

## HOOFDSTUK 2

# Oneerlijke bedingen: de AOV-praktijk

Mr. Dr. E.J. Wervelman<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

De discussie omtrent oneerlijke bedingen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen staat de laatste jaren vol in de schijnwerpers<sup>2</sup>. De Hoge Raad heeft met zijn arrest van 28 september 2018<sup>3</sup> antwoord gegeven op prejudiciële vragen van de rechtbank Den Haag.<sup>4</sup> Dit preadvies bespreekt het arrest en de (lagere) jurisprudentie nadien om af te sluiten met een blik op de toekomst en doet hij suggesties ter verdere verbetering van de claimbehandeling. Allereerst staat de preadviseur stil bij het antwoord op de vraag waar de discussie over oneerlijke bedingen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (ineens) vandaan komt.

## 2 Een blik terug in de tijd

Het eerste in het oog springende arrest met betrekking tot oneerlijke bedingen rondom arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is het arrest van het Hof van Justitie EU van 23 april 2015<sup>5</sup>. Van Hove sloot 2 kredietovereenkomsten met Credit Immobilier de France Méditerranée. Tegelijk met het sluiten van deze overeenkomsten sloot hij een verzekeringsovereenkomst, kort gezegd ter betaling van de woonlasten ingeval van overlijden of blijvende en volledige invaliditeit. Daarnaast bevatte de verzekering het volgende beding:

“De verzekerde is volledig arbeidsongeschikt wanneer hij ten gevolge van een ongeval of een ziekte, na afloop van een periode van 90 dagen van ononderbroken inactiviteit (wachtijd genoemd) niet in staat is een al dan niet bezoldigde beroepsactiviteit te hervatten.”

---

<sup>1</sup> Mr. dr. Wervelman is als advocaat verbonden aan VWW Advocaten – Mediation te Utrecht en is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Bosch.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2856 (ambtshalve onderzoek naar oneerlijke bedingen); Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4228 (vervaltermijn oneerlijk beding); Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4417 (polisvoorwaarde die verzekerde verplichtte om in Nederland te wonen als onredelijk bezwaren aangemerkt); Rb. Gelderland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4772 (verzuimverzekering); Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9380; RAV 2017/30, JA 2016/60 m.nt. E JW; P.M. Leerink, Oneerlijke bedingen in arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV), TAV 2016/163. Zie omtrent kernbedingen: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2019/107.

<sup>3</sup> ECLI:NL:HR:2018:1800.

<sup>4</sup> 15 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16419; Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2633 (tussenvonnis).

<sup>5</sup> RAV 2015/70 (Van Hove). Zie omtrent dit arrest ook: M.L. Hendrikse, Wanneer is een kernbeding in een (consumenten)verzekeringsovereenkomst onduidelijk of onbegrijpelijk? Enige opmerkingen bij HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262, NTHR 2015, p. 199-202.

Van Hove overkwam op 13 juni 2000 een arbeidsongeval. Vanaf 17 oktober 2005 was hij blijvend gedeeltelijk invalide voor 23%. Nadien nam de blijvende gedeeltelijke invaliditeit toe tot 72% op 1 januari 2011. Van Hove ontving maandelijkse uitkeringen uit hoofde van de Franse sociale zekerheid. Tussen Van Hove en CNP Assurances ontstond aansluitend discussie over het recht op uitkering. Van Hove betoogde dat de definitie van volledige arbeidsongeschiktheid en de voorwaarden waaronder dekking werd verleend oneerlijk waren. Daartoe betoogde hij dat het beding in de verzekeringsovereenkomst dat de aflossing van de betrokken leningen door verzekeraar afhankelijk stelde van de absolute onmogelijkheid om een al dan niet bezoldigde activiteit te hervatten oneerlijk was, omdat dit beding het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument. Voorts betoogde hij dat de definitie van volledige arbeidsongeschiktheid zo was opgesteld dat de consument zonder kennis van zaken de strekking ervan niet kon begrijpen. CNP Assurances betwistte dat. De definitie van volledige arbeidsongeschiktheid stelde namelijk in duidelijke en precieze bewoordingen de voorwaarden voor de dekking vast, aldus CNP Assurances.

Het Tribunal de grande instance de Nîmes overwoog dat de beslechting van het bij hem aanhangige geding een uitspraak vereiste over de vraag of het begrip "volledige arbeidsongeschiktheid" al dan niet een oneerlijk beding vormde. Hij zette uiteen dat het Hof van Cassatie in Frankrijk recentelijk een arrest had gewezen dat een beding betreffende de dekking bij tijdelijke volledige arbeidsongeschiktheid dat bepaalde dat dagvergoedingen werden betaald tijdens de periode waarin de verzekerde wegens zijn gezondheidstoestand tijdelijk niet in staat was een beroepsactiviteit uit te oefenen en dat preciseerde dat deze dagvergoedingen werden uitbetaald tot op het moment waarop een beroepsactiviteit van welke aard dan ook kon hervatten, het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst bepaalde. Gelet op dat arrest was het Tribunal de grande instance de Nîmes van oordeel dat het bij het beding in de bij hem aanhangige zaak aan de orde was op grond van die bepaling mogelijkerwijs niet om een oneerlijk beding ging. Het Tribunal de grande instance de Nîmes overwoog dat, anders dan Van Hove betoogde, het beding precies en duidelijk was geformuleerd, maar wees er wel op dat niet kon worden uitgesloten dat het beding onder de Richtlijn 93/13 valt. Het Tribunal was namelijk van oordeel dat het beding, doordat het het begrip "volledige arbeidsongeschiktheid" definieerde, de voorwaarden bepaalde waaraan moest zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op verzekeringsdekking. Het beding sloot echter de verzekerde die geschikt was verklaard om een, zelfs onbezoldigde, activiteit uit te oefenen van dekking uit. Het Tribunal had voorts uiteengezet dat de verzekering als die welke in het bij hem aanhangige geding aan de orde is tot doel heeft de goede uitvoering van de verplichtingen van de kredietnemer te verzekeren ingeval zijn gezondheidstoestand hem langer toelaat een activiteit uit te oefenen die het inkomen opbrengt dat nodig is om zijn verplichtingen na te komen. Voor zover het betrokken beding ertoe leidt dat de volledig arbeidsongeschikte kredietnemer geen recht heeft op dekking wanneer hij geschikt wordt verklaard om een beroepsactiviteit uit te oefenen - ook al kan die activiteit hem geen inkomen opleveren - verliest de verzekering gedeeltelijk haar voorwerp. Volgens het Tribunal kan dat beding derhalve aldus worden opgevat dat het het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument. Immers, in de situatie dat verzekerde geen inkomen genereert, heeft hij geen dekking maar wel de hypotheeklasten. Het Tribunal de grande instance de Nîmes schorste de behandeling van de zaak en legde het Hof van Justitie EU de navolgende prejudiciële vraag voor:

“Moet artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13 aldus worden uitgelegd dat het in deze bepaling bedoelde begrip “beding dat betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” een in een verzekeringsovereenkomst vervat beding omvat dat ertoe strekt om de betaling van de aan de kredietgever verschuldigde aflossingen te verzekeren ingeval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer en dat deze dekking uitsluit wanneer de verzekerde geschikt wordt verklaard om een onbezoldigde activiteit uit te oefenen?”

Het Hof wijst erop dat uit de Richtlijn 93/13 blijkt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en evenmin op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. De uitzondering op de inhoudelijke toetsing moet strikt worden uitgelegd. Om te vervolgen:

“Bedingen van de overeenkomst die onder het begrip “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13 vallen, zijn die bedingen welke de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig de overeenkomst kenmerken (zie in die zin arresten *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, ECLI:NL:EU:C:2010:309, punt 34 en *Kasler en Kaslerne Rabai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punt 49). Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen echter niet onder het begrip “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van die bepaling vallen (*Kasler en Kaslerne Rabai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punt 50 en *Matei*, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, punt 54).”

Kenmerkend voor verzekeringen is dat verzekeraar zich tegen voorafgaande betaling van een premie ertoe verbindt verzekerde bij het intreden van het verzekerde risico de dienst te verlenen die bij het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen, aldus het Hof van Justitie EU. Daarnaast is van belang dat niet wordt getoetst of bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen al dan niet eerlijk zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie. Gelet hierop sluit het Hof van Justitie EU dan ook niet uit dat het begrip volledige arbeidsongeschiktheid de voorwaarde vastlegt waaronder een kredietnemer aanspraak heeft tot betaling van de bedragen die hij in het kader van zijn lening verschuldigd is. Een dergelijk beding bakent het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar af en bepaalt de kernprestatie van de betrokken verzekeringsovereenkomst. Het is echter niet aan het Hof van Justitie EU om dat na te gaan, maar aan de verwijzende rechter. Daarbij tekent het Hof van Justitie EU nog aan dat rekening moet worden gehouden met de aard, de algehele opzet en alle voorwaarden van de overeenkomst en met de feitelijke en juridische context ervan:

“Het staat dus aan de verwijzende rechter te beoordelen in hoeverre het beding dat in het bij hem aanhangige geding aan de orde is gelet op deze factoren een

kernprestatie vastlegt van het contractuele kader van het deel uitmaakt die als zodanig kenmerkend is voor dat kader.”

Bovendien dient de verwijzende rechter na te gaan of het door de verkoper duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Daarbij is niet voldoende dat het beding taalkundig en grammaticaal begrijpelijk is, integendeel, het beschermingsstelsel berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie dan laatstgenoemde. Daarom moet het vereiste van transparantie ruim worden opgevat. Het Hof van Justitie vervolgt:

“Met het oog op de naleving van het transparantievereiste is het voor de consument bijgevolg van wezenlijk belang dat hij voor sluiting van de overeenkomst niet alleen kennis neemt van de voorwaarde waaronder dekking wordt verleend, maar ook van de bijzonderheden van het mechanisme voor betaling van de aan de kredietgever verschuldigde aflossingen in geval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer en de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, zodat hij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten. Dit is zo aangezien de consument aan de hand van deze twee soorten informatie zal beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die de laatstgenoemde tevoren heeft vastgelegd (zie naar analogie arresten RWE Vertrieb, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, punt 44; Kasler en Kaslerne Rabai, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punten 70 en 73 en Matei, C-143/13 ECLI:EU:C:2015:127, punt 74.”

Gelet op het voorgaande tekent het Hof van Justitie EU aan dat de uitdrukking “een al dan niet bezoldigde beroepsactiviteit hervatten” op verschillende manieren kan worden opgevat. Enerzijds kan het gaan om verzekerden die geen bezoldigde activiteit uitoefenen op het ogenblik waarop zij het slachtoffer van een ongeval of ziekte worden toch volledig arbeidsongeschikt te worden beschouwd. Daartegenover staat dat het beding ook aldus kan worden uitgelegd dat zij een persoon die welke activiteit dan ook kan verrichten uitsluit van het recht om krachtens de dekking bij invaliditeit betaling te verkrijgen van de aflossingen die hij aan de andere contractspartij verschuldigd is. Het kan dan ook zijn dat de consument de draagwijdte van het beding niet heeft begrepen, ook al is het uit grammaticaal oogpunt correct opgesteld. Dat dient het Tribunal de grande instance de Nîmes te beoordelen, aldus het Hof van Justitie dat nog benadrukt dat de term “activiteit” kan verwijzen naar iedere menselijke handeling of activiteit die wordt verricht om een welbepaald doel te bereiken. Het Hof van Justitie EU voegt daar nog aan toe:

“Wat de bijzonderheden van een contractueel beding als dat van het hoofdgeding betreft, staat het bijgevolg aan de verwijzende rechter te beoordelen of een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, overeenkomstig de vereisten van de in punt 41 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de verzekeraar bij de onderhandeling van de verzekeringsovereenkomst en, meer in het algemeen, binnen het contractuele kader zijn verstrekt, niet alleen kon weten dat een

verschil bestaat tussen het begrip “volledige arbeidsongeschiktheid” in de zin van de in het hoofdgeding aan de orde zijn overeenkomst en het begrip “blijvende gedeeltelijke invaliditeit” in de zin van het nationale zekerheidsrecht, maar ook de voor hem mogelijksterwijs aanzienlijke economische gevolgen van de beperking van de door de verzekering geboden dekking kon inschatten.

In deze context kan ook relevantie toekomen aan het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst deel uitmaakt van een ruimer contractueel kader en gekoppeld is aan de kredietovereenkomsten. Van de consumenten kan namelijk niet worden verlangd dat hij bij de sluiting van onderling verbonden overeenkomsten even oplettend is, wat de omvang van de door die verzekeringsovereenkomst gedekte risico's betreft, als wanneer hij die overeenkomst en de kredietovereenkomsten afzonderlijk had gesloten.”

Een en ander leidt tot de slotsom dat het Hof van Justitie EU overweegt dat als het Tribunal de grande instance de Nîmes tot het oordeel zou komen dat het niet gaat om een kernbeding, de voor de consument gunstigste interpretatie geldt wanneer de bewoordingen van het beding niet duidelijk zijn.

In zijn (tussen)arrest van 22 maart 2016<sup>6</sup> overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden dat hij op grond van het recht van de Europese Unie zich ambtshalve voor de vraag gesteld zag of de polisvoorwaarden in de arbeidsongeschiktheidsverzekering waarin bepaald was dat de mate van arbeidsongeschiktheid door verzekeraar wordt vastgesteld aan de hand van rapportages van door haar aan te wijzen deskundigen valt binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het Hof overwoog daartoe dat de rechter immers op basis van het Unierecht gehouden is om na te gaan of een beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Inzet van de ambtshalve toetsing vormde het beding luidende als volgt:

Wij stellen de mate van arbeidsongeschiktheid vast aan de hand van rapportages van door ons aan te wijzen deskundigen”.

Nu art. 8 lid 1 een onderdeel vormde van de door verzekeraar vastgestelde polisvoorwaarden, gold het beding volgens het Hof als een beding dat onder de Richtlijn viel en waarover niet afzonderlijk was onderhandeld. Voorts was het Hof voorlopig van oordeel dat het beding verzekeraar het recht geeft de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen aan de hand van door haar aan te wijzen deskundigen een beding was als bedoeld onder m van de in art. 3 lid 3 van de Richtlijn bedoelde (enuntiatieve) lijst:

“m: De verkoper het recht te geven te bepalen of de geleverde goederen of de dienst aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoorden of hem het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren”.

Op basis daarvan leek art. 8 lid 1 van de polisvoorwaarden volgens het Hof een oneerlijk beding in de zin van de richtlijn nu het op het eerste gezicht het evenwicht ten nadele

---

<sup>6</sup> ECLI:NL:GHARL:2016:2316.

van de verzekeringnemer aanzienlijk verstoort. Het Hof stelde partijen in de gelegenheid om bij akte in te gaan op het voorlopig oordeel. Het zal geen verwondering wekken dat verzekerde zich aansloot bij het voorlopig oordeel van het Hof. Zo niet verzekeraar die bepleite dat het begrip “consument” restrictief moest worden uitgelegd. Bovendien moest rekening worden gehouden met het verband tussen de beroeps- en bedrijfsmatige activiteiten van de natuurlijke persoon en de transactie die hij aangaat. Het Hof deelde dat oordeel niet en overwoog dat het begrip “consument” in de Richtlijn een objectief begrip is dat los staat van de concrete kennis waarover verzekerde kan beschikken of van informatie waarover hij werkelijk beschikt. Het nam daarbij nog in ogenschouw dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering was afgesloten ter dekking van het wegvallen van privé-inkomsten uit de onderneming. Derhalve inkomsten voor het levensonderhoud. Vandaar ook dat de premie niet als ondernemerskosten in Box 2 fiscaal aftrekbaar waren. Gesteld, noch gebleken was dat de uitkering primair strekte dan wel primair door verzekerde werd gebruikt, ter voortzetting van de onderneming. Belangrijk achtte het Hof dat het polisblad sprak van “verzekerd inkomen”. En niet bijvoorbeeld van “verzekerde omzet”, hetgeen voor de hand had gelegen als de verzekering diende tot voortzetting van de onderneming. Ook de polisvoorwaarden spraken steeds van “verzekerd inkomen”. De door verzekeraar ingeroepen preventie en re-integratie verbleekten naar het oordeel van het Hof daarbij en zijn bovendien nauwelijks concreet uitgewerkt. Al met al was het Hof van oordeel dat verzekerde in de verhouding tot verzekeraar was te beschouwen als “consument” in de zin van de Richtlijn. Het Hof verwierp tevens het betoog van verzekeraar dat art. 8 lid 1 van de polisvoorwaarden een kernbeding was. Voorts was verzekeraar van mening dat het beding in ieder geval niet het evenwicht tussen verzekeraar en verzekerde aanzienlijk verstoortte en om die reden geen oneerlijk beding in de zin van de richtlijn was. Het Hof verwierp ook dat argument, door te overwegen:

“Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn (Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769). Het hof is, anders dan Achmea, echter van oordeel dat een dergelijke aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in dit geschil en in de verhouding (appellant)/Achmea aan de orde is. In aanvulling op de in zijn tussenarrest opgenomen feiten en omstandigheden acht het hof het volgende, ook in onderlinge samenhang gezien, van belang.

Uit de tekst van artikel 8 lid 1 van de polisvoorwaarden (*“Wij stellen de mate van arbeidsongeschiktheid vast aan de hand van rapportages van door ons aan te wijzen deskundigen”*) volgt reeds dat het Achmea als partij het recht heeft om de mate van arbeidsongeschiktheid te bepalen en daarmee of en zo ja in welke mate zij tot enige uitkering is gehouden - in wezen een partijbeslissing - en dat een verzekerde als (appellant) daarop geen in de polis geregelde invloed kan uitoefenen. Het aldus aan Achmea toekomende recht tot bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt vanwege die bepaling en klaarblijkelijk in het licht van artikel 7:904 lid 1 BW alleen marginaal getoetst in de zin dat de rechter (ook als de rechtbank in het bestreden vonnis) alleen nagaat of Achmea in redelijkheid (volgens het vonnis: op zorgvuldige wijze) tot dat oordeel heeft kunnen komen. In die zin wordt de door (de tekst van) artikel 8 lid 1 van de polisvoorwaarden gecreëerde onbalans tussen Achmea en (appellant) als

verzekerde dus niet hersteld. Daarbij komt dat Achmea zich in artikel 8 lid 1 van de polisvoorwaarden het keuzerecht van de deskundigen voorbehoudt en dat een verzekerde als (appellant) op die keuze in beginsel geen invloed kan uitoefenen. Het verweer van Achmea in haar akte dat zij in de regel rekening houdt met de wensen van verzekerde op dit punt en dat er op verzoek van de verzekerde een contra-expertise kan plaatsvinden, zou waar kunnen zijn, maar miskent dat er in de polisvoorwaarden een recht op contra-expertise en een kostenregeling daarvoor is toegekend, zodat (appellant) die inspraak en contra-expertise uit hoofde van een overeenkomst niet kan afdwingen. Dat Achmea mogelijk in voorkomende gevallen in praktische zin zo handelt (waarvan overigens in dit geschil niet is gebleken) doet niet af aan de door artikel 8 lid 1 van de polisvoorwaarden ook in dit opzicht gecreëerde aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen Achmea en (appellant).

Daarbij komt dat Achmea zichzelf niet op voorhand noch zonder meer bindt aan de uitkomst van de onderzoeken van de deskundigen, nu zij de mate van arbeidsongeschiktheid blijkens artikel 8 lid 1 zelf vaststelt *“aan de hand van rapportages van door ons aan te wijzen deskundigen”* zodat die rapportages, al zijn deze afkomstig van geregistreerde beroepsbeoefenaren onder gedragscodes en beroepsethiek, voor Achmea niet meer dan een advies behelzen.

Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat de harde en ongenueanceerde regel van artikel 8 lid 1 van de polisvoorwaarden in het licht van deze feiten en omstandigheden, ook in onderlinge samenhang gezien, in de context van de verhouding van Achmea tot (appellant) een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn oplevert. Dit wordt niet anders doordat Achmea, zoals zij aanvoert, uitermate goed – in ieder geval beter dan de verzekerde – op de hoogte is van de specialiteit en de kwaliteit van de in te schakelen deskundigen, daardoor effectiever en efficiënter kan werken en de situatie kan vermijden waarin zij met de verzekerde, die niet beschikt over die kennis, in overleg moet treden om te trachten te komen tot aanwijzing van een of meer deskundigen, hetgeen meer tijd vergt, resulteert in vertraging en kostenverhogend werkt met uiteindelijk premieverhoging als gevolg. Dit alles staat er immers niet wezenlijk aan in de weg dat Achmea in haar polisvoorwaarden de hiervoor bedoelde waarborgen<sup>7</sup> in het belang van de verzekerde opneemt.”

Het Hof volgde verzekeraar evenmin in het betoog dat sprake was van een kernbeding. Het beding regelt de aanloop naar de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid en niet (bijvoorbeeld) de premie of het verzekerde risico. Al met al was het Hof van oordeel dat art. 8 lid 1 van de polisvoorwaarden als oneerlijk beding had te gelden en liet het beding aldus verder buiten toepassing.

### 3 Het (ge) of vervolg

De lagere rechtspraak toont na het tussenarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2016 een duidelijke lijn van ambtshalve toetsing van onredelijke bezwarende

---

<sup>7</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941.

bedingen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Niet alleen ten aanzien van de polisvoorwaarden waarin is neergelegd dat verzekeraar de mate van arbeidsongeschiktheid vaststelt aan de hand van door hem te benoemen deskundigen<sup>8</sup>, maar ook een ambtshalve onderzoek in bredere zin naar mogelijke oneerlijke bedingen<sup>9</sup> of ambtshalve toetsing van een vervaltermijn in een arbeidsongeschiktheidsverzekering.<sup>10</sup> De rechtbank Den Haag onderkende bij vonnis van 15 november 2017<sup>11</sup> het grote belang van verzekerden en verzekeraars om te weten hoe de Hoge Raad aankijkt tegen de geldigheid van de betreffende polisvoorwaarden en de eventuele processuele gevolgen van het buiten toepassing laten daarvan. Immers, verzekeraars hanteren sinds jaar en dag deze voorwaarden in hun arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Mede gezien het zaaksoverstijgende belang vond duidelijkheid op het principiële punt van de vraag of de benoeming van deskundigen door verzekeraar een oneerlijk beding is stelde de rechtbank de navolgende vijf prejudiciële vragen bij vonnis van 7 maart 2018 aan de Hoge Raad:<sup>12</sup>

1. Welke gezichtspunten moeten in aanmerking worden genomen bij het vaststellen of een arbeidsongeschiktheidsverzekering door een verzekerde wordt aangegaan als consument? Is daarbij van belang door wie, verzekerde dan wel een derde, waaronder zijn bedrijf, de verzekeringspremie wordt betaald?
2. Is artikel 14 van de polisvoorwaarden voor consumenten een oneerlijk beding in de zin van richtlijn 93/13/EEG, zowel ten aanzien van het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid door de door Nationale-Nederlanden aangewezen deskundigen, als ten aanzien van de bezwaartermijn van 30 dagen?
3. Is bij de beantwoording van vraag 2 van belang of een verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst, dan wel op grond van beleid van de verzekeraar, een herbeoordeling (second opinion) kan vragen door een door hemzelf dan wel in overleg met de verzekeraar aangewezen deskundige? Zijn er nog andere feitelijke omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het antwoord op vraag 2?
4. Wat is de bewijsrechtelijke status van de rapportages die reeds op grond van artikel 14 van de polisvoorwaarden tot stand zijn gekomen? Kunnen die nog op enigerlei wijze, geheel of gedeeltelijk, worden gebruikt in een procedure? Maakt het daarbij nog verschil of
  - a. de rapportages zijn opgemaakt door een externe deskundige dan wel door een deskundige in (loon)dienst van de verzekeraar?
  - b. de verzekerde al dan niet commentaar heeft kunnen leveren op de concept-rapportages?

---

<sup>8</sup> Rb. Rotterdam 23 november 2016, JA 2016/60 m.nt. EJW.

<sup>9</sup> Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2856.

<sup>10</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4228. Niet onredelijk bezwarend achtte de Rechtbank Gelderland de benoeming van deskundigen door een verzuimverzekeraar bij vonnis van 27 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4772. De verzuimverzekering was overigens afgesloten door een besloten vennootschap, zodat de Richtlijn 93/13 reeds om die reden toepassing mist. Zie omtrent benoeming van deskundigen en een beroep op de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden ook: Geschillencommissie KiFiD 30 augustus 2017, nr. 2017-578.

<sup>11</sup> ECLI:NL:RBDHA:2017:1649.

<sup>12</sup> ECLI:NL:RBDHA:2018:2733.



- c. de verzekerde al dan niet bezwaar heeft gemaakt tegen de persoon van de deskundige en/of de inhoud van de (concept)rapportages?
  - d. de verzekerde was voorzien van juridische bijstand ten tijde van het opmaken van de rapportages?
  - e. de rapportages betrekking hebben op verleden, heden of toekomst?
5. Indien een nieuw deskundigenonderzoek dient plaats te vinden, mag de te benoemen deskundige dan geheel of gedeeltelijk kennis nemen van de op grond van artikel 14 van de polisvoorwaarden tot stand gekomen rapportages?

Inzet van de gerechtelijke procedure vormde een arbeidsongeschiktheidsverzekering die was afgesloten door een consultant. Hij meldde zich arbeidsongeschikt wegens surmenage (overspannenheid). Reeds geruime tijd kampte verzekerde met klachten van vermoeidheid, te wijten aan langdurige overbelasting. Na doorverwijzing door de huisarts kwam hij onder behandeling van een psycholoog die een aanpassingsstoornis, niet gespecificeerd vaststelde. Het begrip “arbeidsongeschiktheid” was in art. 5 van de toepasselijke polisvoorwaarden gedefinieerd als volgt:

“Van arbeidsongeschiktheid is uitsluitend sprake indien er in relatie tot ziekte of ongeval objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan waardoor verzekerde voor tenminste 25% ongeschikt is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep. Hierbij wordt uitgegaan van de beroepsbezigheden die in de regel redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd, waarbij tevens rekening wordt gehouden met mogelijkheden voor aanpassing in werk en werkomstandigheden en de daarmee verband houdende taakverschuiving binnen het eigen beroep/bedrijf.”

Art. 14 van de polisvoorwaarden regelde de vaststelling van de uitkering:

“Zolang verzekerde arbeidsongeschikt is, zullen de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden worden vastgesteld door de maatschappij aan de hand van gegevens van door de maatschappij aan te wijzen medische en andere deskundigen. Van deze vaststelling zal telkens zo spoedig mogelijk na ontvangst daarvan aan verzekeringnemer mededeling worden gedaan. Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn bezwaar heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden.”

#### 4. Arrest HR 28 september 2018

Ter beantwoording van de eerste vraag stelt de Hoge Raad voorop dat de Richtlijn 93/13 alleen van toepassing is op overeenkomsten met consumenten. De Hoge Raad maakt een kleine, maar wezenlijke correctie op vraag 1:

“De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde welke gezichtspunten in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of een arbeidsongeschiktheidsverzekering als waarom het hier gaat, door een (de Hoge Raad verstaat:) verzekeringnemer wordt aangegaan als consument, en of daarbij van belang is door wie de verzekeringspremie wordt betaald.”

Bij beantwoording van vraag 1 gaat de Hoge Raad aldus expliciet uit van de “verzekeringnemer”, in plaats van de oorspronkelijke vraagstelling van de rechtbank te weten: “verzekerde”. Bij beantwoording van de overige vragen is de Hoge Raad daarentegen, zoals hieronder blijkt, wel uitgegaan van “verzekerde”. In de literatuur is<sup>13</sup> wel betoogd dat een en ander niet te rijmen is met elkaar en het erop lijkt alsof sprake is van een slordigheid van de Hoge Raad. Ik deel die mening niet. Vraag 1 ziet op beantwoording van de vraag wie de contractspartij van verzekeraar is. De Hoge Raad heeft dan ook terecht een correctie aangebracht, door in de vraag “verzekeringnemer” te lezen in plaats van “verzekerde”. Daarbij is immers van belang of deze consument is of niet. Voor toepassing van de Richtlijn is slechts relevant wie de overeenkomst is aangegaan<sup>14</sup>. De overige prejudiciële vragen daarentegen hebben betrekking op de wijze van vastlegging en de bewijswaarde van de beoordeling van de gezondheidstoestand van verzekerde. Oftewel: op degene op wiens gezondheid de verzekering betrekking heeft (art. 7:965 BW). Of, indien de arbeidsongeschiktheidsverzekering tot schadeverzekering wordt betiteld, degene die ingeval van door hem geleden schade krachtens de verzekering recht heeft op vergoeding (art. 7:945 BW). De persoon van de verzekerde zal bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen veelal samenvallen met de verzekeringnemer, maar dat behoeft niet. Ik lees in het arrest dan ook geen “slip of the pen”.

De Hoge Raad vervolgt de beantwoording van de vraag:

“Een consument is volgens art. 2, onder b, Richtlijn 93/13 iedere natuurlijke persoon die bij onder de richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Het begrip ‘consument’ is een objectief begrip. Niet van belang is over welke concrete kennis of informatie de betrokken persoon beschikt. Evenmin is van belang of de betrokkene een onderneming drijft. In plaats daarvan moet, aan de hand van alle omstandigheden van het geval, worden vastgesteld met welk doel de overeenkomst is aangegaan, wat met name moet worden afgeleid uit de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft. (HvJEU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, punt 21-23 (Costea)). In twee beschikkingen van latere datum heeft het HvJEU overwogen dat onderzocht moet worden “of de betrokken contractuele band deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of een bedrijf” (HvJEU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (Tarcău), punt 27, en HvJEU 14 september 2016, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700 ((Dumitraş), punt 32). Mede gelet op de verwijzing naar het arrest Costea in de beschikking in de zaak Tarcău, en de wijze waarop het HvJEU beoordeelt of de betrokkene de overeenkomst is aangegaan als consument, moet worden aangenomen dat niet is bedoeld een andere maatstaf aan te leggen dan in het arrest in de zaak Costea is geformuleerd. Wel is verduidelijkt dat, ook als een natuurlijke persoon een overeenkomst (mede) aangaat ten behoeve van een bedrijf, de betrokkene nog steeds als consument kan worden aangemerkt, mits hij zelf geen functionele banden heeft met het bedrijf.”

<sup>13</sup> Vgl. N. de Boer, De meerpartijenovereenkomst in het kader van de Richtlijn oneerlijke bedingen, TOR 2019/32.

<sup>14</sup> Vgl. conclusie A-G Hartlief 6 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:788, ro. 6.4.

De Hoge Raad komt, gelet op deze uitgangspunten, tot de slotsom dat verzekerde de arbeidsongeschiktheidsverzekering als consument is aangegaan. Het gaat immers om een natuurlijk persoon die als zelfstandig ondernemer een beroep of bedrijf uitoefent en een verzekering afsluit met het doel om met een uitkering uit hoofde van deze verzekering in vervangend inkomen te voorzien in de situatie dat hij dat beroep of bedrijf door gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid niet of slechts beperkt kan uitoefenen. De verzekering maakt dus geen deel uit van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de ondernemer. De verzekering wordt ook niet afgesloten ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsactiviteit. Integendeel:

“Het doel daarvan is immers juist dat de ondernemer als privépersoon op alternatieve wijze in zijn levensonderhoud kan voorzien als de mogelijkheid tot verwerving van inkomen uit het beroep of bedrijf wegvalt of wordt beperkt.”

De Hoge Raad acht overigens niet van belang of de verplichting tot betaling van premie als verzekeringnemer feitelijk door een derde wordt nagekomen.

Het bespreken waard in dit verband is het arrest dat de Hoge Raad wees op 1 maart 2002.<sup>15</sup> Het arrest is van belang, omdat inzet van die procedure vormde of een tandarts die bij UAP verzekerd was tegen de geldelijke gevolgen van arbeidsongeschiktheid verzekerd was als particulier, dan wel in het kader van de uitoefening van zijn beroep van tandarts. Het Hof oordeelde dat verzekeringnemer slechts verzekerd was tegen arbeidsongeschiktheid ter zake van de werkzaamheden die aan zijn op het polisblad vermelde beroep van tandarts waren verbonden. Volgens het Hof was het in die hoedanigheid en in het kader van de uitoefening van dat beroep dat verzekeringnemer de arbeidsongeschiktheidsverzekering bij UAP had afgesloten. Het tegen dat oordeel gerichte cassatiemiddel faalde.<sup>16</sup>

De Hoge Raad volgt in zijn arrest van 28 september 2018<sup>17</sup> de opvatting van A-G Hartlief, die aangeeft dat moet worden bepaald of de verzekering is afgesloten voor een doel dat buiten de beroeps- of bedrijfsuitoefening is gelegen. Dat is naar zijn oordeel niet het geval als het gaat om een verzekering die ertoe strekt het inkomen van de verzekerde bij arbeidsongeschiktheid aan te vullen. In zo'n geval is de Richtlijn van toepassing, aldus Hartlief. Aantekening verdient overigens dat de Richtlijn niet van toepassing is op overeenkomsten die zijn afgesloten voor 31 december 1994.<sup>18</sup>

De Hoge Raad is van oordeel dat art. 14 van de polisvoorwaarden geen kernbeding is, nu het gaat over de wijze waarop wordt vastgesteld of sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin de polis. Het is geen beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van verzekeraar duidelijk omschrijft of afbakent. Evenmin kan volgens de Hoge Raad worden gezegd dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien zonder het beding onvoldoende bepaalbaar zouden zijn. De wijze van vaststelling van de betoogde arbeidsongeschiktheid zou dan immers door de toepasselijke wettelijke regels worden

<sup>15</sup> ECLI:NL:HR:2002:AD7353.

<sup>16</sup> Zie omtrent dit arrest ook: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, diss. 2016, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer, p. 281.

<sup>17</sup> ECLI:NL:HR:2018:1800.

<sup>18</sup> Vgl. voor een voorbeeld: Hof Den Bosch 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4682.

bepaald. De Hoge Raad volgt met dit oordeel het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>19</sup> en de literatuur.<sup>20</sup> Het gaat om bedingen die zo wezenlijk zijn ter afbakening van het verzekerde risico dat het al dan niet deel uitmaken daarvan de schadelast en daarmee de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt.<sup>21</sup>

De Hoge Raad beantwoordt de tweede en derde prejudiciële vraag naar de oneerlijkheid van het beding en de mogelijkheid tot het vragen van een herbeoordeling gezamenlijk. Daarbij stelt hij voorop dat onderzocht moet worden welke uitleg het meest aannemelijk voor komt. De tekst van het beding geeft geen uitsluitsel over de betekenis ervan, omdat daarin de woorden vastgesteld respectievelijk vaststelling en standpunt worden gebruikt. Daarnaast acht de Hoge Raad niet duidelijk wat de strekking is van de bezwaartermijn van 30 dagen. De Hoge Raad overweegt:

“In Richtlijn 93/13 is de regel van uitleg opgenomen dat in geval van twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert (art. 5). In het Nederlandse recht is deze regel (‘uitleg *contra proferentem*’) opgenomen in art. 6:238 lid 2 BW. Voor polisvoorwaarden geldt verder dat, ervan uitgaande dat daarover niet is onderhandeld, de uitleg daarvan met name afhankelijk is van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval bij de polisvoorwaarden behorende toelichting. Onder omstandigheden kunnen ook andere openbare bronnen bij de uitleg van standaardpolisvoorwaarden worden betrokken, mits deze voor een ieder toegankelijk zijn. Daarbij valt te denken aan relevante regelgeving in het kader van zelfregulering binnen het Verbond van Verzekeraars. Deze regels verplichten de leden ervan immers op een bepaalde wijze uitvoering te geven aan hun verplichtingen uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst en bepalen aldus mede wat verzekeringnemer en verzekerde van de verzekeraar mogen verwachten<sup>22</sup>”.

Het Protocol bij Claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van het Verbond van Verzekeraars uit 2016 is bindend voor de leden van het Verbond. Daarin is, voor zover van belang, het volgende vastgelegd:

“Na ontvangst van een claim informeert de verzekeraar de verzekerde welke actie wordt ondernomen, zoals het inschakelen van een controlerend arts of een arbeidsdeskundige (nr. 2.1). De verzekeraar informeert de verzekerde binnen twee weken na ontvangst van het resultaat van het onderzoek/de actie wat haar standpunt is. Indien het standpunt van de verzekeraar niet leidt tot een volledige toekenning van de claim, dan informeert zij de verzekerde gemotiveerd en in

<sup>19</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6941.

<sup>20</sup> Asser-Wansink, Van Tiggele & Salomons, 7-IX\* 2019/107.

<sup>21</sup> J.H. Wansink, De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging, AV&S 2000, afl. 1, p. 14-15; E.J. Wervelman, De benoeming van deskundigen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen; geen oneerlijk beding; Hoge Raad 28 september 2018, NTHR 2019, 1, p. 14. Zie omtrent kernbedingen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voorts: E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, diss. 2016, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer, p. 294-299.

<sup>22</sup> Zie: HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284; HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4995, NJ 2011/474; HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601.

heldere bewoordingen waarom zij tot een gedeeltelijke toekenning of afwijzing komt. De verzekeraar biedt de verzekerde daarbij uitdrukkelijk de mogelijkheid het resultaat van de actie op te vragen, en wijst daarbij op de mogelijkheden om bezwaar aan te tekenen. (Zie nr. 2.4 onder het kopje “Standpuntbepaling door de verzekeraar”.)

Als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar heeft hij de mogelijkheid om hernieuwd (medisch of arbeidskundig) onderzoek te laten doen (een second opinion). De verzekeraar informeert de verzekerde na een schademelding altijd en uitdrukkelijk over deze mogelijkheid en vermeldt daarbij dat hierover eerst contact moet worden gezocht met de verzekeraar, omdat niet altijd alle soorten kosten worden vergoed. (Zie nr. 3.1, onder het kopje “Bezwaarprocedure”.)

Indien de verzekerde gemotiveerd bezwaar maakt dat niet direct leidt tot herzien van het ingenomen standpunt, informeert de verzekeraar de verzekerde gemotiveerd en in heldere bewoordingen waarom zij haar standpunt handhaaft. De verzekeraar biedt de verzekerde daarbij uitdrukkelijk de mogelijkheid om:

- a) een klacht in te dienen bij de directie/het klachtenbureau van de verzekeraar en als dat niet leidt tot een bevredigend resultaat de zaak voor te leggen aan het Kifid;

- b) de zaak voor te leggen aan de rechter. (Zie nr. 3.3.)

In het Protocol is geen termijn vermeld die de verzekerde bij het maken van bezwaar, het indienen van een klacht, of het starten van een procedure, op straffe van verval van het recht daartoe in acht dient te nemen.”

Gelet hierop overweegt de Hoge Raad dat de in de polisvoorwaarden beschreven procedure leidt tot een standpunt van verzekeraar. Verzekerde kan daar bezwaar tegen maken. Hij kan de zaak voorleggen aan de klachtencommissie of aan de rechter. Ook in de situatie dat hij de genoemde termijn van 30 dagen niet heeft benut. De Hoge Raad geeft aan dat die uitleg strookt met art. 18 van de polisvoorwaarden. Daarin is neergelegd dat bij definitieve afwijzing van de schade verzekerde het standpunt - kort gezegd - kan aanvechten binnen één jaar. Kennelijk is volgens de Hoge Raad aldus met de termijn van 30 dagen geen andere termijn bedoeld dan het vorderen van een voortvarende afwikkeling van de claim zonder een contractuele sanctie. In zoverre heeft het beding dus geen betekenis voor de rechtspositie van verzekerde, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad zoekt overigens vaker aansluiting bij zelfregulering ter onderbouwing van zijn standpunt. In dit verband wijs ik op het arrest van 18 april 2014<sup>23</sup>, waarin de Hoge Raad het handelen van verzekeraar toetste aan de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek. Ik kom op dit arrest en de gevolgen van schending van zelfregulering door verzekeraars hierna terug.<sup>24</sup> De Hoge Raad overweegt dat met name rekening moet worden gehouden met wat rechtens tussen partijen zal gelden als geen contractuele regeling in de arbeidsongeschiktheidsverzekering was getroffen. Allereerst acht hij daartoe van belang dat, de polisvoorwaarden weggedacht, verzekerde krachtens de hoofdregel van art. 150 Rv. moet bewijzen dat hij arbeidsongeschikt is in de zin van de verzekeringsovereenkomst en in welke mate. Schakelt hij daartoe een deskundige in

<sup>23</sup> JA 2014/65.

<sup>24</sup> Vgl. omtrent toetsing aan gebruiken in de verzekeringsbranche ook: HR 12 januari 1996, NJ 1996/683 (Sun Alliance/Kroymans).

dan, dient hij zelf de daaraan verbonden kosten te dragen. Stel dat verzekeraar het standpunt betwist, dan kan de rechter een deskundige benoemen. Daarbij heeft verzekerde dan inspraak bij de aanwijzing van de deskundige en de vraagstelling. Daarnaast acht de Hoge Raad van belang dat verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde op grond van art. 7:941 lid 2 BW verplicht zijn om binnen redelijke termijn verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen. Dat kan volgens de Hoge Raad dus meebrengen dat verzekerde dient mee te werken aan een door verzekeraar wenselijk geacht onderzoek. Als verzekerde die verplichting niet nakomt kan verzekeraar daaraan onder omstandigheden sancties verbinden (art. 7:941 lid 3 en 4 BW). Om te vervolgen:

“Het verschil in rechtspositie van de verzekerde is, gelet op het voorgaande, hierin gelegen dat bij gelding van het beding (i) de verzekeraar op zijn kosten onderzoek laat doen naar de (gestelde) arbeidsongeschiktheid van de verzekerde, maar (ii) de verzekerde geen aanspraak kan maken op inspraak bij de keuze van de persoon van de deskundige(n) en de door deze(n) te beantwoorden onderzoeksvragen. Het eerste verschil levert de verzekerde, bij het uitgangspunt dat hij zonder het beding de onderzoekskosten voor eigen rekening zou moeten nemen, een voordeel op. Het tweede verschil is in het nadeel van de verzekerde, omdat daarmee een rapport wordt verkregen, op de totstandkoming waarvan hij, wat betreft de keuze van de persoon van de deskundige(n) en de door deze(n) te beantwoorden onderzoeksvragen, geen invloed heeft kunnen uitoefenen. Hierbij moet echter worden bedacht dat een dergelijk rapport (...) geen andere status heeft dan een ‘partij-rapport’ en dat de verzekerde de mogelijkheid heeft de uitkomsten ervan met behulp van eigen onderzoek te betwisten. Als het tot een klacht- of gerechtelijke procedure komt, zullen de bezwaren van de verzekerde tegen het rapport van de verzekeraar tegen de achtergrond van het overige bewijsmateriaal - waaronder eventueel ook een rapport van een door de rechter benoemde deskundige - moeten worden gewogen. Het gebrek aan inspraak in de totstandkoming moet daarnaast ook in zoverre worden gerelativeerd dat de verzekerde ook op grond van art. 7:941 lid 2 BW gehouden is mee te werken aan een door de verzekeraar gewenst onderzoek.”

De Hoge Raad sluit af met de overweging dat hoewel twijfel kan bestaan over de wenselijkheid van het gebrek aan inspraak bij de aanwijzing van de deskundige en de vraagstelling, niet kan worden geconcludeerd dat het beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht veroorzaakt. Het beding is dus niet oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13.

Gelet op deze antwoorden komt de Hoge Raad niet toe aan beantwoording van de overige prejudiciële vragen. Hartlief heeft wel aandacht geschonken aan de vragen 4 en 5 naar de bewijsrechtelijke consequenties ingeval van vernietiging van art. 14 van de polisvoorwaarden. Zijn overwegingen verdienen bespreking in dit preadvies. Niet in de laatste plaats vanwege het feit dat in het andere geval onbesproken blijft of en zo ja welke sancties uit juridisch oogpunt bestaan, indien en voor zover verzekeraar niet heeft gehandeld overeenkomstig het Protocol bij Claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in 2016. Schending van zelfregulering kan onder omstandigheden immers verstrekken gevolgen hebben voor de bewijsvoering. Dat

blijkt wel uit het arrest van 18 april 2014 waarin de Hoge Raad de schending van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek sanctioneerde door al het aldus verkregen bewijsmateriaal buiten beschouwing te laten.<sup>25</sup>

Hartlief is van oordeel dat, zelfs in de situatie dat art. 14 van de polisvoorwaarden als oneerlijk beding zou worden betiteld, niet gezegd kan worden dat aan de rapportages die op basis van dat artikel tot stand zijn gekomen geen enkele betekenis meer kan toekomen. Het lijkt hem wel dat verzekeringnemer door vernietiging van de polisvoorwaarde in dat geval niet gebonden is aan een vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid door verzekeraar op basis van de eenzijdig opgemaakte rapportages. De in de literatuur<sup>26</sup> wel geopperde (en verworpen) bewijsuitsluiting deelt hij evenmin:

“Het enkele wegvallen van artikel 14 van de polisvoorwaarden betekent echter niet dat reeds opgestelde deskundigenrapporten onrechtmatig zijn; artikel 13 van de polisvoorwaarden en artikel 7:941 BW bieden daarvoor immers op zichzelf een grondslag.”

Hartlief tekent voorts aan dat in een civiel geding geldt dat onrechtmatig verkregen bewijs kan worden gebruikt. De omstandigheid dat bewijs onrechtmatig is verkregen brengt niet noodzakelijk mee dat het gebruik van het bewijs ook onrechtmatig is en dat de rechter er geen acht op mag slaan:

“In beginsel wegen het algemeen belang dat de waarheid aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te maken zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Er zijn bijkomende omstandigheden vereist die maken dat het verkregen bewijs als onrechtmatig verkregen wordt aangemerkt, bijvoorbeeld dat het bewijs is verkregen door een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Het aanmerken van een beding als het onderhavige als oneerlijk levert naar mijn mening niet zodanige bijkomstigheden op.”

Hij heeft daarbij nog aan dat de rapportages die namens verzekeraar zijn opgesteld in het geding kunnen worden geacht als partij-expertise om als tegenbewijs te gelden ten aanzien van het standpunt van verzekerde op wie immers in beginsel ex art. 150 Rv. de stelplecht en de bewijslast rust. De deskundigen gelden dan als partijdeskundigen. Dergelijke rapportages hebben vrije bewijskracht. Het onderscheid tussen rapportages die op verzoek van beide partijen tot stand zijn gekomen of een deskundigenbericht in opdracht van de rechter is volgens Hartlief met name gelegen in de objectiviteit van de (formulering van de) voorgelegde vragen:

“De rechter kan oordelen dat het rapport van een partijdeskundige niet als onafhankelijk deskundigenrapport geldt, zeker wanneer het rapport zowel wat betreft de inhoud als de wijze van totstandkoming ervan gemotiveerd door de wederpartij is betwist. In dat geval heeft hij de ruimte om daaraan, met toepassing van artikel 152 Rv., geen of beperkte bewijskracht toe te kennen. Op die manier wordt gecompenseerd voor een eventueel gebrek aan objectiviteit van

<sup>25</sup> JA 2014/65.

<sup>26</sup> Rb. Rotterdam 23 november 2016, JA 2016/60 m.nt. EJW.

de aangezochte deskundige; daarvoor is niet nodig dat reeds bestaande deskundigenrapporten bij voorbaat geheel van het bewijs worden uitgesloten.”

De rechtbank Rotterdam heeft de uitgebrachte rapporten inhoudelijk getoetst bij vonnis van 23 november 2016<sup>27</sup>, terwijl zij het beding tot benoeming van deskundigen oneerlijk achtte. De rechtbank toetste de bezwaren van verzekerde tegen de door de verzekeringsarts in kaart gebrachte beperkingen. Hij achtte die te rooskleurig. Daarnaast was verzekerde van oordeel dat de medische belastbaarheid onvoldoende nauwkeurig in kaart was gebracht. De rechter achtte om die redenen een nieuwe expertise door een verzekeringsarts noodzakelijk. Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden toetste het reeds tot stand gekomen rapport voor zover daar bezwaar tegen was gemaakt.<sup>28</sup> Hartlief geeft aan dat de benoeming van een nieuwe deskundige hem in die situatie de juiste benadering lijkt. Daarbij benadrukt hij dat de rechter ook rekening kan houden met bezwaren tegen reeds bestaande rapportages zonder dat het daaraan ten grondslag liggende beding eerst als oneerlijk wordt beoordeeld.<sup>29</sup>

De Rechtbank Den Haag overwoog bij vonnis van 15 november 2017<sup>30</sup> in gelijke zin. Alvorens de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, toetste de rechtbank de overgelegde medische informatie inhoudelijk. Daarbij gaf zij partijen mee dat zij voornemens was om nieuw medisch onderzoek te laten verrichten door een verzekeringsgeneeskundige naar de gevolgen van de bij verzekerde geconstateerde medische aandoeningen. Daarna zou een in samenspraak aangezochte arbeidsdeskundige aan de slag kunnen gaan om het arbeidsongeschiktheidspercentage vast te kunnen stellen.

Hartlief beantwoordt de vierde prejudiciële vraag aldus dat reeds tot stand gekomen rapportages niet zonder meer buiten beeld blijven maar kunnen, dat wil zeggen mogen, een rol spelen in het verdere verloop van de procedure. Hij behandelt voorts kort de omstandigheden die de Rechtbank Den Haag heeft aangevoerd:

- a. de rapportages zijn opgemaakt door een externe deskundige, dan wel door een deskundige in (loon)dienst van de verzekeraar?
- b. de verzekerde al dan niet commentaar heeft kunnen leveren op de conceptrapportages?
- c. de verzekerde al dan niet bezwaar heeft gemaakt tegen de persoon van de deskundige en/of de inhoud van de (concept)rapportages?
- d. de verzekerde was voorzien van juridische bijstand ten tijde van het opmaken van de rapportages?
- e. de rapportages betrekking hebben op verleden, heden of toekomst?

Hartlief geeft aan dat bewijs, zoals gezegd, slechts onder uitzonderlijke omstandigheden als onrechtmatig verkregen kan worden uitgesloten. Bijvoorbeeld als het is verkregen ten koste van een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. De onder a t/m e omstandigheden leveren volgens hem geen uitzonderlijke omstandigheden op die tot uitsluiting van de rapportages moeten leiden. Daarbij

---

<sup>27</sup> JA 2016/60 m.nt. EJW.

<sup>28</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316.

<sup>29</sup> Conclusie van 6 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:788.

<sup>30</sup> ECLI:NL:RBDHA:2017:16419.



benadrukt hij echter dat de rechter bij zijn waardering voor reeds opgemaakte rapporten acht kan slaan op bezwaren tegen het rapport of de wijze van de totstandkoming daarvan. Elk van de omstandigheden kan daarbij in de rechterlijke waardering worden betrokken.

Vraag 5 naar de kennisneming van door de rechter benoemde deskundige van op grond van art. 14 van de polisvoorwaarden tot stand gekomen rapportages beantwoordt hij eveneens bevestigend. Daarbij tekent hij aan dat een door de rechter benoemde deskundige zal moeten beschikken over alle feiten die op zijn vakgebied liggen en die tussen partijen in geschil zijn, om te vervolgen:

“Hiermee zal onverenigbaar zijn dat een door de rechter benoemde deskundige niet zou mogen beschikken over reeds bestaande rapportages die de rechter wel in zijn beoordeling kan betrekken. Dat wil niet zeggen dat hij steeds alle bestaande rapporten moet ontvangen en daarmee rekening moet houden, maar leidend lijkt mij dat hij in staat moeten worden gesteld om een optimale bijdrage te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing. Voor zover vrees bestaat dat de deskundige zich door de eerdere rapporten zal laten beïnvloeden, geldt dat hij op grond van artikel 198 lid 1 Rv gehouden is zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te verrichten. Deze verplichting vormt een voldoende waarborg tegen eventuele beïnvloeding.”

## 5 Bespreking

De Hoge Raad heeft, zoals hiervoor gezegd, overwogen dat de bezwaren van de verzekerde tegen het rapport van de verzekeraar tegen de achtergrond van het overige bewijsmateriaal, waaronder ook eventueel een rapport van een door de rechter benoemde deskundige, moeten worden gewogen. “Wegen” is onmogelijk als niet aan beide zijden van de weegschaal enig gewicht wordt gelegd. Anders gezegd heeft de Hoge Raad naar mijn overtuiging bedoeld dat een betwist rapport wel overgelegd moet worden, omdat anders onmogelijk kan worden “gewogen” of de daartegen aangevoerde bezwaren van verzekerde valide zijn. En zo ja, in hoeverre. De lagere rechtspraak gaat overigens ook aldus te werk na het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2018<sup>31</sup>, door de overgelegde medische informatie te toetsen in het licht van de toepasselijke polisvoorwaarden.<sup>32</sup>

Ik heb mij afgevraagd wat de consequenties zouden zijn in de situatie dat verzekeraar niet heeft gehandeld overeenkomstig het Protocol Claims bij Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat verzekeraar zijn standpunt niet binnen twee weken na ontvangst van het resultaat heeft gemeld of niet heeft gewezen op de mogelijkheid om het resultaat van het onderzoek op te vragen of heeft nagelaten om te wijzen op de mogelijkheden om bezwaar aan te tekenen. Mijns inziens geldt tot uitgangspunt dat de beschreven procedure leidt tot een

<sup>31</sup> ECLI:NL:HR:2018:1800.

<sup>32</sup> Vgl. Rb. Gelderland 20 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1175; Hof Amsterdam 26 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:623; Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:482; Rb. Overijssel 21 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2018:5050; Rb. Midden-Nederland 7 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2018:6407.

standpunt van verzekeraar waartegen verzekerde bezwaar kan maken en verzekerde de zaak ter beoordeling kan voorleggen aan een onafhankelijke derde.

In die zin strekt het Protocol Claims bij Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, anders dan bijvoorbeeld de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek niet tot doel invulling te geven aan de belangenafweging ter bescherming van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde en het belang van de verzekeraar bij het onderkennen, voorkomen, onderzoeken en bestrijden van het oneigenlijk gebruik van het recht op een verzekeringsuitkering.<sup>33</sup> Met name ook acht de Hoge Raad de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit van belang en is blijkens de inleiding van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek beoogd om in de gedragscode aan te sluiten bij bestaande wetgeving op het gebied van privacy. Gelet op de inhoud en opzet van de gedragscode komt de Hoge Raad tot het uitgangspunt dat indien een verzekeraar in strijd met de code handelt, sprake is van ongerechtvaardigde en derhalve een onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van verzekerde. Dat alles geldt echter niet, althans zeker niet zonder meer, in de situatie dat verzekeraar bij de claimbehandeling het Protocol bij Claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen niet (of niet geheel) naleeft.

Van schending van de persoonlijke levenssfeer kan ik mij daarbij weinig voorstellen. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat verzekerde dient te stellen en zo nodig dient te bewijzen dat hij arbeidsongeschikt is in de zin van de verzekering en zo ja, in welke mate. Ook is verzekerde, zoals de Hoge Raad met recht heeft overwogen in zijn arrest van 28 september 2018 gehouden om mee te werken aan een door verzekeraar gewenst onderzoek. Niet alleen contractueel, maar ook wettelijk gezien. In zekere zin is in dit opzicht analogie te bepleiten met de informed-consentproblematiek bij medische aansprakelijkheid. Tot uitgangspunt geldt aldaar dat de arts de patiënt moet informeren over de risico's en mogelijke alternatieven van een medische behandeling, zodat de laatste daar geïnformeerd zijn toestemming toe kan geven. Laat de arts dat na, dan betekent dat evenwel niet dat hij aldus aansprakelijk is voor eventuele schade door medisch handelen, maar brengt dat met zich mee dat hij de patiënt niet in staat heeft gesteld om een weloverwogen afweging te kunnen maken. De geschonden norm strekt er immers toe om de patiënt in staat te stellen een beslissing te nemen, maar niet tot bescherming van vermogensschade door medisch handelen.<sup>34</sup> Anders gezegd, strekt de geschonden norm niet tot bescherming van het risico dat zich heeft verwezenlijkt.<sup>35</sup>

## 6 Tot slot

Ik rond af. De meeste arbeidsongeschiktheidsverzekeringen kennen inmiddels een contractuele second-opinionregeling. Verzekeraars zijn daartoe massaal overgegaan naar aanleiding van de jurisprudentie die heeft geleid tot het stellen van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad. Een dergelijke regeling komt de rechten en plichten van

<sup>33</sup> Vgl. HR 18 april 2014, JA 2014/65.

<sup>34</sup> Vgl. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387.

<sup>35</sup> Zie ook: HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, waar een inspectie had plaatsgevonden overeenkomstig de normen van de Scheepvaartinspectie, gebaseerd op de geldende voorschriften. Weliswaar was het keuringsinstituut jegens de opdrachtgever en in verband met haar rol bij de verlenging van het certificaat van onderzoek ook jegens de Staat gehouden om de inspectie zorgvuldig te verrichten, maar strekte de geschonden norm tot zorgvuldige inspectie niet tot bescherming tegen geleden vermogensschade.

partijen ten goede. Een second-opinionregeling neemt echter de door de Hoge Raad geopperde twijfel over de wenselijkheid van het gebrek aan inspraak bij de aanwijzing van deskundigen en de vraagstelling niet weg. Die twijfel ziet immers op de primaire beoordeling. En niet op de second-opinion. Ook op dit punt wordt gelukkig vooruitgang geboekt. Zo is mij bekend dat een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar verzekerde uitnodigt voor een onderzoek bij een door haar voorgestelde deskundige, maar verzekerde direct in de gelegenheid stelt om daar binnen een periode van enkele dagen bezwaar tegen te maken. Bij gebreke daarvan wordt de opdracht toegezonden aan de deskundige die verzekeraar heeft voorgesteld.<sup>36</sup>

Ter verdere professionalisering en transparantie bij de claimbehandeling van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zou ik er een lans voor willen breken dat verzekeraars aan verzekerden meerdere (namen van) deskundigen voorstellen ten behoeve van een voorgenomen (medisch of arbeidsdeskundig) onderzoek waar verzekerde dan een keuze uit kan maken. Daarvoor kan dan hetzelfde gelden als hiervoor, te weten dat verzekeraar bij gebreke van bericht binnen enkele dagen aangeeft zelf de keuze te zullen maken. Ik zou er voorts op willen aandringen dat verzekeraar de vraagstelling voor het onderzoek meezendt en aangeeft welke bijlagen zullen worden meegezonden. Daarmee toont verzekeraar temeer aan dat hij zijn verzekerde serieus neemt en daadwerkelijk beoogt om hem in staat te stellen zijn belangen zelf te kunnen behartigen. Dat is tenslotte waar het om gaat, niet in de laatste plaats bij de afwikkeling van claims van persoonsverzekeringen waarvan arbeidsongeschiktheidsverzekeringen een voorbeeld vormen. Bovendien biedt dat het vertrouwen dat verzekeraar recht doet aan datgene waar de verzekerde recht op heeft, te weten het bieden van zekerheid.

---

<sup>36</sup> Zie: E.J. Wervelman, 'De benoeming van deskundigen bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen; geen oneerlijk beding; Hoge Raad 28 september 2018', *NTHR* 2019, afl. 1, p. 17.