

## TUCHTRAAD FINANCIËLE DIENSTVERLENING (ASSURANTIËN)

### UITSpraak 12-006

verwezen door: in de zaak nr. [nummer],  
Ombudsman Financiële Dienstverlening  
hierna te noemen: de Ombudsman,

met betrekking tot: [Naam aangeslotene]  
hierna te noemen: aangeslotene.

#### 1. Inleiding

Deze zaak betreft het verzoek van de Ombudsman tot het instellen van een onderzoek als bedoeld in artikel 6 lid 2 onder a van het Reglement Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantiën) in verbinding met artikel 44 lid 1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid).

#### 2. Feiten en procesverloop

2.1 Mevrouw C (hierna: klagster) heeft zich tot de Ombudsman gewend naar aanleiding van de afwikkeling van een beleggingsverzekering van wijlen haar echtgenoot (hierna: de verzekerde). Deze had een beleggingsverzekering gesloten bij de voorganger van aangeslotene met als ingangsdatum 1 januari 2002 en als einddatum 1 november 2027. Verzekerd was een dalende uitkering bij overlijden van de verzekerde vóór de einddatum. Klagster is op deze verzekering de begunstigde.

2.2 In het aanvraagformulier wordt met zoveel woorden vermeld wat de consequenties zijn indien de verzekerde (weer) gaat roken. Onderdeel 16 van het vragenformulier bij het aangaan van de verzekering betreft een verklaring niet-roken voor de verzekerde. De verzekerde heeft bij dit onderdeel verklaard nooit te hebben gerookt.

2.3 Artikel 10 van de Bijzondere Voorwaarden luidt als volgt:

#### **“Korting voor niet-rokers**

1.U heeft recht op korting op de kosten voor het overlijdensrisico als de mede)verzekerde op de ingangsdatum van de verzekering minimaal twee jaar niet heeft gerookt en het verzekerd bedrag bij overlijden de poliswaarde overtreft.

2. Deze korting gaat in nadat wij een door de verzekerde ondertekende verklaring hebben ontvangen, waarin staat dat hij of zij tenminste de afgelopen twee jaar niet heeft gerookt. De korting vervalt als verzekerde (weer) gaat roken.

3. Als de korting voor niet-rokers van toepassing is bent u verplicht ons onmiddellijk in te lichten zodra de verzekerde (weer) gaat roken.

Doet u dit niet, dan wordt bij overlijden slechts 75 % van het verzekerde bedrag uitgekeerd.”

2.4 In maart 2006 is bekend geworden dat de verzekerde aan een ongeneeslijke ziekte leed. Op 2 maart 2010 is de verzekerde overleden. In het aangifteformulier betreffende uitkering overlijden is door de nabestaanden vermeld dat de verzekerde in zijn laatste levensjaar enkele sigaren heeft gerookt.

2.5 Met een brief van 14 april 2010 heeft aangeslotene klaagster bericht dat tot uitkering zal worden overgegaan en dat een bedrag van € 190.576,50 zal worden overgemaakt. Toegelicht wordt dat op het verzekerd bedrag ad € 254.102,00 een inhouding van 25% zal plaatsvinden (€ 63.525,50) in verband met het rookgedrag van de verzekerde. In de brief is onder meer het volgende te lezen:

“Op bovengenoemde polis is een niet-rokers korting van toepassing. Uit het “aangifteformulier inzake uitkering overlijden” is echter gebleken dat verzekerde een roker was. Omdat [naam aangeslotene] niet is ingelicht dat de verzekerde (weer) is gaan roken, wordt conform de van toepassing zijnde polisvoorwaarden [aanduiding maatschappijvoorwaarden] bij overlijden slechts 75 % van het verzekerde bedrag uitgekeerd.”

2.6 Klaagster heeft via haar tussenpersoon op 23 april 2010 schriftelijk een klacht ingediend bij aangeslotene. Aangeslotene heeft met een door een klachtbehandelaar ondertekende brief van 16 juni 2010 gereageerd en onder meer het volgende geschreven:

“[Naam aangeslotene] ziet, gezien hetgeen vermeld is in de polisvoorwaarden [aanduiding maatschappijvoorwaarden] artikel 10 lid 3, geen aanleiding om alsnog over te gaan tot het uitkeren van het ingehouden bedrag. Bij het bepalen van het rookgedrag in artikel 10 [aanduiding maatschappijvoorwaarden] is er geen frequentie opgenomen. Hoe lang en hoeveel iemand gerookt heeft, doet niet ter zake. Genoemd artikel betreft een risicoverzwaringsclausule. Het causaliteitsbeginsel (in verband met de overlijdensoorzaak) conform BW boek 7 is in deze situatie niet van toepassing.”

2.7 Op 24 september 2010 heeft klaagster aan de hand van een brief en een vragenformulier de volgende klacht voorgelegd aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening.

“Mijn echtgenoot is op 2 maart jl. overleden aan de ziekte van Kahler. Zijn ziekbed heeft ruim 3 jaar geduurd. [Naam verzekeraar] betaalt 75% van het verzekerde bedrag (75% van € 254.100,-) uit omdat ik bij het invullen van het aanvraagformulier voor de uitbetaling van het verzekerd bedrag heb ingevuld dat mijn echtgenoot in zijn laatste levensjaar zo'n 5 sigaartjes heeft gerookt. De polis was destijds afgesloten op basis van niet roken. Artikel 10.3 van de polisvoorwaarden stelt dat de verkeringsmaatschappij onmiddellijk moet worden ingelicht zodra de verzekerde gaat roken. Onze aandacht was daarop tijdens zijn ziekbed niet gericht en uiteraard kenden wij de polisvoorwaarden niet uit ons hoofd. In samenspraak met [naam tussenpersoon] heb ik op 23 april jl. een schriftelijke klacht hierover ingediend bij [naam verzekeraar] en daarin het rookgedrag uiteengezet. Voorts heb ik daarin gesteld dat er geen oorzakelijk verband is tussen het - uiterst minimale - roken en het overlijden”.

2.8 In een door de directie van aangeslotene ondertekende brief van 23 februari 2011 wordt het eerder door aangeslotene ingenomen standpunt gehandhaafd onder verwijzing naar het feit dat de verzekerde zich, door destijds het aanvraagformulier te ondertekenen, akkoord heeft verklaard met de verzekeringsvoorwaarden, waaronder artikel 10 lid 3. Aangeslotene stelt geen aanleiding te zien om over te gaan tot het verstrekken van een aanvullende uitkering of anderszins een vergoeding aan te bieden.

Ook na verzoeken van de Ombudsman om haar standpunt te heroverwegen handhaaft aangeslotene in door de directie ondertekende brieven van 3 mei en 15 juni 2011 haar afwijzende standpunt.

2.9 Op 6 september 2011 heeft de Ombudsman zijn oordeel gegeven en daaraan de aanbeveling verbonden dat aangeslotene aan klaagster het volledige verzekerd bedrag bij overlijden zijnde € 254.102,- uitkeert - voor zover dit nog niet is uitgekeerd - onder aftrek van de ten onrechte genoten premiekorting voor niet-rokers en verhoogd met een redelijke rente wegens te late betaling. Aangeslotene heeft uitvoering gegeven aan de aanbeveling van de Ombudsman en het volledige verzekerde bedrag, zonder aftrek van enige ten onrechte genoten premiekorting, aan klaagster uitgekeerd.

2.10 De Ombudsman heeft niettemin aanleiding gezien de klacht door te zenden aan de Tuchtraad. De Tuchtraad heeft de klacht in behandeling genomen.

2.11 Aangeslotene heeft bij brief van 21 december 2011 verweer gevoerd.

2.12 De Tuchtraad heeft aangeslotene opgeroepen ter zitting te verschijnen op 18 september 2012 en heeft aangeslotene bij brief van 4 september 2012 een aantal specifieke vragen voorgelegd. Aangeslotene heeft per faxbericht van 17 september 2012 geantwoord.

### 3. Vraagstelling Ombudsman

Bij brief van 31 oktober 2011 heeft de Ombudsman de Tuchtraad de vraag voorgelegd of het door aangeslotene gehanteerde beding zoals vastgelegd in artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden strijdig is met het tuchtrecht.

De Ombudsman heeft daarbij opgemerkt dat art. 7:977 BW vervalbedingen (ook gedeeltelijk verval) niet toestaat bij levensverzekeringen, tenzij op grond van het elders in titel 7.17 BW bepaalde deze bedingen toelaatbaar worden geacht en dat ook art. 7:940 lid 5 BW in dit geval "een sta-in-de-weg" vormt.

### 4. Het standpunt van aangeslotene

4.1 Aangeslotene heeft in haar onder 2.11 genoemde verweer onder meer het volgende gesteld:

- De in artikel 10 lid 1 van de Bijzondere Voorwaarden genoemde premiekorting voor niet-rokers is gebaseerd op het ervaringsbeginsel dat niet-rokers langer in goede gezondheid verkeren.
- Nu een wettelijke regeling omtrent mededelingsplichten gedurende de looptijd van de verzekering ontbreekt, is het toegestaan om in geval van een wijziging van het risico in het contract een mededelingsplicht op te nemen.
- Artikel 10 van de Bijzondere Voorwaarden is niet in strijd met het tuchtrecht. De daarin opgenomen bepalingen komen overeen met hetgeen gebruikelijk is in de branche.
- Bij de uitvoering van artikel 10 moet worden gehandeld in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid, waarbij de omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol spelen. Deze omstandigheden hebben mede geleid tot de doorzending aan de Tuchtraad door de Ombudsman.
- Aangeslotene heeft goed nota genomen van het oordeel van de Ombudsman en gevolg gegeven aan zijn aanbeveling.

4.2 Aangeslotene heeft in het onder 2.12 genoemde faxbericht onder meer het volgende gesteld:

- Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van (weer) gaan roken in de zin van de verzekeringsvoorwaarden is de frequentie van roken niet relevant. Ook incidenteel roken is roken in de zin van de verzekeringsvoorwaarden.
- De in artikel 10 lid 3 van de verzekeringsvoorwaarden opgenomen bepaling dient te worden opgevat als een mededelingsplicht van de zijde van de verzekeringnemer ten aanzien van feiten waaruit volgt dat er geen recht meer is op korting op de premie.

- Het is een feit van algemene bekendheid dat roken leidt tot een verhoogde kans op (dodelijke) ziekten en het risico op overlijden vergroot. In deze zin kan roken als een risicoverzwarende omstandigheid worden begrepen ongeacht het antwoord op de vraag of sprake is van causaal verband tussen het roken en het overlijden van de verzekerde. Aangeslotene zou - indien zij op de hoogte zou zijn geweest van het rookgedrag van verzekerde - de verzekering niet tegen dezelfde premie hebben gesloten.
- Naar aanleiding van de uitspraak van de Ombudsman heeft aangeslotene een wijziging aangebracht in de toepassing van artikel 10 van de Bijzondere Voorwaarden. In het vervolg zal indien niet is voldaan aan de in artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden opgenomen mededelingsplicht, de uitkering worden verminderd met de risicopremies die gedurende de rookperiode hadden moeten worden betaald.
- Aangeslotene erkent dat onder omstandigheden - zoals die welke zich hier voordoen - een beroep op artikel 10 van de Bijzondere Voorwaarden in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn.

## 5. Behandeling ter zitting

5.1 De Tuchtraad heeft de zaak behandeld ter zitting van 18 september 2012.

5.2 Desgevraagd heeft aangeslotene de procedurele gang van zaken rond de klachtbehandeling als volgt toegelicht. In de Ombudsmanprocedure heeft de (her)beoordeling van de zaak vanuit de juridische afdeling plaatsgevonden, waarbij de directie weliswaar de eindverantwoordelijkheid had maar achteraf gezien meer inhoudelijke betrokkenheid had moeten tonen. Inmiddels is aangeslotene overgegaan tot het instellen van een klachtencommissie.

## 6. Het oordeel van de Tuchtraad

6.1 Gelet op de aan de Tuchtraad voorgelegde vraagstelling van de Ombudsman stelt de Tuchtraad voorop dat art. 7:977 BW niet van toepassing is omdat het in dit geval niet gaat om een opzegging of ontbinding van de overeenkomst van levensverzekering door de verzekeraar, noch van verval van de overeenkomst in de zin van art. 7:977 BW. Daarnaast mist ook art. 7:940 lid 5 BW toepassing, in de eerste plaats omdat dit artikel is bedoeld als een uitwerking van het bepaalde in art. 6:258 BW (imprévision) en het daarbij gaat om bij het sluiten van de overeenkomst onvoorziene en niet door partijen in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden. Deze omstandigheden zijn hier niet aan de orde. In de tweede plaats mist art. 7:940 lid 5 BW toepassing omdat geen sprake is van beëindiging van de verzekering in de zin van die bepaling.

6.2 De klacht die door de Ombudsman aan de Tuchtraad is voorgelegd betreft onder meer de uitleg van het aangehaalde artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden. Het is, in algemene zin gezegd, niet de taak van de Tuchtraad om uitleg te geven aan wettelijke of contractuele bepalingen. Wel heeft de Tuchtraad tot taak erop toe te zien dat de aangeslotenen ten opzichte van consumenten de goede naam, het aanzien en het vertrouwen in de bedrijfstak in stand houden. Een verzekeraar die tegenover een consument een in rechte redelijkerwijs onverdedigbaar standpunt inneemt, handelt in strijd met de goede naam van zijn bedrijfstak. Binnen dit beperkte kader zal de Tuchtraad tot een oordeel komen over de wijze waarop aangeslotene in dit geval toepassing heeft gegeven aan artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden. Daarbij gaat het om het roken van enkele sigaren door de verzekerde in de terminale fase van zijn ziekte. Anders dan aangeslotene meent, is voor het antwoord op de vraag of dit rookgedrag tot een verhoogde kans op een (dodelijke) ziekte leidt of het risico van overlijden vergroot, het oorzakelijk verband tussen het “weer (gaan) roken” en het overlijden relevant. Onbetwist is dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het rookgedrag van de verzekerde en diens overlijden. In dit specifieke geval heeft het “weer (gaan) roken” niet geleid tot een verhoogde kans op een dodelijke ziekte of een vergrote of vervroegde kans op overlijden. In deze omstandigheden was de toepassing van artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en heeft aangeslotene, door toch en bij herhaling vast te houden aan de meest strikte uitleg van deze voorwaarden, een in rechte redelijkerwijs onverdedigbaar standpunt ingenomen. Dusdoende heeft zij de goede naam van de bedrijfstak geschaad.

6.3 Op de ingangsdatum van de overeenkomst gold de Gedragscode Verzekeraars 2002. In deze code is een aantal basiswaarden en gedragsregels opgenomen, waarmee uitvoering wordt gegeven aan de doelstelling van de gedragscode, te weten: maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een van de basiswaarden van de Gedragscode Verzekeraars 2002 is Transparantie, waaraan volgens de code - de onderdelen T.a en T.b van artikel 3.2 - onder meer uitvoering wordt gegeven door het geven van heldere voorlichting, zodat de consument inzicht heeft in het product en in de voorwaarden die daaraan zijn verbonden.

6.4 Meer specifiek wordt in artikel T.b van artikel 3.2 van de Gedragscode Verzekeraars 2002 bepaald dat de weergave van de wederzijdse rechten en verplichtingen duidelijk moet zijn. De Tuchtraad oordeelt dat de door aangeslotene in artikel 10 lid 3 van de Bijzondere Voorwaarden gehanteerde clausule onvoldoende transparant is nu niet duidelijk is omschreven wat moet worden verstaan onder “(weer) gaan roken”. Daarbij acht de Tuchtraad relevant dat aangeslotene meer duidelijkheid had kunnen bieden door in de verzekeringsvoorwaarden te omschrijven wanneer sprake is van “(weer) gaan roken”. Daardoor had de gemiddelde verzekerde kunnen begrijpen dat onder “roken” ook sporadisch roken dient te worden verstaan. Naar het oordeel van de

Tuchtraad is het daardoor voor de verzekerde onvoldoende duidelijk geweest dat hij ook verplicht was om reeds een enkel sporadisch roken bij aangeslotene te melden. Een en ander leidt tot de conclusie dat aangeslotene heeft gehandeld in strijd met onderdeel T.b van artikel 3.2 van de Gedragscode Verzekeraars 2002.

6.5 Tijdens de procedure bij de Ombudsman is in deze zaak herhaaldelijk om een herbeoordeling gevraagd. Ofschoon de ondertekening van de brieven door de directie heeft plaatsgevonden, heeft de directie in inhoudelijk opzicht niet blijk gegeven van enige bereidheid tot werkelijke discussie met de Ombudsman. De Tuchtraad meent dat er slechts een "herhaling van zetten" heeft plaatsgevonden, waardoor niet de indruk wordt gewekt dat de directie op serieuze wijze betrokken is geweest in de klachtbehandelingsprocedure. Illustratief is de verklaring van de directeur van aangeslotene tijdens de mondelinge behandeling van de zaak dat hij brieven aan de Ombudsman heeft ondertekend, maar dat hij deze vanwege de juridisch-technische aard niet inhoudelijk had gelezen. Pas na de aanbeveling van de Ombudsman is de directie van aangeslotene werkelijk doordrongen geraakt van de inhoud van het geschil. Aangeslotene heeft desgevraagd toegegeven dat inhoudelijke bemoeienis van de directie in een eerder stadium had moeten plaatsvinden. Een en ander wordt bevestigd door het feit dat de directie na deze procedure is overgegaan tot het instellen van een klachtencommissie. De Tuchtraad oordeelt dat aangeslotene zich in de klachtbehandelingsprocedure in deze zaak niet voldoende professioneel heeft opgesteld en daarmee heeft gehandeld in strijd met de goede naam van het verzekeringsbedrijf.

## 7. De beslissing

De Tuchtraad oordeelt dat aangeslotene de goede naam van het verzekeringsbedrijf heeft geschaad en heeft gehandeld in strijd met onderdeel T.b van artikel 3.2 van de Gedragscode Verzekeraars 2002 en verklaart de klacht in zoverre gegrond.

Gelet op zijn oordeel over de gedragingen van aangeslotene als omschreven onder 6.5 ziet de Tuchtraad aanleiding tot het adviseren van een maatregel zoals genoemd in artikel 6 lid 5 van de Statuten van het Verbond van Verzekeraars, te weten het geven van een waarschuwing.

Aldus is beslist op 6 december 2012 door mr. E.M. Wesseling-van Gent, voorzitter, mr. F. Ensel, prof. mr. N. Frenk, mr. H.F.M. Hofhuis en prof. mr. J.H. Wansink, leden, in tegenwoordigheid van mr. drs. D.J. Olthoff, secretaris.