kon uitvoeren. Aegon heeft toen volstaan met een weigering uitkering te verstrekken vanwege het ontbreken van een objectief medisch vast te stellen stoornis. Aegon heeft destijds geen onderzoek gedaan naar de werkzaamheden van [appellant]. Gesteld noch gebleken is verder dat Aegon [appellant] toen wel zou hebben verzocht om haar op de hoogte te houden dan wel vooraf met haar overleg te plegen bij voorgenomen verkoop van bedrijfsmiddelen (de kaasbus) en/of beëindiging dan wel wijziging van de verzekerde beroeps werkzaamheden. Bij zijn tweede arbeidsongeschiktheidsmelding heeft [appellant] dus aan zijn inlichtingenverplichting voldaan.

– *Bij arbeidsongeschiktheidsmeldingen 3 en 4 (2016-2017)*

6.15. Naar het oordeel van het hof is evenmin komen vast te staan dat [appellant] bij arbeidsongeschiktheidsmelding 3 en 4 Aegon onjuist heeft geïnformeerd. Hij heeft toen bij [naam 1] immers melding gemaakt van de winkeltjes en vermeld dat hij daar ongeveer 20 uur per week werk verrichtte en dat hij sinds 2007 niet meer zijn werkzaamheden als ambulante kaasverkoper uitvoerde. [appellant] heeft toen ook – achteraf beschouwd met juistheid – vermeld dat hij al sinds 2007 arbeidsongeschikt was voor zijn verzekerde werkzaamheden als ambulante kaashande-

laar. Van het verstrekken van onjuiste inlichtingen was ook toen geen sprake.

6.16. Wel kan aan Aegon worden toegegeven dat [appellant] – op grond van het bepaalde in artikel 4.2.4 en 4.2.5 van de polisvoorwaarden 1387 – in beginsel vooraf overleg had moeten plegen over de verkoop van de kaasbus en het beëindigen van de verzekerde beroeps werkzaamheden (ambulante kaashandel) en haar terstond had moeten inlichten over het starten van de servicewinkeltjes, hetgeen [appellant] niet direct, maar eerst in 2016 heeft gedaan. Daar Aegon echter in de periode 2007-2016 (achteraf gezien ten onrechte) geen uitkering verleende omdat zij toen nog meende dat aan de door [appellant] in 2007 gemelde arbeidsongeschiktheid (arbeidsongeschiktheidsmelding 2) geen medisch objectieveerbare stoornis ten grondslag lag, valt – zonder nadere toelichting – niet in te zien dat zij door het uitblijven van overleg over de beëindiging van de verzekerde werkzaamheden en de te late melding van opgepakte andere werkzaamheden schade heeft geleden of in een redelijk belang is geschaad. Het hof realiseert zich dat het voor Aegon – omdat pas veel later alsnog een medisch objectieveerbare stoornis is komen vast te staan – moeilijk is vast te stellen welke werkzaamheden [appellant] precies heeft verricht in genoemde periode, maar het past niet om dit aan [appellant] te verwijten. Indien Aegon, ondanks haar weigering om uit te keren naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 2, direct op de hoogte had willen blijven, had het in de rede gelegen dat zij in 2007 nader (geneeskundig c.q. arbeidsdeskundig) onderzoek had gedaan en/of [appellant] had gevraagd haar op de hoogte te houden van de verdere ontwikkelingen, hetgeen zij heeft nagelaten.

6.17. Naar het oordeel van het hof kan daarom in redelijkheid niet worden vastgesteld dat de te late informatieverstrekking Aegon het recht geeft de uitkering te verminderen dan wel kan leiden tot verval van het recht op uitkering. Dat Aegon door de te late informatieverstrekking schade heeft geleden, heeft zij immers niet (althans onvoldoende gemotiveerd) gesteld en is overigens ook niet aannemelijk geworden (artikel 7:941 lid 3 BW). Verder geldt dat voor het geval een verzekerde niet aan zijn informatieverplichtingen als hier bedoeld voldoet, de verzekeraar – zo volgt uit artikel 7:941 lid 4 BW – slechts het vervallen van het recht op uitkering kan bedingen, indien hij door de schending van de informatieverplichting in

een redelijk belang is geschaad. Dat zich een dergelijke schending van een redelijk belang heeft voorgedaan is – zoals hiervoor overwogen – niet gebleken.

– *Na het inschakelen van Heling & Partners in 2017*

6.18. Daarmee komt het hof toe aan de vraag of [appellant] onjuiste inlichtingen heeft verstrekt toen Heling & Partners in 2017 (nadat kwam vast te staan dat er toch een objectiveerbare medische oorzaak was voor [appellant]’s klachten) op verzoek van Aegon onderzoek deed naar de mate van arbeidsongeschiktheid naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 2. De eerder door Aegon niet onderzochte werkzaamheden van [appellant] in de periode 2007-2017 werden alsnog (mogelijk) relevant, omdat inmiddels was gebleken dat de eerdere weigering van uitkering onder de AOV niet meer houdbaar was, gelet op de kaasallergie.

6.19. Dat [appellant] toen geen volledige openheid van zaken heeft gegeven, staat naar het oordeel van het hof vast. [appellant] zelf stelt hierover: ‘Uiteraard laat zich wel ook vaststellen dat de opgaven van [appellant] – in ieder geval de opgaven zoals die door deze en gene zijn opgetekend – wisselend zijn geweest en niet altijd consequent’ (MvG nr. 29).

6.20. Dit neemt echter niet weg dat [appellant] met juistheid heeft opgemerkt dat de polis alleen zag op zijn (ongeschiktheid voor) werkzaamheden als ambulant kaashandelaar. Uit het rapport van Heling & Partners volgt dat [appellant] sinds 2007 vanwege de bij hem vastgestelde kaasallergie volledig arbeidsongeschikt was voor zijn daarbij behorende werkzaamheden (zie rapport H&P onder 4.3). Heling & Partners zag bovendien (zie rapport H&P onder 4.4) binnen het oorspronkelijk bedrijf ‘geen mogelijkheden tot taakaanpassingen of werkvoorzieningen’. Dit betekent dat, wat er ook zij van de door [appellant] (in het kader van de twee winkeltjes) verrichte werkzaamheden, moet worden aangenomen dat hij volledig arbeidsongeschikt was (en bleef) voor de oorspronkelijk verzekerde beroepswerkzaamheden. Door die (latere) arbeidsongeschiktheidsmeldingen zijn de (op de polis vermelde) verzekerde werkzaamheden immers niet gewijzigd.

6.21. De omstandigheid dat [appellant] – tot schade van zijn gezondheid en omdat er toch brood op de plank moest komen – de ambulante kaas-

handel nog enige tijd (deels) heeft voortgezet tot in het jaar 2008, en vervolgens servicewinkeltjes is gestart in een bejaardentehuis, doet aan het voorgaande niet af. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat de servicewinkeltjes in een bejaardentehuis – ondanks de vaststelling door Heling & Partners dat binnen het oorspronkelijk bedrijf geen mogelijkheden tot taakaanpassing of werkvoorziening waren – moeten worden aangemerkt als aanpassing van de werkzaamheden als ambulant kaashandelaar. De enkele omstandigheid dat in de (niet ambulante) servicewinkeltjes ook (in beperkte mate vacuüm verpakte) kaas werd verkocht, is daartoe niet voldoende. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat [appellant] bij zijn arbeidsongeschiktheidsmeldingen 3 en 4, zelf melding heeft gemaakt van zijn werkzaamheden in de servicewinkeltjes, en deze winkeltjes ook in zijn belastingaangifte heeft vermeld. Bovendien heeft [appellant] ook in 2017 aangegeven dat hij (nog steeds) meende sinds 2007 volledig arbeidsongeschikt te zijn voor zijn werkzaamheden als ambulant kaashandelaar. Het betoog van Aegon (MvA op p. 14) dat [appellant] ‘wist en vond’ dat zijn werkzaamheden in zijn winkeltjes moesten worden betrokken in de beoordeling van de mate van zijn arbeidsongeschiktheid in geval van een claim onder de arbeidsongeschiktheidsverzekering, gaat dan ook niet op. Nu partijen nog niet (met voldoende mate van zekerheid) wisten van het bestaan van de cheese handler’s disease bij [appellant], kan in redelijkheid niet worden aangenomen dat [appellant] door het opgeven van die werkzaamheden in het kader van de meldingen 3 en 4, zijn rechten/aanspraken jegens Aegon in het kader van arbeidsongeschiktheidsmelding 2 (onder de in 2007 geldende polisvoorwaarden) zou hebben prijsgegeven of beperkt.

6.22. Dit een en ander betekent dat ook niet relevant is hoeveel uur [appellant] in die servicewinkeltjes werkte en evenmin hoeveel geld hij daarmee verdiende. Deze informatie had Aegon niet nodig voor de vaststelling van haar uitkeringsplicht naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 2 (in het kader van de onderhavige sommenverzekering). Heling & Partners had in haar rapport immers al vastgesteld dat sinds 2007 sprake was van (blijvende) volledige arbeidsongeschiktheid voor de verzekerde werkzaamheden. Dit betekent dat evenmin relevant is dat [appellant] mogelijk bij zijn belastingaangiften onrechte aanspraak heeft gemaakt op zelfstan-

digenaftrek in het kader van het voeren van zijn werkzaamheden in de winkeltjes. Dat gaat immers Aegon niet aan (activiteiten buiten het verzekerd beroep in 2007), maar slechts de Belastingdienst.

6.23. Dat [appellant] geen volledige openheid van zaken heeft verstrekt naar aanleiding van de vragen van Heling & Partners, doet er voor de toepassing van artikel 7:941 BW dus niet toe. De door Heling & Partners gestelde vragen zien niet op informatie die nodig was voor de vaststelling van de uitkeringsplicht van Aegon naar aanleiding van arbeidsongeschiktheidsmelding 2. De vragen zien niet op inlichtingen als bedoeld in artikel 7:941 eerste of tweede lid BW, zodat voor de onjuiste beantwoording door [appellant] ook niet het bepaalde in het vierde en vijfde lid van dat artikel geldt. Van opzet tot misleiden en de daarvoor geldende sancties kan daarom geen sprake zijn. Toepassing van de relevante polisvoorwaarden leidt overigens niet tot een andere conclusie.

6.24. Dit klemmt te meer omdat de consequenties van het aannemen van 'opzet tot misleiden' ingrijpend zijn. Dit betekent dat niet licht kan worden geoordeeld dat het opzet te misleiden aanwezig is; de lat ligt hoog. Bij de beantwoording van de vraag of de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde met de schending van de in art. 7:941 lid 2 BW bedoelde mededelingsplicht het opzet heeft gehad de verzekeraar te misleiden, dient te worden onderzocht of daarbij de bedoeling heeft voorgezeten de verzekeraar te bewegen tot het verstrekken van een uitkering die hij zonder die schending niet zou hebben verstrekt (zie HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:311, r.o. 3.1.5). [appellant] had echter – zoals uit het rapport van Heling & Partners onmiskenbaar volgt – nu juist wel recht op (volledige) uitkering in het kader van de tweede arbeidsongeschiktheidsmelding.

Bewijsaanbod Aegon

6.25. Aegon heeft in hoger beroep een uitgebreid bewijsaanbod gedaan. Aan het toestaan van bewijs wordt echter bij gebreke van stellingen die – indien bewezen – tot een ander oordeel dan hiervoor weergegeven zouden leiden, niet toegekomen.

Wat betekent e.e.a. voor de vorderingen van [appellant]?

– Verklaringen voor recht i, ii en iii

6.26. Het voorgaande betekent dat de verklaring voor recht dat Aegon de verzekeringsovereenkomst met Aegon ten onrechte heeft opgezegd en (dus) gehouden is de verzekeringsovereenkomst met [appellant] voort te zetten voor toewijzing gereed liggen.

6.27. Het hof kan zich voorstellen dat het voortzetten van de verzekering moeizaam is, nu niet alleen Aegon alle vertrouwen heeft verloren in [appellant], maar dit ook omgekeerd geldt (MvG onder 30). Dit is echter geen reden om te oordelen dat Aegon – ondanks het ontbreken van een wettelijke of contractuele opzeggingsgrond – de verzekering mocht opzeggen. Het is aan partijen zelf om hiervoor een oplossing te zoeken. Mogelijk dat mediation hierbij behulpzaam kan zijn.

6.28. Ook de verklaring voor recht dat [appellant] vanaf 17 december 2007 (datum tweede arbeidsongeschiktheidsmelding) volledig arbeidsongeschikt is geweest in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden, ligt voor toewijzing gereed.

– Verwijdering uit EVR

6.29. Nu van schending van de inlichtingenverplichting niet is gebleken zal Aegon tevens worden veroordeeld tot verwijdering van de aantekening van [appellant] in het Externe Verwijzingsregister en de verwerking in de CIS Databank.

– Premierestitutie

6.30. Gelet op het vorenstaande in artikel 5 van de Polisvoorwaarden 1387 heeft [appellant] (omdat hij volledig arbeidsongeschikt is) recht op premievrijstelling. De door hem sedert de tweede arbeidsongeschiktheidsmelding betaalde premies heeft hij daarom onverschuldigd betaald. Daar Aegon geen verweer heeft gevoerd tegen de door [appellant] gevorderde bedragen, zal Aegon worden veroordeeld tot terugbetaling van de door [appellant] voor de verzekering betaalde premies vanaf het jaar 2008 van € 52.167,06.

– Verzekerde jaarrenten over de jaren 2008 tot en met 2020

6.31. Aegon zal worden veroordeeld de volledige verzekerde jaarrenten over de jaren 2008 tot en met 2020 op basis van 100% arbeidsongeschikt-

heid ten bedrage van € 210.499,23 aan [appellant] te betalen, nu Aegon de bedragen niet heeft weerproken.

– *Belastingschade*

6.32. [appellant] vordert tevens vergoeding van de eventueel door hem te lijden belastingschade, die bestaat uit het verschil tussen de belasting die hij na ontvangst van betaling door Aegon zal moeten voldoen en de belasting die hij had moeten voldoen wanneer Aegon hem jaarlijks de juiste bedragen had uitgekeerd.

6.33. Aegon betwist dat [appellant] dergelijke schade heeft geleden of zal lijden. Verder meent Aegon dat zij niet aansprakelijk is en om die reden al geen vergoedingsplicht bestaat.

6.34. Het hof overweegt dat in beginsel voor vertragingsschade bij geldschulden een bijzondere regeling is getroffen: de wettelijke rente (artikel 6:119 BW). Belastingschade als door [appellant] gevorderd valt hier echter buiten. Zij is van een andere aard dan de door de vertraging zelf geleden schade waarop artikel 6:119 BW (de in verband met de rechtszekerheid weergegeven vaste maatstaf) betrekking heeft (HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1914, NJ 1997/163). De eventueel door [appellant] te lijden belastingschade is op grond van de toerekenbare tekortkoming van Aegon om tot het doen van (tijdige) uitkeringen over te gaan, daarom eveneens toewijsbaar.

– *Wettelijke rente over toegekende bedragen*

6.35. De gevorderde wettelijke rente over de genoemde bedragen zal als niet weersproken eveneens worden toegewezen.

– *Buitengerechtelijke kosten*

6.36. [appellant] vordert een bedrag van € 10.000,- aan buitengerechtelijke kosten. Dit is, aldus [appellant], nog slechts een fractie van de daadwerkelijk gemaakte kosten die zijn verbonden aan de door de opeenvolgende belangenbehartigers verrichte werkzaamheden en wordt volledig gerechtvaardigd door het handelen en nalaten van Aegon, zoals hiervoor onder de feiten omschreven.

6.37. Aegon betwist dat Aegon kosten tot een dergelijk bedrag heeft gemaakt en wijst erop dat [appellant] de kosten niet heeft onderbouwd. Verder meent Aegon dat deze kosten ook niet voor toewijzing in aanmerking komen op grond van het Rapport BGK-integraal 2013 of de BIK-staffel.

6.38. Het hof overweegt dat in dit geval het besluit BIK en de BIK-staffel niet van toepassing zijn, omdat geen sprake is van buitengerechtelijke incassokosten, maar van andere buitengerechtelijke kosten. Dit betekent dat het hof aansluiting zal zoeken bij het Rapport BKG-integraal. Het hof is van oordeel dat evident is dat door [appellant] in een reeks van jaren kosten zijn gemaakt voor verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een – niet aanvaard – schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier. Hoewel een specificatie van de kosten ontbreekt, acht het hof vergoeding van een bedrag van € 10.000,- reëel, gelet op de hoogte van de vordering, de bewerkelijkheid van de casus en de onwelwillende houding van Aegon gedurende meerdere jaren. Ook de buitengerechtelijke kosten ad € 10.000,- komen daarom voor toewijzing in aanmerking, evenals de proceskosten in eerste aanleg.

– *Immateriële schade*

6.39. Voor toewijzing van de door [appellant] gevorderde immateriële schade ziet het hof geen grond. Dat geldt ook voor de gevorderde verklaring voor recht dat Aegon jegens [appellant] schadelijkt is, omdat – zonder nadere toelichting – niet valt in te zien dat (en welke) schade [appellant] heeft geleden nu zijn vorderingen alsnog zullen worden toegewezen.

– *Conclusie en proceskosten*

6.40. De conclusie is dat het hoger beroep van [appellant] slaagt. Daarom zal het hof het vonnis vernietigen. Het hof zal Aegon als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

6.41. Die proceskosten worden begroot op:

appeldagvaarding € 131,18

griffierecht € 783,-

salaris advocaat € 6.642,- (1,5 punt × tarief VI)

nakosten € 178,- (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal € 7.734,18

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

7. *Beslissing**Het hof:*

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 27 juli 2022;

en opnieuw rechtdoende:

– verklaart voor recht dat

a. Aegon de verzekeringsovereenkomst met [appellant] ten onrechte heeft beëindigd;

b. Aegon gehouden is de overeenkomst met [appellant] voort te zetten;

c. [appellant] vanaf 17 december 2007 (datum 2e arbeidsongeschiktheidsmelding) volledig arbeidsongeschikt is geweest in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden;

– veroordeelt Aegon tot verwijdering van de aantekening van [appellant] in het Extern Verwijzingsregister en de verwerking in de CIS Database;

– veroordeelt Aegon tot (terug)betaling aan [appellant] van

a. € 52.167,06 aan door [appellant] voor de verzekering betaalde premies vanaf het jaar 2008;

b. € 210.499,23 aan volledig verzekerde jaarrenten op basis van volledige arbeidsongeschiktheid over de jaren 2008 tot en met 2020;

c. de eventueel door [appellant] te lijden belastingsschade, bestaande uit het verschil tussen de belasting die [appellant] na ontvangst van betaling door Aegon zal moeten voldoen en de belasting die [appellant] had moeten voldoen wanneer Aegon aan hem jaarlijks de juiste bedragen had uitgekeerd;

d. de over a), b) en c) verschuldigde wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW;

e. € 10.000,- aan buitengerechtelijke incassokosten,

te verminderen met de uitkering die Aegon na 1 januari 2008 aan [appellant] betaalbaar heeft gesteld (met verrekening van rente);

– veroordeelt Aegon in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van [appellant] tot op 27 juli 2027 begroot op € 106,47 aan kosten dagvaarding, € 1.639,- aan griffierecht en € 4.982,- (2 punten tarief VI) aan salaris advocaat;

– veroordeelt Aegon in de kosten van de procedure in hoger beroep aan de zijde van [appellant] begroot op € 7.734,18, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Aegon deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

– bepaalt dat als Aegon niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft vol-

daan en dit arrest vervolgens wordt betekend, Aegon de kosten van die betekening moet betalen, plus extra nakosten van € 92,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Aegon deze niet binnen veertien dagen na betekening heeft voldaan;

– verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

– wijst af het anders of meer gevorderde.

NOOT

Dit arrest verdient bespreking. Ik ga in deze noot achtereenvolgens in op (i) de arbeidsdeskundige rapporten en (ii) de beoordeling daarvan door het hof in het licht van het beroep van verzekerde en de daaraan verbonden werkzaamheden. Daarbij zal ik tevens aandacht schenken aan (iii) de clausule waarin is bepaald dat aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden alsmede taakverschuivingen binnen het eigen bedrijf bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid worden betrokken, de zogenoemde ‘taakverschuivingsclausule’.

Inleiding

Het beroep van verzekerde zoals vermeld op het polisblad is ‘ambulante handel in kaas, nootjes, worst. Etc.’ Van ‘arbeidsongeschiktheid’ in de zin van de polis is volgens art. 1.7.1 van de toepasselijke polisvoorwaarden nr. 1387 uitsluitend sprake indien er in directe relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor verzekerde voor ten minste 25% niet in staat is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan het op het polisblad vermelde beroep zoals dat voor deze beroepsbezigheden in de regel en redelijkerwijs kan worden verlangd. Aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden alsmede taakverschuiving binnen het eigen bedrijf worden daarbij betrokken. Blijkens art. 2.1 van de toepasselijke polisvoorwaarden heeft de verzekering tot doel uitkering te verlenen ingeval van geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen van de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. Op verzekerde rust blijkens art. 4.2.2. van de toepasselijke polisvoorwaarden de verplichting om aan de verzekeraar en aan door verzekeraar aangewezen deskundigen volledig en naar waarheid alle inlichtingen te geven die verzekeraar nodig acht en die van belang zijn voor de vaststelling

van de mate van arbeidsongeschiktheid (...) of voor de uitkering.

De arbeidsdeskundige rapporten

In deze zaak zijn – voor zover op te maken uit het arrest – in de loop der tijd twee arbeidsdeskundigen betrokken. Allereerst blijkt dat verzekeraar een arbeidsdeskundig onderzoek heeft gelast in 2017. In het rapport van 27 januari 2017 is vermeld dat verzekerde ‘ambulante kaashandelaar’ van beroep was. Dit klopt niet; het op het polisblad vermelde beroep is immers niet ‘ambulante kaashandelaar’, maar: ‘ambulante handel in kaas, nootjes, worst etc.’. Dat is een – essentieel – ander beroep. Ik kom hier later op terug.

De arbeidsdeskundige geeft in het rapport van 27 januari 2017 aan dat verzekerde in 2007 met deze activiteit is gestopt. Daarnaast blijkt uit dit rapport dat verzekerde op het moment van het arbeidsdeskundig onderzoek (aldus 27 januari 2017) twee winkeltjes exploiteert in een serviceflat, respectievelijk een bejaardentehuis. De arbeidsdeskundige geeft aan dat het twee kleine winkeltjes betreft die zeer beperkt open zijn, te weten drie uur per dag. In totaal werkt verzekerde naar eigen zeggen achttien uur per week in de beide winkeltjes en wordt daarbij geholpen door losse krachten. Een van de winkeltjes zou binnenkort gaan sluiten, aldus de arbeidsdeskundige, omdat het betreffende bejaardentehuis dicht gaat. De winkeltjes worden bevoorraad door de groothandel. De arbeidsdeskundige tekent bij de werkzaamheden aan dat gedacht moet worden aan verkoop van ‘melk, kaas, koekjes, dranken, chips, versnaperingen en dat soort zaken’. Wat de kaas betreft gaat het om enkele stukken die vacuum verpakt zijn. De beide winkels exploiteerde verzekerde voorheen naast de ‘kaasbus’. Nadat hij klaar was in de beide winkels startte verzekerde met zijn werkzaamheden met betrekking tot de kaasbus. Het aantal uren dat verzekerde per week werkzaam was bedroeg in 2007 zestig uur per week, na 2007 is dat nog twintig uur per week, aldus nog steeds de arbeidsdeskundige, die aangaf dat verzekerde achttien uur werkte in uitvoerende taken en twee uur besteedde aan administratieve werkzaamheden. De uitvoerende taken bestonden volgens de arbeidsdeskundige in 2017 uit het laten brengen bij de beide winkels door de groothandel van de bestelde artikelen, het inruimen van de winkel, verkoopwerkzaam-

heden en het schoonmaken van de vloer en schappen.

Partijen hebben enige tijd later (voor zover uit het arrest is op te maken) samen een andere arbeidsdeskundige opdracht gegeven tot arbeidsdeskundig onderzoek. Zoals blijkt uit het arrest hebben partijen samen de vragen opgesteld en is (volgens mij dus:) gezamenlijk de opdracht verstrekt om de mate van arbeidsongeschiktheid te onderzoeken. Deze arbeidsdeskundige heeft de bevindingen in concept aan partijen toegezonden en heeft hen in de gelegenheid gesteld om opmerkingen te maken. Partijen hebben van deze gelegenheid gebruikgemaakt. Voor zover relevant blijkt uit het definitieve rapport van 5 november 2018 dat deze arbeidsdeskundige is uitgegaan van het beroep van ‘ambulant handelaar’. Meer specifiek reed verzekerde volgens deze arbeidsdeskundige een route van tachtig tot honderd adressen. Daar was hij vijf dagen per week tien tot elf uur per dag mee bezig. De werkzaamheden betroffen enerzijds autorijden en anderzijds verkoopwerkzaamheden, welke werkzaamheden onlosmakelijk met elkaar waren verbonden. De verkoopwerkzaamheden omvatten voornamelijk het op locatie afwegen, snijden en verpakken van kaas en het afrekenen van kaas en overige producten. Kaas was binnen dit assortiment het belangrijkste product. Zowel in volume, als in omzet maakte kaas meer dan 90% van de verkoop uit. De overige producten kenden een verkoopondersteunend karakter, aldus nog steeds de arbeidsdeskundige. Hij zag binnen het oorspronkelijke bedrijf geen mogelijkheden tot taakaanpassing of werkvoorzieningen, zoals blijkt uit par. 4.4 van zijn rapport. Diametraal daar tegenover staat dat – eveneens – uit dit arbeidsdeskundig rapport blijkt dat verzekerde in 2008 was begonnen met een winkeltje in een verzorgings-tehuis. In dat jaar was er sprake van een gedeelte omzet uit dat winkeltje; de overige omzet kwam van de kaasbus. Alle omzet voor 2008 kwam van de kaasbus; alle omzet na 2008 uit de winkeltjes. Uit dit arbeidsdeskundig rapport blijkt voorts dat verzekerde in 2010 een tweede winkeltje opende; in 2014 was een winkeltje weer gesloten. Essentieel voorts is dat deze arbeidsdeskundige de werkzaamheden in de winkeltjes zag als ‘gerealiseerde aanpassing van werkzaamheden en werk-omstandigheden in de zin van de polis’. Verzekerde betoogde dat hij geen werkzaamheden meer had verricht. De arbeidsdeskundige dacht daar

blijkens zijn rapport geheel anders over en geeft aan dat hij weliswaar geen taak/urenanalyse kan opstellen, maar dat verzekerde aan de Belastingdienst had opgegeven dat hij ten minste 1.225 uur per jaar aan het arbeidswerkzame leven deelnam. Daarom overweegt de arbeidsdeskundige dat, vergeleken met de oorspronkelijke arbeidsinzet, gedurende zestig uur per week werd gewerkt, oftewel een verlies van maximaal 35,5 uur per week, aldus maximaal 60% arbeidsongeschiktheid. De arbeidsdeskundige merkt, essentieel, nog op dat verzekerde tot en met een deel van 2008 kaas was blijven verkopen, wat blijkt uit de winst- en verliesrekeningen. Uit diezelfde winst- en verliesrekeningen bleek niet dat sprake was van de inzet van een vervangende arbeidskracht. Kort en goed beantwoordt de arbeidsdeskundige vraag 1: 'Wilt u vaststellen in welke mate betrokkene arbeidsongeschikt is in de zin van de toepasselijke polisvoorwaarden?' dan ook als volgt: 'Betrokkene is voor 100% arbeidsongeschikt in zijn oorspronkelijke beroepswerkzaamheden te achten. Rekening houdend met de uit de winst- en verliesrekeningen en van de boekhouder verkregen informatie is er vanaf medio 2008 sprake van maximaal 60% arbeidsongeschiktheid na gerealiseerde aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden'. Verzekeraar heeft naar aanleiding van een en ander boekhoudkundig onderzoek laten verrichten. Daaruit kwam naar voren dat verzekerde zelf aan het werk was geweest in de periode 2006 tot 2010. Verzekeraar stelde zich naar aanleiding daarvan op het standpunt dat sprake was van opzettelijke misleiding, wat verzekerde ontkende. Wat daarvan ook zij, de advocaat van verzekerde erkende in de brief van 19 maart 2020 dat de activiteiten in de winkeltjes liepen via het bedrijf van verzekerde. Dat was de 'meest praktische reden daarvoor omdat dat stond ingeschreven in de Kamer van Koophandel' (zie: r.o. 3.1 onder p. van het arrest).

Gelet op het voorgaande is het (tweede) arbeidsdeskundig onderzoek verricht op instigatie van beide partijen. Voor zover op te maken uit het arrest was sprake van een gezamenlijke opdracht tot arbeidsdeskundig onderzoek. Qua bewijswaarde heeft dat forse implicaties. De overeenkomst tussen partijen om gezamenlijk opdracht te geven tot een arbeidsdeskundig onderzoek veronderstellen overeenstemming over de persoon van de deskundige, de vraagstelling en de

opdracht tot het verstrekken van een concept-rapport. Die overeenkomst heeft ertoe geleid dat door de gezamenlijk aangewezen deskundige onderzoek is gedaan en is gerapporteerd op dezelfde wijze als het geval zou zijn geweest indien de rechter op verzoek van een van beide partijen een voorlopig deskundigenbericht had gelast. Daarbij komt dat beide partijen bij de totstandkoming van bedoelde afspraken en het daarop volgende onderzoek werden bijgestaan door deskundige raadslieden. Onder deze omstandigheden moet volgens de jurisprudentie worden aangenomen dat de overeenstemming die ten grondslag ligt aan de totstandkoming van het rapport mede de inhoud van de tussen partijen geldende procesorde bepaalt in die zin dat een zodanig rapport op één lijn kan worden gesteld met een door de rechter opgedragen deskundigenbericht. In een zodanig geval geldt dat wanneer geen zwaarwegende bezwaren bestaan tegen de wijze van totstandkoming of de inhoud van het rapport, het in strijd is met de goede procesorde om een nieuw onderzoek, op de voet van een voorlopig deskundigenbericht, te verlangen (vgl. bv. hof Amsterdam 6 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:BM9228; hof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:793). De rechter zal aldus uitgaan van een dergelijk rapport, tenzij de partij die daar afstand van wenst te nemen zwaarwegende en steekhoudende bezwaren daartegen aanvoert. Dergelijke bezwaren maak ik uit het arrest niet op. Het hof Den Haag heeft het (tweede) arbeidsdeskundig onderzoek evenwel kennelijk niet als op gezamenlijk verzoek gekwalificeerd. Integendeel naar het lijkt, nu het hof – in weerwil van het gezamenlijke karakter van dit arbeidsdeskundig rapport – in rechtsoverweging 6.18 overweegt dat deze arbeidsdeskundige 'op verzoek van Aegon onderzoek deed'. Dat lijkt niet juist en kan ik niet rijmen met rechtsoverweging 3.1 onder k waarin het hof (uitvoerig) uiteenzet op welke wijze de (gezamenlijke) opdracht aan dit arbeidsdeskundig bureau tot stand is gekomen op verzoek van beide partijen. Juist vanwege het gezamenlijk karakter van de opdracht had het hof naar mijn oordeel de door de arbeidsdeskundige gegeven antwoorden tot uitgangspunt moeten nemen bij zijn beoordeling, en niet een verwijzing naar (tussen)paragraaf 4.4. Zoals ik hiervoor heb aangegeven is de door beide partijen benoemde deskundige van oordeel dat verzekerde weliswaar volledig arbeidsonge-

schikt is voor de werkzaamheden die zijn verbonden aan het beroep, maar dat verzekerde volgens de arbeidsdeskundige op basis van de taakverschuivingsclausule slechts 60% arbeidsongeschikt is. Het hof besteedt evenwel aan dit laatste percentage geen enkele aandacht. Ik acht dat niet terecht, nu de door beide partijen benoemde deskundige dat expliciet aangeeft op basis van gedegen onderzoek. Ik moet op zichzelf toegeven dat het arbeidsdeskundig rapport op twee gedachten hinkt, omdat de arbeidsdeskundige in par. 4.4 van het rapport betoogt dat binnen het oorspronkelijk bedrijf 'geen mogelijkheden tot taakaanpassing of werkvoorzieningen' aanwezig zijn, maar in één adem bij beantwoording van vraag 1 toch taakverschuivingen mogelijk acht. Maar zo zonder nadere overwegingen, die ontbreken, ben ik van oordeel dat het hof het gezamenlijk karakter van het arbeidsdeskundig onderzoek ten onrechte heeft miskend. In ieder geval blijkt uit het in deze noot besproken arrest niet dat het hof Den Haag daar in zijn beoordeling conclusies aan heeft verbonden.

Het beroep van verzekerde

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het oordeel samenhangt met de onjuiste beoordeling van het hof van het beroep van verzekerde. In rechtsoverweging 1.1 (en ook verderop in het arrest) gaat het hof uit van een 'ambulante kaasverkoper'. Dit is niet juist, omdat (zoals gezegd) uit het polisblad blijkt dat het beroep van verzekerde 'ambulante handel in kaas, nootjes, worst, etc.' is. Dit is heel wat anders, maar helaas werkt dit vertrekpunt door in het gehele arrest. De zelfstandige die een ambulante handel heeft in kaas biedt een heel ander bedrijf ter verzekering aan de verzekeraar aan dan de zelfstandige die ambulant handelt in diverse soorten producten zoals kaas, nootjes of worst. Ik wijs er daarbij op dat de opsomming op de polis uitdrukkelijk niet limitatief is. Dat blijkt uit de expliciete toevoeging van het woord 'etc.'. Het gaat dus om een (veel) breder in dekking genomen beroep dan dat van slechts ambulant kaasverkoper. Dat is van belang, omdat het begrip 'arbeidsongeschiktheid' en de taakverschuivingsclausule die daar deel van uitmaakt (krachtens het na eerstejaarsrisico) de primaire dekking omschrijft van deze arbeidsongeschiktheidsverzekering en is op te vatten als een kernbeding. Het begrip 'arbeidsongeschiktheid' omschrijft immers wat daaronder in het ka-

der van de verzekering wordt verstaan en daarmee aldus wat de omvang van de dekking is. Daarmee is dus de verbintenis van de verzekeraar omschreven en afgebakend. Die afbakening vindt ontegenzeggelijk haar weerslag in de hoogte van de premie, aldus hof Amsterdam bij arrest van 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:482. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep tegen dit arrest bij arrest van 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736 (zie in gelijke zin: HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1736, «JA» 2021/18 m.nt. EJW, waarin de Hoge Raad aangeeft dat het begrip 'arbeidsongeschiktheid' de primaire dekking omschrijft). Het hof overweegt in rechtsoverweging 6.20 naar mijn overtuiging ten onrechte dat de polis alleen ziet op de ongeschiktheid voor werkzaamheden als 'ambulant kaashandelaar'. Door aldaar uitsluitend te verwijzen naar par. 4.4 van het gezamenlijke arbeidsdeskundig rapport (en niet naar het antwoord op vraag 1 dat geheel anders luidt) schiet de beoordeling van het hof naar mijn oordeel tekort. Niet in de laatste plaats vanwege het feit dat het hof ten onrechte uitgaat van het beroep van 'ambulante kaashandel' in tegenstelling tot het polisblad, te weten ambulante handel in kaas, nootjes, worst, etc.". De polis is een onderhandse akte in de zin van art. 156 Rv, die in beginsel dwingend bewijs oplevert van hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen (vgl. Asser-Van Tiggele, Hartlief & Salomons, 7-IX, 2024/130).

De taakverschuivingsclausule

Verzekerde kampte (naar achteraf in 2017 bleek) met een kaasallergie. Daardoor kon hij kaas niet meer verhandelen en viel daarvoor dus volledig uit. Zoals gezegd omvatte het beroep echter niet alleen ambulante handel in kaas, maar ook bijvoorbeeld in noten of worst. Nu uit het eerste arbeidsdeskundig rapport expliciet blijkt dat verzekerde na 2007 twintig uur per week werkzaam was, en ook uit het gezamenlijke arbeidsdeskundig rapport blijkt dat concrete invulling is gegeven aan aanpassing van werkzaamheden en werkomstandigheden, is voor mij niet te volgen dat het hof daar in zijn beoordeling geen enkele rekening mee houdt. Niet voor niets heeft het hof Den Bosch in zijn arrest van 25 april 2017 («JA» 2017/116) overwogen dat verzekerde is niet het beroep of bedrijf maar de feitelijke (inkomen genererende) werkzaamheden die verzekerde verricht.

Daarbij overwoog dat hof dat het nog maar de vraag is of het onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende taken niet relevant is bij sommenverzekeringen. Ook bij sommenverzekeringen (waarvan ook in deze zaak sprake is) is het uiteindelijk de vraag of, en zo ja in hoeverre, de verzekerde als gevolg van beperkingen in de belastbaarheid niet meer in staat is om de werkzaamheden te verrichten die zijn verbonden aan het beroep of bedrijf (vgl. E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2014-2019', Deel 2, *AV&S* 2019/32; hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7788; rb. Midden-Nederland 9 december 2015, «JA» 2016/92; rb. Midden-Nederland 26 april 2017, «JA» 2017/117). Het is onduidelijk waarom het hof voorbijgaat aan de twee servicewinkeltjes en de werkzaamheden die verzekerde daarin verrichtte. Verzekerde was immers, zoals gezegd, niet alleen ambulante handelaar in kaas, maar ook bijvoorbeeld in noten en worstjes. Op die producten had zijn allergie geen betrekking. De door beide partijen benoemde arbeidsdeskundige komt dan ook niet voor niets in de beantwoording van de vraagstelling expliciet tot 60% arbeidsongeschiktheid op grond van de taakverschuivingsclausule waarbij verzekerde als ambulante handelaar met (andere) producten werkte waar de kaasallergie (kenmerklijk) niet aan in de weg stond. Bovendien heeft verzekerde zelf aangegeven dat hij deze werkzaamheden verrichtte binnen het bedrijf, waardoor de aanpassingen alleen al op basis van de letterlijke tekst van art. 1.7.1 van de toepasselijke polisvoorwaarden bij beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid – imperatief – 'worden' betrokken. Het hof geeft zich voorts geen rekenschap van het feit dat de omzet na 2008 uit de servicewinkeltjes kwam, zoals blijkt uit de winst- en verliesrekeningen. Het hof is van oordeel dat 'niet relevant is hoeveel uur verzekerde in de servicewinkeltjes werkte en evenmin hoeveel geld hij daarmee verdiende', omdat verzekeraar die informatie niet nodig had voor de vaststelling van zijn uitkeringsplicht. Hiermee miskent het hof dat inzage in de inkomensgegevens losstaat van de kwalificatie van het karakter van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. In de toepasselijke polisvoorwaarden is immers niet voor niets neergelegd dat alle door verzekeraar nodig geoordeelde gegevens moeten worden verstrekt, wat ook strookt met art.

7:941 BW. Zulks temeer ook daar bij de claimbehandeling van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen een helder en compleet overzicht moet worden gegeven van de aard en omvang van de werkzaamheden en de activiteiten die de verzekerde (al dan niet) heeft ontplooid. Zoals hof Den Bosch in zijn eerder genoemde arrest van 25 april 2017 terecht overweegt, is ook bij sommenverzekeringen immers uiteindelijk de vraag of, en zo ja in hoeverre, de verzekerde als gevolg van beperkingen in de belastbaarheid niet meer in staat is om de werkzaamheden te verrichten die zijn verbonden aan het beroep of bedrijf, waarbij bij polissen zoals deze taakverschuivingsclausules expliciet onderdeel uitmaken van de contractuele verhouding tussen partijen («JA» 2017/116 m.nt. EJW). Het voorgaande klemmt naar mijn overtuiging temeer ook, daar uit het rapport van de eerste arbeidsdeskundige van 27 januari 2017 blijkt dat verzekerde na 2007 maar liefst twintig uur per week werkzaam was en daarmee inkomen genereerde.

De uitkomst besproken

Door ondanks al deze feiten en omstandigheden verzekeraar te veroordelen tot een volledige uitkering vanaf 7 december 2007 piept en knarst de uitkomst van deze gerechtelijke procedure wat mij betreft. Het is zacht gezegd discutabel of dat (uiteindelijk) echt is waarop verzekerde bij het aangaan van de arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft mogen vertrouwen. Zoals ik aangaf in mijn noot onder het arrest van het hof Den Bosch van 25 april 2017, staat immers op zichzelf niet ter discussie dat verzekerde met die werkzaamheden inkomen genereerde, althans dat hij met de werkstellige taakverschuivingen inkomen kon genereren. Dat wordt met deze veroordeling dus volledig buiten beschouwing gelaten. Het is mij om het even of het daarbij gaat om een sommenverzekering (art. 7:964 BW) waarbij onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Daarbij wijs ik erop dat de onderhavige arbeidsongeschiktheidsverzekering blijkens art. 2.1 van de toepasselijke polisvoorwaarden tot doel had om uitkering te verlenen ingeval van 'geheel of gedeeltelijk wegvallen van inkomen' van de verzekerde ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. Dogmatisch gezien klopt de uitkomst ook niet, omdat voor de gewerkte twintig uur per week feitelijk geen uitval bestaat in de aangepaste werkzaamheden, maar verze-

kerde niettemin wel degelijk een volledige uitkering ontvangt. In weerwil van het ondubbelzinnige antwoord van de door beide partijen benoemde arbeidsdeskundige die uitkomt op 60% arbeidsongeschiktheid.

De uitkomst van deze gerechtelijke procedure acht ik temeer ook saillant daar veel procedures over taakverschuivingsclausules vooral zien op theoretische beoordelingen van mogelijke aanpassingen. Ik wijs in dat verband op het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2021 (ECLI:NL:HR:2021:521) waar hij zich schaarde achter de opvatting van het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 28 januari 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:745). In die zaak achtte het hof de resterende inzet van verzekerde te gering om het eigen beroep/de eigen werkzaamheden naar behoren te kunnen uitvoeren, daargelaten dat verzekerde al negen jaar geen eigen bedrijf meer had. Verzekeraar had enkele theoretische mogelijkheden opgesomd waartoe verzekerde naar de overtuiging van verzekeraar in staat moest worden geacht. Het hof verwierp dat betoog door te overwegen dat gesteld noch gebleken was dat verzekerde in staat moest worden geacht om op 59-jarige leeftijd een soortgelijk, nieuw bedrijf uit te oefenen met inachtneming van taakverschuivingen met een (nieuwe) compagnon. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Met andere woorden gaat het bij taakverschuivingsclausules als deze (doorgaans) om beoordeling van de 'redelijke (theoretische) mogelijkheid' om werkzaamheden te verrichten. Zo niet in deze zaak, waar verzekerde daadwerkelijk aanpassingen had doorgevoerd en daarmee inkomen genereerde. Dat dergelijke werkzaamheden bij taakverschuivingsclausules relevant zijn is vaste jurisprudentie, zoals ook blijkt uit dit in casu bij de Hoge Raad tevergeefs aangevallen arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 18 januari 2020 en rb. Gelderland 2 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:7185; hof 's-Hertogenbosch 25 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1843 en rb. Midden-Nederland 26 april 2017, «JA» 2017/117.

mr. dr. E.J. Wervelman
advocaat bij Stadhouders Advocaten te Utrecht,
tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het hof Den Bosch

170

Staat de BBr in de weg aan regres op een vrijwilliger?

Rechtbank Rotterdam
18 september 2024, nr. C/10/676512 / HA ZA
24-274, ECLI:NL:RBROT:2024:9391
(mr. Veling)
Noot mr. E.A.L. van Emden

Regres. BBr. Particulier.

[BW art. 6:160, 6:197, 7:962; Bedrijfsregeling
Brandregres]

Er breekt brand uit in een kringloopwinkel nadat een kaars onbeheerd is achtergelaten. Een naburig pand loopt hierdoor schade op. De brandverzekeraar van dit pand wil regres nemen op de vrijwilliger die de kringloopwinkel heeft afgesloten zonder eerst de kaars te doven. De rechtbank wijst de vordering af. De Bedrijfsregeling Brandregres verbiedt namelijk regres op particulieren. Volgens de rechtbank is de vrijwilliger hier als particulier aan te merken.

ASR Schadeverzekering N.V.,
gevestigd te Utrecht,
eiseres,
advocaat mr. D.G. Rosenquist-Mulders te Rotterdam,
tegen
[gedaagde],
wonende te [woonplaats],
gedaagde,
advocaat mr. A.P.E. de Ruiter te Apeldoorn.
Partijen zullen hierna ASR en [gedaagde] genoemd worden.

1. *De procedure*
(...)

2. De feiten

2.1. ASR is de brandverzekeraar van [bedrijf A]. (hierna: [bedrijf A]). [bedrijf A] heeft bedrijfsruimte in gebruik aan de [adres] in Hoek van Holland. In datzelfde gebouw was ook een kringloopwinkel gevestigd, die werd geëxploiteerd